PRINCIPIOS DE DERECHO COMERCIAL

RAMÓN E. MADRIÑÁN DE LA TORRE
YOLIMA PRADA MÁRQUEZ

Duodécima edición

EDITORIAL TEMIS
OBRAS JURÍDICAS

PRINCIPIOS
DE DERECHO COMERCIAL

Madriñán de la Torre, Ramón Eduardo

Principios de derecho comercial / Ramón Eduardo Madriñán de la Torre. -- Duodécima edición. -- Bogotá : Editorial Temis, 2018.

336 páginas ; 17 x 24 cm.

Incluye índices.

ISBN 978-958-35-1172-1

1. Derecho comercial - Colombia 2. Derecho comercial - Historia - Colombia I. Tít.

346.07 cd 21 ed.

A1591210

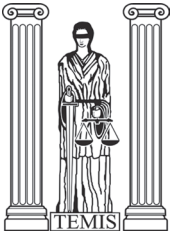
CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

RAMÓN EDUARDO MADRINÁN DE LA TORRE
Profesor de Derecho Comercial en la Pontificia Universidad Javeriana
y en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

YOLIMA PRADA MÁRQUEZ
Profesora y miembro del grupo de investigación en Derecho Privado
de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana

PRINCIPIOS DE DERECHO COMERCIAL

Duodécima edición,
complementada y actualizada



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2021



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

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

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

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

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

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

© Ramón Eduardo Madriñán de la Torre, 2021.
Yolima Prada Márquez, 2021.
© Editorial Temis S. A., 2021.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 978-958-35-1172-1
2938 20180012450
ISBN e-book 978-958-35-1497-5

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.
Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

LOS AUTORES

Ramón Eduardo Madriñán De la Torre. Doctor en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y profesor de Derecho Comercial desde 1966 en la carrera de Ciencias Jurídicas de dicha universidad. Fue profesor de esa misma materia en la facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. También fue Director del Instituto de Investigaciones y Estudios Jurídicos de la Pontificia Universidad Javeriana, al igual que Miembro del Consejo de Regentes de dicha institución.

Ha sido Conjuez de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. También, Superintendente Bancario y Secretario General del Ministerio de Hacienda.

Se ha desempeñado como árbitro y amigable componedor de la Cámara de Comercio de Bogotá y de la de Cali, así como miembro de la Sala General de la Superintendencia de Valores y de la Sala de Revisión del Tribunal Disciplinario del Autorregulador del Mercado de Valores.

Ha publicado, entre otras obras, las siguientes: *La costumbre comercial* (tesis de grado), Bogotá, Editorial La Meta, 1962. *Principios de derecho comercia*l, Editorial Temis, Bogotá, 1980, 1983, 1986, 1990, 1993, 1995, 1997, 2000, 2004, 2007 y 2013 "Sociedades civiles y mercantiles", en el *Libro Homenaje al profesor Mantilla Molina*, México, Editorial Porrúa, 1986. "Sociedades de economía mixta", en el *Libro Instituciones de derecho comercial colombiano*, Medellín, 1987. "Cartas de crédito contingente", en el *Libro Homenaje al doctor Carlos Holguín Holguín*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1996. *Libro en homenaje a Juan Carlos Félix Morandi*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 2001. "La empresa unipersonal", en el *Libro en homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, Editorial Mc Graw-Hill, 2001. "De los códigos decimonónicos a la Ley Uniforme de Comercio Electrónico", en *Libro Centenario del Código de Comercio Venezolano*, Caracas, Ediciones Academia de Jurisprudencia de Venezuela, 2004.

Ha colaborado con artículos sobre temas comerciales, bancarios y de seguros en: Vniversitas, Revista Asecolda, Revista Cámara de Comercio de Bogotá, Revista Superintendencia Bancaria, Revista Española de Seguros (Madrid), Revista de Derecho Mercantil (Santiago de Compostela) y Revista de Derecho Privado UNAM, México.

Pertenece al Colegio Nacional de Abogados Comercialistas, así como al Colegio de Abogados Javerianos, a la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (Filial Colombiana de A.I.D.A.). Académico Honorario de la Academia Nacional de Seguros e Previdencia, Sâo Pablo, Brasil.

Yolima Prada Márquez. Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Hizo estudios de posgrado en Derecho Comercial en la Universidad de los Andes. Ha sido profesora titular de Obligaciones, Derecho Comercial, Sociedades, Contratos y Títulos Valores en la Universidad de los Andes y la Universidad Javeriana. Es autora de varios capítulos de las obras colectivas Derecho de las obligaciones (Universidad de los Andes), Realidades y tendencias del derecho en el siglo xxi (Universidad Javeriana), Gestión de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito académico universitario, Unidad del derecho privado en la regulación del acto jurídico: el saneamiento de la ineficacia, publicado en esta misma colección junto con el Dr. Jorge Cubides Camacho, y de numerosos artículos para publicaciones especializadas. Fue Vicepresidenta Jurídica de la Organización Industrial Lloreda Caicedo, Directora del Área Jurídica de la Fundación Social y ha pertenecido a diferentes bufetes de abogados. Actualmente tiene su oficina particular de asesoría y consulta.

PRESENTACIÓN

Es innecesario poner de relieve la sobresaliente trayectoria profesional del profesor Ramón Eduardo Madriñán De la Torre. Dedicado desde 1976 al ejercicio independiente de la abogacía, en especial en cuestiones financieras y de seguros, el profesor Madriñán ha sido conjuez del Consejo de Estado, como lo es en la actualidad de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, actividad judicial a la cual también estuvo vinculado al comienzo de su carrera, como juez municipal. A ello suma su previa experiencia como funcionario público gubernamental, que incluyó ser secretario general del Ministerio de Hacienda y Superintendente Bancario, en la época de la denominada por algunos "reforma financiera de 1974" y de la promulgación de la ley de colombianización de la banca, así como su participación en comisiones de expertos integradas por el Gobierno para la reforma del Código de Comercio y de la legislación financiera, en este último caso después de la crisis de 1982. Es también un reconocido árbitro.

Gracias a la experiencia acumulada a través de su ejercicio profesional, unida a una sólida formación, concurren en él dos condiciones básicas para la enseñanza del derecho. La primera se refiere al conocimiento de la realidad de la actividad que es materia de las normas mercantiles, y que nadie menos que César Vivante consideraba indispensable; y la otra a la comprensión del llamado "derecho vivo", pues no en vano el cielo de los conceptos jurídicos surge de una irónica parodia de la alegoría de la caverna. Con esos requisitos técnicos, por llamarlos así, concurren otros atributos, que hacen de él un verdadero docente, en el sentido originario del término: la coherencia, derivada de su ética personal, entre su práctica profesional y sus lecciones de cátedra, sin la cual mal puede guiarse o conducirse con autoridad al abogado en formación; y su generosidad intelectual con quienes somos sus discípulos, y de la cual dan cuenta los largos años de dedicación ininterrumpida a la cátedra y su producción bibliográfica, inspirada en sus clases.

