

MANUAL DE DERECHO COMERCIAL

TABLA DE CONTENIDO

- 1. FORMACIÒN Y DESARROLLO INTERNACIONAL DEL DERECHO COMERCIAL**
- 2. PROCESO HISTÒRICO DEL DERECHO COMERCIAL EN COLOMBIA**
- 3. UBICACIÒN CONCEPTUAL Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO COMERCIAL EN COLOMBIA**
- 4. FUENTES FORMALES Y MATERIALES DEL DERECHO COMERCIAL**
- 5. IMPORTANCIA JURÌDICA DEL COMERCIANTE DENTRE DEL DERECHO COMERCIAL**
- 6. EL PAPEL DE LOS ACTOS, OPERACIONES Y EMPRESAS EN EL DERECHO COMERCIAL**
- 7. LA FUNCION PÙBLICA DEL REGISTRO MERCANTIL**
- 8. LA CONTABILIDAD MERCANTIL**
- 9. RELEVANCIA JURIDICA DE LAS CÀMARAS DE COMERCIO**
- 10.EL FENÒMENO DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL MARCO DEL DERECHO COMERCIAL**
- 11. FUNDAMENTOS DE DERECHO FINANCIERO**

1. FORMACION Y DESARROLLO INTERNACIONAL DEL DERECHO COMERCIAL

1.1 AMBITO HISTÓRICO

La historia del derecho comercial no debe ser confundida con la historia del comercio, pues esta última nace desde que se evidencia en el hombre la necesidad de intercambiar productos con otros semejantes, para satisfacer sus necesidades y el surgimiento del Derecho Comercial como disciplina autónoma se presenta en la edad media; razón por la cual la existencia de algunas normas jurídicas que aparecieron, inclusive siglos antes del surgimiento del Imperio Romano, pueden llegar a constituir a lo sumo sus remotos antecedentes, pero de ninguna manera constituyen un sistema de normas y principios que permitan inferir que se trate de una disciplina homogénea y autónoma.

1.1.1 Relaciones mercantiles en la antigüedad

Está debidamente comprobado que los pueblos de la antigüedad tales como los egipcios, babilonios, asirios, fenicios y griegos, debieron adoptar normas reguladoras en las que es posible encontrar rudimentos de instituciones del Derecho Comercial.

En Egipto no se han encontrado vestigios de instituciones comerciales a pesar de que su pueblo sostuvo un intenso intercambio con la India. Las actividades primordiales de los egipcios eran el pastoreo y la agricultura. El comercio era ejercido por extranjeros caldeos, judíos y Griegos.

En la Civilización que floreció en las márgenes del Tigris y el Eufrates , no hay duda de que con anterioridad al siglo XX antes de Cristo, había una actividad comercial muy activa y avanzada. En el código de Hamurabi (promulgado veinte siglos antes de Cristo, en tanto que el Decálogo de Moisés data del siglo catorce antes de Cristo) se encuentran disposiciones sobre préstamo a interés, el depósito, algunas formas de comisión, arrendamiento de barcos, responsabilidad del dueño de la nave y del barquero y el abordaje.

A partir del S.XI antes de J. C. , insurgieron los semitas que poblaban a Siria y Palestina, entre los cuales se destacaron los fenicios, navegantes y mercaderes que fundaron ciudades en las costas del Mediterraneo, pero se desconocen sus instituciones jurídicas. En la isla de Rodas colonizada por ellos, se promulgaron las leyes Rodias algunas de cuyas disposiciones incorporaron los romanos en el Digesto (Lex Rodia iactu). En ellas se han encontrado estudios sobre averías marítimas pues el cargador y el armador de un buque debían contribuir para reparar al promotor de una expedición cuyas mercaderías habían sido arrojadas al mar para aligerar la nave y salvarla (echazón).

La accidentada geografía de la Península Helénica facilitó la división política de puertos y plazas donde se llevaba a cabo un intenso intercambio comercial. En ellos se crearon instituciones como el nauticum foenus, consistente en una modalidad de préstamo vinculado a la suerte que corriera una expedición marítima, germen de lo que posteriormente vino a llamarse préstamo a la gruesa ventura. Pero los griegos no legaron esquemas jurídicos sino relatos de operaciones mercantiles.

2.- Roma.

Los romanos crearon un sistema jurídico muy evolucionado que continúa siendo fundamento de diversas instituciones del Derecho Privado, pero no tuvieron un cuerpo especial de reglas de carácter comercial por cuanto la clase patricia detentadora del poder desde los orígenes de Roma hasta su extinción, se integraba mayoritariamente por terratenientes que daban especial importancia a la agricultura, considerando que el comercio y la industria eran actividades propias de esclavos y libertos; porque en el régimen esclavista las relaciones entre el amo y el esclavo no eran jurídicas sino de hecho circunscritas a aspectos administrativos y de contabilidad; porque las relaciones entre los romanos y los extranjeros eran reguladas por el IUS GENTIUM, dotado de flexibilidad y adaptabilidad que le permitían satisfacer los requerimientos de simplicidad y rapidez del tráfico mercantil; porque fueron características del Derecho Romano la prevalencia de la buena fé, el reconocimiento de los usos mercantiles, el riguroso procedimiento de ejecución por deudas, y por sobre todas, el Pretor fue revestido de facultades legislativas que le permitieron adaptar las instituciones jurídicas a las exigencias del tráfico comercial y a la evolución de necesidades de la vida social, formándose así el IUS PRAETORIUM u HONORARIUM.

Fue tiempo después de ejercer la Roma Imperial su dominio sobre toda la cuenca del Mediterraneo cuando se estructuraron los contratos de representación , las reglamentaciones marítimas, las instituciones bancarias y de cuentas como el receptum argentarium, contrato en virtud del cual el banquero se comprometía a pagar las deudas de su cliente, es decir, una especie de aval bancario; o como el liber accepti et depensi, en el cual los romanos anotaban las sumas recibidas de sus clientes y las que ellos pagaban esta contabilidad era muy elemental pero tenía valor probatorio en justicia, y de ella nació la obligatio litteris.

Igualmente se observa en el Derecho Romano rudimentos de la quiebra en la missio in possessionem y en la bonorum venditio que en líneas generales, consistían en que el pretor entregaba los bienes del deudor a un curador para que este los vendiera y pagara o los repartiera entre los acreedores.

B.- SURGIMIENTO DEL DERECHO MERCANTIL

Esta Rama del derecho entendida como sistema de principios generales aplicables a las actividades mercantiles, nació de una segregación del derecho privado que tuvo ocurrencia bien avanzada la Edad Media.

1.- Autoridad Puramente Teórica del Estado.

A consecuencia de las invasiones de las tribus bárbaras el Imperio Romano se fraccionó en dos: El de Occidente, cuya capital continuó siendo Roma; y el de Oriente con Constantinopla como centro principal. En el Occidente se produjo el choque entre los pueblos de tradición Germana y Romana, lo que determinó la disgregación social y política junto con el debilitamiento de los órganos centrales del estado, la absoluta impotencia de la autoridad para mantener el orden establecido, las guerras incesantes y la inseguridad de las instituciones. El florecimiento comercial de las viejas civilizaciones mediterráneas sufrió una parálisis general.

Desde la caída del Imperio Romano hasta el siglo 1.100 después de J. C., fueron desapareciendo incluso las vías de comunicación. Durante los primeros siglos de la Alta Edad Media, la zona europea dominada antes por el vasto imperio Romano se vio incomunicada en la práctica a causa principalmente por el triple cerco puesto por los árabes en el sur, por las tribus bárbaras procedentes de Asia y por los pueblos bárbaros del norte de Europa, con la implicación de la ruptura de cualquier clase de tráfico comercial. La economía cambió su estructura haciendo de cada castillo, villorio, conjunto de cabañas un mundo cerrado, un mercado autosuficiente que producía solo para sí y consumía solo lo que producía.

Con la coronación de Carlomagno en la navidad del año 800 por el papa León III se inició un nuevo período en la historia de Occidente: El del Sacro Imperio Romano y Germánico. Este hecho político significó la ruptura con el imperio de Oriente y determinó profundos cambios de orden económico. Como las fuerzas feudales y la Iglesia detentaban la única fuente de subsistencia y riqueza, vale decir la tierra, la economía era de tipo cerrado y las mercancías no circulaban puesto que cada quien se limitaba a satisfacer sus propias necesidades. El sistema feudal desintegró todavía más el poder público que pasó a los señores feudales, y la condición normal de la población rural era la servidumbre.

2.- Legislaciones de las ciudades libres.

Como consecuencia de lo anterior, los siervos sin tierra se fueron agrupando alrededor de los castillos de los señores feudales. Allí floreció el artesanado y el intercambio de productos. Esos pequeños burgos se convirtieron mas tarde en ciudades y cada una de ellas se erigió en especies de estado independientes. Por el surgimiento de una realidad socio-económica diferente, era menester crear normas jurídicas mas elásticas, apoyado en la multiplicidad de formas, en la buena fe y en el predominio de la costumbre. Se formularon entonces legislaciones locales diferentes en cada ciudad otorgando parte del poder de que gozaban los señores feudales a los gremios organizados con cierto poder jurisdiccional. A lo anterior se unió la creciente influencia del Derecho Canónico, y que la Iglesia desconfiaba la actividad productora de ganancias fáciles y prontas a crear y satisfacer costumbres sensuales y sobre todo dificultaba el desarrollo del comercio, en especial la posibilidad de estipular intereses, fundado en que el capital moneda es improductivo y que no puede ganarse dinero sin trabajo.

En el Siglo XI se inició el florecimiento de las ciudades, lo cual contribuyó decisivamente al auge del comercio. En este mundo convulsionado del feudalismo, la nueva clase de los comerciantes impulsada por razones de seguridad, se asoció en guildas, hernadades, hansas y toda suerte de corporaciones cerradas y exclusivistas que se dictaban sus propios estatutos, imponían su propia autoridad y dirimían las controversias por medio de magistrados designados por los propios mercaderes asociados.

Las ciudades libres, se dieron sus propios ordenamientos, los cuales reaccionaron contra: El formalismo

del derecho Romano; los procedimientos bárbaros del incipiente Derecho Germánico como el duelo judicial, la ordalía, el juicio de Dios, las pruebas del agua y del fuego y Contra los esquemas limitados e insuficientes del derecho canónico.

Ciertamente la Iglesia prohibía el préstamo con interés, salvo tres excepciones a) Cuando el capital se entregaba a un socio dando así origen e importancia al surgimiento de las sociedades y en especial de la encomienda; b) Cuando se prestaba en condiciones que implicaban gran riesgo de perder, como ocurría en el derecho marítimo y c) Cuando se prestaba un capital para ser devuelto en lugar distinto a aquél en que la operación se realizaba por cuanto se consideraba como un transporte de dinero, dando así asidero a la letra de cambio.

3.- Desenvolvimiento del tráfico mercantil a partir de las cruzadas.

Las Cruzadas abrieron el comercio con el cercano oriente y los puertos septentrionales – Amberes, Brujas y Amsterdam– en Flandes. Las ciudades italianas como Pisa, Amalfi, Venecia, etc, se vieron enriquecidas, a la vez que eran los puertos más importantes del mediterráneo; Siena, Lucca, Milán y Florencia, entre otras, eran plazas comerciales e industriales de primer orden, siendo la última considerada como el mayor centro bancario y cambiario.

El comercio internacional se desarrollaba principalmente por vía marítima en el perímetro de la cuenca del Mediterráneo y en las costas del occidente de Europa hasta el mar del norte. Las costumbres que regulaban la navegación ofrecían rasgos comunes y uniformes.

4.- Mercados y Ferias.

Periódicamente los comerciantes se reunían para concertar sus transacciones en determinadas ciudades o en sus alrededores durante lapsos determinados. Al mismo tiempo en que se fueron desarrollando, se fueron desarrollando importantes instituciones tales como la letra de cambio, las compensaciones de créditos y el procedimiento sumario de la quiebra. Por último floreció la banca, actividad por la cual adquirieron renombre banqueros tales como los Medici en Italia y los Fugger en Alemania.

5.- Corporaciones de Mercaderes.

Los negociantes con intereses comunes se asociaron en corporaciones sujetas a una severa disciplina, en la cual residió el secreto de su fuerza. Estas se dieron sus propios estatutos; regularon los intereses de los integrantes, asumiendo poderes que en otras circunstancias hubieran correspondido al Estado; se inmiscuían tanto en los asuntos privados como en los públicos; organizaban ferias y mercados; protegían a sus miembros en el extranjero; formaban su propio patrimonio con las contribuciones de sus asociados; e imponían tasas, impuestos y multas. Sus regulaciones se convirtieron en el derecho de la Villa o el Burgo, en el derecho burgués, más público que privado y del cual se originó el derecho municipal.

Las corporaciones de mercaderes en cuyos estatutos o breves recogían los usos comerciales tradicionales y los que se iban formando en el incesante tráfico mercantil. Al frente de cada corporación había dos cuerpos colegiados, una asamblea general de agremiados y un consejo elegido periódicamente por el gremio; y uno más de cónsules con facultades administrativas y disciplinarias al comienzo y posteriormente con funciones jurisdiccionales. Es esta la razón para afirmar que el derecho mercantil se formó como un derecho de clase, como un derecho profesional resultado de las costumbres de los mercaderes y de la autonomía corporativa.

6.- Jurisdicción Consular

Nació cuando las corporaciones encomendaron a sus cónsules la solución de los conflictos que surgían entre sus asociados o entre estos y sus empleados, aprendices y obreros. Así comenzó a estructurarse una jurisdicción distinta de la general.

La jurisdicción consular impulsó la autonomía del derecho comercial, pues los procedimientos estaban ausentes de formalismo, eran sumarios y los cónsules fallaban ex bono et aequo (verdad sabida y buena fe guardada). Sus sentencias eran apelables en determinados casos ante el consejo o grupo de comerciantes. Posteriormente los consulados fueron sustituidos por los tribunales de comercio, entre los cuales se destacó el de Génova, llamado de la Rotta que se distinguió por la rectitud y probidad de sus magistrados o cónsules.

En un principio la competencia de los tribunales de comercio se determinaba por el factor subjetivo, esto es, que la competencia la determinaba la calidad del sujeto que acudía a ellos, pues solamente los comerciantes inscritos en las corporaciones podían acudir a sus tribunales para solicitar la solución de un conflicto. Posteriormente la competencia de los tribunales se extendió a los conflictos que surgían entre un mercator (mercader inscrito) y un negociator (mercader no inscrito). No obstante el derecho mercantil no llegó a ser el derecho de los actos aislados de comercio independientemente de los sujetos que lo llevaban a cabo, sino que continuó siendo un derecho de clase aplicable a los comerciantes, bien por estar inscrito o bien por porque se les consideraba sometidos a sus disposiciones como consecuencia de las operaciones que realizaban.

7.- Compilaciones de usos mercantiles – Lex mercatoria-

Cuando el derecho mercantil delimitó su ámbito de competencia, surgió un problema de la misma naturaleza, pues no todas las actividades de los mercaderes son profesionales y como el elemento profesión no bastaba para fijar la competencia en todos los litigios, tuvo que ampliarse su campo en el sentido de que quienes sin ser mercaderes y negociaban con inscritos en las corporaciones, quedaban cobijados por el derecho comercial. Fue así como se configuró la noción de acto de comercio, todo lo cual favoreció las costumbres propias del comercio, caracterizadas por la celeridad y simplicidad que los negocios requerían.

Así fue el derecho mercantil en sus orígenes hasta cuando la complejidad de las relaciones reguladas determinó la transformación de la costumbre en ley escrita.

Las compilaciones de los usos comerciales y las sentencias de la justicia de las corporaciones constituyeron un principio de la elaboración consuetudinaria del derecho mercantil. Dichas costumbres adquirieron contornos concretos, y sobre todo certeza, con lo cual las corporaciones contribuyeron a la evolución de las instituciones jurídico mercantiles. La más importante de dichas compilaciones que regularon el tráfico marítimo, y dado su carácter eminentemente consuetudinario de la lex mercatoria, su vigencia solía extenderse mas allá de la localidad en la cual se originaba. Así ocurrió con El Consulado del Mar elaborada en 1.370 en Barcelona y que regulaba el Derecho Marítimo, con aplicación en casi todos los puertos del Mediterráneo.

8.- Ordenanzas de Bilbao.

Para el comercio terrestre también se promulgaron recopilaciones que copilaban disposiciones generales con fuerza obligatoria, dentro de las cuales vale resaltar El Constitutio Usu de Pisa de 1.161 y el Liber Consuetudinum de Milán de 1.216.

Como antecedentes del Derecho Mercantil Colombiano, merecen mención muy destacada las Ordenanzas de Bilbao, cuya versión primitiva data de 1.459. Su texto se modificó en 1.511 cuando los comerciantes de Bilbao obtuvieron el reconocimiento real de la jurisdicción Consular, cuya finalidad

fue la de procurar que los litigios de carácter mercantil se fallaran con prontitud por los Cónsules. Carlos I creó el Consulado para la Casa de Contratación de Bilbao y así se formaron las denominadas Ordenanzas Antiguas, las cuales fueron confirmadas en 1.560 por Felipe II. De las mismas se hicieron sucesivas ediciones, tales como las de 1.665 confirmadas en 1.691. Las Nuevas Ordenanzas de Bilbao fueron aprobadas por Felipe V por Cédula Real de 2 de Diciembre de 1.737.

Estas ordenanzas, aparte del mérito intrínseco de versar exclusivamente sobre asuntos e instituciones de comercio marítimo y terrestre, ostentan las siguientes: El capítulo IX sobre los libros de los comerciantes y el XI sobre las compraventas mercantiles rigieron para todo el reino al ser incorporados a la NOVISIMA RECOPIACION . En otras cuestiones como la quiebra y el derecho marítimo, con el correr del tiempo adquirieron la categoría de leyes de España y superaron en autoridad a todas las demás recopilaciones hasta 1.829, año en el cual se promulgó el código de Comercio cuyo artículo final las derogó expresamente. Además ostenta el valor histórico de haber permanecido vigente en las colonias hasta mediados del siglo XIX. En Colombia rigieron hasta 1.853.

En cuanto al contenido de las Ordenanzas de Bilbao, vale la pena destacar:

- Se reguló el deber del comerciante de llevar la contabilidad.
- Las compañías mercantiles eran solemnes y debían constituirse mediante escritura ante escribano público
- Contenían reglas sobre negocios entre personas residentes en distintos lugares
- Existía solidaridad de quienes intervenían en el giro y negociación de letras de cambio
- El crédito era especialmente protegido
- El procedimiento de la Quiebra estaba regulado prolijamente.

9.- Formación de Grandes Estados y nacionalización del Derecho Mercantil.

La formación de grandes estados generó dos consecuencias trascendentales:

- La actividad mercantil se desplazó en gran parte de su centro, que eran las ciudades Italianas, hacia los puertos y ciudades de los países que emprendieron las colonizaciones; y
- Las monarquías centralizaron el poder político y promulgaron ordenamientos de carácter General para sus respectivos dominios. Las reglas y usanzas del comercio fueron perdiendo su carácter eminentemente internacional (como derecho común de los mercaderes y elaboradas por ellos mismos) y de modo paulatino fueron quedando subsumidas en las legislaciones nacionales, emanadas de la autoridad de cada Estado.

En Inglaterra se produjo el fenómeno de la incorporación de las instituciones al COMMON LAW. Y en Francia, Carlos XI en Ordenanza de 1.563 dispuso que Conocerán los jueces y cónsules de todo proceso y diferencias que en lo sucesivo se susciten entre comerciantes, por razón de mercaderías solamente., creándo así la jurisdicción consular antecedente de la moderna jurisdicción comercial.

En el Siglo XVII se realizaron los primeros intentos de codificación de las normas mercantiles, así Suecia tuvo, antes que ningún otro Estado, su código de comercio marítimo (1.667). Pero las más importantes y famosas fueron las dictadas por Luis XIV a iniciativa de su ministro Colbert Código Savary (promulgada el 23 de mayo de 1.673) y Code Marchand (promulgada en agosto de 1.681 sobre comercio Marítimo). Tales ordenanzas fueron compilaciones de usos mercantiles vigentes en Francia con notoria influencia del derecho estatutario de las ciudades del norte de Italia. Fueron el derecho positivo especial de los comerciantes y solo por excepción se consideraron per se las operaciones sobre letra de cambio y algunos contratos relativos al comercio marítimo, con prescindencia de la persona que los realizara (continuó siendo subjetivo). El cambio se presentó en que las normas y los tribunales fueron expedidas y dependían del Estado y no de los propios comerciantes. El derecho mercantil deja su

carácter corporativo y particularista para convertirse en el derecho aplicable a toda una nación .

En 1.805 España promulgó la NOVISIMA RECOPIACION que reprodujo algunas regulaciones de carácter mercantil ya tratadas en las ordenanzas de Bilbao.

10.- Proclamación de la Libertad de Comercio

La Revolución Francesa propició la libertad del comercio; conservó los tribunales de comercio con jueces consulares elegidos, pero imprimió un cambio de rumbo en la orientación del derecho mercantil que hasta entonces había sido de tipo corporativo, profesional, subjetivo, esencialmente para los comerciantes. La ley XVII de marzo de 1791 proclamó el derecho de toda persona a realizar los negocios y operaciones que tuviera a bien , bajo la condición de pagar un impuesto nuevo: La Patente. Tal libertad de comercio acabó con las corporaciones. Se suprimieron las aduanas interiores y la ley Chapelier (de junio de 1.791) confirmó la supresión de las corporaciones .

11.- Movimiento Codificador

En 1.794 Rusia promulgó su codificación la cual comprendía, entre otras, normas mercantiles, cuyo mérito histórico consiste en haber sido la primera aunque no en su contenido o trascendencia.

La Asamblea Nacional Constituyente de Francia ordenó la redacción de los códigos civil y de comercio, pero posteriores guerras civiles y crisis políticas retrasaron la expedición de las mismas. En 1.801 una comisión de siete miembros fue encargada de redactar el de comercio y finalmente por ley de 15 de Septiembre de 1807 se adoptó el código de Comercio, que entró en vigencia el 1o de enero de 1808, teniendo como fuentes las ordenanzas de Luis XIV.

Polonia promulgó su código de comercio en 1809, Bélgica adoptó en su integridad el código francés en 1811, España promulgó su código en 1829 y aunque se inspiró en el francés, estableció la matrícula como elemento necesario para determinar la profesión comercial, Alemania lo promulgó en 1848, Italia en 1865. Este ejemplo fue seguido por los países latinoamericanos, que sancionaron sus códigos inspirándose siempre en los de Francia, España y Portugal de 1833.

EL DERECHO COMERCIAL EN COLOMBIA

A.- ANTECEDENTES

Desde la Colonia, nuestra legislación en materia mercantil estuvo directamente influenciada por la legislación Española y en especial por los preceptos de las Ordenanzas de Bilbao. Dentro de las leyes mercantiles expedidas con posterioridad a la independencia vale la pena resaltar las siguientes:

- La ley de 23 de mayo de 1835 en la que se dispuso que cuando las partes no fijaran intereses en los contratos de mutuo, si el negocio era comercial se entendía pactado por el 6% anual, y el 5% en los demás negocios;
- La de 23 de mayo de 1836, mediante la cual se ordenó que los juicios de comercio se sometían al procedimiento de juicios comunes y al conocimiento de los jueces ordinarios, quienes decidirán conforme a lo dispuesto en las Ordenanzas de Bilbao, y en su defecto por las leyes comunes vigentes;
- La de 25 de mayo de 1844 sobre comercio de cabotaje y costanero;
- La de 4 de mayo de 1852 que estableció la jurisdicción especial de comercio;
- La de 16 de Junio de 1853, que desarrollo la anterior y en su artículo 1o dispuso que En todas las cabeceras de circuito en lo que crea conveniente la legislatura provincial, se establece un tribunal de comercio a cargo de un juez, que actuando como su secretario, conocerá privativamente de todos los negocio comerciales comprendidos en el código sustantivo de la materia, y de las tercerías en juicios

de comercio. Esta iniciativa se vió frustrada por la instauración del régimen federal.

B.- PRIMER CODIGO DE COMERCIO

Fue expedido mediante la ley de 1o de Junio de 1.853, el cual recoge casi textualmente el el código de Comercio de España de 1.829, del cual se suprimió el libro V, sobre jurisdicción comercial y procedimientos, cuestiones estas que fueron reguladas por la ley de junio 16 de 1.853 ya citada. Dicho código constaba de 1.110 artículos , el último de los cuales dispuso Quedan derogadas las Ordenanzas de Bilbao y todas las disposiciones sustantivas que sobre comercio hasta ahora hayan regido en la República.

1.- Confederación Granadina

La República adoptó este nombre en la Constitución Política de 1.858, que estableció el régimen federal. En ella se autorizó a los estados soberanos (Antioquia, Bolívar, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Magdalena, Panamá y Santander) para legislar sobre todos los objetos que no sean atribuidos por esta Constitución a los poderes de la Confederación (art. 8), vale decir, sobre todos los ramos del derecho privado. Y el art. 15, Num. 13, reservó al Gobierno Nacional todo lo concerniente a la legislación marítima y a la del comercio exterior y costanero . Así se originó un divorcio entre la legislación sobre comercio marítimo y la del comercio terrestre. En efecto, el Código de 1.853 quedó en vigor con carácter de Código Nacional , El libro II referente al comercio marítimo y cada estado, en ejercicio de la facultad constitucional antes indicada, adoptó sus respectivos código Civil , de Minas y de Comercio Terrestre.

2.- Estados Unidos de Colombia

Así se denominó al país en la Constitución Política de 1.863, en la cual se perseveró en el federalismo, con un nuevo Estado cuya existencia se reconoció: el del Tolima.

El art. 17 adscribió al gobierno de la unión el régimen y la administración del comercio exterior, de cabotaje y costanero; de las fortalezas, puertos marítimos, fluviales y secos en las fronteras, diques y demás establecimientos públicos y bienes pertenecientes a la Unión, con lo cual se hizo extensiva al comercio fluvial la facultad de legislar para todo el país sobre comercio marítimo.

3.- Código de Comercio Marítimo.

El comercio marítimo estuvo regulado en colombia hasta 1.870 por el Libro III del C. de Co. que en 1.853 había adoptado la Nueva Granada. La ley 102 de 11 de Julio de 1.870 sustituyó el libro III de tal Código por el denominado código de comercio para los Estados Unidos de Colombia, trasunto fiel del libro III del Código de Comercio de Chile de 1.865, que versaba sobre comercio marítimo. La ley 10 de 1.873 sustituyó el art. 31 y derogó el 36 de este Código, el cual se editó en 1.874. Luego la ley 35 de 1.875, sobre comercio fluvial , dispuso que las normas sobre comercio marítimo serían aplicadas al comercio fluvial.

4.- Código de Comercio Terrestre del Estado Soberano de Panamá.

En 1.869 el Estado Soberano de Panamá sancionó su Código de Comercio terrestre, calcado textualmente del estatuto comercial de Chile de 1.865 (que comenzó a regir allá en 1.867), del cual excluyó el libro III sobre comercio marítimo por ser materia atribuida al gobierno de la Unión.

El código de comercio de Chile fue redactado por el jurista argentino JOSE GABRIEL OCAMPO, quien recibió el encargo en 1.852 y entregó el proyecto en 1.860 a una comisión revisora designada por

el gobierno. dicha comisión le introdujo algunas modificaciones y en 1.865 fue presentado a consideración del parlamento y aprobado el 23 de noviembre de 1.865, fue promulgado por decreto para que empezara a regir el 1o de enero de 1.867.

Sus fuentes fueron:

- El C. de Co español de 1.829, fuente principal incluso de su estructura.
- El C. de Co. francés de 1.807, algunas de cuyas disposiciones fueron reproducidas.
- Las Ordenanzas de Bilbao.
- Con menos influencia el C. de Co. de Portugal, el de Holanda de 1838 y el de Argentina de 1859.

Los legisladores del Estado Soberano de Panamá Introdujeron modificaciones al originario de Chile, tales como las siguientes:

- Consagró la analogía de sus disposiciones para aquellos casos no previstos en el código, con lo que hizo énfasis en la especialidad del Derecho Mercantil.
- Permitió aducir las costumbres mercantiles extranjeras de los pueblos mas adelantados, en defecto de costumbres locales y nacionales, y se puso a tono con las características del derecho mercantil (cosmopólita, consuetudinario, progresivo, uniforme), que lo enriquecen.
- Hizo una enumeración de los actos no comerciales para facilitar la determinación de los que quedaban regidos por la ley mercantil.
- Dispuso que la enumeración de los actos mercantiles y no mercantiles no era limitativa sino simplemente enunciativa o declarativa y que los jueces podían resolver las dudas por analogía de las normas mercantiles.
- Reguló el contrato de cuenta corriente, el seguro terrestre, las sociedades comerciales, etc.

C.– SEGUNDO CODIGO DE COMERCIO

La constitución política de 1.886 abolió el federalismo y reconstituyó a Colombia como una República Unitaria con un gobierno central. Atribuyó al Congreso Nacional la facultad de expedir códigos en todos los ramos de la legislación y de reformas disposiciones. y en uno de sus artículos transitorios dispuso ... El Consejo Nacional Constituyente, una vez asuma el carácter de cuerpo legislativo, se ocupará preferentemente de expedir una ley sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. La ley 57 de 1887, producto de la labor ordenada por la Constitución Nacional prescribió en su art. 1o. Regirán en la República de Colombia, noventa días de la publicación de esta ley, con las adiciones y reformas de que ella trata, los códigos siguientes:

- El de Comercio del extinguido Estado Soberano de Panamá, sancionado el 12 de Octubre de 1.869, y
- El Nacional sobre la misma materia, edición 1.884, que versa unicamente sobre el comercio marítimo.

El art. 325 de la ley 153 de 1.887 aclaró: El texto auténtico adoptado por la ley 57 de 1887 en el contenido en la edición de 1.874. . Se refirió al marítimo.

Este segundo código fue adicionado y complementado por una legislación muy nutrida sobre diversos aspectos específicos de la materia comercial; pero no pudo acompañarse al desarrollo vertiginoso de las actividades mercantiles.

D.– TERCER CODIGO DE COMERCIO.

Fue expedido mediante el decreto ley 410 de 1971, dictado en ejercicio de las facultades conferidas al

presidente de la República por el congreso nacional en el art. 20, numeral 15, de la ley 16 de 1968.

1.- Estructura.

La división y nomenclatura del código son las comunmente usadas en la técnica legislativa del país, a saber: Libros, Títulos, Capítulos, Secciones, Artículos y Parágrafos.

La materia regulada aparece así: Un título Preliminar, que contiene las disposiciones generales relativas a las fuentes de normas aplicables a los asuntos mercantiles; y seis libros con sus respectivos epígrafes que revelan los temas generales tratados en ellos.

- El Libro primero versa sobre los comerciantes y los asuntos de comercio.
- El Libro segundo se refiere a las sociedades comerciales
- El Libro tercero recoge las normas sobre los bienes mercantiles.
- El Libro cuarto regula las normas sobre los contratos y las obligaciones mercantiles.
- El Libro quinto compendia las disposiciones sobre navegación (acuática y aérea).
- El Libro sexto trata sobre los procedimientos típicamente mercantiles.

Todos estos temas generales son desarrollados en 54 títulos, 124 capítulos, 38 secciones y dosmil treinta y ocho artículos.

2.- Gestación del Nuevo Código.

En el año de 1935 se pensó por primera vez en actualizar la ley orgánica mercantil y con tal propósito la ley 73 del mismo año dispuso crear una comisión encargada de adelantar la revisión general del Código de Comercio a fin de dotar al país de una legislación completa y moderna.

La comisión redactó varios proyectos sobre sociedades anónimas, instrumentos negociables y quiebras. Este último fue el único convertido en ley mediante Decreto Ley 750 de 1940, que rigió hasta el 29 de Mayo de 1969, fecha en que la Corte Suprema de Justicia declaró su inexequibilidad.

Por virtud de los decretos legislativos 1813 de 1952 y 817 de 1953, se crearon comisiones revisoras de los códigos civil, de comercio, penal, de procedimiento penal y civil. La del C. de Co., redactó un proyecto de 2391 artículos distribuidos en un título preliminar y siete libros, que fue presentado a consideración del Congreso en 1958.

El proyecto presentó, entre otros, los siguientes defectos:

- Exceso de reglamentación en algunas materias, lo cual se consideró inconveniente al ser atentatorio contra las costumbres mercantiles y la autonomía privada.
- La espina dorsal del proyecto era la teoría general del acto de comercio, cuestionada en el mundo jurídico.
- En materia de títulos valores se trató de retocar la ley 46 de 1923 adoptada sin mayor estudio por recomendación de la misión Kemmerer. Se ignoraron los títulos valores representativos de mercaderías y los de participación.
- Exceso en las repeticiones de principios consagrados en el Código Civil
- No recogió la normatividad vigente para la época que eran considerados como avances del derecho Mercantil.

Diez años después de presentado al Congreso el proyecto de 1958, este revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de tres años para previa una revisión final hecha por expertos en la materia, expida y ponga en vigencia el proyecto de ley sobre el Código de

Comercio.

La mencionada ley fue sancionada el 28 de marzo de 1968. Después de extensos debates y discusiones, en especial sobre el alcance e implicaciones de la revisión del proyecto (facultad otorgada al Presidente de la República) frente a la oportunidad para adoptar una nueva reglamentación, se expidió el Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, el cual se publicó en el Diario Oficial Nro. 33.339 de 16 de junio de 1971

3.- Fuentes

Las fuentes en las que se inspira en Nuevo Código de Comercio, a grandes rasgos son:

- El articulado se redactó de conformidad con la realidad del país del momento, razón por la cual algunas de sus normas son reproducciones de normas ya conocidas y suficientemente decantadas en el mundo jurídico colombiano.
- Ciertos aspectos que reclaman con urgencia una regulación común en Latinoamérica para acelerar el proceso de integración económica, merecieron especial consideración . V. gr. Normatividad sobre Propiedad Industrial y Títulos Valores.
- Se amplió el campo de acción del registro mercantil, haciéndolo mas acorde con los sistemas modernos y extendiéndolos a funciones trascendentales unas veces constitutivas de derechos, otras declarativas, algunas sanatorias de vicios o defectos formales y otras preventivas de competencia desleal, además de la tradicional publicidad.
- No se perdió el enfoque del derecho mercantil con base en sus características de internacionalidad o cosmopolita, de formación consuetudinaria, progresiva y con firme tendencia hacia la uniformidad.
- En el tema del transporte aereo y marítimo sirvieron de pauta las convenciones internacionales suscritas sobre las mismas
- Materias, tales como la de Varsovia de 1.929, Chicago de 1.946 y Guadalajara, junto con las modificaciones introducidas por los protocolos de la Haya de 1.955 y Guatemala de 1.971,etc.
- En lo referente a los establecimientos de comercio fueron guías, desde la redacción del proyecto de 1.958, el Código Civil Italiano de 1942, la ley argentina 11.867 de 1.934, Así como las leyes de 1.926 y 1.946 y el decreto 1953 promulgados en Francia sobre arrendamientos de locales comerciales.
- En propiedad Industrial, la ley de 1.883 la cual es la convención multipartita denominada UNION DE PARIS PARA PROTECCION INTERNACIONAL DE LA PROPIEDAD INTERNACIONAL, que fue seguida en 1.886 de la convención de Berna para la protección Internacional de la propiedad literaria y artística. Otras fuentes en esta materia fueron La convención de Buenos Aires de 1.910, La convención General Interamericana de Washinton para protección de marcas de comercio. de 1.929,aprobada por Colombia mediante ley 59 de 1.936, El Convenio Bolivariano de 1.911, que vincula a países del Grupo. Además la OMPI (Organización Mundial de Propiedad Intelectual), con sede en Ginebra.
- En cuanto concierne a los Títulos Valores el articulado que traía el proyecto de 1.958 fue sustituido totalmente por el Proyecto de Ley Uniforme sobre Títulos Valores para América Latina, preparado a solicitud del parlamento Latinoamericano por el Instituto para la Integración de América Latina – INTAL– organismo especializado del Banco Interamericano de de Desarrollo BID.
- En la regulación de los contratos y obligaciones mercantiles se hizo ostensible desde el proyecto de 1958 la amplia y efectiva influencia del Código Civil Italiano de 1942. Este Código realizó la unificación formal de la legislación civil y mercantil , hecho que paradójicamente ha generado en ese país un verdadero renacimiento de la autonomía del derecho mercantil. También se encuentran en el articulado resonancias del código Suizo y del alemán, especialmente en la irrevocabilidad de la oferta; de los códigos Argentino y Mexicano en la Compraventa; del Decreto 491 del 26 de diciembre de 1.958 de Venezuela sobre Ventas con reserva de dominio; de la ley de Fideicomisos de Venezuela de 1.956 y del moderno C. de Co. de Honduras en lo referente a contrato de suministro, estimatorio, de edición, de hospedaje, de fiducia y otros.
- En concordato preventivo y quiebras lo fundamental fue la experiencia recogida por el país durante la vigencia del decreto ley 750 de 1940.

4.- Proyecto de Reforma del Régimen de Sociedades.

El día 27 de Junio de 1993 los entonces ministros de Hacienda y Justicia, presentaron ante la Secretaría General de la Cámara de Representantes el proyecto de ley Nro. 119 de 1993 junto con la correspondiente exposición de motivos. Con posterioridad, el día 1o de junio de 1995 fue recibida en la Secretaría del Senado de la República, ponencia para primer debate del proyecto de ley número 235 Senado 1.995 por el cual se modifica el Código de Comercio, se expide el régimen general de sociedades y procedimientos concursales. Con pliego de modificaciones al proyecto de ley 119 de 1993. Estos proyectos fueron acumulados junto con el proyecto de ley 163 de 1993 de la Cámara de Representantes, el cual fundamentalmente trata sobre la responsabilidad de los contadores, revisores fiscales y Contralores en el desempeño de sus funciones.

El días 13 de Junio de 1995, la Gaceta del Congreso Nro. 150 publicó el texto definitivo aprobado por la plenaria de la Cámara de Representantes a los proyectos acumulados, por el cual se modifica el libro II del C. de Co., el cual fue objetado por el Presidente de la República (conseguir texto de objeción).

Los principios y orientaciones de la reforma pueden consultarse en las conferencias elaboradas por el profesor de la cátedra para el efecto, los cuales obran en documento separado.

E.- LA REALIDAD ECONOMICA ACTUAL Y EL DERECHO MERCANTIL

En la evolución del derecho mercantil, la doctrina mercantilista se percató de que si el sistema objetivo de los actos de comercio respondía a una exigencia de la realidad económica, encerraba, sin embargo, una errónea apreciación del fenómeno de generalización del derecho mercantil, puesto que al ser generalizados dejarían de ser mercantiles o especiales del derecho mercantil para pasar a ser parte del derecho civil o común.

Con posterioridad a la expedición del Código alemán de 1897, la doctrina se concentra en dilucidar el por qué de la separación del derecho civil con el comercial, utilizando para el efecto un método de atenta observación de la realidad.

1.- Factores Económicos y Político Sociales.

Desde la segunda mitad del Siglo XIX se consolida el sistema económico capitalista caracterizado por la producción Industrial en masa. La actividad económica realizada por las empresas – cuyas proporciones crecen progresivamente – está dominada por la especialización, la racionalización y la concentración industrial. El progreso tecnológico permite que grandes empresas realicen en masa una actividad de producción o de mediación en el mercado de los bienes y los servicios. Aparecen pues, dos nuevos protagonistas íntimamente ligados en el sector económico: la empresa de grandes dimensiones y la producción industrial en masa.

Desde una perspectiva político- social, pueden señalarse dos épocas distintas. En la primera (desde la Revolución Francesa hasta la primera guerra mundial) se consagra un liberalismo a ultranza, en virtud de la cual la producción económica, el mercado y la propiedad de los medios de producción se confía únicamente al capital privado. La libre iniciativa privada permite alcanzar al capitalismo su máximo apogeo, porque se postula la no intervención del Estado en la economía. En la segunda época (Desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días)se inicia un período de intervencionismo estatal en lo económico, motivado por diversas causas y entre ellas por los abusos cometidos por el capitalismo industrial y financiero. Este intervencionismo estatal es de dos grados:

- Intervencionismo normativo, por el cual se regula la actividad económica, limitando la anterior y absoluta libertad de iniciativa. Intervencionismo que se manifiesta en la regulación de las

importaciones y exportaciones; en la necesaria autorización administrativa para la creación de nuevas empresas; en la fijación de precios, de materias primas y de contingentes de producción; en la política de regulación del crédito, de protección a la competencia, etc.

- **Intervencionismo directo**, en virtud del cual el estado u otros entes públicos realizan actividades económicas de producción o mediación en el mercado de los bienes y de los servicios. Los entes públicos se convierten pues, en empresarios.

Esto no obstante, recientes teorías neoliberales o neocapitalista está reduciendo la intervención del estado en la empresa y en la economía, realizando, para el efecto, la venta de empresas estatales que prestan servicios públicos o actúan como empresarios.

CONCEPTO, DELIMITACION Y CARACTERISTICAS DEL DERECHO COMERCIAL

A.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Para acceder al concepto del derecho mercantil, es necesario tener la noción de la razón de su existencia, pues algunos profesionales del derecho, en especial aquellos que propugnan por la unificación total del Derecho Civil del Derecho Mercantil, no ven la razón de la existencia de las dos ramas del Derecho Privado. Para ello es necesario plantear el problema desde un punto de vista práctico así:

A Qué peculiares necesidades se adaptan mejor las leyes mercantiles que las leyes civiles?

