

EL DERECHO DEL CONSUMO Y LA MERCANTILIDAD EN COLOMBIA

Clara Carolina Cardozo-Roa*

Resumen

Este capítulo analiza el concepto de derecho comercial y las actividades que tradicionalmente se consideran mercantiles frente al derecho del consumidor. Se examina el concepto de derecho comercial desde su nacimiento en la Edad Media, a continuación se describe la constitucionalización del derecho privado para demostrar que de ella surgió el derecho del consumo. Por último, se propone la clasificación de los actos de consumo.

Palabras clave: derecho mercantil, oferta y demanda, mercado, protección del consumidor.

* Abogada, especialista en Derecho Administrativo y magíster en Derecho con énfasis en Derecho Privado de la Universidad del Rosario y especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Estudiante del doctorado en Derecho de la Universidad del Rosario. Docente de tiempo completo del área de Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia y temporal en la Universidad del Rosario. Correos: ccarocroa@hotmail.com y ccardozo@urosario.edu.co

Abstract

This chapter analyzes the concept of trade law and the activities that have traditionally been considered commercial facing to the consumer's law. The concept of trade law is examined since its birth in the Middle Ages, then the constitutionalization of private law is described to demonstrate that from this has emerged the consumer's law. Finally, the classification of consumption acts is proposed.

Key words: commercial law, supply and demand, market, consumer protection.

Introducción

Este capítulo tiene como propósito cardinal exponer la pugna que ha surgido durante los últimos años entre el derecho comercial y el derecho del consumo como consecuencia del fortalecimiento de las normas que buscan proteger a la parte débil en los contratos. Así, la pregunta fundamental que se pretende resolver es: ¿cómo se ha incorporado el derecho del consumo en la comprensión de la mercantilidad y en la clasificación de los actos de comercio?

Para satisfacer este propósito se hará una sucinta presentación de los conceptos de derecho comercial y derecho del consumo y se analizarán las repercusiones del Estatuto del Consumidor en los artículos 20, 21 y 22 del Código de Comercio colombiano, a partir de los cuales la doctrina clasifica los actos de comercio. Se propondrá una clasificación de los actos de consumo.

Se concluirá que el derecho del consumo, atendiendo los principios constitucionales en que se funda, ha generado una notoria modificación en la noción de mercantilidad y, por ende, ha transformado la manera en que los actos de comercio se clasifican. A fin de resolver el problema de investigación, se aplicó una metodología de revisión bibliográfica, que se basa en las normas jurídicas como fuente primaria y en la literatura jurídica mercantil nacional e internacional como fuente secundaria. No se acude al análisis jurisprudencial porque la finalidad principal de este capítulo es describir la tensión que el Estatuto del Consumidor ha generado con el Código de Comercio en cuanto a validez y vigencia

de las normas enfrentadas, sin entrar a hacer un análisis de la eficacia entre los operadores jurídicos.

De la noción de derecho comercial y de su aplicación al acto mixto de comercio

La pregunta que todo estudiante de una rama del derecho se formula en la primera clase es en qué consiste el área que está por abordar. En la mayoría de los casos, esta respuesta es simple, porque con el nombre lo puede deducir fácilmente. Por ejemplo, en derecho laboral se sabe que se van a estudiar las relaciones jurídicas que se derivan del trabajo humano y que implican “derecho al trabajo, derecho al producto íntegro del trabajo y derecho a la existencia”¹.

En cuanto al derecho comercial, además de ser una rama del derecho privado es, como lo afirma Medina Vergara², un derecho de formación consuetudinaria, con tendencia a la internacionalización, de carácter profesional, especial frente al derecho civil y una fuerte influencia social, pero a la hora de determinar su contenido presenta dificultades de definición. Así, el comercio, que pareciera ser el objeto de esta rama, no resulta fácil de definir. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua registra las siguientes acepciones:

Del lat. *commercium*.

1. m. Compraventa o intercambio de bienes o servicios.
2. m. Conjunto de actividades económicas centradas en el comercio.
3. m. Tienda, almacén o establecimiento de comercio.
4. m. Conjunto o clase de los comerciantes.
5. m. En algunas poblaciones, lugar en que, por abundar las tiendas, suele ser grande la concurrencia de gentes.
6. m. Juego de naipes que presenta distintas variedades.
7. m. Relación sexual entre dos personas. Comercio carnal.
8. m. p. us. Comunicación y trato entre personas³.

¹ Guillermo González Charry, *Derecho laboral colombiano. Relaciones individuales* (Bogotá: Legis, 2004), 6.

² Jairo Medina Vergara, *Derecho comercial* (Bogotá: Temis, 2008), 75-7.

³ “Real Academia Española”, *Diccionario de la lengua española*, acceso el 20 de noviembre de 2015, <http://dle.rae.es/?id=9vYPFME>

De las anteriores acepciones se descartan las contenidas en los numerales 6 y 7. De las restantes, se observa que la palabra comercio puede referirse a un tipo contractual, un bien, una actividad o a una clase de sujeto o sujetos que establecen relaciones entre sí. En esta línea argumental, Garrigues indica que

[...] sobre el concepto de comercio no hay plena concordancia: desde una idea amplísima que comprende todo acto de cambio, incluso directo, hasta la idea más estrecha de mediación rigurosamente profesional, las definiciones varían tanto como los autores. En una síntesis arbitraria podemos conducir las definiciones de comercio a uno de estos dos grupos: o el de aquellas que, tomando la parte por el todo, el acto típico por la actividad, atienden a los actos en que primordialmente se manifiesta el comercio, o el de aquellas otras definiciones que atienden a la finalidad de la función comercial, independientemente de los actos que pueden servir a esa finalidad⁴.

Así, a la pregunta ¿qué es el derecho comercial? Se puede responder que es el derecho de ciertos negocios jurídicos, el derecho de unos bienes, el derecho de una actividad o el derecho que regula a algunos sujetos. Esta respuesta ha sido formulada a lo largo de la historia del derecho comercial con el título de mercantilidad, es decir, la forma en que se definen los casos en que se da aplicación al derecho comercial. De lo cual emergen cuatro criterios: el subjetivo, el objetivo, la teoría de los actos en masa y la teoría de la empresa⁵.

Ahora bien, además de las dificultades semánticas del vocablo comercio, estudiarlo implica comprender nociones de carácter económico, toda vez que las actividades, actos o sujetos a quienes se aplica el derecho comercial tienen en común que se encuentran o se someten a la existencia de un mercado. Este término hace referencia a que el mercado es un “proceso en el que se mueven y adaptan las acciones individuales a las exigencias de cooperación mutua. [Así], el mercado es el punto en que convergen los individuos para satisfacer sus necesidades”⁶.

En este escenario entran en juego la demanda y la oferta. La demanda apunta a “la cantidad de determinado bien o servicio que será comprado a diversos precios

⁴ Joaquín Garrigues, *Curso de derecho mercantil* (Bogotá: Temis, 1987), 8.

⁵ Manuel Broseta Pont, *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil* (Madrid: Tecnos, 1965), 38-92.

⁶ Mario Jaramillo Contreras, *Vademécum de economía política* (Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994), 31.

posibles. Se requiere, pues, que exista la necesidad de los bienes o servicios y medios o poder de compra para adquirirlos a precios determinados⁷⁷, en tanto que la oferta alude a la cantidad de bienes o servicios que productores y distribuidores estarán dispuestos a producir o vender en un mercado, a un precio determinado. Para establecer esa cantidad, se deben tener en cuenta los costos de producción y el precio de venta⁸.

