

*Lo absoluto, lo inmutable,  
lo perfecto, con que  
alimentaron su mente  
nuestros antepasados,  
ceden su puesto y su  
campo de acción a una  
concepción del mundo, de  
la sociedad y del hombre  
en que nada es fijo, en  
que todo se transforma,  
en que la ley del  
movimiento y el cambio  
constituye la suprema  
guía y orientación de  
las ciencias actuales”*

Origen, desarrollo y crítica a  
la propiedad privada (1982)

#### AUTORES

Carlos Fernández Sessárego  
Víctor Manuel Moncayo Cruz  
Roberto Burgos Cañón  
José Guillermo Castro Ayala  
Gloria Andrea Malhecha Sánchez

Aída Kemelmajer De Carlucci  
Héctor J. Romero Díaz  
Olenka Woolcott  
Aroldo Quiroz Monsalvo  
José Omar Bohórquez Vidiénes  
Juan Jorge Almonacid Sierra

Maria Leoba Castañeda Rivas  
José Alejandro Bonivento Fernández  
Pedro Lafont Pianetta  
Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo  
Genaro Sánchez Moncaleano  
Jorge Oviedo Albán  
Alfonso Yepes  
José Yesid Benjumea Betancur  
Pilar Ospina Ariza  
Germán Darío Flórez



5

#### TOMO I

JURISTA y MAESTRO  
*Homenaje a Arturo Valencia Zea*

#### TOMO I

# JURISTA y MAESTRO

**JURISTA Y MAESTRO.**

**ARTURO VALENCIA ZEA**

**Tomo I**

José Alejandro Bonivento Fernández  
Pedro R. Lafont Pianetta  
Directores editores



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

SEDE BOGOTÁ  
FACULTAD DE DERECHO CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES  
INSTITUTO UNIDAD DE INVESTIGACIONES  
JURÍDICO-SOCIALES GERARDO MOLINA - UNIJUS

Bogotá, D. C., Colombia, octubre de 2014

# **Comercialización del mundo de la vida y advenimiento del código único del mercado<sup>1</sup>**

JUAN JORGE ALMONACID SIERRA\*

"Me parece obvio que un código cambia y confirma, y es por ello continuidad y renovación. [...] Cuando decide abrir nuevos caminos está obligado a partir de las posiciones hasta entonces conocidas, y de certezas hasta entonces vinculantes y compartidas"  
(Pio Caroni, 2012, XXII).

## **1. Introducción: la imperceptible omnipresencia del derecho comercial**

En las facultades de derecho se ha vuelto un lugar común que las primeras incursiones al mundo jurídico se hagan de la mano del jurista argentino Carlos Santiago Nino<sup>2</sup>, quien al caracterizar la omnipresencia de la vasta y complicada maquinaria social que llamamos *derecho*, categóricamente subrayó que dicho armazón está en todas partes y los diarios contactos con él ciñen a las personas aun cuando no lo perciban:

<sup>1</sup> Un primer borrador de este trabajo fue objeto de importantes observaciones y aportes de los profesores Gamal Atshan Rubiano, Oscar Andrés Lizarazo Cortés y Oscar Mejía Quintana, a quienes extiendo un especial agradecimiento.

\* Tecnólogo en Administración Financiera y abogado. Especialista y magíster. Profesor universitario. Tratadista.

<sup>2</sup> Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Segunda edición ampliada y revisada, Décimo segunda reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.

**El derecho está en todas partes.** Por ejemplo, puede ser que hoy usted se haya contenido de ejercitarse su agradable voz bajo la ducha, recordando que vecinos con poca sensibilidad artística podrían hacer valer ciertas ordenanzas contra los ruidos molestos; seguramente usted se habrá vestido al salir de su casa, porque entre otras razones, usted sabe bien, como el aire, que hay regulaciones jurídicas que desalientan una excesiva ligereza en el vestir; probablemente usted haya **celebrado un contrato tácito** de transporte al ascender a un ómnibus público o, si ha conducido su automóvil, habrá seguido, o simulado seguir, algunas reglamentaciones y habrá hecho uso de la facultad jurídica de transitar por la vía pública; es casi seguro que usted debe haber **celebrado hoy varios contratos verbales** de compraventa (al adquirir, por ejemplo, el periódico o cigarrillos) y de locación de obra (al llevar, por ejemplo, sus zapatos a arreglar); aunque usted no tenga un físico imponente, usted tiene alguna confianza en que probablemente no será golpeado, insultado, vejado o robado gracias a la “coraza” **normativa** que le proporciona el derecho; la organización donde usted trabaja o estudia (es de esperar que usted no sea un miembro de una asociación ilícita) está seguramente estructurada según una serie de disposiciones legales; si usted tiene que hacer un trámite **quizá no advierta** que cada uno de sus intrincados pasos está prescripto por normas jurídicas. **Todos estos contactos con el derecho le ocurrirán a usted en un día normal; piense en cuánto más envuelto en el derecho estará usted cuando participe de algún suceso trascendente**, como casarse, o ser demandado judicialmente” (resaltado fuera de texto)<sup>3</sup>.

Lo que sí no es habitual es que se aclare que la inmensa mayoría de los “intrincados pasos” y “contactos con el derecho”, a los que hace alusión el profesor Nino, están regulados específicamente por normas del derecho comercial que al usarse rutinariamente impiden tomar conciencia sobre su presencia y los efectos que producen en la vida cotidiana. En efecto, al levantarnos, activar el interruptor de la luz y bañarnos con agua caliente, no sólo recordamos las ordenanzas contra los ruidos molestos que pueden hacer valer nuestros vecinos con poca sensibilidad artística, sino que *indefectiblemente* estamos ejecutando unos *contratos de suministros* con las empresas de energía eléctrica, acue-

<sup>3</sup> Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Segunda edición ampliada y revisada, Editorial Astrea, Buenos Aires: 2003, p. 1.

ducto y gas, contratos que a la luz de nuestra legislación se reputan *mercantiles*.

Si así iniciamos nuestra jornada de estudio o trabajo, no es de extrañar que a lo largo del día permanente e inconscientemente sigamos y ejecutemos, incluso en contra de nuestra voluntad, actos que la legislación mercantil califica como *actos de comercio* que, si nos ciñen en un día normal, nos envuelven aún más cuando participamos de algún suceso trascendente, puesto que dichos actos, relaciones, tratos, operaciones o negocios se han convertido en patrimonio común de todos los individuos al punto de que ya en 1922 el jurista italiano Cesare Vivante (1855-1944) había dado aviso de que “desde el nacimiento a la tumba, para el cortejo bautismal, para la fiesta de nupcias como para los honores funerarios, es siempre el Código de Comercio el que hoy en día gobierna los actos del ciudadano que contrata con una empresa comercial”<sup>4</sup>.

De ahí que sea necesario y oportuno realizar un estudio exploratorio donde se aborde el proceso de la *comercialización del mundo de la vida* y su inexorable consecuencia: el advenimiento del *Código Único del Mercado*, pues por la fuerza del perpetuo movimiento del derecho y de la vida a cuya regulación está destinado, es decir, por los imperativos que nutren la colonización del *mundo de la vida* a través del derecho, más temprano que tarde llegará la *hornada de juridización* que impondrá, ya no la mera composición de un código único de la contratación privada, proveniente de la unificación de los Códigos Civil y de Comercio, sino la redacción del código que habrá de regir las actividades económicas de la sociedad del siglo XXI.

Para tal efecto, el presente ensayo se propone demostrar que, en la medida en que se desprende de su primigenio *carácter especial* para convertirse progresivamente en el *nuevo derecho común* de la sociedad contemporánea, la capacidad de infiltración e invasión del derecho comercial se está amplificando permanentemente, valiéndose de herramientas jurídicas conceptuales clásicas de la dogmática mercantil,

<sup>4</sup> Yadarola, Mauricio. “Legislación uniforme para concursos civiles y comerciales”. En: *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*. Año XV N° 3-4, mayo-junio de 1928, Córdoba, Argentina, p. 7.

que requieren ser identificadas, reexplicadas y criticadas desde un enfoque alterno a la clásica, tradicional y limitada dimensión normativa. Herramientas dentro de las que sobresale el potencial de colonización inherente al carácter *objetivo* del derecho comercial, al recurso técnico denominado *acto mercantil mixto* y a los principios de *aplicación preferente* de ley mercantil y la primacía de los usos, prácticas y costumbres mercantiles como *derecho supletorio inmediato*. Estas son tres de las vías más relevantes y efectivas, a través de las cuales el derecho mercantil cumple su rol colonizador al llevar a cabo sus *hornadas de juridización*, y particularmente, sus *oleadas de comercialización* del *mundo de la vida*.