A esta pregunta se puede dar, entre otras, las siguientes cuatro respuestas distintas:

- Porque en las actividades profesionales hay una profesión – la del comerciante– que reclama una legislación especial.
- Porque en las actividades humanas –con independencia de la profesión del comerciante– hay unos actos – los actos de comercio – que deben ser regulados por un derecho especial.
- Porque en la estructura económica moderna hay unos organismos – las empresas– que reclaman un derecho especial.
- porque la actividad económica o el mundo de los negocios necesita un derecho, que tradicionalmente se ha llamado Derecho Mercantil.

No obstante que estas respuestas implican, en materia de derecho comparado, las tendencias de diferentes legislaciones, a través de ellas no se llega a la esencia del derecho mercantil, lo que ha provocado un divorcio entre las leyes y la realidad económica. Por ello se puede hablar de un concepto formal (legal) y de un concepto esencial (virtual) del derecho mercantil, a los cuales se puede llegar también por métodos diversos, bien, a través del método histórico legislativo, o bien a través del método de observación de la realidad. El método histórico legislativo nos lleva a la concepción del concepto formal, a determinar cual ha sido el punto de vista del legislador al acotar un sector jurídico para someterlo a las normas del derecho mercantil. La investigación histórica demuestra que el concepto formal del derecho mercantil ha sufrido transformaciones rápidas y profundas. Para intentar captar la esencia del derecho mercantil y adoptar un método de observación de la realidad económica, para buscar el sector de esta que exige una regulación especial distinta de la civil, es necesario adoptar el método de la realidad económica, aunque sus límites no coincidan con los acotados por el derecho positivo.

1.- El Método Histórico Legislativo.

Bajo este punto de vista, se parte del concepto del comercio, porque es cierto que todas las legislaciones mercantiles del mundo, se refieren de modo implícito o explícito al comercio. Las leyes mercantiles han

sido siempre dictadas para los comerciantes o para los actos de comercio; pero en los dos casos, tanto en el llamado sistema objetivo como en el subjetivo, las leyes se han apoyado siempre en el concepto de comercio y este ha sido objeto de la regulación normativa.

Desde este punto de vista, el concepto del derecho comercial se fundamenta en el comercio como conjunto de actividades que efectúan la circulación de los bienes entre productores y consumidores. Comerciante es el intermediario entre productores y consumidores. Derecho mercantil será todo ordenamiento jurídico en el cual existan para el comercio, normas diversas del derecho civil. El derecho comercial se refiere, pues, a la actividad mediadora estricta, en la que no participa ni el productor ni el consumidor.

Puede afirmarse que históricamente el derecho mercantil ha sido un derecho de los comerciantes, de los actos de comercio, aunque no absolutamente o subjetivo ni objetivo. En todo caso ha servido para definir a las personas como comerciantes y para someter, luego, sus actos profesionales al derecho especial.

2.- Método de observación de la Realidad Económica.

Los códigos de Comercio vigentes en Europa y en América Latina y las obras tradicionales del derecho mercantil tienden a fundar este derecho en el comercio en sentido económico, aunque luego algunos códigos, precisamente los de inspiración Francesa intentan acotar la materia mercantil en torno al llamado acto de comercio objetivo.

No hay que confundir el derecho de la materia de comercio con el derecho mercantil. Este no es una parte del derecho que se refiere al comercio. Mientras que el derecho de la materia mercantil abarca todos los hechos que se refieren a cualquier sujeto, objeto o negocio de comercio, queda fuera del derecho mercantil en sentido propio todo el derecho de carácter público relativo al comercio (D. activo comercial, cámaras de comercio, Derecho Penal Comercial, etc.).

Cuando decimos que el derecho mercantil es el derecho privado del comercio, no entendemos limitarlo al ámbito de las relaciones jurídicas entre los particulares. Hay instituciones de derecho mercantil en cuya regulación se entrecruzan normas de derecho público cuyo carácter es predominantemente coactivo como corresponde al interés público que se protege, Bolsas, Bancos, seguros, transportes, etc.

No todo el derecho mercantil es derecho para el comercio, hay sectores de este que se aplican sin consideración a la finalidad comercial de la operación. Vgr. El derecho cambiario, el derecho de las sociedades que se aplica a las sociedades con objeto civil, con tal que tengan forma mercantil (art. 100 C. de Co. Modificado art. 1 Ley 222 de 1995)

En definitiva, el problema del concepto del derecho mercantil es un problema de adaptación de los límites (contenido) de este derecho a un determinado sector económico. La inadaptación es patente respecto del comercio, porque el ámbito del comercio en sentido estricto es menos extenso que el dominado por el derecho mercantil.

B.- UNIDAD ORGANICA DEL DERECHO

Desde el punto de vista sustancial, el derecho tiene diferentes acepciones, atendiendo a las diferentes clase de relaciones reguladas.

Derecho Objetivo: Conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas de una comunidad determinada.

Derecho Subjetivo: Facultad de realizar determinados actos.

Derecho Positivo: Derecho Vigente

Derecho Natural: Derecho de lo justo e injusto inspirado por dios a todos los hombres.

Derecho Público y Privado: Según los sujetos que intervienen en la relación; satisfacción de los diferentes intereses patrimoniales. A su vez el privado puede ser Civil o comercial.

1.- Ambito del Derecho Comercial.

Hasta hace poco tiempo se trató el derecho comercial como un acápite de derecho civil, dedicado especialmente a algunos actos mercantiles y a los sujetos que los realizaban (comerciante); se explicaba la dependencia fundamentalmente en el hecho que la teoría General del contrato era desarrollada por el derecho civil y que el comercial aportaba solamente algunos principios específicos basados en las figuras clásicas creadas por el derecho común y la constante remisión del c. de co. a las normas civiles.

El Derecho Mercantil se separó del Civil, por las siguientes razones:

- Necesidad de agilizar el derecho común y liberarlo de excesivos formalismos.
- Cada rama tiene su materia propia, su contenido esencial, sus fuentes formales y materiales, su particular radio de acción y procedimientos.
- En el derecho civil predominan los derechos de la persona y sus atributos, el de familia, sucesiones. El derecho mercantil regula de modo preferencial las relaciones jurídico económicas y comprende también instituciones procesales, administrativas, penales e inclusive ciertos derechos reales v.gr. Propiedad Industrial.
- Hay contratos civiles, comerciales y civiles y comerciales.
- El ámbito del derecho mercantil va más allá de la simple determinación de las personas que se ocupan habitualmente en actividades económicas de naturaleza mercantil y de las relaciones que surgen entre ellas. El fenómeno económico jurídico requiere regulaciones mediante las cuales se pone en acto la intervención del Estado en la esfera de los negocios (en algunos casos con la finalidad de evitar abusos).

2.- Tendencias Integradoras y Disgregadoras del Derecho Mercantil.

Sobre el particular se han planteado algunas tendencias que tienden a solucionar el problema de la doble regulación de fenómenos económico-jurídicos por parte del derecho civil y del mercantil:

- Unificadora: Bajo el Derecho Mercantil se estudian todas las instituciones relacionadas con esta rama jurídica (Teorías Latinas).
- Disgregadora: Propia del derecho alemán, el cual considera como disciplinas independientes las distintas divisiones del Derecho Mercantil. V.gr. Derecho de Transportes, Derecho de Seguros, Cambiario, Concursales, etc.

C.- DELIMITACION DEL DERECHO MERCANTIL

1.- Derecho de Los Comerciantes

Como se estimó anteriormente, el derecho comercial como derecho de los comerciantes, se formó a través de los estatutos de las corporaciones de los mercaderes que proliferaron a partir de la segunda mitad del S. XII, de las costumbres que fueron decantándose en el tráfico comercial y de las decisiones de los cónsules. Su origen fue eminentemente subjetivo y sus normas se aplicaban a los mercaderes. Así

subsistió hasta 1791 año en que la Asamblea Constitucional francesa abolió los privilegios y derechos de casta, instaurando el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y proclamando la libertad de industria y comercio.

2.- Derecho de los Actos de Comercio.

El C. de Co. francés de 1808 rigió con un criterio Objetivo, transformando el derecho comercial en un derecho General y se aplicó a quién no siendo comerciante realizara cualquier acto de comercio.

3.- Derecho Comercial con Sistema Mixto.

Se aplicó el criterio subjetivo y objetivo. En realidad, ninguna legislación ha adoptado de modo exclusivo una concepción subjetiva u objetiva pura, sino que para precisar la mercantilidad de un acto deben tenerse en cuenta los dos criterios.

4.- Derecho Comercial como el Derecho de las Relaciones Económicas.

Se basa en que no existe ninguna diferencia sustancial entre la naturaleza del derecho mercantil y civil, unificándose las normas sobre obligaciones, bienes y contratos en un estatuto comprensivo de las cuestiones que en forma paralela regulan por separado ambas legislaciones Vgr. C. Civil italiano.

Tales normas comunes que se unifican son absorbidas por el derecho mercantil, razón por la cual se le denomina como el derecho de las relaciones económicas.

5.- Derecho de los Actos Realizados en Masa.

Como se indicó anteriormente, roto el puente entre comercio y derecho mercantil los esfuerzos para reconstruirlo han fracasado, porque ni el acto de comercio en sentido objetivo, ni el recurso a un concepto jurídico del comercio, han servido para aproximar de nuevo derecho mercantil y comercio. Por ello ha sido necesario cambiar de criterio y buscar en la realidad económica que coincida con el ámbito del derecho mercantil moderno.

El sistema de observación de la realidad nos muestra que la característica del derecho mercantil no es la regulación de los actos aislados, sino de los actos en masa. Justamente porque el tráfico mercantil se caracteriza por la continuada repetición de los mismos hechos, hubo necesidad de articular un derecho especial, separado del derecho civil, con normas materiales y jurisdicción propias. Es un contrasentido histórico que el derecho mercantil, nacido para satisfacer las exigencias del tráfico en masa, sea hoy un derecho regulados de actos aislados. El acto aislado, es decir, de la serie profesional a que pertenece, es imposible diferenciarlo de los actos regidos por el derecho civil. Por ello es necesario determinar cual es la finalidad del acto, pues si es mercantil el acto será regido por el derecho mercantil y de lo contrario, por el civil. Además, esa finalidad se puede presumir cuando el acto en cuestión pertenezca a la serie orgánica de las operaciones propias de la industria mercantil.

Los actos peculiares de la profesión de comerciante exigen un derecho especial en cuanto son actos realizados en gran número y con carácter típico. El negocio jurídico aislado cambia su carácter por el hecho de que siempre se realice del mismo modo. La peculiaridad del negocio queda en segundo plano, pasando al primero el esquema, el tipo. En la consideración del negocio domina mas la costumbre que la consideración del acto aislado. En esto se basa la tendencia del derecho mercantil a acentuar el contenido típico del negocio. De aquí la amplia significación de los usos de comercio en la interpretación de los contratos mercantiles.

Esta doctrina destaca las notas externas, facilmente reconocibles, de la actividad comercial. No atiende

a la finalidad, que puede ser o no de mediación, sino a la repetición en masa ; por consecuencia, no se fija en lo intensional – íntimo– sino en lo profesional – Público–: atiende a lo visible. Entonces allí donde halla rutina y organización habrá derecho comercial.

6.– Como Derecho de las Empresas.

Esta doctrina prolonga el camino abierto por la anterior, llevando hasta sus últimas consecuencias el criterio externo para el acotamiento del derecho mercantil. Si la realización de los actos en masa exige una organización adecuada y esta organización se llama empresa, el derecho mercantil, sin dejar de ser el derecho que regula los actos realizados en masa, será, en definitiva, el derecho que regula las empresas. El centro de gravedad se traslada así de lo externo a la organización. Con ello nuestro derecho se libera definitivamente de todo el problema de finalidad del acto y coloca el acento de la comercialidad sobre el dato objetivo y tangible de la organización en forma mercantil, volviendo a ser un derecho subjetivista puesto que se trata de empresas, pero al propio tiempo al destacar la organización sobre el acto individual y aislado, representa una superación del subjetivismo.

La empresa es una organización de factores diversos en la que se conjugan primordialmente el capital y trabajo y cuyo fin es la ganancia ilimitada que se ve contrapesado con el constante riesgo de pérdida. La empresa es el epicentro de las actividades económicas. El c. civil Italiano de 1.942 adopta la empresa como núcleo central de la materia mercantil.

E.– ELEMENTOS IMPLICITOS EN LAS ACTIVIDADES COMERCIALES.

Dos elementos implícitos distinguen las actividades comerciales de otra clase de actividades:

- **La Mediación:** Consiste en interponerse entre la oferta de bienes y servicios y la demanda de los mismos y mas concretamente entre productores y consumidores. La denominación de intermediación se aplica a proveedores, comisionistas, corredores, representantes, agentes, etc. Es directa, cuando se realiza a través de la compraventa, permuta, etc. Es indirecta, cuando se utilizan medios como la comisión, el transporte, el seguro, el depósito de mercancías, etc.
- **El lucro o ánimo de lucro:** Es la intención de obtener un provecho económico, una utilidad material susceptible de valorarse pecuniariamente. El simple beneficio moral o inmaterial, inapreciable en dinero, no implica lucro. Quien compra para vender aspira a una ganancia de mediación consistente en la diferencia entre el costo del bien y el valor de enajenación. No es necesario que el lucro se obtenga, sino que basta el propósito de obtenerlo V.Gr. vender a pérdida por circunstancias externas.

3.– Modalidades de mediación con ánimo de lucro.

a.– **Comercio al por mayor:** No es definido por la ley. Las nociones económicas de mayorista y minorista parten del punto de vista cuantitativo, pues hacen referencia no solamente a la venta de mercaderías, sino a la compra de las mismas e implica el almacenamiento.

b.– **Comercio al por menor o al detal:** Es la venta en pequeñas cantidades. Este criterio no fue acogido por el c. de co. porque lo asimila al modesto tendero que vende al consumidor. El auge de la economía propició la aparición de cadenas de almacenes, lo cual hizo necesario reevaluar el concepto de minorista, en el sentido de que no son elementos indispensables para configurarlo la escasa disponibilidad de mercadería, ni el limitado volumen del capital destinado a los negocios, ni la mayor o menor cantidad de transacciones. En realidad lo esencial es el tráfico mercantil directo con el consumidor final.

c.– **Comercio interior:** Es el realizado dentro de un mismo país.

d.– **Comercio exterior:** Consiste en la exportación de productos entre diferentes países (importación y

exportación de mercancías). Incluye el comercio de tránsito que se da cuando las mercancías pasan por un país y van con destino a otro; lo cual ha dado origen al transporte multimodal.

e.– Comercio Terrestre: Intercambio mercantil que se realiza por cualquier medio diferente al marítimo e incluye el fluvial en vías de escasa importancia.

f.– Comercio marítimo: Contrato de transporte por mar; Tiene instituciones especiales como la hipoteca naval, naufragios, abordajes, averías, etc.

El comercio de cabotaje es el que se realiza entre puertos de un mismo país.

F.– DEFINICION DEL DERECHO MERCANTIL

Es el ordenamiento privado propio de los empresarios y de su estatuto, así como de la actividad externa que estos realizan por medio de una empresa.

Desde el punto de vista estrictamente normativo, puede definirse el derecho comercial como el conjunto de normas que regulan las actividades mercantiles y las relaciones que en ellas se originan, así como los sujetos de estas.

El conjunto de normas abarca todas las reglas con eficacia jurídica emanadas de las fuentes del derecho mercantil V.gr. de la costumbre.

Las actividades mercantiles: se trata no solamente del intercambio o mediación, sino también de la generación distribución y ofrecimiento de servicios o bienes en el mercado. La actividad presupone multiplicidad de actos u operaciones aislados y coordinables entre sí, desde cuando los servicios o bienes salen al mercado hasta cuando el consumidor final los demanda. En las actividades mercantiles se crean, desarrollan y extinguen innumerables relaciones jurídicas patrimoniales entre dos o mas personas, o surgen vínculos de derecho entre personas y bienes incorporeales o corporales.

Los sujetos de las relaciones jurídicas son los empresarios individuales, sociales o colectivos, o cualquier persona que sin ostentar el estatus de comerciante, realice actos u operaciones mercantiles. (arts. 11y 22 del C de Co.)

G.– CARACTERISTICAS DEL DERECHO MERCANTIL

- Sus normas son especiales pero tienen aplicación general. La disciplina mercantil tiene un contenido sui generis, con instituciones, fuentes formales y materiales y principios generales propios. En su estructura se combinan el interés privado y el de la comunidad; por la protección y duplicidad, es catalogado el derecho mercantil como ciencia del derecho. Las diversas relaciones jurídicas de las actividades mercantiles ponen de relieve la utilidad particular y la utilidad general, simbolizada en cuanto significa para el bien común el fenómeno social que esta disciplina regula. Las instituciones del derecho mercantil no dependen de las del civil y la interpretación de sus reglas aluden a quienes tienen u ostentan el estatus de empresarios.
- Tiende a ser de naturaleza mixta. Esta rama del derecho tiene innumerables puntos de contacto con el derecho público. En la legislación existen abundantes normas de carácter imperativo que llevan implícita la noción de orden público. V.gr. normas procedimentales, normas penales, etc. La publicización del derecho comercial es evidente pues aunque el contrato sigue siendo la base de las relaciones privadas, se transforma su naturaleza, pasando del contrato libre al contrato forzado o impuesto. El estado tiende cada vez mas a intervenir. V.gr. Cláusulas de uso y estilo común.
- Es internacional o cosmopolita. Las actividades mercantiles como hechos socio-económicos se

manifiestan de igual manera en todas partes, obedecen a móviles idénticos y se quían por directrices similares puesto que el fenómeno regulado es el mismo.

- Ha sido de formación consuetudinaria. (Usos y Costrumbres). Esta fue la característica fundamental de sus orígenes y también en todo el proceso histórico de su estructuración como rama jurídica autónoma. La costrumbre es la primera manifestación externa de un vacío legal o de la necesidad de nuevas instituciones. Pero ha de merecer común aceptación para imponerse con la misma virtualidad del precepto escrito.

Además, como las relaciones mercantiles trascienden las fronteras y no existe un legislador común entre los países, surge el uso fundado en la equidad, el cual se perpetúa en el consenso general de la costumbre.

- Es progresivo o expandible. El legislador actúa para adecuarse a él, en virtud de los avances industriales y tecnológicos. Hoy el mercado capitalista gira alrededor de conglomerados empresariales, grandes compañías o corporaciones transnacionales, grupos financieros, la colaboración de empresas en los planos de coordinación o subordinación, la integración horizontal o vertical o la combinación de ambas para acentuar el poderío del mercado. Así mismo determina agrupaciones que van desde el JOINT-VENTURE hasta las formas más sofisticadas de agrupación o agremiación de intereses comunes o recíprocos, económicos o financieros.
- Tiende a la Uniformidad internacional. Esta tendencia se manifiesta en la estandarización de formularios, modelos, y contratos tipo. Además y primordialmente en la uniformidad legislativa que se observa a la luz del derecho comparado.

H.- ARGUMENTOS QUE FAVORECEN LA UNIDAD Y SEPARACION DEL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL.

Los argumentos que favorecen la unidad son los siguientes:

- Dificultad de determinar, en muchos casos, si un acto se rige por la ley civil o por la mercantil.
- La generalización e internacionalización creciente del derecho mercantil.
- Las actividades mercantiles no son ejercidas solamente por comerciantes, sino por particulares, entonces para la defensa eficaz de los intereses generales de la sociedad, es menester no perseverar en la división.
- La existencia de dos códigos plantea constantemente dificultades de competencia y procedimiento, lo cual produce falta de certeza.
- Las normas del c. de co. no contienen principios generales sino que tienden a ser particularistas en cuanto se refieren a ciertas instituciones comerciales.
- El legislador delega en los comerciantes la facultad de darse sus propias normas en virtud de la prevalencia de la costumbre y su diferencia frente a la ley.
- La unificación no impide un tratamiento especial para ciertas materias.

Las principales razones del dualismo son:

- Las actividades mercantiles constituyen un sector muy importante de la vida en sociedad que se caracteriza por su dinamismo, razón por la cual requiere de normas que se adecuen a los cambios rápidos de las transacciones carentes de formalismo. En el derecho civil importa más la intención de las partes que la voluntad declarada.
- Por la especialidad del derecho mercantil en la escala jerárquica de las normas aplicables a los asuntos mercantiles; en la regulación de los negocios jurídicos no reglamentados por el ordenamiento civil.
- Las dificultades de competencia y de procedimiento surgen en cualquier sistema legislativo sin

importar la separación o unidad de códigos.

- La costumbre desempeña en el campo civil un papel diferente y no tiene la autoridad de la ley.
- La unificación puramente formal no reporta ninguna ventaja práctica ni científica, sino que crea un código heterogéneo e hipertrofiado. El derecho mercantil requiere de procedimientos ágiles diferentes de los de las actividades doméstica, agropecuarias, etc.

DERECHO DE LA INTEGRACION

Es una manifestación de la característica de cosmopolita y de la acentuada tendencia a la uniformidad del derecho comercial. La integración persigue primordialmente derechos económicos. Pero como se manifiesta de diferentes maneras (económica, política, social, cultural), no es susceptible divorciarla de problemas políticos, económicos y sociales.

Mediante los procesos de integración se instauran marcos jurídicos, políticos e institucionales que corresponden a agrupaciones de Estados en espacios económicos. Tales marcos jurídicos prevén la forma de organizar y engranar los órganos de integración con los órganos de los estados asociados; establecen el *modus operandi* para elaborar y adoptar decisiones comunitarias; precisan los efectos de estas en las respectivas áreas y frente a otros estados; prevén control jurisdiccional o las vías de solución de fallas en el funcionamiento.

1.- Formas Iniciales y Superiores de la Integración.

a.- Formas iniciales : Las formas iniciales de integración son los Acuerdos Fronterizos, Las Preferencias Aduaneras, Las Zonas de Libre Comercio y Las Uniones Aduaneras.

b.- Las formas Superiores o Culminantes: son los Mercados Comunes, Las Comunidades Económicas y las Uniones Económicas Totales.

El fenómeno integracionista prevaleciente en el mundo contemporáneo admite varias formas de integración iniciales y culminantes, partiendo de las primeras y por evolución llegando a las segundas. Tienen en común (las iniciales y las culminantes) su carácter convencional y sus alcances dependen de las cláusulas pactadas. La diferencia se da en que las primeras comprenden la libre circulación de productos y pueden prever o no la armonización de políticas económicas, ni implicando la existencia de órganos supranacionales. Las segundas comprenden la libre circulación de productos y de los factores de producción; personas; servicios y capitales, además, implican la armonización o unificación de políticas económicas y requieren órganos supranacionales encargados de orientar y dirigir el respectivo proceso de integración.

2.- Caracterización de las Formas de Integración.

- Integración Fronteriza. Se realiza mediante regulaciones tendientes a facilitar el tráfico comercial en zonas limítrofes de dos o más países. Establecen ventajas en las tarifas arancelarias; en ocasiones incluyen explotación, aprovechamiento y desarrollo de zonas mediante obras de infraestructura (electrificación, carreteras, ferrocarriles, puertos, etc.) v.gr. Integración Fronteriza Colombo-Ecuatoriana, elaborada por el BID en 1.966
- Preferencia Aduanera: Dos o más Estados se conceden entre sí ventajas arancelarias que no se hacen extensivas a terceros. Hay circulación restringida y parcial de mercaderías porque siempre se refiere a productos especiales. V.gr. Convención de Yandué de 1.963, consagró un sistema de preferencia amplio entre la Comunidad Económica Europea y dieciocho Estados africanos.
- Zona de Libre Comercio: En un área que comprende dos o más Estados que suprimen paulatinamente los aranceles aduaneros y otros obstáculos del intercambio comercial recíproco.

Cada país mantiene su propia política comercial y aranceles aduaneros frente a terceros países y las medidas de liberación o desgravación solo benefician a los productos originarios de los estados miembros, quienes negocian producto por producto, rebajan automáticamente los derechos aduaneros en porcentajes determinados al vencimiento de cada período. Aquí surge la Integración Subregional que se pacta entre países con intereses comunes mas estrechos y acelera el proceso entre naciones con características afines de modo mas intenso que la zona de libre comercio. A medida que en la zona de libre comercio se acentúa el intercambio recíproco, se hace necesaria una tarifa exterior común en defensa de todos sus miembros. V. gr. Zona de libre Comercio de Australia y Nueva Zelanda de 1.965.

Unión Aduanera: Se basa en que en un área que comprende dos o mas Estados se eliminan paulatinamente los gravámenes a la importación o exportación entre Estados miembros y demás obstáculos de intercambio comercial recíproco, pero se establece, además, un arancel común frente a terceros. Las desgravaciones arancelarias favorecen a los productos de los estados miembros como a los demás productos que sean objeto de intercambio comercial, sin consideración a su origen. La Unión Aduanera tiene tres fases: La Unión Tarifaria que implica la eliminación de aranceles entre los países miembros; La Unión Aduanera Propiamente Dicha que implica una tarifa común frente a países extraños y la supresión de los derechos arancelarios entre los países miembros, y la Unión Económica que implica la libre circulación de personas, bienes, mercaderías servicios y capitales, aduana común y política económica común. V.gr. Unión Económica de Países Arabes; Pacto Andino desde de 1.995.

Mercado Común: En un área de dos o mas estados se eliminan las barreras al intercambio comercial recíproco y se establece la libre circulación de productos y factores de la producción. Generalmente está vinculado a una unión aduanera por cuanto es esencial una tarifa común exterior V.Gr. Mercado común Centroamericano.

Comunidad Económica: Consiste en el acuerdo en unificar las instituciones económicas en su más alto grado. Comprende en una sola forma varias fases, tales como el Mercado Común porque se suprimen las barreras internas, aduaneras y de otra índole; la Unión Aduanera, porque existe una tarifa común y única frente a terceros; Mercado Financiero Abierto, porque hay libre circulación de capitales y la Unidad Monetaria, por cuanto es posible establecer una moneda única entre los estados integrantes.

Integración Económica Total: Supone todos los desarrollos de una comunidad económica e implica, además, la unificación monetaria, fiscal, de seguridad social, planeación y órganos permanentes con facultades de decisión en sus respectivos campos de actividad. V.gr. Federaciones y confederaciones de Estados.

Uniformidad Jurídica. Requiere de órganos supranacionales, instituciones jurídicas comunes y uniformes, etc. Es la unidad jurídica y económica total.

En nuestro país el acuerdo de Cartagena fue creado por la ley 8 de 1.973; en 1.987 fue modificado por la ley 60 (Protocolo de Quito) y buscaba programas de liberación del intercambio comercial, desgravación automática de productos, Programas sectoriales de desarrollo industrial. El art. 1 de la ley 8 lo calificó como un acuerdo de integración subregional. Actualmente en virtud de la ley de 1995, se le califica como una Unión Aduanera.

FUENTES DEL DERECHO COMERCIAL

A.- IMPORTANCIA DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO DE COMERCIO

Señalan las fuentes de reglas aplicables a la materia mercantil. Ello se produce por constantes lagunas del derecho positivo, por situaciones no previstas por el legislador, porque las relaciones mercantiles están regidas por disposiciones que también contempla la legislación civil, porque se encuentran subordinadas a costumbres mercantiles de una región o lugar determinado. Surgen, entonces, para el intérprete múltiples interrogantes

respecto de la normatividad a aplicar, los preceptos que integran la ley mercantil, cuándo se aplican las leyes civiles a negocio mercantiles, etc.

1.- Relaciones y situaciones mercantiles.

Aunque los arts. 1 y 2 del C de Co. alude a asuntos mercantiles y a cuestiones comerciales, lo significativo e importante es que las múltiples relaciones y situaciones que se configuran en las actividades económicas reputadas como mercantiles giran en torno a tres elementos fundamentales:

- **Los Sujetos**, es decir: Las personas naturales para quienes las actividades constituyen su ocupación habitual u ordinaria y las que sin tener calidad de empresarios ejecutan esporádicamente actos u operaciones que la ley considera mercantiles; las personas jurídicas creadas para realizar exclusivamente actividades u operaciones mercantiles o estas en combinación con otras que no tengan esa calidad (objeto Mixto); las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada cualquiera que sea su objeto (art. 100 del C. de Co. y los auxiliares mercantiles).
- **Los bienes mercantiles**, cuyos arquetipos son la empresa entendida como organización de capital, trabajo y tecnología para desarrollar actividades económicas de producción, distribución, transformación, administración o custodia de bienes , o de prestación de servicios; el establecimiento de comercio, o sea el conjunto de elementos materiales o inmateriales organizados por el empresario para desarrollar la empresa; el derecho sobre el local arrendado sobre el cual funciona la dirección o alguno de sus establecimientos, derechos inherentes a la propiedad industrial, los títulos valores.
- **El negocio jurídico**, o sea, toda manifestación de la voluntad encaminada a producir efectos patrimoniales, bien a través de actos simples, o bien de operaciones complejas que se integran a la vez por actos principales conexos o accesorios.

2.- Normas Escritas del Derecho Mercantil.

Se encuentran en el Código de Comercio y en otras leyes o decretos que tratan aspectos relativos a la materia del comercial, incipientemente regulados o no consagrados en el código y que son complementarios o los desarrollan.

3.- La ley Civil se aplica subsidiariamente.

Los asuntos o cuestiones comerciales se rigen ante todo por el derecho mercantil . Pero como el precepto escrito no es la única fuente de dichas reglas, la costumbre mercantil ha de utilizarse con la fecundidad y la eficacia normativas que expresamente le confiere la ley. De ahí que las normas del derecho civil son las últimas aplicables a los asuntos de comercio, como preceptos del derecho común, con un radio de acción restringido, pues las reglas mercantiles siempre han de aplicarse de manera preferencial y en primer lugar. Las únicas normas del derecho civil que se aplican en el mismo orden que corresponde a la ley comercial son las que ésta invoca expresamente, con lo cual no es que dejen de ser normas de Derecho Civil para convertirse en normas de derecho comercial, sino que, como reglas de derecho común, adquieren una prelación y orden de aplicación que no tendría sin esta invocación expresa de la ley mercantil, porque satisfacen las conveniencias de la vida de los negocios o porque corresponden a cuestiones en las que no es necesario romper la unidad orgánica del derecho privado.

B.- FUENTES EN GENERAL

La teoría General de derecho revela la existencia de tres fuentes , a saber:

Las **fuentes formales o en sentido propio**, vale decir, las formas como se manifiesta el derecho positivo.

Las **fuentes materiales o reales**, o sean, aquellas en las cuales se inspira el legislador para determinar el

contenido de las leyes. V.gr. La jurisprudencia, doctrina de tratadistas, la ley extranjera, la naturaleza de los hechos regulados y los principios generales del derecho.

Las **fuentes cognoscitivas o históricas**, es decir, los medios para conocer el contenido de una norma jurídica. Se las denomina históricas porque en ocasiones sirven para conocer el derecho de épocas preteritas V. gr. El diario oficial, etc.

C.– FUENTES FORMALES DEL DERECHO MERCANTIL:

1.– Ley Mercantil.

El artículo 4 del C. C. define: Ley es una declaración de voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional (Política). El carácter General de la ley es mandar, prohibir, permitir y castigar.

La ley mercantil es la regla de conducta promulgada por el estado y que regula la materia comercial, bien en su conjunto o bien en aspectos específicos determinados. Es la fuente primordial y por excelencia de normas jurídicas aplicables en las actividades mercantiles. Ostenta ventajas sobre la costumbre por la unidad, fijeza y certeza.

1.1.– Normas imperativas y dispositivas.

Las imperativas imponen limitaciones a la autonomía de la voluntad, o determinan sanciones o establecen regulaciones que no son susceptibles de modificación o derogación por acuerdos privados. Se inspiran en principios estrechamente ligados a la noción de orden público y su triple dimensión de seguridad del Estado, Moralidad de la Comunidad y Protección a terceros. Por eso son de ineludible cumplimiento y se manifiestan en textos expresos e inequívocos que, desde otro ángulo consideradas son de aplicación estricta y de interpretación restrictiva. V. Gr. Deberes específicos de los empresarios mercantiles; las formalidades de perfeccionamiento de determinados negocios; Las que establecen prohibiciones generales o especiales; las que señalan sanciones por inobservancia de la ley.

Las normas **dispositivas** tienen carácter reglamentario y se subdividen en:

Dispositivas por vía principal, cuando prevén cuatones ajenas a la voluntad individual . V. Gr. Las que tipifican los negocios operaciones y empresas mercantiles; Las que atañen al funcionamiento de las entidades públicas que de modo directo o indirecto participan en las actividades económicas; Las que determinan la fisonomía propia de los contrato mercantiles típicos o nominados; las que regulan el registro mercantil, la propiedad industrial y el dominio de naves y aeronaves.

Dispositivas por vía supletiva, cuando están destinadas a suplir la voluntad o el silencio de los contratantes para colmar los vacíos de sus estipulaciones. Los principios que consagran tales normas cobran vigor en ausencia de cláusulas contractuales. Rigen la conducta de los particulares en función de sus propios intereses pero a **falta de estipulación en contrario**. V.gr. Las que indican la proporción en que los asociados participan de las utilidades en una compañía; Las que prevén la administración de los negocios sociales por todos los socios en las compañías colectivas y de responsabilidad limitada.

El art. 3 del C de Co. subordina la costumbre a la ley, en cuanto tiene la misma fuerza, pero en tanto no la contraríe.

Los decretos reglamentarios de la ley comercial, según lo preceptuado por el art. 12

del C. C., forman parte de la ley reglamentada y como tales tienen fuerza obligatoria y cerán

aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal mas probable. De tal manera que se interpretan y se aplican de la misma manera que las leyes que reglamentan, pero es necesario que se ajusten al espíritu de la legislación que, conforme al art. 32 del C. C. constituye un criterio útil de interpretación, para salvar la unidad orgánica del derecho escrito. Con las reglamentaciones ejecutivas solamente pueden ser actualizadas las leyes en lo que ellas tienen de accesorio, esto es, son simples medios para la obtención de lo principal y substancial de sus normas. Además es posible, por ellos, incorporar en la legislación costumbres mercantiles relacionadas con las cuestiones que ellas tratan, percibiéndose fijeza, certeza y publicidad de las costumbres.

Interpretación de las leyes comerciales.

a- Art. 27 C.C.: Cuando el sentido de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu.

Este precepto debe utilizarse sin dejar de tener en cuenta la regla del art. 30 del mismo código, en el cual se advierte que: El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Lo que debe prevalecer es el sentido o alcance de la ley. solamente cuando el sentido o alcance de la ley es claro, dentro de su propio contexto, sin tomar aisladamente cada una de sus fórmulas literales, es cuando es necesario apelar a otros criterios de interpretación.

b.- En la búsqueda del verdadero y completo sentido de las normas de la ley hay que fijar o establecer finalidades de orden perseguidas con la misma ley, para hacer prevalecer estas finalidades respecto de normas que tienen por objeto, ante todo, los medio previstos como adecuados para la consecución de tales finalidades. Porque no todas las normas legales tienen la misma importancia, para lo cual es necesario darle igual importancia a los medios y utilizar un criterio amplio que deje a salvo la integridad de los fines, aunque las reglas realitvas a los medios tengan aparentemente el carácter de normas imperativas. Tal ocurre conb las normas relaitvas a los libros de contabilidad , que son obligatorias en cuanto contribuyan a la consecución de los fines perseguidos en ellas, esto es, en cuanto sirvan para determinar una historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante (arts. 48 y 50 del C de Co.).

C.- én materia mercantil, son de especial utilidad las reglas de interpretación suministradas por los arts. 28 y 29 del C. C.. Poe cuanto en el derecho comercial se utilizan muchas palabras no solamente técnicas, sino también de uso general por los comerciantes y que no siempre se ciñen al verdadero sentido que les corresponde en el idioma español. Para tales situaciones debe tenerse en cuenta que afalta de definición expresa de la ley, éstas se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; y si se trata de palabbras técnicas, estas se tomarán en el sentido que le den quienes profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca que claramente se han tomado en sentido diverso. Pro además debe tenerse en cuenta que el art. 4 del C de Co., en estos casos las costumbres mercantiles cumplen una función muy importante, como es la de servir de medio de interpretación de las palabras o frases técnicas del comercio.

d.- De conformidad con los arts. 27 y 32 del C. C., puede utilizarse la historia fidedigna del establecimiento o expedición de las normas legales, y cuando esta y las demás reglas de interpretación sean insuficientes para fijar el verdadero sentido de las disposiciones de la ley, esta debe interpretarse de modo que mas conforme parezca al espíritu general de la legislación y de la equidad natural.

b.- Aplicación por Analogía.

Cuando las normas comerciales no prevén soluciones para un caso concreto, se recurre a las que regulan casos semejantes. (art. 1 C de Co.). Al respecto el inciso 8 del art. 37 del C. P. C., impone al juez el deber de decidir, aunque no haya norma aplicable o esta sea oscura o incompleta, caso en el cual aplicará las normas que

regulen materias o situaciones semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la costumbre y las reglas de derecho sustancial y procesal.

La Analogía es un procedimiento lógico de interpretación que se basa en el carácter general y abstracto de toda norma legal. Consiste en que ante la ausencia de disposición que regule una situación determinada, controvertida o no, se aplican las que rijan casos o materias semejantes. Además, existe una regla de hermenéutica según la cual las frases o párrafos oscuros de una ley pueden ser aclarados con otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto (C. C. art. 30). Pero si la ley mercantil no es deficiente ni oscura, no hay por qué aplicar analógicamente sus disposiciones.

c.- Normas de la legislación civil.

A veces las normas comerciales invocan expresamente la aplicación de preceptos civiles. Cuando así ocurre, las disposiciones civiles invocadas tienen aplicación principal y no subsidiaria. V. Gr. art. 127, 822,900 y parágrafo 2 del art. 1.438 del C de Co.

Además habrá de acudir a la institución civil cuando esta regule instituciones comunes y que la ley mercantil no reglamenta. La representación legal y judicial, la venta de cosa ajena, la prelación de créditos, la prescripción extintiva de algunas acciones ejecutivas u ordinarias. Así mismo habrá que acudir a las disposiciones civiles que se refieren a la colectividad en general y en cuya observancia esté de por medio el orden público. tales normas civiles invocadas en la ley mercantil representan el contenido de las normas en blanco que las invocan.

Fuera de los casos anteriores los preceptos civiles no pueden acudir en auxilio de los ordenamientos mercantiles sino a falta de norma expresa o aplicable por analogía y en defecto de costumbre mercantil. Esta última prevalece sobre todas las civiles que no sean invocadas directamente por normas del C de Co.

d.- Estipulaciones contractuales

Al tenor del art. 1.602 del C. C. todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados están subordinadas a las normas legales imperativas y a la dispositiva por vía principal. Son reglas convencionales que tienen primacía sobre las simplemente supletivas y las costumbre.

El art. 4 del C de Co. preceptúa que las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados prevalecen frente a las disposiciones legales supletivas y a las costumbres comerciales.

Las estipulaciones convencionales carecen de fuerza obligatoria per se frente a normas imperativas y dispositivas por la vía principal .

Interpretación de los Contratos.

En este aspecto debe echarse mano del C.C., según lo preceptuado por el art. 822 del C. de Co. así.:

La elaboración de las reglas de conducta de los particulares por ellos mismos, no siempre es clara y completa en el mundo de los negocios, razón por la cual el legislador ha previsto una serie de reglas sobre la interpretación de los contratos.

a.- El contrato es siempre una fuente de reglas particulares, que opera solo entre las partes contratantes y solo en relación con la cuestión que constituye su objeto. Esto se establece en el art. 619 del C. C. así: Por

generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre la que se ha contratado. Fuera del caso concreto el contrato carece de eficacia reguladora, aún entre las mismas partes; a lo sumo puede utilizarse como elemento ilustrativo para determinar mejor o por vía inductiva o analógica y en caso de duda, los términos de otro contrato, pues en tal hipótesis sus cláusulas podrán interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia de acuerdo con el art. 1.622 del C.C.

b.- Si el contrato no puede producir efectos fuera de su objeto y de las mismas partes, si puede, en cambio, entre estas mayores efectos que los previstos en sus cláusulas expresas porque los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural, según lo preceptuado por el art. 871 del C. de Co.

c.- La intención de los contratantes debe ser salvada a todo trance y producir todos los efectos compatibles con las normas imperativas de la ley, cual corresponde a un derecho eminentemente contractualista. Por eso es por lo que El sentido en que en una cláusula pueda producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno (art. 1.620 C.C., 1.618 en cuanto la intención de los contratantes debe prevalecer hasta sobre el tenor literal de la formulación o texto del contrato). Mas aún un contrato, en virtud de la conversión del negocio jurídico puede producir los efectos de un contrato innominado del cual tenga sus elementos esenciales y sea querido por las partes.

d.- Los contratos mercantiles deben interpretarse en armonía con las costumbres de los comerciantes, que cumplen en esta materia una función interpretativa útil cuando se presentan dificultades para cuya solución resultan insuficientes las reglas de interpretación establecidas en las leyes. (art. 5 C de Co.).

e.- En todos los contratos es de especial utilidad como criterio de interpretación de sus cláusulas la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de ellas con aprobación de la otra. (art. 1.622 del C.C.). Se trata de una interpretación verdaderamente auténtica hecha por quienes realizan el negocio jurídico.

f.- En los llamados contratos por adhesión, en los que faltan generalmente discusiones preliminares se da aplicación a las llamadas CLAUSULAS DE ESTILO Y USO COMUN.

g.- Ver CLAUSULAS AGREGADAS POR LOS CONTRATANTES (esenciales, naturales y accidentales)

Prueba de los contratos mercantiles.