La demanda y la oferta se rigen por las leyes de Henderson. La ley de la demanda expresa que si el precio disminuye la demanda aumenta⁹, mientras que la ley de la oferta indica que la cantidad ofrecida de una mercancía es directamente proporcional a su precio¹⁰, suponiendo que todos los demás factores permanezcan estables.

Estas reglas son de especial aplicación en los mercados de competencia perfecta, donde hay un gran número de oferentes y demandantes, de manera tal que uno o pocos de estos, no pueden alterar por sí mismos el precio sin que los restantes puedan hacerles contrapeso; se presenta homogeneidad en el bien o servicio ofrecido y demandado; los intervinientes en el mercado conocen las particularidades de las mercancías y las condiciones de venta y, finalmente, al interior del mercado no hay discriminación ni controles externos¹¹. Los mercados de competencia perfecta corresponden a una estructura ideal que solo se da como modelo de trabajo¹². Aquellos mercados que no reúnen estas características serán de competencia imperfecta y requieren de una mayor regulación por parte del Estado.

Según esta perspectiva, el derecho comercial podría asimilarse al derecho de los mercados perfectos e imperfectos. Sin embargo, tal asimilación no es posible por dos razones, una de índole económica, en la medida en que en los mercados

.....
⁷ Jaramillo, *Vademécum*, 79.

⁸ Jaramillo, *Vademécum*, 80.

⁹ Michael Parkin y Eduardo Loria, *Microeconomía, versión para América Latina*. 9ª ed. (Ciudad de México: Pearson Educación, 2010), 59.

¹⁰ Milton Spencer, *Economía contemporánea*. 3ª ed. (Barcelona: Reverté, 1993), 44.

¹¹ Ramón Abel Castañón Tamayo y Humberto González González, *Ideas económicas mínimas*. 22ª ed. (Bogotá: Ecoe Ediciones, 2011), 115.

¹² Pinkas Flint, *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del DL 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia* (Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002), 156.

de competencia imperfecta no solo se requieren normas que regulen la actividad de los particulares (derecho privado), sino normas en que el Estado directamente intervenga en los mercados (derecho público); y la otra, porque el concepto de mercado se aplica a realidades que no se consideran jurídicamente mercantiles. Así, el ordenamiento jurídico colombiano distingue las ventas civiles de las ventas mercantiles. Las últimas se definen por la voluntad o intención del comprador de revender lo que ha adquirido¹³ y las ventas civiles por no existir en ellas ese ánimo o que se da en los mercados excluidos de la aplicación del derecho comercial, como sucede en el mercado de las profesiones liberales que expresamente están excluidas de la regulación del derecho comercial en virtud del artículo 23, numeral 5 del Código de Comercio colombiano¹⁴.

Además de la relación directa que existe entre el derecho comercial y la economía, esta rama del derecho se forma y se transforma de acuerdo con las necesidades que manifiestan los comerciantes. No resulta posible determinar de modo permanente aquello que tiene la rúbrica mercantil, porque no es algo que permanezca en el tiempo, sino que varía constantemente según lo que hacen y dejan de hacer los comerciantes. En palabras de Díaz Ramírez: “El derecho comercial no corresponde a categorías ontológicas; no difiere sustancialmente del derecho civil. La elaboración del derecho comercial ha obedecido a procesos históricos o a los métodos utilizados por los comerciantes para realizar su actividad”¹⁵.

El derecho comercial cambia en la medida en que los comerciantes lo requieren para lograr sus finalidades y las de sus empresas. Este es un derecho que se transforma día tras día. Así, desde la Edad Media, concretamente el siglo XIII, el ámbito de aplicación del derecho comercial ha mutado. En un principio surge porque “el derecho común no atendía las necesidades del tráfico que se tenían en aquella época y esa es la razón para que surja un derecho especial, encaminado

¹³ Gerardo Santini, *El comercio: ensayo de economía del derecho* (Barcelona: Ariel, 1988), 181.

¹⁴ Decreto 410 de 1971, “por el cual se expide el Código de Comercio”. *Diario Oficial*, 16 de junio de 1971.

¹⁵ Enrique Díaz Ramírez, “La comercialidad en el Código de Comercio colombiano”, en *Derecho civil y comercial. Ensayos jurídicos Liber Amicorum en homenaje al Doctor Carlos Holguín Holguín* (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1999), 113.

a solucionar las trabas y problemas que a tales necesidades imponía un derecho amoldado para una estructura económica de carácter no especulativo”¹⁶.

En este entorno, el derecho comercial se administraba a los comerciantes. Pero, aparece la pregunta por la normativa que resulta aplicable a lo que se denomina acto mixto de comercio, esto es, aquellos casos en los que los comerciantes celebran contratos con no comerciantes, la solución que se dio hasta antes del nacimiento del derecho del consumo era aplicarle tanto al comerciante como al no comerciante las normas mercantiles. Comenzó aquí el fenómeno de objetivación del derecho comercial, es decir, que se administra a los actos de comercio y no a los comerciantes, “porque para poder hacer esta extensión se recurre a presumir la calidad de comerciante en quien realiza un acto de comercio, aunque no esté inscrito en la corporación y aunque no sea en realidad una persona dedicada profesionalmente al ejercicio comercial”¹⁷.

La objetivación encontró su máxima expresión en el Código de Comercio francés de 1807. El cual, tras la supresión de las corporaciones en virtud de la ley *Le Chapelier* de 1791, recogió las ideas de la Revolución francesa y aunque inicia mencionando al comerciante, con posterioridad enlista los actos de comercio, dentro de los que cita los actos aislados y las actividades organizadas¹⁸.

Pero el acto de comercio no permitió definir correctamente los límites de la mercantilidad, por lo que se desarrollaron dos teorías: la de los actos en masa y la de la empresa. La de los actos en masa la formuló Heck, quien consideraba que en el nuevo orden económico y de producción en serie se requería un ordenamiento jurídico especial que lo regulara¹⁹. Por su parte, la teoría de la empresa, según Narváez García, se fundamenta en: “a) La masiva producción y distribución de bienes y la prestación de servicios determina la conclusión de negocios jurídicos en serie; b) El tráfico en masa es una realidad cuantitativa que exige reglas e instituciones especiales, y c) La repetición seriada de negocios jurídicos presupone

¹⁶ Jaime Alberto Arrubla, *Contratos mercantiles. Vol. I. Teoría general del negocio mercantil*. 12ª ed. (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2008), 26.

¹⁷ Gerardo Ravassa Moreno, *Historia del comercio y del derecho mercantil* (Bogotá: Universidad Santo Tomás, 1990), 190.

¹⁸ Roberto Goldschmidt, *Curso de derecho mercantil* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Roberto Goldschmidt, 2008), 37.

¹⁹ Arrubla, *Contratos mercantiles*, 34.

la existencia de un empresario, una actividad económica organizada y uno o más establecimientos”²⁰.

La empresa es “una categoría económica organizada para el intercambio o asignación de recursos, cuyo objeto principal es combinar los factores de la producción para minimizar los costos y maximizar las utilidades”²¹. Ahora bien, para definir la empresa desde el punto de vista jurídico se han trazado diversas teorías, como por ejemplo: la de la persona jurídica, la del patrimonio separado, la de la universalidad, la de la actividad y la de organización²²; pero ninguna de ellas ha conseguido describir completamente su realidad, pues no puede encasillarse en las categorías jurídico-privadas tradicionales: la empresa no es una persona, pero debe tener un sujeto que la cree; no es un bien, pero demanda al menos uno de ellos para existir; no es una obligación, pero cuando se crea se adquiere en virtud de ella; no es un contrato, pero este es sin duda necesario para lograr sus fines.

