

Coordinadores académicos

**YIRA LÓPEZ CASTRO**

**JORGE OVIEDO ALBÁN**

**MARIO FERNANDO ÁVILA CRISTANCHO**

# TRANSFORMACIONES DEL DERECHO COMERCIAL

Reflexiones a propósito de los 50 años  
del Código de Comercio

ANDREW ABELA MALDONADO  
MARIO FERNANDO ÁVILA CRISTANCHO  
CARLOS EDUARDO BERMÚDEZ MUÑOZ  
MANUELITA BONILLA ROJAS  
RAFAEL BERNAL GUTIÉRREZ  
JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS  
ULISES CANOSA SUÁREZ  
JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA  
GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ  
JOSÉ ALBERTO GAITÁN MARTÍNEZ  
LUISA FERNANDA JIMÉNEZ MAHECHA  
FERNANDO JIMÉNEZ VALDERRAMA  
ÉDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO

YIRA LÓPEZ-CASTRO  
JUAN MENDOZA GÓMEZ  
JAIME MOYA SUÁREZ  
JORGE OVIEDO ALBÁN  
NICOLÁS PÁJARO MORENO  
LISANDRO PEÑA NOSSA  
GUSTAVO A. PIEDRAHÍTA FORERO  
ERICK RINCÓN CÁRDENAS  
DIANA RIVERA ANDRADE  
IRMA RIVERA RAMÍREZ  
SEBASTIÁN SALAZAR CASTILLO  
MARTÍN FERNANDO SALCEDO VARGAS



#SOYEMPRESARIO | #SOYEMPRESARIA



**tirant**  
lo blanch

Homenajes  
& congresos





# **TRANSFORMACIONES DEL DERECHO COMERCIAL**

*Reflexiones a propósito de los 50 años del Código de Comercio*



## COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

**MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**  
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la  
Universidad de Valencia*

**ANA CAÑIZARES LASO**  
*Catedrática de Derecho Civil de la  
Universidad de Málaga*

**JORGE A. CERDIO HERRÁN**  
*Catedrático de Teoría y Filosofía de  
Derecho. Instituto Tecnológico  
Autónomo de México*

**JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**  
*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia  
de la Nación y miembro de El Colegio Nacional*

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**  
*Juez de la Corte Interamericana de Derechos  
Humanos. Investigador del Instituto de  
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

**OWEN FISS**  
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la  
Universidad de Yale (EEUU)*

**JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**  
*Catedrático de Derecho Mercantil  
de la UNED*

**LUIS LÓPEZ GUERRA**  
*Catedrático de Derecho Constitucional de la  
Universidad Carlos III de Madrid*

**ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**  
*Catedrático de Derecho Civil de la  
Universidad de Sevilla*

**MARTA LORENTE SARIÑENA**  
*Catedrática de Historia del Derecho de la  
Universidad Autónoma de Madrid*

**JAVIER DE LUCAS MARTÍN**  
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía  
Política de la Universidad de Valencia*

**VÍCTOR MORENO CATENA**  
*Catedrático de Derecho Procesal  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**  
*Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

**ANGELIKA NUSSBERGER**  
*Catedrática de Derecho Constitucional  
e Internacional en la Universidad de Colonia  
(Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia*

**HÉCTOR OLASOLO ALONSO**  
*Catedrático de Derecho Internacional de la  
Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente  
del Instituto Ibero-Americano de  
La Haya (Holanda)*

**LUCIANO PAREJO ALFONSO**  
*Catedrático de Derecho Administrativo de la  
Universidad Carlos III de Madrid*

**TOMÁS SALA FRANCO**  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

**IGNACIO SANCHO GARGALLO**  
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del  
Tribunal Supremo de España*

**TOMÁS S. VIVES ANTÓN**  
*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad  
de Valencia*

**RUTH ZIMMERLING**  
*Catedrática de Ciencia Política de la Universidad  
de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

[www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales](http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales)

# TRANSFORMACIONES DEL DERECHO COMERCIAL

*Reflexiones a propósito de los 50 años  
del Código de Comercio*

COORDINADORES ACADÉMICOS:

**YIRA LÓPEZ CASTRO**  
**JORGE OVIEDO ALBÁN**  
**MARIO FERNANDO ÁVILA CRISTANCHO**

<b>ANDREW ABELA MALDONADO</b>	<b>YIRA LÓPEZ-CASTRO</b>
<b>MARIO FERNANDO ÁVILA CRISTANCHO</b>	<b>JUAN MENDOZA GÓMEZ</b>
<b>CARLOS EDUARDO BERMÚDEZ MUÑOZ</b>	<b>JAIME MOYA SUÁREZ</b>
<b>MANUELITA BONILLA ROJAS</b>	<b>JORGE OVIEDO ALBÁN</b>
<b>RAFAEL BERNAL GUTIÉRREZ</b>	<b>NICOLÁS PÁJARO MORENO</b>
<b>JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS</b>	<b>LISANDRO PEÑA NOSSA</b>
<b>ULISES CANOSA SUÁREZ</b>	<b>GUSTAVO A. PIEDRAHÍTA FORERO</b>
<b>JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA</b>	<b>ERICK RINCÓN CÁRDENAS</b>
<b>GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ</b>	<b>DIANA RIVERA ANDRADE</b>
<b>JOSÉ ALBERTO GAITÁN MARTÍNEZ</b>	<b>IRMA RIVERA RAMÍREZ</b>
<b>LUISA FERNANDA JIMÉNEZ MAHECHA</b>	<b>SEBASTIÁN SALAZAR CASTILLO</b>
<b>FERNANDO JIMÉNEZ VALDERRAMA</b>	<b>MARTÍN FERNANDO SALCEDO VARGAS</b>
<b>ÉDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO</b>	



**#SOYEMPRESARIO | #SOYEMPRESARIA**

**tirant lo blanch**  
Bogotá D.C., 2021



Copyright © 2021

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com/co/](http://www.tirant.com/co/).

© Varios autores

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
Calle 11 # 2-16 (Bogotá D.C.)  
Telf.: 4660171  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
[www.tirant.com](http://www.tirant.com)  
Librería virtual: [www.tirant.com/co/](http://www.tirant.com/co/)  
ISBN: 978-84-1113-648-8  
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



# Índice

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	17
---------------------------	----

## **PARTE I ASPECTOS GENERALES**

<b>ACTUALIDAD Y FUTURO DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE COLOMBIA, CON OCASIÓN DE SU 50 ANIVERSARIO</b> .....	21
---	----

ANDREW ABELA MALDONADO

I. INTRODUCCIÓN .....	21
II. EL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO .....	21
III. EVOLUCIÓN Y VIGENCIA DEL CÓDIGO DE COMERCIO EN LOS ÚLTIMOS 50 AÑOS.....	28
IV. RETOS Y TENDENCIAS FUTURAS .....	43
BIBLIOGRAFÍA .....	58

<b>LA ‘MATERIA’ DEL CÓDIGO DE COMERCIO</b> .....	59
--	----

JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS

1. INTRODUCCIÓN .....	59
2. LOS PROBLEMAS DE LAS ‘LISTAS’.....	61
3. LA BÚSQUEDA DE LAS RESPUESTAS.....	62
3.1. Las ‘reglas de conflicto’: entre la conquista y la sujeción .....	63
3.2. La empresa: cláusula de cierre o interpretativa.....	65
4. LA INDETERMINACIÓN Y LA IDEA DEL ACUERDO CARENTE DE UNA TEORÍA COMPLETA .....	67
5. COMPLETANDO LA TEORIZACIÓN .....	69
5.1. La costumbre mercantil y las prácticas certificadas.....	69
5.2. La especial fuerza de gravedad mercantil.....	70
5.3. Una separación incompleta .....	72
6. CONCLUSIÓN.....	74

<b>LA COSTUMBRE MERCANTIL EN PERSPECTIVA</b> .....	75
--	----

LUISA FERNANDA JIMÉNEZ MAHECHA

INTRODUCCIÓN.....	75
1. RECONOCIMIENTO DE LA COSTUMBRE MERCANTIL.....	78
1.1. Fundamento constitucional .....	79



1.2. Fundamento legal.....	80
1.3. Fundamento jurisprudencial .....	81
2. APLICACIÓN DE LA COSTUMBRE MERCANTIL .....	81
2.1. Aplicación de la costumbre mercantil en los contratos a riesgo compartido o de colaboración empresarial.....	82
2.2. La técnica probatoria de la costumbre mercantil .....	84
CONCLUSIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA .....	87

**EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA LEGISLACIÓN MERCANTIL COLOMBIANA: COMERCIANTE-EMPRESARIO .....** 91  
**ÉDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO**

1. INTRODUCCIÓN .....	91
2. REMEMBRANZA CONCEPTUAL.....	92
3. DISQUISICIONES CONCEPTUALES LEGALES ENTRE LOS DOS TÉRMINOS.....	97
4. EL ENTORNO DE LA EMPRESA, EL EMPRESARIO, EL COMERCIO Y EL COMERCIANTE EN EL CÓDIGO DE COMERCIO .....	102
5. CONSIDERACIONES FINALES.....	105
BIBLIOGRAFÍA .....	105