Por regla general existe libertad probatoria (art 175 del C.P.C.). No obstante el art. 187 ibidem establece que Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. Ejemplos de estos últimos casos se encuentran en los libros de contabilidad del comerciante (art. 68 del C. de Co); además se exige para efectos de Oponibilidad, como en el caso de la sociedad, la inscripción de la escritura en el registro público de comercio, que impide valorar el mérito de cualquier clase de prueba y que asegura la eficacia ante terceros, de los contratos.

e.- Tratados o convenciones internacionales ratificados.

Las etapas o trámites de la formación de un tratado son:

Negociación, redacción y Firma.

Aprobación, subordinada al derecho público interno y que corresponde al Congreso Nacional.

Ratificación, Acto del jefe del estado que se produce con base en la aprobación legislativa del tratado.

Canje o depósito de los instrumentos de ratificación. El canje ocurre en los tratados bilaterales, el depósito en los multilaterales y se cumple ante un gobierno u organismo internacional designado en el mismo tratado. La ley que aprueba el tratado permite el canje o depósito de instrumentos de ratificación.

Su fuerza normativa en Colombia se deriva de la ley que lo aprueba, al punto de que modifica la legislación interna preexistente y condiciona la que se promulgue durante su vigencia. De consiguiente sus normas se aplican con preferencia.

Las convenciones o tratados internacionales que no han cumplido todos los trámites de probación, o no canje o depósito de los instrumentos de ratificación, no son parte de la fuente llamada ley, sino que son apenas una de las fuentes impropias de reglas sin fuerza de ley que pueden servir de apuya al interprete de la voluntad de los contratantes o al juzgador si reúne las siguientes condiciones:

Que no haya norma legal o costumbre nacional aplicable al caso.

Que las cláusulas del tratado no pugnen con el derecho positivo colombiano ni sean contrarias a las buenas costumbres o a las conveniencias del país.

2.- Costumbre mercantil.

Está considerada como la segunda fuente formal del derecho mercantil. Lleva implícita la verdadera autoridad de la experiencia y en virtud de su adaptabilidad a las circunstancias de tiempo y lugar y por su fácil asimilación a la vida económica, desempeña un papel trascendental. Solo se le reconoce la misma autoridad de la ley cuando no la contraría manifiesta o tácitamente y siempre que los hechos que la estructuran sean uniformes, públicos y reiterados en el lugar donde han de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.

a.- La costumbre y los usos comerciales. (Ver aspectos generales de costumbres y usos anotaciones contratos).

Isaac Halperin expresa: por uso se entiende la observancia de una regla de conducta SIN conciencia de obligatoriedad. Cuando es observada CON conciencia de obligatoriedad nos hallamos ante una costumbre. Por práctica se entiende la conducta observada por las partes en sus relaciones precedentes.

Para ver cuando el uso se transforma en costumbre ver escritos de CONTRATOS.

b.- Costumbres normativas.

Son aquellas que tienen validez general porque se acatan o practican por una clectividad con la convicción de que son obligatorias, independientemente de la voluntad de los contratantes, a la cual suplen. Los rasgos distintivos de las costumbres son:

Existen y rigen aunque los contratantes no las tengan en cuenta cuando celebran un negocio jurídico;

A falta de norma escrita, se convierten en regla jurídica que suple la voluntad de los contratantes, aunque estos ignoren su existencia; y

Si el juez las conoce puede aplicarlas de oficio.

La violación o desconocimiento por el juzgador de instancia de una costumbre normativa da asidero al recurso extraordinario de casación, pues el art. 368 del C. P. C. establece como causal la de ser violatoria, la sentencia, de una norma de derecho sustancial, por falta de aplicación o aplicación indebida o por interpretación errónea.

c.- Costumbres interpretativas o convencionales.

Concretan o aclaran una determinada declaración de voluntad. Fijan al alcance de las estipulaciones contractuales no acordadas explícitamente y se consideran como una forma tácita de manifestación del consentimiento. Surgen de las relaciones entre contratantes y por esta razón se aplican únicamente a las personas vinculadas al negocio jurídico. Dichas costumbres son eficaces en la hermenéutica de las estipulaciones contractuales porque ayudan a reconstruir la voluntad de los contratantes y porque concretan el tecnicismo común de las actividades mercantiles en particular. Además, como sirven para precisar el sentido de las palabras o frases técnicas, procuran el entendimiento de las cláusulas dudosas o explican la intención de las partes respecto de las modalidades de ejecución del negocio jurídico. Los caracteres distintivos de estas costumbres son:

Solo existen cuando han sido tenidas en cuenta por los contratantes cuando han celebrado el negocio.

No crean regla jurídica alguna puesto que su alcance es el de interpretar la voluntad de las partes manifestada en la respectiva relación.

Siempre ha de ser demostrada por quien la invoque o alegue.

Cuando se habla de hechos constitutivos de las costumbres se alude a los usos, cuya existencia debe comprobarse.

3.- Clasificación de la Costumbre.

Teniendo en cuenta su contenido se suelen clasificar en:

a.- Costumbre según la ley (*Secundum legem*) Es la que se forma y practica sin contradecir las disposiciones legales, ajustándose a su letra. Los preceptos escritos son los que la invocan. Ej. arts. 827, 842, 911, ordinal 4o. del 923. 933, 935, 971, 1,264, 1.417 del C de Co.

b.- Costumbre mas allá de la ley (*extralegal o preter legem*). Es la que enmienda los errores o deficiencias de la norma escrita porque prevé lo no previsto por ella. Encuentra amplio campo en la ausencia de textos legales expuestos. En derecho civil el art. 13 de la ley 153 de 1887 dispone: La costumbre siendo general y conforme a la moral cristiana constituye derecho a falta de legislación positiva. La condición de su conformidad a los principios morales del cristianismo reside en que la gran mayoría de los colombianos ha adherido a ellos y por tanto se consideran básicos de la organización político social del país.

c.- Costumbre contra la ley (*Contra legem*). Es la que tiende a derogar una disposición legal. Se practica en sentido opuesto a la ley escrita, y por ende es inadmisibles por cuanto nunca surte efectos en los casos en que la ley provee directamente o sus disposiciones son aplicables por analogía. En materia civil la costumbre nunca tiene fuerza de ley, aunque esta última no observe o regule algún aspecto y la costumbre si lo haga. (art. 8 del C.C.).

Teniendo en cuenta su extensión, la costumbre se clasifica en:

a.- Costumbre local o regional, por ser fruto de la experiencia en un sitio o zona geográfica determinada. Ha de aplicarse con prioridad así como la especial se prefiere a la que tiene carácter general. Es obligación de las Cámaras de Comercio recopilar las costumbres mercantiles de los lugares correspondientes a su jurisdicción. y certificar sobre la existencia de las recopiladas. (ord. 5o. del art. 86 del C. de Co.).

b.- Costumbre General o Nacional. Es la observada en gran parte de todo el territorio colombiano. Suple la falta de costumbre local. (art. 96 C. de Co.).

c.- Costumbre Internacional. Es la que se forma por actos idénticos y sucesivos acatados en el comercio internacional.

d.- Costumbre extranjera. Es la formada de moso espontáneo y que es respetada por la comunidad de cualquier otra nación determinada.

4.- Funciones que Cumple la Costumbre mercantil.

a.- Función interpretativa. Cuando precisa el sentido de las palabras o frases técnicas de las actividades mercantiles. Contribuye a indagar la intención de las partes contratantes y a interpretar los actos y negocios jurídicos.

b.- Función de integrar las normas legales, cuando la ley la invoca y la eleva a categoría de preceptos obligatorios las costumbres normativas.

c.- La Función de colmar lagunas de la ley, cuando a falta de norma expresa o aplicable por analogía o de estipulaciones contractuales, surgen como reglas de conducta las costumbres del lugar donde han surgido las relaciones o han de cumplirse las prestaciones pactadas. Esta es su función mas trascendental.

5.- Condiciones de la costumbre como norma de derecho.

a.- Que no contraríe expresa o tácitamente la norma de la ley mercantil

En presencia de un precepto legal aplicable directa o analógicamente a una situación o cuestión mercantil determinada, no es posible invocar costumbre alguna.

La aplicación de la analogía se da cuando la norma mercantil sea en cierto modo y en apariencia inoperante

b.- Que los hechos constitutivos de la costumbre sean públicos, reiterados y uniformes..

Que sean públicos osea observados socialmente y no en forma individual. Debe haber conciencia colectiva o convicción generalizada en un círculo mas o menos amplio, del carácter obligatorio de un uso determinado, lo cual presupone sea notorio y conocido.

Que sea reiterado, esto es, repetidos de manera constante, lo cual excluye que su ejercicio sea esporádico o sin tradición alguna.

Que sean uniformes, esto es, observados como regla obligatoria no en forma caprichosa ni fortuita, sino aplicados de un modo idéntico y que, como experiencias colectivas de común aceptación se hayan consolidado a través de la persistencia en la uniformidad.

c.- Que rijan en el lugar donde han de cumplirse las prestaciones pactadas o surgen las relaciones que deban regularse por ella. Esta condición es necesaria en tratándose de costumbres nacionales bien sea locales o generales pero no cuando se trata de costumbre extranjera o internacional. Cuando estas últimas sean invocadas en colombia en asuntos mercantiles requieren no contrariar la ley; que sean reiteradas públicas y uniformes y que estén vigentes en el país extranjero o en el comercio internacional.

5.- Prueba de los hechos constitutivos de la costumbre

Son sus hechos constitutivos los que deben demostrarse . El C. de Co. y el C. de P. C. circunscriben los medios probatorios así:

Art. 189 C.P.C.: De manera general acerca de los usos y costumbres aplicables conforme a la ley sustancial deberán acreditarse con DOCUMENTOS AUTÉNTICOS O CON UN CONJUNTO DE TESTIMONIOS.

EL ART. 190 DEL C.P.C. LA COSTUMBRE MERCANTIL NACIONAL INVOCADA POR ALGUNA DE LAS PARTES puede probarse por cualquiera de los medios siguientes: 1.– Copia auténtica de dos decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia. 2.– Certificación de la cámara de comercio correspondiente al lugar donde rija (art. 86, 5a del c. de Co.en cuanto a la ccertificación de la costumbre local y art. 96 C .de Co. en cuanto a la certificación de la costumbre nacional)..

Art. 6 C. de Co. La costumbre mercantil se probará como lo dispone el código de proc. C. sinembargo, cuando se pretenda probar por testigos , estos deben ser al menos cinco comerciantes idóneos inscritos en el registro mercantil, que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos en el art. 3. y cuando se aduzcan dos decisiones judiciales definitivas, se requerirá que estas hayan sido proferidas dentro de los cinco años anteriores al diferendo.

6.– Prueba de la costumbre extranjera.

La costumbre extranjera y la internacional no son fuentes propias sino impropias del derecho mercantil, sinembargo pueden acogerse cuando los contratantes las invoquen de manera expresa y solamente de esta manera prevalecen sobre las normas supletivas del país.. Se prueba así:

Certificación del Cónsul colombiano en el respectivo país.

A falta de este, certificación del consul de una nación amiga en el país cuya costumbre se pretende demostrar.

Para lo anterior, el cónsul debe solicitar a la Cámara de Comercio o a la entidad que haga sus veces, constancia de que existe esa regla de conducta y se halla en vigor. Si no existe tal entidad el cónsul debe solicitar esa constancia de dos abogados del lugar, de reconocida honorabilidad y especialistas en derecho mercantil.

7.– Prueba de la Costumbre internacional.

El art. 7 del C. de Co., sino contraria manifiesta o tácitamente a la legislación colombiana, y los hechos constitutivos de la misma son públicos, uniformes y reiterados en el comercio internacional o en las relaciones mercantiles entre naciones de diferentes países, eventualmente puede erigirse en regla aplicable a las cuestiones mercantiles. Al efecto el art. 9 del mismo Código dice:

Certificación autenticada como se previene en el C.P.C. , de una entidad internacional idónea, en la que se de fe de dicha costumbre

Copia auténtica conforme al Código de P. C., de la sentencia o laudo en que una autoridad jurisdiccional internacional la haya reconocido, interpretado o aplicado.

D.– FUENTES MATERIALES O IMPROPIAS DEL DERECHO MERCANTIL.

Son aclaratorios o interpretatorios del derecho.

1.– Jurisprudencia mercantil.

Ley 169 de 1896 art. 4. Tres decisiones uniformes dadas por la C.S.de J.como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable. Ver sentencia de la C.Constitucional, por la cual obliga cuando se trate a fondo la constitución y se declare exequible una norma.

2.- Principios General del Derecho.

Son los postulados generales de un sistema jurídico , razón por la que influyen en la determinación del sentido y alcance de las normas jurídicas

Buana fé, enriquecimiento sin causa, abuso del derecho , teorías de la imprevisión, fraude a la ley, error communis facit jus.

Existen principios del derecho comercial que no han sido erigidos en normas legales, los cuales se incluyen en las fuentes materiales en virtud del art. 7 Y 3 del C. de Co., en cuanto se refiere a PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMERCIAL. Dentro de ellos podemos destacar:

La onerosidad , la libre competencia, la especialidad, la objetivación, la expansividad,etc.

Existen otros que han sido consagrados en la ley mercantil, tales como el principio de la libertad de empresa (C.Política); Libertad de comercio e industria (C.Política), principio de la analogía legal (art. 24 del C. de Co), principio de la normatividad de la costumbre (art. 3 C. de Co); Presunción de mercantilidad de ciertos actos jurídicos (art. 22 C. de Co); Oponibilidad de actos y documentos sujetos a registro(art. 29 del C de Co), etc.

3.- Tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia. (art, 7 C. de Co.)

4.- Leyes Extranjeras: Auxiliares eficaces del legislador

5.- Doctrina de organismos estatales

6.- Doctrina de tratadistas de derecho mercantil.

E.- ORDEN DE PRECEDENCIA DE LAS FUENTES.

1.- Normas mercantiles imperativas y dispositivas por via principal o exclusiva.

2.- Disposiciones de la ley civil invocadas expresamente por las disposiciones del C. de Co.

3.- Estipulaciones contractuales con sujeción a las normas mercantiles imperativas y dispositivas por via principal

4.- Normas de la ley mercantil aplicables por analogía.

5.- Costumbres mercantiles locales

6.- Costumbres mercantiles generales del país.

7.- Disposiciones de la legislación civil no invocadas expresamente por las normas mercantiles.

En determinadas situaciones que no puedan resolverse con ninguna de las anteriores fuentes, es posible acudir a cualquiera de estas otras, siempre que no pugnen con el derecho del país:

a.- Tratados o convenciones internacionales no ratificados por el Estado Colombiano.

b.- La costumbre mercantil internacional.

c.- Los principios generales del derecho mercantil; y

d.- La costumbre mercantil extranjera existente en otro país.

En la regulación sobre la aeronáutica, el art. 1.781 del C de co aparece una escala de fuentes de carácter especialísimo como son:

- 1.- Las normas contenidas en el libro V
- 2.- Los principios generales del derecho aéreo
- 3.- Las normas y principios del Derecho Marítimo
- 4.- Los principios generales del derecho comercial y civil.

CONCEPCION OBJETIVA DEL CODIGO DE COMERCIO

A.- NEGOCIOS JURIDICOS MERCANTILES Y NEGOCIOS CIVILES.

Tanto los comerciantes como quienes no ostentan esta calidad ejecutan negocios u operaciones mercantiles, aunque sea ocasionalmente. Cuando existe duda en la aplicación de la norma civil o mercantil, debe acudir a principios tales como la especulación (v.gr. comprar para vender, etc) o al factor empresarial (transporte, producción de bienes, etc), naturaleza de la actividad que se manifiesta (operaciones bancarias, cambiarias, bursátiles, etc) y en ocasiones a la Forma de pago como la creación y circulación de títulos valores.

Ahora bien, también para determinar la aplicación de la norma al negocio jurídico de que se trate se deben tener en cuenta sus requisitos de fondo, tales como el sujeto, el objeto, la causa y la forma de solemnidad exigida por la ley.

B.- CONSECUENCIAS DE LA DISTINCION

La distinción entre negocio civil y negocio mercantil es útil por las consecuencias de orden práctico que de ella se derivan, entre las cuales sobresalen estas:

- 1.- En principio, la formación, su efectos, interpretación, modos de extinguirse, anularse o rescindirse y su prueba se rigen por las normas del C.C., a menos que la ley mercantil regule específicamente cualquiera de esas situaciones en relación con uno o mas contratos. (art. 822 del C. de Co.). Además ciertos contratos son regulados solamente por la ley mercantil.
- 2.- Los negocios y operaciones mercantiles absolutos, si son realizados en forma ordinaria, imprimen la calidad de empresario a la persona que los ejecuta.
- 3.- El negocio que solo es mercantil para una sola de las partes, se rige por la ley comercial (art. 22 del C. de Co.)
- 4.- La persona que ocasionalmente realiza un negocio mercantil queda sometida a la ley comercial en cuanto concierne a sus efectos y en las controversias que eventualmente se susciten por razón del mismo (art. 11 C. de Co).
- 5.- La Constitución Política de Colombia faculta al legislador para crear tribunales de comercio. Una vez creados los negocios jurídicos mercantiles tendrán una jurisdicción especial distinta de la civil.
- 6.- Las sociedades colectivas y en comandita Simple con objeto civil son simplemente consensuales. En cambio, las Anónimas, en comandita por acciones, de responsabilidad limitada, cualquiera que sea su objeto, y

las demás sociedades mercantiles están sometidas a requisitos de forma, sin los cuales no quedan regularmente constituidas.

C.- NI LA LIBERALIDAD NI EL DESINTERES SE PRESUMEN EN LOS NEGOCIOS MERCANTILES

Atendiendo al ámbito patrimonial en que se desarrollan los intereses de la voluntad individual, los negocios jurídicos suelen clasificarse en tres categorías claramente diferenciadas:

- 1.- De liberalidad, que no persiguen prestación alguna y siempre implican un empobrecimiento de quien los realiza u otorga. V.gr. la donación.
- 2.- Desinteresados. Entrañan la prestación de servicios que pueden ser valiosos desde el punto de vista económico pero no ocasionan disminución patrimonial de quien los ejecuta. Ej. Prestamo de uso, el mandato gratuito, la fianza o garantía personal.
- 3.- A título oneroso. Se atiende al beneficio o ventaja patrimonial que de ellos se va a reportar. Las partes persiguen siempre contraprestación a cambio de su obligación de dar, hacer o no hacer. Esas prestaciones recíprocas pueden ser simultaneas o satisfechas una despues de otra y no es indispensable la igualdad del valor , pues basta su equivalencia segun la intención de las partes aunque en realidad sean de valor desigual.

Todos los contratos bilaterales y plurilaterales suelen ser onerosos porque las partes se obligan a cubrir prestaciones de valor equivalente. En cambio, los contratos unilaterales pueden ser a título oneroso o gratuito , especialmente en materia civil. En el derecho mercantil nunca se presume la liberalidad ni el desinterés porque la gratuidad es extraña a las actividades de los mercaderes y en ellas siempre está implícito el lucro o el ánimo de lucro.

B.- CLASIFICACION DE LOS ACTOS DE COMERCIO

El acto de comercio es una creación de la ley mercantil, ajena a razones de derecho distintas de la habitualidad con que ciertas operaciones se ejecutan en la vida económica por los comerciantes, que permite considerarlas propias de la profesión del comercio. La enumeración que trae el C. de Co de los actos comerciales es apenas una mera relación de las principales actividades mercantiles, susceptible de ser ampliada por la analogía. Este método que trae el C. de Co. reafirma que su creación y desarrollo se fundamenta en la vida real y no en la aplicación de principios generales.

La enumeración de los actos de comercio que trae el Código comprende actividades de muy diversa índole, desde las que pueden considerarse intrínsecamente mercantiles, como la compra para la venta, hasta las que solo han adquirido ese carácter en razón de las primeras, como las empresas de seguros o de transporte.

En el derecho mercantil de hoy la especulación de bienes raíces ha quedado comprendida como un acto de comercio, ya que estos hoy no tienen en día un tráfico tan intenso como el de los bienes muebles. Porque el desarrollo del comercio ha producido innumerables instituciones que no solo han ido facilitando y complementando sus principales actividades, sino que han adquirido vida propia para presentarse como verdaderas y autónomas operaciones comerciales.

La relación hecha en el art. 20 del C de Co., comprende, como ya se ha dicho, una serie de actos propiamente dichos y una serie de empresas o actividades organizadas que conviene separar para el mejor entendimiento de la clasificación entre actos de comercio relativamente mercantiles y actos de comercio absolutamente mercantiles. Porque esta clasificación tiene su fundamento en la que prevé el art. 22 del C de Co., en el cual se consagra una regla bastante común a las legislaciones comerciales. Según dicha regla si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial. Con lo cual se limita el sentido y alcance de la regla solamente o de preferencia a los contratos. Esto es, a los actos que dan origen a

regulaciones entre las partes, para poder limitar a una sola de ellas la calificación de mercantil, no obstante que la calidad mercantil atrae el acto o negocio, para regirlo por la ley comercial, es decir para someterlo a un solo régimen legal y no en parte a la ley civil y en parte a la ley comercial.

1.- Contratos relativamente mercantiles.

Tienen este carácter o cualidad jurídica solamente para una de las partes que intervienen en ellos; y respecto de esa parte, es el plan o propósito por el cual se llevan a cabo lo que determina su mercantilidad. Son lo que corresponden a los tres primeros grupos del art. 20 del C de Co. y son de ocurrencia diaria en la vida económica. Ej. Comprar artículos de uso personal en un establecimiento de comercio, operación que no es mercantil para el comprador pero sí para el vendedor. Precisamente el art. 23 del C. de Co. ha previsto que esta clase de negocios no son mercantiles para el comprador.

Los contratos relativamente mercantiles, aunque están sujetos a la legislación comercial, no confiere la calidad de comerciante sino a la parte para la cual representan una actividad profesional, esto es para el vendedor en el ejemplo propuesto. Por esa dualidad de consecuencias se los ha llamado actos mixtos, puesto que son en parte comerciales y en parte civiles, a pesar de que se rigen por la ley comercial según el art. 22 del C de Co. Realmente estos contratos son mercantiles y por eso se rigen por la ley comercial respecto de ambas partes.

2.- Contratos absolutamente mercantiles.

No derivan su carácter de comerciales por la posición de alguna de las partes, sino de su propia naturaleza, independientemente de consideraciones subjetivas o personales de cualquiera de ellas. Son absolutamente mercantiles porque no tienen este carácter en relación solamente de alguna de las partes que intervienen en ellos. Tales son por Ej. giro de letras de cambio, contratos bancarios, los seguros, etc. que se indican en el art. 20 y los que sean semejantes a los mismos, según lo previsto en el art. 24 del mismo código.

3.- Negocios jurídicos accesorios o conexos. Son los negocios u operaciones que tienen estrecha circulación con las actividades principales del empresario. La conexión puede ser jurídica o económica y en algunas oportunidades mixta.

Negocios con conexión económica V.gr. el depósito efectuado por el empresario, de materias primas, etc; las labores de promoción del agente representante de una empresa. Ejemplos de negocios con conexión jurídica son: Contratos de garantía porque su mercantilidad se deriva de las obligaciones mercantiles cuyo cumplimiento se garantiza o asegura.

El art. 21 dispone que se tendrán como mercantiles todos los actos del comerciante relacionados con actividades o empresas de comercio, los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones comerciales. Esta presunción legal puede ser desvirtuada mediante demostración de la falta de conexión con el ejercicio de una actividad mercantil principal.

C.- NEGOCIOS, OPERACIONES Y EMPRESAS MERCANTILES

1.- Enfoque preliminar.

Empresario, es la persona que desarrolla una actividad económica organizada.

Empresa, esto es, una actividad económica organizada para los fines que se indican en el art. 25 del C de Co.

Establecimiento de Comercio, o conjunto de bienes utilizados por el empresario para el desarrollo de su empresa.

Debe precisarse, al hablar de las empresas que se mencionan en el art. 20 del C de Co., en que el derecho comercial no es solamente el derecho de la empresa, como lo es el italiano. La empresa, según la noción consagrada en el art. 25 del C de Co. no constituye una actividad especial dentro de la gama ilimitada o negocios propios de la vida económica. Es ante todo, una forma de acción de ese campo de la economía, que no la tipifica por sí misma como comercial o no comercial, por cuanto las operaciones de uno y otro carácter pueden llevarse a cabo en forma ocasional o transitoria o en forma organizada y continuada – la continuidad implica necesariamente la organización y la utilización de bienes adecuados– lo mismo puede tratarse de operaciones mercantiles de las indicadas en el art. 20 , que de operaciones no mercantiles según la relación del art. 23 del mismo.

Concebida en estos términos la empresa, es incluida expresamente entre los actos de comercio por el Código de Napoleón y por los códigos que adoptaron el mismo criterio objetivo, se enriqueció considerablemente el derecho comercial y se hizo extensivo su campo de aplicación a todos los ángulos de la vida económica, sobre todo por el carácter meramente ilustrativo de las empresas expresamente indicadas. Lo cual no quiere decir, desde luego, que toda empresa sea mercantil , ni que todo empresario sea un comerciante. En un sistema objetivo como el del C de Co., una actividad económica organizada –nucleo de la noción de empresa– solamente es mercantil cuando tiene por objeto el desarrollo de operaciones o negocios calificados o calificables como mercantiles; en los demás casos de actividad organizada, aunque tenga por objeto operaciones propias de la vida económica, se trata de empresas civiles, esto es de las que no están sometidas al régimen determinado por las reglas propias del derecho mercantil, como son las indicadas en el art. 23 del C. de Co. que no contiene una relación limitativa sino meramente ilustrativa.

El concepto de mercantilidad abarca no solamente la INTERMEDIACION, sino que además incluye la producción, en el sentido de adecuar factores originarios hasta convertirlos en bienes de uso o de consumo; la TRANSFORMACION de materias primas, productos semielaborados y demás factores en bienes o servicios de producción o consumo o al uso; la DISTRIBUCION de mercancías, artículos, productos o materias primas, el suministro de servicios y el abastecimiento de bienes, la administración o custodia de bienes, las actividades auxiliares del comercio, etc.

2.– Concepto legal de Empresa.

El art. 25 da una noción objetiva de la empresa, por eso aunque inspirada en el C. Italiano, no define propiamente al empresario, sino la actividad económica que en forma organizada se desarrolla en los campos de producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o prestación de servicios. Al mismo tiempo que hace resaltar la función instrumental del establecimiento de comercio como medio utilizado para el desarrollo de la empresa:

la primera idea implica que el concepto de empresa es la de continuidad y no de simple operación ocasional, ni de mera sucesión de operaciones ocasionales. Porque se trata de una actividad estable y hasta cierto punto programada, susceptible de un desarrollo continuado apto para determinar una profesión u oficio para el interesado en dicha actividad.

Una segunda idea expresamente puesta de relieve en el art. 25 del Código es que se trata de una actividad económica que busca primordialmente la satisfacción de necesidades o conveniencias de la vida económica, en alguna de sus manifestaciones.

La empresa es una actividad económicamente ORGANIZADA.

C.– NEGOCIOS Y OPERACIONES MERCANTILES.

1.– Adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos, y la enagenación de los mismos.

Se hace referencia a la compraventa y permuta mercantiles. A través de la compraventa se realiza la intermediación en el cambio de bienes desde el productor hasta el consumidor final. A la permuta le son aplicables las normas que regulan la compraventa (art. 910 del C. de Co).

Según el ordinal 1 es necesario no solamente la adquisición sino que es necesaria la destinación para la venta en la misma forma y en el ordinal 2º es necesaria la destinación para arrendarlos. En estos casos se trata de negocios jurídicos relativamente mercantiles porque se busca la especulación y esta es la que les imprime la calidad de mercantiles:

a.- Es mercantil la compraventa de bienes con el fin de revender y obtener lucro. Comprende toda clase de bienes, divisas, dinero, naves y aeronaves, etc.

b.- Es mercantil la reventa, aisladamente considerada de los bienes comprados, con el propósito de derivar lucro al revenderlos. La especulación que se inició con la compra se consuma con la reventa.

c.- Compra de bienes muebles con destino a arrendarlos y derivar lucro. Basta que exista la intención de arrendarlos aunque no los arriende.

d.- Algunos tratadistas afirman que también es mercantil la compra no solo de materias primas que se vende, sino de las cosas auxiliares (máquinas herramientas, etc) que se emplean en la fabricación. Ello lo explican en la base económica del fin a que se destinan y se explica jurídicamente por el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

El ordinal primero del art. 20 plantea dos situaciones:

- Que se adquieran bienes a título oneroso: no por herencia, donación, etc. que quien adquiera los bienes los destine a ser enajenados aunque efectivamente no los enajene.
- Que se trate de una enajenación efectivamente realizada. Esta enajenación no significa que sean en absoluto los mismos bienes, puesto que han podido ser terminados o transformados antes de dicha enajenación; que los bienes enajenados hayan sido adquiridos a título oneroso y que cuando se adquirieron los bienes, su destino hubiese sido la de enajenarlos.

En los negocios aislados, la prueba del lucro se da por indicios, sobre dos hechos indicantes: – Las condiciones en que se efectuó el negocio y – las circunstancias personales del comprador.

No hay ánimo de lucro, por ejemplo en las operaciones de las cooperativas en las que prevalece el ánimo de servicio.

2.- La adquisición a título oneroso de bienes muebles con destino a arrendarlos, el arrendamiento para subarrendar y el arrendamiento y subarriendo.

La actividad consiste en adquirir bienes muebles para arrendarlos y el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, así como el subarriendo de los mismos es mercantil cuando existe el propósito de arrendar o subarrendar según el caso; basta ése propósito aunque no se obtenga el beneficio económico esperado.

El arrendamiento (art. 1.974 C.C.) consiste en que una de las partes se obliga a conceder el uso o goce de una cosa y la otra a pagar el precio por tal goce. El C. C. prohíbe el arrendamiento de derechos personales, como el uso o la habitación. Los demás corporales que puedan usarse sin consumirse son susceptibles de arrendamiento.

El ordinal 2º del art. 20 contempla 4 situaciones:

- a.- Que se trate de cosas muebles corporales o incorpóreas; que se adquieran a título oneroso; Que quien las adquiera las destine a arrendarlas aunque efectivamente no las arriende.
- b.- Arrendamiento de bienes muebles; que las cosas hayan sido adquiridas a título oneroso; que cuando se las adquirió hayan sido destinadas a ser arrendadas.
- c.- Tomar en arrendamiento cosas muebles o inmuebles; que se tenga el propósito de subarrendarlos aunque efectivamente no se subarrienden (el propósito debe existir desde cuando se toma en arrendamiento)
- d.- Que se celebre el negocio jurídico de subarrendar; que el subarriendo verse sobre bienes muebles o inmuebles y que exista la intención de subarrendar desde cuando fueron tomados en arrendamiento.

La ley permite que el establecimiento de comercio sea objeto del contrato de arrendamiento (art. 533 C. de Co.) y tal negocio jurídico es objetivo en sentido absoluto; Igual sucede con el arrendamiento de naves y contratos de utilización de aeronaves.

3.- Recibo de dinero en mutuo a interés para darlo en préstamo y el préstamo de dinero a interés (art. 1.163 C. de Co.).

Desde el punto de vista económico el mutuo se considera como un intercambio de moneda presente que da el mutuante, por la promesa de moneda futura que da el mutuario.

No se alude a las operaciones activas de bancos y sus clientes, las cuales se mencionan en el numeral 7 como operaciones bancarias.

Es tipificado como negocio objetivo cuya mercantilidad es relativa en tres situaciones:

- a.- Recibo de dinero en mutuo; que sea a título oneroso, o sea con interés o sino se rige por la ley civil; que al tomar el dinero en mutuo el prestatario tenga la intención de suministrarlo, a su turno en préstamo a interés
- b.- Cuando se dá dinero en mutuo con interés; el dinero dado en préstamo proviene de sumas recibidas en mutuo con interés.
- c.- Quien habitualmente se dedica a ello.

En estos casos se hace abstracción de la garantía por ser una situación accesorio. El art. 1.163 del C. de Co. reitera la mercantilidad del mutuo, puesto que aclara que el interés es un elemento de la naturaleza del mutuo mercantil.

4.- La adquisición o enajenación del establecimiento de comercio y demás operaciones y contratos.

Abierto el establecimiento de comercio debe ser matriculado en la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar donde esté ubicado, para lo cual deberá indicarse, según el art. 32 del C. de Co.: ... Todo acto que modifique o afecte la propiedad o administración del establecimiento, o sino se consideran inoponibles a terceros (art. 901 C. de Co.).

El art. 524 del C. de Co. establece que mediante escritura pública o documento privado reconocido por las partes ante funcionario competente, el establecimiento de comercio puede ser objeto de arrendamiento, usufructo, anticrédito y demás operaciones que trasfieran, limiten o modifiquen su propiedad o administración.

Estos actos realizados sobre los establecimientos de comercio son actos absolutamente mercantiles, puesto que no importa quienes lo realicen o el fin con que lo hagan. En todo caso tales operaciones deben ser

realizadas a título oneroso.

La prenda del establecimiento de comercio (art. 532C. de Co.), puede hacerse sin que el deudor pierda la tenencia, pues la entrega del conjunto organizado de bienes queda suplida con la inscripción del contrato en el registro mercantil, formalidad sin la cual no surte efectos, nisiquiera entre las partes.

En la anticr sis (art. 2548 C. C. consiste en la entrega de finca raíz para que el acreedor se pague con sus frutos y en comercial puede realizarse sobre cualquier clase de bienes) el deudor se desprende de la tenencia del establecimiento, porque tal contrato es real, solemne y se perfecciona con la entrega del bien sobre el cual recae. El art. 1224 C de Co., indica que esta implica para el deudor la obligación de ejercer el control de modo permanente sobre el mismo y no pierde la calidad de comerciante.

La sucursal y la agencia de una sociedad son establecimientos de comercio (art. 263 y 264 C. de Co.). Cuando los establecimientos de comercio son agencias de sociedades, su administrador carece de facultades para comprometer o representar a la sociedad. En cambio el factor o gerente de la sucursal est  facultado para representar al ente social. Sinembargo el art. 49 del C. de P.C. dispone que las sociedades domiciliadas en Colombia deberán constituir apoderados con capacidad para representarlas en los procesos relacionados con ellas o sus dependientes., en los lugares donde establezcan sucursales o agencias. Si no las constituyen, llevará su representación quien tenga la dirección de la respectiva sucursal o agencia.

5.- Constitución de Sociedades mercantiles, la Administración de estas y la negociación de partes de interés cuotas o acciones.

El art. 1 de la ley 222 de 1.995 modificó el art. 100 del C. de Co. sometiendo a todas las sociedades al régimen comercial, sin importar su objeto social. En consecuencia, todas las sociedades sean civiles o mercantiles, deberán constituirse por escritura pública y registrarse en la cámara de comercio del domicilio social.

6.- Creación, aceptación y negociación de títulos valores.

Los títulos valores están regidos por el libro III, Título III del C. de Co., arts 619 y siguientes. Se definen en el art. 619 del C. de C. como los documentos necesarios para ejercer el derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora.

Para profundizar sobre el particular, ver las notas de títulos valores del profesor.

7.- Operaciones de Bolsas.

7.1. BOLSA DE VALORES

Establecimiento privado autorizado por el Gobierno Nacional donde se reúnen los miembros que conforman la Bolsa, con el fin de realizar las operaciones de compra- venta de títulos valores, por cuenta de sus clientes, especialmente. Sitio público donde se realizan las reuniones de la bolsa o se efectúan las operaciones de la misma

7.2. BOLSA DE BOGOTÁ

Institución de carácter privado, Sociedad Anónima comercial organizada de acuerdo con la ley colombiana para facilitar la negociación de títulos valores autorizados por los organismos competentes y que actúa bajo la vigilancia de la COMISION NACIONAL DE VALORES.

7.3. HISTORIA

Desde los más remotos tiempos, las personas han intercambiado sus bienes con el propósito de buscar mejores niveles de bienestar. En las comunidades más antiguas como Grecia, Roma y en general el Oriente, comenzaron a establecerse mecanismos de trueque, que con el crecimiento de las ciudades y un mayor consumo de bienes, van dando surgimiento en el siglo XIII a los mercados o Bolsas que posteriormente se reglamentan e institucionalizan.

Estas bolsas son de diversa índole, según fuere el tipo de producto que se comercializa en ellas y se van localizando con los puertos y en los cruces de caminos, donde regularmente las personas acostumbran reunirse para negociar.

Con el incremento de la producción y el comercio a nivel mundial, aparece la Sociedad Anónima, como una forma de organización empresarial. Este tipo de sociedad adquiere gran influencia en el desarrollo industrial del género humana. También aparecen otras clases de bienes objeto de comercio conocidos genéricamente como los Valores Mobiliarios o Títulos Valores entre los cuales inicialmente surgieron las Acciones. Para facilitar su negociación, se organizan las Bolsas de Valores. La primera, se funda en el siglo XVIII en la ciudad de Amsterdam desde donde se extiende por toda Europa, Asia y América.

4. BOLSA EN COLOMBIA

En Colombia la Bolsa surgió como una respuesta al desarrollo que el país mostraba en la década de los años veinte. La transformación de una economía basada principalmente en el comercio y la agricultura hacia el proceso de industrialización, hizo necesaria la acumulación de capitales para crear empresas que se convierten en pioneras del desarrollo nacional.

Cómo podrían canalizarse recursos de ahorro hacia tales empresas?

Resultaba evidente la necesidad de crear un mercado de valores que hiciera posible la negociación de las acciones emitidas por las primeras Sociedades Anónimas del país en un marco de seguridad para todos los inversionistas.

En consecuencia el 28 de noviembre de 1928 se fundó la Bolsa de Bogotá S.A. que contó en sus incisos con 24 sociedades inscritas y 17 firmas de corredores hoy llamados Comisionistas de Bolsa, miembros de la entidad.

Con la fundación de la Bolsa, se inicia una importante tarea de crear un mercado de capitales en Colombia. Para garantizar la transparencia de todas sus actividades, la Bolsa y sus miembros estuvieron, desde su fundación, bajo la vigilancia de la Superintendencia Bancaria y a partir de 1982 ese control fue control asumido por la Comisión Nacional de Valores.

La Bolsa de Valores es una institución clave para el desarrollo de una economía de mercado puesto que facilita el financiamiento de diversas económicas con ahorro del público. Entre tales actividades se encuentran las que desarrolla el Sector Real de la economía, conformado por las empresas industriales, comerciales y de servicios, que permanentemente requieren recursos para adelantar su tarea productiva, utilizando para ello la mano de obra, tecnología, bienes de capital, instalaciones, etc. Aquí la función de la Bolsa es dirigir recursos del público hacia la inversión en Sociedades Anónimas, mediante su capitalización, función que se considera de la mayor importancia para la economía a nivel nacional. En adición al Sector Real, se encuentra el Sector Financiero, compuesto por Bancos, Corporaciones Financieras, Corporaciones de Ahorro y Vivienda, Compañías de Seguros, Fondos de Inversión y en general todos los intermediarios financieros. El objeto de estas entidades es la canalización del ahorro del público hacia las actividades del Sector Real.

La bolsa de valores, congrega un gran mercado al que confluyen las empresas que requieren recursos y los inversionistas, bien sean personas naturales o jurídicas, con ahorro disponible para invertir. En la Bolsa se

lleva a cabo la transferencia de recursos monetarios entre las unidades económicas que disponen de un excedente para invertir, y de aquellos otros que requieren de financiación para continuar con el desarrollo de su actividad. Para cumplir con esta tarea la Bolsa dispone de dos tipos de mercados.

- El mercado primario. Por medio del cual la empresa emisora de un título valor lo coloca entre el público.
- El mercado secundario: que facilita la transferencia en la propiedad de los títulos de un inversionista a otro.

El mercado Bursátil definido como aquel mercado de títulos valores que tiene como epicentro una Bolsa, está conformado por cuatro elementos principales.

- Los emisores de títulos
- Los inversionistas
- Los comisionistas
- La bolsa

Los diferentes títulos valores que se negocian en la Bolsa son:

- Los de Renta Variable cuyo caso típico son las acciones y que presentan una parte del patrimonio de la empresa que las emite o sea, que identifican a su poseedor como copropietario de la sociedad emisora. El rendimiento de las acciones está compuesto por el dividendo que es la utilidad que la empresa distribuye entre los accionistas, y la valorización, que es la ganancia de capital que obtiene una accionista por la variación del precio de la acción en el mercado. Esta valorización es definida por la oferta y la demanda de este título valor.
- Los valores de renta fija, como bonos, cédulas hipotecarias, certificados de depósito a término, papeles comerciales, etc., y que son títulos representativos de una deuda contraída por la empresa emisora con el inversionista. Se conocen como renta fija ya que su rendimiento está representado por el interés que se pacta previamente.

Las operaciones comerciales y negociaciones sobre valores inscritos en la Bolsa Pueden hacerse mediante dos procesos:

- El proceso manual
- El proceso electrónico
- **El proceso manual.** En este proceso los representantes de las sociedades comisionistas efectúan sus transacciones pregonando sus ofertas y demandas (valores de renta variable únicamente) en la rueda oficial de la bolsa. Las transacciones en Rueda se llevan a cabo desde las 10:45 a.m. hasta las 10:45 a.m. hasta las 12:00 m del lunes a viernes. Esta actividad se desarrolla de forma pública de tal manera que quien desee presenciar la rueda lo puede hacer desde la galería de los visitantes, localizada en las inmediaciones de la rueda.