Lo anterior conduce a que la empresa no es (ni puede ser) regulada por una sola rama del derecho. Autores como Galgano indican que el derecho de la empresa es “un derecho regulador de las relaciones entre el empresario y los inversionistas o propietarios del capital, con los trabajadores, así como entre empresarios y consumidores, y de las que se establecen entre los empresarios”²³. De donde se infiere que la empresa es regulada, cuando menos, por el derecho comercial, el derecho laboral y el derecho del consumo; de modo que la noción de empresa es hoy en día transversal.

La empresa vista desde el derecho comercial cuenta con tres elementos esenciales para su existencia, que son: elemento objetivo o actividad económicamente organizada, elemento subjetivo o empresario-mercantil y elemento funcional o instrumental que es el establecimiento de comercio²⁴.

²⁰ José Ignacio Narváez García, *Derecho mercantil colombiano. Parte general*. 8ª ed. (Bogotá: Legis, 1997), 64.

²¹ Julio Enrique Bonilla Reyes, “La empresa y el empresario”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 3 (1998), 105.

²² Ignacio Arteaga, “En busca del concepto jurídico de empresa”. *Revista Chilena de Derecho* 3, n.º 29 (2002), 605-10.

²³ Citado por: José Narváez García, Jorge Eduardo Narváez Bonnet y Olga Stella Narváez Bonnet, *Derecho de la empresa* (Bogotá: Legis, 2008), 11.

²⁴ Marcela Castro de Cifuentes, *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios* (Bogotá: Temis, Universidad de los Andes, 2009), 42-4.

Se evidencia entonces que el derecho comercial y en particular las relaciones que reglamenta se transforman por el paso del tiempo y por el desarrollo de las relaciones económicas entre los intervinientes en el mercado.

En ese orden de ideas, al no poderse definir de manera estática y permanente el objeto de esta rama del derecho, aparecen situaciones que dificultan la decisión acerca de si a una determinada relación jurídica le es aplicable o no el derecho comercial. Para evitar estos conflictos normativos, los códigos de comercio suelen contener artículos como el 20, el 21 y el 22 del colombiano²⁵, en los cuales se contemplan los actos de comercio, los accesorios de comercio y los actos mixtos de comercio.

Los de comercio son aquellos actos que por su naturaleza son mercantiles y, en consecuencia, sin lugar a duda se les aplica el derecho comercial. Los actos accesorios de comercio no son mercantiles por su naturaleza, sino que lo son por su vínculo con una actividad empresarial o con un contrato de naturaleza mercantil. Respecto a los que acceden a la actividad empresarial, Narváez García²⁶ afirma que son mercantiles porque guardan nexo con otros actos de comercio a los que acceden. En cuanto a los que acceden a un contrato, se sostiene que son aquellos que son comerciales en tanto que sirven para garantizar el cumplimiento del contrato comercial principal²⁷. Esta categoría de actos de comercio amplía notoriamente el espectro de aplicación del derecho comercial en el sentido de que contratos que en principio no son mercantiles, como por ejemplo la hipoteca de un bien inmueble destinado a la vivienda, terminarían regulados por el derecho comercial porque el contrato principal (ya sea mutuo bancario o apertura de crédito) fuera mercantil.

En lo que atañe a los actos mixtos, como ya se explicó, son aquellos que no son mercantiles para una de las partes, pero que sí lo son para la otra. Esta categoría se presenta como “residuo del corporativismo gremial medieval”²⁸, ya

²⁵ Decreto 410 de 1971.

²⁶ Narváez, *Derecho mercantil*, 138.

²⁷ María Susana Dávalos, *Manual de introducción al derecho mercantil* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010), 58.

²⁸ Juan Manuel Murillas Escudero, “Unas notas sobre el concepto de la ‘mercantilidad’”. *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n.º 0 (2002), 104, <http://www.unirioja.es/dptos/dd/reduc/numero0/murillas.pdf>

que era la forma en que se extendía la aplicación del derecho comercial que en principio era aplicable solo a aquellos que estaban registrados como comerciantes, a aquellas personas que no lo eran. Para Pinzón, estos contratos son relativamente mercantiles, porque al serlo para una de las partes y no para la otra en todo caso se les aplica la norma comercial²⁹. Los actos mixtos se presentarían sobre todo en casos en que la norma comercial excluye su aplicación para una parte, pero simultáneamente la incluye para otra.

Se considera que esto ocurre en especial en el caso de algunas de las actividades a que hace alusión el artículo 23 del Código de Comercio colombiano³⁰. Se pueden presentar en los contratos: de consumo, de derechos de autor celebrados por el autor, agrícolas celebrados por el agricultor y los que se ofician en el ejercicio de las profesiones liberales. De esta forma, el contrato de mandato entre un abogado y un empresario comercial, necesario para atender un proceso en que se encuentra vinculada la empresa, será un contrato mercantil.

Con base en lo precedente, se observa cómo los negocios mercantiles no quedan completamente regulados con la enumeración que de estos haga un código, sino que debe prestarse particular atención a la forma en que el comerciante desarrolla sus negocios, ya que a través de esta vía y de las instituciones de los actos mixtos y accesorios de comercio se amplía el espectro de aplicación. Si a lo anterior se agrega la constante transformación de los mercados, deberá afirmarse con el autor de principios del siglo XX, Antonio José Uribe, que esta rama del derecho es expansiva y “no se detiene aquí su evolución, sino que en la materia de los contratos, es notorio que todo el círculo del derecho mercantil se ensancha [...]”³¹.

El derecho del consumo

Díaz Ramírez afirma que: “Hay estrecha relación entre economía y derecho comercial, como lo puso en evidencia el método de atenta observación de la realidad. El derecho mercantil es el medio, la herramienta que permite el desarrollo del sistema económico establecido en la Constitución de un país. Las instituciones

²⁹ Gabino Pinzón, *Introducción al derecho comercial*. 3ª ed. (Bogotá: Temis, 1985), 146-7.

³⁰ Decreto 410 de 1971.

³¹ Antonio José Uribe, *Derecho mercantil colombiano* (Berlín: R.v. Decker's Verlag, 1906), 13.

de derecho mercantil y, particularmente, el criterio con que se establezca la mercantilidad, están en función del sistema económico adoptado y del grado de desarrollo económico del país de que se trate, en un momento dado³².

Esta manifestación es optimista no solo frente a la visión del papel del derecho comercial en la economía, sino también al considerar que puede haber una relación pacífica entre el derecho comercial y el constitucional.

En cuanto a lo primero, esta aserción parece acorde con una perspectiva clásica del Estado de derecho y liberal que se caracteriza por: el liberalismo económico, el Estado gendarme y la separación Estado-sociedad y derecho privado-derecho público, en donde las libertades y la propiedad privada son derechos garantizados y el Estado permite que el mercado se regule por la mano invisible de Smith³³. Además, los contratos se fundaban en la autonomía de la voluntad con sus dos elementos: la soberanía, que indica que una persona no puede ser forzada a contratar y que su voluntad basta para obligarla, y la fuerza obligatoria que implica que una vez manifestada la voluntad, lo pactado es obligatorio para las partes³⁴.

Los elementos en mención repercuten en las libertades de las personas en la medida en que garantizan la libertad contractual, que incluye entre otras las libertades de: escoger con quién se contrata, seleccionar el tipo o atipo contractual, celebrar el contrato por sí mismo, de hacerse representar o de actuar por interpuesta persona y forma de expresión de la voluntad, salvo en los casos en que la ley imponga solemnidades³⁵.