**REGISTRO MERCANTIL: HERRAMIENTA ADMINISTRATIVA CON VALOR EMPRESARIAL.....** 107  
**MARTÍN FERNANDO SALCEDO VARGAS**

INTRODUCCIÓN.....	107
I. ANTECEDENTES DE LA INSTITUCIÓN DEL REGISTRO MERCANTIL, SU INCORPORACIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO Y SU CONSTANTE VIGENCIA ..	107
II. LA FUNCIÓN REGISTRAL COMO SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL PARA LA COMPETITIVIDAD EMPRESARIAL Y LA REACTIVACIÓN ECONÓMICA .....	112
III. CONCLUSIONES, PROSPECTIVAS Y FUTURO DEL REGISTRO MERCANTIL: EL APOORTE DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO .....	117
3.1. Del registro mercantil al registro empresarial .....	119
3.2. De la administración del registro mercantil a la gestión dinámica de la información empresarial .....	120
3.3. Hacia el registro empresarial 4.0 .....	121
BIBLIOGRAFÍA .....	122

**PARTE II**  
**SOCIEDADES**

**LA VIGENCIA DE LOS ESTATUTOS: DEL CÓDIGO DE COMERCIO A HOY. EVOLUCIÓN DE LAS REGLAS QUE RIGEN LA VIDA DE LOS SOCIOS Y LAS SOCIEDADES...** 127  
**RAFAEL BERNAL GUTIÉRREZ**

1. LOS ESTATUTOS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1971.....	127
--	-----





2. LA LEY 222 DE 1995 .....	130
3. LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS.....	133
4. EL GOBIERNO CORPORATIVO.....	135
5. LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL.....	135
5.1. Laudos arbitrales sobre acuerdos de accionistas .....	136
6. CONCLUSIÓN.....	140

<b>RÉGIMEN DE CONFLICTOS DE INTERÉS EN OPERACIONES INTRAGRUPO EMPRESARIAL.....</b>	<b>141</b>
JAIME MOYA SUÁREZ	

INTRODUCCIÓN.....	141
1. FUNDAMENTOS DE LA TESIS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.....	142
1.1. Estado de la cuestión hasta el caso Farben .....	145
2. REVISIÓN CRÍTICA DE LA POSICIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.....	148
3. BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO .....	151
4. CONCLUSIONES.....	153
BIBLIOGRAFÍA .....	155

<b>LAS SOCIEDADES DE BENEFICIO E INTERÉS COLECTIVO —BIC—. LA RESPUESTA DEL DERECHO SOCIETARIO A LAS PREOCUPACIONES POR LA SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL Y SOCIAL .....</b>	<b>157</b>
YIRA LÓPEZ-CASTRO	

INTRODUCCIÓN.....	157
1. LAS EMPRESAS DE TRIPLE IMPACTO: MÁS ALLÁ DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL.....	159
2. EL MARCO NORMATIVO DE UN NUEVO MODELO EMPRESARIAL.....	161
3. LAS ACTIVIDADES DE BENEFICIO SOCIAL Y DE RESPETO AL MEDIO AMBIENTE SON VINCULANTES Y HACEN PARTE DE LA IDENTIDAD DE UNA SOCIEDAD BIC. ....	162
4. CUMPLIMIENTO DE ESTÁNDARES INDEPENDIENTES, TRANSPARENCIA Y SUPERVISIÓN ESTATAL .....	164
5. AUMENTO DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.....	165
6. LOS INCENTIVOS PARA LAS SOCIEDADES BIC LOS ENTREGA, PRINCIPALMENTE, EL MERCADO .....	166
7. LOS RETOS PARA CONSOLIDAR UN MODELO EMPRESARIAL CONSCIENTE ...	167
BIBLIOGRAFÍA .....	168

<b>NUEVA MIRADA A LOS GRUPOS EMPRESARIALES DE LOS ENTES CON PERSONERÍA JURÍDICA EN COLOMBIA.....</b>	<b>171</b>
MANUELITA BONILLA ROJAS	

1. GENERALIDADES DE LAS SITUACIONES DE CONTROL (MATRICES/CONTROLANTES, SUBORDINADAS) Y GRUPOS EMPRESARIALES .....	172
---	-----



1.1. Concepto de Control.....	172
1.2. Presunciones de control.....	174
1.3. Efectos de las situaciones de subordinación.....	177
1.4. Grupos empresariales.....	177
2. CONFLICTOS DE INTERESES EN LOS EVENTOS DE GRUPOS EMPRESARIALES	179
BIBLIOGRAFÍA .....	184

**EVOLUCIÓN DE LAS DISCUSIONES SOCIETARIAS Y SU ARBITRABILIDAD .....** 185  
GUSTAVO ANDRÉS PIEDRAHÍTA FORERO

1. INTRODUCCIÓN .....	185
2. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y LOS SOCIOS FUTUROS .....	186
3. LA ARBITRABILIDAD DE LA IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES SOCIETARIAS.....	187
4. CONCLUSIONES.....	189
BIBLIOGRAFÍA .....	190

**LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA —SAS— ANTE EL CÓDIGO DE COMERCIO.....** 191  
LISANDRO PEÑA NOSSA

**PARTE III**  
**BIENES MERCANTILES**

**TÍTULOS-VALORES CINCUENTA AÑOS DESPUÉS.....** 207  
JOSÉ ALBERTO GAITÁN MARTÍNEZ

1. LOS TÍTULOS-VALORES EN EL CÓDIGO DE COMERCIO .....	208
2. LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO.....	211
3. REGULACIÓN DE LOS VALORES EN EL MERCADO PÚBLICO.....	213
4. DESMATERIALIZACIÓN E INMATERIALIZACIÓN.....	215
5. LAS FACTURAS ELECTRÓNICAS Y OTROS PRODUCTOS OFRECIDOS EN EL MERCADO.....	217
6. CONCLUSIONES.....	219

**LAS ACTUALES CONCEPCIONES DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO Y SU VISIÓN EN LA LEGISLACIÓN Y REGULACIÓN COMERCIAL: ASIMETRÍAS REGULATORIAS Y NORMATIVAS .....** 223  
MARIO FERNANDO ÁVILA CRISTANCHO

INTRODUCCIÓN.....	223
1. CONTEXTUALIZACIÓN INICIAL: ENTENDIMIENTO DE LO QUE ES LA EMPRESA Y EL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO DESDE LA ÓPTICA TRADICIONAL .....	225



2. LOS NUEVOS MODELOS DE NEGOCIO Y LA APROXIMACIÓN A LA PROBLE- MÁTICA .....	230
3. CONCLUSIONES. ¿QUÉ PROSPECTIVA SE REQUIERE EN LA LEGISLACIÓN COMERCIAL A FUTURO? .....	238

## PARTE IV OBLIGACIONES Y CONTRATOS

<b>EL CÓDIGO DE COMERCIO Y LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES.....</b>	245
JUAN PABLO CÁRDENAS	
1. LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO Y LA EXPEDI- CIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO .....	245
1.1. El Código de Comercio un instrumento de modernización .....	245
1.2. Las principales modernizaciones del derecho de los contratos y obligaciones por el Código de Comercio .....	247
1.3. La modernización del derecho civil a través de la aplicación de las normas mer- cantiles.....	249
2. EL PAPEL DEL CÓDIGO DE COMERCIO EN UNA MODERNIZACIÓN FUTURA...	250
2.1. La importancia de los códigos .....	250
2.2. La necesidad de unificar .....	251
2.3. El Código de Comercio como herramienta de unificación y modernización.....	253
3. CONCLUSIÓN.....	256
<b>INEFICACIA DE PLENO DERECHO Y RESTITUCIÓN. LAS POSTURAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA.....</b>	257
JORGE OVIEDO ALBÁN	
INTRODUCCIÓN.....	257
1. LA SENTENCIA DE 9 DE AGOSTO DE 2018.....	259
2. LA SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 2019 .....	261
3. APRECIACIONES CONCLUSIVAS.....	262
BIBLIOGRAFÍA .....	263
<b>LA TEORÍA DE LOS RIESGOS. PANORAMA Y PROBLEMÁTICAS .....</b>	265
CARLOS EDUARDO BERMÚDEZ MUÑOZ	

## PARTE V INSOLVENCIA

<b>VIGENCIA DEL DEBER DE DENUNCIAR LA CESACIÓN DE PAGOS .....</b>	289
DIANA RIVERA ANDRADE	
1. CONSAGRACIÓN DE LA OBLIGACIÓN .....	289



2. PRINCIPALES POSTURAS DOCTRINALES.....	290
3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA .....	291
3.1. Ordenanzas de Bilbao .....	291
3.2. Código de Comercio de 1853 .....	292
3.3. Código de Comercio de 1887 .....	293
3.4. Decreto 750 de 1940.....	294
3.5. Decreto 2264 de 1969.....	295
3.6. Código de Comercio de 1971 .....	296
3.7. Decreto 350 de 1989.....	297
3.8. Ley 222 de 1995 .....	298
3.9. Ley 550 de 1999 .....	300
3.10. Ley 1116 de 2006 .....	301
4. CONCLUSIONES.....	302
BIBLIOGRAFÍA .....	304

<b>EL CONCURSO PREVENTIVO: UNA CONQUISTA DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1971 .....</b>	<b>305</b>
GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ	