Para cada título valor inscrito habrá en todo momento un precio determinado por la interrelación entre la oferta y demanda. Toda operación en la rueda se comunica por medio de parlantes que utiliza un pregonero que se ubica en un lugar visible del recinto bursátil, dentro del anillo central que se denomina Corro. En la medida en que se pregonan las ofertas las demandas y los conformes, tales precios se registran en los tableros que enmarcan el salón de rueda y que recogen todas las cotizaciones de los títulos inscritos. Con ello el mercado se mantiene permanentemente informado sobre las operaciones que se realizan.

El salón de rueda está técnicamente equipado con diferentes sistemas de comunicación como líneas

telefónicas, telex pantallas de vídeo, por medio de los cuales se logra una integración en tiempo real entre los diferentes elementos que intervienen en la operación bursátil.

Toda transacción que se lleva a cabo en la rueda, se registra en una papeleta que requiere de la aprobación del presidente de la rueda. A partir de ese momento se inicia todo un complejo proceso de la información por medio de un sistema computarizado.

Finalizada la rueda se produce la liquidación oficial de cada operación y todos los informes estadísticos que se distribuyen para conocimiento del público. Por conducto de la División de Operaciones de la Bolsas los Comisionistas efectúan el cumplimiento de las distintas operaciones raciones haciendo entrega de los títulos vendidos y del valor de las compras. Los traspasos de los títulos nominativos los realiza la misma bolsa con los respectivos emisores y luego, los entrega al Comisionista para que éste a su vez los haga llegar a su cliente.

– El proceso electrónico

El sistema electrónico de transacciones SET es un remate electrónico de títulos (renta fija únicamente) en que las ofertas posturas y adjudicaciones se efectúan a través de terminales o microcomputadores ubicados en las oficinas de los comisionistas y conectados a la red computacional de la bolsa.

El ciclo del SET se compone de cuatro etapas, cada una con objetivos diferentes y cuya duración podrá ajustarse a las necesidades que imponga el mismo mercado.

4.1 INSCRIPCIÓN DE UN TITULO

En esta primera fase se incorporan en un archivo todos los títulos que los comisionistas desean poner en venta, plenamente identificados. El vendedor establece el precio mínimo de venta, o lo que es lo mismo, fija la rentabilidad efectiva máxima que podrá obtener el comprador del papel respectivo.

4.2 CONFORMACION DE PORTAFOLIOS

Los usuarios compradores cuentan con la opción de escoger, del archivo de títulos inscritos para la venta, aquellos que responden por sus diversas características y precios, a sus intenciones de inversión. Esta selección no significa que se obliga a algo, puesto que no se ha realizado aún negociación alguna, solo se pretende que el comprador concrete sus expectativas de inversión en torno a las alternativas inscritas.

4.3 REMATE DE TITULOS INSCRITOS

Los compradores establecen, sobre el portafolio seleccionado, las rentabilidades efectivas que esperan obtener con la compra de cada título. Si el valor fijado es igual al que colocó el vendedor, el sistema advierte al comprador que hasta el momento tiene la mejor propuesta de compra. Si el valor es superior a cualquiera otra proposición hecha, o supervisar a la máxima colocada por el vendedor, se le advierte que es insuficiente a fin de que si lo considera conveniente, la mejore. En esta etapa las propuestas son en firme.

4.4 ADJUDICACION

Finalizando el tiempo previsto para la tercera etapa, el sistema procede a adjudicar los títulos al mejor postor.

Una vez adjudicadas, serán transmitidas electrónicamente a los comisionistas que hayan efectuado las mejores posturas. Cada comisionista imprimirá sus adjudicaciones, las firmará y las enviará en las Bolsas en señal de aprobación.

Las ofertas que no hayan sido adjudicadas en un remate serán retiradas automáticamente por el sistema y el comisionista que las ingresó en un principio debe confirmarlas para que sean reincorporadas nuevamente en el siguiente remate con modificaciones si lo desea.

En el día, se efectuarán cinco remates electrónicos: 9:15–9:25 a.m., de 1:30 – 10:40 a.m. de 11:50 – 12:00 m, de 1:05 – 1:15 p.m., de 2:20 – 2:30 p.m. y estos horarios se podrán modificar o ampliar según las necesidades que proponga el mercado.

Bajo ambos sistemas, las sociedades miembros podrán celebrar operaciones de contado, o a plazo las cuales deben ser liquidadas dentro del tiempo máximo de seis días.

5. FUNCIONES

Las bolsas de valores son entidades que impulsan el desarrollo económico y social de un país, mediante las funciones que cumplen. En el aspecto social, la bolsa adelanta una tarea de información al público sobre los diferentes valores que se trazan en el mercado, con lo cual le permite a los inversionistas tomar las decisiones de inversión más adecuadas par sus ahorros. Para desarrollar esta labor, la bolsa dispone de servicios especiales para la comunidad. Publica boletines periódicos que contiene los volúmenes transados para cada título, sus precios y demás estadísticas referentes al mercado bursátil. Trimestralmente publica una información con datos financieros y contables de las Sociedades que tienen inscritos sus valores en bolsa y además ofrece al público un servicio de biblioteca con material inscritos sus valores de en bolsa y además ofrece al público un servicio de Biblioteca con material especializado sobre temas bursátiles, económicos y jurídicos.

En lo económicos la bolsa mantiene en actividad un mercado secundario que otorga liquidez a los valores inscritos. Todo ello sirve de apoyo a las colocaciones primarias de nuevos títulos por parte de las empresas que, en esta forma, obtienen financiamiento para sus diferencias proyectos y actividades.

Por último la bolsa constituye un termómetro que recoge los fenómenos económicas, políticos y sociales que viven en el país de manera que todo lo que ocurre en la Nación de una u otra forma se refleje en las tendencias del Mercado Bursátil.

6. COMISION NACIONAL DE VALORES

Organismo creado por el Congreso de la República mediante Ley 32 de 1979, vinculado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que tiene por objeto estimular, organizar y regular al Mercado de Valores.

En la actualidad, las funciones que eran inherentes a la Comisión, fueron atribuidas a la Superintendencia de Valores.

7. COMISIONISTA DE BOLSA

Es la persona legalmente autorizada para realizar las transacciones de compra y venta de valores que se realizan en la Rueda de la Bolsa. Debe estar inscrito en el Registro Nacional de Intermediarios.

8. INDICE

Es un indicador que tiene por objeto medir las variaciones de un fenómeno económico o de otro orden referido a un valor que se toma como base en un momento dado. Relación de precios, de cantidades de valores entre dos períodos dados.

8.1 INDICE BOLSA DE BOGOTÁ IBB

Es el número relativo que indica diariamente la tendencia de los precios del mercado de las acciones inscritas y transadas en la Bolsa de Bogotá. La bolsa elabora el índice general y varios subíndices de los cuales los principales son el financiero, el industrial y el de comercio y servicio.

9. REGISTRO (SET)

Es el número que el sistema le asigna a todo título inscrito allí. Se compone de una letra que identifica la bolsa que lo inscribió y un número consecutivo dentro de dicha bolsa. Constituyen referencias únicas (no hay duplicados)

11. COMO SE ES MIEMBRO DE LA BOLSA DE VALORES

Recibida por la bolsa la petición de ingreso a la institución, si conlleva aumento de los puestos activos, la presidencia ordenará un estudio con el fin de determinar previamente si a la fecha de la solicitud de las condiciones del mercado de valores y los recursos físicos y técnicos de la bolsa permiten dar una respuesta afirmativa. Tanto la solicitud como el estudio serán puestos en conocimiento del Consejo Directivo, organismo que previa evaluación se pronunciará sobre la existencia o no de condiciones para admitir nuevos miembros.

REQUISITOS

Para ingresar a la bolsa como miembro se requiere que los socios o accionistas de la sociedad sean aceptados por el Consejo Directivo, para lo cual deberán reunir los siguientes requisitos:

- Pronunciamiento favorable del Consejo Directivo sobre la existencia de condiciones para admitir nuevo miembros.
- Tener capacidad legal para ejercer el comercio
- Gozar de buena reputación moral, social y comercial, a juicio del consejo y haber cumplido estrictamente sus obligaciones civiles y comerciales; no hallarse sometido a concurso de acreedores ni haber sido declarado en quiebra.
- No haber sido condenado por delito alguno. Tratándose de delitos culposos el Consejo determinará en cada caso si hay lugar a efectuar excepciones a lo dispuesto en este precepto.

12. DERECHOS DE LOS MIEMBROS

Son derechos de los miembros de la bolsa de valores y de sus representantes:

- Concurrir al recinto de la bolsa y verificar en él los contratos y operaciones autorizadas por las leyes y el reglamento.
- Ser elegidos vocales en las diferentes corporaciones y comisiones de la bolsa
- Presentar proposiciones, comunicaciones y quejas por escrito al Presidente, a la Cámara de la bolsa o al consejo directivo.
- Solicitar de las autoridades de la institución informes o datos sobre asuntos relacionados con el objeto de la misma;
- Ejercer las demás atribuciones que les confiere el reglamento

OBLIGACIONES CUANDO SE INSCRIBE UN VALOR EN LA BOLSA Y EN EL REGISTRO NACIONAL DE VALORES

- La principal obligación que surge de la inscripción de un título en el registro Nacional de Valores y en la

Bolsa es la de información. La entidad queda sometida a una serie de obligaciones de información periódica, obligación de actualizar toda la información que reposa en el registro, remitiendo los documentos correspondiente dentro de los 30 días siguientes a cada Asamblea, tiene que mandar el Acta de la Asamblea, balances, formulario de actualización y si se modifican sus estatutos, copia de las respectivas reformas.

Además de esta información periódica, hay otro tipo de informaciones requeridas de carácter periódico también, como por ejemplo, la obligación de presentar trimestralmente un informe financiero, información que la Bolsa publica para la inversionistas.

- Obligación de suministrar información eventual. Las entidades emisoreas deben comunicar a la Comisión Nacional de Valores para que ésta lo divulgue al mercado, cualquier hecho que pueda variar sustancialmente el precio de las acciones en Bolsa y lo debe hacer dentro de las 48 horas siguientes a que se produce este hecho, con el propósito de que el mercado inmediatamente tenga conocimiento de esos sucesos.

Como complemento a esas obligaciones de información al mercado, la ley 45 de 1990 estableció que está prohibido en el mercado de valores usar información privilegiada.

El cumplimiento de las obligaciones de información y los requisitos exigidos por las normas del mercado de valores, puede acarrear una serie de consecuencias. De una parte, puede determinar sanciones pecuniarias al emisor y de la otra parte puede llegar a determinar la suspensión de la inscripción del valor en el Registro Nacional de Valores o en la bolsa.

14. TITULOS NEGOCIABLES EN LA BOLSA DE VALORES DE BOGOTÁ

- Convenciones
- Acciones
- Certificados de depósito a término
- Aceptaciones bancarias
- Aceptaciones financieras
- Aceptaciones letra de cambio
- Bonos ordinarios
- Bonos ahorro familiar
- Bonos controvertibles en acciones
- Bonos de garantía general
- Bonos de garantía específica
- Bonos normativos
- Papeles comerciales
- Bonos institucionales
- Aceptaciones corporativas

Desde la vigencia del Decreto 2969 de 1960, las bolsas de valores son establecimientos mercantiles cuyos miembros se dedican a la negociación de toda clase de valores y demás bienes susceptibles de este género de comercio.

Funcionan en lugares suministrados por los respectivos empresarios y cumplen las siguientes funciones:

- Inscribir, previo el cumplimiento de los requisitos legales, títulos valores para ser negociados en bolsa.
- mantener el funcionamiento de un sistema bursatil debidamente organizado que ofrezca a los inversionistas en títulos o valores al público en general, condiciones suficientes de seguridad, honorabilidad y corrección.
- Establecer la cotización efectiva de los títulos inscritos mediante la publicación diaria de operaciones

efectuadas y de los precios de oferta y demanda que queden vigentes al finalizar cada sesión pública de bolsa.

- Fomentar transacciones de títulos valores y reglamentar las actuaciones de sus miembros.
- Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias por parte de sus miembros, evitando especulaciones perjudiciales para los valores inscritos o para la economía nacional.
- Ofrecer al público conforme a los respectivos reglamentos, datos auténticos sobre las entidades cuyos títulos estén inscritos en bolsa. Vgr. Acciones y bonos emitidos por sociedades legalmente constituidas, pagarés, letras de cambio garantizados por establecimientos bancarios; metales amonedados en barras y divisas extranjeras cuando las disposiciones legales lo permitan.

Se denominan ruedas las reuniones en que los miembros de la bolsa efectúan operaciones pregonando sus ofertas y demandas.

Los efectos o títulos de bolsa tienen:

VALOR NOMINAL, el cual aparece en el documento; VALOR COMERCIAL, el cual depende de las fluctuaciones del mercado. Según la relación que exista entre estos valores, la cotización puede ser :

A la par: Si son iguales.

Sobre la par: El valor comercial es mayor.

Bajo la par Cuando el valor nominal es menor.

El artículo 27 del Decreto 2020 de 1.982 y 7 del Dto 3227 de 1.982, asignó a la Comisión Nacional de Valores, hoy Superintendencia de Valores, la obligación de llevar el registro y certificar lo referente a la existencia y representación legal de las sociedades sometidas a su control.

8.- Operaciones de Martillos.

Los martillos son establecimientos de comercio dedicados a la venta de bienes muebles e inmuebles en pública subasta y con adjudicación a quine ofrezca el mejor precio.

El martillo organiza las subastas y remates de bienes ; las anuncia al público con antelación, indicando el día y la hora en que comienzan, así como los bienes que se venderán y su precio base.

Ese acto público es presidido y dirigido por el subastador quien admite las ofertas y posturas, anuncia las pujas y adjudica el bien subastado, previa una última invitación para que cualquier interesado supere la oferta.

La subasta termina sino hay postores y si los hay culmina con la adjudicación, por eso se dice que implica un contrato con el mejor postor.

Todo martillo presupone la existencia de una empresa ajustada a los lineamientos de la superintendencia bancaria; la entidad tiene el carácter de mandataria de sus clientes para efecto de las ventas de sus bienes. Los directores y administradores de la misma empresa y del martillo no podrán comprar directamente o por interpuesta persona, aún fuera de los martillo, bienes recibidos para ser vendidos en ellos.

9.- El Corretaje.

Es una actividad típicamente mercantil que consiste en que una persona llamada corredor, por razón de su conocimiento especial de las condiciones de la oferta y demanda en el mercado, sirve de intermediario o pone en contacto a dos o mas personas para que celebren un negocio determinado.

Cumple la función de acercar la oferta y la demanda de múltiples maneras: Como enlace, coopera con el vendedor buscando compradores, etc.

Sus características son:

.– Constituye una actividad auxiliar del comercio. Tal actividad es objetivamente mercantil en sentido absoluto y su ejercicio continuado de modo habitual, imprime a quien lo realiza, la calidad de comerciante.

.– No implica un encargo permanente pues para el corredor es facultativo llevar a cabo o no la misión de relacionar compradores y vendedores, a fin de facilitarles sus transacciones. Además, tal labor por lo general la realiza motu proprio.

.– En las operaciones de corretaje no se forman vínculos de colaboración, dependencia o mandato o representación con los contratantes, pues es labor autónoma del corredor quien no es parte de los contratos que se celebran.

.– Debe cumplir con los deberes de todo comerciante; V.Gr. matricularse en el registro mercantil de la cámara de comercio de su domicilio dentro del mes siguiente a la fecha en que se inicie su actividad, así como inscribir sus libros de comercio.

10.– Agencias de Negocios.

Comprende variadas actividades en la gestión de negocios ajenos. Estas actividades ni implican necesariamente un vínculo de subordinación a otra empresa principal. V.Gr. Agencias de finca raíz, de empleos, de viajes, etc., las cuales se estudian bajo la denominación genérica de auxiliares mercantiles.

En estas el agente sin depender de las partes, pero por cuenta de las mismas, procura la culminación de negocios mercantiles (agencia de seguros). Presuponen un principio de organización y todas son mercantiles en sentido absoluto.

Sus características son:

.– El agente es un intermediario.

.– El agente obra en nombre, por cuenta o en beneficio de otro.

.– Los negocios que facilita se realizan entre personas presentes o ausentes y pueden pactar directamente o no las condiciones o términos de la respectiva transacción.

11.– Representación de firmas nacionales o extranjeras.

En el presente caso se trata de representación voluntaria (no legal ni judicial) e implica la procura o poder.

De la Legitimación para obrar y de la representación.

La legitimación para obrar es uno de los presupuestos de validez de todo negocio jurídico. Ha sido considerada como capacidad, siendo simplemente una influencia actual positiva o negativa de una relación jurídica sobre otra. Cuando la influencia es actual y la relación precedente actúa sobre otra de modo que le permite su formación, se habla de legitimación. v.gr. el dominio debe estar en cabeza del tradente.

Un individuo puede actuar en nombre ajeno o por cuenta ajena en nombre propio, siempre que esté autorizado al efecto por un poder. Tal poder es la habilitación que le otorga la ley como en la patria potestad o

que fundado en las normas le discierne el juez como en las guardas; o en otros casos, resultante de un negocio, o en la espontánea provisión de negocios ajenos validada por la ley o ratificada por el dueño. (art. 2.034 C. C.).

El gestor dirá que obra en nombre ajeno a fin de que los negocios realizados no lo vinculen, sino que se radique en el representado. De lo contrario recibirá todos los efectos de sus actos, sin perjuicio de los deberes para con el asistido (art. 2.177 C.C.).

a.- Legitimación por apariencia.

Como excepción a la regla de que nadie dá mas de lo que tiene, cuando en el enajenante existe apariencia de ser titular del derecho, el adquirente de buena fé, al celebrarse el negocio de disposición queda protegido por el derecho y la negociación subsiste, la apariencia engendrará derecho, desde que concurren las circunstancias coadyuvantes. Quedan salvas las acciones del verdadero titular contra el disponente. Ej. art. 947 del C. de Co., en cuanto quien compra bienes en feria, tienda, etc, en que se venden cosas de la misma clase, se permite su conservación hasta el pago del precio.

b.- La Procura.

Es una fuente del poder para obrar que puede encontrarse en la ley, en el acto de autonomía privada del interesado o en el proveimiento judicial.

La procura es el negocio por el cual se autoriza a un sujeto para disponer dentro del mismo círculo de intereses, asumiendo quien la confiere, desde un principio, los efectos de la autorización. Es un acto de autorización que sin embargo no se identifica con ella. Constituye un negocio unilateral (el poder es conferido por el interesado sin alusión alguna a la aceptación del destinatario). De aquí surge la diferencia con el negocio de gestión que debiendo regular las relaciones internas entre las partes, generalmente es un contrato. La procura es un negocio jurídico recepticio, lo cual resulta de la naturaleza de la función del negocio, toda vez que el otorgamiento de un poder de representación debe ser conocido por aquel que queda autorizado para obrar, aunque los terceros pueden siempre exigir que el representante justifique los poderes, lo cual no indica que la procura deba dirigirse al tercero y que la destinación sea elemento constitutivo del negocio.

En cuanto al contenido, cada sujeto puede conferir poder de representación únicamente dentro del área de sus propios intereses y no para asuntos ajenos. Puede ser general o especial, según abarque todos los asuntos o un solo sector de ellos o solo actos singularmente considerados. La procura general no comprende de por sí actos que excedan la administración ordinaria, los cuales deben ser siempre específicamente indicados. En todo caso es válida la procura para actos pot-mortem.

El representante obra por cuenta de otra persona como cualquier gestor y obra en nombre del sujeto interesado para quien hace valer el contrato, en consecuencia quien obra como representante debe decirlo o expresarlo en forma adecuada, pues de lo contrario corre el riesgo de quedar comprometido. El representante debe restituir el documento del cual derivan sus poderes tan pronto estos hayan cesado.

El representante debe intervenir personalmente en el acto y quien quiera que se haga sustituir por otro, responde por la actuación del sustituto (C.C.art. 2.161).

No es posible revocar la procura si el poder ha sido conferido en interés del representante o de terceros, pues deben tener en cuenta tales intereses, salvo justa causa. Es viable la revocación tácita mediante la designación de otro representante, pero debe ser comunicada de manera idónea a la otra parte, so pena de que las actuaciones que se realicen con el representante sustituido, sean válidas.

El representante que obra de mala fé no puede ampararse en la buena fé de su representado (art. 833 Inciso

2º).

En los casos en que la ley prevea un estado de buena fé, de conocimiento o de ignorancia de determinados hechos, deberá tenerse en cuenta la persona del representante (su profesión u oficio), salvo que se trate de circunstancias atinentes al representado. (inciso 1º ibidem)

Se presume la buena fé aún la excenta de culpa, en consecuencia quien alegue la mala fé o la culpa de otro, deberá probarla (art. 834 C. de Co.).

El negocio concluido por el representante en manifiesta contradicción con los intereses del representado, podrá ser rescindido a petición de este, cuando tal contraposición sea o pueda ser conocida por el tercero con mediana diligencia y cuidado.

Le está prohibido al representante hacer de contraparte del representado o contratar consigo mismo, en su propio nombre o como representante de un tercero, salvo expresa autorización del representado. En caso de que proceda en contrario, deberá indemnizar los perjuicios al representado.

Si el representante se excede en las facultades conferidas, se hace responsable ante terceros de buena fé excenta de culpa de la prestación prometida o de su valor cuando no sea posible su cumplimiento y de los demás perjuicios que a dicho tercero se le deriven por tal causa.

12.– Explotación o prestación de servicios de obras destinados al uso público.

Puertos muelles, vías, bien sea por entidades descentralizadas del Estado o bien por parte de empresarios particulares.

13.– Las Operaciones Bancarias.

Según lo indica el Dr. Francisco Morales Casas la labor de los bancos por medio de la cual ejecutan su labor de intermediación, la cumplen ellos realizando multitud de negocios de muy variada índole. Estos negocios reciben desde antaño la precisa denominación de operaciones dentro de la terminología bancaria universal.

Operación según el diccionario de la Real Academia de la Lengua es acción y efecto de operar. Ejecución de una cosa y operar es Ejecutar diversas acciones o trabajos.

La operación bancaria refleja todo el movimiento bancario. Indicará la ejecución de todo lo que haga y contendrá en sí misma la actuación toda del banco, en consecuencia es realizada en masa y con carácter profesional.

13.1.– Características:

Según el tratadista últimamente citado, las características de las operaciones bancarias son las siguientes:

- **Tecnicidad o científicidad.** Tales actividades son realizadas por entidades especializadas en ciertas y determinadas operaciones. La actividad de los bancos recoge la experiencia suya y de otras entidades bancarias. Consecuencia de lo anterior es que se acumulan con su ejercicio ciertos tecnicismos, terminología propia, nuevos y mejores sistemas, mecanismos mas abreviados, que le permiten al ente bancario un mejor y mas efectivo desempeño de sus actividades.
- **Personalísimas.** Cuando se realiza una operación bancaria con un cliente en particular, la operación se verifica en consideración al cliente mismo, teniendo en cuenta el estudio previo que la misma ha verificado con relación a los requisitos que se exigen al público, etc. En sentido contrario, cuando el cliente comparece ante un banco lo hace porque considera que este satisface sus expectativas económicas y en consecuencia le

ofrece confiabilidad.

- **Adhesividad.** Constituye una típica y mas frecuente modalidad de la contratación de aquellos servicios prestados en masa como consecuencia de la evolución de los factores de producción, sistemas económicos, crecimiento demográfico. Estos contratos por lo general se instrumentan mediante cláusulas de estilo y uso común.
- **Mercantilidad.** Es una actividad objetivamente mercantil, según lo previsto en el num. 7 del art. 20 del C. de Co.

13.2.– Clasificación de las operaciones bancarias.

Las operaciones bancarias según el criterio contable (Cuentas del activo – cuentas del pasivo), pueden clasificarse en operaciones activas y pasivas.

13.2.1– Operaciones Pasivas.

Todos los modos o maneras como los bancos captan dinero del público; En estas el banco es real o potencialmente deudor. Estas operaciones se instrumentan a través del depósito irregular o del depósito regular en el caso de los contratos de arrendamiento de Cajillas de Seguridad.

El depósito regular se caracteriza por que una persona entrega a otra una cosa mueble para que esta lo conserve en su poder y se la restituya cuando aquella lo requiera. Es un contrato real pues presupone la entrega de la cosa, sin la cual no nace el contrato. La obligación fundamental del depositario consiste en conservar y custodiar la cosa recibida y devolverla al requerimiento del depositante. Cuando es mercantil es remunerado porque el depositante reconoce una comisión al depositario por el servicio prestado. Ejemplos de esta clase de depósito se dan en los depósitos efectuados por almacenes generales de depósito y el de cajillas de seguridad.

El depósito es **irregular** cuando se dan en depósito bienes consumibles o fungibles, razón por la cual la función principal del depositario es de género consistente en devolver un tanto o cantidad equivalente de bienes de la misma especie y calidad. Por lo anterior, el depositario adquiere la propiedad de los bienes que recibe pudiendo disponer de ellos con cargo a restituir una cantidad equivalente.

La noción y característica de los depósitos irregulares de dinero.

- permite reconocer la existencia de una típica operación de crédito pues existe una transmisión de la propiedad del depositante al banco con cargo a devolver en determinado tiempo en que así lo indique el depositante.
- Existe una doble disponibilidad: El cliente puede disponer de los recursos en cuanto existe un crédito a su favor que será exigible de inmediato en los depósitos a la vista y que aún en el caso de los depósitos a término podrá permitirle hacer lo propio si renuncia a los intereses derivados del plazo. Simultáneamente el banco puede disponer de los recursos colocándolos en operaciones activas de las cuales deriva su beneficio como intermediario financiero.
- Su naturaleza jurídica: si es a la vista no es remunerado, salvo el caso de las cuentas de ahorro, aunque en estas se puede exigir por parte de la entidad que se realice un preaviso cuando se va a retirar el dinero. En este caso se presentan diferencias con el Mutuo, puesto que en este existe un plazo a favor del mutuario para la devolución del dinero y en el depósito la devolución es exigible en cualquier momento. El mutuo mercantil es remunerado, mientras que el depósito bancario no. La remuneración es a favor del depositante.
- Si el depósito es a plazo, este es remunerado. Plantea las siguientes diferencias con el mutuo: Mientras que en este último el mutuante tiene que respetar el plazo por cuanto se ha estipulado a favor del mutuario, en el depósito remunerado , el término continua a favor del depositante, el cual puede exigir la inmediata devolución del dinero. La tasa de interés que se paga en el depósito es menos que

la pagada en el mutuo.

Las obligaciones del banco son:

- La devolución de la suma recibida: La oportunidad dependerá de que el depósito sea a la vista o a plazo. El banco satisface su obligación al devolver una cantidad de especies monetarias de curso legal que corresponda cuantitativa y formalmente al monto inicial recibido, entonces los riesgos o ventajas derivadas de situaciones cambiarias perjudician o benefician de manera exclusiva al depositante.
- Custodia de los bienes depositados: Es una obligación genérica de custodia, no específica en el sentido de que los bienes que integran la masa es sustituible y mutable en sus partidas individuales. Ello se logra, además, por normas que controlan la inversión bancaria V.Gr. cupos individuales de crédito.
- Pago de intereses: En principio, se reconocen en los depósitos a plazo, donde la existencia de un sacrificio preestablecido a cargo del depositante justifica plenamente la remuneración o pago de un interés.

En la intermediación financiera los recursos a la vista o a corto plazo deben prestarse también a breve plazo. Los bancos que captan recursos a breve plazo pueden prestarlo también a corto o mediano plazo.

En los depósitos a la vista la constra prestación que el cliente recibe se determina en las prerrogativas inherentes a los servicios que la entidad le presta.

Se pueden clasificar así:

a. – Por su exhibilidad (a la vista o a término)

– **A la vista:** * Cuenta corriente Bancaria

* Cuentas de ahorro

* Cuentas de valor constante

– **A término:**

* Certificado de depósito a término (C.D.T.)

* Certificado de ahorro a término (C.D.A.T.)

* Depósitos a plazo no instrumentados a través de Certificado (D.A.P.)

Los C.D.T no pueden constituirse por un plazo inferior a 30 días, no existiendo límite en el plazo máximo; son prorrogables automáticamente; para efectos de liquidación de intereses se consideran meses comerciales de 30 días y año de 360 días. La doctrina dice que son títulos valores nominativos, son irredimibles antes de su vencimiento pues su origen y desarrollo se determina en normas de orden público económico pues sirven de base para el cálculo de intereses bancarios, etc. Finalmente se caracterizan porque son expedidos por las secciones comerciales de los bancos o corporaciones de Ahorro y vivienda.

Los C.D.A.T. no son títulos valores, son expedidos por las secciones de ahorros de los bancos o corporaciones, son expedidos con un plazo entre 1 y 29 días, este plazo siempre se expresará en días vencidos y para efectos de la liquidación de intereses se consideran meses calendario y año de 365 días. Según lo previsto en el art. 1.394 del C. de Co., no obstante no ser títulos valores, se pueden negociar como ellos.

Los D.A.P. no son instrumentados en documentos o certificado, sino que figuran en la contabilidad, razón por la cual no son negociables.

Además de los indicados existen unos depósitos que guardan una posición intermedia, pues para retirar el dinero debe darse previamente un aviso, según el plazo estipulado. Estos depósitos se denominan Depósitos con Preaviso.

b.- Los Bonos. Son títulos valores nominativos que incorporan una parte alícuota colectiva, expedidos por entidades estatales o por bancos o corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda vigilados por la Superintendencia Bancaria.

c.- Cuenta Corriente Bancaria (art. 1.382)

Es diferente a la cuenta corriente comercial consagrada en el art. 1.242 del C. de Co. Por el contrato de cuenta corriente bancaria, el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y cheques en un establecimiento bancario y de disponer total o parcialmente de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco.

Sus elementos esenciales son el acuerdo de voluntades y el surgimiento de facultades o derechos respecto de las partes: Para el cuentacorrentista la de consignar dineros o cheques y disponer total o parcialmente de los saldos. Para el banco usar, gozar, disponer como suyos esos dineros, restituir al cuentacorrentista lo pertinente y responder a este por sus dineros. No causa intereses, pero es oneroso, pues ambas partes se benefician del mismo. El banco adquiere liquidez y el cliente obtiene provecho porque mantiene debidamente custodiado su dinero, sabiendo que le será retornado sin ningún costo cuando él lo solicite o con la intermediación del banco podrá pagar a terceros sus propias obligaciones.

d.- Depósito de Ahorro.

El depósito de ahorro es un contrato de depósito irregular de dinero, con intereses, disponibles a la vista, a término o con preaviso, conforme al cual el depositante puede hacer abonos sucesivos y disponer total o parcialmente de su saldo, mediante ordenes de entrega.

Es consensual, unilateral porque solamente una de las partes, el banco se obliga para con la otra, pues asume deberes frente al ahorrista o depositante: la de restituir a este, en uno o varios momentos, los valores depositados mas los intereses a la tasa pactada. Es oneroso por cuanto no obstante su unilateralidad, el banco puede utilizar los dineros recibidos en su propio provecho, para prestarlos, etc.

El decreto 2349 de 1.965 en su inciso 4 del art. 29 estableció en \$ 2'547.204 moneda corriente, la inembargabilidad de los depósitos de ahorro constituidos en cajas de ahorro y secciones de ahorro de los bancos. Así mismo estableció la suma de \$4'457.607 moneda corriente, suma que podrá ser entregada directamente al cónyuge sobreviviente o a los herederos sin necesidad de adelantar el trámite del proceso de sucesión, según las condiciones del inciso 10 del art. 115 de la ley 45 de 1.923. Estas sumas se incrementarán anualmente conforme al índice de precios al consumidor certificado por el DANE, según lo prevé el art. 29 del Dto. 2349 de 1.965.

Pueden ser abiertas por menores, según lo previsto en el dto 663 de 1993 (antes decreto 1730 de 1.991 art. 2.1.2.1.17.) Este mismo decreto preve la posibilidad de que las corporaciones de ahorro y vivienda puedan exigir a los ahorradores un preaviso de 60 días antes de efectuar el retiro de dinero de la cuenta, lo cual hoy no es de común uso. (art. 2.1.2.1.1.5)

e.- Cédulas de Ahorro y Sorteo Múltiple.

Se trata de una forma de ahorro que se creó a partir de la ley 9 de 1.989 y luego redefinida por la ley 2 de 1.991 y reglamentadas por el dto 663 de 1.993. Son documentos expedidos, entre otros, por los bancos comerciales pero nunca por las sociedades de capitalización. Los obtiene aquella persona que desea efectuar un ahorro, para lo cual realiza el pertinente depósito y reclama del banco dicha cédula, pudiendo ser expedida de manera nominal o al portador y ser negociable o transferible por simple endoso. Mientras que una cédula de capitalización no es negociable, las de ahorro y sorteo múltiple sí. Las cédulas de capitalización son simples instrumentos de ahorro, mientras que las de ahorro pueden ser utilizadas para adquirir un crédito de vivienda

Otras clases de depósitos irregulares son:

Depósitos en garantía: Su finalidad es cubrir una obligación principal cuyo cumplimiento está pendiente (art. 1.173 C. de C.) por parte del deudor.

Depósitos para pago por consignación y depósitos judiciales (ley 66 de 1.993).

13.2.2.- Operaciones Activas

Las operaciones activas corresponden a la manera como los bancos colocan dinero en el público y cobran por tal actividad una tasa de interés y una comisión por el servicio prestado.

Las figuras mas importantes son las siguientes:

a.- El Contrato de Mutuo.

El mutuo es un contrato de crédito y como tal implica una transferencia de la propiedad con cargo para el beneficiario de devolver ulteriormente bienes de la misma especie y calidad.

Su objeto está constituido por bienes muebles que consumibles o no por su uso, pueden en todo caso aprovecharse en forma íntegra por quien los recibe que es el mutuuario, pues se trata de cosas fungibles sustituibles unas por otras. En tratándose del mutuo bancario su objeto invariable es el dinero, pues también cabe celebrarlo con títulos de crédito, aunque tal posibilidad es secundaria.

El mutuo Bancario es mercantil por la naturaleza de la actividad realizada por el Banco, por la intervención en su expedición de títulos valores, etc, en fin es un acto objetivamente mercantil.

La remuneración es el aspecto fundamental que distingue al mutuo civil del mercantil, por cuanto el comerciante realiza sus operaciones con ánimo de lucro.

- Naturaleza jurídica del mutuo bancario:

Se trata de un contrato traslativo de la propiedad, en el cual el banco se hace dueño de los bienes recibidos y adquiriendo la obligación de Género de devolver una cantidad equivalente y permitiéndolo distinguir el mutuo del comodato , en el cual el comodatario se obliga a devolver el mismo bien.

Por lo anterior, el objeto del mutuo son los bienes fungibles, por lo general consumibles, esto es que se agotan por su uso. se diferencia con el descuento pues este opera en relación con créditos no vencidos cuyo valor sirve de punto de referencia para determinar la cantidad que se entrega por el banco. El mutuo puede garantizarse con créditos no vencidos, pero esta es una operación accesorio, mientras que en el descuento la transferencia de los créditos es un elemento esencial.

- Características:

Es un contrato típico reglamentado en todas las legislaciones como principal, real, oneroso y unilateral, pues de su celebración solo surgen obligaciones para el mutuario. Es real por cuanto se perfecciona con la entrega del dinero. Mientras no se haga la entrega del dinero lo que se presenta es una promesa de mutuo o una gestión precontractual que sirve de base para que se demande la entrega del dinero.

– **Obligaciones del mutuante.**

Carece de obligaciones a su cargo al entregar el dinero nace el contrato surgiendo únicamente obligaciones para el mutuario.

– **Obligaciones del mutuario.**

*** Pagar los intereses:** Por ser un contrato remunerado la ley establece que en silencio de las partes se pueden determinar los intereses por dos vías: Señalando una tasa específica que es la legal de intereses o refiriéndose a una tasa de mercado que es la tasa de interés corriente y cuya prueba en nuestro medio corresponde darla al órgano de control que es la Superintendencia Bancaria.

Limitaciones al pacto de intereses: Los intereses se pueden limitar, por parte del Estado, para lo cual debe tenerse en cuenta dos momentos, así:

- La tasa que se cobra durante la vigencia del contrato que corresponde al precio del dinero.
- La sanción por no pagar en tiempo tales intereses que se llama Mora, la cual puede estar consagrada en la ley por vía supletiva, autorizando liquidar un tanto por ciento más sobre la tasa original o estar pactada como cláusula penal o sanción por el retardo que no libera al deudor de cumplir las demás obligaciones contraídas.

La importancia de la limitación legal consiste en que no es posible estipular tasas para el plazo o la mora superiores a aquellas establecidas en la ley pues de lo contrario se pierden. El exceso puede llevar a la usura y a sanción moral por aspectos de tipo moral.(art. 884 C. de Co).

Otro límite a la estipulación libre de intereses se da en la capitalización de intereses, en cuanto que esta posibilidad de que estos se agreguen a la suma mutuada y produzcan intereses (anatosismo) se limita con frecuencia pues se llegaría a cobrar intereses muy superiores a aquellos establecidos como tope máximo en la ley. Aunque en estos casos se permite su acumulación transcurrido un término, por la presentación de la demanda judicial o por la novación de la deuda. (art. 886 C. de Co).

La Superintendencia Bancaria ha expedido instrucciones a las entidades bancarias con relación a los topes máximos de intereses. sobre las cuales vale la pena destacar la Circular Externa Nro 05-078 de 1.984, según la cual se prevé:

- El límite máximo del interés remuneratorio convencional se fija por el art. 2.231 del C. C. por remisión del art. 2 del C. de Co. y 8 de la ley 153 de 1.887. El art. 2.231 establece: El interés convencional que exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, será reducido por el juez a dicho interés corriente si así lo solicitare el deudor.
- El límite aplicable a los intereses moratorios en los negocios mercantiles se encuentra como ya se anotó en el art. 884 del C. de Co. modificado por el art. 111 de la ley 510 de 1999 (Una y media vez del interés bancario corriente y si se sobrepasa se pierden todos los intereses). Esta norma es supletiva de los intereses remuneratorios.
- Relacionando el art. 884 del C. de Co. y el art. 2.231 del C. C., se tiene:

– En silencio del interés remuneratorio este será el bancario corriente.

- El límite máximo estipulable de los intereses remuneratorios convencionales, será el interés bancario corriente mas la mitad.
- Si se pacta un interés para el plazo menor que el bancario corriente y no se estipula el moratorio, este será una y media vez del interés del bancario corriente.
- Si se estipula un interés para el plazo superior al bancario corriente, sin que exceda en una mitad de este y no se dice nada de los moratorios , estos serán una y media vez del bancario corriente.
- Si no se convienen intereses para el plazo y se pactan moratorios, estos no podrán exceder de una y media vez del interés bancario corriente (el del plazo será el bancario corriente).
- Si no se acuerdan intereses del plazo ni moratorios, los primeros serán el bancario corriente y los segundos una y media vez de ellos.
- Si se pacta el interés remuneratorio menor al bancario corriente, el moratorio convencional no podrá exceder del doble del estipulado para el plazo. (Entiéndase el moratorio dentro del límite establecido en el art. 884 C. de Co. modificado por el art.111 de la ley 510 de 1999).
- En cuanto se refiere a los intereses moratorios es preciso tener en cuenta que en caso de que la tasa establecida para el interés de usura sea inferior, se tendrá esta última como límite en materia de intereses.
- Los límites corresponden a tasas reales efectivas.
- Para los efectos del art. 1168 del C. de Co. deberán tenerse dentro del concepto de interés todas las sumas que se carguen o reciban directamente o por interpuesta persona, teniendo como causa la entrega del dinero, a título de depósito o de mutuo, así se intente disfrazar bajo denominaciones cualquiera que sean, tales como honorarios, comisiones, reembolso de gastos, etc.

Según la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 1 de febrero de 1.984, la pérdida de los intereses requiere declaración judicial, pues lo contrario implicaría violación del derecho de defensa.

La superintendencia Bancaria certifica las tasas de interés bancario corriente con base en la información financiera, contable que le sea suministrada por los establecimientos bancarios, analizando las tasas de las operaciones activas de crédito. Tal función se cumple una vez al año dentro de los 2 primeros meses, no obstante en cualquier momento podrá hacerlo a solicitud de la junta directiva del Banco de La república.

*** *Restituir el bien o suma recibidos:***

La época de restitución será la indicada en el contrato. Si en el contrato no se establece fecha, la ley establece un plazo por vía supletiva contado a partir de la fecha de celebración del contrato o del requerimiento hecho al deudor o se deja en manos del juez en consideración a las circunstancias del contrato, la capacidad de las partes, la voluntad que las partes tuvieron aparentemente al contratar, etc.

Si el pago es por instalamentos habrá tantas fechas de vencimiento, cuantos instalamentos existan, salvo que se aplique la cláusula aceleratoria. (sentencia Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá, Sala Civil.....).

La moneda de pago, por regla general es la moneda de curso legal , pero pueden presentarse los siguientes casos:

- Si existe libertad cambiaria: Si se pacta en una divisa extranjera se produce una de dos consecuencias;

o el deudor paga en la moneda estipulada y en tal caso el incremento o disminución del valor de la moneda por la tasa de cambio benefician o perjudican al acreedor, pues por principio general el deudor se libera entregando igual cantidad de la divisa estipulada.