En ese sentido, la relación entre el derecho comercial y la Constitución hoy, no es pacífica, debido al proceso de constitucionalización del derecho comercial que, en general, hace referencia a un proceso en virtud del cual todo el ordenamiento jurídico resulta impregnado por las disposiciones constitucionales y que para tal efecto tiene como condiciones que la Constitución sea rígida, garantizada por la jurisdicción, vinculante u obligatoria, sobreinterpretada, de aplicación directa, que inflencie las relaciones políticas y que las leyes deban interpretarse

³² Díaz, "La comercialidad", 102.

³³ Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 63.

³⁴ Christian Larroumet, *Teoría general del contrato* (Bogotá: Temis, 1999), 85-7.

³⁵ Fernando Hinestroza, "Función, límites y cargas de la autonomía privada". *Revista de Derecho Privado*, n.º 26 (2014), 9-11.

conforme con esta³⁶. Frente al derecho comercial, se presenta el fenómeno de la constitucionalización cuando se observa “que el predominio de un agente privado tiene fuerza suficiente para aniquilar las alternativas de acción de otro particular”³⁷.

Ahora bien, el fenómeno de la constitucionalización se da principalmente en el marco del Estado social de derecho, en el que resaltan las siguientes características:

Estado y sociedad ya no van a ser realidades separadas ni opuestas, de modo que aquél no podía ni debía modificar el orden social natural y espontáneo, dotado de racionalidad, cuyo equilibrio se sostenía con el sólo reconocimiento de la libertad y la igualdad. Por el contrario, el Estado Social parte de que la sociedad, dejada a sus mecanismos autorreguladores, conduce a la pura irracionalidad y de que sólo la acción del Estado puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado [...].

El Estado Social no pretende negar los *valores y fines* del Estado Liberal (la libertad y la igualdad del individuo); al contrario, los asume y trata de hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material; así, se entiende que no cabe realizar la *libertad si su reconocimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real*. En efecto mientras que en los siglos XVIII y XIX se creía que la libertad era una exigencia de la dignidad humana, hoy se piensa que la dignidad humana es condición previa para el ejercicio de la libertad [...].

El Estado Social es un Estado que se responsabiliza de que los ciudadanos cuenten con “mínimos vitales” a partir de los cuales poder ejercer su libertad. [...] el Estado Social quiere establecer las bases económicas y sociales para que el individuo, desde unos mínimos garantizados por aquél, pueda desenvolverse [...].

Porque el Estado Social no combate los postulados económicos del Estado Liberal, sino solamente sus efectos distorsionadores sobre los que está obligado a actuar [...], el Estado Social no es *per se* planificador ni dirigista; podrá serlo en función de las particulares condiciones sociales y económicas con las que haya de contar, pero no por su propia naturaleza. Lo que sí le es propio es su carácter de redistribuidor de

³⁶ Riccardo Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2009), 50-8.

³⁷ Juan Jacobo Calderón, *La constitucionalización del derecho privado* (Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Temis, Universidad de los Andes, 2011), 22.

las rentas que, con el auxilio del sistema tributario, le permite atender la urgente demanda de servicios sociales³⁸.

Así, autores como Correa Henao estiman que el principio medular del Estado social de derecho es la igualdad real o material, de modo tal que el Estado “sólo se despliega cuando es necesario alterar por alguna causa justificable sus reglas, vale decir, cuando las condiciones reales determinen admitir y, más que eso, proteger un trato diferencial”³⁹.

En este marco, “El manejo democrático de la economía se debe basar en un aumento del gasto público para generar empleo y la igualdad se debe configurar por medio de la provisión de servicios sociales tales como programas de trabajo, políticas de familia, de vivienda, de salud y de asistencia social. En conclusión, para el liberalismo moderno, todos los agentes del Estado deben intervenir para lograr que se cumplan las promesas de libertad, igualdad y justicia del sistema liberal”⁴⁰.

De lo dicho se desprende que el Estado no puede actuar como un simple observador ante los fenómenos económicos, sino que debe ser un agente dentro del mercado. Según Castaño Tamayo y González González, el Estado actúa en el mercado como ente político, empresario y benefactor⁴¹.

Una de las formas en que el Estado interviene es mediante la expedición de normas de orden público económico. El orden público económico, en palabras de Cea Egaña, es el “conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”⁴².

Tomando como base el citado contexto, se puede observar que el derecho del consumo existe en función del consumidor que al celebrar el contrato está en una posición de desventaja frente al productor o expendedor, que como parte

³⁸ Remedio Sánchez Ferriz, *Introducción al Estado constitucional* (Barcelona: Ariel, 1993), 144-7.

³⁹ Magdalena Correa, *Libertad de empresa en el Estado social de derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), 110.

⁴⁰ Helena Alviar, “La búsqueda del progreso en la interpretación de la Constitución de 1991: el caso de la intervención de la Corte en la economía”, en *Hacia un nuevo derecho constitucional*, editado por Daniel Bonilla y Manuel A. Iturralde (Bogotá: Universidad de los Andes, 2005), 157.

⁴¹ Castaño y González, *Ideas económicas*, 294.

⁴² Citado por Jorge Varela del Solar, “Subsidiariedad, orden público económico y seguridad nacional en la Constitución de 1980”. *Revista Chilena de Derecho* 16, n.º 2 (1989), 386.

avanzada puede utilizar la contratación para fines personales desequilibrando la igualdad que debe existir en el contrato⁴³. En donde, “[e]n suma, el consumidor en el Derecho Nacional como en el Derecho comparado se entiende como aquel sujeto sea tanto persona natural o persona jurídica en los ordenamientos que lo permiten, que adquiere un producto en el mercado para su satisfacción personal y que no se encuentra destinado a su actividad comercial o a la obtención de un lucro a través de su adquisición”⁴⁴.

La posición de desventaja del consumidor proviene de la asimetría de la información que se presenta porque el oferente descubre que hay vacíos en el demandante respecto del conocimiento de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, lo que en términos jurídicos genera una situación de desigualdad entre los contratantes, que podría motivar al oferente a tomar ventaja de esta situación y a crear un desequilibrio en el mercado⁴⁵. Como bien lo resalta Harford, la asimetría de la información es un problema medular en el mercado, pues tiene la potencialidad de evitar la celebración de negocios jurídicos y, por esto, de frenar el desarrollo del mercado⁴⁶.

En este sentido, se evidencia que en el Estatuto del Consumidor se busca combatir la desigualdad entre el oferente conocedor de los productos que produce o expende y el demandante que es usuario final de los mismos, a partir de una presunción derivada del uso del producto: si una persona utiliza un producto para producir otro, conoce el bien adquirido, por ende, no habría asimetría entre el oferente y el demandante. En tanto que, si una persona es usuaria final de un producto, se presume que no lo conoce.

Obsérvese cómo se pueden distinguir dos clases de demandantes: el demandante no consumidor y el demandante consumidor. Esta clasificación tendría como consecuencia exigencias de conducta diferentes frente al conocimiento del bien adquirido. Mientras que al demandante no consumidor se le pide actuar con

⁴³ Karen Isabel Cabrera, “El derecho de consumo: desde la teoría clásica del contrato hasta los nuevos contratos”. *Revista de Derecho*, n.º 35 (2001), 76.

⁴⁴ José Guillermo Castro y Nattaly Calonje, *Derecho de obligaciones: aproximación a la praxis y a la constitucionalización* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 263.

⁴⁵ Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, *Manual para la formulación y aplicación de las leyes de competencia* (Nueva York, Ginebra: Organización de las Naciones Unidas, 2004), 20.

⁴⁶ Tim Harford, *El economista camuflado* (Madrid: Planeta, 2013), 182-7.

diligencia y verificar la información suministrada por el oferente en cuanto a la calidad, idoneidad y demás características de los productos; al consumidor no se le hace esta exigencia, luego será protegido aun en los eventos en que se quede solo con los datos suministrados por el productor o expendedor.