INTRODUCCIÓN.....	305
1. ANTECEDENTES.....	305
2. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1853.....	306
3. EL CÓDIGO DE COMERCIO TERRESTRE .....	308
4. EL DECRETO 750 DE 1940.....	309
5. LA INEXEQUIBILIDAD DE 1969.....	310
6. LA COMISIÓN REDACTORA DE 1958 Y EL DECRETO 2264 DE 1969 .....	311
7. ¿VERDADERA CONQUISTA? .....	312
BIBLIOGRAFÍA .....	317

## PARTE VI

### EL DERECHO PROCESAL COMERCIAL Y LOS JUECES DE ASUNTOS COMERCIALES

<b>TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PROCESAL CON IMPACTO EN EL DERECHO COMERCIAL .....</b>	<b>321</b>
ULISES CANOSA SUÁREZ	
1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL Y COMERCIAL .....	322
2. LA ORALIDAD EN LOS PROCESOS CIVILES Y COMERCIALES .....	323
3. LA UNIFICACIÓN EN EL DERECHO SUSTANCIAL Y PROCESAL.....	325
4. EL PROCESO CIVIL Y COMERCIAL COMO COMUNIDAD SOLIDARIA DE TRABAJO.....	326
5. EL PROCESO EJECUTIVO PARA EL COBRO DE OBLIGACIONES CIVILES Y COMERCIALES.....	327



6. EL PROCESO MONITORIO, UNA NUEVA ALTERNATIVA PARA LOS COMERCIANTES.....	332
7. LAS NOVEDADES EN MEDIDAS CAUTELARES .....	333
8. LAS ACCIONES DE GRUPO.....	334
9. LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	335
10. LA CUARTA REVOLUCIÓN EN EL PROCESO CIVIL Y COMERCIAL.....	335
BIBLIOGRAFÍA .....	336
<b>¿ES NECESARIA UNA JURISDICCIÓN DE COMERCIO EN COLOMBIA?</b> .....	339
NICOLÁS PÁJARO MORENO	
INTRODUCCIÓN.....	339
1. ¿PARA QUÉ UNA JURISDICCIÓN DE COMERCIO? .....	339
2. LOS TRIBUNALES DE COMERCIO: UN PROYECTO INCONCLUSO EN LA HISTORIA DE NUESTRO DERECHO MERCANTIL .....	341
3. EL RECURSO A LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS CON FUNCIONES JURISDICCIONALES .....	345
4. ¿SE NECESITA UNA JURISDICCIÓN DE COMERCIO? .....	352
BIBLIOGRAFÍA .....	354

## PARTE VII DERECHO MARÍTIMO

<b>BASES DE LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR MARÍTIMO EN LA CODIFICACIÓN MERCANTIL</b> .....	361
FERNANDO JIMÉNEZ VALDERRAMA	
1. INTRODUCCIÓN .....	361
2. ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL PORTEADOR MARÍTIMO.....	362
3. LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR MARÍTIMO EN LA CODIFICACIÓN ...	368
4. LA FIGURA DEL CAPITÁN EN LA CONTRATACIÓN DEL TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS .....	369
BIBLIOGRAFÍA .....	371

## PARTE VIII DERECHO COMERCIAL Y TECNOLOGÍA

<b>INCIDENCIA DE LA TECNOLOGÍA EN EL DESARROLLO JURÍDICO MERCANTIL.</b>	377
ERICK RINCÓN CÁRDENAS	
1. EL COMERCIANTE Y LA TECNOLOGÍA .....	377



2. LA LEY 527 Y SU DESARROLLO COMPLEMENTARIO EN LA ACTIVIDAD MERCANTIL.....	378
3. LA EMPRESA DIGITAL.....	380
3.1. Oportunidades de la empresa digital.....	385
3.2. Retos de la empresa digital.....	386
4. CONCLUSIONES.....	388
BIBLIOGRAFÍA.....	389
<b>LAS NUEVAS TIC Y EL DERECHO PRIVADO: LOS RETOS FRENTE A SU REGULACIÓN.....</b>	<b>391</b>
IRMA RIVERA RAMÍREZ	
INTRODUCCIÓN.....	391
1. EL CONTEXTO ACTUAL: LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SU EVOLUCIÓN.....	392
2. LOS RETOS DERIVADOS DE LAS NUEVAS TIC DE CARA AL DERECHO PRIVADO	393
3. ALGUNAS SOLUCIONES DESDE EL DERECHO PRIVADO FRENTE A LAS NUEVAS TIC.....	395
3.1. Los desarrollos del derecho internacional privado.....	395
3.1.1. Los principios Unidroit.....	396
3.1.2. CISG.....	397
3.2. El Código de Comercio colombiano: un cuerpo normativo que sigue respondiendo a las realidades actuales.....	398
4. LA PROSPECTIVA DE LA REGULACIÓN DE LAS NUEVAS TIC EN EL DERECHO PRIVADO.....	400
BIBLIOGRAFÍA.....	401
<b>CRIPTOMONEDAS.....</b>	<b>403</b>
JUAN MENDOZA GÓMEZ	
1. ¿QUÉ PODRÍAN SER A LA LUZ DEL CÓDIGO DE COMERCIO LAS ‘CRIPTOMONEDAS’?.....	405
1.1. Las ‘criptomonedas’ y el ‘dinero’ físico.....	405
1.2. Las ‘criptomonedas’ en Colombia y el Código de Comercio.....	409
2. POSIBLES DEBATES.....	413
BIBLIOGRAFÍA.....	416
<b>LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR ELECTRÓNICO EN COLOMBIA-DESARROLLOS DEL DERECHO COMERCIAL DESDE SU EXPEDICIÓN.....</b>	<b>419</b>
SEBASTIÁN SALAZAR CASTILLO	
INTRODUCCIÓN.....	419
1. EL DERECHO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO.....	420
2. SURGIMIENTO Y DESARROLLO DEL DERECHO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN COLOMBIA.....	421



3. DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES EN COMERCIO ELECTRÓNICO .....	426
3.1. Efectos de la protección al consumidor en las relaciones contractuales.....	427
4. CONSIDERACIONES FINALES.....	429
BIBLIOGRAFÍA .....	430







# PRESENTACIÓN

En este 2021 se cumplen 50 años de la norma mercantil por excelencia, que fue expedida a través del Decreto 471 de 1971. Esta normativa es fuente del ordenamiento jurídico, base para el correcto desarrollo de las relaciones comerciales, los negocios, los contratos y demás actividades productivas que han aportado, a lo largo de estas cinco décadas, al crecimiento y fortalecimiento de la actividad económica nacional.

Por ello, la Cámara de Comercio de Bogotá, en convenio con el Colegio de Abogados Comercialistas, líderes y agentes clave en aquella gran gesta de 1971, queremos conmemorar este significativo acontecimiento que reúne a reconocidas figuras, quienes nos compartirán sus experiencias, sus apuntes, sus pensamientos y, especialmente, sus expectativas y su visión prospectiva en torno al futuro de esta institución para las siguientes generaciones de empresarios y empresarias.

Nuestra sociedad no es la misma desde hace un par de años, los efectos propios de una pandemia, que intentó —sin éxito alguno— doblegarnos, asustarnos y encerrarnos, nos aceleraron en los caminos de la transformación digital, la disrupción de nuevos modelos de negocio, el emprendimiento a pesar de las adversidades, y con ello, a la rápida potencialización del mundo hiperconectado y totalmente globalizado (sin fronteras físicas) en el cual veníamos navegando años atrás con cierta cautela.

Y en el ámbito de este nuevo mundo, donde los negocios se celebran a un clic de velocidad, que en algunos casos se apoyan en contrataciones cuyas cláusulas son algoritmos inteligentes y automatizados, nuestro Código de Comercio cumple 50 años y, dado que aquel contexto social y económico de 1971 no es el mismo al cual se enfrenta nuestro empresariado hoy en día, vale la pena preguntarse: ¿cuál es el camino por seguir?

Quienes tienen la oportunidad de disfrutar esta celebración, encontrarán una compilación de expectativas, visiones, posturas, conceptos y experiencias de comercialistas, que atendieron nuestra invitación no solo para honrar al Código de Comercio colombiano sino para aportar importantes reflexiones y críticas constructivas, que permitan a las comunidades empresarial, regulatoria y, por supuesto, académica, plantearse la postura y



direccionamiento que debe tener la legislación mercantil para responder a las necesidades y exigencias del futuro que estamos construyendo.

De esta forma les brindamos a ustedes una obra que enriquecerá el debate académico y el desarrollo del conocimiento en materia mercantil, con la plena convicción de que continuaremos fortaleciendo esta institución jurídica fundamental para los negocios, la economía y el crecimiento de nuestra sociedad.

Les invito a disfrutar de este regalo que la Cámara de Comercio de Bogotá y el Colegio de Abogados Comercialistas les brinda en esta conmemoración.

NICOLÁS URIBE, 2021.



**PARTE I**  
**ASPECTOS GENERALES**





# ACTUALIDAD Y FUTURO DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE COLOMBIA, CON OCASIÓN DE SU 50 ANIVERSARIO<sup>1</sup>

ANDREW ABELA MALDONADO<sup>2</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

El Código de Comercio colombiano, más allá de sus reglamentaciones, adiciones y sustituciones, continúa siendo la base estructural de la reglamentación nacional sobre esta materia. Su vigencia por medio siglo es, de por sí, motivo de estudio y análisis.