- Si no existe libertad cambiaria y las disposiciones imponen a los particulares de vender las divisas extranjeras, si existen mercados paralelos también se imponen restricciones para pactar obligaciones en moneda extranjera, entonces debe pagarse en moneda nacional y pedir autorización para pagar en moneda extranjera. Aún pagando en moneda nacional, queda el problema de la tasa de cambio. Si la restricción es total, el pago se hará en moneda nacional a la tasa de cambio representativa del mercado certificada por el Banco de la República al momento de contraerse la obligación. Si existe alguna excepción, como operaciones de comercio exterior, el pago será hecho en moneda nacional a la tasa de cambio vigente al momento de hacerse efectivo.

–. Modalidades o clases del Mutuo.

1.– Por su instrumentación:

– **Préstamo Cambiario.** Se traduce en la suscripción por parte del deudor de un título valor a favor del banco, en consecuencia queda regido por las normas de los títulos valores.

– **Crédito en cuenta.** Aprovechando la existencia de una cuenta corriente bancaria, o celebrado tal contrato, el banco otorga el crédito para ser manejado a través de ella, mediante el giro de cheques a cargo de la institución, caso en el cual no existe documento que represente el crédito .

Es posible que el deudor firme un documento obligándose a responder ante el banco hasta por cierta cuantía, pero la determinación del saldo a su cargo no surge de un documento en que figuren los abonos realizados, sino del corte de la cuenta que habrá sido afectada. Sino se prevé que la certificación del banco o de una autoridad resulten suficientes, deberá acudir a los medios de prueba ordinarios para establecer la cuantía de la obligación.

– **Sobregiro o descubierto.** Se diferencia del anterior, porque el crédito en cuenta surge de un previo acuerdo entre el banco y su cliente, mientras que el sobregiro o descubierto implica una concesión de crédito no demandada formalmente, sino un acuerdo concomitante con la presentación del cheque (el giro del cheque se entiende como invitación al banco).

Los sobregiros concedidos son exigibles de inmediato y dá lugar al cobro de intereses. En cuanto a su instrumentación encajan dentro del contrato de cuenta corriente bancaria, facultándose a la autoridad de control, Superintendencia Bancaria para certificar la existencia del saldo a cargo del deudor (Ley 133 de 1.948).

2.– Por su Plazo:

– **Corto plazo:** El crédito a corto plazo o de consumo es especial de los bancos de depósito que captan la mayor parte de los recursos del contrato de cuenta corriente. Ello porque tales depósitos son a la vista, pues podría encontrarse en situaciones de iliquidez en los casos de presentarse acciones de reembolso.

– **Mediano y largo plazo:** Cuando hay que atender los requerimientos de sectores que necesitan recursos financieros para inversiones de larga maduración como en activos fijos. Se presenta en los casos en que las entidades bancarias captan recursos mediante el depósito a término o emisión de obligaciones a mediano plazo, con los cuales financian los programas de su clientela.

– **Rotatorio:** Es el crédito de firma.

3.- Por sus Garantías.

– **Principios Generales:** Son obligaciones accesorias y tienden a asegurar el cumplimiento de la principal. Si en principio los deudores responden con todo su patrimonio que es prenda general común de todos los acreedores, los acreedores para asegurar mas su crédito y evitar la mala fé exigen garantías.

– **Fianza:** Obligación accesorias por la cual una o mas personas responden ante el acreedor por el cumplimiento de una o mas obligaciones. Tienen a su favor la excusión que implica el cobro en primer lugar al deudor principal y de manera subsidiaria al fiador. Además tienen a su favor el beneficio de la división.

– **Prenda:** Es una garantía por la cual se entrega una cosa mueble para asegurar el pago del deudor al acreedor

– **Hipoteca:** Sobre inmuebles o naves que permanecen en poder del deudor

– **Anticresis.** Se entrega la administración de un inmueble para que el acreedor se pague con el producto de sus frutos y se pague la deuda principal a la cual eccede o se vincula. Algunos dicen que no confiere derechos reales porque no confiere los derechos de persecución y preferencia y se encuentra íntimamente ligado al cumplimiento de una obligación personal.

4.- Por su destino.

– **Al consumo:** de corto plazo, los cuales se pagan con los recursos de tesorería de los comerciantes.

– **A la producción:** Se trata de un crédito destinado a la riqueza por extracción, elaboración, transformación o comercialización de bienes y servicios. Se reflejan en los movimientos de los balances, incrementando los activos.

– **Créditos de rehabilitación avío o refaccionamiento:** Son créditos a la producción que se hubieran podido clasificar por razón de su garantía pues combinan requisitos relacionados con el destino de los recursos y las garantías automáticas a favor del banco.

Son de habilitación o avío cuando se destinan a la adquisición de materias primas o al pago de jornales y gastos directos de la explotación empresarial, esto es a la financiación del activo circulante.

Están garantizados con los bienes adquiridos y los frutos o productos que se obtengan con la inversión.

Son de refacción, cuando los recursos deben destinarse a la obtención de maquinaria y a la realización de obras necesarias para la producción de la empresa. Se garantiza por los frutos de la producción y por la totalidad de los bienes adquiridos.

b.- El crédito de Firma.

Cubre todas aquellas operaciones que celebran los bancos a favor de sus clientes, que no implican un desembolso efectivo e inmediato de dinero y permiten a los clientes obtenerlos de manos de terceros.

El banco efectúa posteriormente y como consecuencia del crédito un desembolso a favor del tercero, que lo convierte en acreedor de su cliente.

El desembolso del banco dependerá de que su obligación contingente se convierta en real exigibilidad a su cargo, como sucede en los avales y garantías o que teniendo una obligación cierta a su cargo desde un comienzo, como sucede con las aceptaciones, no exista constitución de provisión por el cliente en el momento

en que se hagan exigibles.

– **Aval:** Es la intervención del banco con posición autónoma en el título valor. Garantiza que la obligación será pagada, imprimiéndole seriedad a la transacción.

– **Garantías:** El banco responde ante terceros por el cumplimiento de una obligación contraída por su cliente. En el crédito documentario en el caso de existir discrepancia entre los documentos exigidos y los presentados, el beneficiario obtiene garantía de su banco para que este entregue el dinero o acepte la letra de cambio, sabiendo que de ser rechazados por el banco emisor u ordenante, el banco del beneficiario le reembolsará la suma correspondiente al banco pagador.

– **Aceptaciones:** Cuando el banco acepta letras giradas por su cliente a su propia orden o a la de un tercero o letras giradas por un tercero a cargo del banco, en desarrollo de un acuerdo celebrado entre el banco y su cliente. El cliente utiliza la letra para proporcionarse recursos en el mercado bancario y el banco cobra una comisión por el servicio prestado. Suele corresponder a la satisfacción de una obligación previamente contraída por el cliente frente a ese acreedor, el cual exige que se satisfaga con la intervención del banco.

c.– Cartas Ordenes de crédito.

No debe confundirse con la carta de crédito la cual surge del crédito documentario; no siempre implica un crédito, pues cuando el cliente tenga provisión de fondos que lo convierte en acreedor del banco, implicará una transferencia; para que exista un crédito y necesariamente la carta orden se expida sin que exista una provisión, el banco deberá hacer un desembolso que lo convierta en acreedor de su cliente.

Puede entenderse como el contrato por el cual el dador (el banco), se obliga a formular una invitación a un destinatario para que este pague al tomador o beneficiario una cierta cantidad de dinero en un plazo determinado. Se expiden a persona determinada, no son endosables, se otorgan por escrito y no son títulos valores.

Las partes intervinientes son:

- **El dador:** El banco que extiende el documento a solicitud y de acuerdo con su cliente, dirigiéndolo a un destinatario específico. En principio el dador no adquiere responsabilidad alguna frente al tomador o beneficiario, salvo que se comprometa expresamente a que su invitación será atendida o que haya recibido fondos del beneficiario, entonces responde por los daños que pueda ocasionar a este último. Sino garantiza el pago o ha recibido fondos, puede revocar la invitación.
- **El tomador:** Es el cliente del banco, beneficiario de la orden y quien ha de presentarla al destinatario dentro del término señalado. Carece de acción contra el destinatario e incluso contra el dador, salvo en los casos vistos.
- **El destinatario:** Uno o varios. Si alguno de ellos paga, debe dejar constancia en el documento para que los demás intervinientes tengan noticias del saldo disponible con relación al máximo señalado. Una vez paga, adquiere el derecho a ser reembolsado de inmediato por el banco dador, salvo que por convenio le conceda un plazo.

d. EL DESCUENTO

Concepto.

Se destina a financiar a una empresa que requiere dinero en efectivo inmediatamente. La empresa que necesita el dinero, entrega a su acreedor un documento representativo de un crédito a plazo, cobrable en el futuro, a cargo de esa empresa o de un tercero, y el acreedor en contrapartida le remite el dinero en efectivo.

Es la adquisición al contado de un crédito a plazo. Es amplio por cuanto el documento puede ser cualquier clase de título valor.

El art. 1.407 del C de Co. describe los efectos cuando el crédito se otorgue mediante el descuento de títulos valores y estos no son pagados a su vencimiento, podrá el banco, a su elección, perseguir el pago de tales instrumentos o exigir la restitución de las sumas pagadas por estos.

Características Jurídicas.

El descuento es un contrato principal, conmutativo y oneroso. Se discute si es un contrato real o consensual. Lo primero porque las características de la entrega se predicen de ambas partes, pues no se perfecciona el contrato sino en la medida en que el cliente ceda o transfiera el crédito y el banco entregue la suma del descuento. Lo segundo por cuanto las entregas recíprocas – crédito y dinero – serían obligaciones de las partes surgidas del acuerdo de las mismas sobre el particular.

Es bilateral: El cliente asume la obligación condicional de pagar una suma de dinero, si el banco no obtiene el pago del deudor cedido. El banco está obligado a ejercitar las acciones derivadas del título contra el deudor cedido y a adoptar medidas conservatorias de las acciones judiciales a favor del descontado y contra el deudor cedido.

El objeto del contrato es doble: para el cliente la recepción de una suma de dinero. Para el banco, su colocación contra el recibo del crédito que se le transfiere.

Modalidades.

1.- Créditos incorporados en títulos Valores.

Consiste en el descuento del título valor mediante el endoso del mismo a favor del banco. Este tiene acción contra el otorgante o aceptante y contra el cliente descontado, pero además goza de las acciones de regreso contra los demás obligados de regreso. La cesión es prosolvendo, su no pago por el obligado, deudor cedido, faculta al banco para volverse contra su cliente descontado en su condición de endosante.

2.- Créditos no incorporados a Títulos Valores.

Sigue el procedimiento de la cesión de créditos: notificación al deudor cedido de la existencia del descuento que habilita al descontante para exigirle al mismo de forma directa el pago de la obligación.

3.- Créditos en Libros.

Los créditos no figuran en ninguna clase de títulos contra el deudor del cliente del banco, sino en los libros de este último. El banco los descuenta mediante una operación que más se asemeja a un anticipo que a un descuento propiamente dicho. Se trata de un acuerdo entre el cliente y el banco no oponible al deudor pues este paga directamente al cliente, con el compromiso para este de transferir al banco las sumas recibidas.

4.- Obligaciones del cliente:

- a.- Transferir los créditos que sirven de sustento a la operación del descuento (por cesión o cambiariamente)
- b.- Reembolsar la suma recibida. El cliente cumple en forma anticipada transfiriendo los créditos destinados a pagar la deuda, si ellos son cancelados a su vencimiento. Pero como existe una obligación condicional si la deuda no es pagada por el deudor cedido o que el banco le demanda de el reembolso directo, el cliente será

obligado a cancelar la suma y ejercer las acciones del crédito.

c.- Pagar la remuneración. Se cumple en forma automática en el descuento (salvo que sea por anotación en libros) y equivale al interés causado entre la fecha de la operación y el vencimiento del crédito trasferido.

5.- Obligaciones del Banco.

a.- Entregar la suma de dinero: El valor del descuento.

b.- Presentar los documentos al cobro: Si no cumple el deudor cedido, puede demandar al descontado.

c.- Tomar medidas conservatorias para el debido ejercicio de las acciones (presentar los títulos para la aceptación y el pago, protestar los títulos, dar el aviso de rechazo).

5.- Terminación del contrato.

por los medios generales para extinguir las obligaciones.

6.- Desarrollo posterior del Descuento

a.- El redescuento: El banco como propietario del título podrá presentarlo al banco central o al mercado monetario y así celebrar un segundo descuento. Su función es movilizar los créditos.

7.- Formas del Descuento.

a.- Descuento de Suministro.

Cuando el título lo presenta el girado (que en el contrato se considera un tercero) a nombre del girador. El suministrador gira un título a cargo de su comprador quien lo acepta. Luego el girado presenta el título valor al banco. En caso de incumplimiento del girado aceptante el banco como endosatario tiene acción cambiaria contra el girador (suministrador)(por cuanto inicialmente el banco le entrega dinero para que adquiera la materia prima de suministro al comprador) y además una acción ordinaria con base en el contrato de descuento.

b.- Descuento pro forma.

Es aquél por el cual se entrega al banco un título valor y el banco remite a su cliente el dinero que necesita, aún antes de aceptar el título para el descuento. Se busca que el crédito se conceda de manera mas expedita, aún cuando no se haya efectuado la aceptación).

c.- Descuento por complacencia.

El banco por complacencia, descuenta los títulos presentados por su cliente, a sabiendas de que no son reales. En principio habría una acción con fundamento en su buena fe, aunque los títulos y el descuento son nulos. En todos los casos de entrega de título valor, es preciso que se reúnan los requisitos de validez de los mismos.

8.- El Descuento y la Compraventa.

Se ha afirmado que el decuento es una compraventa por cuanto se ha considerado que la naturaleza del contrato consiste en el intercambio de un título valor por una remuneración.

Como el descuento es un contrato real, su asimilación a la compraventa es inapropiada; si es consensual, los

elementos constitutivos no serían los de la compraventa. La compraventa supone que el precio representa el valor de la cosa entregada, pero el dinero pagado por el banco descontador se refiere es al rendimiento en descuento y no al valor del título valor.

El pago del precio y la entrega de la cosa extinguen las obligaciones, pero otorgado el crédito y entregado el título valor en el descuento deja al cliente deudor del crédito.

e. LA APERTURA DE CREDITO

1.- Definición.

El art. 1.400 del C de Co. indica que es "el acuerdo por el cual un establecimiento bancario se obliga a tener a disposición de una persona sumas de dinero dentro del límite pactado y por un tiempo fijo y determinado. Si no se expresa la duración del contrato se entenderá celebrado a término indefinido".

No es un contrato de mutuo por cuanto no requiere de entrega sino que exige disponibilidad y no es atípico por cuanto se encuentra regulado en la ley. Puede tenerse como un contrato *suis generis*.

2.- Características.

Busca la disponibilidad del crédito a favor del acreditado por parte del banco acreedor e implica:

a.- Un acuerdo por escrito: Es a la vez consensual y bilateral, por una parte y solemne por la otra. No requiere de la entrega del dinero al acreditado, pero el art. 1.402 del C. de Co. exige que el acuerdo se establezca por escrito, lo cual implica una condición *ad-solemnitatem*.

b.- Disponibilidad del crédito: En principio se extiende a la disponibilidad del crédito de firma, por cuanto al prestar su firma, el banco indirectamente permite que el acreditado indirectamente obtenga fondos de terceros. La disponibilidad es simple cuando no se pacta su naturaleza; se entiende que el uso de crédito se hará en una sola vez (art. 1401 *ibidem*), y de no acordarse nada diferente, ello se presume (art. 1402). La disponibilidad es rotatoria cuando los reembolsos hechos por el acreditado serán de nuevo utilizados durante la vigencia del contrato, pero deberá indicarse de manera expresa.

c.- Una Remuneración.

El contrato es oneroso por cuanto el banco cobra por sus servicios, usualmente en intereses, pero también en forma de comisión como en el crédito de firma.

d.- Un plazo.

Es de tracto sucesivo, lo cual es necesario para permitir la disponibilidad del dinero y puede referirse al contrato como tal, esto es, a la duración del mismo. Sino se pacta, será a término indefinido.

3.- Derechos y Obligaciones de las Partes.

a.- Del Banco:

1.- Derechos:

Tiene derecho a la remuneración por la prestación del servicio, pudiendo exigir garantías para asegurar el reembolso del crédito utilizado.

2.- Obligaciones:

– **Otorgar el crédito.** Poner a disposición del cliente acreditado determinada suma de dinero , lo cual puede darse de diferentes maneras: Por la entrega del mismo, mediante su abono en cuenta corriente, por sobregiro o descubierto (pero en este caso el sobregiro obedece a un acuerdo previo y no concomitante) aplicándose las normas que rigen la cuenta corriente bancaria, mediante la aceptación del banco de títulos valores, mediante el aval del banco en el título valor.

– **Abstenerse de compensar.**

El derecho del cliente a la disponibilidad del crédito no es embargable y aún admitiéndolo en principio el crédito no entra al patrimonio del acreditado. La compensación solo es posible cuando el acreditado solicita la entrega del dinero, porque su derecho a la disponibilidad se convierte en un derecho patrimonial.

b.- El Acreditado.

1.- Derechos.

Tiene derecho a disponer del crédito otorgado, dentro del plazo fijado. Utilizado el crédito cesa la disponibilidad y adquiere un derecho patrimonial sobre el mismo.

2.- Obligaciones.

- Pagar la comisión y/o intereses.
- Reembolsar las sumas de dinero utilizadas.

4.- Terminación del Contrato.

El contrato de Ápertura de Crédito termina en los siguientes casos:

- Vencimiento del plazo acordado si es a término. Si es a término indefinido termina por la manifestación unilateral de la voluntad de cualquiera de las partes con arreglo al preaviso pactado o en su defecto dando el preaviso con quince (15) días de anticipación (art. 1406 C. de Co).
- Al utilizarse todo el crédito disponible, en el evento de la disponibilidad simple.
- Por decisión unilateral si es a término y ello fue acordado.
- Por quiebra del acreditado (art. 1.405) o cuando el banco se encuentre en liquidación obligatoria o judicial o concurso de acreedores.
- Por la muerte del acreditado si es persona natural. Si es persona jurídica, por la disolución de la misma y su consecuencial liquidación.

LAS CARTAS DE CREDITO Y EL COMERCIO INTERNACIONAL.

El crédito documentario implica el compromiso de una de las partes que intervienen (banco y cliente), por lo general un banco, de pagar una suma de dinero a otra (beneficiario), contra la presentación de los documentos indicados en el crédito. Por lo general implica la realización previa de un contrato de Compraventa de mercancías debidamente perfeccionado. El cliente del banco, regularmente es el comprador de las mercancías que requiere de crédito o que por haber suscrito un contrato entre ausentes, requiere de la intervención seria y

eficiente de un banco para poder efectuar las transacciones cotidianas.

Las Cartas de Crédito se utilizan como instrumento de pago y garantía en un amplio rango de transacciones internacionales. Los bancos deben garantizar que los documentos concuerden con los términos del crédito antes de efectuar el pago, pero no se les exige que estudien el contrato subyacente a fondo.

El crédito documentario tradicional se utiliza para pagarle al vendedor en el curso normal de una transacción. La Carta de Crédito Stand By se utiliza únicamente en caso de incumplimiento. Generalmente las emiten bancos de los proveedores a favor de los compradores aunque también pueden ser utilizados para garantizar el pago. En este caso, el exportador acepta ante el importador que utilizará el crédito únicamente si el comprador incumple su obligación de pago.

Variaciones en los planes de crédito documentario.

- El Comprador (ordenante del crédito): Llena sus formas de solicitud corrientes pidiéndole a su banco la admisión de su crédito irrevocable a favor del vendedor extranjero (beneficiario).
- El banco del comprador emite su crédito documentario de conformidad con las instrucciones del solicitante. Esto constituye un compromiso independiente del banco y es exigible contra este banco, incluso si el comprador no está en capacidad de reembolsarle su costo al banco.
- El banco que emite el crédito documentario, generalmente solicita a un banco en el país del vendedor con el que tenga relaciones de corresponsal (Banco notificador), que notifique el crédito al beneficiario.
- El crédito puede ser pagadero en las oficinas de un banco del país del vendedor (Banco nominado) o, en el Banco emisor. En algunos casos el banco nominado agrega su propia responsabilidad de pago mediante la confirmación del crédito. Esto le dá al beneficiario un derecho directo contra el banco de su propio país.
- El vendedor despacha las mercancías y presenta sus documentos al banco, para exigir su pago. Puede exigirse que el beneficiario presente una letra de cambio (giro), junto con los documentos comerciales.
- El banco pagador envía los documentos al banco emisor y obtiene el reembolso. Con frecuencia tiene derecho a obtener reembolso inmediato de un tercero o banco designado en el crédito mismo.
- El comprador recoge los documentos en el banco emisor y toma posesión de las mercancías, pudiéndosele exigir un depósito previo como garantía.

Características generales según el C. de Co.

- El crédito documentarios, por regla general, es revocable, salvo pacto expreso.
- El banco emisor puede revocarlo en cualquier tiempo mientras no lo haya utilizado el beneficiario. Si es utilizado parcialmente, solo es revocable en la parte no utilizada.
- El crédito irrevocable debe indicar plazo máximo de utilización; el revocable es de máximo 6 meses desde la notificación al beneficiario.
- Para la utilización parcial debe existir autorización expresa.
- La Carta de Crédito es transferible si hay pacto expreso; sino se prohíbe expresamente, el crédito es trasferible por fracciones hasta concurrencia de su monto.

– La carta de crédito es independiente del contrato en relación con el cual haya de aplicarse el crédito abierto; entonces ningún banco responde por falsedades, forma, suficiencia, exactitud, etc., lo que implica que es un contrato autónomo.

Otras operaciones Bancarias como los servicios financieros dentro de los cuales descuellan la fiducia mercantil, el leasing, factoring, sociedades administradoras de fondos y cesantías, almacenes generales de depósito, etc, son tratados en trabajos especiales, a los cuales nos remitimos desde ya.

G. – ACTIVIDADES ECONOMICAS NO MERCANTILES (art. 23)

El artículo 23 del C. de Co. enumera una serie –no taxativa– de actos aislados e inclusive de actividades económicas con un principio de organización que no son mercantiles:

- **Ordinal 1o. :** *"Adquisición de bienes con destino al consumo doméstico o al uso del adquirente, y la enajenación de los mismos o de los sobrantes".*

Es por demás evidente la ausencia de los elementos intrínsecos que caracterizan a la compraventa mercantil (la intermediación y el propósito de revender), puesto que quien adquiere objetos o mercaderías con destino al uso o consumo en tales circunstancias, aunque enajene aquello que rebasa sus necesidades inmediatas o que efectivamente le sobre, no actúa con espíritu especulativo.

Ordinal 2o.: "La adquisición de bienes para producir obras artísticas y la enajenación de estas por su autor".

En la actividad artística y artesanal predomina el trabajo del artífice. Cuando este termina su obra ha incorporado una gran dosis de labor personal a las materias primas indispensables; pero ni en la adquisición de los elementos para la realización de su obra ni en la enajenación de esta hay mercantilidad, aunque la intención del artífice sea desde un principio la de enajenar su producto, esta es puramente civil. Situación distinta a la de las galerías que reciben en consignación o adquieren obras para revenderlas, pues estos sí son típicamente mercantiles.

- **Ordinal 3o. :** Las adquisiciones que hacen los funcionarios para el servicio de las oficinas públicas, en las cuales no existe espíritu lucrativo. (Analizar principios de la ley 80 de 1994 en relación con la aplicación de los principios del derecho privado en materia de contratos, aplicables a la contratación pública.
- **Ordinal 4o.:** Enajenaciones de agricultores o ganaderos de los frutos de su cosecha o ganados. Tampoco serán mercantiles las actividades de transformación de tales frutos que ellos efectúen, siempre y cuando que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa.

En estos casos es necesario precisar que se excluye a los intermediarios, pues las enajenaciones deben ser hechas directamente por el agricultor o el ganadero. Si estos constituyen sociedades para adelantar la explotación y vender los frutos de las cosechas o los ganados, no se cumple el requisito exigido por la ley.

La ganadería de cría (Cuando tiene por objeto la reproducción o multiplicación de los ganados. Cuando las hembras y terneros menores de un año son el 60% o más de la totalidad del ganado) de levante (cuando su finalidad principal es el desarrollo de los ganados desde la terminación de la lactancia hasta cuando se complete su crecimiento, que normalmente es de tres años) de Ceba (cuando su objeto es el engorde de animales para la venta o sacrificio). Estas actividades son civiles, pero la comercialización de ganado (adquisición para reventa) es mercantil.

Lo mismo cabe afirmar de explotaciones forestales y mineras y otras más especializadas como la apicultura, la floricultura, la avicultura, etc., cuando sus explotadores enajenan directamente los frutos en su estado natural.

Los frutos pueden sufrir un principio de transformación sin que este hecho convierta tales actividades en mercantiles, siempre que dicha transformación no se constituya por si misma en una empresa.

No es la organización que se le da a la actividad económica lo que determina su calidad de mercantil, sino la transformación del estado natural de bienes primarios, o sea la llamada agroindustria. El agricultor se convierte en comerciante cuando en vez de vender los frutos de sus cosechas en estado natural o apenas con un principio de adecuación, abre un establecimiento para mejorar sus productos, transformarlos y fabricar productos terminados.

• **Ordinal 5. :** *"La prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales".*

Con fundamento en la proletarianización de las profesiones liberales y el auge de bufetes a los cuales se accede solo cuando se es poseedor de un considerable patrimonio, se han esbozado dos tesis, para determinar si es o no mercantil tal actividad:

a.- La prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales no tienen carácter mercantil cuando se realiza por un profesional individualmente considerado y no por una organización empresarial, y

b.- Cuando el ejercicio de las profesiones liberales se realiza a la manera de una actividad económica organizada, se rige por la ley mercantil en vista de que se configura en una empresa de prestación de servicios (ord. 14 del art. 20 del C de Co.).

Ambas tesis incurren en el error de diferenciar aunque el legislador no lo haya hecho, pues el art. 23 se refiere a la prestación de servicios derivados del ejercicio de profesiones liberales, pero no indica el modo de prestar tales servicios, razón por la cual tal actividad no es mercantil en ningún caso.

EL EMPRESARIO MERCANTIL

I.- DE LOS COMERCIANTES O EMPRESARIOS.

1.-DEFINICION DE COMERCIANTE.

Teniendo en cuenta el desarrollo actual de las actividades económicas, en las cuales no se concibe de manera general al individuo que se dedica a las actividades comerciales actuando aisladamente, sino que por el contrario, hoy en día este individuo interactúa conjuntamente con otros individuos dedicados al comercio e incluso lo hace coordinando sus intereses con otros, mediante la constitución de sociedades, se ha adoptado el término de empresario para identificarlo como un sujeto que se dedica exclusivamente, con base en una organización definida (empresa), al desarrollo de actividades mercantiles o comerciales.

Empresa y empresario son conceptos distintos pero íntimamente relacionados al punto de que la primera se individualiza en el segundo y en ningún caso es posible la existencia de la primera sin el segundo, ni viceversa.

Al contrario del C. C. Italiano de 1.942, en el C. de Co. colombiano se optó por definir la empresa y no al empresario. Tradicionalmente en nuestro medio se ha utilizado mal la palabra empresario. No obstante el art. 25 del C. de Co. da la noción de empresario, supliendo la falta de precisión legal, cuando define la empresa así: Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios a través de uno o más establecimientos de comercio.

El empresario es la persona física o ente jurídico que estando en la cúspide de la pirámide estructural de la empresa, adopta decisiones como jefe de una organización unitaria. Es aquél que asume los riesgos inherentes

a la empresa, con la expectativa de obtener los beneficios o soportar las pérdidas que de ella resulten. En realidad la división de funciones no implica disociación de los componentes de la empresa.

a.- Definición legal del comerciante y empresario.

El art. 10 del C. de Co. destaca el carácter de profesionalidad para asignárselo al comerciante. Indica que la calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad se realice por medio de representante o intermediario. Ello tiene como fundamento el traspaso de los efectos jurídicos del representante al representado en virtud del negocio jurídico de procuración; cuando la actividad se realiza por intermediario, este realiza el negocio no en provecho propio sino de la persona que se lo solicita, razón por la cual el beneficio o perjuicio que se causa con tal actividad de gestión, recaen directamente en quien solicita tal intermediación. La diferencia se presenta en que, como se verá posteriormente, quien actúa como apoderado tiene facultades para intervenir como mejor le parezca aportando su conocimiento de la manera mas adecuada, mientras que el simple intermediario debe cumplir de manera expresa las instrucciones o recomendaciones dadas por quien le encarga el asunto, si es que pretende que los efectos jurídicos de sus actos no se radiquen en él sino en el que encarga el asunto. Es importante resaltar que en toda actividad mercantil se presentan de manera necesaria dos elementos que caracterizan tal actividad: La intermediación (interponerse entre el productor y el consumidor final) y el ánimo de lucro, aunque al finalizar la actividad no se produzcan ganancias sino pérdidas. Hay casos en los cuales los intermediarios son comerciantes, tales como los corredores y los comisionistas. En el primer caso una persona llamada corredor, por razón de su conocimiento especial de las condiciones especiales de la oferta y la demanda en el mercado, pone en contacto a dos o mas personas para que celebren un negocio jurídico determinado; en este caso no se necesita un encargo permanente y la labor por lo general se realiza motu proprio y por cuenta propia, sin que se formen vínculos de colaboración dependencia o mandato con los contratantes, pues la labor es autónoma del corredor, no formando parte de los contratos que se celebren en virtud de su gestión.

En las agencias de negocios el agente es un gestor de negocios ajenos y la actividad no implica un vínculo de subordinación a otra empresa. En estas el agente sin depender de las partes, pero por cuenta de las mismas, procura la culminación de negocios mercantiles (agencias de seguros).

Por lo anterior podemos concluir que el comerciante es el sujeto del derecho comercial tradicional y el empresario maneja no solo la intermediación sino la transformación y distribución de bienes y servicios.

b.- El legislador colombiano confundió a la empresa con su titular, pues en muchas de sus disposiciones hace relación a la empresa cuando debió hacer mención del empresario V.Gr. art. 991 en tratándose del contrato de transporte dice: Cuando la empresa de servicio público no sea propietaria o arrendataria del vehículo en que se efectúa el transporte... El término es inapropiado por cuanto el titular de los bienes es el empresario social y no la empresa, pues esta está constituida por un conjunto de bienes que conforman los factores de producción, tales como el capital, el trabajo y la tecnología aplicada a una actividad determinada.

2.- CLASIFICACION DE LOS EMPRESARIOS.

La titularidad de una empresa puede corresponder a una persona jurídica o a una persona natural o a varias que se integran en una sociedad de hecho o en una comunidad o copropiedad. Igualmente es factible que el empresario obre a título de arrendatario, propietario, etc., o puede ser el Estado a través de una o varias desmenbraciones territoriales o por servicios.

a.- El Empresario Individual.

Es la persona natural que es titular de la empresa. Es la forma mas sencilla de explotación económica y la dirección y coordinación de los diversos factores de esta puede encomendarse a otra persona.

b.- El Empresario Social.

Es cualquiera de los tipos de sociedad regulados en la ley constituida por escritura pública con el fin de que nazca una persona jurídica diferente de los socios. Implica la agrupación de personas y capitales para acometer una actividad económica organizada.

c.- Empresario Colectivo.

Es diferente de la sociedad colectiva. La forman dos o mas personas que ejercen conjuntamente actividades económicas, con los medios organizados para tal fin. La realidad comprueba la existencia de entes que sin estar dotados de personería jurídica, como la sociedad de hecho, la comunidad, sucesiones ilíquidas, en los cuales los copartícipes asumen la calidad de empresarios. En estos casos, por mandato del art. 31 del C. de Co., el cual las denomina genéricamente como copropiedades, se exige que en registro mercantil se inscriban todos los comuneros. Se les denomina empresario colectivo porque los derechos que adquieren y las obligaciones que contraen en desarrollo de las actividades, lo son por todos los comuneros o asociados, pues no existe persona jurídica distinta de ellos.

d.- Empresario Privado.

Es la persona natural o jurídica de Derecho privado, que aparece como titular de la empresa.

e.- Empresario Público.

Se presenta cuando cualquiera de las entidades descentralizadas del Estado directa o indirectamente es titular de una empresa o cuando es estatizada una empresa que tenía el carácter de privada.

3.- IDENTIFICACION DEL EMPRESARIO INDIVIDUAL.

Para identificar al empresario individual se plantean dos criterios, así:

Criterio Formal: Indaga si la persona ha cumplido la obligación de matricularse en el registro mercantil.

Criterio Material: La persona adquiere la calidad de empresario mercantil porque se ocupa habitualmente en actividades que el código tipifica como mercantiles, aunque deliberada o involuntariamente omita la inscripción en el registro mercantil.

En nuestro país predomina el criterio material, pues toda persona natural que se dedique a actividades mercantiles está obligada a presentar su solicitud de matrícula en el registro mercantil dentro del mes siguiente a la fecha en que empezó a ejercerlas o en que abrió al público el establecimiento de comercio (art. 13 C. de Co). El alcance del registro mercantil es el de dar estatus de empresario y facilita la prueba de tal calidad, pero es una presunción simplemente legal susceptible de prueba en contrario demostrando que no se ejerce el comercio de manera habitual. Cuando se trata de una sociedad regularmente constituida entonces prevalece el criterio formal.

a.- Supuestos del Criterio Material.

- Ocupación pública y habitual de carácter estable.
- Vinculación de la persona a actividades, operaciones o empresas de carácter mercantil.
- Los negocios jurídicos que implican las actividades u operaciones mercantiles pueden realizarse directamente o por medio de apoderado.
- Se requiere ejercicio constante o permanente de la actividad mercantil, es decir la ejecución seriada de negocios coordinables entre sí.

- Que la actividad se ejerza en nombre propio. Basta el ejercicio en nombre propio aunque sea por cuenta ajena.

b. – Presunciones del Ejercicio de Actividades Mercantiles.

El ejercicio ordinario y permanente de actividades mercantiles es una cuestión de hecho y como tal debe demostrarse. No obstante, el art. 13 del C. de Co., consagra varias presunciones de dicho ejercicio:

- Cuando la persona se halla inscrita en el registro mercantil.
- Cuando la persona abre al público un establecimiento de comercio
- Cuando la persona se anuncia al público como comerciante por circulares, carteles, rótulos, etc.

Comprobado cualquiera de estos hechos se infiere la calidad de comerciante.

4. – CAPACIDAD PARA EJERCER EL COMERCIO

a. – Consideraciones generales.

El primer inciso del Art. 12 del C. de Co. indica que solo tiene capacidad para ejercer el comercio quien es legalmente capaz para contratar y obligarse

La capacidad comercial no es distinta de la capacidad jurídica en sus dos conocidas dimensiones, de goce y de ejercicio. Simplemente es la aptitud jurídica de una persona para ser titular del derecho, contratar y obligarse por sí misma en los negocios jurídicos mercantiles. La regla general es que son capaces los mayores de 18 años, salvo interdicción para administrar lo suyo.

La capacidad de ejercicio es la aptitud de la persona para ejercer o hacer valer sus derechos por sí misma sin la autorización de nadie. Las personas jurídicas tienen capacidad de ejercicio limitado pues deben actuar por medio de representante e igualmente su capacidad se limita al objeto social. (Los mayores de 12 años si son mujeres y de 14 años si son hombres y los disipadores interdictos, son incapaces relativos.).

b. – Incapacidades Particulares o Inhabilitantes.

Son las prohibiciones que la ley impone a ciertas personas para ejercer cierto actos, tienden a proteger el interés general.

Ejemplos:

- El empresario declarado en quiebra (*entiéndase trámite de liquidación obligatoria. Ley 222 de 1995 Art.242*), mientras no obtenga rehabilitación; pero puede ser factor, sino ha sido sancionado penalmente (1.334 del C. de Co).
- Los funcionarios de entidades públicas no pueden ejercer el comercio respecto de actividades que tengan relación con sus funciones V.Gr. proveedor, almacenista, etc.El art. 15 C. de Co. ordena que el comerciante que tome posesión de un cargo que inhabilite para el ejercicio del comercio, lo comunicará a la cámara de comercio.
- Las personas a quienes por la ley o sentencia judicial se les prohíba el ejercicio de actividades mercantiles. V. gr. art. 16 C. de Co. ordena al juez imponer pena accesoria de prohibición para ejercer el comercio, cuando condene a una persona por delitos contra la propiedad, la fé pública, la economía nacional, la industria y el comercio, o por contrabando, competencia desleal, giro de cheques sobre cuentas canceladas, etc.(arts 222, 284 del C. de Co.)

5. – IMPORTANCIA DE LA CALIDAD DE EMPRESARIO.

El ejercicio de las actividades mercantiles es libre en Colombia, siempre que quien las realice reúna las siguientes condiciones:

- Que tenga capacidad legal para llevarlas a cabo.
- Que no les haya sido prohibido dicho ejercicio.

La capacidad de ejercer el comercio, tiene varias consecuencias, que tienen relación con las obligaciones de todo comerciante:

- Inscribirse en el registro mercantil.
- Inscribir en dicho registro todos los actos libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad.
- Llevar la contabilidad legal de sus negocios
- Conservar la correspondencia y demás documentos relacionados con sus negocios
- Denunciar ante el juez de su domicilio el sobreseimiento en los pagos.
- Abstenerse de realizar actos de competencia desleal.

6.- PERDIDA DE LA CALIDAD DE EMPRESARIO (art. 17 del C. de Co.)

Es una cuestión de hecho que debe probarse. La pérdida de la calidad de empresario puede darse de modo instantáneo en caso de muerte o por retiro del comercio por parte del comerciante. No obstante las consecuencias de la calidad de empresario subsisten por algún tiempo V.gr. Si la muerte ocurre cuando el comerciante se halla en cesación de pagos, no impide la apertura de la quiebra o liquidación obligatoria, siempre que se solicite dentro del año siguiente a la muerte (art. 1.937 C de Co.)

Se pierde por las causas indicadas en el art. 17 del C. de Co., tales como incapacidad o inhabilidad sobreviniente. Las nulidades de los actos de comercio provenientes de falta de capacidad para ejercer el comercio, serán declaradas y podrán ser subsanadas como se prevé en las leyes comunes. (art. 1.740 C.C en cuanto hace relación a la calidad o estado de las partes, requisitos de los actos exigidos por las leyes). Es posible, en los casos de incapacidad que el negocio se sane cuando el incapaz adquiera capacidad, etc.

7. DEBERES ESPECIFICOS DEL EMPRESARIO MERCANTIL.

La razón de su imposición reside en la publicidad del status, así como de sus actos y documentos que trascienden a terceros. Tienden a que el ejercicio de la ocupación se desarrolle dentro de un nivel medio de ética y a eliminar la clandestinidad de las ocupaciones. Los deberes están contenidos en el art 19 del Código de Comercio, los cuales se estudiarán una vez se analicen los siguientes asuntos:

A. El Registro Mercantil.

Es una institución típica del derecho mercantil que tiene por finalidad a la matrícula de quienes ejercen el comercio y de ciertos actos, libros y documentos susceptibles de incidir en pro o en contra del empresario.

El art 26 del C. de Comercio, señala que el objeto del registro: es llevar la matrícula de los empresarios mercantiles y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad.

– **Antecedentes:** su origen se remonta a la matrícula en el Liber Mercatorum que establecieron las corporaciones de la edad media, para quienes ejercen el comercio. En principio no buscaba la publicidad sino era un censo de los comerciantes para establecer el consejo de la corporación y para exigir contribuciones. El objetivo de la publicidad lo obtuvo como un desarrollo posterior y se convirtió en público.

- El C. de Comercio del extinguido estado de Panamá suprimió la institución del registro para todos los comerciantes y la conservó para los corredores agentes de cambio y martilleros, pero estableció como requisito para la constitución de sociedades mercantiles la inscripción en el registro de las escrituras sociales. La ley 28 de 1931 hizo obligatoria la inscripción de todo comerciante, agente, comisionista y representante de casas extranjeras y de sociedades, sus reformas estatutarias y nombramiento de gerente y suplente.
- El sistema ideal del registro consiste en que ponga de manifiesto ante el público no solo la situación legal, sino también la económica del empresario, porque difunde confianza, facilita el crédito y afianza la seguridad de transacciones.

8. LINEAMIENTOS DEL SISTEMA DE REGISTRO EN COLOMBIA.

Características:

- Incumbe a la Superintendencia de Industria y Comercio determinar los libros necesarios, la forma de hacer las inscripciones y dar las pautas que tiendan al perfeccionamiento de la institución art 27 del C. de Comercio.
- El registro es público y en consecuencia cualquier persona puede examinar los libros y archivos correspondientes, tomar anotaciones de los asuntos o actos y obtener copias de los mismos art 26 del C. de Comercio.
- La matrícula de los empresarios y las inscripciones de actos, contratos, documentos se debe hacer en libros separados, según la materia en forma de extracto que de razón de lo sustancial del acto, documento o hecho que se inscriba salvo que la ley o los interesados exijan la inserción del texto completo, regla 3 art 29 C. de Comercio.
- Los medios probatorios de toda inscripción en el registro mercantil son los siguientes :
 - Certificado expedido por la respectiva entidad registradora.
 - Inspección judicial practicada en el registro mercantil.
- Al empresario sucursal o al establecimiento matriculado se le forma un expediente en el cual se archiva por orden cronológico de presentación, las copias de los actos que se registren , art 43 inciso 1 :
- Cuando el acto deba ser devuelto al interesado se inscriben mediante copia de su texto en los libros respectivos o de fotocopia o cualquier medio que asegure su conservación y reproducción, art 42.
- Las providencias judiciales y administrativas sujetas a registro deben presentarse en fotocopia autenticada para archivar en el respectivo expediente; y en un libro especial se levanta un acta de entrega en la que consta el cargo del funcionario que dictó la providencia , objeto, clase y fecha de la misma, (art 41).
- Cada inscripción en registro causa emolumentos que fija la ley. La conservación de los archivos por cualquier medio de reproducción exacta y el presidente y secretario deben certificar sobre la exactitud de dicha reproducción, (art 43 inciso 2).