El profesor Madriñán es profesor titular de Derecho Comercial General de la Pontificia Universidad Javeriana desde 1962, cuando, recién graduado con una tesis sobre la costumbre comercial, sucedió en esa cátedra a su director de tesis y profesor de la materia, José Gabino Pinzón; y durante quince años fue profesor titular de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio de Nuestra

Señora del Rosario de Derecho Comercial, Parte general, de Sociedades y de Instituciones financieras. Casi veinte años después de iniciar su labor profesoral, publicó en 1980 la primera edición de este libro, *Principios de derecho comercial*, para beneficio de los estudiantes y estudiosos de la materia a través de las once ediciones que completa ahora.

Aporte significativo que se destaca aquí, se refiere a los denominados "estatutos excepcionales" propios de los establecimientos de crédito y demás sociedades sometidas a la vigilancia de la actual Superintendencia Financiera, tema que fue él quien puso de relieve por primera vez en nuestro medio, y cuya importancia conceptual y práctica es evidente para cualquiera que tenga que trasegar con el funcionamiento de esa clase de empresarios. Haber reparado en esa especificidad muestra, otra vez, la importancia de la obra del profesor Madriñán; por eso, sin perjuicio de entretenerse con las más o menos intermitentes discusiones teóricas acerca del ámbito propio del derecho civil, el derecho común, frente al derecho comercial, es conveniente seguir su perspicaz ejemplo y no perder de vista las numerosas e importantes facetas de la actividad empresarial que, por razones históricas diversas, se sustraen con mayor o menor intensidad del Código de Comercio, máxime en medio de la decantación de lo que significa la constitucionalización actual en el ámbito de la actividad empresarial, independientemente del grado y forma de la intervención estatal sobre y en determinados sectores, y habida cuenta de que para algunos de ellos, de gran importancia en la vida económica, se han establecido legalmente, además, las respectivas Comisiones de Regulación.

Pues bien, este libro, que en buena hora el profesor Madriñán ha reeditado, es la muestra, no sólo de su conocimiento del derecho mercantil y de su vocación académica, sino de su compromiso con la formación de abogados, el cual siempre ha abordado con su espontánea y grata sencillez y afabilidad. He sido alumno del profesor Madriñán y fue uno de mis examinadores de grado; y a ello debo agregar que me cuento entre los numerosos discípulos a quienes ha distinguido con su afecto, en mi caso, como una gentil continuación de la amistad que tuvieron con mi padre. Por esa razón, al respeto que le profeso uno mi gratitud y mi recíproco afecto, y me llena de alegría que me haya hecho el honor de invitarme a presentar esta undécima edición.

Jorge Pinzón Sánchez
Bogotá, enero de 2013

ÍNDICE GENERAL

PÁG.

Presentación IX

CAPÍTULO I

DEFINICIÓN DE DERECHO COMERCIAL

1. Dificultad para adoptar una definición de "derecho comercial" 1
2. Observaciones a su definición etimológica 1
3. Definición adoptada 3

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO COMERCIAL

1. Ausencia del derecho comercial en la época romana 5
2. Etapas en la evolución del derecho comercial 6
3. Orígenes del ordenamiento en la Edad Media 7
4. La costumbre y las corporaciones de mercaderes 8
5. La doctrina 9
6. Las manifestaciones legislativas 10
7. El Código de Comercio francés y las modificaciones del sistema 11
8. El derecho comercial en España, Alemania, Suiza e Italia 13
   A) España 13
   B) Alemania 14
   C) Suiza 14
   D) Italia 14
9. Consideraciones sobre el sistema anglosajón 15
10. Cuadro sinóptico de los sistemas contemporáneos 16
11. Nuevas orientaciones 18
12. Intervencionismo y dirigismo 20
13. El derecho de la integración 22
14. El derecho comercial en el cambio de siglo 22
15. De las instituciones en particular 24
16. Retos que se anticipan al derecho comercial de la posmodernidad 26

Capítulo III

HISTORIA DEL DERECHO COMERCIAL EN COLOMBIA

PÁG.

1. El período colonial 29
2. Los primeros años de la nación independiente 29
3. Código del Estado de la Nueva Granada..... 30
4. Los códigos estatales y el Código Marítimo de la nación..... 31
5. Unificación de la legislación nacional..... 31
6. Reformas y adiciones 32
7. Decreto 410 de 1971 33
8. Disposiciones posteriores..... 34

Capítulo IV

CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO COMERCIAL

1. Importancia del tema..... 41
2. Formación consuetudinaria 41
3. Tendencia a la internacionalización 43
4. Carácter profesional 45
5. Ordenamiento especial..... 47

Capítulo V

FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO

1. Definición..... 51
2. El Código Civil 52
3. Ley, costumbre, jurisprudencia y doctrina 53
4. La ley mercantil..... 55
5. El principio de la autonomía de la voluntad..... 56
6. La costumbre. Sus elementos, requisitos y clases..... 58
7. Prueba de la existencia de la costumbre..... 66
8. Jerarquía de las fuentes formales 71
9. Auxiliares del intérprete..... 74
10. Costumbre y analogía..... 77
11. Casabilidad de las sentencias violatorias de la costumbre..... 77
12. La costumbre y los usos convencionales o contractuales 79
13. Las fuentes en el derecho internacional 82

Capítulo VI

EL ACTO DE COMERCIO Y LA EMPRESA MERCANTIL

PÁG.

1. El acto de comercio y su importancia en el sistema objetivo 87
2. La llamada "teoría del acto de comercio" 88
3. Elementos del acto de comercio 89
4. Su tratamiento en el Código colombiano 91
5. Clasificaciones 95
6. La empresa mercantil 97
7. El acto ilícito mercantil 107

Capítulo VII

EL COMERCIANTE

1. Sujetos del derecho mercantil 109
2. Criterios para determinar la calidad de comerciante 109
3. Capacidad y habilidad 113
4. Régimen legal en la capacidad 114
5. Inhabilidades para ejercer el comercio 117
6. Ejercicio del comercio por incapaces 118
7. Consecuencias de la incapacidad y de la inhabilidad 120
8. Pérdida de la calidad de comerciante 123
9. Clases de comerciantes 124
10. Obligaciones profesionales del comerciante ordinario 136
11. Obligaciones de los comerciantes sometidos a un estatuto excepcional 145
12. Responsabilidad en el ejercicio del comercio 145

Capítulo VIII

EL REGISTRO PÚBLICO DE COMERCIO

1. Necesidad de información a los terceros sobre actos o circunstancias en que pueden tener interés 149
2. Del registro público en general 150
3. Evolución histórica 150
4. Evolución legislativa en Colombia 153
5. Sistemas vigentes 153
6. Actos y circunstancias sujetos a registro 156
7. Entidades encargadas de llevar el registro público de comercio 160
8. Lugar, forma y oportunidad del registro 161
9. Finalidad del registro mercantil 167

PÁG.