En desarrollo de este escrito procuraré dar una visión sucinta, pero muy personal, del estado actual de la regulación comercial colombiana, con base en la estructura básica que supone la codificación estructural plasmada en el Código de Comercio, no solo para destacar sus aportes y evidentes aciertos, sino también para analizar aquellas materias que han sido objeto de reglamentación por normas especiales, aquellas que lo han complementado o derogado, así como aquellas que deberían ser actualizadas con base en la realidad del derecho comercial contemporáneo<sup>3</sup>.

## II. EL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO

1. Ya desde principios del siglo pasado, la doctrina nacional había advertido la necesidad de actualizar la reglamentación comercial vigente para la

---

<sup>1</sup> Este texto fue presentado como ponencia en el Congreso Internacional “perspectivas actuales y futuras del derecho comercial”, Lima, Perú, enero 29-30 de 2021. Ponencia: actualidad y futuro del Código de Comercio de Colombia, con ocasión de su 50 aniversario.

<sup>2</sup> Socio de Abela Maldonado Asociados. Abogado del Colegio Mayor del Rosario, colegial de Número y colegial mayor de dicha Universidad. Especialista en derecho comercial de la Universidad de los Andes. Profesor de la Universidad de los Andes y de la Universidad del Rosario.

<sup>3</sup> Por lo demás, materia que ha sido, y será, de numerosos seminarios y conferencias, dada la enorme trascendencia del Código de Comercio en la realidad jurídica nacional, y el obvio interés que ha despertado su vigencia por 50 años.



época, así como codificarla en un estatuto único que englobara todas las materias asociadas con este tema<sup>4</sup>.

En efecto, la normativa mercantil vigente para la época<sup>5</sup> (a su vez, objeto de diversas reglamentaciones y modificaciones<sup>6</sup>), había sido expedida a finales del siglo XIX y reflejaba en gran medida la codificación comercial española de corte decimonónica, con relativamente poca aportación local. Para el siglo XX, esta codificación ya no respondía a las necesidades de la actividad comercial posterior a la segunda guerra mundial, más enfocadas en la producción e intercambio de bienes y servicios que en la actividad agrícola y ganadera, con lo cual se imponía la necesidad de dotar al país de una regulación moderna y comprensiva acorde con las necesidades económicas del momento.

Sin entrar en detalles ajenos a esta ponencia, se sucedieron diversos esfuerzos e iniciativas tendientes a lograr dicho propósito<sup>7</sup>, que culminarían con la expedición de la Ley 16/1968, que facultó al Gobierno nacional para expedir un nuevo código de comercio, sometido a la revisión de una comisión de expertos<sup>8</sup>.

2. El resultado fue el Código de Comercio de 1971 (“el Código”), cuyos cincuenta años, vigencia y proyección futura es objeto de esta ponencia, que fue adoptado mediante el Decreto 40 de 1971, con vigencia efectiva desde 1.º de enero de 1972, con excepción para la fecha del artículo 821, del capítulo V, título XIII del libro IX, y del libro VI, que rigieron desde su promulgación en marzo de 1971.

---

<sup>4</sup> Solo para mencionar un ejemplo, las leyes 27 de 1907 y 73 de 1935 habían facultado al Gobierno nacional para conformar comisiones de expertos que unificaran y revisaran la codificación mercantil.

<sup>5</sup> 2. Los códigos de comercio terrestre y marítimo, adoptados por la Ley 57 de 1887.

<sup>6</sup> Siendo las más significativas, la Ley 75 de 1916 en materia de cheques, la Ley 45 de 1923, aún vigente, sobre bancos y establecimientos financieros, la Ley 105 de 1927 sobre compañías de seguros, la Ley 58 de 1931, que creó la Superintendencia de Sociedades, el Decreto 750 de 1940 en materia procedimientos y quiebras, el Decreto 2521 de 1950 en materia de sociedades anónimas y la Ley 155 de 1959, aún vigente, sobre competencia desleal.

<sup>7</sup> Siendo el más conocido, el comúnmente llamado “Proyecto de 1958”, promovido a instancias del profesor Gabino Pinzón y centrado en una actualización en materia de actos de comercio y el comerciante y en temas societarios, es decir los actuales libros I y II del Código de Comercio.

<sup>8</sup> Que, en realidad, fueron dos: una primera conformada en 1968, y una segunda en 1970, con nuevos miembros, todas ellas con juristas de la mayor reputación en su momento.



Por lo demás, el Código derogó en su totalidad los códigos de Comercio Terrestre y Marítimos de 1887, y todas sus reglamentaciones y normas complementarias y reformatorias, salvo las concernientes a la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) y las entidades sometidas a su control, es decir, la Ley 45 de 1923 y sus normas complementarias, y el capítulo XI del Decreto 2521 de 1950.

3. El Código fue, entonces, el resultado de un primer antecedente consignado en el Proyecto de 1958, de especial importancia en materia societaria, y en la labor de la comisión redactora<sup>9</sup>, con notable influencia del muy relevante para la época Código Civil italiano de 1942, unificador del derecho privado en ese país, y cuya tríada —empresa, empresario y establecimiento de comercio—, fue adoptada por el Código como base estructural de su arquitectura, pero que, dada la confluencia de redactores y de regulaciones y más allá de sus significativos avances, también fue objeto de regulaciones no congruentes entre sí, o de adaptaciones no siempre afortunadas que han sido objeto de dificultad en su aplicación práctica a lo largo de los años<sup>10</sup>.

En todo caso, y más allá de la influencia del Código italiano de 1942, evidente en la estructuración del esquema empresa-empresario y establecimiento de comercio, el Código mantuvo la dualidad tradicional entre la teoría del acto objetivo de comercio (típica de los códigos decimonónicos que influenciaron a los códigos nacionales de 1887, y en todo caso presente en el artículo 20 del Código como eje central de su campo de acción), y la del acto subjetivo de comercio, aplicable en función del sujeto —comerciante— que lo realice sin importar su naturaleza objetiva, por lo cual esa mezcla no siempre afortunada es, a su vez, la base del alcance del acto de comercio y, por ende, de aquellas actividades reguladas por la ley mercantil, como norma de especial y expresa aplicación.

4. Con base en los antecedentes citados, el Código supuso un avance significativo frente a la regulación existente para 1971, en la medida en que integró en un solo cuerpo gran parte de la normativa mercantil vigente para la época (con la precisión ya efectuada sobre la regulación en materia bancaria y bursátil), eliminando de paso la duplicidad que operaba hasta tal fecha con dos códigos mercantiles, el terrestre y el marítimo de comer-

---

<sup>9</sup> Que, se reitera, trabajo desde 1968 con diversos integrantes

<sup>10</sup> Posición compartida y desarrollada en extenso por la doctrina colombiana desde entonces. Para el efecto, ver, Carlos Andres Aldana G., “La evolución del derecho comercial ante la unificación del derecho privado: reflexiones desde una Colombia globalizada”, *Revista de Derecho Privado* n.º 38 de la Universidad de los Andes, 3 y ss.



cio, temas que, desde entonces, quedaron incorporados y unificados en una sola codificación.

De una manera muy sintética, el Código fue estructurado bajo los siguientes parámetros:

4.1. Un título preliminar, de nueve artículos, dedicado a regular su campo de aplicación y las fuentes del derecho mercantil.

Como grandes aportes, el Código precisó que su normativa se aplica de manera preferencial en materia comercial, o por analogía de ser aplicable y la legislación civil solo lo será en ausencia de normativa mercantil específica.

Sin perjuicio de lo anterior, y como norma reguladora de enorme importancia, el artículo 822 del Código estableció la aplicación directa de la regulación civil en materia contractual y obligacional, salvo disposición mercantil especial. Con ello, la duplicidad de las dos regulaciones, civil y mercantil quedó reducida ya que la norma civil, en materia contractual, tiene aplicación directa en ausencia de norma mercantil expresa, de manera tal que, solo en aquellos casos de doble regulación, podría presentarse algún conflicto de norma aplicable.

De igual manera, se reiteró la aplicabilidad de la costumbre mercantil como fuente de derecho (en ausencia de norma expresa), y se estableció que la costumbre mercantil internacional, así como los tratados públicos no ratificados por Colombia, serán, igualmente, fuente de derecho en materia mercantil, en ausencia de norma expresa aplicable.

4.2. El Código estructuró su regulación en seis libros, de los cuales el primero se ocupa de los comerciantes y los asuntos de comercio.

En líneas generales, este libro reguló aquellas materias que definen al acto de comercio<sup>11</sup>, en función de la actividad del comerciante como motor de la actividad mercantil<sup>12</sup>, al punto de incorporar definiciones tanto de comerciante, como de la empresa<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Que, básicamente, reiteran en el artículo 20, el alcance del acto de comercio bajo un criterio objetivo, matizado con algunos alcances subjetivos, y cuyo análisis detallado no es materia de esta ponencia

<sup>12</sup> Nuevamente, enfocado en el trípode empresa-empresario, establecimiento de comercio, concepto heredado, como se mencionó, del Código Italiano de 1942. Para mayor análisis sobre la vigencia del Código Italiano de 1942, ver “Estudios sobre el contrato en general, por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002)”, Obra colectiva seleccionada por Leysser L. León, Ara Editores, 2003.