A. Entidades registradoras :

Son las Cámaras de Comercio ; no hay en Colombia un registro único y centralizado sino hay tantos registros como cámaras existan . Según el art. 29 regla primera del C. de Comercio; los actos, contratos y documentos serán inscritos en la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar donde fuesen celebrados u otorgados, si hubieran de celebrarse fuera de dicha jurisdicción, se inscribirán en la Cámara correspondiente al lugar de su ejercicio o cumplimiento .

Otra entidad encargada del registro mercantil es la Superintendencia Bancaria respecto de las entidades sometidas a su control, hoy decreto 663/ 93 que diferencia la Superintendencia de Valores respecto de sus vigiladas, circular externa 1 de 1983 Superintendencia Bancaria y de Valores; 2033 y 2034 C. de Comercio.

B. Funciones del registro:

1. Función de publicidad o informativa: consiste en que las constancias que figuran en él están destinadas a ilustrar al público en general .

2. Función declarativa:

cuando se omite la inscripción de determinado acto, situación o documento sujeto a registro, el comerciante no puede oponerlo a terceros la regla 4 del art 29 del C. de Comercio, proscribire que la inscripción podrá solicitarse en cualquier tiempo, si la ley no fija un término especial para ello; pero los actos y documentos sujetos a registro no producirán efectos respecto de terceros sino apartir de la fecha de su inscripción .

3. Función constitutiva:

cuando una situación jurídica, acto o documento no se perfecciona sino una vez cumplida la formalidad de la inscripción verbo y gracia, constitución de sociedades regulares, reformas estatutarias etc. De conformidad con el art 228 del C. de Comercio, solo apartir de la fecha de inscripción tienen los liquidadores mostradas las facultades y obligaciones de tales.

4. Función sancionatoria:

cuando la inscripción subsana deficiencias formales verbo y gracia inserte la escritura de constitución de una sociedad se presume en principio su legalidad formal, (art 115).

5.Función de autenticidad:

cuando documentos cuyas formas no se presumen auténticas o que no han sido reconocidas ante juez o notario, si se presentan personalmente por sus otorgantes al secretario de la respectiva Cámara, se consideran auténticas. Al respecto el art 252 del C. de Procedimiento Civil dispone que un documento privado es auténtico ; si fue inscrito en el registro público a petición de quien firmo.

• Función preventiva de competencia desleal :

puesto que las entidades registradoras deben abstenerse de matricular a una persona o establecimiento de comercio con el igual nombre de otro ya inscrito , mientras la matrícula no sea cancelada por orden de autoridad competente o a solicitud de quien la haya obtenido . En los casos de homonimia del comerciante , solo podrá matricularse el segundo cuando agregue a su nombre algun distintivo que corte cualquier confusión , art 35 C. de Comercio.

C. Matrícula :

No imprime por si sola la calidad de empresario mercantil pero constituye una presunción legal de ejercicio del comercio. Su función primordial es causal. Su omisión no implica que el empresario deje de tener esa calidad.

En cuanto a los sujetos del derecho mercantil deben matricularse :

SUJETOS:

1. Las personas que ejerzan habitualmente el comercio individualmente a través de sociedades o comunidades.
2. Las sociedades mercantiles constituidas por ese principio.
3. Los auxiliares autónomos de las actividades mercantiles; comisionistas, corredores, agentes, representantes de firmas nacionales o extranjeras.

OBJETO:

Como objeto se exige la matrícula :

- Establecimientos de comercio .

El art 36 del C. de Comercio faculta a las camaras de comercio, para exigir a quien pida su matrícula que acredite someramente los datos indicados en la solicitud con partidas de estado comercial , certificado de bancos, balances autorizados por contadores públicos , o cualquier medio fehaciente , si no coinciden con la verdad, la respectiva cámara está en la obligación de formular la demanda penal ; (art 48 C. de Comercio).

La matrícula debe renovarse anualmente , dentro de los tres primeros meses del año, los empresarios individuales tienen obligación de informar a la cámara donde esté su matrícula de la perdida de su calidad de comerciante, cambios de domicilio, y cualquier mutación referente a sus actividades mercantiles, igualmente los titulares de establecimientos de comercio y representantes legales de las sociedades mercantiles.

. El art 35 del C. de Comercio dispone que : Las cámaras de Comercio se abstendrán de matricular a un comerciante o establecimiento de comercio con el igual nombre de otro ya inscrito, mientras este no sea cancelado por orden de autoridad competente o por petición del solicitante.

1. MATRICULA DE EMPRESARIOS INDIVIDUALES, COPROPIETARIOS Y SOCIEDADES DE HECHO.

– **De caracter mercantil** : Los que se inscriben no son los entes colectivos carentes de personalidad, sino todos los comuneros o socios según el art 31 del C. de Comercio.

La persona que empiece a ejercer las actividades mercantiles deberá solicitar dentro del mes siguiente , la matrícula en la cámara de comercio de su domicilio y la petición debe contener :

1. Nombre.
2. Documento de identidad .
3. Nacionalidad .
4. Actividades o negocios.
5. Domicilio y dirección.
6. Lugar o lugares donde desarrolle sus negocios
de manera permanente.
7. Patrimonio líquido discriminando bienes raices y las inversiones en la actividad.

8. Nombre de personas autorizadas para administrar los negocios y sus facultades.
9. Entidades de crédito en las cuales hubiese celebrado operaciones.
10. Referencias de los comerciantes inscritos.

3. MATRICULA DE ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO.

Dentro de los 30 días siguientes a la apertura:

1. Denominación del establecimiento.
2. Dirección.
3. Actividad principal desarrollada.
4. Nombre y dirección de su propietario o titular;
o de quien lo administre.
5. Si el local es propio o arrendado.

Esta inscripción implica :

- Presunción de que el propietario del establecimiento es quien aparece en el registro (legal).
- Lo referente al local ocupado, pues de ser arrendado repercute en las relaciones contractuales con el arrendador.

4. MATRICULA DE SOCIEDADES MERCANTILES .

(SOCIEDADES REGULARES)

- La solicitud la formula el representante , dentro del mes siguiente a la fecha de la escritura pública de constitución o la de permiso de funcionamiento segun el caso , acompañando tales documentos , (art 31 del C. de Comercio).
- Con base en una copia auténtica de la escritura, la cámara de comercio de su domicilio principal; se abre el registro mercantil.
- Si en la escritura constitutiva se crean sucursales, copias de dichas escrituras se llevan a las cámaras de comercio correspondientes al lugar de las sucursales.

D. LIBROS , ACTOS Y DOCUMENTOS SUJETOS A INSCRIPCIÓN .

Además de lo anterior, se deben inscribir los libros de comercio, (de contabilidad y otros); así como todos los actos jurídicos y documentos exigidos por la ley .

1. INSCRIPCION DE LIBROS DE COMERCIO.

- Integridad .
- Pertenencia .
- Objeto a que se destina .
- Números de folios utiles.

Con miras a asegurar la integridad material de los libros, su pertenencia a una determinada persona, el objeto al que se destinan y el número de folios utiles; el ordinal 7 del art 28 del C. de Comercio ordena inscribir:

Libros de contabilidad, los de registro de accionistas, los de actos de asambleas y juntas de socios; juntas directivas de sociedades mercantiles.

FORMA DE HACER LA INSCRIPCION:

La inscripción se hace así:

El secretario de la cámara de comercio extiende y firma en el libro de que se trate, una constancia en que se expresa la fecha y el folio de la correspondiente inscripción; la persona a quien pertenezca el libro inscrito; el uso a que será destinado y el número de hojas utiles cada uno de los cuales rectifica el respectivo funcionario, y en el libro de la cámara firma una constancia que ha de reproducir tales datos.

2. INSCRIPCION DE ACTOS Y DOCUMENTOS .

Para que sean conocidos por terceros, el art 28 del C. de Comercio menciona los siguientes :

- a. Copia del instrumento público en que conste el convenio sobre capitulaciones matrimoniales, cuando cónyuges son empresarios .
- b. Providencia judicial por la que se liquida la sociedad conyugal, si los conyuges son comerciantes, o de la escritura pública si es por mutuo acuerdo (igualmente –divorcio)
- c. Copia de sentencia que declara la interdicción judicial del empresario.
- d. Copia de providencia que imponga la prohibición de ejercer el comercio (art 16 C. de Comercio).
- e. Copia del acto de posesión o equivalente cuando el comerciante ejerce acto que lo inhabilite para ejercer el comercio (art 14 C. de Comercio).
- F. Actas que contengan concordatos preventivos y parte resolutoria de la providencia que admite el trámite (decreto 350/89).
- g. Copia del auto que declare quiebra.
- h. Todo acto que confiera, modifique o revoque la administración parcial o general de los negocios del empresario mercantil.
- i. Apertura de establecimiento de comercio y sucursales; los actos que modifiquen o afecten la propiedad de

los mismos o su propia administración.

f. Libros de contabilidad; embargos y demandas civiles relacionadas con mutación del estado del comerciante.

g. Correspondencia directamente relacionada.

En virtud del art. 100 del C. de Co., modificado por el art. 1 Ley 222 de 1995, " Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esta calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles.

Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil".

E. SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LA FORMALIDAD DEL REGISTRO. (art 37).

- Multa hasta el equivalente de diecisiete (17) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, (art. 11 dto. 2153 de 1992)
- No puede ser miembro de la cámara de comercio.
- No elegir director.
- No concordato preventivo.
- En cuanto a la omisión de la matrícula, el art 37 del C. de Comercio dispone que la persona dedicada al comercio sin estar inscrita en el registro puede ser sancionada en multa de 10.000 que impondrá la Superintendencia de Industria y Comercio y que tal sanción se aplicará también cuando se omita la matrícula de un establecimiento de comercio.
- Un empresario no inscrito no es elemento integrante de la respectiva cámara de comercio (art 79 del C. de Comercio), y naturalmente no podrá intervenir en la elección de sus directivos (art 81 del C. de Comercio), ni podrá ser afiliado de la misma (art 92 del C. de Comercio), ni tendrá derecho a que se le admita a la celebración de procesos concursales; entiéndase trámite de liquidación obligatoria o reactivación y reestructuración empresarial (Ley 550 de 1999)
- Si no se registra, no registra los libros de comercio, no lleva libros de contabilidad debidamente en forma legal; quedará sujeto a los libros de su contraparte. (Art. 70 C. de Co., 271 y 288 Inc. 2 del C.P.C).
- En tratándose de sociedades; será inoponible a terceros y las reformas estatutarias no producirán efecto alguno respecto de terceros; ni los estatutos oponibles a terceros . La inoponibilidad entonces es la sanción por excelencia.

El contrato mercantil estaba regulado inicialmente por la ley 28/31, las normas del C. de Comercio han sido complementadas por la resolución 1353 de 1983 de la Superintendencia de Industria y Comercio; (Sentencia de Octubre 19/90 Concejo de estado sección 1a).

C. CONTABILIDAD.

1. GENERALIDADES :

1.1. DEFINICIÓN :

La contabilidad es un conjunto de normas que sirven de pauta al empresario para registrar las transacciones que realice y poder determinar en cualquier momento el estado de sus negocios .

En sentido amplio : es la técnica de elaborar e interpretar el sistema de constancias , escritos que se utilizan en cualquier unidad económica organizada , para producir intercambios o distribuir bienes o servicios.

En sentido restringido : consiste en registrar en forma cifrada los movimientos de bienes y valores de una empresa así como la apreciación de los resultados de la respectiva explotación.

FUNCIONES :

Cumple 2 funciones importantes:

a. Interna : Consiste en suministrar al empresario (individual o social) , informaciones relacionadas con la marcha de sus negocios.

b. Externa : Brindar información a terceros en el desenvolvimiento de todos los aspectos de la actividad organizada .

FINALIDADES :

- Relacionar y verificar los bienes que posee el empresario.
- Relacionar y verificar las deudas que afecten su patrimonio.
- Dar a conocer la situación económica– financiera del mismo en un momento dado.
- Precisar o estimar periódicamente las ganancias o pérdidas.
- Determinar los resultados del negocio cuando se liquide la empresa.

2. DEBER DE LLEVAR LA CONTABILIDAD REGULAR DE LOS NEGOCIOS.

El art 19 ordinal 3o impone a todo empresario el deber de llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales .

Abarca todas las operaciones que puedan influir en el patrimonio del empresario (art 53 C. de Comercio) , inclusive aquellos realizados a título gratuito contra patrimonio de afectación en que una persona puede dividir su patrimonio en dos autónomos .

En el cumplimiento de este deber se involucra el orden público : Pues importa además del empresario a los terceros que puedan negociar con él y porque puede influir en operaciones de crédito y al estado por cuanto le concierne la inspección de la contabilidad para tasación de impuestos directos e indirectos y evitar defraudaciones al fisco.

3. SISTEMAS DE CONTABILIDAD :

El C. de Comercio no prescribe un sistema concreto y determinado , sino que permite al empresario adoptar cualquiera de las tradicionales o modernas, siempre que el utilizado sea de reconocido valor técnico contable y conforme a las disposiciones del código y demás normas sobre la materia a saber :

a. Debe ser centralizado , vale decir ha de facilitar el conocimiento y la prueba de todos los asientos individuales y del estado general de los negocios no solo mercantiles sino de los que de alguna forma influyen en el patrimonio del empresario.

b. Ha de revelar la historia clara, completa y fidedigna de los negocios del empresario; y como tal historia debe ser escrita, obviamente se utilizan libros principales y obligatorios y libros auxiliares cuya función consiste en facilitar el cabal entendimiento de aquellos .

c. Los libros pueden ser compactos o formarse con hojas removibles o con series continuas de tarjetas . Pero para que la historia sea fidedigna , la ley prescribe pautas tendientes a asegurar la integridad material y formal de los mismos, dentro de las cuales está la de que los libros obligatorios o principales estén inscritos en el registro mercantil.

d. Para que la historia sea completa y seria se exige que las operaciones se asienten en los libros por orden cronológico, haciendo referencia a los comprobantes de contabilidad que las respalden .

Al efecto se establece que de la contabilidad forman parte todos los comprobantes de respaldo de las partidas asentadas en los libros, así como la correspondencia directamente relacionada con los negocios (art 51 C. de Co.)

e. Todos los comprobantes y asientos solo pueden redactarse en castellano.

f. Los registros contables deben asentarse conforme al procedimiento de partida doble, el cual en términos generales contiene 3 cuentas a saber:

- **Cuenta de terceros (Clientes):**

- DEBE: Anota lo que la persona debe .
- HABER : Para relacionar lo que la persona tiene .

- **Cuentas generales :**

Para los diversos elementos del patrimonio del comerciante.

- **Cuenta de ganancias y pérdidas.**

En este sistema se presupone :

- Que la transmisión de valores presupone una persona que da y otra que recibe; se personifican los diferentes elementos patrimoniales del comerciante dandoles una cuenta general distinta. Ej: Cuenta de capital, caja, mercancías, títulos a pagar, etc.
- Hay cuentas para las personas naturales o jurídicas .
- Cada operación se menciona dos veces: Cuando de una cuenta sale un valor ella será cargada frente al negocio; cuando recibe un valor, será acreditada.

4. LIBROS Y PAPELES DEL EMPRESARIO:

El art 49 del C. de Comercio: entiende para los efectos legales, que son Libros de Comercio los que determine la ley como obligatorios y los auxiliares para el completo entendimiento de aquellos.

Son obligatorios : los que debe abrir y llevar siempre el empresario .

Son facultativos todos los libros auxiliares que estime el comerciante como necesarios .

Por papeles del empresario han de entenderse los comprobantes de contabilidad que sirvan de respaldo a las partidas asentadas , los documentos que justifiquen tales comprobantes , así como la correspondencia directamente relacionada con los negocios (art 51 y 53 C. de Co.)

Libros principales y auxiliares :

Por diversas legislaciones suelen reconocer efectos probatorios a los libros principales y por eso imponen ciertas formalidades que deben ser cumplidas , so-pena de incurrir en sanciones de diferente índole ; en cambio para los auxiliares no se exigen formalidades especiales pero tampoco se les otorga el igual mérito probatorio.

• De libros obligatorios :

Como el número de los libros obligatorios y facultativos es una cuestión especialmente técnica y suceptible de variar por los medios tecnológicos utilizados, se difiere a la ley que ella los determine (art 49 C. de Comercio).

Lo importante es que forman parte de la contabilidad todos los comprobantes que sirvan de respaldo a las partidas asentadas en los libros, lo mismo que la correspondencia relacionada directamente con los negocios (art 51 C. de Comercio) y comprobante de contabilidad es el documento que debe elaborarse previamente al registro de cualquier operación y en el cual se indicará el número, fecha, origen, descripción y cuantía de la operación, así como las cuentas afectadas con el asiento (art 53 inciso 2º C. de Co.)

Entre los asientos de los libros y los comprobantes de las cuentas debe existir absoluta correspondencia, so-pena de que carezcan de eficacia probatoria en favor del empresario, obligado a llevarlos (art 59 C. de Comercio). En verdad los asientos acreditan hechos que implican modificaciones patrimoniales pero solo si son demostrables.

A la iniciación de las actividades mercantiles y por lo menos una vez al año el empresario esta obligado a elaborar un inventario y balance general que permitan conocer claramente su situación patrimonial, (art 52 C. de Comercio).

El inventario : es una relación detallada por cuentas , cantidades , objetos y valores de lo que tiene y debe el empresario . El inicial sirve de base a la apertura de la contabilidad.

El balance : Exhibe el activo y el pasivo y el capital contable o patrimonio de un empresario en una fecha determinada.

Libro comercial : Es también el que se impone a ciertos empresarios, verbo y gracia ,Libro de Registro de Acciones para las Sociedades Anónimas, de asambleas, actos de Juntas Directivas y registro de socios a la responsabilidad Ltda.

INTEGRIDAD FORMAL Y MATERIAL DE LOS LIBROS DE COMERCIO : (art 39 C. de Co.)

• Forma como se registran los libros de comercio en la cámara de comercio :

– Antes de utilizarse el libro debe llevarse a la cámara de comercio del domicilio para que el Secretario General, rubrique todas sus hojas y suscriba en la primera página una constancia de haber sido registrado con

indicación de la fecha y folio a que corresponde el registro, de la persona a quien pertenezca; uso al que se destinará y número de hojas útiles. La finalidad de ese registro es la autenticidad de los libros.

El art 57 prohíbe :

- Alterar los asientos , el orden o las fechas de las operaciones .
- Dejar espacios que faciliten intercalaciones o adiciones de los agentes .
- Hacer inter-lineados , raspaduras o correcciones en los asientos .
- Borrar o tachar en todo o en parte los asientos .
- Arrancar hojas o alterar el orden de las mismas.

Los errores se salvan mediante nuevos asientos .

5. RESERVA Y EXHIBICION DE LOS LIBROS DE COMERCIO:

a. La Constitución Política art 15, indica que los papeles privados no pueden ser registrados sino por autoridad competente y en los casos y forma que establezca la ley con el único objeto de buscar pruebas judiciales y para tasación de impuestos, en casos de intervención del estado podrá exigir la presentación de libros de contabilidad y demás papeles anexos.

Los arts 61 a 67 desarrollan la garantía constitucional.

La regla general es la reserva por que se vinculan a su crédito, patrimonio y los intangibles como los secretos industriales o procedimientos comerciales protegidos por la ley, salvo las excepciones que guardan el interés general.

Están autorizados para revisarlos: Sociedades; quienes vigilan a las sociedades en auditoria, superintendencia; el jefe de contabilidad y el tenedor de los libros.

. El art 63 del C. de Comercio enuncia cuatro casos en los cuales puede ordenarse la presentación o examen de libros de comercio y papeles:

- Para efectos de verificar la exactitud de las declaraciones de renta y patrimonio, impuesto a las ventas, retentivo y en general en aspectos de impuestos .
- Por la superintendencia bancaria en desarrollo de la función constitucional de vigilancia y control a las entidades financieras.
- Investigación de delitos por la fiscalía, jueces, conforme a las reglas del Código de Procedimiento Penal.
- En procesos civiles conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil.

Exhibición de libros y papeles :

Se entiende el examen practicado por la autoridad judicial en las oficinas del establecimiento del empresario en presencia de este o de la persona que lo represente .

– ***Exhibición General*** : consiste en que toda la información puede ser examinada y compulsada con miras a determinar la situación patrimonial: Debe ser decretada por tribunales, jueces en las siguientes situaciones :

a. Para establecer todos los hechos objeto de investigación en proceso de liquidación obligatoria.

- b. En procesos de sucesión.
- c. En proceso de venta de los comunes.
- d. En proceso de liquidación de sociedades mercantiles.

La exhibición general es llamada por la doctrina "Comunicación" y se define como la entrega de libros para su reconocimiento total. Se distingue de la exhibición parcial por cuanto esta se circunscribe a los libros y papeles que se relacionen con la respectiva controversia, para extraer las partidas que hacen referencia a ella y puede ser ordenada en toda clase de litigios judiciales pero no de oficio, sino a petición de parte; sirve también para preconstituir prueba y requiere que el peticionario demuestre la calidad de comerciante de parte de quien haya de exhibir los libros (atr 65 C. de Comercio)

El funcionario que preside la diligencia debe hacer constar en el acta :

- Los hechos y asientos verificados .
- El estado general de la contabilidad y los libros para verificar se llevan de acuerdo a la ley y pueden ser tenidos en cuenta con el valor probatorio que esta les asigna (forma).
- Art 67 C. De Comercio prevé: que si el empresario oculta o no presenta algun libro, impide su examen, se presumen probados en su contra los hechos que el peticionario se proponía demostrar, si ellos son susceptibles de prueba de confesión.

6. EFICACIA PROBATORIA DE LOS LIBROS Y PAPELES DE COMERCIO :

Es una prueba especial del derecho comercial; ha sido regulada en áreas de la seguridad y publicidad del ejercicio del comercio y el interés de las actividades económicas de índole mercantil . Se asemeja a las pruebas documental y confesión.

- En materia civil, aún entre comerciantes dichos libros y papeles solo tendrán valor contra su propietario, en lo que en ellos conste de manera clara y completa; siempre que su contraparte no los rechace en lo que le sea desfavorable. (Art. 68 Inc. 2º C. de Co.)
- La Corte Suprema de Justicia casación de julio 23 de 1936 Gaceta Judicial , Tomo XLIII pag, 778 y siguientes dice :
- La ley admite pruebas especiales en asuntos mercantiles, por altas razones: como la de atender a la costumbre o sistemas universales que consultan las necesidades del comercio como la de sancionar con ineficacia probatoria los libros mal llevados; como la de reconocer que el comerciante conoce la verdad de lo atestiguado por él y tiene interés en evitar su propio engaño; como la de compensar con fe y crédito la diligencia de quien lleva sus libros regularmente, etc.

El valor probatorio de los libros no es siempre absoluto; algunas veces son plena prueba, otras depende de su condicionamiento; otras le favorecen al empresario o lo desfavorecen. Además en las controversias puramente civiles, su valor es relativo: (*C. de Comercio arts 68 a 74*).

- a.** Hacen fe contra el empresario que los lleva: cuando el empresario pretende presentar una situación aparente por cuanto nadie puede invocar a su favor su propio dolo.
- b.** Son plena prueba en controversias mercantiles: cuando son llevados de conformidad con la ley (inciso 1 art 68) cuando comerciantes debaten entre sí cuestiones mercantiles judicial o extrajudicialmente (art 70 C. de

Comercio).

El art 70 trae reglas para medir su valor probatorio :

1. Si los libros de ambas partes están ajustados a las prescripciones legales y concuerdan entre sí ; se decidirá conforme al contenido de sus asientos.
2. Si los libros de ambas partes se ajustan a la ley pero sus asientos no concuerdan , se decidirá que ellos constituyen una confesión .
3. Si los libros de una parte no se ajustan a la ley se decidirá a los de la contraparte que los lleve debidamente si la primera no aduce plena prueba que distinga o desvirtúe el contenido de tales libros .
4. Si los libros de ambas partes no se ajustan a las prescripciones legales , se prescindirá totalmente de ellos y solo se tomarán en cuenta las demás pruebas .
5. Si una lleva libros ajustados a la ley y la otra no lleva contabilidad o no la presenta se decidirá a los de aquella sin admitir prueba en contrario .

Para aplicar estas reglas se requiere :

- . Que ambas partes sean comerciantes .
- . Que se debatan cuestiones mercantiles .
- . Que los libros esten registrados y llevados

de acuerdo a la ley .

- . Que no sean desvirtuados con pruebas tales como la documental y la confesión .

c. En controversias entre comerciante y no comerciante : la eficacia probatoria de los libros es restringida , valen como principio de prueba por escrito a favor del empresario y este debe completarlo con otros medios probatorios reconocidos en la ley (art 69 C. de Comercio) . Ello por que no se puede poner al no comerciante en condiciones de inferioridad .

d. En controversias civiles (aún entre comerciantes) : los libros y papeles solo tienen valor versus su propietario, siempre que su contraparte no los rechace en cuanto le sea desfavorable (inciso 2o art 68 C. de Comercio), pero se requiere, para que tengan ese valor restringido, que su contenido sea claro y completo.

e. Las enunciaciones de un libro de comercio, constituyen especies de confesiones escritas del empresario cuyo alcance probatorio es independiente de la profesión de la contraparte (art 71 a 73 C. de Comercio) .

Art 71 C. de Comercio : Si una parte ofrece estar a lo que conste en los libros y papeles de la otra, se decidirá conforme a ellos; pero si el comerciante a cuyos libros se defiende la decisión del caso no los lleva, los oculta o los lleva irregularmente, se decidirá conforme a las reglas de los arts 68 a 70.

El art 72 C. de Comercio concluye : En consecuencia , la parte que acepte en lo favorable los libros de su adversario , estará obligada a pasar por todas las renunciaciones perjudiciales que ellos contengan, si se ajustan a las prescripciones sociales y no se comprueba fraude".

- f. La doble contabilidad (art 74), es sancionada en el sentido de que los libros y papeles solo pueden tener

valor probatorios en contra de quien lleva doble contabilidad, pero ello constituye falsedad en documento privado.

7. SANCIONES EN RELACION CON LIBROS DE CONTABILIDAD .

Si no se llevan o se llevan indebidamente tiene las siguientes sanciones :

- La Superintendencia de Sociedades puede imponer sanciones o multas, sucesivas o no, hasta de doscientos salarios mínimos legales mensuales. (*Art. 86 Nral. 3º, Ley 222 de 1995*)
- Cuando el empresario infrinja cualquiera de las prohibiciones del art 57 C. de Comercio, el responsable puede ser sancionado pecuniariamente por la cámara de comercio respectiva si no está sometido a vigilancia de otro establecimiento de comercio. Sino es posible determinar con claridad el verdadero responsable, se sanciona solidariamente al empresario, contador y al revisor fiscal (art 58 C. de Comercio), sin perjuicio de los principales que puedan corresponder a los responsables y los libros carecen de todo valor legal como prueba en favor del empresario que los lleve .
- Si no lleva libros de contabilidad y suspende pagos , no puede ser admitido a concordato , sino que debe acudir al juez para la liquidación obligatoria.
- Es juzgado por los libros que lleve su contendor, sin que se admita prueba en contrario.

D. CONSERVACION DE LA CORRESPONDENCIA Y DEMAS DOCUMENTOS RELACIONADOS CON LOS NEGOCIOS . (Art 19 C.de Comercio) .

El art 54 se refiere concretamente a la conservación de la correspondencia; y el art 55 exige que se ordenen y archiven los comprobantes de los asientos de los libros de contabilidad, con miras a facilitar su verificación en cualquier momento. Se trata de que los libros suministren una historia materialmente verdadera de los negocios del comerciante, para que los registros o asientos correspondan a los hechos .

Según el art 59 del C. de Comercio los libros sin los comprobantes que los respalden carecen de eficacia probatoria en favor del empresario obligado a llevarlos .

De otra parte el art 60 del C. de Comercio dispone que los libros y papeles han de conservarse, cuando menos por diez años, contados desde el cierre de aquellos o la fecha del último asiento, comprobante o documento. (El término de 10 años obedece al art 2536 del C.Civil, según el cual transcurridos ellos, la acción ejecutada se torna en ordenanza) .

La Superintendencia de Sociedades en oficio DA /15448 del 18 de Noviembre de 1971 conceptuó : Estima la Superintendencia que el art 60 del nuevo C. de Comercio, solo tendría aplicación en aquellos casos en que el comerciante no utilice en la conservación de sus archivos ninguno de los sistemas técnicos que autorice la ley y los reglamentos; no debe guardar los originales por 10 años, sino que por tales medios, se guarde memoria fidedigna de sus libros .

El art 48 del C. de Comercio: alude a normas especiales que autoricen el uso de sistemas como la microfilmación, facilita la guarda de sus archivos y correspondencia, verbo y gracia microfilmación, procedimiento aceptado desde 1950 tanto para el sector público y privado, por el Dto 2527/50, Dto 3354/54 el artículo único sustituyó el 2º del 2527/50, dispuso que la reproducción debe ser completa y fiel, prohibiendo tachaduras, etc, y facultó el procedimiento para instituciones de crédito y demás entidades sometidas a la vigilancia del estado.

E. DENUNCIAR ANTE EL JUEZ , LA CESACION EN EL PAGO CORRIENTE DE

OBLIGACIONES MERCANTILES .

Para quien no es empresario la ley civil contempla el estado de insolvencia , osea la situación que afronta una persona cuyo activo patrimonial es inferior a su pasivo y que , por ser un estado de hecho no requiere declaración judicial .

Para el empresario la ley alude al estado de LIQUIDACIÓN, que no es una simple situación de hecho, sino un estado jurídico, cuyos elementos configurados son :

- Hoy en virtud de la Ley 222 de 1.995 es viable que se llegue al proceso Concursal Concordatario sin que se haya cesado el pago corriente de obligaciones, siempre que la futura situación financiera o económica de la sociedad permita prever que ella no podrá continuar con su actividad. En todo caso la cesación en el pago corriente de obligaciones mercantiles, continua siendo una causal para la iniciación de la Liquidación. .
- En caso de Cesación de pagos quien cese en los pagos debe ser comerciante.
- Haber fracasado un acuerdo concordatario o haber incumplido el acuerdo al que se hubiese llegado dentro del Proceso Concursal Concordatario.

4.- Declaración de la Superintendencia de sociedades si se trata de personas jurídicas o, declaración judicial si se trata de personas naturales.

Por lo indicado anteriormente, hoy en estricto sentido, la denuncia de la cesación de pagos dejó de ser una obligación del comerciante.

F. ABSTENCION DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL.

Consecuencia directa de la Revolución Francesa en cuanto se requiera establecer vias concretas para el ejercicio de la libertad de industria y comercio .

1. Noción :

a. Competencia : rivalidad en actividades idénticas o similares de empresarios que luchaban por conquistar una igual clientela .

b. La deslealtad : que los competidores apelarán a actos reñidos con la buena fe comercial.

Hoy en día el concepto ha cambiado, aunque continua el nombre, ello por la evolución y complejidad de las actuales relaciones de la empresa, la cual revierte en formas diferentes de competencia desleal que deben analizarse caso por caso.

La Ley 31 de 1925 art 65 circunscribía la competencia desleal a los actos de mala fe tendientes a producir confusión entre dos o más artículos de distintos comerciantes o a desacreditar un establecimiento rival.

Según estos preceptos la mala fe era el elemento estructural para determinar la competencia desleal, entendiendo por buena fe comercial como la convicción de honestidad, honradez y lealtad en la concertación y cumplimiento de los negocios, la cual se presume.

Según lo anterior, quedaban exceptos de competencia desleal todos los actos realizados por error e ignorancia, sin animus noscendi, en virtud de la presunción que obra a favor de una conducta diligente y honesta .

El art 768 C. Civil dispone que un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe; la mala fe debe probarse .

COMPETENCIA DESLEAL (Ley 256 de 1996):

1. EVOLUCIÓN

1.1 LA COMPETENCIA DESLEAL EN LA HISTORIA DEL COMERCIO

Si bien la competencia desleal como fenómeno jurídico encuentra sus primeras manifestaciones en el siglo XIX, para comprender su evolución resulta conveniente repasar algunos sucesos económicos que empezaron a desarrollarse cuando el ser humano comenzó a interrelacionarse con sus semejantes.

1.1.1 El Trueque. El hombre ideó un sistema en el que sus excedentes eran intercambiados con el producto que le sobraba a otro miembro de la comunidad de manera que cada persona conseguía una mayor cantidad de productos que aquellos que habría obtenido si él mismo se hubiera dedicado a los varios oficios. Fue así como se instituyó el trueque como el primer sistema que permitió el intercambio de bienes entre diversos productores y consumidores, constituyéndose en el primitivo antecedente de lo que posteriormente pasó a conocerse con el nombre de mercado.

1.1.2 La Moneda. Una de las etapas más importantes en la evolución del comercio se produjo cuando el hombre entendió que aquel a quien le podía ofrecer aquello que necesitaba, no contaba con el producto que él requería y que así lo tuviera, el trueque podría resultar desproporcionado. Fue así como surgió la necesidad de establecer unidades de medida y cambio, las cuales en un principio se basaron en cabezas de ganado y sal. No obstante que el ganado y la sal solucionaron algunos problemas, aún eran insuficientes para facilitar el dinamismo y la agilidad que requería el comercio. Surgen así la plata y el oro como unidades ideales de cambio, pues reunían las características de ser bienes fácilmente manejables, transportables y aceptados por la generalidad de los oferentes.

1.1.3 Roma y el Feudalismo. Con la caída del Imperio romano sobrevino un retroceso en el comercio. El sistema feudal, que ocasionó que los siervos se agruparan en torno al señor feudal en busca de protección, generó que la actividad económica se limitara a la agricultura de supervivencia, lo que originó que la actividad mercantil se disminuyera a un punto y que la evolución económica se viera ostensiblemente disminuida.

1.1.4 El renacimiento de las ciudades y las corporaciones de mercaderes. Solamente con el renacimiento de las ciudades en torno a los castillos surge nuevamente el comercio favorecido por las nuevas técnicas de fabricación y de transporte. Sin embargo, esta nueva etapa de la sociedad y del comercio en particular, se caracteriza por la formación de agrupaciones de profesionales.

Los mercaderes poco a poco se fueron agrupando en ligas o corporaciones, las cuales fueron adquiriendo poder, pues cumplían funciones de organización de la actividad, representación de los miembros, dictaban sus propios estatutos y resolvían los conflictos que se presentaban entre sus asociados y entre éstos y sus aprendices. Surge así el cónsul a quien en un primer momento se encargó de ejercer funciones administrativas y disciplinarias dentro de la corporación y posteriormente fue investido de facultades jurisdiccionales que se extendieron a las relaciones que tenían los miembros de la corporación con personas que no pertenecían a ellas.

Es importante resaltar como el derecho comercial tiene su principal origen en las costumbres y no en el derecho escrito, toda vez que éste era poco adaptable a las necesidades que se imponían y en muchos casos opuesto a los principios e intereses que involucraba el comercio. El derecho romano, ya en decadencia, se basaba en estructuras formales y rígidas que entorpecían la agilidad del comercio, el incipiente derecho germánico resultaba exageradamente bárbaro, pues contenía instituciones tales como la prueba del agua y fuego, el duelo judicial o el juicio de Dios, y finalmente, el derecho canónico, se oponía al comercio con figuras tales como la condena al préstamo de dinero con intereses.

Este resurgimiento de los mercaderes trajo consigo un auge en el comercio marítimo y terrestre. Los puertos se convirtieron en puntos importantes de desarrollo económico y riqueza, en los que el comercio se fortalecía mediante el intercambio de productos provenientes de otras ciudades. Fue así como Las Cruzadas tuvieron un efecto en el comercio, toda vez que permitieron conocer productos provenientes de lugares remotos, fomentando el intercambio y abriendo nuevos horizontes.

Por su parte el comercio terrestre encontró su desarrollo en los mercados locales y en la celebración de grandes ferias, que reunían en fechas previamente fijadas a los mercaderes de las diversas regiones. Es precisamente en las ferias donde se da lugar a la práctica del cambio y al comercio del dinero, dando surgimiento a los bancos y a las letras de cambio.

En consecuencia, la reglamentación de la actividad mercantil se basó en las costumbres que imponía la práctica del comercio, y tuvo un soporte importante en el surgimiento de corporaciones que agrupaban comerciantes, dictaban sus propios estatutos, representaban y defendían los intereses de sus miembros, dirimían los conflictos que se suscitaban a raíz del comercio y recopilaban las costumbres que reglaban la actividad y la profesión de los comerciantes. De esta forma la actividad mercantil se limitaba a unas cuantas personas que ejercían la profesión de comerciantes, por haber sido admitidas por una corporación.

1.1.5 La producción en masa y la Revolución Francesa. La Revolución Francesa con sus principios de libertad, igualdad y fraternidad, dio por terminado el subjetivismo del derecho comercial, abriendo paso a una concepción objetiva en la que las libertades de iniciativa privada y de empresa se constituyeron en el pedestal sobre el cual se estructuró un nuevo orden económico.

La propiedad privada fue calificada de inviolable y sagrada por el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, sin hacer distinción alguna en relación con el destino de los bienes, pues se protegió tanto la propiedad de los bienes de consumo y uso, como los de producción.

Adicionalmente, con base en las ideas liberales se reaccionó contra el sistema corporativista que imperaba, facultándose a todos los individuos para ejercer el comercio, constituir empresas y organizarlas en la forma que consideraran. Como corolario de lo anterior, se estableció la libertad de competencia en la que el mercado se regulaba a través de las leyes de la oferta y la demanda. En consecuencia el papel del Estado se cumplía bajo la premisa de *laissez-faire, laissez-passer*.

Paralelamente a este proceso político, en Inglaterra se venía gestando la Revolución Industrial en la que la producción artesanal se vio obligada a ceder ante la gran producción industrial en masa fruto de las nuevas máquinas y del progreso en el transporte.

Estas nuevas realidades que aparecieron en el contexto socioeconómico, generaron que las libertades implantadas y el progreso tecnológico diera importancia al derecho que tenían todas las personas para competir dentro de un mercado, privilegio que bajo el antiguo régimen subjetivista estaba limitado a unos cuantos.

1.1.6 El Estado Intervencionista. La absoluta libertad de comercio y de competencia que era el ideal de la Revolución Francesa, poco a poco fue perdiendo terreno frente a una realidad que demostraba que la libertad absoluta era una utopía que engendraba su propia destrucción. En consecuencia, fue necesario reglamentar dicha libertad para evitar que se constituyeran monopolios y desviaciones de la competencia, con las repercusiones negativas que tales desviaciones traían al bienestar de la comunidad.

Fue así como las tendencias se dividieron en dos grupos: uno que concentraba la propiedad de los medios de producción en cabeza del Estado, en procura del bienestar de proletariado, y otro que utilizaba la potestad del Estado para intervenir en la economía dirigiéndose, para así conseguir el bien común.

La primera posición, seguida por los países comunistas, eliminó las posibilidades de competencia, toda vez que no se presentaba la posibilidad de competir, pues solo existía un proveedor de bienes y servicios.

Por su parte el neoliberalismo propició la intervención en la economía en procura de una competencia real, leal y sana que consiguiera el bienestar de toda la sociedad. Es así como se reglamentó el derecho a la libre competencia prohibiendo algunas conductas que entorpecen el desenvolvimiento natural del mercado y tienden a restringir la competencia, estableciendo límites mediante la creación de algunos monopolios estatales, requiriendo autorizaciones para el ejercicio de ciertas actividades, y reprimiendo conductas constitutivas de competencia desleal.

2. BASES CONSTITUCIONALES

Tradicionalmente la competencia desleal ha sido considerada una institución jurídica que busca proteger los derechos a la libertad de empresa e iniciativa privada y a la libertad de competencia económica. En tal sentido, la competencia desleal encuentra sus bases constitucionales en el artículo 333 de la Constitución Política que dispone lo siguiente:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base de desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

La competencia desleal es un desarrollo normativo que procura que la libertad de competencia que surge como consecuencia de ejercicio de la libertad de empresa, sea desarrollada dentro de ciertos límites que beneficien no sólo al empresario, sino a toda la comunidad y que tal ejercicio sea realizado en forma responsable, sin afectar en forma indebida a otros participantes en el mercado.

Al respecto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente:

Las responsabilidades a que la Constitución condiciona la libre competencia, suponen en la práctica una serie de limitaciones a su ejercicio, que no se pueden desconocer porque de hecho se entra en el terreno de lo indebido, del abuso del derecho a competir, o si se prefiere, en el campo de la competencia desleal. En este ámbito, se desplaza la lealtad por las maniobras deshonestas, el libre juego entre los competidores por las prácticas de mala fe, todo ello reñido, como es obvio, con la rectitud comercial.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en considerar la competencia desleal como una forma de infracción al derecho a la libre competencia económica y a la libertad de empresa en los siguientes términos:

Como es suficientemente conocido, el artículo 333 de la Carta Política de 1991, garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada, con sujeción a la ley, libertades éstas que han de ejercerse dando cabal operancia en la realidad a la función social que ha de cumplir la propiedad y, teniendo en cuenta que, en todo caso, la dirección general de la economía compete al Estado, el cual podrá intervenir, por mandato de la ley

para los fines establecidos por el artículo 334 de la Constitución vigente, y antes, para los efectos señalados por el artículo 32 de la Carta Política precedente.