Para cumplir el objetivo planteado, se ha adoptado la siguiente estructura de trabajo: La primera sección dedicada a reseñar la tendencia a la *juridización* del *mundo de la vida*. En el segundo bloque, se caracteriza la capacidad de infiltración e invasión del derecho comercial a través de la descripción del carácter objetivo del derecho mercantil, el recurso técnico conocido como *acto mercantil mixto* y los principios de *aplicación preferente* de ley mercantil y la primacía de los usos, prácticas y costumbres mercantiles como *derecho supletorio inmediato*. En el tercer apartado se muestra el proceso de desprendimiento del primigenio carácter especial del derecho comercial, para convertirse progresivamente en el nuevo derecho común de la sociedad contemporánea. En esta sección se relacionan y explican la desprofesionalización del estatuto subjetivo del comerciante y la asimilación de las sociedades civiles a las sociedades mercantiles como dos ejemplos significativos, donde es posible evidenciar las *hornadas de comercialización* del *mundo de la vida* por parte del derecho preponderante en la economía. Finalmente, en la sección cuarta, a modo de conclusión, se referencia el desplazamiento del eje de la codificación que salta del código único de la contratación privada al código único del mercado.

## 2. “Juridización” del mundo de la vida

El filósofo alemán Jürgen Habermas plantea la diferenciación decisiva entre *sistema* y *mundo de vida* y fundamenta el concepto de crisis social introduciendo una diferenciación entre estos dos conceptos, conce-

bidos como dos instancias distintas de una misma totalidad social cuyas contradicciones y conflictos determinan la tipología de las crisis que se presentan al interior de la sociedad capitalista<sup>5</sup>.

### 2.1. Concepto de “mundo de la vida”

Al iniciar el itinerario del concepto mundo de la vida, la sicóloga mexicana Tania Rodríguez Salazar resalta que ante el predominio de teorías sociológicas estructurales, la teoría social se propuso comprender la sociedad desde la perspectiva de los sistemas y desde los actores, articulando lo objetivo (sistemas, estructuras, instituciones) como lo intersubjetivo (representaciones, identidades, vida cotidiana). En esta nueva corriente, la subjetividad aparece en la escena de las teorizaciones y se convierte en un personaje protagónico hasta el punto de que las investigaciones de las ciencias sociales contemporáneas se caracterizan por revitalizar el enfoque de los actores, sus modos de vida cotidiana y sus formas de interpretar y valorar la realidad<sup>6</sup>.

Dentro del arsenal de teorías para comprender los objetos de investigación que giran alrededor del análisis de prácticas cotidianas o representaciones sociales figura el concepto *mundo de la vida*, idea clave para la comprensión de la subjetividad, ya que permite comprender la dimensión en la que se construyen marcos de sentido que sirven para interpretar y actuar en la realidad, al remitir a procesos y estructuras que posibilitan la comprensión de las formas en que se sustentan, reproducen y transforman los estilos de vida y de pensamiento en la vida cotidiana<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Mejía, Quintana, Oscar. “Teoría de la acción comunicativa, ética del discurso y soberanía popular. Moral, política y derecho en el pensamiento de Jürgen Habermas”. En: Cátedra Manuel Ancízar, ética y bioética, I semestre de 2000. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2000, p. 48.

<sup>6</sup> Rodríguez Salazar, Tania, “El itinerario del concepto de mundo de la vida, de la fenomenología a la teoría de la acción comunicativa”. En: Comunicación y sociedad. Guadalajara: DECS, Universidad de Guadalajara, N°. 27, mayo-agosto 1996, pp. 199, 200.

<sup>7</sup> Ibid., p. 200: En otros enfoques sociológicos y antropológicos, algunos de los procesos que se expresan con el concepto de *mundo de la vida*, han sido teorizados bajo las denominaciones, *formas de vida*, *culturas*, *comunidades de lenguaje*, *conciencia colectiva*, *imaginarios colectivos* y *gramáticas normativas*. Sin embargo, la importancia y la diferencia del planteamiento del *mundo de la vida* con respecto a estas designaciones, radica en que se inscri-

La configuración inicial del concepto *mundo de la vida* (*lebenswelt*) proviene de la *fenomenología trascendental* de Edmund Husserl (1859-1938), quien lo concibió como el ámbito donde tienen lugar las donaciones de sentido, donde descansa toda evidencia y donde todos los saberes tienen asentamiento, en cuanto es el mundo de las vivencias no teorizadas, el de la experiencia *antepredicativa* y de la actitud natural; es decir, de la vivencia anterior a toda elaboración de conceptos y de juicios<sup>8</sup>.

Por otro lado, valiéndose de las categorías filosóficas de Husserl y de los conceptos sociológicos de Weber, Alfred Schütz (1899-1959) da un giro de la *fenomenología trascendental* hacia la *fenomenología social* en la que la esfera del mundo cotidiano y del sentido común se convirtió en su campo de investigación. Fiel a la propuesta 'husserliana' de atenerse a las vivencias para obtener conocimientos, la *fenomenología social* también construye su teoría del *mundo de la vida* desde la perspectiva de las experiencias o vivencias de los sujetos en la vida cotidiana<sup>9</sup>.

El análisis del *mundo de la vida* parte de la constatación de que los actores sociales construyen la realidad social dando significado y sentido a sus experiencias en las interacciones de la vida diaria, mundo que se sostiene en la actitud natural de tomar el ámbito rutinario con una familiaridad espontánea, como si fuera algo transparente y lejano a cualquier problematización o duda. Esta familiaridad se fundamenta en un acervo o almacén de conocimiento y experiencias propias o transmitidas por otras personas construido a partir de la sedimentación de herencias culturales, que funciona como un esquema de referencia, o una especie de recetario que proporciona soluciones típicas a situaciones o problemas prácticos cotidianos. Se trata de un mundo de relaciones intersubjetivas definidas por estructuras sociales y temporales, que es básico para la experiencia cotidiana, y que, en general, supone tres elementos fundamentales: un mundo aproblemático asu-

be en una teorización más amplia que abarca, tanto las reflexiones sobre la acción social, como la sociedad, la comunicación y la cultura.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 201.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 202.

mido como evidente, un mundo que posee un carácter más o menos local y un mundo intersubjetivamente constituido. En pocas palabras, por mundo de la vida cotidiana Schütz entiende ese ámbito de realidad o estado de cosas que, en la actitud de sentido común, el adulto alerta y normal simplemente presupone como incuestionable o *aprobлемático*<sup>10</sup>.

El *mundo de la vida* también es uno de los ejes alrededor de los cuales gira la concepción de sociedad y el diagnóstico crítico de la modernidad de Jürgen Habermas, para quien la sociedad moderna tiene el doble carácter de sistema y mundo de la vida, atributo que implica una estructura de sentido en la que se dan los procesos de integración social y una estructura funcional donde se llevan a cabo los procesos de integración sistémica. Esta última dimensión se refiere al conjunto de mecanismos de coordinación de la acción *deslingüistizados* que funcionan con independencia de las acciones individuales, siendo el mercado el ejemplo más preciso de un mecanismo de integración sistemática<sup>11</sup>.

La teoría de Habermas explica el *mundo de la vida* a partir de su concepto central: acción comunicativa; es decir, la acción orientada al entendimiento que posibilita el dominio de situaciones y la ejecución de planes de acción. El *mundo de la vida* es el horizonte en el que los agentes comunicativos se mueven, es el contexto de la acción comunicativa y de la conformación de la conciencia colectiva. El lenguaje y la cultura son aspectos constitutivos del mundo de la vida misma. Es el espacio de las convicciones de fondo *aprobлемatizadas*, convicciones que ellos suponen garantizadas, y a partir de las cuales se forma, en cada caso, el contexto de los procesos de entendimiento, donde los participantes hacen uso de definiciones acreditadas de la situación y negocian definiciones nuevas<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 201,202, 204.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 204.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 207.

Los componentes estructurales del mundo de la vida son: cultura, sociedad y personalidad. La estructura del mundo de la vida es un armazón comunicativo que, bajo la perspectiva funcional del entendimiento, sirve a la tradición y a la renovación del saber cultural; asimismo, bajo el matiz de coordinación de la acción, sirve a la integración social y a la creación de solidaridad; y bajo el aspecto de socialización, sirve a la formación de identidades personales<sup>13</sup>.

La reformulación efectuada por Habermas estriba en la introducción del lenguaje como dimensión de análisis de la sociología. El concepto de mundo de la vida deja de estructurarse en términos de conciencia o vivencia subjetiva y se asocia a una dimensión pragmático-lingüística. Cambia una visión del mundo de la vida desde la perspectiva de la conciencia y sus vivencias, por una concepción articulada alrededor del eje de la comunicación. Con ello, la intersubjetividad puede ser explicada y el concepto de mundo de la vida se amplía, en la medida que ya no se reduce a convicciones culturales, sino que abarca marcos normativos o grupos sociales, así como procesos de socialización y de construcción de identidades. Además de que ofrece un campo de análisis estructurado y definido, el mundo de la vida se vuelve una categoría capaz de dar cuenta de la complejidad del espacio social en que se mueven y se entienden los actores<sup>14</sup>.