<sup>13</sup> Artículos 10 y 25 del Código.





Por su parte, incorporó normas sobre el registro mercantil de comerciantes y sociedades, a cargo de las cámaras de comercio, esquema vigente en la actualidad y al que haré referencia más adelante, incluyendo la renovación anual de la matrícula mercantil, así como reguló los libros y papeles del comerciante y proveyó reglamentación básica sobre la operación y actividades de las cámaras de comercio, encargadas de manejar, entre otras muchas actividades, el registro mercantil, que en derecho colombiano certifica de manera pública la existencia y representación legal de sociedades comerciales y de comerciantes, personas naturales.

Por último, en dos artículos ya derogados por normas posteriores<sup>14</sup>, reguló el tema de competencia desleal, que ya tenía un antecedente relevante y aún vigente en la normativa sobre prácticas comerciales restringidas establecida en la Ley 155 de 1959.

4.3. El libro segundo aportó una novedad significativa en su momento, al integrar en un solo cuerpo (siguiendo el modelo del proyecto de 1958), toda la reglamentación en materia societaria, incluyendo una definición del contrato de sociedad, como una modalidad especial y propia, y separando esta materia de la regulación contractual general.

La regulación de 1971, además de incluir reglas aplicables a todo tipo de sociedad comercial en temas como reglas sobre constitución, aportes, utilidades, administradores, y celebración de reuniones de juntas de socios y asambleas de accionistas, entre muchas otras, incorporó reglas especiales para regular cuatro tipos societarios<sup>15</sup>, además de establecer parámetros en materia de sociedades de hecho y de sucursales de sociedades extranjeras, así como reguló temas como la disolución y liquidación de sociedades, la actividad de revisores fiscales y la base de operatividad y de interrelación con las actividades de vigilancia y control a cargo de la Superintendencia de Sociedades.

4.4. Por su parte, el libro tercero, sobre bienes mercantiles, estructuró un primer capítulo, aún vigente y completamente novedoso para la época, sobre el establecimiento de comercio y su régimen legal, no solo para definirlo y definir sus elementos integrantes, sino para establecer reglas para su protección como unidad productiva, entre las que se destacan las reglas especiales y muy relevantes desde entonces en materia del derecho de renovación de los contratos de arrendamiento.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Ley 256 de 1996.

<sup>15</sup> La sociedad colectiva, la en comandita simple y por acciones, la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima.

<sup>16</sup> Artículos 518 a 524 del código.



De igual manera, el Código reguló en su momento a la propiedad industrial, en sus diferentes variables, como un bien mercantil de propiedad del empresario, susceptible de ser protegido, usado y comercializado como parte de su actividad comercial. Esta regulación resultaba novedosa para la época, y si bien se encuentra suspendida en su aplicación, dada la vigencia de normas posteriores de carácter supranacional<sup>17</sup>, no por ello, debe dejar de resaltarse el avance significativo que supusieron, frente a la reglamentación anterior, casi inexistente y dispersa.

Por último, el libro tercero del Código reguló de manera integral a los títulos valores (incluyendo los de contenido crediticio, los corporativos o de representación, y los de tradición o representativos de mercaderías), de una forma integral y novedosa para su momento, evolucionado de nociones tradicionales como el contrato de cambio, y regulando de manera especial los diversos tipos existentes de título valor para la época, como el cheque, la letra de cambio, el pagaré, los bonos, el certificado de depósito o el bono de prenda, así como los procedimientos para su cobro y ejecución.

4.5. Dentro de los avances más representativos del Código, más allá de sus desaciertos que también son evidentes, debe mencionarse la estructuración del libro cuarto, en materia de contratos y obligaciones mercantiles.

En primer lugar, este libro incorporó una serie muy amplia y variada de reglas generales en materia de obligaciones y de aspectos básicos contractuales, que vinieron a complementar la regulación civil, pero que mantuvieron la duplicidad de regulación, civil y comercial, en materia contractual. De allí, pues, que Colombia mantiene una doble regulación en materia de derecho privado, de aplicación especial para cada ámbito legal. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar lo siguiente:

(i) Una remisión directa, ya anotada, a la normativa civil para que se aplique, directamente y salvo la existencia de regulación mercantil especial o expresa, las normas civiles en materia de obligaciones y contratos.

Como se anotó, esta remisión directa ha supuesto que los conflictos entre normas civiles y mercantiles sean pocos y de relativamente escasa importancia, ya que solo en aquellos casos en que exista doble regulación civil o comercial, o donde la reglamentación mercantil sea escasa, podrá existir algún tipo de conflicto entre las dos regulaciones<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, antiguamente Pacto Andino.

<sup>18</sup> Es el caso, por ejemplo, del contrato de compraventa que tiene doble regulación, sin perjuicio que algunas normas mercantiles generaron avances frente a la norma civil, como por ejemplo la garantía de buen funcionamiento, o el contrato de promesa en



(ii) Se incorporaron instituciones jurídicas más modernas para la época, que carecían de desarrollo legal, o que solo tenían una evolución jurisprudencial, así como se actualizaron, no siempre con total coherencia, regulaciones y figuras reguladas por el Código Civil colombiano y sus reglamentaciones posteriores hasta la fecha<sup>19</sup>.

Entre las innovaciones más representativas cabe destacar, las normas sobre consensualidad, presunción de solidaridad, abuso del derecho, enriquecimiento sin causa, representación, buena fe (contractual y precontractual), preferencia, intereses, reglas sobre pago (diferentes a las civiles), formación de contrato (oferta y aceptación, ausentes en materia civil), contratos de colaboración, teoría de la imprevisión, el concepto de irrisoriedad, cesión de contratos (que se suma a la tradicional regulación civil sobre cesión de créditos), y sanciones y efectos contractuales, incorporando nuevas figuras —en adición a la nulidad regulada por el Código Civil—, como la inexistencia, la ineficacia, la inoponibilidad y la anulación parcial o la de contratos prurilaterales.

(iii) De igual manera, se estructuró una regulación comprensiva y unificada de los contratos mercantiles, con notorios avances y también claros desaciertos, regulando figuras como el suministro, el contrato de transporte terrestre de personas y cosas, el contrato de seguro, la prenda con y sin tenencia, la fiducia mercantil (frente a la tradicional fiducia civil), el mandato y contratos derivados como la comisión y la agencia mercantil<sup>20</sup>, pasando por contratos típicamente financieros como la cuenta corriente bancaria, la apertura de crédito, el crédito documentario, o los contratos de depósito, estos últimos ya subsumidos, pero aún vigentes, en las reglamentaciones financieras a las que se hará referencia más adelante.

---

el cual ante la escasa reglamentación del artículo 861 del Código, ha generado alguna discusión académica y jurisprudencial, sobre si la promesa mercantil es consensual, frente a la reglamentación civil en la que requiere de la formalidad escrita como requisito de existencia.

<sup>19</sup> El Código Civil colombiano, aprobado por la Ley 84 de 1873, tuvo vigencia en todo el territorio nacional desde la expedición de la Ley 57 de 1887.

<sup>20</sup> Cuya regulación ha sido fuentes de amplios desarrollos jurisprudenciales y doctrinales, en parte por su inadecuada estructuración legal, para determinar el carácter imperativo de las prestaciones derivadas de su terminación (artículos 1324 y 1325 del Código), de la posibilidad de darlo por terminado con o sin justa causa, de la aplicabilidad de la ley colombiana a todo tipo de agencia que se ejecute en el país, o su diferenciabilidad con figuras afines como el suministro o la concesión mercantil, lo que demuestra la necesidad de ajustes legales que no se han hecho a la fecha, salvo la precisión hecha en el tratado de libre comercio con los Estados Unidos sobre la materia.



4.6. El libro quinto se ocupó de los temas marítimos e incorporó, como novedad en la regulación nacional, normas sobre el transporte aéreo, en ambos casos tanto en materia de personas como de carga, e incluyendo reglas sobre cabotaje en materia de transporte marítimo.

Esta regulación, sustancialmente vigente hoy, supuso un avance frente a la reglamentación vigente para 1971, sobre todo en materia aérea, y en líneas generales (y con algunas incongruencias notorias), se basan en las reglas internacionales sobre la materia, en particular el pacto o convenio de Bruselas en materia marítima y el pacto de Varsovia en lo referente a la actividad aérea. Cabe destacar, entre otras muchas materias, la incorporación y regulación sobre las hipotecas en materia naval y aérea, normas que se han complementado con las reglamentaciones y actividad de las entidades especializadas a cargo de la supervisión y manejo de estas materias, en particular la Dirección Marítima y Portuaria, Dimar, en lo relativo al transporte marítimo, y la Aeronáutica Civil, con sus reglamentos aeronáuticos, en lo tocante al transporte y actividad aérea.

4.7. Por último y como gran avance para su momento, el libro sexto se ocupó de los procedimientos mercantiles, para estructurar en un solo capítulo: (i) el concordato preventivo que no existía para la época, (ii) la quiebra, (iii) el arbitramento, y (iv), la regulación por expertos y peritos, materias que, como se verá, fueron derogadas por normas posteriores, pero que, en su momento, supusieron un notorio avance frente a la legislación existente.