Ahora bien, los contratos de consumo por lo general son de adhesión, es decir, aquellos en que “una de las partes [...] anteladamente establece el contenido del contrato en forma unilateral, de tal manera que la otra parte, el adherente, solo puede tomarlo o dejarlo”⁴⁷.

La conjunción de asimetría de la información con el uso de los contratos de adhesión conduce a que quien redactó las estipulaciones esté en una posición dominante contractual en la cual el oferente puede abusar de sus derechos, ya sea actuando para causar daño al consumidor, ejerciéndolo en contradicción a la finalidad o usándolo de manera anormal o excesiva⁴⁸.

La motivación que el oferente necesita para tomar la decisión de abusar de sus derechos proviene de sus intereses, en la medida en que él busca maximizar su utilidad y cobrar más por sus productos, de forma que la diferencia entre el costo y el valor de venta sea el mayor posible; mientras que el demandante procura maximizar su ingreso tratando de pagar lo menos por los productos para satisfacer la mayor parte de sus necesidades. Luego, el oferente (donde normalmente se encuentra la empresa) tiene un interés contrapuesto al demandante (donde se encuentra el consumidor)⁴⁹.

En estas circunstancias la asimetría de la información determina que el consumidor se halle en una situación de desigualdad económica frente al productor, que lo hace merecedor de protección jurídica, que parte de la Constitución Política.

Con base en lo anterior, a partir de la Sentencia C-1141 de 2000 la Corte Constitucional empezó a constitucionalizar los contratos de consumo al extender la responsabilidad por el producto defectuoso al productor, es decir, más allá del principio de relatividad del contrato según el cual, el contrato solo debe producir

⁴⁷ Jaime Alberto Arrubla, “La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano”, en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama Rojas (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 370.

⁴⁸ Ernesto Rengifo García, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. 2ª ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004), 193-8.

⁴⁹ Mauricio Velandia, *Derecho de la competencia y el consumo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008), 330-1.

efectos entre las partes que lo celebran⁵⁰. Así en Colombia comenzó a desprenderse la verdadera rama del derecho objetivo denominada del consumidor, que se explica,

[...] como parte del gran Derecho de la competencia o Derecho del mercado, se estructura a partir de la idea de desigualdad de las partes y en ese tanto, como sistema normativo de protección del sujeto débil de la relación jurídica que se traza en el proceso de adquisición de bienes y servicios para la atención de las necesidades humanas, familiares o de subsistencia.

Siguiendo esta línea, se trata comúnmente de un régimen jurídico estatutario de carácter personal, que trasciende por la mera expectativa de serlo, la ley de los comerciantes, para aplicarse tras los actos de consumo, cuando se salvaguarda el derecho colectivo del consumidor, o cuando se trata de los daños por productos defectuosos a terceros. En todo caso, dirigido a proteger no el acuerdo de voluntades o la seguridad jurídica y económica de quien ejerce el comercio, sino al destinatario final o a la persona que adquiere o debe adquirir bienes o servicios para atender los requerimientos humanos o domésticos, básicos o no, que tenga como individuo, familia y organización⁵¹.

En cuanto al alcance de la protección del consumidor, este ordenamiento le reconoce derechos subjetivos, esto es “poderes (o facultades) de goce cuyo ejercicio (o gobierno) se deja a iniciativa de su titular (o de su representante legal cuando se trata de incapaces) y que se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico frente a las violaciones provenientes de la conducta de los obligados a respetarlos”⁵².

Respecto de estos derechos, en la Sentencia C-1141 de 2000 la Corte Constitucional dijo que tenían el carácter de un derecho poliédrico: que comprende aspectos sustanciales relacionados con la calidad de los bienes y servicios y de la información; procesales, que tienen que ver con la exigibilidad judicial de

⁵⁰ Ernesto Rengifo García, “Principales transformaciones del derecho mercantil en sus últimos cuarenta años”. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* n.º 348 (2001), 126.

⁵¹ Magdalena Correa, “El Estatuto del consumidor: aspectos generales sobre la naturaleza, ámbitos de aplicación y carácter de sus normas”, en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama Rojas (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 82-3.

⁵² Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho civil. Vol. I. Parte general y personas*. 16ª ed. (Bogotá: Temis, 2010), 271.

las garantías y la indemnización de los perjuicios; y participativos frente a la administración pública y otros órganos reguladores⁵³.

Además de los derechos individuales mencionados, hay un derecho colectivo que tiene por titular a un conjunto de individuos con fines e intereses comunes y en consecuencia, pueden ejercerse de manera grupal o por el Estado en interés de la agrupación de individuos⁵⁴; porque “los intereses de los consumidores, amenazados o afectados, habitualmente revisten naturaleza supraindividual (productos defectuosos, publicidades engañosas, cláusulas abusivas, etc.) [...] Por ello, el derecho del consumidor elimina, a través de la legitimación colectiva, la exigencia de un interés personal para accionar, instrumentando modos colectivos de protección, acciones grupales, etc.”⁵⁵. El reconocimiento de este derecho es de índole constitucional (art. 78, Constitución Política de Colombia), como lo resalta Chamie:

La lista de los derechos del consumidor no se agota con aquellos inherentes a la tutela individual, comprende también los derechos colectivos de los consumidores en cuanto asociados; de ahí la legitimación para actuar de las asociaciones de consumidores. Como resulta obvio, los derechos enunciados por el Estatuto deben interpretarse a la luz del texto constitucional, que ya los reconoce en su ámbito superior o *ex constitutione*.

Estos derechos se comprenden como posiciones subjetivas inviolables, pero también como posiciones subjetivas que, no obstante su heterogeneidad formal, constituyen el estatus jurídico del consumidor y por lo mismo son particularmente relevantes. Deben entenderse como ‘derechos esenciales’ del consumidor, o bien como el núcleo de los derechos del consumidor⁵⁶.

El derecho y los derechos del consumidor son aplicables en la relación de consumo que se caracteriza por los sujetos (consumidor o usuario y el productor,

⁵³ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1141 de 2000.

⁵⁴ Para Jáuregui Bereciartu los derechos de los consumidores no encuadran en la categoría de colectivos en sentido estricto, sino que son un derecho específico de un grupo: el interés no es común sino individual. Gurutz Jáuregui Bereciartu, “Derechos individuales versus derechos colectivos: una realidad inescindible”, en *Una discusión sobre derechos colectivos*, editado por Francisco Javier Ansuátegui (Madrid: Dykinson, 2001), 57.

⁵⁵ Gabriel Stiglitz, “Contratos, cláusulas abusivas y defensa del consumidor”, en *Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, editado por Aída Kemelmajer de Carlucci (Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 2005), 521.

⁵⁶ José Félix Chamie, “Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 24 (2013), 129.

proveedor o expendedor), el objeto sobre el que recaen (bien o servicio para satisfacer una necesidad que no esté ligada a la actividad económica), las transacciones de adquisición, disfrute o uso del producto y el rol del mercado, en donde el consumidor es el destinatario final y el productor, proveedor o expendedor, debe ser profesional⁵⁷.

De esta descripción se infiere que la relación de consumo, en los términos del Código de Comercio, forma parte de la categoría del acto mixto de comercio⁵⁸. Lo que tiene como efecto limitar el espectro de aplicación del derecho comercial en tanto que a la relación de consumo se le aplican las normas del Estatuto del Consumidor, que son normas de orden público, lo cual determina que son de carácter imperativo: no son derogables por convenio entre los particulares, aunque esto no puede ser óbice para que en caso de disputa, el consumidor y el productor o proveedor puedan llegar a un acuerdo económico respecto al tema en controversia⁵⁹. Por otra parte, estas normas deben interpretarse en favor del consumidor, aun en caso de duda (*in dubio pro consumatore*).