10. Sanciones por la omisión del registro 173
11. Extensión del registro a circunstancias no mercantiles 176

CAPÍTULO IX

LA CONTABILIDAD MERCANTIL

1. Su importancia y finalidad 177
2. Regulación legal 178
3. Reserva y exhibición de los libros de contabilidad 187
4. Eficacia probatoria de los libros de contabilidad 193

CAPÍTULO X

LAS CÁMARAS DE COMERCIO

1. Antecedentes históricos 199
2. Historia de las cámaras de comercio en Colombia 200
3. Organización de las cámaras de comercio 200
4. Régimen de vigilancia administrativa y fiscal 204
5. Funciones de las cámaras de comercio 206
6. Naturaleza jurídica de las cámaras de comercio 208
7. Confederaciones de cámaras de comercio 212

CAPÍTULO XI

EL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

1. Terminología 215
2. Nociones etimológicas, doctrinales y legales 216
3. Integración del establecimiento de comercio 218
4. Conjunto de bienes 220
   A) Bienes muebles 220
   B) Bienes inmuebles 221
   C) Bienes incorporales 223
5. La organización 226
6. Naturaleza del establecimiento de comercio 228
7. Del arrendamiento del local comercial 235
8. Operaciones sobre el establecimiento de comercio 247
   A) Enajenación 248
   B) Prenda de un establecimiento de comercio 252
   C) Anticresis 253

PÁG.

D) Usufructo y constitución de otros derechos reales 253
E) Modificaciones al derecho de administrar el establecimiento..... 254
F) Establecimiento de comercio como prenda de las obligaciones del empresario 257

CAPÍTULO XII

LA EMPRESA UNIPERSONAL

1. Antecedentes 261
2. Regulación legal 269
A) Finalidad de la institución 269
B) Condiciones de existencia y validez 270
C) Formalidades 272
3. El nuevo sujeto 274
A) Nombre 275
B) Domicilio 276
C) Patrimonio 276
D) Capacidad y representación legal 276
E) Nacionalidad 279
4. Desestimación de la personalidad jurídica 280
5. Condición de comerciante 282
6. Régimen del patrimonio 282
7. Utilidades 283
8. Prohibiciones especiales 284
9. Conversiones 286
10. Terminación de la empresa unipersonal 288
11. Otras normas aplicables a la empresa unipersonal 289
Índice de autores 293
Índice de disposiciones 295

Capítulo I

DEFINICIÓN DE DERECHO COMERCIAL

1. Dificultad para adoptar una definición de "derecho comercial"

La expresión *derecho comercial* suscita la idea de un conjunto de normas jurídicas que se diferencian de otros ordenamientos y que regulan una parte de las relaciones sociales. Conocida de antemano la noción de *derecho*, corresponde precisar los límites que determinan el adjetivo calificativo *comercial*, por cuanto esos límites especifican el género *derecho* y nos permiten distinguir la noción en estudio de sus demás especies.

La circunstancia de que la palabra *comercial* tenga diferente sentido, según se emplee para aspectos puramente económicos o para aspectos jurídicos, ha alejado a algunos autores del empeño de definir los términos *derecho comercial*, para limitarse a descubrir ciertos aspectos o calidades evidentes en el ordenamiento[1].

2. Observaciones a su definición etimológica

Otros autores, por el contrario[2], insisten en el esfuerzo de buscar una definición. Así, Alfredo Rocco parte inicialmente de una definición etimológica, dada por el sentido gramatical de las palabras: "Es el conjunto de normas jurídicas por las que se rigen las relaciones nacidas de la industria comercial"[3]. Como en esta definición los términos *industria comercial* equivalen a la etapa económica intermedia entre la producción y el consumo, el autor manifiesta a continuación que la noción expuesta abarca algo menos e igualmente algo más de lo que la simple idea sugiere

[1] En Colombia, José Gabino Pinzón, *Introducción al derecho comercial*, Bogotá, Edit. Temis, 1966, cap. I.

[2] Rocco, Ripert, Malagarriga.

[3] Alfredo Rocco, *Principios de derecho mercantil*, México, Editora Nacional, 1960, pág. 3.

de ser reguladora de las relaciones nacidas de la etapa económica mencionada[4]. En efecto, hay relaciones surgidas del comercio que ponen en contacto a quienes las realizan, con funciones específicas del Estado y que, por lo tanto, son reguladas por el *derecho administrativo.* Otras revisten aspectos tributarios y su disciplina corresponde al *derecho fiscal.* Pero las hay también que tocan con la obligación estatal de reprimir las conductas contrarias al orden social y caen en el campo del *derecho penal*. Hay pues, aspectos de la actividad mercantil que no son materia de regulación por el *derecho comercial*.

Pero, de otra parte, el derecho comercial comprende algo más. Muchas de sus reglas se encaminan a regular situaciones originadas en la industria fabril, en algunos aspectos de la actividad extractiva, en el transporte, en el crédito, en los servicios, en la generación y explotación de intangibles, etc.[5], en virtud de que la ley o la costumbre los han adicionado al factor simplemente comercial, para comprenderlos dentro del ámbito del ordenamiento.

Hechas estas aclaraciones, Rocco pasa a definir el derecho comercial en los siguientes términos: "Conjunto de normas jurídicas reguladoras de relaciones entre particulares, nacidas de la industria comercial o asimiladas a estas, en cuanto a su disciplina jurídica y ejecución judicial"[6].

La definición que acabamos de transcribir, menos incompleta que la original, sugiere, sin embargo, otras aclaraciones a las ya formuladas, al menos la que responde a la pregunta de cuáles son las relaciones nacidas de actividades asimiladas al comercio.

La dificultad inherente a la definición que se busca, radica tanto en el hecho de que el ámbito social regulable por el derecho comercial no ha sido siempre el mismo, como en la circunstancia de que, como ordenamiento diferenciado, no siempre ha existido y, además, puede darse el caso, según el sistema que se adopte en un país y no obstante presentarse múltiples situaciones que pueden clasificarse como comerciales, de que no exista el ordenamiento como tal[7]. Y es que, según dice Ascarelli, en la dicotomía derecho común-derecho comercial se enfrentan categorías históricas antes

[4] Del mismo criterio es Emilio Langle, *Manual de derecho mercantil español*, t. I, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1950, pág. 13.