### III. EVOLUCIÓN Y VIGENCIA DEL CÓDIGO DE COMERCIO EN LOS ÚLTIMOS 50 AÑOS

1. La expedición del Código en 1971 supuso codificar la legislación mercantil en un solo cuerpo, con evidentes avances, ya reseñados, pero a su vez con críticas por algunas disposiciones poco claras, o por la falta de coherencia interna entre sus diversos libros y títulos.

Sin perjuicio de específicos desaciertos, no cabe duda sobre el hecho que su expedición implicó un avance importante en materia mercantil, no solo por su codificación y unificación, sino también al constituir un cuerpo legal más moderno que el de 1887, y mucho más adaptable a las necesidades del comercio nacional e internacional postsegunda guerra mundial. Más aún y más allá de sus contradicciones, es innegable que fue el producto de una comisión de expertos que trabajaron, en diferentes versiones,



por varios años, con un resultado más acabado y robusto, que ha perdurado en varias materias en lo sustancial por estos cincuenta años.

2. A pesar de lo anterior, el Código casi desde su expedición fue objeto de varias críticas, no solo por algunas contradicciones en su estructura, sino por haber mantenido una doble reglamentación frente a la regulación civil, que mantenía la duplicidad regulatoria consecuente, así como por haber persistido en estructuras legales que ya para la época empezaban a estar en desuso, o eran poco innovadoras.

Esta realidad ha supuesto, como es natural en materia mercantil, que las disposiciones del Código hayan tenido cambios, modificaciones, sustituciones o derogatorias, máxime cuando ya han transcurrido cincuenta años desde su expedición. Más aún, el debate sobre la conveniencia de una doble regulación, civil y mercantil, es aún una materia abierta, con partidarios y críticos en ambos lados del espectro, temática que gravita sobre la vigencia del Código en nuestros días.

Por ello, quiero ocuparme a continuación de la evolución de la reglamentación comercial desde 1971, para presentar a grandes rasgos los cambios más sustanciales que ha sufrido el Código, lo que permitirá determinar su actualidad y permanencia. Para ello, me referiré inicialmente, a las modificaciones legales más representativas, para continuar con los avances no legales o derivados de fuentes diferentes a cambios legales, y que han actualizado a la normativa mercantil colombiana hasta nuestros días.

3. A lo largo de estos cincuenta años de vigencia, el Código ha sido objeto de diversas actualizaciones y reformas a través de normas posteriores de diversa índole, así como ha sido complementado por un número significativo de disposiciones, a pesar de lo cual una parte importante de su normativa se mantiene vigente, al menos en su estructura básica, como ocurre con las normas sobre el comerciante y los actos de comercio, la estructura del derecho de obligaciones y contratos, y el libro sobre transporte marítimo y aéreo.

Las reformas y avances legales más significativos han sido los siguientes:

3.1. En materia de obligaciones del comerciante, la operatividad del registro mercantil, ha sido consolidada con un número importante de reglamentaciones posteriores, incluyendo, para efectos de contratación pública, la estructura del registro de proponentes que llevan las cámaras de comercio.

3.2. Los artículos 75 a 77 del Código, en materia de competencia desleal fueron derogados por un estatuto más completo y avanzado en la materia,



la Ley 256 de 1996, la que junto con disposiciones complementarias, como la Ley 155 de 1959 en materia de prácticas restrictivas del comercio, o la Ley 1480 de 2011, el denominado estatuto del consumidor, solo por citas las más relevantes, han permitido estructurar una regulación más robusta y moderna sobre estos temas de absoluta relevancia y vigencia.

Al amparo del Código de Comercio como norma supletiva, en lo pertinente (por ejemplo, en materia de garantía de venta), estas materias se han consolidado en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, como un ente gubernamental de control, pero también como juez de conflictos en materia de derechos del consumidor.

En adición a facultades adicionales, como las relativas a propiedad industrial, y al control y autorización, bajo claros parámetros, de las fusiones y adquisiciones empresariales en función de no violar las normas de debida competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio ha generado una doctrina cada vez más creciente sobre estas materias, que ha complementado y enriquecido la práctica comercial nacional.

3.3. En materia societaria, si bien la regulación del Código sobre los cuatro tipos de sociedad se mantiene, en su esencia, vigente, deben destacarse importantes modificaciones de orden legal, entre las que cabe destacar las siguientes:

(i) La Ley 222 de 1995 introdujo significativos avances a la regulación societaria, en materia de fusiones y escisiones, derecho de retiro, responsabilidad de administradores, reuniones no presenciales, entre muchas otras, que modernizaron la normativa vigente hasta la fecha.

(ii) Con la expedición de la Ley 1258 de 2008, se introdujo al ordenamiento colombiano un quinto tipo de sociedad, la simplificada por acciones<sup>21</sup>, cuyas ventajas y notorios desarrollos la han convertido en el tipo usual de estructuración de sociedades, desplazando a los cuatro anteriores.

Puede afirmarse que una inmensa mayoría de las sociedades actuales son del tipo de las simplificadas por acciones, dada su versatilidad y mayor simpleza operativa (constitución por documento privado, no por escritura pública, reglas flexibles para el pago de capital, no obligatoriedad de juntas directivas, reglas amplias sobre tipos de acciones y beneficios, entre otras muchas ventajas), con lo cual la sociedad anónima ha quedado vigen-

---

<sup>21</sup> Ya la Ley 222 de 1995 había creado las sociedades unipersonales, que vinieron a ser subsumidas por la sociedad por acciones simplificada, la que, entre muchos otros avances, permite ser constituida y operar con un solo accionista.



te solo para ciertas actividades que la imponen, como es el caso del sector financiero o bursátil.

(iii) Asimismo y paralelo a la vigencia del Código y sus modificaciones, debe destacarse que, a su amparo, la Superintendencia de Sociedades se ha consolidado como un referente muy relevante no solo en materia de control, inspección y vigilancia de sociedades comerciales y sucursales de empresas extranjeras (las sociedades civiles están por fuera de su ámbito de acción), como ya se realizaba más tímidamente desde tiempo antes de la expedición del Código, sino, y con creciente importancia, como un regulador en materia de procesos de insolvencia (en los que asume función jurisdiccional), así como en materia societaria, a través de conceptos y circulares.

3.4. Las normas del Código sobre propiedad industrial no son aplicables y están suspendidas, en virtud de la regulación supranacional andina, de aplicación preferente, contenida en la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina.

3.5. La evolución tecnológica y de comunicaciones también ha complementado y desarrollado la legislación mercantil nacional, permitiendo no solo y válidamente el envío de mensajes de datos, sino la realización de reuniones de juntas de socios y asambleas de accionistas de manera virtual y no presencial<sup>22</sup>, la estructuración de documentos electrónicos, incluyendo los títulos valores o la desmaterialización de papeles y documentos emitidos en mercados públicos de valores.

Normas como la Ley 527 de 1999 en materia de comercio electrónico y firmas digitales, o la Ley 1231 de 2008, tal y como ha sido complementada, sobre factura electrónica, son una muestra palpable de la coexistencia entre la estructura tradicional de documentos en papel, con los electrónicos, y la influencia de los medios más modernos de comunicación en la operatividad mercantil.

3.6. El libro VI, sobre procedimientos mercantiles fue completamente derogado.

En materia de procedimientos concursales y de insolvencia que el Código había unificado, se han expedido sucesivos estatutos sobre la materia, inicialmente el Decreto 350 de 1989, sustituido por la Ley 222 de 1995, y más recientemente por la Ley 1116 de 2006, el estatuto básico vigente en

---

<sup>22</sup> Temática reiterada y profundizada por regulación de emergencia durante la reciente pandemia sanitaria, y aplicable a todo tipo de personas jurídicas.



materia de reestructuración empresarial y liquidaciones societarias, que incluye trámites de insolvencia transfronteriza.

Recientemente, a raíz de la emergencia sanitaria derivada del covid-19, y con base en facultades extraordinarias de emergencia económica, se expedieron normas adicionales, con una vigencia inicial de dos años, que complementaron y flexibilizaron la estructura de la Ley 1116 de 2016 (inclusive permitiendo procesos de insolvencia por categorías de acreedores, pagos de acreencias menores sin permiso judicial, o procesos de mediación empresarial ante los centros de arbitraje de las cámaras de comercio), a través de los decretos 560 y 772 de 2020 y sus normas complementarias.

Por su parte, el proceso arbitral también fue sustituido por regulación posterior, siendo la norma vigente la Ley 1563 de 2012, que regula tanto el arbitraje nacional, como el internacional, la conciliación y la amigable composición.

3.7. La idea de contar con una jurisdicción especializada de jueces de comercio, ha sido un anhelo reiterado desde hace décadas, con el fin de que los conflictos mercantiles sean resueltos por jueces especializados.

Si bien desde la década de los ochenta del siglo pasado<sup>23</sup>, se crearon jueces de comercio, su estructuración y concreción no se ha realizado, por lo cual la jurisdicción civil continúa, como ha sido el caso siempre, como la competente para resolver estas materias.