## 2.2. Hornadas de juridización del “mundo de la vida”

El profesor Oscar Mejía Quintana indica que en un estudio excepcional de sociología jurídica, inadvertido por muchos jurisconsultos, Habermas plantea su tesis central sobre el derecho, resumida en el planteamiento de la colonización interna del mundo de la vida que se efectúa a través de los procedimientos jurídicos. Tan pronto la sociedad tradicional inicia su proceso de disolución comienzan a consolidarse los sistemas de acción racional con arreglo a fines de la sociedad capitalista moderna. El derecho se convierte en el instrumento de los subsistemas económico y político-administrativo para someter al subsistema restante, el socio-cultural, es decir, al mundo de la vida, a

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Ibid, p. 209.

los imperativos sistémicos del que aquél es medio organizador y que requieren realizarse para lograr la integración funcional del sistema. La integración social es reemplazada, de esa manera, por una integración sistemática<sup>15</sup>.

Como señores coloniales en una sociedad tribal, con medios monetarios y burocráticos los subsistemas autonomizados economía y Estado penetran en el mundo de la vida moderno imponiendo la *asimilación* y *cosificación* características de las sociedades capitalistas desarrolladas. Bajo esta *colonización* las perspectivas dispersas de la cultura nativa no pueden coordinarse, se produce una profunda diferenciación de los componentes estructurales del mundo de la vida (cultura, sociedad y personalidad) y surge el empobrecimiento cultural y la fragmentación de la conciencia cotidiana<sup>16</sup>.

La tesis de la *colonización* afirma que a consecuencia del crecimiento capitalista los subsistemas economía y Estado progresivamente se tornan más complejos y penetran cada vez más profundamente en la reproducción simbólica del mundo de la vida en el que la reproducción cultural, la integración social y la socialización se ven abiertamente arrastrados por el remolino de la dinámica del crecimiento económico y con ello, por el torbellino de la *juridización*<sup>17</sup>.

Dado que los enunciados sobre la *colonización* del mundo de la vida se mueven en un alto nivel de generalización, como ejemplo empírico para ilustrarla Habermas selecciona la *juridización*, no sólo porque desde Durkheim y Weber la evolución del derecho es una de las áreas de investigación clásica y menos polémica de la sociología, sino principalmente porque, en la medida que en los campos de la reproducción cultural, la integración social y la socialización se produce una

<sup>15</sup> Mejía, Quintana, Oscar. “Teoría de la acción comunicativa, ética del discurso y soberanía popular. Moral, política y derecho en el pensamiento de Jürgen Habermas”. En: Cátedra Manuel Ancizar, ética y bioética, I semestre de 2000. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2000. pp. 63,64.

<sup>16</sup> Habermas, Jürgen. “Tendencias a la juridización”. En: Teoría de la acción comunicativa. Buenos Aires: Taurus, 1990, pp. 502, 503 y Mejía Quintana, Oscar, op. cit., 2000. p. 54.

<sup>17</sup> Habermas, Jürgen. op. cit., p. 520.

asimilación a ámbitos de acción *formalmente* organizados; es decir, a relaciones sociales que sólo se constituyen en las *formas* del derecho moderno, la *sustitución* de la integración social por la integración sistemática adopta la forma de *procesos de juridización*. Concretamente Habermas elige y analiza la *juridización* específica en los casos del derecho social, de familia y escolar<sup>18</sup>.

En términos muy generales la expresión *juridización* (*verrechtlichung*) se refiere a la propensión que se observa en las sociedades modernas a un “aumento del derecho escrito”, inclinación en la que se puede distinguir entre la “extensión del derecho”, o sea, la regulación jurídica de nuevos asuntos sociales regulados hasta el momento de manera informal, y el “adensamiento del derecho”, entendido como la desintegración de una temática jurídica global en varias materias particulares<sup>19</sup>.

Habermas distingue los procesos de juridización dependiendo de si están conectados con instituciones previas del mundo de la vida, evento en el cual *regulan* ámbitos de acción socialmente integrados; o si se limitan a adensar las relaciones jurídicas constitutivas de campos de acción sistemáticamente integrados. En el primer evento, las instituciones jurídicas no tienen ninguna fuerza *constituyente*, sino sólo una función *regulativa*, están insertas en un contexto político, cultural y social más amplio y proporcionan a ámbitos de acción ya constituidos informalmente una fuerza vinculante respaldada por la sanción estatal. En el segundo caso las materias jurídicas *tecnificadas* y *desmoralizadas* que resultan del aumento de complejidad de los sistemas económicos y administrativo deben evaluarse de acuerdo con su adecuación a los imperativos funcionales de estos subsistemas y de su concordancia con normas de rango más alto<sup>20</sup>.

Desde un punto de vista histórico, el continuo aumento del derecho escrito en su mayor parte cae bajo esta última categoría y no es sino un signo de un empleo intensivo del *medio derecho*. Por el contrario, las

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 504.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 517.

*hornadas de juridización* que hacen época se caracterizan por *nuevas* instituciones jurídicas, que también se reflejan en la conciencia jurídica de la práctica cotidiana<sup>21</sup>.

Bajo el marco teórico de *desconexión* de sistema y mundo de la vida y del *conflicto* del mundo de la vida con la dinámica propia que desarrollan los subsistemas autonomizados economía y Estado, Habermas caracteriza cuatro *hornadas globales de juridización* que marcan épocas.

La primera que condujo al *Estado burgués* que se desarrolló en Europa Occidental en la época del Absolutismo, en forma de sistema de estados europeos. La segunda que trajo el *Estado de derecho* que adoptó una forma paradigmática en la monarquía alemana del siglo XIX. La tercera que reportó el *Estado democrático de derecho* que se difundió en Europa y en Norteamérica, como consecuencia de la Revolución Francesa. Y la que, por el momento, es la última que agenció el *Estado social y democrático de derecho*, cuya institucionalización en el curso del siglo XX fue fruto de las luchas del movimiento obrero europeo<sup>22</sup>.

En cuanto a los efectos nocivos de las *hornadas de juridización*, Habermas resalta que por imprescindibles que puedan ser las intervenciones del Estado, no solamente comportan ventajas, sino que simultáneamente generan una creciente dependencia. En la medida en que el Estado social va más allá de la pacificación del conflicto de clases que se presenta en la esfera de la producción y tiende una red de relaciones de clientela sobre los ámbitos privados de la existencia, surgen con fuerza los esperados *efectos laterales patológicos* de la *juridización* que simultáneamente significa una *burocratización* y *mone-tarización* de ámbitos nucleares del *mundo de la vida*<sup>23</sup>.

Frente a este planteamiento de Jürgen Habermas sobre las *hornadas de juridización del mundo de la vida*, al igual que lo dicho sobre Carlos Santiago Nino, habría que destacar que no basta con caracterizar las

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 518.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 505.

<sup>23</sup> *Ibid.*, pp. 504, 514, y 518.

mencionadas *omnipresencia* y *juridización*, sino que además es necesario resaltar que el mundo de la vida también viene siendo objeto de una sistemática *mercantilización* o *comercialización*, proceso mediante el cual se tiende a someter al derecho comercial materias relevantes de otras ramas del derecho o a difundir en ciertos sectores instituciones, procedimientos y métodos de intervención del derecho comercial<sup>24</sup>.

El proceso *mercantilización* o *comercialización* se puede corroborar en los ejemplos que se explican a continuación, donde se puede captar claramente tanto la extensión de la regulación jurídica de nuevos asuntos sociales regulados hasta el momento de manera informal, como la *desmenuzación* de una materia jurídica global en varias materias particulares, tal y como acontece, por ejemplo, con el proceso de bancarización regulado actualmente por el derecho comercial especializado financiero.

Sin embargo, nótese también como la *comercialización*, proceso mediante el cual se tiende a someter al ámbito mercantil materias relevantes de otras ramas del derecho, también implica un *desamiento*; es decir, un procedimiento inverso a la *disgregación* de un campo jurídico global en varias materias particulares, pues mediante la *comercialización* se vienen compactando, bajo el imperio del derecho mercantil, asuntos importantes de otras áreas del derecho, especialmente del derecho civil, como sucede, por ejemplo, con la asimilación legal de las sociedades civiles a las sociedades comerciales.

### 3. Generalización del “particular” hombre privado cuyos actos son calificados por la ley como mercantiles

Al examinar la *comercialización del derecho civil* y en relación con la posibilidad de unificar el derecho privado, en 1959 León Mazeaud sentenció que “si se lleva a cabo la unidad entre las reglas civiles y las

<sup>24</sup> “Commercialisation. [...] 4. Évolution tendant à soumettre au droit commercial des matières relevant d’autres branches du droit ou à diffuser dans certains secteurs des procédés et des méthodes d’intervention du droit commerciale. Comp. Privatisation, nationalisation”. Cornu, Gérard. *Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant*. París: PUF, 2005, p. 174.

reglas comerciales, no será, pues, suprimiendo las reglas del derecho comercial sino más bien extendiéndolas al derecho común”<sup>25</sup>.