[5] Jauffert, *Manuel de droit commercial*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973, pág. 7.

[6] Ob. cit., pág. 5.

[7] "[...] Sin embargo, esta dualidad no siempre ha existido (ella era desconocida en el derecho romano) y actualmente no existe en todos los países (Inglaterra solo conoce un derecho único) [...]". Jauffert, ob. cit., pág. 8.

que categorías ontológicas[8]. Como prueba de ello se puede citar el Código Civil italiano de 1942 influido por las ideas fascistas imperantes en la coyuntura histórica que favoreció su expedición, de la misma manera que el Código de Comercio de Napoleón fue inspirado en los principios de libertad e igualdad que se impusieron en la Revolución francesa.

Efectivamente, en un principio todos los frentes económicos fueron regidos por el *derecho común*, pero las necesidades que impuso el desarrollo y la incapacidad en que estuvo en un momento dado el derecho común de algunos países para comprenderlas y regularlas, exigieron la creación de reglas especiales con formas diferentes, las cuales, con el tiempo, por su cantidad e importancia, constituyeron un ordenamiento digno de consideración particular.

Ese nuevo ordenamiento, de formación eminentemente empírica, en la medida que daba respuesta a los requerimientos del progreso mediante nuevas formas y nuevas instituciones, enriquecía su propio campo de aplicación con formulaciones legales o consuetudinarias, que aumentaron el ámbito de vigencia y que hoy constituyen el *derecho comercial* o *mercantil* que trata de definirse.

3. Definición adoptada

Aclarados estos aspectos, la definición de *derecho comercial* que nos ofrece Roberto Mantilla Molina parece que es rigurosamente acertada. Para dicho autor, el derecho comercial es "[...] el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, y regulan estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos"[9].

Esta definición, que concuerda en su esencia con la que el mismo autor cita de Valeri, circunscribe también con términos exactos el aspecto académico de los cursos que se siguen en las universidades.

En efecto, en ellos se estudian los medios con los cuales se expresa el ordenamiento (fuentes formales del derecho comercial), los aspectos que tales medios enuncian como mercantiles (teorías del acto de comercio), el régimen propio de dichos actos (obligaciones y contratos), en fin, el sujeto que actúa en forma preponderante dentro del ordenamiento y las

[8] Ascarelli, *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1964, pág. 90.

[9] Mantilla Molina, *Derecho mercantil*, México, Edit. Porrúa, 1971, pág. 23.

instituciones relacionadas con este (el comerciante, su estatuto, cámaras de comercio, contabilidad mercantil y el régimen de insolvencia para la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo).

Para comprender los puntos que se han enunciado en forma especial, debe atenderse a dos criterios: el histórico, que nos muestra el nacimiento y la evolución del derecho comercial, y el sistemático, que estudia los aspectos institucionales en sí mismos.

Capítulo II

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO COMERCIAL

1. Ausencia del derecho comercial en la época romana

La observación expuesta en el capítulo anterior en relación con el hecho de que el derecho comercial no ha existido siempre como rama diferenciada del derecho común, pues su existencia depende de circunstancias especiales en la organización jurídica de cada nación, y la muy importante de que su contenido y características están determinados por el progreso y la modificación constante de los factores económicos, justifican un sucinto análisis histórico respecto de su origen y sus mutaciones en el tiempo.

Aunque el derecho comercial surge como una rama diferenciada del derecho común al promediar la Edad Media, debe tenerse en cuenta la época romana para precisar las circunstancias que determinan su ausencia en ese período, pues tales circunstancias, al faltar en los siglos posteriores, son, a su vez, la razón de su nacimiento.

En Roma, afirman los tratadistas[1], no obstante existir situaciones clasificables hoy como mercantiles, la regulación a que estuvieron sujetas no originó un ordenamiento diferenciado. Su ausencia se atribuye a dos tipos de circunstancias, unas de índole meramente económica y otras relativas a la estructura jurídica.

a) *Económicas.* 1) Inicialmente, la actividad del ciudadano romano fue de tipo fundamentalmente agrícola[2]. 2) La economía estuvo basada en la esclavitud, y es bien sabido que entre amo y esclavo no existieron situaciones jurídicas relevantes[3].

[1] Rocco, *Principios de derecho mercantil*, pág. l; Rehme, *Historia universal del derecho mercantil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, pág. 57.

[2] Rocco, ob. y pág. cits.

[3] Ascarelli, *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1964, pág. 32.

b) *De estructura jurídica.* 1) Durante muchísimo tiempo, la actividad comercial fue desarrollada por personas que no tenían la calidad de ciudadanos romanos: los peregrinos. Correspondía al *ius gentium* la reglamentación de sus relaciones[4]. 2) En la época en que el ciudadano de Roma se ocupó de aspectos mercantiles, se desarrollaba en el derecho romano el período específico de la *cognitio extraordinem*, caracterizado por las amplias facultades del pretor, quien en la aplicación del *jus civile* atemperaba sus formas rígidas con un amplio criterio de equidad y reconocimiento de la buena fe. En la etapa del *derecho honorario* o *pretorio*, sus características de flexibilidad y de agilidad permitieron al derecho común asumir cómoda y fácilmente la regulación de los nuevos fenómenos de la economía[5].

Esa adaptabilidad del derecho romano común, debida en parte al *ius gentium*, y, por otra, al *derecho honorario* o *pretorio*, hizo suficiente al sistema, sin necesidad de normas especializadas.

Pues, como anota VIVANTE, "El espíritu de equidad que informó el desarrollo de aquel derecho bastó para ser eficaz tutela del comercio, ejercido lo mismo por los ciudadanos y por los extranjeros"[6].

Con el surgimiento de la tercera etapa del derecho romano, la etapa del derecho de JUSTINIANO, se vuelve a las características de formalismo y rigidez del derecho quiritario que se prolongan por los años de decadencia del Imperio y coinciden, después de la caída de Roma, con la depresión en la actividad económica.

2. ETAPAS EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO COMERCIAL

La Edad Media es la época del nacimiento del derecho comercial. A partir de ella y hasta nuestros días, se suscita una evolución en el ordenamiento que, estudiada al menos en sus hitos más notables, permite una amplia aproximación al tema materia de este curso y complementa, como antes dijimos, el estudio sistemático de sus instituciones.

Aunque de la historia del derecho comercial se han hecho varias divisiones atendiendo a muchos hechos importantes ocurridos en ella, la más clara es,quizás, la relativa a los sistemas característicos de cada época.

[4] REHME, ob. y pág. cits.

[5] ROCCO, ibídem; REHME, ob. y pág. cits.