Dentro de ese marco constitucional, ha sido preocupación permanente de la Legislación Nacional regular la libre concurrencia en el mercado, de tal suerte que se sancione la competencia desleal, precisamente para hacer efectiva aquella libertad (...)

El Código de Comercio, expedido por el Decreto-Ley 410 de 1971, cuya vigencia se inició el 1º de enero de 1972, consagró el Título V de su Libro Primero (arts. 75 a 77) a regular lo atinente a la competencia desleal, normas éstas que fueron declaradas exequibles por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 10 de julio de 1986, en la cual se expresó que consideraba objetivamente, la competencia debe significar una mercado con base en un principio según el cual logrará en mayor grado esa conquista el competidor que alcance la mejor combinación de los distintos elementos que puedan influir en la decisión de la clientela, sentencia en la cual se agregó a renglón seguido que: Así concebida la competencia, encaja perfectamente dentro del esquema de la libertad de empresa (art. 32 C.N.) y por tanto, la posibilidad de competir por la clientela se convierte en un verdadero derecho para el empresario garantizando en las disposiciones constitucionales (G.J. CLXXXVII, 1986, segundo semestre, pgs. 15 y 24 a 25.

Pese a que como se observa en los fallos arriba citados, las Altas Cortes han considerado de tiempo atrás que la competencia desleal es una institución jurídica que pretende proteger la libertad de empresa y la libertad de competencia, llama la atención que la misma Corte Constitucional al decidir acerca de la exequibilidad del artículo 19 de la Ley 256 de 1996, determinará que con excepción del mencionado artículo, los demás casos de competencia desleal que trae la ley no constituyen un desarrollo de la libertad de empresa.

3. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO POR

LA COMPETENCIA DESLEAL

La competencia desleal ha sido instituida como una herramienta que busca reprimir y sancionar aquellas actuaciones que se realizan en el mercado y que en una u otra forma son susceptibles de desviar en forma indebida la clientela de un competidor, afectando sus probabilidades de ganancia.

La competencia desleal reprime y sanciona actos humanos que se traducen en mecanismos que son susceptibles de desviar una clientela y que son calificados como desleales por la ley. Debido a que la competencia desleal se ocupa de actos y no de hechos, su objeto de protección no es la competencia en sí misma considerada, pues ésta no constituye un acto, sino un hecho económico que se presenta en el mercado.

Por lo anterior, la competencia desleal vigila los mecanismos materiales empleados para competir, independiente de que éstos se traduzcan o no en la celebración de negocios o contratos, como consecuencia de las actuaciones desleales. Esto se explica en razón a que la competencia desleal se preocupa por la idoneidad de la conducta para producir un efecto desleal, independientemente del éxito que la misma tenga.

En igual sentido, el derecho a la competencia desleal no equivale a un derecho sobre la clientela, la cual dicho sea de paso, no es un bien susceptible de apropiación, sino que protege la probabilidad de ganancia de aquellas personas que pueden llegar a ser perjudicadas por medios desleales que otros han dirigido contra ellos.

Finalmente, la competencia desleal sólo sanciona la desviación de la clientela en la medida que ésta sea consecuencia de la utilización de medios desleales, pues cuando los mecanismos utilizados para competir son legítimos así se desvíe la clientela, se afecte la probabilidad de ganancia de un competidor o se cause un perjuicio a éste como consecuencia de la disminución de sus ingresos, dichos efectos serán legítimos, pues no habrá mediado ningún acto que pueda ser calificado de desleal en su causación.

El objeto de tutela de la competencia desleal es la lealtad en los medios empleados para competir, la cual se afecta cuando en el mercado se presentan actuaciones indebidas o contrarias a la buena fe comercial, las costumbres mercantiles o los usos honestos en el comercio, que generan la probabilidad de causar perjuicios a los participantes en el mercado.

4. EL OBJETO DE LA LEY

El artículo 1º de la competencia desleal determina el objeto de la misma, estableciendo varios elementos que es importante resaltar:

1. La competencia desleal es una norma que se aplica sin perjuicio de otras formas de protección.

La afirmación que trae el artículo 1º, según la cual la competencia desleal es una norma que se aplica sin perjuicio de otras formas de protección resulta oportuna. Con este principio la competencia desleal evita conflictos de jurisdicción y competencia que se han presentado en el pasado, cuando en determinados casos una conducta encuadra bajo varios ordenamientos distintos.

En consecuencia una misma conducta puede ser conocida, analizada o sancionada por diferentes autoridades, como serían la Jurisdicción Ordinaria o el Órgano Ejecutivo representado por la Superintendencia de Industria y Comercio dependiendo de si la conducta es atacada por ser constitutiva de competencia desleal, o por ser una práctica restrictiva de la competencia.

Otra circunstancia en la que toma importancia la precisión anterior, tiene que ver con la propiedad industrial. Son frecuentes los casos en los que mediante la utilización de marcas o nombres comerciales ajenos, se crea confusión en el mercado. Esta actuación, que al mismo tiempo constituye una infracción marcaria y un acto de competencia desleal, ha presentado problemas de competencia desleal judiciales. Algunos doctrinantes consideraban que cuando se presentaba alguno de estos conflictos, éstos debían resolverse con base en el derecho marcario, toda vez que la competencia desleal constituía un derecho subsidiario.

2. La competencia desleal y el artículo 10 Bis del Convenio de París.

Constantemente la competencia desleal hace mención expresa al artículo 10 Bis del Convenio de París. Como se manifestó, la cláusula general de competencia desleal que trae el citado convenio es típica del modelo profesional, por lo cual ante la coexistencia en una misma norma de los modelos, surge la necesidad de armonizarlos en forma que mejor se adapte a la intención de la ley.

En tal sentido se debe tomar del modelo social la coexistencia de los intereses del Estado, los consumidores y los competidores, y del modelo profesional el parámetro de valoración con base en los criterios profesionales que éste adopta.

A contrario sensu, se debe rechazar del modelo social la valoración de la conducta desleal con base en la buena fe simple y no corporativa, y del modelo profesional la concepción de ser una institución de derecho privado en cabeza exclusiva del comerciante que sea competidor y que haya resultado perjudicado, posición con la cual se exigiría que las partes fueran comerciantes y que sostuvieran una relación de competencia.

4.1 EL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN Y LOS FINES CONCURRENCIALES

En la exposición de motivos inicial de la ley se decía que para que un acto sea constitutivo de competencia desleal, sólo debe cumplir con el requisito de que la conducta desleal sea realizada en el mercado y que envuelva fines concurrenciales, los cuales se presumen cuando por las circunstancias en que se realiza el acto, éste se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.

4.1.1 Que el acto se realice en el mercado. Esta característica que se exige al acto desleal, debe ser armonizado con el artículo 4º de la competencia desleal que establece el principio de los efectos. Como se verá según el principio de los efectos lo importante no es el lugar geográfico donde se realiza la conducta, sino el lugar donde se verifican los efectos de la misma, que para el caso de la competencia desleal deben ser en el mercado colombiano.

En consecuencia, para que una conducta sea constitutiva de competencia desleal, ésta debe ser realizada en el mercado, bien sea nacional o extranjero pero sus efectos principales deben tener lugar o estar llamados a tenerlo en el mercado colombiano.

4.1.2 Los fines concurrenciales. El segundo elemento que el artículo 2º exige para que la conducta pueda ser calificada como desleal, se refiere a la finalidad concurrencial que debe envolver la práctica.

Según el inciso final del artículo 2º, se presume que una conducta tiene fines concurrenciales, cuando por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idónea para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien la realiza o de un tercero.

Cuatro puntos resultan importantes destacar del inciso final del artículo 2º:

La valoración del acto es objetiva. En consecuencia, para determinar si una actuación envuelve fines concurrenciales, no se debe indagar por la intencionalidad de quien realiza el comportamiento (valoración subjetiva), sino basta con establecer que dicha conducta sea apta para conseguir el mantenimiento o incremento de la participación en el mercado de quien la realiza o de un tercero, para que así la ley presuma que tiene fines concurrenciales.

El acto que se realiza puede ser en beneficio propio, o en beneficio de un tercero. Esta nueva concepción de la competencia desleal genera una gran amplitud en la acción y obliga a los participantes en el mercado a ser supremamente cuidadosos, toda vez que teniendo en cuenta que una conducta puede ser sancionada por tener un efecto contrario a la norma, independientemente de la intencionalidad del actor, sus actos pueden violar la ley en beneficio de terceros sin que el infractor lo haya siquiera querido.

El inciso final del artículo 2º contiene una presunción legal, que si bien es desvirtuable, obliga a que quien realice o vaya a realizar la competencia desleal, demuestre que su actuación, a pesar de ser objetivamente idónea para mantener o incrementar la participación en el mercado del actor o de un tercero, no tiene fines concurrentes.

Finalmente, dado que la norma comentada contiene una presunción no una definición, es necesario determinar el significado de la noción de fines concurrentes.

Aun cuando algunos autores consideran que los términos competencia y concurrencia son sinónimos, y que coincido en que en ciertos casos se puede entender que tienen un mismo significado, considero que para la competencia desleal los dos vocablos tienen un significado diverso. La palabra concurrencia se utiliza en la competencia desleal para significar la posibilidad de participar o intervenir en el mercado mientras que la noción de competencia envuelve una disputa por algo, en este caso la clientela o el favor de los compradores. Lo anterior se evidencia en el artículo 3º que dispone que la aplicación de la ley no puede supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el pasivo de la conducta.

4.2 EL AMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

Como se expuso, una de las principales causas por las que se justificó la expedición de la Ley 256 de 1996, radicaba en que la competencia desleal era una institución que se aplicaba solamente a los comerciantes.

En este punto la competencia desleal presentó un avance importante en relación con los artículos 75 a 77 del Código de Comercio, al aclarar que existe competencia desleal independientemente que los sujetos sean o no comerciantes.

Sin embargo la competencia desleal siguiendo el modelo social fue más allá. Dispuso que la aplicación de la competencia desleal no puede supeditarse a que entre quien incurre en un acto de competencia desleal y la víctima del mismo, exista una relación de competencia, es decir, una disputa real por una clientela o potencial.

Esta previsión innovadora en nuestro medio se complementa con los artículos 20 y 21 de la ley, los cuales legitiman a cualquier persona que sea afectado o que pudiera llegar a ser afectada por un acto de competencia desleal para demandar al infractor. Es de anotar que dentro de los legitimados se incluye a las asociaciones o corporaciones de profesionales, las asociaciones de protección a los consumidores y la Procuraduría General en nombre de la Nación para que inicien acciones de competencia desleal.

4.3 ÁMBITO TERRITORIAL DE APLICACIÓN

El artículo 4° de la competencia desleal se ocupa de la aplicación de la ley en el espacio. Resulta interesante observar como la ley sanciona los actos de competencia desleal siguiendo el criterio de los efectos del acto y no el del lugar de su realización. Este aspecto concuerda con el desarrollo del comercio internacional en el que las mercancías viajan de un lugar a otro y la ampliación de los mercados se hace cada día más necesaria. De esta manera, el acto desleal de un competidor puede ser acusado y sancionado en el país por ser constitutivo de competencia desleal, independientemente que el sujeto activo de la conducta haya originado su acto en el país o tenga su domicilio en el extranjero.

4.4 LAS PRESTACIONES MERCANTILES

El artículo 5° de la competencia desleal se compone de dos partes: primero cita unos ejemplos, y posteriormente da una definición de prestaciones mercantiles.

En orden inverso al que aparecen en la norma, las prestaciones mercantiles son definidas como la actividad concreta y efectiva para el cumplimiento de un deber jurídico, mientras que los actos y operaciones de los participantes en el mercado, relacionados con la entrega de bienes y mercancías, la prestación de servicios o el cumplimiento de hechos positivos o negativos, susceptibles de apreciación pecuniaria, son ejemplos de hechos que pueden consistir en prestaciones mercantiles.

4.5 PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN

El artículo 6° de la competencia desleal establece como criterio de interpretación que la libertad económica y de iniciativa privada deben enmarcarse dentro del bien común. Lo anterior significa que la garantía que tienen todas las personas de acceder a la posibilidad de establecer unidades de explotación económica, está supeditada al progreso de la colectividad y debe consultar las necesidades del conglomerado sin causarle daño.

Para lograr tal fin se debe entender que las normas de competencia económica ya no buscan únicamente proteger al competidor, sino que la ley coloca la transparencia del mercado como su principal objetivo, en beneficio de todos los que en él participan, creando una igualdad de prioridades entre los intereses de los oferentes, de los consumidores y del Estado en el desenvolvimiento del mercado.

5. CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE COMPETENCIA DESLEAL

5.1 CLAÚSULA GENERAL DE COMPETENCIA DESLEAL

La Ley de competencia desleal estableció una cláusula de competencia desleal en los siguientes términos:

Artículo 7º.- Prohibición General: Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones, el principio de la buena fe comercial

En concordancia con lo establecido por el numeral 2º del artículo 10 bis del Convenio de París aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.

El artículo 7º contiene la cláusula general de competencia desleal, la cual como se ha dicho, regula todos aquellos casos que no fueron específicamente previstos por el legislador.

Analizando el artículo 7º de competencia desleal se llega a las siguientes conclusiones:

5.1.1 La buena fe comercial. El artículo 7º de la competencia desleal menciona en dos ocasiones la buena fe comercial en el inciso primero al establecer que los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial, y en el inciso segundo al concebir como una de las causales de competencia desleal la realización de actos o hechos en el mercado con fines concurrenciales que resulten contrarios a la buena fe comercial.

Tal y como se emplea en la ley, la buena fe constitutiva de competencia desleal es calificada con el adjetivo comercial, por lo cual no se trata de una buena fe común, sino que está referida a la buena fe que impera entre los comerciantes. En consecuencia, el criterio corporativo toma importancia, pues el juicio de valor debe revelar con certeza que la conducta es contraria a esta particular especie de buena fe.

5.1.2 Las sanas costumbres mercantiles. Tal y como lo prevé el artículo 3º del Código de Comercio, las costumbres mercantiles son una fuente formal del derecho comercial que viene a llenar los vacíos que la ley presenta. En tal sentido, para que una práctica sea considerada como costumbre mercantil, debe ser publica, uniforme, reiterada y tenida como obligatoria por los miembros de la comunidad. Al ser la costumbre una fuente subsidiaria de derecho, ésta no puede en ningún caso contraria la ley.

El artículo 75 del Código de Comercio, en forma similar a la competencia desleal establecía que eran constitutivas de competencia desleal las prácticas contrarias a las costumbres mercantiles. Frente a esta afirmación surgió en su momento la pregunta de qué sucedía con una costumbre nueva, que por el mismo hecho de su novedad es contraria a las costumbres imperantes. ¿Debe considerarse desleal por el sólo hecho de ser contraria a la costumbre mercantil?.

5.1.3 Los usos honestos en materia industrial o comercial. La expresión usos honestos en materia industrial y comercial, tiene su origen en el artículo 10 Bis del Convenio de París, del cual fue copiado esta parte de la cláusula general.

Dado que en este punto la norma se refiere a usos, cabe preguntarse cuál es la diferencia entre costumbres mercantiles y usos honestos en materia industrial y comercial, si es que existe alguna diferencia.

En consecuencia, los usos mercantiles son las conductas seguidas por los comerciantes en sus negocios, mientras que las costumbres comerciales son las reglas que éstos siguen.

Siendo benévolos en la interpretación, se debe concluir que la competencia desleal se refiere a los usos honestos en materia comercial e industrial, como una entidad distinta a la de las costumbres mercantiles. Dado que los usos no constituyen una fuente de derecho por faltarles el elemento subjetivo, su aplicabilidad es ilustrativa del actuar de los comerciantes, pues tan sólo se convierten en costumbres cuando la conducta que constituye el uso es tenida por obligatoria entre los miembros de la colectividad.

5.1.4 Que el acto esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor. La cláusula general de establece como constitutivo de competencia desleal la realización de ...todo acto o hecho que se realice en el mercado confines concurrenciales, (...) cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor.

Según los principios de interpretación de las leyes.

cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Tradicionalmente se ha entendido que en la práctica se pueden presentar casos de leyes que aún cuando su tenor literal es claro, su aplicación se presta a dudas o controversias al enfrentar su significado con la realidad que pretende regular o al enfrentar su tenor literal con el contenido normativo del conjunto de la ley.

Para el caso que se estudia, el texto literal de la norma es claro, pero su interpretación literal no refleja la realidad que regula, además de contrariar abiertamente el sentido del conjunto de la ley.

Así, si se interpretara exegéticamente la causal de deslealtad que se está analizando, se llegaría a la conclusión absurda que la mayoría de actos que realiza un oferente estarían prohibidos, pues todos ellos están encaminados a afectar la decisión del comprador potencial.

5.1.5 El funcionamiento concurrencial del mercado. Al igual que en el caso anterior, el artículo 7º de la competencia desleal prevé que es constitutivo de competencia desleal el acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, (...) cuando esté encaminado a afectar o afecte (...) el funcionamiento concurrencial del mercado.

Siguiendo el mismo principio de interpretación expuesto, no cualquier acto es constitutivo de competencia desleal por haber afectado el funcionamiento concurrencial del mercado, pues como se ha dicho, la competencia desleal sanciona los actos desleales, por lo cual, debe entenderse que la causal se refiere a procedimientos desleales que afecten o estén encaminados a afectar el funcionamiento concurrencial del mercado.

5.2 CONDUCTAS ESPECÍFICAMENTE CONSTITUTIVAS DE COMPETENCIA DESLEAL.

La Ley 256 de 1996 de competencia desleal, se ocupa en sus artículos 8º a 19 de algunas conductas que considera constitutivas de competencia desleal. La tipificación de dichas actuaciones no es taxativa, pues existiendo una cláusula general debe entenderse que ésta busca cubrir todas aquellas conductas distintas a las expresamente previstas por la ley, siempre y cuando reúnan los requisitos que la misma ley le exige.

No obstante que la cláusula general entra a suplir la imposibilidad de regular todas las conductas desleales y que en consecuencia, cuando una conducta no encuadró exactamente dentro de las que ilustrativamente menciona la ley, la misma es posible que sea sancionada por ser constitutiva de la infracción, considero que los casos expuestos por el Legislador tienen un valor adicional al de ser simples ejemplos.

El hecho de haber sido incluidas dichas conductas en la ley, refleja la concepción de deslealtad que de las mismas tuvo el legislador, convirtiéndolas en verdaderas presunciones legales, que si bien pueden ser desvirtuadas por el demandado, evitan al afectado probar que el demandado incurrió en una actuación contraria a la que la cláusula general contiene.

A pesar de que la competencia desleal en estos casos no utiliza la palabra presunción, factor que no es necesario para que éstas existan, establece con toda claridad los hechos y circunstancias de las que se sigue la deslealtad de las conductas. Es decir, del hecho conocido que describe la ley, se sigue la consecuencia presumida por la misma norma, por lo cual los artículos 9 al 19 de la competencia desleal contienen verdaderas presunciones juris tantum.

Por lo anterior, frente a cualquiera de las causales de competencia desleal establecidas expresamente por la ley, estará a cargo del demandante probar que su actuación no produjo el efecto por el que se le ataca, a fin de exonerarse de las pretensiones de las que se le acusa.

Por otra parte es importante tener en cuenta que la Competencia Desleal sanciona tanto las prácticas que causan en el mercado el efecto que las conductas descritas reprimen, como aquellas que sin ocasionar dicho efecto, tienen por objeto lograrlo e inclusive aquellos actos que aunque no se han realizado, es presumible que se van a realizar, todo con independencia de la intencionalidad del actor, pues como se ha dicho, la ley es preventiva y envuelve una responsabilidad objetiva.

Dado que varias de las conductas que se analizarán afectan intereses diversos, se procurará explicar las repercusiones paralelas que pudieran tener especialmente cuando los intereses afectados sean los del consumidor y los del competidor.

También es importante recordar que la competencia desleal no pretende proteger posiciones previamente adquiridas en el mercado, sino reprimir los medios que al emplearse afectan la transparencia que debe imperar en el mercado de acuerdo con el principio de libre competencia.

En consecuencia, la pérdida de la clientela por actos de mercados leales generará un perjuicio que no es catalogado como competencia desleal, no reprimible por medio de esta institución. Por el contrario, el daño o riesgo que se sufre con ocasión de la utilización o posible empleo de procedimientos descalificados por la competencia desleal, dará lugar a que quien se sienta que puede resultar afectado inicie las acciones jurídicas correspondientes.

Finalmente, algunas de las prácticas que a continuación se expondrían serán agrupadas según características comunes que puedan tener, por lo cual no siempre se seguirá el orden en que las conductas aparecen en la competencia desleal.

5.2.1 Actos de desviación de la clientela. La práctica que a continuación se estudia afecta en forma directa los intereses de los competidores. En tal sentido, esta práctica envuelve uno de los principales parámetros del modelo profesional, cual es la relación de competencia que debe existir entre los sujetos activo y pasivo de la conducta.

Desafortunadamente el nombre con el que fue bautizada esta conducta es inadecuado, toda vez que la desviación de la clientela de un competidor es un fin lícito y natural al comercio. Lo que en un momento puede criticarse es que dicha desviación se produzca gracias a la utilización de medios desleales, los cuales si son reprimidos.

El artículo 8º de la competencia desleal se asemeja a los numerales 4º y 9º del derogado artículo 75 del Código de Comercio, pues tanto en éste como en aquellos, se sanciona la desviación de la clientela cuando es fruto de una práctica contraria a las costumbres mercantiles.

En consecuencia, la desviación de la clientela de un competidor será desleal, cuando para tal fin se empleen mecanismos contrarios a las sanas costumbres mercantiles, o a los usos honestos en materia industrial y comercial. En estos casos el demandante tendrá que probar la existencia de la costumbre o del uso y que la práctica es contraria a los mismos.

5.2.2 Actos contrarios a la estructura del competidor o a las relaciones por él establecidas. La competencia desleal en este punto sigue los lineamientos tradicionales e introduce como novedad el concepto de inducción a la ruptura contractual. Frente a la legislación derogada, la competencia desleal es más técnica, pues separa la desorganización de la empresa rival y la adquisición de sus secretos, como dos conductas distintas, regulando en forma técnica y completa la segunda.

Actos de desorganización.

Como se expuso, la desorganización interna de la empresa ajena es una de las conductas típicas de competencia desleal. El verbo que tipifica la actuación desleal es desorganizar, el cual debe ser entendido como alterar o romper la estructura, orden o desenvolvimiento ordinario de otra empresa.

Finalmente, la conducta sancionable no solo involucra la desorganización de la empresa, sino también la de las prestaciones mercantiles y el establecimiento ajeno.

Violación de Secretos.

No obstante que el artículo 75 del Código de Comercio contemplaba como desleal la obtención de secretos de la empresa competidora, la competencia desleal regula el punto en una forma mucho más extensa y favorable que la legislación derogada.

Dentro de las particularidades de la norma se encuentra que ésta involucra no sólo los secretos industriales de que tratan los artículos 72 a 80 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, con los cuales se complementa sino que hace extensiva la sanción a cualquier otra clase de secretos empresariales.

Un secreto es aquello que por naturaleza es reservado, es decir, su contenido no es conocido en general, ni fácilmente accesible a las personas que normalmente manejan el tipo de información o negocio de que se trate, teniendo éste un valor comercial efectivo o potencial por el hecho mismo de ser secreto y de no resultar evidente para las personas vinculadas a la materia.

El simple hecho de dar a conocer un secreto (divulgación), entendido como se describió arriba, es considerado desleal, así como la explotación del mismo cuando tal divulgación o explotación es realizada sin la autorización de su titular.

En cuanto a la forma en que se obtuvo la información, la competencia desleal sanciona tanto la obtención legítima (la que se obtuvo con ocasión del ejercicio de actividades legales) pero con deber de reserva, como aquella que se adquirió ilegítimamente mediante conductas tales como el espionaje o procedimientos análogos, o a través de la violación de una norma jurídica.

Por otra parte, el artículo 16 contempla la posibilidad que las conductas sea reprimida por otras normas, como son por ejemplo las penales y las financieras.

Finalmente, el inciso final de la norma comentada contiene una excepción del ámbito objetivo de aplicación de las normas de competencia desleal, pues la norma expresamente elimina el requisito que la conducta sea cometida en el mercado y que tenga fines concurrenciales para que la acción judicial sea procedente.

Inducción a la ruptura contractual.

La inducción a la ruptura contractual es una figura nueva que es sana y de gran utilidad, pues en no pocas ocasiones los competidores incurren en este tipo de prácticas.

Es así como la ley distingue entre la inducción a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores, lo cual es considerado desleal, y la inducción a la terminación regular de un contrato, o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena. Estas últimas posibilidades sólo se consideran desleales cuando siendo conocidas, tengan por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial, o vayan acompañadas de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos.

5.2.3 Prácticas de imitación. Dentro de las diferentes posibilidades que existen en el mercado para competir deslealmente, el imitar los productos, servicios o actividades ajenos ha sido considerado tradicionalmente como un acto desleal, lo que ha generado que estas formas típicas hayan sido incluidas reiteradamente dentro de los listados que las diferentes normas sobre la materia traen.

Como se anunció al exponerse la noción de competencia desleal, tanto a nivel doctrinal como jurisdiccional, se han expuesto tesis según las cuales cuando una conducta es a un mismo tiempo constitutiva de competencia desleal y violatoria del régimen de propiedad industrial, el juzgador debe aplicar estas últimas normas.

Crear confusión

Crear confusión con un competidor, sus establecimientos de comercio, sus bienes, servicios o actividades, es uno de los medios desleales más dañinos, pues no sólo perjudica al competidor víctima de la confusión, sino que también atenta contra los intereses de los consumidores, al inducirlos a adquirir bienes o servicios que no desean.

Por tal razón, crear confusión en el mercado es reprimido por diferentes normas como son las de competencia desleal, las de defensa del consumidor y las de propiedad industrial.

Actos de imitación.

La inclusión de los actos de imitación como constitutivos de competencia desleal, es una innovación que trae la competencia desleal, pues ni las regulaciones anteriores, ni las normas vigentes, tocan el tema.

Explotación de la reputación ajena.

Nuevamente el artículo 15 de la competencia desleal ratifica la coexistencia de instituciones para regular un acto violatorio de diferentes ordenamientos que reglan el comportamiento de los participantes en el mercado. El empleo no autorizado de signos distintivos ajenos o de las expresiones citadas en el inciso segundo de la norma, constituyen infracciones típicas del régimen marcario y son consideradas por el legislador como delitos, además de conductas de competencia desleal.

5.2.4 Actos de engaño, descrédito y comparación. Las conductas que a continuación se estudian tienen la particularidad de estar dirigidas contra el competidor, mediante mecanismos que buscan causar en el consumidor una impresión negativa del competidor o de sus productos, a fin de influir por esta vía en su decisión de compra.

Es sobre esta base que la veracidad de las afirmaciones cobra la máxima importancia, convirtiéndose en el factor básico a tener en cuenta cuando se hace el juicio objetivo sobre la realidad de las afirmaciones que envuelve la realización de estas conductas.

Por lo anterior, en este punto las normas se preocupan por los intereses de los consumidores al procurar que

sus decisiones sean tomadas libres de error, por los intereses de los competidores, al procurar que la realidad de sus productos o servicios no sea distorsionada por los actos de otros participantes en el mercado.

Para la Competencia Desleal, se atenta contra el principio de veracidad cuando un participante utilice indicaciones o aseveraciones objetivas que sean falsas o incorrectas, u omita mencionar las verdaderas cualidades o características de otro competidor.

La publicidad engañosa.

A pesar de que la publicidad engañosa constituye una forma desleal de competir, el texto final de la competencia desleal omitió referirse a ella, no obstante que en el proyecto de ley presentado inicialmente estaba contemplada.

Debido a la importancia que la publicidad tiene en el mercado y a los efectos que de ésta se pueden seguir, consideramos importante hacer expresa mención a este tipo de publicidad, a fin de establecer cuando hay engaño y cuando una afirmación es transparente a pesar de que su contenido no sea literalmente cierto.

Defensa de la publicidad.

La regla general es que la gran mayoría de los anuncios buscan promover bienes y servicios en forma lícita, leal y útil, con los beneficios que ello trae para la libertad de decisión de los consumidores, el incremento de la competencia económica, el régimen de libertad de mercado que opera entre nosotros e incluso para la democracia.

Sin la publicidad el consumidor no podría elegir el producto que desea, pues se vería privado de la información que los anuncios le llevan. Como consecuencia de lo anterior, la competencia sería nula, pues las ventas de gran parte de los oferentes no se realizarían y, finalmente, los medios de comunicación, que son considerados un elemento vital para la democracia y de la libertad de expresión, desaparecerían, pues de la publicidad obtienen su principal sustento.

La falsedad y el engaño.

El principio general que rige la información y con ella la comunicación comercial, es que todo aquello que se diga debe ser verdadero y no debe ser susceptible de inducir a engaño al consumidor. De esta forma se busca que en el mercado reine la realidad y la transparencia en la competencia, protegiendo al consumidor del engaño que podría sufrir con ocasión de la información falsa o engañosa que le es transmitida y al competidor del desvío de su clientela mediante mecanismos indebidos.

El principio de veracidad mencionado debe ser entendido dentro del contexto general de transparencia que persigue la Competencia Desleal y las demás normas que afectan la publicidad, en las que la descalificación de una actuación se concreta en la capacidad que tiene el mensaje para engañar al destinatario del mismo. En tal sentido, el elemento que caracteriza las conductas reprobadas es el engaño y no simplemente el enfrentamiento de una afirmación o una imagen con una realidad, pues como se verá, existen mensajes que siendo literalmente ciertos inducen a engaño y mensajes que a pesar de que objetivamente no pueden ser comprobados, no afectan la percepción real de un producto.

Es importante resaltar que el consumidor es bastante vulnerable al engaño toda vez que por lo general confía en que el mensaje que se transmite, a pesar de no ser neutral, es cierto. Algunas de las razones que explican la confianza del consumidor en la veracidad de los mensajes son las siguientes:

- El consumidor asume que aquellas afirmaciones que se realizan están respaldadas por el conocimiento pleno que el anunciante tiene de las características de su producto, de forma tal que si el producto no

ofreciera la ventaja que se anuncia, el oferente no se expondría a que el consumidor descubriera el engaño y no volviera a comprar el producto.

- El consumidor asume que durante el desarrollo de los productos se han realizado investigaciones que respaldan las características que se anuncian.
- El consumidor no cuestiona la seriedad de aquellos productos, marcas o anunciantes que gozan de reconocimiento o recordarán (grandes marcas y compañías).
- En el caso de productos o anunciantes que están sometidos a vigilancia por parte de alguna Autoridad Estatal (entidades financieras, productos que deben contar con registros sanitarios, promociones autorizadas, etc.), el consumidor asume que tal vigilancia constituye un respaldo de la realidad de la oferta.

De lo anterior se desprende que se induce al público a error, cuando como fruto de una afirmación, se crea en la persona que recibe la información un concepto falso o incorrecto de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propio o ajeno. Lo anterior puede suceder, bien sea porque lo afirmado es literalmente falso, o porque a pesar de ser verdadero, la presentación que se hace es susceptible de inducir al público a error. En este último caso corresponderá al demandante demostrar el error al que se induce al público pues la especialidad probatoria de que trata el artículo 32 de la Competencia Desleal sólo se refiere a la veracidad y exactitud de las afirmaciones y no al efecto que tienen en el consumidor.

– Mensajes literalmente falsos. Un mensaje es literalmente falso, cuando las afirmaciones objetivas que se hacen se apartan de la realidad del producto, servicio o hecho al que se refieren y por tal razón no pueden ser comprobadas. Ejemplo de lo anterior, es un comercial en el que se afirma que el producto que se ofrece no tiene azúcar, cuando la realidad es que sí la tiene.

En estos casos basta con que se verifique la falsedad de la afirmación o la imposibilidad del anunciante para probar el contenido de la misma, para que el mensaje sea descalificado, pues tratándose de afirmaciones, imágenes o hechos objetivamente contrarios a la realidad, el engaño que sufre el consumidor es una consecuencia directa de la falsedad.

– Mensajes literalmente ciertos pero engañosos. Es posible que una afirmación literalmente cierta transmita al consumidor un mensaje o una representación engañosa del producto que se anuncia o el de competidor, capaz de inducirlo a engaño. En este evento el mensaje debe ser catalogado como engañoso, toda vez que lo que prima es el engaño que sufre el consumidor.

Lo anterior se explica por las siguientes razones:

- El fin primordial que persiguen las normas sobre engaño, es prevenir al consumidor del error al que puede ser inducido como consecuencia de los mensajes que recibe. Así, a pesar de que el análisis del contenido de una afirmación puede ser objetivamente verdadero, la forma como es expuesto conduce al consumidor a una percepción distorsionada del producto que se ofrece.
- El análisis de un anuncio debe hacerse en su conjunto y dentro del contexto en el que se presenta. En tal sentido no es correcto analizar afirmaciones sueltas y descontextualizadas, toda vez que el consumidor no decodifica el mensaje en varias imágenes o afirmaciones, sino como un todo que transmite una idea central siguiendo una misma línea de argumentación.

Demostraciones de productos.

Una de las formas de comunicación comercial que mayor éxito surte frente al consumidor, es la realización de demostraciones.

Por principio la demostración debe limitarse a indicar las características reales del producto sin exagerar u otorgarle atributos que en realidad no tiene a fin de que el anuncio no conduzca al consumidor a engaño.

En tal sentido la demostración debe reflejar el uso y las condiciones normales que los consumidores le dan a los productos, así como los resultados normales que cualquier persona obtendría, por lo cual en la realización de la demostración el anunciante no debe emplear técnicas o procedimientos que no son utilizados normalmente por el consumidor, o que no son advertidos en el mensaje.

Testimoniales.

Otra de las prácticas comunes es el uso de testimonios, los cuales generalmente revisten dos formas: consumidores que son abordados para que expongan su opinión sobre el producto, o expertos que emiten un juicio científico acerca de alguna cualidad del producto.

Es importante afirmar que los anuncios en los que los actores o personajes emiten juicios no son considerados como testimonios, sino como simples afirmaciones que reflejan el libreto o la opinión del anunciante, pues no corresponden a la experiencia que la persona que emite el juicio ha tenido del producto o servicio anunciado.

Cuando quien realiza el testimonio es un consumidor, el anunciante debe contar con estudios suficientes que respalden que aquello que afirma el testigo refleja la opinión que el común de los consumidores tienen respecto de tal producto, o que los resultados que afirma haber obtenido, son aquellos que cualquier consumidor obtendría. Lo anterior obedece a que por lo general los mensajes que utilizan testimonios buscan demostrar la existencia de una opinión generalizada, o de un resultado o de una característica comprobada por el público, que de no ser ciertos son susceptibles de inducir a engaño.

Es de anotar que el uso de personajes públicos o reconocidos que emiten juicios a favor de un producto, no debe ser tenido como experto o testimonio calificado, toda vez que su experiencia no se deriva del conocimiento científico de un producto, sino de una opinión particular como consumidor. Igual a la que podría dar cualquier otro. En tal sentido, el anunciante debe contar con estudios que respalden la afirmación y que reflejen que dicha opinión corresponde a la que tiene el común de los consumidores.

El engaño que se refiere al producto o servicio que se anuncia:

Resulta curioso observar como la competencia desleal no tiene una norma expresa que se ocupe de las afirmaciones engañosas que se hacen respecto del producto del anunciante, pese a que tal actitud ha sido considerada tradicionalmente como desleal.

No obstante lo anterior, gracias a la cláusula general de competencia desleal que contiene el artículo 7º de la ley y que en mi opinión se encuentra ratificada por el artículo 8º de la misma, puede decirse que la publicidad engañosa es una conducta constitutiva de competencia desleal, y por tanto rechazada por dicho ordenamiento.

El artículo 11 de la competencia desleal se refiere a los actos de engaño, estableciendo que éstos se presentan cuando la conducta tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno. Adicionalmente la norma presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas o cualquier tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

El engaño que se refiere al producto o servicio del competidor en la competencia desleal:

Como se dijo, el engaño que se refiere al producto ajeno se encuentra expresamente consagrado en el artículo 11 de competencia desleal.

Es de aclarar que estos casos no se refieren a comparaciones, toda vez que éstas están expresamente contemplados en el artículo 13 de la ley 256 de 1996, sino a mensajes en los cuales no hay un enfrentamiento explícito o implícito de características.

Adicionalmente, deben incluirse en esta categoría el descrédito (art. 12), pues en algunos casos las afirmaciones podrán producir dicho efecto en la percepción del mensaje por parte del consumidor.

Considero que el engaño al que se refiere el art. 11 de la competencia desleal, es aquel que se genera por afirmaciones objetivas susceptibles de ser comprobadas, toda vez que el requisito para que la conducta sea descalificada se concreta cuando ésta es falsa o incorrecta u omite las verdaderas características del producto o servicio ajeno. Dado que para determinar la veracidad, la falsedad, la incorrección o la omisión de una indicación o aseveración se debe enfrentar ésta con la realidad, el contenido de la misma debe estar referido a aspectos que sean comprobables, toda vez que de lo contrario su prueba será imposible.

Actos de descrédito.

Desacreditar o denigrar del rival es otra de las conductas que tradicionalmente se han considerado desleales. Sin embargo, dentro del común de la gente, la noción de desacreditar es mucho más extensa que lo que ésta por naturaleza envuelve, pues generalmente los participantes en el mercado asumen que su competidor está denigrando, de ellos cada vez que dice algo que ellos mismos consideran que no le es favorable.

Las afirmaciones son exactas cuando son puntuales, fieles y cabales, son verdaderas cuando son acordes con la realidad, y son pertinentes cuando están relacionadas o tienen un vínculo directo con el objeto y el sentido de la afirmación.

En consecuencia, cuando una indicación o aseveración reúne estas características, no es considerada desleal por la competencia desleal, pero faltando cualquiera de ellas, se deberá considerar que la afirmación es denigratoria.

actos de comparación.

El artículo 13 de la competencia desleal es realmente novedoso y conveniente, toda vez que regula y permite dentro de ciertos parámetros, las comparaciones entre productos, servicios y oferentes, con lo cual se adapta la legislación vigente a las técnicas modernas, especialmente en lo relacionado con publicidad comparativa.

5.2.5 Actos contra el mercado:

Dentro de la nueva trilogía de intereses que incorpora la competencia desleal, el interés público en mantener una competencia transparente se iguala al interés de los competidores en que no se desvíe indebidamente la clientela.

Es bajo esta nueva concepción con la que los artículos 18 y 19 de la competencia desleal regula las actuaciones desleales en contra del mercado, concibiendo tal interés como un fin principal de la norma y no como se había entendido con anterioridad por el efecto reflejo que repercutía en contra del competidor.

En otras palabras, si bajo el esquema de los artículos 75 a 77 del Código de Comercio un comerciante se encontraba legitimado para solicitar que se reprimieran algunas prácticas de su competidor que lo afectaban por la desorganización que producían en el mercado, hoy en día dichas conductas se reprimen por el sólo hecho de afectar el mercado y no por las consecuencias negativas que tal actitud pudiera traer a un competidor individualmente considerado.

Violación de normas.

La competencia desleal encuentra su base en el principio de libre competencia económica que supone la igualdad de oportunidades para competir de todos los participantes en el mercado. Dentro de este esquema, es posible que la ley imponga limitaciones a la libertad de competencia, pero en todo caso tales limitaciones serán iguales para todos.

Cuando un competidor viola una ley y tal actitud le confiere una ventaja competitiva significativa frente a los otros participantes en el mercado, la supuesta igualdad de oportunidades y de limitaciones que debe existir en el mercado se rompe, pues no se puede asumir que los demás competidores deban también violar la ley para recobrar el equilibrio, toda vez que tal actitud sería completamente ilegal, inmoral, absurda y ajena al Estado de Derecho.

Dado que la competencia desleal ampara la transparencia en el mercado en beneficio de todos los que en él participan, la violación de normas en la forma sancionada por la ley encuadra dentro de filosofía de las conductas reprimibles por la distorsión que genera en el mercado a raíz del rompimiento de la igualdad que debe imperar.

Es importante tener en cuenta que la Competencia Desleal no sanciona el hecho violatorio de la ley, sino el hecho de haber adquirido una ventaja competitiva substancial pues el aprovechar este factor (ventaja competitiva) es el que se constituye en desleal, por afectar la transparencia en el mercado.

Finalmente, de acuerdo con el principio de los efectos (art. 4º), es indistinto para la competencia desleal que la violación de la ley se haya producido en Colombia o en el extranjero, toda vez que como se ha dicho, la competencia desleal opera siempre que los efectos principales del acto desleal tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano.

Pactos desleales de exclusividad.

Tal y como lo ha reconocido la Corte Constitucional, la norma sobre pactos desleales de exclusividad que trae la Ley 256 de 1996, no corresponden a una norma sobre competencia desleal, sino a una regulación propia de las prácticas restrictivas de la competencia.