Por su parte, en la misma época el jurista colombiano José Gabino Pinzón (1912-1998) explicaba que el derecho comercial se caracterizaba como el derecho de la vida económica (activa, múltiple, cambiante y de proyecciones internacionales claramente definidas), mientras que el derecho civil se configura cada día más como el derecho de las personas (familia, sucesiones, profesiones liberales, etc.) donde ejercían decisiva influencia consideraciones eminentemente locales, como la raza, las tradiciones políticas y religiosas etc. Podría decirse que al excluirse del ámbito del derecho civil la parte más activa, variada y cambiante de la vida económica, necesariamente su campo de acción se redujo, en cuanto no era viable dotarlo de mayor agilidad y dinamismo; es decir, en cuanto estaba llamado a ser estable y tradicionalista, al punto de que ya en 1947 el jurista francés Georges Ripert (1880-1958) subrayaba que el Código Civil ya no era el breviario de la vida civil, sino que en la vida diaria se estaba en permanente relación con los comerciantes, que el derecho comercial tenía una movilidad que permitía satisfacer las necesidades de la vida moderna, entregada del todo al capitalismo y que el derecho de los negocios era ya común a los no comerciantes:

Para quien lee el Código Civil la sociedad moderna aparece semejante a la de antaño: el buen padre de familia, de que se habla tan frecuentemente, es el propietario que atribuye una importancia casi exclusiva a su fundo y a su casa, que contrata lenta y atentamente. [...] El Código Civil no es ya el breviario de la vida civil: es un libro de razón que solo se abre en circunstancias excepcionales de la vida familiar, como el matrimonio, la sucesión. El derecho comercial va a dominar la vida civil [...] En la vida diaria es con los comerciantes con quien estamos en permanente relación: es posible no entrar jamás al despacho de un notario, pero no es posible dejar de entrar a un banco. [...] A pesar de su inferioridad de formulación técnica, el derecho comercial ha obrado

<sup>25</sup> Pinzón, Martínez, José Gabino. *Introducción al derecho comercial*. Tercera edición, refundida y actualizada con la colaboración de Jorge Pinzón Sánchez. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1985, p. 27.

sobre el derecho civil quitándole parte de su dominio e imponiéndole sus reglas. Tiene, en efecto, una movilidad y una novedad que le permite satisfacer las necesidades de la vida moderna, entregada del todo al capitalismo. El derecho civil se ha comercializado, al mismo tiempo que [...] se han creado riquezas nuevas, riquezas muebles y secretas que han sustituido a la antigua riqueza inmueble [...] El derecho de los negocios es hoy común a los no comerciantes<sup>26</sup>.

### **3.1. El carácter “objetivo” del derecho comercial: vía relevante a través de la cual el derecho mercantil cumple su rol colonizador**

Historiadores del derecho comercial como la profesora Marcela Castro de Cifuentes enseñan que la existencia del concepto de *acto de comercio* obedece a una combinación de factores ideológicos, políticos, sociales y económicos que evolucionaron paulatinamente y hallaron en esta figura su expresión jurídica<sup>27</sup>.

En la perspectiva económica, el derecho comercial, centrado en el acto de comercio, sería el vehículo del capitalismo y de la producción industrial en masa, que se impondría sobre el feudalismo, la explotación señorial, la actividad artesanal y el pequeño intercambio<sup>28</sup>.

Dentro de los factores ideológicos se suele mencionar los postulados de libertad e igualdad. En cuanto a la primera, destacan que a partir de la Revolución Francesa se consagró la autonomía de la voluntad privada y la libertad para escoger profesión u oficio, de contratación y de empresa. Sobre la segunda, indican que se proclamó la igualdad de los ciudadanos ante la ley, quienes ahora tenían las mismas oportunidades económicas que en épocas anteriores eran privilegio exclusivo de la clase comerciante, y que bajo el nuevo esquema, los ciudadanos

<sup>26</sup> Pinzón Martínez, José Gabino. *Introducción al derecho comercial*. Tercera edición, refundida y actualizada con la colaboración de Jorge Pinzón Sánchez. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1985, pp.: 26-27 y Pinzón José Gabino. "Derecho comercial". En: vol. 1. *Cuestiones generales y quiebras*. Bogotá, Ed. Temis S.A., 1957, p. 33.

<sup>27</sup> Castro de Cifuentes, Marcela. *Derecho comercial, actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Editorial Temis, 2009, p. 1.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 2.

podrían ejercer cualquier actividad, a menos que existiera prohibición legal expresa<sup>29</sup>.

Desde el punto de vista social se señala que la superación, al menos formal, de los privilegios sociales y económicos que existían en el antiguo régimen, hacia un tratamiento igualitario de todas las personas, sugería que el bienestar y la riqueza serían para todos<sup>30</sup>.

El acto de comercio suele tomarse como un punto determinante en el proceso evolutivo del derecho comercial, el cual, inicialmente se basó en un criterio subjetivo (calidad del sujeto) y luego en uno objetivo (naturaleza del acto), cambio que venía gestándose desde las primeras etapas de su formación. Se dice que en el comienzo el Derecho Comercial era un derecho profesional o de clase, que surgió a partir de las prácticas contractuales reiteradas de los comerciantes, que buscaban soluciones prácticas a sus necesidades de negocios, creando instituciones y principios novedosos ante la rigidez e insuficiencia del derecho civil.

Que con el paso del tiempo, los mercaderes lograron el monopolio del mercado e impusieron las reglas de juego, desde las asociaciones gremiales que ellos mismos conformaron para la protección de los intereses de quienes desempeñaban los nuevos oficios. En esta fase inicial el derecho comercial tuvo carácter profesional o de clase y se aplicó con criterio subjetivo: era el derecho de los comerciantes en ejercicio de su actividad. Esta calidad, adquirida por la matrícula en el *liber mercatorum*, era determinante para la aplicación del nuevo derecho de los negocios<sup>31</sup>.

El derecho comercial no podía mantener su estirpe *subjetiva* y, en su lugar, se produjo el fenómeno de la *objetivación*, por el cual era el acto de comercio y no la presencia de un comerciante lo que determinaba la aplicación del derecho especial. A partir del nuevo criterio objetivo,

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Ibid.*, pp. 2 y 3.

el acto de comercio realizado por cualquier persona –comerciante o no– se convirtió en el centro del derecho comercial. Para determinar el campo de aplicación de las normas mercantiles, ahora lo relevante era la naturaleza objetiva del acto y no la calidad de los sujetos intervenientes<sup>32</sup>.

Para precisar los conceptos básicos de este análisis, fue necesario escindir los objetos (actos) de los sujetos (comerciantes y no comerciantes), teniendo siempre en mente que el régimen mercantil de los actos se aplica independientemente de la calidad de la persona que lo realiza. Desde entonces, la objetividad significa que cualquier persona, incluso los no comerciantes, pueden realizar negocios comerciales, solo que al sujeto que lo desarrolla sin ánimo de lucro, como por ejemplo una cooperativa, no se le aplican las normas del estatuto subjetivo de los comerciantes, puesto que no tiene esa calidad profesional<sup>33</sup>.

El artículo 11 de Código de Comercio colombiano recoge esta concepción, al ratificar que no solo es posible, sino necesario aplicar las normas objetivas del derecho mercantil a quien celebre actos de comercio, aunque no sea comerciante; solo que, por sustracción de materia, a quienes no tengan esa calidad no se les aplicará el estatuto subjetivo propio de los empresarios mercantiles, pues esta norma dispone que los actos de comercio, sin dejar de serlo, pueden ser llevados a la práctica accidentalmente o de manera ocasional por personas civiles que no tienen el hábito del comercio ni hacen una profesión de la repetición habitual de actividades que la ley reputa de mercantiles<sup>34</sup>.

El derecho comercial objetivo es entonces el que se apoya en los actos de comercio para definir la aplicación del derecho comercial, sin nece-

<sup>32</sup> *Ibid.*, pp. 4.

<sup>33</sup> *Ibid.*, pp. 21.

<sup>34</sup> El artículo 20 del código de comercio también prevé que son mercantiles las actividades empresariales de producción, transformación y circulación de bienes y servicios conforme a la definición legal de empresa. El estatuto mercantil igualmente contempla como actos aislados: aquellos que son mercantiles *per se*, independientemente de la forma en que se realicen y que no requieren organización ni reiteración, Castro de Cifuentes, Marcela. *Derecho comercial, actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Editorial Temis, 2009, pp. 9, 21, 14.

sidad de hacer referencia, en principio, a los sujetos que celebran tales actos. La diferencia entre uno y otro sistema consiste en que mientras en el sistema subjetivo actos de comercio son únicamente los realizados por comerciantes, en el sistema objetivo son actos de comercio, no solo los que hacen los comerciantes, sino los que, sin ser ejecutados por comerciantes, se definen como mercantiles, atendiendo a su sustantiva naturaleza. No hay actos de comercio porque los realice un comerciante. Hay comerciante porque realizan actos de comercio profesionalmente. El punto de partida es el acto de comercio y no el comerciante<sup>35</sup>.