[6] CESARE VIVANTE, *Tratado de derecho mercantil*, vol. I, Madrid, Editorial Reus, 1932, pág. 21.

Así, la historiadel derecho mercantil puede dividirse en dos etapas: período subjetivo y período objetivo. Como apéndice de esa división pueden agregarse, para los últimos años, una tercera etapa que cabe denominar "del dirigismo estatal[7] y los ordenamientos excepcionales", y una cuarta que corresponde a la modalidad contemporánea de los procesos de integración económica entre las naciones, la apertura y la globalización así como el comercio electrónico, al igual que el fortalecimiento de la denominada *Lex Mercatoria* y el derecho comercial internacional que tiende a volverse cada vez más uniforme mediante la formación y aplicación de instrumentos tales como la Convención de Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980[8], los Principios de Unidroit, el proyecto de Código Europeo de Contratos, entre otros.

3. Orígenes del ordenamiento en la Edad Media

Superadas las dificultades políticas y económicas que caracterizaron la primera parte de la Edad Media, renació el tráfico mercantil, especialmente entre las ciudades del Mediterráneo. Sin embargo, el desarrollo de las actividades económicas no encontró respuesta adecuada en el ordenamiento común de la época, constituido en parte por el derecho romano, en parte por el derecho germánico de los pueblos conquistadores, y en parte por el derecho canónico. El primero carecía de la flexibilidad de la edad clásica, el segundo era excesivamente formalista, y el tercero era francamente hostil al comercio "con su condenación dogmática de la usura" (el capital en dinero debe ser improductivo; prohíbe cobrar réditos; se considera pecado la pura especulación)[9].

Estas condiciones, bien distintas de las señaladas en la época romana, exigieron una solución por fuera del orden preestablecido para disciplinar las nuevas relaciones. La solución provino de los propios comerciantes, quienes en sus continuas y crecientes relaciones fueron determinando prácticas uniformes que, hechas públicas y reiteradas con el tiempo, generaron

[7] Hamel, *Traité de droit commercial*, t. i, Paris, Dalloz, 1954, pág. 107.

[8] Adoptada en Colombia mediante la ley 518 de 1999, cuya vigencia comenzó a partir del 1º de agosto de 2002. Cabe recordar que la Convención de Viena de 1980 integró en un solo cuerpo dos instrumentos que antes estaban separados, siendo sus antecedentes las Convenciones de La Haya de 1964, siendo una de ellas la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales (LUVI) y, la otra, la Convención sobre Formación del Contrato de Compraventa Internacional de Bienes Muebles Corporales (LUF).

[9] Rehme, ob. cit., pág. 65.

costumbres con poder suficiente para normar las relaciones mercantiles. "Así surge desde un principio el derecho consuetudinario mercantil, que es donde encuentra justamente el comercio su norma especial, como un derecho de contenido análogo"[10].

4. La costumbre y las corporaciones de mercaderes

Este nuevo ordenamiento, de expresión no escrita, vino a completarse con los estatutos de las asociaciones de comerciantes (corporaciones de comerciantes), cuya misión era regular las relaciones entre los profesionales asociados en defensa de sus intereses particulares y de la profesión en general. Los aportes del derecho no escrito (consuetudinario) y los del derecho escrito, consignados en los estatutos, pronto dieron contenido al nuevo ordenamiento.

En el desarrollo de esta etapa del derecho comercial merecen mención especial las corporaciones de comerciantes o mercaderes (*Curia mercatorum*). Durante la Edad Media, los profesionales de un mismo arte u oficio se asociaron para defender sus intereses y los de la respectiva profesión. Estas asociaciones constituyeron las *corporaciones*, que cumplían funciones de protección, de disciplina y, en no pocos casos, como el de los comerciantes, de verdaderos tribunales ante los que se ventilaban diferencias no solo de tipo disciplinario, sino de derecho sustantivo.

La vinculación del comerciante a la corporación resultaba de la inscripción en *el Liber mercatorum* y en virtud de ella se adquiría, ante el naciente ordenamiento, la *calidad de comerciante*, la cual, a su turno, determinaba el *sometimiento a las normas mercantiles* y a la *jurisdicción de la corporación.* Las relaciones directas e indirectas que determinaba la inscripción, la constituyeron en la institución básica de este período. De acuerdo con ella, las demás instituciones giraron en torno a la persona del comerciante, fundando así un claro criterio subjetivo que informó todo el sistema.

En este período vale la pena realzar que, de conformidad con sus estatutos y con las disposiciones del derecho consuetudinario, correspondió a las corporaciones resolver, mediante procedimientos ágiles, los litigios que a su conocimiento se presentaban, constituyendo así la denominada *jurisdicción consular*, independiente de la *jurisdicción ordinaria estatal*.

En relación con este aspecto, conviene citar las palabras de Rehme: "La jurisdicción de las corporaciones de mercaderes, cuya importancia había

[10] Rehme, ob. cit., pág. 76.

de ser tan grande en el desenvolvimiento del derecho consuetudinario del comercio, la ejercía el presidente (consules mercatorun, el cual, en un principio, solo había tenido funciones administrativas, aquí y allá, con el concurso de escabinos. Como jueces actuaban tanto juristas como legos. De secretario judicial servía un notario. Caracteriza a esta jurisdicción un procedimiento sumario peculiar. En un comienzo su competencia estaba limitada a los asuntos de los que componían la unión; pero, por una parte, entraban también en ese fuero las causas disciplinarias y las referentes a la policía de trabajo, y, por otra, la totalidad de las relaciones de derecho privado entabladas entre los miembros (incluso, por ejemplo, las cuestiones concernientes a bienes inmuebles), así como las entabladas entre los miembros y los empleados en su negocio. Además, muy pronto se deja sentir la tendencia de las corporaciones a extender su jurisdicción más allá del círculo de sus componentes, cosa que había de producir frecuentes conflictos con la jurisdicción ordinaria de la ciudad. En la mayor parte de los casos, se encontró la solución limitando la jurisdicción especial a los negocios de la corporación, y aun así solo hasta un determinado límite de valor o cuantía de la cosa litigiosa. Mas, dentro de este límite alcanzaba también a las acciones ejercidas por personas ajenas a la corporación, contra alguno de los incluidos en ella. ¿Qué se entendía por negocios corporativos? El tal concepto no tuvo contornos fijos: variaba según el lugar y la época. Pero, de todos modos, fue desarrollándose así la noción, determinada por caracteres objetivos, de la causa mercantil, del acto de comercio, el cual estaba sujeto por sí a la jurisdicción profesional. El terreno quedaba de este modo preparado, gracias a la evolución de la jurisdicción de corporativa en comercial, para la trasformación del derecho mercantil, que de un derecho de clase había de pasar a ser en su día un derecho especial caracterizado por la materia"[11].