Como se mencionó, la tarea de las superintendencias de Industria y Comercio y de Sociedades (en sus áreas de competencia y con funciones jurisdiccionales en materia de procedimientos), y de la Superintendencia Financiera, en materia financiera y bursátil, han generado (en conjunto con la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, como el arbitraje), formas adicionales de resolver controversias de manera no judicial, buscando descongestionar a la rama judicial.

3.8. Por último, es importante destacar el significativo avance, que trasciende a la normativa mercantil para ser materia de derecho privado como un todo, contenido en la regulación sobre garantías mobiliarias, actualizando y dando un nuevo aire a la tradicional visión de las garantías personales y reales (hipotecarias o prendarias)<sup>24</sup>.

Si bien un análisis detallado de esta materia escapa al objeto de esta ponencia, debe destacarse los alcances (y eventuales falencias de esta nor-

---

<sup>23</sup> Decreto 2272 de 1989.

<sup>24</sup> Ley 1673 de 2013 y normas complementarias.





mativa), al permitir el uso de un número significativo de bienes y derechos de contenido patrimonial (cosechas, derechos fiduciarios, créditos futuros, etc.), como activos susceptibles de ser objeto de garantía, así como la simplificación en su constitución y, particularmente, en su ejecución aun por vías extrajudiciales, rompiendo el paradigma del proceso de cobro ejecutivo con garantía real, como el único mecanismo viable de efectivización de las garantías.

No obstante, su costo sigue siendo elevado y algunas particularidades en su ejecución (por ejemplo, en materia de protección del derecho a la defensa del deudor, o de preferencias en procesos de insolvencia), siguen siendo temáticas, para ser revisadas y ajustadas.

4. Como se comentó anteriormente, desde la expedición del Código, se dejó vigente y como tema propio e independiente (más allá que el Código reguló figuras asociadas con la materia, como el relacionado con títulos valores, o los contratos típicamente financieros de cuenta corriente bancaria, crédito documentario o depósito dinerario), toda la regulación existente hasta 1971 en materia financiera y bursátil.

Como tal, la Ley 45 de 1923 y toda su regulación complementaria mantuvo su vigencia, y ha sido objeto de una amplísima modificación en los últimos cincuenta años, para dar forma a la estructura legal actual en esta especialidad.

Por ello, el derecho financiero (en su más amplia acepción), como el bursátil y de mercado de valores, parte indudable de la actividad comercial, tiene en Colombia, como en la gran mayoría de legislaciones internacionales, una regulación propia y orgánica, que se interrelaciona con la regulación comercial general, pero que se aplica de manera preferente, con base en el principio de la especialidad.

El desarrollo de la regulación financiera y bursátil, de por sí materia de un estudio en sí mismo, va aparejada a la evolución económica de Colombia, y a un esquema que ha ido evolucionando de una banca múltiple a una especializada, con tipos de entidades y nichos de mercado. Paralela a la creación de la Junta Monetaria en 1963 como autoridad regulatoria (que vendrá a ser reemplazada, como se mencionará más adelante, por la Junta Directiva del Banco de la República), y de la presencia del Banco de la República como banco central, y de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), como órgano de vigilancia y control, se sumó en 1979 la creación de la Comisión Nacional de Valores<sup>25</sup>, como una entidad autó-

---

<sup>25</sup> Ley 32 de 1979.



noma dedicada a la vigilancia y control de la actividad bursátil, como ente regulador en la materia.

Como consecuencia de un artículo transitorio de la constitución colombiana de 1991, actualmente vigente, la Comisión Nacional de Valores se transformó en Superintendencia de Valores, hasta 2005<sup>26</sup>, cuando se fusionaron en una sola la Superintendencia Bancaria y la de Valores, para crear un solo organismo, la Superintendencia Financiera, que supervisa, controla y regula a través de circulares toda la actividad financiera, bursátil y de mercado de valores.

De igual manera, y en adición a los bancos tradicionales y corporaciones financieras (establecimientos de crédito en su acepción actual), los decretos 677 y 679 de 1972 crearon el sistema de ahorro y las corporaciones de ahorro y vivienda, junto con el sistema de ahorro de valor constante UPAC, hoy desaparecidos en su integridad dada la crisis financiera de finales de los años noventa, buscando crear un sistema de préstamos a largo plazo. De igual manera, en 1979 se incorporaron al sistema legal las compañías de financiamiento comercial, para en 1990 expedirse la Ley 45 de ese año, que estructuró un sistema de *holdings* con entidades especializadas por nichos económicos (ello motivó, por ejemplo, que las secciones fiduciarias y de valores de los bancos, se desmontaran para crear subsidiarias especializadas), así como fijó reglas concretas para crear, disolver y transformar entidades financieras de manera más ágil y eficiente.

De esa manera, como parte o no de una *holding* financiera, compiten diversas clases de entidades financieras, así como actores del mercado bursátil (incluyendo bolsas de valores y comisionistas de bolsa), con actividades propias, en un esquema que mezcla la banca múltiple con la especializada, siendo los establecimientos de crédito las entidades con mayor campo de acción, pero excluyendo algunas actividades como la fiduciaria y bursátil, propias de entidades especializadas; la banca de inversión, propia de las corporaciones financieras, la actividad aseguradora, o los fondos que administran pensiones y cesantías.

A su vez, subsiste un esquema, cada vez más reducido, de entidades financieras públicas, tanto de primero<sup>27</sup> como de segundo piso para actividades de fomento<sup>28</sup>, como de entidades de promoción y de estructuración financiera como el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, Foga-

---

<sup>26</sup> Ley 964 de 2005.

<sup>27</sup> Banco Agrario, La Previsora Seguros, entre otros.

<sup>28</sup> Bancóldex, Financiera de Desarrollo Nacional y el Fondo Nacional de Garantías.



fin, que administra el seguro de depósitos financieros, así como la intervención para administración o liquidación de las entidades del sector<sup>29</sup>.

En materia regulatoria, y paralelo a las competencias de la Superintendencia Financiera, la normativa financiera que se encontraba dispersa en un sinnúmero de disposiciones, fue codificada en un solo cuerpo normativo, el denominado Estatuto Orgánico del Sistema Financiero *EOSF*, a través del Decreto-Ley 663 de 1993, a su vez compilado en el Decreto 2555 de 2010, que reúne toda la reglamentación sobre esta materia, incluyendo circulares reglamentarias y normas complementarias, y en la que se incorporaron muchas disposiciones del Código atinentes a temas financieros.

También, deben destacarse evoluciones legales en materia, como la actividad desarrollada por las sociedades calificadoras de papeles del mercado bursátil, las que administran los depósitos de valores, y la reciente Ley 1870 de 2017 en materia de supervisión de sociedades calificadas como *holdings* financieros, que le permiten a Colombia tener un sistema legal, regulatorio y de supervisión robusto y consolidado.

5. De otra parte, sería insuficiente esta breve descripción sobre la evolución del derecho comercial colombiano desde la expedición del Código, si no hiciese una mención al desarrollo de la normativa cambiaria durante este periodo.

El tema del comercio internacional, al que me referiré más adelante, y el consecuente desarrollo de actividades de intercambio de bienes y servicios entre actores situados en Colombia y en el exterior, supone necesariamente la transferencia de divisas hacia y desde Colombia, así como el manejo de la convertibilidad del peso colombiano frente a otras monedas. Por ende, la regulación sobre el control y administración de ese flujo de divisas, básico en el intercambio comercial internacional, así como en el desarrollo de actividades paralelas y no menos importantes, como las inversiones extranjeras en Colombia y desde el país, los créditos internacionales, la emisión de documentos de garantía en divisas o en pesos, por operaciones locales o extranjeras, y en general, el régimen legal de cambios internacionales, es tema de política monetaria, pero también de regulación comercial de especial importancia.

En adición a la normativa legal y reglamentaria, el manejo y medida de la regulación cambiaria y de inversiones extranjeras, estuvo en manos de la

---

<sup>29</sup> Hoy agrupadas en un *holding* financiero, denominado *Bicentenario*, creado por el Decreto 2111 de 2019.



Junta Monetaria desde 1963 hasta 1991. Para 1971, cuando se expide el Código, Colombia vivía un esquema de régimen cambiario estricto (*Crawling Peg*), con pequeñas devaluaciones y un estricto control del flujo de divisas, estructurado por el Decreto 444 de 1967, y acompañado de entidades de control como la Superintendencia de Control de Cambios, o el otorgamiento de licencias de importación a cargo del Instituto de Comercio Exterior, Incomex, esquema que estaría vigente hasta 1991.

Desde 1991 a la fecha (pasando por un sistema de bandas cambiarias en los años 90), se estructuró un esquema de flotación cambiaria, libre comercio y flujo de divisas, autorización de tenencia de divisas extranjeras, bajo el concepto de operaciones de cambio externo o interno (algunas obligatoriamente realizables a través de entidades financieras, los llamados intermediarios del sistema financiero, que no son otros que las entidades financieras tradicionales), que se estructuró desde 1991, con la expedición de la Constitución de aquel año, y la fijación del Banco de la República y su junta directiva, no solo como banco central, sino también como máxima autoridad regulatoria en la materia, en reemplazo de la Junta Monetaria.