Con el advenimiento de la era napoleónica y la promulgación de los códigos civil (1804) y de comercio (1807), se formalizó la dicotomía interna del derecho privado y la distribución de materias entre dos cuerpos normativos manifiestamente diferenciados. Esta dualidad de ordenamientos ha sido tildada de artificial y hasta de socialmente injusta. Al respecto Cesare Vivante indicó que el derecho comercial objetivado mediante el acto de comercio no logró efectivamente la libertad, la igualdad y la solidaridad social, puesto que seguía siendo un derecho impuesto por una clase comercial poderosa a unos consumidores generalmente ignorantes y económicamente débiles<sup>36</sup>.

Además, se ha indicado que la generalización de los principios e instrumentos elaborados por el derecho mercantil auspició la tan discutida *comercialización del derecho privado*, es decir, el predominio de sus normas en el ámbito de las relaciones económicas privas, y desplazó a un plano secundario las instituciones del derecho civil tradicional<sup>37</sup>.

Frente a este proceso evolutivo, valiéndonos del filósofo alemán Karl Löwith (1897-1973) podríamos concluir que estamos presenciando la

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>36</sup> *Ibid.*, pp. 4 y 5.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 6.

generalización del *particular* hombre privado, cuyos actos son calificados por la Ley como mercantiles<sup>38</sup>.

### **3.2. El potencial de colonización del recurso técnico denominado “acto de comercio mixto” y de los principios de “aplicación preferente” de la ley mercantil y la “primacía” de los usos, prácticas y costumbres mercantiles como “derecho supletorio inmediato”**

Según enseña la profesora Marcela Castro de Cifuentes, el recurso técnico del derecho mercantil bautizado por la doctrina como los “actos mixtos”, es el que se deduce del artículo 22 del Código de Comercio que dispone que si el acto es mercantil para una de las partes, se rige por las disposiciones de la ley mercantil.<sup>39</sup>

Existiendo la dicotomía en el derecho privado y ciertos contratos con regulación paralela, en las relaciones jurídicas bilaterales suele suceder que el acto sea mercantil para una de las partes, pero no para la otra, dicotomía que se torna más compleja cuando se tiene en cuenta que el Código de Comercio preserva el carácter *civil* a ciertos actos negándoseles el carácter *mercantil*. Un ejemplo cotidiano de esta situación es la compraventa que rutinariamente hace el ama de casa en un supermercado para el consumo de su familia<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Löwith, Karl. “La interpretación marxista del mundo capitalista burgués según el hilo conductor de la enajenación de sí humana”. En: Weber, Max y Marx, Karl Barcelona: Gedisa, 2007, pp. 77-109.

<sup>39</sup> “Artículo 22. Aplicación de la ley comercial a los actos mercantiles. Si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial”. Castro de Cifuentes, Marcela. *Derecho comercial, actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Editorial Temis, 2009, p. 119.

<sup>40</sup> “Artículo 23. Actos que no son mercantiles. No son mercantiles: 1) La adquisición de bienes con destino al *consumo doméstico* o al uso del adquirente, y la enajenación de los mismos o de los sobrantes; 2) La adquisición de bienes para producir obras artísticas y la enajenación de éstas por su autor; 3) Las adquisiciones hechas por funcionarios o empleados para fines de servicio público; 4) Las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural. Tampoco serán mercantiles las actividades de transformación de tales frutos que efectúen los agricultores o ganaderos, siempre y cuando que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa, y 5) La prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales”. *Ibid.*, p. 120.

El acto mixto es, entonces, como una moneda en la que se puede identificar sus dos caras, razón por la cual en estos casos brota un conflicto entre el derecho civil y el derecho mercantil. Ante las dificultades técnicas y contradicciones que pueden surgir cuando los dos ordenamientos prevén soluciones diversas y aún contradictorias, se resalta que el acto jurídico es uno sólo, y por tanto, requiere la aplicación de un régimen único y no una combinación de regímenes, civil para una parte y comercial para la otra; y el aludido conflicto se resuelve aplicando el Código de Comercio a la integralidad del *acto mixto*. De este modo, se pone a salvo la sustantividad del ordenamiento jurídico mercantil como derecho especial de una clase de actos, la de los *actos de comercio*, categoría que *subsume* a los actos mixtos sometiéndolos al Código de Comercio y a las leyes mercantiles<sup>41</sup>.

Esta solución que, al decir de la profesora Castro, fue la que adoptaron los redactores del Código de Comercio colombiano de 1971, replicando el artículo 5º del estatuto mercantil de Honduras, refleja la tendencia histórica de dar *preeminencia* al derecho mercantil sobre el derecho civil, al momento de gobernar las relaciones económicas. Para algunos, ello significa un simple triunfo de aquél, y para otros, una *indeseada comercialización del derecho privado*, que implica la *sumisión* de los no comerciantes a un derecho dictado para los comerciantes y los empresarios; a un derecho clasista que hace que los consumidores y la comunidad deban someterse, en los contratos que celebran con los comerciantes, a un derecho nacido para proteger los intereses de éstos últimos<sup>42</sup>.

En síntesis, el recurso técnico denominado por la doctrina como *actos mixtos* es uno de los medios a través del cual el derecho mercantil coloniza y afianza su hegemonía o señorío frente al otro *ra jus común*, ensanchándose como el nuevo derecho común de la sociedad contemporánea.

<sup>41</sup> Castro de Cifuentes, Marcela. *Derecho comercial, actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Editorial Temis, 2009, pp. 120,121.

<sup>42</sup> *Ibid.*, pp. 121 y 122.

Esta hegemonía también se ve reforzada con ocasión de los principios de *aplicación preferente* de la ley mercantil y la *primacía* de los usos, prácticas y costumbres mercantiles como *derecho supletorio inmediato*, respecto de los que ya en 1903 el jurista español Lorenzo de Benito y Endara (1855-1932) indicaba que el llamado *derecho de excepción* del derecho civil no había sido nunca tal excepción, por haberse formado paralelamente a este y por procedimientos muy diversos, ya que desde el primer momento debió inspirarse en las necesidades de un orden económico no comprendido por el derecho civil; que el derecho mercantil no requirió de la intervención de la autoridad en su formación, ni su promulgación fue necesaria para ser aceptado y cumplido por los mercaderes; y que en todo caso, en el supuesto de que tal excepción haya sido cierta alguna vez, llevaba *trazas* de que el derecho comercial se convertiría en un derecho *general* por *absorción completa* del llamado derecho civil de la contratación<sup>43</sup>.

El citado problema del derecho de excepción trasciende a la práctica por enlazarse íntimamente con la del valor e importancia de los usos y prácticas mercantiles, pues para quienes el derecho comercial es un derecho sustantivo son aplicables en primer término el Código de Comercio y las leyes especiales mercantiles, y a falta de estas, o sea, como derecho supletorio, las leyes civiles o el derecho común. El anterior régimen de prelación normativa no ha representado mayor problema, pero otra cosa ha sucedido cuando en esta prelación de leyes se trata de asignar a los usos y prácticas mercantiles el lugar que les corresponde como fuente del derecho, pues mientras que los partidarios del derecho mercantil como excepción pretenden que los usos solo puedan involucrarse a falta de la ley civil y de la ley mercantil aplicable, los que predicen la sustantividad del derecho mercantil, pretenden, y con razón, que a falta de la ley mercantil son aplicables los usos y prácticas mercantiles como *derecho supletorio inmediato*.

Se ha dicho que con razón porque si el derecho mercantil es consuetudinario por excelencia, aplicar a falta de ley mercantil un uso *engendrado* por el comercio, es acudir a la fuente misma de donde ha

<sup>43</sup> Benito, Lorenzo. *Las bases del derecho mercantil*. Barcelona: Sucesores del manual Soler Editores, 1903, pp. 34, 35.

brotado todo el derecho mercantil más *puro*, es en cierto modo, *continuar* con la tradición de su *génesis*, y es, por consiguiente, poner la ley mercantil en *contacto inmediato* con las *exigencias económicas* que han determinado la formación de estos usos<sup>44</sup>.

Una argumentación análoga fue la que esbozó la Corte Constitucional en la Sentencia C-486 de 1993 en la que se abordó la problemática originada en la omisión de la Constitución de mencionar a la costumbre como criterio auxiliar de la actividad judicial. Fallo en el cual esta corporación denegó la solicitud de inexequibilidad del artículo 3º del Código de Comercio que confiere a la costumbre mercantil la misma autoridad que la ley, al considerar que la costumbre es una expresión de *soberanía popular* producto de un proceso *directo, primario y legítimo* de formación normativa; y que en el derecho privado la costumbre cumple una función de vital importancia para el tráfico jurídico al *expresar la libertad económica y la iniciativa privada garantizadas constitucionalmente*.