5. La doctrina

Con el tiempo, el derecho comercial avanza en aspectos de técnica jurídica, y surgen, al finalizar la Edad Media y en los albores de la Moderna, las primeras manifestaciones doctrinales.

La doctrina precisó los conceptos elaborados empíricamente por los propios comerciantes o reconocidos por la jurisprudencia de los tribunales consulares. Este avance en su presentación técnica adquiere pleno desarrollo con el italiano Benvenuto Stracca (1553) y su *Tratado sobre comer-*

[11] Rehme, ob. cit., pág. 68.

cio y el comerciante. A este respecto dice Rehme que "[...]es sorprendente que el derecho mercantil, así tan de pronto, en esta obra, que es su primer tratado de conjunto, haya encontrado ya una exposición con trabazones sistemáticas y buen método civilístico"[12].

A Stracca seguirán otros tratadistas como Scaccia, Turri, D'Ansaldis y Francesco Rocco[13].

6. Las manifestaciones legislativas

Hasta el año de 1560, el derecho comercial no tuvo fuente escrita distinta de los estatutos de las corporaciones. El Estado se había limitado a recoger y sancionar las compilaciones de costumbres hechas por los tribunales consulares[14].

En ese año el rey Felipe II dicta para España las Ordenanzas de Bilbao, que constituyeron la primera manifestación legislativa del derecho comercial que recoge, para esa fecha, un amplio campo mercantil, pues sus normas se extienden al comercio marítimo y al derecho de seguros. De esta obra se hicieron varias ediciones y modificaciones. De ellas la más importante es la del año 1737, sancionada por Felipe V y en la que se resume no solo la experiencia española de los últimos años sino también la que habían aportado las Ordenanzas de Luis XIV.

La segunda manifestación legislativa de importancia está constituida por las Ordenanzas de Luis XIV —dictadas la primera en el año 1673, y la segunda en 1681—, que se encaminan a regular, en su orden, lo relativo al comercio terrestre y al comercio marítimo. Mucho representan estas manifestaciones legislativas en la historia del derecho mercantil, por cuanto constituyen, desde el punto de vista de la técnica jurídica, su expresión sistemática más depurada.

Aunque subsisten en los ordenamientos citados las características del período subjetivo que comentamos, el tratamiento de las operaciones mercantiles, de las obligaciones del comerciante y demás instituciones, muestran un avance satisfactorio.

[12] Ob. cit., pág. 147.

[13] De este mismo período son las obras de Soto, *De justitia et jure*, ed. Príncipe 1568; Redino, *Codex de restitutiones*, ed. 1550, predecesores de la *Suma de tratos y contratos*, y la de Fray Tomás de Mercado, publicada en Salamanca en 1569, luego en Sevilla (1571 y 1587) y, finalmente, traducida al italiano en 1591.

[14] "[...] y tanta y tan arraigada autoridad adquirieron [...], que la paz de Constanza la declara explícitamente fuente del derecho". (Rocco, *ob. cit.,* pág. 11).

7. El Código de Comercio francés y las modificaciones del sistema

El Iluminismo y la Revolución francesa determinaron cambios fundamentales en el derecho comercial, que impusieron un vuelco total en el sistema hasta esa época conocido.

Algunos principios propios de la Edad Media y que se habían prolongado durante la Moderna, sufren un franco rechazo al difundirse las ideas de libertad, igualdad y fraternidad. Para la nueva doctrina, el sistema de las corporaciones se opone fundamentalmente a la libertad en el ejercicio de las profesiones y a la igualdad de todos los ciudadanos afectada por los privilegios que se consagran en favor de los comerciantes[15]. La oposición a las corporaciones se materializa en disposiciones legales que, primero en forma tímida y posteriormente con carácter definitivo, las dan por terminadas en Francia (Turgot, por edicto de febrero de 1776, las suprime. En noviembre del mismo año, se restablecen para algunas profesiones. Su abolición definitiva la ordena La Chapellier, por decreto de 14 de junio de 1791, cuando unos meses antes se había decretado la libertad de profesiones).

Desaparecidas las corporaciones, fue necesario adoptar criterios acordes con las nuevas doctrinas para diferenciar el derecho comercial del derecho civil. A este problema se enfrentaron los redactores del Código de Comercio ordenado por Napoleón, y para responder a él encuentran en la actividad misma de la persona conocida como comerciante el fundamento del nuevo ordenamiento.

Efectivamente, desde los orígenes mismos del derecho mercantil, la costumbre va señalando una serie de operaciones que se verifican fundamental y casi exclusivamente por quienes en virtud de la inscripción gozaban de la calidad de comerciantes. Esas operaciones se conocían como *actos de los comerciantes*, pues la relación entre ellas y quienes los realizaban era de tal naturaleza íntima, que el acto u operación sugería necesariamente la calidad del autor.

Se adopta entonces un nuevo sustento para el derecho comercial: el *acto de comercio.* El Código se instituye para regular las relaciones surgidas de actos calificados como mercantiles; la jurisdicción especial del comercio (antes consular) extiende su competencia a las obligaciones nacidas de la celebración de dichos actos por cualquier clase de personas[16], y se

[15] Ripert, *Derecho comercial*, t. I, Buenos Aires, TEA, 1954, pág. 23.

[16] En Colombia la competencia especial que se atribuía por el decr. 2273 de 1989 a algunos jueces del circuito se determinaba por la naturaleza mercantil del litigio y no por la calidad de las partes.

tiene como criterio exclusivo para determinar la calidad del comerciante el ejercicio profesional de los mismos actos (arts. 1º, 2º y 631). Queda así sustituido el *criterio profesional subjetivo* por un *criterio objetivo*: la naturaleza del acto.

Para satisfacer los fines mencionados, el Código de Comercio napoleónico enumera catorce operaciones (arts. 632 y 633), recogidas entre las comunes de la actividad de los comerciantes (compraventa de bienes muebles, de banca, de seguros, transporte, etc.) y que califica como actos de comercio.