Como normas supletivas a este ordenamiento, se le aplican las disposiciones del Código de Comercio y luego las del Código Civil. Pero, teniendo en cuenta que primero se deben intentar integrar las normas del derecho del consumo a través de las analogías *legis* y *juris* (art. 4, Ley 1480 de 2011⁶⁰).

Efectos del derecho del consumo en la mercantilidad

A continuación, se analizarán los actos de comercio enumerados en los artículos 20, 21 y 22 del Código de Comercio colombiano⁶¹ según la perspectiva del derecho del consumo. Esto es, si estos negocios jurídicos pueden devenir en actos de

⁵⁷ Alejandro Giraldo, Carlos Caycedo y Ramón Madriñán, *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor: Ley 1480 de 2011* (Bogotá: Legis, 2012), 6-9.

⁵⁸ Juan Pablo Cárdenas, "Derecho comercial en el siglo XXI. Presente y futuro", en *Derecho comercial, cuestiones fundamentales*, editado por Juan Pablo Cárdenas, Juan Jacobo Calderón y Yira López (Bogotá: Universidad del Rosario, Legis, 2016), 8.

⁵⁹ Carlos Caycedo, "Principios e instituciones del derecho", en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama Rojas (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 212-3.

⁶⁰ Ley 1480 de 2011, "por la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones". *Diario Oficial*, (2011), 2.

⁶¹ Decreto 410 de 1971.

consumo y, por ende, huir de la aplicación principal del derecho comercial a la aplicación del derecho del consumo.

Para tal fin, los actos de comercio mencionados en el Código de Comercio se clasificarán en función del derecho del consumo: los actos absolutamente comerciales, los relativamente de consumo, los accesorios de consumo y los actos mixtos de comercio. Esta clasificación obedece a la combinación de los actos de comercio con la noción de la relación de consumo.

Actos absolutamente comerciales

En la primera categoría se clasifican los actos cuya mercantilidad no puede ser desvirtuada por las relaciones de consumo, es decir, los actos que enseguida se examinan siempre se considerarán mercantiles, en la medida en que falta uno de los elementos subjetivos de la relación de consumo. En cada uno de estos casos falta, o bien el consumidor o bien el productor.

Dentro de los actos de comercio que no pueden ser de consumo porque carecen de consumidor se encuentran los contemplados en los numerales 4, 5 y 6 del artículo 20 del Código de Comercio⁶², y en los que les falta el productor, están los numerales 1, 2 y 3 de la misma norma, tal y como en seguida se demuestra.

Actos que no pueden ser desarrollados por un consumidor

Estos actos no pueden ser de consumo, ya que ninguna de las partes actúa en calidad de destinataria final de los productos o servicios a los que se hace referencia.

En cuanto al numeral 4, regula “la adquisición o enajenación, a título oneroso, de establecimientos de comercio, y la prenda, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionadas con los mismos”⁶³.

El establecimiento de comercio es un bien mercantil que define el artículo 515 del Código de Comercio⁶⁴ y cuenta con los elementos consignados en el artículo 516 del mismo estatuto. Se trata de un conjunto de bienes que se caracteriza por “su organización para realizar los fines de la empresa; de ahí que se

.....
⁶² Decreto 410 de 1971.

⁶³ Decreto 410 de 1971.

⁶⁴ Decreto 410 de 1971.

considere como una unidad económica resultante de la organización y adaptación de esos elementos a una utilización conjunta y coordinada”⁶⁵. De la definición de establecimiento se desprende que cualquier acto que se realice sobre este no puede ser de consumo, puesto que ninguna de las partes de estos negocios podrá ser tenida como destinataria final del bien, sino que una de las partes hará uso del bien para explotarlo económicamente y la otra recibirá una contraprestación por el negocio jurídico celebrado. En dicho caso, el adquirente es un empresario que debe tener conocimiento de la actividad económica que se va a desarrollar y acreditar que actuó con diligencia a la hora de adquirirlo. Así se constata en el artículo 529 del Código de Comercio cuando se hace responsable al adquirente de las obligaciones que no consten en libros, si no prueba que actuó con buena fe exenta de culpa⁶⁶.

El numeral 5 por su parte, determina que son mercantiles “la intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones”.

Las sociedades, y en particular las comerciales, en la actualidad se explican desde la teoría de la institución, y como persona jurídica⁶⁷ se caracterizan⁶⁸ por el ánimo de lucro que se divide en dos: el lucro de la sociedad, que se refiere a que la sociedad es comercial porque su objeto es realizar actos de comercio, y el lucro de los socios, que consiste en que ellos esperan obtener un beneficio económico y repartirse las utilidades sociales⁶⁹. Se colige de ello que la persona que celebra un negocio jurídico oneroso para formar parte de una sociedad comercial, no lo hace como destinataria final o para satisfacer una necesidad personal o familiar, sino para obtener una remuneración o contraprestación por su participación. Ese

⁶⁵ Luis Baena, *Lecciones de derecho mercantil* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), 85.

⁶⁶ Decreto 410 de 1971.

⁶⁷ Jorge Hernán Gil Echeverri, *Derecho societario contemporáneo: estudios de derecho comparado* (Bogotá: Legis, 2004), 1.

⁶⁸ Además del ánimo de lucro, los elementos de la esencia de las sociedades son: la pluralidad de socios (excepto en la sociedad por acciones simplificadas); el aporte que puede ser en dinero, en especie, en otros derechos apreciables en dinero y en industria; y el ánimo de asociarse. María Constanza Cascante Chaves y María Victoria Duque de Herrera, *Sociedades mercantiles* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 35-66.

⁶⁹ Narváez, *Derecho mercantil*, 145.

ánimo especulativo le impone la carga de tener que informarse por el estado de la sociedad en que va a invertir.

En el numeral 6 se contempla que “el giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos-valores, así como la compra para reventa, permuta, etc., de los mismos” son mercantiles.

Los títulos valores son bienes muebles mercantiles que cuentan con una particular regulación debido a las especiales características que ostentan, las cuales define el artículo 619 del Código de Comercio. Los títulos valores incorporan derechos subjetivos y, en consecuencia, su tenedor legal está legitimado para ejercer los derechos; adicionalmente, contienen declaraciones univoluntarias autónomas entre sí⁷⁰. Se excluye la presencia de un consumidor en los títulos valores porque el tenedor del título valor no actúa como un destinatario final del mismo y porque las declaraciones de voluntad son univoluntarias, lo que excluye el concepto de contrato y conduce a que no se pueda evidenciar la relación de consumo.

Actos que carecen de productor, proveedor o expendedor

Los actos que carecen de productor, proveedor o expendedor se registran en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 20 del Código de Comercio que se refieren a “la adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos”; “la adquisición a título oneroso de bienes muebles con destino a arrendarlos; el arrendamiento de los mismos; el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos”; y “el recibo de dinero en mutuo a interés, con garantía o sin ella, para darlo en préstamo, y los préstamos subsiguientes, así como dar habitualmente dinero en mutuo a interés”, respectivamente.