En últimas, el reconocimiento no es tanto a la costumbre en sí, sino al papel central que tienen las transformaciones empíricas del comercio en la formación de esa misma legislación, porque este es uno de los pocos campos del derecho donde puede predicarse que la reglamentación se presenta primero como *hecho*, y lo que hace el legislador posteriormente es sistematizar y legitimar formalmente lo que ya de facto se practica en la realidad.

#### 4. Generalización del derecho comercial: de rama especial a nuevo derecho común

Al analizar el derecho mercantil actual, la doctrina destaca como uno de sus rasgos descollantes la generalización de las normas e instituciones del derecho mercantil hasta convertirse en comunes para todo el agregado humano. El maestro José Ignacio Narváez García ha llamado la atención sobre cómo la progresiva expansión de diversas instituciones mercantiles viene convirtiendo a la disciplina que las regula

<sup>44</sup> *Ibid.*, pp. 37 y 38.

en el común denominador del tráfico económico. En los Estados donde formalmente se ha unificado el régimen de las obligaciones, se ha puesto de relieve la razón de ser de esta generalización y en los Estados en los que no se ha efectuado la aludida fusión, se patentiza una incesante migración hacia al ámbito civil de instituciones típicamente mercantiles<sup>45</sup>.

Tal generalización implica que en la actualidad es un anacronismo considerar el derecho comercial como exclusivo de quienes directamente o por interpuestas personas se ocupan de modo permanente de las actividades mercantiles, pues en su conjunto las otras normas especiales comerciales vienen interpretándose y aplicándose con un criterio amplio y desprovisto de carácter gremial, porque por la fuerza de las cosas que han provocado su expansión han adquirido el carácter de genuinas normas generales que están corroborado la paradoja agudamente señalada por el economista y jurista italiano Tullio Ascarelli (1903-1959) de que "el derecho especial muere en el instante de su máximo triunfo, es decir, cuando adquiere la categoría de derecho común"<sup>46</sup>.

#### **4.1. "Desprofesionalización" del estatuto subjetivo del comerciante**

En la lección No IV, que desde 1893 impartía Pablo José Bustillo, se resalta que el artículo 24 del Código de Comercio Terrestre del extinguido Estado de Panamá, sancionado el 12 de octubre de 1869 y adoptado como legislación nacional mediante la Ley 57 de 1887, reducía las obligaciones del comerciante a tres: (i) "Denunciar á sus acreedores la liquidación de toda sociedad, sea legal ó convencional, en que pueden intervenir como partes", (ii) "llevar un orden uniforme y rígu-

<sup>45</sup> Dentro de las normas e instituciones típicamente mercantiles que han emigrado hacia el derecho común se destacan las que protegen la buena fe, acreditan la seguridad jurídica por imprimir seriedad y responsabilidad a la apariencia, y promueven la solidaridad pasiva de las obligaciones, la causación de intereses de pleno derecho, la tasa objetiva de las indemnizaciones, los términos cortos de prescripción de los derechos y caducidad de las acciones, etc. Narváez García, José Ignacio. *Derecho mercantil colombiano*. Parte general, vol. 1, novena edición. Bogotá: Legis Editores S.A., 2002, p. 47.

<sup>46</sup> *Ibid.*, pp. 48 y 49.

roso de cuenta y razón" y (iii) "conservar la correspondencia que tenga relación con su giro"<sup>47</sup>.

Frente a este mismo referente normativo y apoyado en las doctrinas española, francesa, italiana y alemana (V. Vidaria, Blanco Constans, Leantey, V. Cosack), en 1926 Don Nicasio Anzola estructuró una obra más sistemática que precisaba el concepto de las obligaciones profesionales de los comerciantes, indicando que estas corresponden a las que impone directamente la ley, en razón del ejercicio de la profesión de comerciante, y que se explican y derivan por "el aspecto social que tiene el comercio":

174. [...] Las obligaciones legales no todas tienen idéntico carácter, pues mientras que unas aparecen directamente impuestas por la ley, por razón o estado de las personas con independencia de sus actos, otras son tan sólo consecuencias de éstos. Como las primeras no se imponen en lo mercantil más que por razón del ejercicio de la profesión del comerciante en sus distintas manifestaciones, bien pueden llamarse obligaciones profesionales. Las segundas, según la naturaleza del acto u omisión, podrán ser de carácter penal, mercantil, o civil. Por ahora solo nos ocuparemos de las primeras.

175. Las obligaciones profesionales de los dedicados al ejercicio del comercio son rigurosamente exigibles, porque nacen directamente de la ley. Por esta misma razón no se presumen, sino que han de estar de antemano determinadas en ella, de conformidad con los principios comunes.

176. La razón de ser de estas obligaciones, la encontramos en el aspecto social que tiene el comercio. Si este aspecto no existiera, ni el Estado tendría interés alguno en imponer tales obligaciones, ni tendría derecho para exigir su cumplimiento. Toda obligación legal que no se derive de esto, constituiría una arbitrariedad y una injusticia.

<sup>47</sup> Conforme al artículo 19 del actual Código de Comercio de Colombia, el comerciante tiene los siguientes *seis* deberes de conducta: (i) matricularse en el registro mercantil; (ii) efectuar la inscripción mercantil de los actos, libros y documentos que la ley determina; (iii) llevar la contabilidad regular de sus negocios; (iv) conservar sus papeles y documentos profesionales, en especial la correspondencia relacionada con su actividad; (v) denunciar ante el juez competente la cesación en el pago de las obligaciones mercantiles y; (vi) abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal.

177. Dedúcese de lo expuesto: primero, que las obligaciones profesionales han de ser diversas según la distinta categoría y condición de la persona, en relación con el ejercicio profesional del comercio; y segundo, que estas obligaciones no solamente recaen sobre el comerciante, sino también sobre todos sus auxiliares, por el carácter también social que revisten sus funciones<sup>48</sup>.

Ochenta años después, luego de indicar que el artículo 19 del actual Código de Comercio, que data de 1971, relaciona los deberes generales de los comerciantes, Néstor Humberto Martínez Neira destaca que esta disposición contiene deberes especiales impuestos por la *naturaleza de su profesión*, mas no obligaciones que den lugar a prestación alguna en favor de alguien, porque en estricto rigor se trata de cargas legales; que como corolario de ello, su incumplimiento acarrea perjuicios o sanciones, pero no da lugar a exigir su observancia por mecanismo judicial alguno; y que son *deberes profesionales*, que devienen de la *calidad de comerciante*, de tal manera que ninguna persona *ajena a dicha condición* está sometida a su imperio<sup>49</sup>.

En su libro “Derecho Mercantil Colombiano”, texto editado en 1971 que tuvo origen en la condensación hecha por el profesor José Ignacio Narváez García de las explicaciones que venía exponiendo en su cátedra de Derecho Comercial General, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, el ex Superintendente de Sociedades afirmaba que el comerciante: “tiene deberes de conducta específicos, cuyo incumplimiento genera sanciones. Se trata de obligaciones que impone la ley a quienes ejercen la profesión mercantil y no de otra índole administrativa, tributaria, de sanidad, etc., que, como es obvio, también deben cumplir” y que la “razón de ser de estos deberes profesionales reside en la publicidad de la adquisición y conservación del status de comerciante, así como de

<sup>48</sup> Anzola Nicasio. *Curso elemental de derecho mercantil*. Tomo I. Bogotá: Imprenta de la Luz, Librería Colombiana de Camacho Rodán & Tamayo, 1926. pp. 133, 134.

<sup>49</sup> Martínez Neira, Néstor Humberto. *Cátedra de derecho bancario colombiano*. Primera reimpreisión de la segunda edición. Bogotá: Editorial Legis S.A., 2006, p. 566.

sus actos y documentos que directa o indirectamente transcinden a terceros”<sup>50</sup>.

Sin embargo, en sus últimas ediciones el maestro José Ignacio Narváez García hace un viraje, recalando que hay *exégetas* que denominan *estatuto profesional del comerciante* a este conjunto de deberes específicos de conducta, a pesar de su ostensible incongruencia con la concepción objetiva prevaleciente en sus preceptos, que toma en cuenta de modo primordial la *naturaleza mercantil de la actividad*, cualquiera sea la persona que la realice; que algunos de esos deberes se han *generalizado* convirtiéndose en reglas que cumplen diversidad de sujetos, sean o no comerciantes, fenómeno que la profesora Marcela Castro de Cifuentes ha denominado como la *desprofesionalización del estatuto subjetivo del comerciante*, ya que varias reformas, verbigracia las leyes 222 de 1995 y 256 de 1996 así como disposiciones tributarias y anti-trámites, han *extendido* a todos los sujetos económicos algunos de los deberes impuestos a los comerciantes; y que además la Constitución Política le otorgó singular trascendencia a la empresa, con nuevos y múltiples deberes para su titular —el empresario— frente a su fuerza laboral, a la comunidad, al Estado, a los competidores y a los consumidores o usuarios<sup>51</sup>.