Acerca de esto conviene citar los comentarios de Rocco:

"Cierto que la elaboración del Código se hizo a base de las dos ordenanzas de 1673 y 1681; pero fue enorme el progreso, tanto desde el punto de vista de la forma como del contenido. De lo más importante y característico de él, aun cuando no se le diera toda la importancia y relieve que merece, debemos señalar, primeramente, la innovación relativa a la aplicabilidad del derecho y la jurisdicción mercantil, cuyo alcance y valor no podrá apreciarse si no señalamos, a través de los trabajos preparatorios, las fases porque atravesara la redacción de los artículos 631 y 633, que consagran precisamente el sistema mediante el cual el derecho mercantil deja de ser derecho de los comerciantes y se convierte en derecho de los actos de comercio. Propuso la comisión redactora del primer proyecto, que se sometiese a la jurisdicción de los tribunales de comercio toda contienda que tuviera por objeto actos de comercio, y, por lo tanto, proponía: la competencia de los tribunales de comercio se fija por el hecho que motiva la contienda; proposición aprobada por algunas audiencias y tribunales, y combatida por otros que encontraron muy grave la novedad que trastornaba el sistema de la ordenanza de 1673. Mas en definitiva prevaleció un sistema que se calificó intermedio entre competencia real propuesta por la Comisión, y la personal, patrocinada por la ordenanza de 1673; pero en sustancia ello significaba la trasformación de derecho mercantil, derecho del comerciante, en derecho de los actos de comercio...

"[...]A virtud del artículo 631 del Código, la jurisdicción de los tribunales de comercio y, por tanto, el imperio del derecho comercial, se extendió: primero a toda obligación y transacción entre negociantes, comerciantes y banqueros; segundo, a todos los actos de comercio sean cualesquiera las personas que en ellos interviniesen, y los artículos 632 y 633 enumeran 14 clases de actos de comercio. Por tanto, y en sustancia con los artículos dichos, se amplía la aplicación del derecho mercantil a todos los actos de comercio, prescindiendo de la cualidad o de la profesión de los autores,

y en tal ampliación precisamente está la trasformación aludida y la objetividad del derecho mercantil. Cierto que estos artículos no abolieron las disposiciones del derecho anterior, en virtud de las cuales la jurisdicción y el derecho mercantil comprendían las relaciones entre comerciantes, por actos de comercio; pero una vez estatuido que todos los actos de comercio, cualquiera que fuese el que los realizase, se sometían a las leyes y jueces comerciales, cambia de significación aquel precepto y queda reducido a una simple presunción de comerciabilidad para los actos en que intervienen los comerciantes; es decir, se convierte en un simple apéndice de las demás disposiciones que someten a la ley mercantil todos los actos de comercio. Cuando se dice, por consiguiente, que todos los actos de comercio realizados por comerciantes o por no comerciantes serán comprendidos en el ámbito de acción del derecho y de las leyes mercantiles, se establece una norma general y absorbente que comprende todos los actos de comercio realizados entre comerciantes, frente a la cual el precepto de que todos los actos entre comerciantes quedan sujetos a la ley mercantil, queda reducido a una norma accesoria, a una simple presunción de comerciabilidad"[17].

8. El derecho comercial en España, Alemania, Suiza e Italia

Las circunstancias históricas dentro de las cuales se expide el Código francés favorecen su difusión e imitación. En la parte de la Italia conquistada tiene vigencia inmediata; otros Estados simplemente lo copian. En América su influjo es definitivo y casi exclusivo en la disciplina mercantil del siglo XIX y buena parte del actual.

Dicho Código y las manifestaciones legislativas de España, Suiza, Italia y Alemania, definen el esquema fundamental del derecho mercantil contemporáneo.

A) *España*

En el año de 1829 se sustituyen las antiguas Ordenanzas de Bilbao por un Código, redactado por don Pedro Sáiz de Andino sobre el modelo francés. Regulaba en forma bastante acertada la materia mercantil, aunque, apartándose de su modelo, adoptó un sistema mixto al exigir para determinar la calidad de comerciante, el ejercicio profesional de actos de comercio y la matrícula en el registro mercantil, simultáneamente (art. 1º). Por otra parte, el Código no tiene enumeración de actos de comercio,

[17] Rocco, ob. cit., págs. 25 y 26.

pero dispuso (art. 2º) que quedaban sujetos a la ley y a la jurisdicción mercantil, en cuanto a las obligaciones surgidas de su tráfico, las personas que ocasionalmente realizaran operaciones de dicho género. Este Código sufrió modificaciones y correcciones y fue sustituido, en 1885, por otro de fuerte carácter objetivo que centró su espíritu en el acto de comercio que, al igual que el Código anterior, ni define ni enumera (arts. 1º y 2º).

B) *Alemania*

Luego de muchos intentos para unificar la legislación mercantil, esta solo se logra después de la unificación política, en 1897, con la publicación revisada del Código de 1861 que había sido adoptado por la casi totalidad de los Estados que luego formaron el Imperio. En 1900 se dicta un nuevo Código, revisado en 1907, el cual vuelve al sistema subjetivo, pues solo rige la actividad de los comerciantes cuya calidad se adquiere ya sea por inscripción o por ejercicio profesional de actos de comercio taxativamente enumerados.

C) *Suiza*

En el año de 1881 se dicta la ley federal del derecho de las obligaciones, que cobija todo el régimen obligacional privado y que en 1911 se incorpora al Código Civil como Libro de las Obligaciones. Se consagró así la fusión el derecho civil y el derecho comercial, fusión que, como lo señala Mossa[18], falla con la reforma de 1937 cuando, por razón de los aspectos de interés internacional del derecho comercial, comienzan a desprenderse del Código único materias de puro aspecto mercantil.

D) *Italia*

Lograda la unificación, se expide en 1882 un Código de Comercio inspirado en el sistema objetivo. Este Código, que tuvo entre sus comentaristas a Cesare Vivante y Alfredo Rocco, rige hasta 1942, cuando se expide el Código Civil que debe regular la totalidad de las relaciones privadas. El nuevo estatuto recoge, de una parte, la tendencia doctrinal expuesta años antes sobre la conveniencia de la unidad del derecho privado, y, de otra, los principios corporativos del fascismo expuestos en la *Carta del Lavoro* y que en materia mercantil exaltan la empresa sobre la idea tradicional del comerciante. Al igual que en Suiza, el esfuerzo unificador, sin embargo, ha dejado por fuera normas exclusivas para aspectos cambiarios, de derecho marítimo y quiebra.

[18] *Historia del derecho mercantil en los siglos XIX y XX*, pág. 30.

9. Consideraciones sobre el sistema anglosajón

Hasta aquí se han recorrido en forma panorámica los aspectos más sobresalientes en la evolución del derecho mercantil dentro del marco del llamado *derecho continental.* Conviene hacer ahora un breve resumen de otro gran sistema jurídico universal: el anglosajón.