Se afirma que carecen de productor, proveedor o expendedor porque quien vende, arrienda o subarrienda, o da en mutuo, no debe dedicarse de manera habitual a esta actividad para que el acto sea calificado como comercial y, todo lo contrario, si en su actividad se profesionaliza la mercantilidad, no se incluiría en virtud de la aplicación de los numerales en cita, sino de otros numerales que se

⁷⁰ Bernardo Trujillo Calle, *De los títulos valores. Vol. I. Parte general*. 11ª ed. (Bogotá: Grupo Editorial Leyer, 2000), 55-7.

analizarán a continuación. En este caso, a pesar de que la relación sea calificada como mercantil por el Código de Comercio, se está describiendo la relación entre dos personas no comerciantes, en donde el oferente no tiene la carga de conocer el producto como si fuera su productor o distribuidor.

Un ejemplo de esta situación se presenta cuando un estudiante universitario para solventar algunos de sus gastos va al supermercado y compra una bolsa de dulces para revenderlos entre sus compañeros de estudio. La compra y la venta son mercantiles según el Código de Comercio, pero el oferente al no ser comerciante no tiene la carga de conocimiento que tiene el productor o el distribuidor.

Actos relativamente de consumo

Aquí se incorporan las empresas mercantiles, ya que estas actúan como oferentes dentro del mercado y puede haber demandantes que pueden o no ser consumidores.

Así las cosas, habrá actos de consumo cuando quiera que el demandante de los productos o servicios sea un consumidor, mientras que será un acto de comercio cuando el negocio jurídico sea celebrado entre el oferente y un no consumidor.

En esta categoría se encuentran los negocios a que aluden los numerales 7-18 del artículo 20 del Código de Comercio⁷¹:

[...] 7) Las operaciones bancarias, de bolsas, o de martillos;

8) El corretaje, las agencias de negocios y la representación de firmas nacionales o extranjeras;

9) La explotación o prestación de servicios de puertos, muelles, puentes, vías y campos de aterrizaje;

10) Las empresas de seguros y la actividad aseguradora;

11) Las empresas de transporte de personas o de cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados;

12) Las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes;

13) Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, espectáculos públicos y expendio de toda clase de bienes;

14) Las empresas editoriales, litográficas, fotográficas, informativas o de propaganda y las demás destinadas a la prestación de servicios;

.....
⁷¹ Decreto 410 de 1971.

15) Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones;

16) Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza⁷²;

17) Las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes;

18) Las empresas de construcción, reparación, compra y venta de vehículos para el transporte por tierra, agua y aire, y sus accesorios.

En los anteriores numerales se evidencia cómo en cada uno de ellos la persona que celebra contratos con el empresario mercantil puede ser o no otro empresario. Se resaltan los actos mencionados en el numeral 8, toda vez que apunta a las actividades que desarrollan los auxiliares del comercio, esto es, comerciantes que se dedican a realizar actos en favor de otros comerciantes⁷³. En otras palabras, los principales demandantes de los servicios de los auxiliares del comercio son otros comerciantes, luego pareciera que en este numeral se regulan actividades que tendrían en ambos extremos a empresarios que no son destinatarios finales. No obstante, se ubicó este numeral en esta categoría porque los auxiliares del comercio pueden entrar en contacto con consumidores, como ocurre en el caso de las agencias inmobiliarias, las agencias de viajes, entre otras; lo que conduciría a que sea posible la relación de consumo entre un auxiliar de comercio y un consumidor.

Actos accesorios de consumo

Esta categoría de actos surge como una necesidad de desarrollo del artículo 21 del Código de Comercio⁷⁴, toda vez que es menester determinar qué ordenamiento jurídico debe administrarse a los actos que garantizan actos de consumo. En este

⁷² Este numeral del artículo 20 del Código de Comercio resulta una novedad en el derecho colombiano. En la enumeración de actos de comercio que se hacía en el estatuto anterior, ubicada casualmente en el artículo 20, se constata que no se contemplaban actividades de extracción de recursos de la naturaleza. Asimismo, durante el primer periodo de vigencia de este código, la Corte Suprema de Justicia solo consideró como mercantil la extracción de esmeraldas. Clara Carolina Cardozo-Roa, *La jurisprudencia mercantil de la Corte Suprema de Justicia entre 1887 y 1916* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2018), 14-5, 35.

⁷³ Ramón E. Madriñán de la Torre, *Principios de derecho comercial*. 8ª ed. (Bogotá: Temis, 2000), 67.

⁷⁴ Decreto 410 de 1971.

caso, se estima que debe aplicarse el principio según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Si el contrato principal (compraventa, arrendamiento, prestación de servicios, etc.) es de consumo, el contrato accesorio (prenda, hipoteca, fianza, seguro, etc.) también lo será.

Así, si un consumidor financiero celebra un contrato de hipoteca para garantizar un contrato de mutuo bancario, la hipoteca deberá seguir la suerte del contrato principal, y si es de consumo, la hipoteca también deberá serlo.

Actos mixtos de comercio

La categoría del acto mixto de comercio se considera que debe subsistir y que pertenecen a ella aquellos actos en los que una de las partes es autor, agricultor o ganadero, o prestador de un servicio inherente a una profesión liberal, al tenor de los numerales 2, 4 y 5 del artículo 23 del Código de Comercio⁷⁵, que indican que no son mercantiles:

[...] 2) La adquisición de bienes para producir obras artísticas y la enajenación de éstas por su autor;

[...]

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.

En estos casos, si para la contraparte del autor, agricultor, ganadero o prestador de un servicio inherente a una profesión liberal el acto es mercantil, entonces, se podrá aplicar esta figura y, en consecuencia, el derecho aplicable será el derecho comercial.

Ahora bien, si el autor, agricultor, ganadero o prestador de un servicio inherente a una profesión liberal celebra un contrato con un consumidor final, el negocio deberá clasificarse como un acto relativo de consumo, en los términos descritos previamente. Es un acto relativo de consumo porque este carácter se

⁷⁵ Decreto 410 de 1971.

determina en función del carácter de consumidor o no de un contratante. Asimismo, si el cocontratante no es un consumidor, ni a la relación se le aplica el derecho comercial, el acto será regulado por la ley civil.

No se incluye el numeral 3 del artículo 23 porque en él se excluye la mercantilidad de los contratos estatales y, en este caso, si se celebra un contrato entre un funcionario público en ejercicio de sus funciones y un comerciante, prevalecerá la norma de derecho administrativo sobre la mercantil.

Conclusiones

Con fundamento en los argumentos presentados, se concluye que:

La fisonomía clásica del derecho comercial como una rama del derecho que expandía su ámbito de aplicación en virtud de figuras como el acto accesorio de comercio y el acto mixto de comercio ha cambiado, y se ha visto limitada por el surgimiento y desarrollo del derecho del consumo.

El cambio que sufrió el derecho comercial es resultado de la constitucionalización del derecho, que a través del proceso de impregnación del resto del ordenamiento jurídico permite el surgimiento de regímenes tuitivos, con los que se busca proteger a quienes son débiles en una relación jurídica.

La debilidad del consumidor surge de la asimetría de la información, lo que favorece una posición dominante del productor, expendedor o proveedor de la cual puede abusar empleando, entre otros, los contratos de adhesión. Para proteger al consumidor se ha desarrollado una nueva rama del derecho por medio de la cual se le garantizan derechos individuales y colectivos.

A partir de las normas que regulan los derechos del consumidor se propone una nueva clasificación de los negocios jurídicos de consumo en cuatro categorías:

- Los actos absolutos de comercio, que son aquellos que no sufrieron una modificación por las normas de consumo y que siguen siendo mercantiles.
- Los actos relativos de consumo, que pueden ser comerciales o de consumo, dependiendo de si en el negocio jurídico interviene o no un consumidor.
- Los actos accesorios de consumo, que serían las garantías de las obligaciones que contrae el consumidor.
- Los actos mixtos de comercio, los cuales se configuran cuando quiera que un autor, agricultor o ganadero, o un prestador de servicios, inherentes a

las profesiones liberales, celebra un contrato con una persona para la cual el negocio jurídico es mercantil, de manera tal que a esta categoría se le excluirían los actos de consumo.