No obstante lo anterior, dicho error del legislador no genera la inexequibilidad de la norma y el efecto que genera consiste en que a dichos pactos le son aplicables las acciones de competencia desleal contenidas en la Ley, por parte de quien resulte afectado por los mismos.

De conformidad con el artículo 19 de la competencia desleal, los pactos de exclusividad en ella mencionados no son reprimidos en todos los casos, sino únicamente en los siguientes:

- Cuando tengan por objeto restringir el acceso de los participantes en el mercado.
- Cuando tengan por efecto restringir el acceso de los participantes en el mercado.
- Cuando tengan por objeto monopolizar la distribución de productos o servicios.
- Cuando tengan por efecto monopolizar la distribución de productos o servicios.

Establecida la consideración de ilicitud en la forma descrita, cabe preguntarse si éstas se aplican a todos los contratos con cláusula de exclusividad o si están limitadas a los contratos de suministro.

Si bien el artículo 19 de la competencia desleal menciona únicamente los contratos de suministro, y en concordancia deroga en su artículo 33 los artículos 975 y 976 del Código de Comercio, considero que la limitación no se aplica solamente al contrato mencionado, sino que puede ser extendida a todos los pactos de exclusividad.

Lo anterior se fundamenta en que los casos que enumera la ley son simplemente enunciativos y no taxativos y

a través de la prohibición general del art. 7º se podría extender la causal de deslealtad a otros contratos que contengan dichas cláusulas, pues los argumentos por los cuales los pactos de exclusividad son desleales, se fundamentan en razón de los efectos de la cláusula y no a los del contrato al cual acceden y dado que en derecho donde opera la misma razón debe seguirse la misma consecuencia, es de concluir que si dichos pactos pueden generar las consecuencias por las que se descalifican en el suministro, en cualquier otro contrato en el que se establezcan pueden también generar las mismas consecuencias.

Finalmente, el artículo 19 trae una excepción a todo lo anterior, la cual se refiere a las industrias licoreras mientras sean de propiedad de los entes territoriales.

6. LAS ACCIONES JUDICIALES

6.1 LA ACCIÓN DECLARATIVA Y DE CONDENA

Para que la acción declarativa y de condena sea procedente, debe cumplir con unos supuestos básicos que son: que en el mercado se haya producido un acto de los que la competencia desleal califica como de competencia desleal, que dicha conducta envuelve fines concurrenciales, y que sus efectos principales tengan lugar, en el mercado colombiano.

Habiéndose cumplido con lo anterior, el afectado por tal conducta tendrá acción para solicitar al juez que declare judicialmente la ilegalidad de la conducta y que se ordene al infractor remover los efectos producidos por el acto, e indemnizar los perjuicios que le ha causado.

Por afectado debe entenderse la persona que ha sufrido un perjuicio, pues es la única que podría solicitar que se declararan las alternativas que la norma proporciona cuando el acto ya ha sufrido efectos en el mercado. Como se verá al estudiar la legitimación activa, el afectado no sólo es el competidor, o aquella persona que sin ser competidor, individualmente considerada ha sufrido un perjuicio, sino que la noción se extiende a otras varias personas.

Por otra parte, considero que la acción declarativa y de condena reúne las siguientes alternativas para el afectado:

- Que simplemente se declare la ilegalidad del acto.
- Que se declare la ilegalidad del acto y se ordene al infractor remover los efectos producidos por dicho acto.
- Que se declare la ilegalidad del acto y se ordene al infractor indemnizar los perjuicios causados por dicho acto, y
- Que se declare la ilegalidad del acto y se ordene al infractor remover los efectos producidos por dicho acto e indemnizar los perjuicios causados.

La razón para independizar las pretensiones citadas, obedece a que si bien para que el juez pueda ordenar que se remuevan los efectos y/o se indemnice al perjudicado es necesario que previamente se haya declarado la ilegalidad de la conducta, las dos últimas alternativas envuelven diferentes tipos de pretensión y de requisitos de procedibilidad, sin descartar que puedan acumularse.

Finalmente, existe la posibilidad que el afectado pretenda que se remuevan los efectos del acto y se le indemnicen los perjuicios sufridos. Tal posibilidad envolverá una condena de hacer y una dineraria, que deben cumplir con los requisitos de cada una, los cuales se cumplen sin dificultad cuando se prueban los elementos de la pretensión indemnizatoria.

6.2 LA ACCIÓN PREVENTIVA O DE PROHIBICIÓN

La acción preventiva o de prohibición constituye uno de los mayores avances en materia de competencia desleal, toda vez que expresamente permite suspender la ejecución de los actos desleales antes que se produzcan los efectos negativos que éstos envuelven.

El establecer la acción en forma independiente de la indemnización de perjuicios, evita tener que probar los elementos propios de la responsabilidad civil extracontractual, con lo cual se remueven los requisitos que en concepto de muchos hicieron que la competencia desleal fuera una institución inoperante.

A diferencia de la acción declarativa y de condena, en que se requiere necesariamente que la conducta desleal ya se haya cometido, la acción preventiva o de prohibición comprende dos posibles situaciones. Que el acto desleal aún no se haya producido, o que habiéndose producido aún no haya causado perjuicio alguno.

La primera alternativa envuelve una pretensión de prohibición, de tal forma que lo que se solicita al juez es que se ordena al desmandado no realizar (hacer) aquella conducta que presumiblemente va a cometer y que envuelve un peligro para el demandante que piensa que puede llegar a ser afectado o perjudicado por la misma.

De esta forma se proporcionan elementos suficientes al demandante para defenderse de actuaciones desleales que presume que le van a causar perjuicios, sin tener que esperar a que la actuación produzca las consecuencias negativas que dicha conducta ocasionaría.

6.3 EL SUJETO ACTIVO DE LAS ACCIONES

Tanto en la acción declarativa y de condena, como en la preventiva o de prohibición, el demandante puede ser cualquier persona que participe o demuestre su intención de participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal. La amplitud en la determinación del sujeto activo está en consonancia con lo establecido por los artículos 2º y 3º de la competencia desleal, que como se ha dicho, envuelven la concepción del modelo social, en el que la calidad de comerciante y la relación de competencia entre las partes fueron eliminadas por la ley.

6.4 EL SUJETO PASIVO

Dado que para la realización de conductas constitutivas de competencia desleal no se requiere una relación de competencia y que el acto puede ser efectuado en beneficio propio o de un tercero, la ley sanciona por igual a la persona que ha incurrido en la conducta, como aquella que ha colaborado en la realización de la misma.

6.5 PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES

La competencia desleal establece que las acciones prescriben en dos años contados a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y en todo caso, por el transcurso de tres años contados a partir del momento de la realización del acto.

En tal sentido, si el demandado prueba que el legitimado tuvo conocimiento que él había cometido el acto de competencia desleal antes de dos o más años contados a partir de la fecha de la presentación de la demanda, se considerará que la acción ya había caducado. Si no es posible establecer la fecha en que el demandante tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto, la acción prescribirá en todo caso a los tres años de realizado el hecho.

En consecuencia, a los tres años de realizado el acto de acción caducará, salvo que se pueda demostrar la fecha en la que el demandante conoció el hecho, caso en el cual la acción habrá caducado a los dos años contados a partir de dicha fecha, siempre y cuando los dos años se encuentren dentro del límite de los tres años siguientes a la fecha de realización del acto.

Resulta importante cuando se realizó un hecho en aquellos casos en los que el acto de competencia desleal no se realiza en un solo momento, sino que está constituido por una sucesión de actos en el tiempo. Dos casos que ilustran lo anterior son los contratos de suministro y las campañas publicitarias.

Considero que en estos casos el término de prescripción debe contar a partir del momento en que se culminó la realización del último acto, pues se trata de actos complejos que a pesar de poderse dividir, conforman en esencia una unidad que envuelve un mismo objeto. En consecuencia, la actuación desleal no está constituida por cada uno de los actos individualmente considerados, sino por el conjunto de actos que reúnen una entidad determinable, contra la cual se dirigirá la acción judicial dentro de los tres años siguientes al momento en que finalizó el acto desleal.

7. DISPOSICIONES PROCESALES

De conformidad con el artículo 24 de la Competencia Desleal, las acciones de competencia desleal se tramitan por el Procedimiento Abreviado del Código de Procedimiento Civil. Con este cambio de procedimiento, en teoría, se agilizan los procesos de competencia desleal que antiguamente se debían tramitar por el procedimiento ordinario. Adicionalmente el cambio de procedimiento conlleva que en los procesos por competencia desleal no sea admisible el recurso.

La Competencia Desleal faculta a quien se encuentre legitimado para presentar demanda por competencia desleal, para solicitar la práctica de diligencias preliminares de comprobación y medidas cautelares.

7.1 COMPETENCIA TERRITORIAL

Según la Competencia Desleal, en principio la demanda debe ser presentada en el lugar donde el demandado tiene su establecimiento y a falta de éste su domicilio. Si el demandado carece de éstos en el Territorio Nacional, será competente el Juez de aquel lugar donde tenga su residencia habitual.

7.2 DILIGENCIAS PRELIMINARES DE COMPROBACIÓN

La Competencia Desleal no trae una definición de lo que son las diligencias preliminares de comprobación. De las diferentes normas que se ocupan de esta figura procesal, se desprenden las siguientes características que ayudan a entender la naturaleza de las mismas.

- Son previas al proceso
- Deben tener carácter de urgentes
- Su objetivo es la comprobación de hechos que puedan constituir competencia desleal.
- Solamente se pueden presentar cuando no sea posible comprobar la realidad de la actuación sin la práctica de las diligencias.
- Están encaminadas a la fijación anticipada de hechos que se presume que posteriormente no van a poder ser establecidos en la práctica de las diligencias.
- Sirven para integrar con mayor claridad las pretensiones del futuro proceso.

7.2.1 Trámite de las diligencias previas. Una vez presentada la solicitud para que se decreten las diligencias preliminares, el Juez podrá requerir informes u ordenar las investigaciones que considere oportunas. De considerarse que las diligencias son pertinentes, el Juez fijará una caución que prestará el peticionario para responder de los daños y perjuicios que eventualmente puedan ocasionarse. Si el Juez deniega la pretensión, el auto que así lo decida será apelable en efecto suspensivo o en el devolutivo.

Es importante resaltar que la decisión de admitir la práctica de diligencias preliminares no implica que el resultado perseguido por éstas sea el deseado, es decir, que se establezca la existencia de un acto que genera o vaya a generar competencia desleal, sino simplemente que el Juez admite que se practique una diligencia a fin

de obtener la verificación de un acto que puede ser útil en un futuro proceso por competencia desleal.

Una vez decretada la práctica de la diligencia preliminar, el Juez con intervención si fuere necesario de los peritos designados para el efecto y oídas las manifestaciones de quienes intervienen en la diligencia, determinará si los elementos o actividades inspeccionadas pueden servir para llevar a actos de competencia desleal.

Si la decisión al respecto es negativa, el Juez dará por terminada la diligencia y ordenará que se forme un cuaderno separado en el que e incluirán las actividades que se mantendrá en secreto, y notificará al solicitante que no procede darle a conocer el resultado de las diligencias practicadas.

En los demás casos, el Juez efectuará una descripción detallada de los elementos que considere que sirven de medios para llevar a cabo actos de competencia desleal. En todo caso, la decisión del Juez en torno al resultado de las diligencias previas de comprobación no es susceptible de ningún recurso.

Finalmente, de las diligencias no podrán expedirse otras certificaciones ni copias distintas a las destinadas a la parte afectada y las precisas para que el solicitante inicie la correspondiente acción judicial dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la práctica de la diligencia.

El afectado por las medidas previas en todo caso podrá solicitar que se le reponga los gastos y daños que se le ocasionaron, sin perjuicio de mantener viva la acción de responsabilidad civil por daños y perjuicios en que hubiese podido incurrir el solicitante.

7.3 LAS MEDIDAS CAUTELARES

El artículo 31 de la Competencia Desleal establece para prevenir la ocurrencia de perjuicios, una figura que ha bautizado con el nombre de medidas cautelares.

Del texto del artículo 31 de la Competencia Desleal se desprende que el objetivo de las medidas cautelares es prevenir que se presente un perjuicio para el demandante. En tal sentido las llamadas medidas cautelares responden más al fin que persiguen las cauciones en nuestro régimen procesal, que al objetivo que para nosotros tienen las medidas cautelares, que no es otro que asegurar los posibles derechos del demandante.

Así mismo la Competencia Desleal plantea que las medidas cautelares se pueden solicitar y practicar antes de la presentación de la demanda, lo cual modifica el régimen general del Código de Procedimiento Civil, pues en éste las medidas cautelares se solicitan con la demanda en cuaderno separado.

7.3.1 Especialidad en materia probatoria. La Competencia Desleal trae una excepción al principio de que quien alega algo debe probarlo. En tal sentido el artículo 32 de la Ley de Competencia Desleal, faculta al Juez para invertir la carga de la prueba en aquellos procesos que traten sobre actos de engaño, descrédito o comparación, en lo referente a la exactitud y veracidad de las afirmaciones. La inversión de la carga de la prueba en este punto es de tal importancia, que si el demandado no aporta los documentos que demuestren la realidad de sus afirmaciones, el Juez podrá considerar que éstas son falsas o inexactas.

7.4 VIGENCIA DE LA COMPETENCIA DESLEAL

La Competencia Desleal fue publicada el 18 de enero de 1996 en el Diario Oficial No. 42.692. esta fecha tiene importancia, pues tratándose de una norma de carácter público e interés social, su aplicación es inmediata inclusive respecto de aquellos actos que se originaron antes de su vigencia, pero cuyos efectos se surten después de la misma.

Por otra parte la Competencia Desleal deroga expresamente los artículos 75 a 77 del Código de Comercio, y

tácitamente todas aquellas disposiciones que le sean contrarias, además de regular íntegramente la materia.

Es importante tener en cuenta que la derogatoria que se hace de las normas del Código de Comercio no implica simplemente que la Competencia Desleal entre a tomar el lugar de los artículos 75 a 77 del Código.

A partir del 19 de enero de 1996, la Competencia Desleal es una institución de orden público económico, que protege los intereses de todos los participantes en el mercado, sean o no comerciantes, sean o no competidores. La Competencia Desleal es una institución que ampara el derecho constitucional colectivo a la libre y leal competencia en el mercado, dejando de ser aquella herramienta que tutelaba exclusivamente el interés privado de aquel sujeto calificado como comercialmente.

Bajo estos parámetros la Competencia Desleal adquiere su actual dimensión en procura del cumplimiento de su premisa esencial.

CONCLUSIONES

La noción tradicional que existía, según la cual la competencia desleal era una institución jurídica que protegía los intereses de cada comerciante individualmente considerado para evitar que un competidor le desviara su clientela mediante la utilización de actos contrarios a las costumbres mercantiles, ha sido substancialmente variada.

La Competencia Desleal dejó de ser parte del Estatuto Mercantil para pasar a ser una norma de utilidad pública e interés social que protege el derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en beneficio de todos los participantes en el mercado. En tal sentido la competencia desleal dejó de ocuparse de los intereses privados de los comerciantes que fueran competidores, para entrar a amparar una trilogía de intereses, en los que el consumidor, el competidor y el Estado, mantienen un interés permanente por la transparencia del mercado.

Para que las conductas descritas por la ley sean consideradas como constitutiva de competencia desleal, deben haber sido cometidos en el mercado y envolver fines concurrenciales, los cuales se presumen cuando el acto, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.

Al igual que la mayoría de las legislaciones que se ocupan del tema, la Competencia Desleal contiene una cláusula general y una enumeración de algunas conductas que a título enunciativo y no taxativo, ilustran algunos comportamientos que la ley presume como desleales.

La Competencia Desleal además de enumerar las prácticas tradicionales de la infracción, introduce conductas nuevas como son los actos de comparación indebida la explotación de la reputación ajena, los actos de imitación, la inducción a la ruptura contractual y los pactos desleales de exclusividad.

La Competencia Desleal al establecer las conductas constitutivas de la infracción dispone que éstas serán sancionadas cuando tengan por objeto o cuando tengan como efecto conseguir o producir la conducta prevista y descalificada por la ley. En tal sentido la Competencia Desleal envuelve una responsabilidad objetiva que sanciona el comportamiento desleal, independientemente de la intencionalidad del infractor.

La Ley de competencia desleal es una norma preventiva, pues legítima para iniciar acciones a quien piense que puede llegar a ser afectado por un acto de competencia desleal, para solicitar al Juez la suspensión del acto aún cuando éste aún no lo haya perjudicado, o la prohibición de la conducta que presumiblemente va a cometer el infractor, aunque aún no haya incurrido en ella.

Igualmente la competencia desleal es indemnización, pues legítima al afectado por un acto de competencia

desleal para solicitar al Juez la declaratoria de deslealtad del mismo, la remoción de sus efectos y/o la indemnización de los perjuicios causados.

En concordancia con lo anterior, la Competencia Desleal establece dos acciones que contienen las siguientes pretensiones: la declaración judicial de la deslealtad de la conducta; la remoción de los efectos negativos causados la indemnización de los perjuicios sufridos; la prohibición del acto desleal que aún no se ha cometido, y la cesación del acto que habiéndose producido, aún no ha causado perjuicios.

La Competencia Desleal legítima para iniciar acciones de competencia desleal a cualquier persona que participe o demuestre su intención de participar en el mercado, cuyos intereses resulten perjudicados (afectado) o amenazados (quien piense que puede ser afectado) por los actos de competencia desleal.

En adición a lo anterior, también se autoriza a las asociaciones o corporaciones profesionales y gremiales, las asociaciones de protección al consumidor, cuando los intereses de sus respectivos miembros se vean gravemente afectados, y a la Procuraduría General de la Nación en nombre de ésta, respecto de aquellos actos desleales que afecten gravemente el interés público y la conservación de un orden económico de libre competencia.

La Competencia Desleal es una norma de utilidad pública e interés social, por lo cual su aplicación se hizo inmediata a partir de su publicación en el Diario Oficial (18 de enero de 1996). En tal sentido la Competencia Desleal es aplicable frente a los efectos generados por conductas realizadas antes de su vigencia, pero cuyos efectos permanecen o continúan bajo la vigencia de la nueva ley.

LA CAMARA DE COMERCIO

ANTECEDENTES

Como primer antecedente importante se encuentra la ley 111 de 1890, esta ley erige a las Cámaras como órganos oficiales de comercio y como cuerpos consultivos del gobierno en lo concerniente a la organización y desarrollo de la industria y del comercio; las constituye en tribunal de comercio para resolver los conflictos entre comerciantes y les concede la facultad de presentar iniciativas para reformar las leyes sobre materias que incidan en el desarrollo de estas actividades. Fue la primera ley que reglamento esta materia y que sentó las bases para posteriores reglamentaciones.

Se expidió después la Ley 28 de 1931, la que se constituyo en estatuto orgánico de estas entidades. De dicha ley vale la pena destacar su concepto sobre la naturaleza jurídica de las cámaras, cuyo texto decía: las cámaras de comercio son cuerpos administrativos en cuanto constituyen una creación legal, pero tienen personería jurídica civil, independiente del estado. Son establecimientos públicos que hacen parte de la organización administrativa del país y que conservan cierta autonomía en su funcionamiento.

Lo mas importante de esta ley fue asignar a las cámaras de comercio la función del registro público de comercio, facultad que se mantiene hasta hoy.

Régimen legal vigente

Las cámaras de comercio se rigen por el Decreto 410 de 1971 actual código de comercio y decreto Reglamentario 1520 de 1978.

Definición y naturaleza jurídica

Según el Artículo 78 del C.Co. las cámaras de comercio son instituciones de orden legal con personería

jurídica creadas por el gobierno nacional de oficio o a petición de los comerciantes del territorio de donde hayan de operar. Dichas entidades serán representadas por sus respectivos presidentes .

Al respecto el Consejo de Estado a través de la sección segunda de lo contencioso administrativo por sentencias del 22 de mayo de 1974 y el 23 de febrero de 1975, a considerado a las cámaras de comercio como entidades de derecho privado que colabora con la prestación de funciones públicas, de igual forma la Corte Constitucional a través de sentencia del 20 de abril de 1973 manifestó: las cámaras de comercio a las cuales se ha encargado el ejercicio de la anotada función, organización y administración del registro mercantil, agregamos – no son entidades públicas pues no avienen con ninguna de las especies de esta naturaleza contempladas y reguladas en la constitución y la ley. Y, más adelante agrega: excluida la función de llevar el registro mercantil, las restantes funciones de las cámaras, su organización y dirección, las fuentes de sus ingresos, la naturaleza de sus trabajadores, la existencia de estatutos que las gobiernan, extremos sobre los cuales no es necesario, para los efectos de esta providencia, ponen de presente que solo a riesgo de desvirtuar tales elementos no se puede dudar sobre su naturaleza corporativa, gremial y privada.

CREACIÓN Y JURISDICCIÓN

CREACIÓN contemplada en el artículo 78 del C.Co. y artículo primero del Decreto 1520 de 1978 el cual dice: el gobierno nacional podrá crear de oficio o a petición de los comerciantes, cámaras de comercio teniendo en cuenta las condiciones económico sociales, la importancia comercial y las necesidades de la región donde hayan de operar, el gobierno deberá tener en cuenta además los siguientes requisitos:

- Que la solicitud de creación este respaldada por no menos del 50% de los comerciantes matriculados en la cámara de la región sin que el número de estas pueda ser inferior a 150.
- Que la nueva cámara de comercio cuente por lo menos con 50 solicitudes formales de afiliación.
- Que los interesados comprueben con estudios fehacientes, que la nueva cámara de comercio tendrá un presupuesto anual no inferior a \$ 500.000.00., M/cte.
- No obstante lo dispuesto en el literal a, la cámara o cámaras afectadas deben conservar por lo menos el 80% de sus matriculados, de sus afiliados, y del presupuesto correspondiente al año inmediatamente anterior.

El procedimiento se adelantara ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

JURISDICCIÓN: El artículo 79 del C.Co. en su inciso segundo preceptúa El gobierno nacional determinara la jurisdicción de cada cámara teniendo en cuenta la continuidad geográfica y los vínculos comerciales de los municipios que agrupare, dentro de la cual ejercerá sus funciones.

Así mismo el artículo tercero del decreto 1520 de 1978 establece Jurisdicción. En cada municipio del país no podrá funcionar más de una cámara de comercio, pero una misma cámara podrá tener jurisdicción en distintos municipios cuando así lo determine el gobierno nacional de acuerdo con la continuidad geográfica de aquellos, los medios de comunicación y los vínculos comerciales.

FUNCIONES DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO

Las funciones de las cámaras son de diferente índole y son:

funciones relativas a la administración de justicia la ley le ha dado las siguientes:

- Designar el arbitro o árbitros, o los amigables, componedores en caso de conflictos, cuando los particulares lo soliciten.
- Servir de tribunales de arbitramento para resolver las diferencias que les encomiendan, en cuyo caso el tribunal se integrara con todos los miembros de la junta directiva.
- Prestar sus buenos oficios a los comerciantes para ser arreglos entre acreedores y deudores, como amigables componedores.

Respecto a las costumbres mercantiles corresponde a las cámaras recopilarlas en los lugares de su jurisdicción y certificar sobre las mismas. A constituido un acierto el encomendar esta función a las cámaras, puesto que el contacto permanente con el mundo mercantil y su conocimiento practico, las capacita, mas que ninguna otra entidad, para su investigación y certificación.

funciones de promoción del desarrollo, y con las referentes a aspectos culturales y socioeconómicos, la cámara actúa en actividades de información, coordinación canalización y promoción como las siguientes:

- Servir de órgano de los intereses generales del comercio ante el gobierno y ante los comerciantes mismos.
- Adelantar investigaciones económicas sobre aspectos específico del comercio interior y exterior y formular recomendaciones a los organismos estatales y semioficiales encargados de la ejecución de los planes respectivos.
- Prestar servicios de información comercial.
- Organizar exposiciones y conferencias, editar o imprimir estudios o informes relacionados con sus objetivos.
- Promover el desarrollo regional y participar en programas nacionales de esta índole.
- Promover la enseñanza comercial e industrial a través de los cursos especializados, conferencias y publicaciones.

funciones relativas al registro mercantil y de proponentes.

REGISTRO MERCANTIL

Artículo 19 del Código de Comercio Es obligación de todo comerciante:

- 1.- Matricularse en el registro mercantil.
- 2.- Inscribir en el registro mercantil todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad

QUE ES EL REGISTRO MERCANTIL

Es una institución a cargo de las cámaras de comercio, a través de las cuales por virtud de la ley se da publicidad a ciertos actos de los comerciantes que deben ser conocidos por la comunidad.

Los actos y documentos sujetos a registro solo producen efectos respecto de terceros a partir de la fecha de su inscripción, es decir, solo a partir de esta fecha son oponibles frente a terceros. (Art.29 num.4 C.Co.)

El registro mercantil es público; por tanto, cualquier persona que necesite información sobre los comerciantes matriculados pueden solicitar certificados sobre los actos y documentos inscritos, consultar el expediente abierto a cada inscrito y obtener copias de los mismos en la cámara de comercio. (art.26 del C.Co.)

Básicamente el registro mercantil comprende tres aspectos fundamentales: la matricula mercantil, la inscripción de libros actos y documentos y la certificación de los actos escritos.

CARACTERISTICAS DEL REGISTRO MERCANTIL

El registro mercantil es público.

Así lo determina el artículo 27 del C.Co. el cual agrega: Cualquier persona podrá examinar los libros archivos en que fuere llevado, tomar anotaciones de sus asientos o actos y obtener copia de los mismos

Es un registro reglado.

El C.Co. regula el registro mercantil: matricula, renovación, actos sujetos a inscripción, oportunidad del registro, requisitos referentes a las matriculas y a las inscripciones de donde se desprende que el registro esta sujeto al cumplimiento de las reglas específicas que no pueden ser vulneradas. Ejemplo art.26 y 28 C.Co.

Es obligatorio.

Es obligación de todo comerciante matricularse en el registro mercantil, renovar anualmente su matricula y las de sus establecimientos e inscribir todos los actos libros y documentos, respecto a los cuales la ley exija esa formalidad (arts.19,26,28 y 33 C.Co.)

La ley a previsto como sanción por la omisión del registro, la inoponibilidad a terceros de los documentos o actos no dotados de esa publicidad. Así mismo, la ley a previsto una sanción monetaria para las personas que ejerzan profesionalmente el comercio sin estar inscritos en el registro mercantil (art.37 C.Co. y num. 5 art. 11 Dto.2153 de 1992).

Es llevado por las cámaras de comercio.

De acuerdo con la ley, corresponde a las cámaras de comercio llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en el inscritos (art.27 y 86 num.6 C.Co.)

FUNCIONES Y EFECTOS DEL REGISTRO MERCANTIL

Publicidad y oponibilidad

Uno de los efectos del registro mercantil es la publicidad y oponibilidad frente a terceros como ya se dijo, como excepción existen algunos casos en que el registro tiene un carácter constitutivo como por ejemplo el registro de los liquidadores de una sociedad y de la escritura de la sesión de cuotas sociales, también el registro de los libros de comercio el cual no cumple una función de publicidad legal, puesto que tales libros se registran en blanco y su contenido esta amparado por la reserva garantizada en la constitución nacional para libros y papeles de toda persona.

Garantía de autenticidad documental

Esta garantía refuerza hasta cierto punto la función de publicidad antes indicada. Por ellos se ha establecido en el art.40 C.Co. Todo documento sujeto a registro, no autentico por su misma naturaleza ni reconocido por las partes, deberá ser presentado personalmente por sus otorgantes al secretario de la respectiva cámara.

Prueba de los actos y documentos inscritos.

Las cámaras de comercio deberán certificar sobre los actos y documentos registrados (art.86,44,117 C.Co.) tales certificados, como documentos auténticos por su origen, constituyen pruebas completas según las reglas generales de procedimiento. En caso de pérdida o destrucción se seguirá lo estipulado en el art.44 del C.Co.

MATRICULA MERCANTIL

Con la matricula se pretende dar a conocer a los terceros ciertas condiciones personales del comerciante y circunstancias en que se desarrolla sus negocios. Es por ello que en el formulario de matricula se debe dar cumplimiento a los requisitos exigidos en el artículo 32 del C.Co.

Quienes se matriculan .

Tienen la obligación de matricularse las personas naturales que ejerzan profesionalmente el comercio (individualmente, en sociedad de hecho, o en copropiedad), todas las sociedades civiles y comerciales, las empresas asociativas de trabajo y la empresa unipersonal.

Todas las personas que sean propietarias de establecimientos de comercio, cualquiera que sea su naturaleza, incluso las entidades sin animo de lucro, deben matricularse sus establecimientos de comercio.

Así mismo se deben matricular las sucursales de sociedades extranjeras.

En cuanto a la inscripción de actos, libros y documentos el art. 28 y 29 del C.Co. establecen los actos sujetos a registro y las reglas a seguir para su registro.

IMPORTANCIA Y BENEFICIOS DE LA MATRICULA MERCANTIL

- Permite acreditar la condición de comerciante y determina la prueba de cumplimiento de un deber profesional.
- Es una fuente de información comercial a la que pueden acudir quienes deseen conocer la actividad del comerciante, sus referencias y su solvencia particular.
- Facilita el proceso de inscripción en el registro de proponentes.
- Facilita contactos comerciales directos con proveedores y clientes.
- Permite ingresar a la gran base de datos de la cámara de comercio de Bogotá.
- Es prerequisite para la admisión a concordatos preventivos.
- Facilita la celebración de negocios con los sectores público y privado.

DONDE DEBE REALIZARSE LA MATRICULA

En la cámara de comercio correspondiente al lugar del domicilio del comerciante o al de funcionamiento de la sucursal, agencia, o establecimiento, según el caso.

RENOVACIÓN DE LA MATRICULA MERCANTIL ART 33 C.Co.

- Tanto la matricula del comerciante como la de sus establecimientos deberán renovarse anualmente

dentro de los meses de enero a marzo.

- El objeto de la renovación es actualizar la información que reposa en el registro.
- El cumplimiento de esta obligación conlleva a mantener las ventajas que se obtienen con la matrícula.

CANCELACION DE LA MATRICULA MERCANTIL

La persona natural que ha dejado de ejercer el comercio debe cancelar su matrícula mediante solicitud inscrita y reconocida ante notario público o juez. O en su defecto ante el secretario de la cámara de comercio.

Definición y naturaleza jurídica DE LA CAMARA DE COMERCIO:

Según el Artículo 78 del C.Co. las cámaras de comercio son instituciones de orden legal con personería jurídica creadas por el gobierno nacional de oficio o a petición de los comerciantes del territorio de donde hayan de operar. Dichas entidades serán representadas por sus respectivos presidentes .

Para su creación el gobierno tendrá en cuenta las condiciones económico sociales, la importancia comercial y las necesidades de la región donde hayan de operar, también deberá tener en cuenta además los siguientes requisitos:

- Que la solicitud de creación este respaldada por no menos del 50% de los comerciantes matriculados en la cámara de la región sin que el número de estas pueda ser inferior a 150.
- Que la nueva cámara de comercio cuente por lo menos con 50 solicitudes formales de afiliación.
- Que los interesados comprueben con estudios fehacientes, que la nueva cámara de comercio tendrá un presupuesto anual no inferior a \$ 500.000.00., M/cte.
- No obstante lo dispuesto en el literal a, la cámara o cámaras afectadas deben conservar por lo menos el 80% de sus matriculados, de sus afiliados, y del presupuesto correspondiente al año inmediatamente anterior.

El procedimiento se adelantara ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

JURISDICCION

El artículo 79 del C.Co. en su inciso segundo preceptúa El gobierno nacional determinara la jurisdicción de cada cámara teniendo en cuenta la continuidad geográfica y los vínculos comerciales de los municipios que agrupare, dentro de la cual ejercerá sus funciones.

FUNCIONES DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO

Las funciones de las cámaras son de diferente índole y son:

funciones relativas a la administración de justicia

la ley le ha dado las siguientes:

- Designar el arbitro o árbitros, o los amigables, componedores en caso de conflictos, cuando los particulares lo soliciten.

- Servir de tribunales de arbitramento para resolver las diferencias que les encomiendan, en cuyo caso el tribunal se integrara con todos los miembros de la junta directiva.
- Prestar sus buenos oficios a los comerciantes para ser arreglos entre acreedores y deudores, como amigables componedores.

Respecto a las costumbres mercantiles

Corresponde a las cámaras recopilarlas en los lugares de su jurisdicción y certificar sobre las mismas. A constituido un acierto el encomendar esta función a las cámaras, puesto que el contacto permanente con el mundo mercantil y su conocimiento practico, las capacita, mas que ninguna otra entidad, para su investigación y certificación.

funciones de promoción del desarrollo,

Con las referentes a aspectos culturales y socioeconómicos, la cámara actúa en actividades de información, coordinación canalización y promoción como las siguientes:

- Servir de órgano de los intereses generales del comercio ante el gobierno y ante los comerciantes mismos.
- Adelantar investigaciones económicas sobre aspectos específico del comercio interior y exterior y formular recomendaciones a los organismos estatales y semioficiales encargados de la ejecución de los planes respectivos.
- Prestar servicios de información comercial.
- Organizar exposiciones y conferencias, editar o imprimir estudios o informes relacionados con sus objetivos.
- Promover el desarrollo regional y participar en programas nacionales de esta índole.
- Promover la enseñanza comercial e industrial a través de los cursos especializados, conferencias y publicaciones.

funciones relativas al registro mercantil y de proponentes.

REGISTRO MERCANTIL

Es una institución a cargo de las cámaras de comercio, a través de las cuales por virtud de la ley se da publicidad a ciertos actos de los comerciantes que deben ser conocidos por la comunidad.

Básicamente el registro mercantil comprende tres aspectos fundamentales: la matricula mercantil, la inscripción de libros actos y documentos y la certificación de los actos escritos.

CARACTERISTICAS DEL REGISTRO MERCANTIL

- El registro mercantil es público.
- Es un registro reglado
- Es obligatorio.

- Es llevado por las cámaras de comercio.

FUNCIONES Y EFECTOS DEL REGISTRO MERCANTIL

- Publicidad y oponibilidad
- Garantía de autenticidad documental
- Prueba de los actos y documentos inscritos

MATRICULA MERCANTIL

Con la matricula se pretende dar a conocer a los terceros ciertas condiciones personales del comerciante y circunstancias en que se desarrolla sus negocios. Es por ello que en el formulario de matricula se debe dar cumplimiento a los requisitos exigidos en el artículo 32 del C.Co.

Quienes se matriculan .

Tienen la obligación de matricularse las personas naturales que ejerzan profesionalmente el comercio (individualmente, en sociedad de hecho, o en copropiedad), todas las sociedades civiles y comerciales, las empresas asociativas de trabajo y la empresa unipersonal.

Todas las personas que sean propietarias de establecimientos de comercio, cualquiera que sea su naturaleza, incluso las entidades sin animo de lucro, deben matricularse sus establecimientos de comercio.

Así mismo se deben matricular las sucursales de sociedades extranjeras.

DONDE DEBE REALIZARSE LA MATRICULA

En la cámara de comercio correspondiente al lugar del domicilio del comerciante o al de funcionamiento de la sucursal, agencia, o establecimiento, según el caso.

RENOVACIÓN DE LA MATRICULA MERCANTIL ART 33 C.Co.

- Tanto la matricula del comerciante como la de sus establecimientos deberán renovarse anualmente dentro de los meses de enero a marzo.
- El objeto de la renovación es actualizar la información que reposa en el registro.
- El cumplimiento de esta obligación conlleva a mantener las ventajas que se obtienen con la matricula.

CANCELACION DE LA MATRICULA MERCANTIL

La persona natural que ha dejado de ejercer el comercio debe cancelar su matrícula mediante solicitud inscrita y reconocida ante notario público o juez. O en su defecto ante el secretario de la cámara de comercio.

BIBLIOGRAFÍA

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-14. del 25 de enero de 1994, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

_____. Sentencia No. T-492/93 del 28 de octubre de 1993, Expediente T-16806, Magistrado Ponente

Dr. Antonio Barrera Carbonell.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL AGRARIA. Referencia: Expediente No. 6065 del 6 de junio de 1996, Magistrado Ponente Dr. Pedro Lafont Pianetta.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal – Pruebas Procesales. Tomo II, 10ª Edición, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1994.

Ley 256 de 1996.

PACCHÓN, Manuel. Acción de Desconocimiento de Derechos Exclusivos y Acción de Competencia Desleal. En Revista de Derecho Mercantil No. 8 Colegio de Abogados Comercialistas. Editorial Temis, Bogotá, 1988.

RIPERT, George. Tratado Elemental de Derecho Comercial. Tomo 1. Tipografía Editora Argentina, 2ª edición, Buenos Aires, 1954. Pg. 19.

SMITH, Adam. Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las Naciones. Fondo de Cultura Económica. 3ª reimpresión en Español, México, 1982. Pg. 17.

CODIGO DE HAMMURABI, Traducción de Alfonso Reyes Echandía, publicación Universidad Externado de Colombia.

ASCARELLI, Tulio. INICIACION AL ESTUDIO DEL DERECHO MERCANTIL, Edit. Bosch, Barcelona 1962, pág. 33.

VICENTE, Agustín y GELLA. INTRODUCCION AL DERECHO MERCANTIL COMPARADO, Editora Nacional, México, 1956, 2a. Edición. pág. 38.

FORO COLOMBIANO, Mayo de 1.971, Tomo IV, Nro. 23, pág. 532.

PROYECTO DE REFORMA AL CODIGO DE COMERCIO, en Supersociedades Hoy Nro. 3, edición Superintendencia de Sociedades, Santafé de Bogotá D.C. 1.993.

Proyecto de Ley Nro. 119 de 1993, en Semanario del Derecho y La Justicia Nro. 6, Edición Ministerio de Justicia y del Derecho Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Santafé de Bogotá D.C. Diciembre de 1993.

Sobre el particular puede consultarse también: BROSETA PONT MANUEL, Manual de Derecho Mercantil, Editorial Tecnos, Madrid España 1.978.

GARRIGUEZ JOAQUIN. Derecho Mercantil, Edición Temis, Bogotá, 1987, 7a. Edición págs. 4 y ss.

GARRIGUEZ JOAQUIN. Op. cit. pag 20

BROSETA PONT, Manuel. Op. cit. pag.56

MORALES CASAS, Francisco. Fundamentos De La Actividad y Los Negocios Bancarios, Análisis Institucional, Legal, Operativo De La Banca Y Su Entorno, Ediciones Jurídica Radas, Santafé de Bogotá D.C., 2ª de., 1.995., pag 438 y ss .

Actualmente \$14´175.766 moneda corriente.

Actualmente \$23´626.275 moneda corriente. Montos de inembargabilidad vigentes hasta el 30 de septiembre

de 2000, emitidos mediante circular Nro. 126 del 6 de Octubre de 1999 por la Superintendencia Bancaria.

"La quiebra del C. de Co. y el concurso de acreedores del C.P.C., son procesos derogados por la Ley 222 de 1995. Debe enterarse, por consiguiente, que el artículo se refiere a la apertura del trámite de liquidación obligatoria" (Nota del artículo 1385 C. de Co. Legis – Colección Códigos Básicos. Cuarta Edición año 2000).

ART. 10.– Son comerciantes la personas que profesionalmente se ocupan de algunas de las actividades que la ley considera mercantiles.

La Calidad de comerciantes se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona.

art. 1.502 C. C. Para que una persona se obligue a otra por acto o declaración de voluntad es, necesario: 1) Que sea legalmente capaz; 2) que concienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3) que recaiga en un objeto lícito; 4) que tenga una causa lícita. ...

Art. 1.504 C.C. Son absolutamente incapaces los dementes, impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito.

Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción . Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinadas en las leyes

Tácitamente derogado por la Ley 27 de 1977 y Ley 222 de 1995.

La quiebra del C. de Co. y el concurso de acreedores fue derogado por la ley 222 de 1995. Actualmente debe enterarse como trámite de liquidación obligatoria.

Hoy suspendido por Ley 550 de 1999, que establece acuerdo de reactivación y reestructuración empresarial al que pueden acceder siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos en el art. 6º inciso 3º de la Ley en mención)

Esta cifra fue reajustada, por el art. 11 Nral. 5 del Dto. 2153 de 1992, el cual la fija hasta el equivalente de diecisiete (17) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción.

La Constitución Política de 1991, establece que es una obligación genérica y no solo de los comerciantes.

. SMITH, Adam. Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las Naciones. Fondo de Cultura Económica. 3ª reimpresión en español. México 1982. Pg. 17.

. RIPERT, George. Tratado elemental de Derecho Comercial. Tomo 1, Editora Argentina. 2ª edición. Buenos aires, 1954. Pg. 19.

, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T-492/93 del 28 octubre /93. Expediente T-15806. Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA. Ref. Expediente No. 6065, 6 junio 1996 Magistrado P. Dr. Pedro Lafont Pianetta.

. PACHÓN, Manuel. Acción de desconocimiento de derechos exclusivos y acción de competencia desleal. En

Revista de Derecho Mercantil No. 8. Colegio de Abogados Comercialistas. Editorial Temis, Bogotá, 1988.

. Ley 256 de 1996, art. 2°. Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que realicen (sic) en el mercado y con fines concurrenciales.

. Ley 256 de 1996, art. 3°. Esta ley se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado.

. Ley 256 de 1996, art. 41°. Esta ley se le aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano.

. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-14, enero 25 de 1994. M. P. Dr. José Gregorio Hernandez Galindo.

. Artículo 27 del C. C.

. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal – Pruebas Procesales. Tomo II. 10ª edición, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1994. Pg. 549.