La orientación del derecho anglosajón es muy diferente de la del derecho continental. En él históricamente pueden distinguirse cuatro sistemas que, por lo menos, coexistieron en un momento de su evolución: el *civil law*, derecho escrito heredado de la última etapa del derecho romano; el *common law*, derecho consuetudinario de origen nativo completado y desarrollado por la jurisprudencia mediante el sistema de los precedentes judiciales; el *equity*, constituido por la conducta del Tribunal de la Cancillería para salvar la relativa inequidad eventual del anterior; y el *statute law*, típico derecho escrito formado por manifestaciones escritas (*Acts*) emanadas del Parlamento[19]. De ellos pronto desaparece el primero; luego el *common law* absorbe el *equity* y el último queda como fuente excepcional y complementaria del *common law*. La adaptabilidad del sistema consuetudinario y la agilidad que este adquiere por intermedio del juez por razón de las características del *equity* absorbido, otorgan al *common law* la aptitud necesaria para disciplinar las siempre nuevas y cambiantes exigencias del comercio. Sobre el sistema, Radbruch dice que "[...]precisamente porque conoció el espíritu del derecho romano y sus

[19] "1º) Se diferencia, primero, el *Common Law* del *Civil Law*; entonces *Common Law* equivale a *Law of England*, *Law of the Land*, y como *Civil Law* se le contrapone el derecho romano. 2º) Se diferencia *Common Law* y *Equity*; en esta contraposición se opone al derecho estricto un derecho de equidad destinado a corregirlo. 3º) Al diferenciar *Common Law* y *Statute Law*, se contrapone al derecho de los juristas contenido en las decisiones de los tribunales, el *Case Law*, el derecho casuista, el derecho de la ley, el derecho no escrito al derecho escrito.

"Por tres veces se han desprendido y hecho independientes del Consejo de la Corona, nuevos órganos formuladores del derecho y las correspondientes formas del derecho: los tribunales ordinarios, el *Common Law*, el parlamento y el *Statute Law*, y, en tercer lugar, el Tribunal de la Cancillería (*Court of Chancery*) y su derecho de equidad (*Equity*). Aristóteles fue quien forjó el concepto de equidad (*epikeia*), que sirve, frente a las leyes que necesariamente han de ser concebidas como generales, para hacer prevalecer la justicia del caso particular; allí donde el *summum ius* se convertiría en *summa iniuria*, su misión es restablecer la justicia. En el derecho romano esta misión residía especialmente en los pretores, que en sus edictos concedían al que pedía justicia *actiones ex aequo et bone*, allí donde el derecho civil negaba". Radbruch, *El espíritu del derecho inglés*, Madrid, Revista de Occidente, 1958, págs. 40, 41, 52 y 53.

métodos jurídicos, sin aceptar el contenido del derecho bizantino, la justicia inglesa se ha conservado más afín con el modo jurídico de pensar del gran tiempo clásico del derecho romano, que el derecho continental basado en el *Corpus Juris*"[20].

Puede concluirse que para el derecho anglosajón son válidos los comentarios que se hicieron sobre la época romana, porque las circunstancias que en esta no exigieron un ordenamiento diferenciado para el tráfico mercantil, se repiten para aquel.

La ausencia de ordenamiento mercantil especial no excluye la existencia de normas exclusivas para aspectos bancarios, seguros, cambios, etc. (*Acts Statute Law*), como no se excluyeron en Roma algunas de comercio marítimo, de cuya época se cita con frecuencia la *Lex Rhodia de Juctu*.

10. Cuadro sinóptico de los sistemas contemporáneos

La anterior reseña histórica permite, para una comprensión panorámica del derecho mercantil actual, transcribir el cuadro sinóptico que trae Mantilla Molina[21], con las debidas precisiones que hace José Ignacio Narváez[22]:

- A. Derecho privado indiferenciado
  - Consuetudinariamente..... Tipo anglosajón
  - Legislativamente..... Tipo suizo, italiano y brasileño
- B. Derecho diferenciado (civil-mercantil)
  - Con criterio subjetivo
    - Base: el comerciante tipo germánico
    - Base: la empresa (Código) de Honduras)[23]
  - Con criterio objetivo
    - Base: el acto de comercio
      - Código español (sin numeración)
      - Código francés y latinoamericanos (enumeración por vía de ejemplo)

[20] Radbruch, ob. cit., pág. 16.

[21] *Derecho mercantil*, ob. cit., pág. 21.

[22] *Derecho mercantil colombiano*, vol. I, Bogotá, Edit. Bonnet, 1971, pág. 90.

[23] No parece muy exacto incluir el Código de Honduras dentro del criterio subjetivo, puesto que la empresa es una modalidad de acto de comercio. Si el sistema de dicho Có-

Este cuadro muestra una tendencia que, por lo menos dentro del campo doctrinal, ha tenido ardientes defensores e impugnadores: la unificación del derecho privado.

La circunstancia de que el Código de Napoleón amplió grandemente el campo del derecho mercantil, el cual pasó de ser un ordenamiento profesional a ser el ordenamiento de una buena parte de la vida económica, quedando cobijadas bajo sus normas aun las personas que celebraban ocasionalmente actos de comercio, y el hecho de que la actividad mercantil (comercio, industria, distribución, servicios, etc.) se ha convertido en los últimos tiempos en una economía de masas, sugirieron a CESARE VIVANTE en el año de 1882, siguiendo el ejemplo de la unificación suiza, la tesis de que el derecho privado debía ser regulado por un solo Código.

De los argumentos de VIVANTE y de quienes lo siguieron, cabe poner de relieve:

a) La ampliación del campo jurídico mercantil cobija de hecho, por igual, a comerciantes y consumidores.

b) La división del derecho privado perjudica el ejercicio de la justicia en disputas costosas y demoradas para la determinación de la naturaleza de los actos (civil o comercial).

c) Presenta una redundancia en la regulación de fenómenos iguales por normas de origen y naturaleza distintos (mutuo, compraventa, mandato, etc.).

d) La división del derecho privado perjudica el desarrollo del derecho.

e) Obedeciendo la distinción entre la materia civil y comercial, a una necesidad histórica y no a un criterio ontológico, no se justifica su diferenciación. Es más: en los países anglosajones y en Suiza (hoy cabe agregar Italia) hay derecho privado unificado.

Los opositores a la unificación del derecho privado, a los cuales se sumó en 1921 el propio CESARE VIVANTE en un acto de clara honestidad intelectual, argumentan en favor de la existencia de un Código de Comercio distinto del Código Civil, en la siguiente forma:

a) Existen verdaderas diferencias en cuanto al método de formación de uno y otro ordenamiento. Mientras que en el derecho civil prima el círculo deductivo, en el mercantil prevalece el empírico e inductivo.

---

digo estuviera basado en el empresario, modalidad específica del comerciante, no habría duda alguna de su criterio subjetivo. El art. 1º del Código de Honduras involucra a los comerciantes, actos de comercio y las cosas mercantiles, como destinatarios del Código, de las demás leyes mercantiles y de los usos y las costumbres mercantiles.