Bibliografía

- Alviar, Helena. “La búsqueda del progreso en la interpretación de la Constitución de 1991: el caso de la intervención de la Corte en la economía”, en *Hacia un nuevo derecho constitucional*, editado por Daniel Bonilla y Manuel A. Iturralde, 153-180. Bogotá: Universidad de los Andes, 2005.
- Ariño, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Arrubla, Jaime Alberto. *Contratos mercantiles*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2008.
- Arrubla, Jaime Alberto. “La posición dominante en los contratos, el abuso de la misma y la protección del adherente en el sistema colombiano”, en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama Rojas, 355-387. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Arteaga, Ignacio. “En busca del concepto jurídico de empresa”. *Revista Chilena de Derecho* 29, n.º 3 (2002): 603-20.
- Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional*, n.º 116 (1991).
- Baena, Luis Gonzalo. *Lecciones de derecho mercantil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Bonilla, Julio Enrique. “La empresa y el empresario”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 3 (1998): 105-26.
- Broseta, Manuel. *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*. Madrid: Tecnos, 1965.
- Cabrera, Karen Isabel. “El derecho de consumo: desde la teoría clásica del contrato hasta los nuevos contratos”. *Revista de Derecho*, n.º 35 (2001): 55-95.
- Calderón, Juan Jacobo. *La constitucionalización del derecho privado*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Temis, Universidad de los Andes, 2011.
- Cárdenas, Juan Pablo. “Derecho comercial en el siglo XXI. Presente y futuro”, en *Derecho comercial, cuestiones fundamentales*, editado por Juan Pablo Cárdenas, Juan Jacobo Calderón y Yira López, 5-27. Bogotá: Universidad del Rosario, Legis, 2016.
- Cardozo-Roa, Clara Carolina. *La jurisprudencia mercantil de la Corte Suprema de Justicia entre 1887 y 1916*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2018.

- Cascante, María Constanza y María Victoria Duque de Herrera. *Sociedades mercantiles*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015.
- Castaño Tamayo, Ramón Abel y Humberto González González. *Ideas económicas mínimas*. 22ª ed. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2011.
- Castro, José Guillermo y Nattaly Calonje. *Derecho de obligaciones: aproximación a la praxis y a la constitucionalización*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015.
- Castro, Marcela. *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*. Bogotá: Temis, Universidad de los Andes, 2009.
- Caycedo, Carlos Germán. “Principios e instituciones del derecho de protección del consumidor en Colombia”, en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama Rojas, 159-225. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Chamie, José Félix. “Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 24 (2013): 115-32.
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo. *Manual para la formulación y aplicación de las leyes de competencia*. Nueva York, Ginebra: Organización de las Naciones Unidas, 2004.
- Correa, Magdalena. *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- Correa, Magdalena. “El Estatuto del Consumidor: aspectos generales sobre la naturaleza, ámbitos de aplicación y carácter de sus normas”, en *Perspectivas del derecho del consumo*, dirigido por Carmen Ligia Valderrama Rojas, 77-158. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-1141 de 2000. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Dávalos, María Susana. *Manual de introducción al derecho mercantil*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3259/5.pdf>
- Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. *Diario Oficial*, 16 de junio de 1971.
- Díaz, Enrique. “La comercialidad en el Código de Comercio colombiano”, en *Derecho civil y comercial. Ensayos jurídicos Liber Amicorum en homenaje al Doctor Carlos Holguín Holguín*, 100-150. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1999.
- Flint, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del DL 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
- Garrigues, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. Bogotá: Temis, 1987.

- Gil, Jorge Hernán. *Derecho societario contemporáneo: estudios de derecho comparado*. Bogotá: Legis, 2004.
- Giraldo, Alejandro, Carlos Germán Caycedo Espinel y Ramón Eduardo Madriñán Rivera. *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor: Ley 1480 de 2011*. Bogotá: Legis, 2012.
- Goldschmidt, Roberto. *Curso de derecho mercantil*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Roberto Goldschmidt, 2008.
- González, Guillermo. *Derecho laboral colombiano. Relaciones individuales*. 10ª ed. Bogotá: Legis, 2004.
- Guastini, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell, 49-73. Madrid: Trotta, 2009.
- Harford, Tim. *El economista camuflado*. Madrid: Planeta, 2013.
- Hinestrosa, Fernando. “Función, límites y cargas de la autonomía privada”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 26 (2014): 5-39.
- Jaramillo, Mario. *Vademécum de economía política*. Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994.
- Jáuregui, Gurutz. “Derechos individuales versus derechos colectivos: una realidad inescindible”, en *Una discusión sobre derechos colectivos*, editado por Francisco Javier Ansuátegui Roig, 47-66. Madrid: Dykinson, 2001.
- Larroumet, Christian. *Teoría general del contrato*. Bogotá: Temis, 1999.
- Ley 1480 de 2011. Por la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, 12 de octubre.
- Madriñán, Ramón E. *Principios de derecho comercial*. 8ª ed. Bogotá: Temis, 2000.
- Medina, Jairo. *Derecho comercial*. 4ª ed. Bogotá: Temis, 2008.
- Murillas, Juan Manuel. “Unas notas sobre el concepto de la ‘mercantilidad’”. *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n.º 0 (2002): 101-8, <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redu/numero0/murillas.pdf>
- Narváez, José Ignacio. *Derecho mercantil colombiano. Parte general*. 8ª ed. Bogotá: Legis, 1997.
- Narváez, José Ignacio. *Derecho mercantil colombiano, teoría general de las sociedades*. 8ª ed. Bogotá: Legis, 1998.
- Narváez, José Ignacio, Jorge Eduardo Narváez Bonnet y Olga Stella Narváez Bonnet. *Derecho de la empresa*. Bogotá: Legis, 2008.
- Parkin, Michael y Eduardo Loria. *Microeconomía, versión para América Latina*. 9ª ed. Ciudad de México: Pearson Educación, 2010.
- Pinzón, Gabino. *Introducción al derecho comercial*. 3ª ed. Bogotá: Temis, 1985.

- Ravassa, Gerardo. *Historia del comercio y del derecho mercantil*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 1990.
- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española. Comercio*. <http://dle.rae.es/?id=9vYPFME>
- Rengifo, Ernesto. “Principales transformaciones del derecho mercantil en sus últimos cuarenta años”. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.º 348 (2001): 119-37.
- Rengifo, Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Sánchez, Remedio. *Introducción al Estado constitucional*. Barcelona: Ariel, 1993.
- Santini, Gerardo. *El comercio: ensayo de economía del derecho*. Barcelona: Ariel, 1988.
- Spencer, Milton H. *Economía contemporánea*. 3ª ed. Barcelona: Reverté, 1993.
- Stiglitz, Gabriel. “Contratos, cláusulas abusivas y defensa del consumidor”, en *Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, editado por Aída Kemelmajer de Carlucci, 517-532. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral, 2005.
- Trujillo, Bernardo. *De los títulos valores*. Bogotá: Grupo Editorial Leyer, 2000.
- Uribe, Antonio José. *Derecho mercantil colombiano*. Berlín: R.v. Decker's Verlag, 1906.
- Valencia, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho civil*. Bogotá: Temis, 2010.
- Varela, Jorge. “Subsidiariedad, orden público económico y seguridad nacional en la Constitución de 1980”. *Revista Chilena de Derecho* 16, n.º 2 (1989): 379-90.
- Velandia, Mauricio. *Derecho de la competencia y el consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.