#### 4.2. Asimilación legal de las sociedades civiles a las sociedades comerciales

En 1960, el profesor José Gabino Pinzón al referirse a la distinción entre sociedades *civiles* y *comerciales*, expresaba que esta era una clasificación que iba “perdiendo importancia” a medida que el derecho civil se reducía a ser el derecho de la familia y de las asociaciones privadas y el derecho comercial ensanchaba su objeto, para convertirse en el derecho de la “vida económica”<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Narváez, José Ignacio. *Derecho mercantil colombiano*. Bogotá: Inversiones Bonnet & Cia., 1971, pp. 193-194.

<sup>51</sup> Narváez García, José Ignacio. *Derecho mercantil colombiano*. Parte general, vol. 1, novena edición. Bogotá: Legis Editores S.A., 2002, pp. 229, 230.

<sup>52</sup> Pinzón, Martínez, José Gabino. “Derecho comercial”. En: vol. 11. *Sociedades. Teoría general*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1960, p. 42.

Medio siglo después, el profesor Francisco Reyes Villamizar le da la razón al maestro Pinzón al indicar que, aunque en el derecho privado colombiano el régimen jurídico de las personas naturales tradicionalmente había estado ligado a las *rígidas* concepciones decimonónicas, las normas vigentes habían permitido una *aproximación significativa* hacia la *unificación* de las normas de derecho privado aplicables a las sociedades, en las que la *línea divisoria* entre las sociedades civiles y las mercantiles ya era muy *tenue*, debido a la denominada *comercialización del derecho civil*, que de manera categórica, también se manifestó en el caso de las sociedades<sup>53</sup>.

Al justificar esta expansión la Corte Constitucional decisivamente concluyó que, dadas las modernas tendencias del derecho y la veloz evolución de los fenómenos objeto de él, las fronteras entre el Código Civil y el Código de Comercio no pueden actualmente *definirse con precisión*, y en consecuencia, finalmente es la ley la llamada a resolver cuál es el campo normativo ocupado por cada uno de los estatutos; que la dicotomía de regulaciones en materia societaria no obedecía a una suerte de “exigencia ontológica”, sino a la *forma histórica* de su regulación legal; y que, por tanto, bien podía el legislador tomar en cuenta las nuevas necesidades y revisar críticamente, a la luz de las mismas, la existencia del sistema dual<sup>54</sup>.

La explicación del Guardián de la Constitución reproduce fielmente la célebre máxima de que “para el jurista el comercio es lo que diga el legislador”, sobre la cual la profesora Marcela Castro de Cifuentes recuerda que Bolafio “expresa que el acto ‘esencialmente civil’ es tal porque así lo ha determinado el legislador y critica la indefinición de Vivante, para quien el acto es civil cuando por sus caracteres constantes y esenciales no pueden referirse al comercio; la objeción se hace

dado que, para aquel autor, el comercio para el jurista es lo que diga el legislador”<sup>55</sup>.

Igualmente, la justificación de la Corte Constitucional *propaga* la tesis del profesor argentino Sergio Le Pera, quien en 1947 sostuvo que la distinción “*acto civil-acto de comercio*” obedece a razones *históricas* y no *conceptuales*, y por consiguiente criticó la pretensión de hacer del acto de comercio una categoría jurídica *prelegal*, con fundamento *óntico o racional* en la naturaleza de las cosas, posición que ya había sido adoptada por la Corte Suprema de Justicia colombiana en 1954 al aseverar que el “concepto económico” de la *actividad comercial* no coincide exactamente con el “concepto legal” de *acto de comercio*, pues hay numerosas operaciones que “económicamente” no constituyen “actividad comercial” y sin embargo, por razones de “utilidad práctica”, de forma expresa la ley les atribuye el carácter “comercial”<sup>56</sup>.

El examen de este cambio legislativo evidencia que no obstante la propuesta inicial de reforma al Código de Comercio en materia de sociedades, contenidas en el Proyecto de Ley N° 119 de 1993 sugería un sistema en el que “todas las sociedades serían de naturaleza comercial”, el resultado final de esa iniciativa tuvo alteraciones de significación, pues el proyecto, que proponía adoptar un “criterio formal de mercantilidad” para las personas jurídicas, sufrió una modificación propiciada por quienes deseaban mantener una *diferenciación*, por lo menos teórica entre las sociedades civiles y las comerciales. En efecto, en el texto aprobado finalmente se mantuvo la definición contenida en el artículo 100 del Código de Comercio, en el sentido de que el objeto social determina la naturaleza de la compañía. Así, pues, las sociedades que se dediquen a la realización de actos o empresas mercantiles o las que contemplen actividades mixtas seguirán considerándose compañías comerciales, las otras serán de naturaleza civil. Estas últimas, ade-

<sup>53</sup> Reyes, Villamizar, Francisco. *Derecho societario*, tomo I, primera edición. Bogotá: Editorial Temis, 2002, pp. 6-8.

<sup>54</sup> Ver Sentencia C-435 de 1996, magistrados ponentes: José Gregorio Hernández Galindo y Eduardo Cifuentes Muñoz. Reyes, Villamizar, Francisco. *Derecho societario*, tomo I, primera edición. Bogotá: Editorial Temis, 2002, p. 8.

<sup>55</sup> Castro, de Cifuentes, Marcela. *Derecho comercial, actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Editorial Temis, 2009, p. 5.

<sup>56</sup> *Ibid.*, pp. 10, 13.

más, están expresamente definidas en la Ley 222 de 1995 como aquellas que “no contemplen en su objeto actos mercantiles”<sup>57</sup>.

Sin embargo, el profesor Reyes advierte que la mencionada *diferenciación* no tendrá mayores “efectos prácticos”, a menos que futuras normas legales determinen regímenes diferenciales aplicables a unas y otras. De hecho, lo que se ha establecido en la Ley 222 de 1995 es un criterio que, aun cuando mantiene *teóricamente* la dicotomía de formas asociativas comerciales y civiles, establece la *unificación definitiva* de ellas, mediante una *asimilación legal* que entraña la sujeción de unas y otras a un régimen jurídico *uniforme*. De ahí que no debe existir duda alguna respecto al carácter definitivo de la unificación, cuyo efecto fundamental consiste en la sujeción a los *mismos* derechos y deberes por parte de las sociedades civiles y comerciales<sup>58</sup>.

El inciso 2º del artículo 1º de la Ley 222 de 1995 dispone que la *asimilación* se refiere a todos los tipos de compañías y no solo a las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, como se disponía anteriormente. Se incluyen, por lo tanto, las sociedades en comandita simple, las colectivas y las empresas de servicios públicos, además de cualquier otra especie de sociedad que en lo sucesivo cree el legislador<sup>59</sup>.

No se trata apenas de someter a estas compañías a las normas aplicables a las sociedades comerciales, sino a la legislación mercantil en general. Así, pues, el objetivo que pretende la norma no es solamente aplicar las disposiciones contenidas en el libro segundo del Código de Comercio —relativas a la constitución y prueba de la sociedad, aportes, utilidades, órganos sociales, reformas, disolución y liquidación, etc.—, sino también disponer una aplicación total de la legislación mercantil<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Reyes, Villamizar, Francisco. *Derecho societario*, tomo I, primera edición. Bogotá: Editorial Temis, 2002, p. 10.

<sup>58</sup> *Ibid.*, pp. 10-11.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>60</sup> *Ibid.*

A diferencia de lo que ocurría en la norma derogada, la sujeción a que se refiere el citado artículo 1º es para “todos los efectos legales”. Esta expresión es trascendental, porque significa que, desde la entrada en vigencia de la Ley 222 de 1995, tanto los deberes profesionales de los comerciantes contenidos en el artículo 19 del Código de Comercio, como las demás normas mercantiles, serán aplicables indistintamente a las compañías civiles y comerciales<sup>61</sup>.

Por lo tanto, en opinión del profesor Reyes no debe acudirse al argumento, nada convincente, de que dentro del sistema jurídico colombiano no es posible extender los denominados deberes profesionales de los comerciantes a personas que de acuerdo con el rígido y anacrónico criterio objetivo del artículo 10 del Estatuto Mercantil, no se dediquen en forma habitual y profesional a la realización de actos de comercio. Esta tesis era perfectamente lógica a la luz del anterior artículo 100 del Código, pero resulta inaceptable para interpretar la norma vigente, cuyo objetivo fundamental es, en efecto, establecer un régimen unificado<sup>62</sup>.

En síntesis, concluye el profesor Reyes que la asimilación se refiere a todos los aspectos de la normatividad e incluye, como se ha dicho, la aplicación del artículo 19 del Código de Comercio. En la actualidad, puede afirmarse que las sociedades de objeto civil existen *teóricamente*, pero son *comerciantes* por *asimilación legal*<sup>63</sup>.

## 5. Desplazamiento del eje de la codificación: del código de la contratación privada al código único del mercado

En el texto *La nueva fase del derecho civil en las relaciones económicas y sociales*, publicado en 1907, revelaba que bajo la acción incesante del capital, de la ciencia, de las máquinas, de la asociación, del crédito y del comercio los campos de la actividad privada se habían extendido y especializado de tal modo que cada uno merecería tener un código *propio*

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> *Ibid.*

para gobernar la multiplicidad de relaciones jurídicas a las cuales dan vida continuamente dentro de su propia esfera, el jurista italiano Enrico Cimbalì (1855-1887) advertía que dicha proliferación de estatutos representaría un *grave anacronismo* y una *gran anomalía* que multiplicarían todavía más las divisiones y subdivisiones en el campo del derecho privado, de lo cual únicamente pueden derivar “incertidumbres, contradicciones y dificultades inextricables”, males que solo desaparecerían en la *unidad* de un organismo *superior*, el organismo del *Código de Derecho Privado Social*<sup>64</sup>.

En Colombia, desde 1957 el maestro José Gabino Pinzón Martínez venía indicado que las denominaciones son y deben ser cuestiones de “segundo orden” y que lo que urgía era una “revisión de fondo” de la legislación civil y comercial. Esta revisión se efectuó, en parte, con la reforma del Código de Comercio de 1971 y no obstante, en 1985, el profesor Pinzón se vio precisado a destacar que todavía existían autores que seguían proponiendo unificar las reglamentaciones de contenido estrictamente económico en un código que indudable y lógicamente no podría seguir llamándose Código de Comercio, puesto que como bien anotó en 1953 el jurista belga Jean Van Ryn (1906-2002), la expresión misma es *impropia* porque traduce de manera *imperfecta* y demasiado *estrecha* la realidad que se le quiere hacer expresar. Por esa razón, reconociendo que el derecho comercial es en realidad el derecho de la actividad económica, se ha propuesto abandonar la expresión tradicional y reemplazarla por la de “derecho económico”<sup>65</sup>.

Informados como estamos sobre la inexactitud de expresión tradicional, para rotular la consecuencia inexorable de la *comercialización del mundo de la vida*, se sugiere la denominación *Código Único del Mercado*, cuyo advenimiento tendrá lugar por la fuerza del perpetuo movimiento del derecho y de la vida, a cuya regulación está destinado;

<sup>64</sup> Yadarola, Mauricio. “Legislación uniforme para concursos civiles y comerciales”. En: *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*. Año XV N° 3-4, mayo-junio de 1928, Córdoba, Argentina, pp. 6-7.

<sup>65</sup> Pinzón, Martínez, José Gabino. *Introducción al derecho comercial*. Tercera edición, refundida y actualizada con la colaboración de Jorge Pinzón Sánchez. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1985, pp. 28-29.

poderío que ya ha posicionado en segundo plano la clásica y restringida actividad de intermediación entre la producción y el consumo que, hoy por hoy, se ve opacada por temas como las prácticas restrictivas a la libre competencia, la defensa del consumidor y del usuario, las transacciones y el dinero digital, actores y factores relevantes del *mercado* que, al decir del profesor Norbert Reich es la institución nuclear del sistema económico<sup>66</sup>.

En efecto, una de las conclusiones sobre la cual existe un amplio consenso entre la doctrina nacional e internacional, es que la legislación en materia mercantil ha experimentado un cambio profundo y casi completo, a partir de 1980, surgido fundamentalmente como consecuencia de la institucionalización de un mercado de libre competencia, la incidencia de los avances tecnológicos y los bienes inmateriales y la internacionalización del mercado.

Ciertamente, a partir de estos y otros factores el derecho mercantil actual se encuentra en una fase acentuada de *transición* desde el derecho especial mercantil centrado tradicionalmente en el *tráfico de mercaderías* hacia un derecho privado del *tráfico económico*, entendido este último como el conjunto de actividades de producción y comercialización de bienes materiales o inmateriales y de servicios, con consideración de los intereses de *todos* los participantes en el mercado (operadores económicos y consumidores), y también, naturalmente de las exigencias del mercado<sup>67</sup>.

En este contexto, la doctrina también ha destacado que existe una problemática en relación con las fuentes del derecho mercantil originada, entre otros factores, en la promulgación durante los últimos años de constituciones que integran o constitucionalizan principios, reglas, y normas de contenido económico, que afectan y tienen una especial

<sup>66</sup> Reich, Norbert. *Mercado y derecho*. Barcelona: Ariel derecho, 1985, p. 17.

<sup>67</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto. *Apuntes de derecho mercantil*. Navarra, España: Editorial Aranzadi, 2000, pp. 41-64.

incidencia en el derecho mercantil, tendencia dentro de la cual se enmarca la Constitución colombiana de 1991<sup>68</sup>.

De ahí que más temprano que tarde llegará el momento en el que se impondrá, ya no la mera conformación de un Código Único de la Contratación Privada proveniente de la unificación de los Códigos Civil y Comercial, sino la composición y redacción del Código que habrá de regir las actividades económicas de la sociedad del siglo XXI, en el que necesariamente, bajo la directriz de la Constitución Económica, tendrá lugar la armonización del aminorado Código de Comercio con el emergente y vigoroso Estatuto del Consumidor.

Al respecto cabe destacar que desde 1971 el jurista español Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate (1899-1983) insistió en que:

[...] si lo que subsiste son las normas mercantiles que pasan al derecho común, lo que en definitiva ha de sobrevivir, prescindiendo de los nombres, será un derecho mercantil. Pero este derecho mercantil pa-

<sup>68</sup> Ver: Almonacid Sierra, Juan Jorge. "La constitución económica de 1991: Instrumento jurídico para la democratización de la economía colombiana". En: *Revista Pensamiento Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia*, N° 10. Bogotá D.C., 1999, pp. 135-170. En 1997, advertimos que los contenidos de las categorías jurídicas atravesaban por una profunda fase de reestructuración, hasta el punto que se podía afirmar que asistíamos a la consolidación de un nuevo derecho en el país, que en lo fundamental se estaba transformando a partir del cruce de tres variables, entre ellas, las innovaciones introducidas por los adelantos tecnológicos y la institucionalización del contenido "ético-social" del Estado Social y Democrático de Derecho, el cual se catalogó como el más decidido intento de introducir, por intermedio del derecho, una visión ética de "*lo social*" en las categorías propias de la economía. Almonacid y otros, *Pensamiento Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia N° 7*: 1997. Igualmente, en 1999 analizamos los avances del discurso democrático en el terreno económico, a partir de la Constitución Económica de 1991, la cual se conceptuó como un instrumento jurídico apto para la democratización de la economía colombiana (Almonacid, Sierra, Juan Jorge. *Op. cit.*, 1999). Asimismo, en 2002 se resaltan los límites impuestos por el marco constitucional y legal de protección al consumidor al proceso de concentración del poder de mercado en cabeza de empresas transnacionales que buscan dominar la producción y distribución de los productos básicos de la cadena alimenticia humana a través de los avances tecnológicos provenientes de la ingeniería genética (Almonacid, Sierra, Juan Jorge. *Pensamiento Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia N° 15*, 2002). De igual forma, en 1998 estudiamos extensamente los más relevantes comportamiento incorrectos que atentan contra la libre competencia económica (Almonacid y otro, *Derecho de la Competencia, Abuso de la Posición Dominante, Competencia Desleal, Uso Indebido de Información Privilegiada*, Bogotá: Legis S.A., 1998).

rece que va ser tragado, a su vez, por el derecho de la economía, que va penetrando cada vez más en los sectores tradicionales del derecho mercantil, deformando sus normas y suprimiéndolas cuando así conviene a los intereses de la comunidad nacional. Ante la presión actual del derecho de la economía [...] pierde todo interés la vieja cuestión de la separación e independencia del derecho mercantil frente al derecho civil. Mientras –como buenos hermanos– mercantilistas y civilistas se entretienen en esas querellas familiares, el derecho privado del tráfico, llámeselo civil o mercantil –que es lo menos que importa– va siendo reemplazado por un derecho distinto de carácter público y social. A la doctrina mercantilista compete demostrar ahora que sigue en posesión de ese espíritu ágil y flexible que tanta veces ha dado muestra, para adaptar sus normas tradicionales a los nuevos postulados<sup>69</sup>.

Sin tardanza ni prejuicios de escuela, el inextinguible, apasionado y siempre libre espíritu investigativo de Arturo Valencia Zea (1914-1993) asumiría este nuevo reto del derecho del siglo XXI. Estoy cierto en ello, porque en la única oportunidad que tuve de escucharlo de viva voz al iniciar el segundo semestre de 1991, aunque su cuerpo ya le pesaba y su voz comenzaba a apagarse, súbitamente él decidió reemplazar la cátedra de derecho de familia a la que estábamos convocados, por una sagaz e inolvidable disertación en torno a los recién constitucionalizados derechos sobre los segmentos de la órbita geoestacionaria ubicada sobre la línea ecuatorial, estratégica para la posicionamiento de satélites de telecomunicaciones.

<sup>69</sup> Pinzón Martínez, José Gabino. *Introducción al derecho comercial*. Tercera edición, refundida y actualizada con la colaboración de Jorge Pinzón Sánchez. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1985. p. 27.