De allí, la Junta Directiva del Banco de la República ha expedido desde entonces el estatuto de cambios internacionales, regulado en la actualidad por la Resolución 1 de 2018 de la Junta Directiva del Banco de la República, que compendió la materia, y que se complementa con el Decreto Único Reglamentario 1068 de 2015<sup>30</sup>, tal y como ha sido modificado y complementado, que regula el régimen de inversiones extranjeras en Colombia, normas que, en su ámbito de aplicación, regulan estas materias de notoria importancia en el derecho comercial internacional del país.

6. En adición a la evolución legal y las modificaciones regulatorias, ya mencionadas de manera muy enunciativa, que ha sufrido el Código en estos cincuenta años de vigencia, es, igualmente, importante, reseñar la evolución de la normativa y práctica mercantil colombiana derivada de otras fuentes, no necesariamente legales, que han supuesto notorios avances y desarrollos en esta materia, y que son, como criterio general, el resultado del carácter evolutivo y cambiante tan de la esencia del derecho comercial, y, con notable énfasis, de la interrelación del país con el comercio internacional y con los diversos instrumentos de regulación propios de un mundo cada vez más globalizado.

---

<sup>30</sup> Con sus antecedentes, la Ley 9 de 1991, el Decreto 1735 de 1993 y el Decreto 2080 de 2000, con sus innumerables modificaciones.



En particular, quiero destacar dos materias que han incidido con notable importancia en la evolución del derecho comercial, no solo en Colombia sino internacionalmente, como son la influencia de la costumbre como fuente de derecho (característica típica del derecho mercantil desde sus más remotos orígenes), y en particular el influjo de la *lex mercatoria* y el *soft law* en el desarrollo normativo comercial, y la internacionalización de la economía en sus más variadas modalidades, abarcando los procesos de integración económica, los acuerdos de libre comercio y los mecanismos de protección a las inversiones internacionales y de evitar la doble tributación.

En primer lugar, y reiterando el carácter eminentemente consuetudinario del derecho mercantil desde sus orígenes (tan relevante en la estructuración de esa remota *lex mercatoria* medieval), la automatización y reiteración de la actividad comercial dio lugar a la evolución de una nueva *lex mercatoria* más moderna y estructurada, compuesta por un número importante de manifestaciones con notable incidencia desde el siglo XX a la fecha, y cuyos alcances han impactado a las codificaciones mercantiles tradicionales.

La existencia de una especie de derecho transnacional, no derivado de la legislación internacional o nacional, sino basado en las prácticas comerciales de común aceptación entre los comerciantes<sup>31</sup>, ha impactado a las codificaciones nacionales, permitiendo que la costumbre mercantil internacional (reconocida, como ya se reseñó, por el Código como fuente de derecho en ausencia de regulación especial), nutra y complementa la regulación existente sobre la materia.

En términos generales, y sin entrar en detalles propios de un estudio concreto, la nueva *lex mercatoria* se ha entroncado con la normativa mercantil de una manera tan elaborada, que en algunos casos la ha substituido en la práctica, o ha llegado a ser fuente expresa de derecho a través de convenciones internacionales aceptadas y ratificadas por un número significativo de países, que las han incorporado a su legislación interna.

La *lex mercatoria* opera a través de diferentes mecanismos, todos ellos concomitantes, entre los que cabe destacar el uso como ley contractual al ser referida por las partes como ley aplicable a un contrato en particular, su recopilación en regulaciones propias y especializadas, que son objeto de referencia contractual, o de apoyo doctrinal o jurisprudencial a la hora de la solución de controversias (en particular, su incidencia en el arbitramen-

---

<sup>31</sup> Véase, Matthias Herdegen, “Derecho económico internacional”, Biblioteca Jurídica Diké, edición 1998, 52 y ss.



to internacional, tanto comercial como de inversión), la estructuración de codificaciones tipo de carácter internacional, que devienen en regulaciones paraestatales de común aceptación, como finalmente con su codificación en convenciones internacionales de aceptación internacional.

Entre las materias y desarrollos más representativos de esta nueva *lex mercatoria* moderna, y sin pretender hacer una enumeración exhaustiva, quisiera destacar las siguientes:

6.1. Desde comienzos del siglo XX, en particular después de la primera guerra mundial (y con mayor énfasis desde el fin de la segunda guerra, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas y el progresivo desarrollo de un proceso de comercio internacional más avanzado), la comunidad jurídica internacional comenzó a desarrollar estructuras y organizaciones que permitieran sintetizar e incluso recopilar prácticas comerciales internacionales de común aceptación en cada sector económico.

Así como en materia financiera se desarrollaron los acuerdos de Basilea<sup>32</sup>, en materia comercial general, debe destacarse la labor realizada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Unidroit*<sup>33</sup>, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional<sup>34</sup>, CNUDMI, y de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, cuya labor en materia de recopilación de prácticas y usos comerciales, además de su conocido centro de arbitraje internacional, han sido de particular relevancia desde su creación en 1919.

1.1. Son innumerables las manifestaciones que estas entidades han desarrollado a lo largo de este último siglo y que han complementado las codificaciones nacionales, cuando no las han sustituido.

La labor de la CCI y sus recopilaciones abarcan numerosas materias, pero debo destacar por su importancia y completa aceptación a nivel internacional, aquellas relativas a las condiciones de venta, más conocidas como *Incoterms*<sup>35</sup>, así como las relativas a las reglas y usos uniformes en

---

<sup>32</sup> El Comité de Basilea fue creado en 1974 por los gobernadores de los bancos centrales del G-10 y hoy abarca a 27 países, para estructurar normas sobre principios básicos de la actividad bancaria, reglas sobre capital y relación de patrimonio y solvencia, manejo de riesgos y supervisión entre otras materias, que en sus tres acuerdos sirven de base para las reglamentaciones locales.

<sup>33</sup> Creado en 1926 en el marco de la entonces existente Sociedad de Naciones y del que Colombia es miembro desde 1940.

<sup>34</sup> Mejor conocida como *Uncitral*, por sus siglas en inglés

<sup>35</sup> En su versión más reciente de 2020, con una terminología tan universal que ya es parte de la estructura colectiva mercantil, como términos como FOB, FAS, EXW, CIF entre



materia de crédito documentario, destacándose las relativas a cartas de crédito (RUU)<sup>36</sup>, las reglas uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación, compiladas desde 1991<sup>37</sup>, y las prácticas internacionales para cartas *Stand by*, las muy conocidas ISP98, aún vigentes, normas de carácter supranacional que interactúan con la regulación local, ya sea por ser expresamente invocadas por las partes en sus contratos o documentos, como fuente de derecho aplicable, o, en su defecto, como costumbre internacional, cuasi legal, que se usa para su interpretación, análisis, o eventual decisión judicial o arbitral en caso de conflicto<sup>38</sup>.

1.2. Por su parte, la actividad de la Uncitral ha sido de enorme trascendencia en una variada cantidad de materias, entre las que cabe destacar entre otras, la compraventa internacional<sup>39</sup>, comercio electrónico<sup>40</sup>, títulos valores<sup>41</sup>, arbitraje comercial internacional<sup>42</sup>, o la Convención de Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito *Stand by*, de 1995, que han servido de guía, cuando no de norma interna en los más variados ámbitos de la actividad comercial, complementando o modificando la regulación nacional.

6.3. De esa manera, la estructuración y desarrollo de este tipo de regulaciones internacionales, ya sea que se apliquen por referencia expresa de las partes, o que ella resulte del carácter de norma internacional con carácter *sui generis* o aun como costumbre internacional de aplicación análoga o directa como fuente directa de derecho, constituyen un ordena-

---

tantos otros de común aceptación y uso.

<sup>36</sup> En sus diferentes versiones a lo largo de los años, siendo la actualmente vigente la contenida en el Folleto 600 de 2007.

<sup>37</sup> Siendo su versión más reciente al del Folleto 758 de 2010.

<sup>38</sup> Máxime cuando, como ocurre en Colombia con los artículos 3.º y 7.º del Código de Comercio, la costumbre local, así como los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por el país, y la costumbre internacional y los principios de derecho comercial, son fuentes de derecho en ausencia de disposición expresa que regule la materia.

<sup>39</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional, Viena, 1980, tal vez la norma internacional de mayor aceptación a nivel internacional, y que fuera aprobada en Colombia mediante la Ley 518 de 1999.

<sup>40</sup> Ley Modelo de Uncitral sobre Comercio Electrónico y Guía para su incorporación al Derecho Interno, 1996 y modificación del artículo 5.º Bis, aprobado en 1998, cuyos alcances, junto con otras influencias y desarrollos propios, fueron determinantes para la redacción de la Ley 527 de 1999.

<sup>41</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, Nueva York, 1988.

<sup>42</sup> Ley modelo de 1985, con sus modificaciones de 2006, y que es la base del capítulo sobre arbitraje internacional contenido en la Ley 1563 de 2012



miento legal de aplicación cuasi directa como el consenso internacional y especializado en la materia, que sirve de fuente interpretativa en caso de controversias judiciales o arbitrales y, más aún, en ausencia de disposición contractual o legal aplicable<sup>43</sup>.

7. Pero la normativa comercial colombiana, como la de la gran mayoría de países, no solo ha sido ajustada y modificada por el influjo de la *lex mercatoria* internacional en los términos ya descritos, sino también y con creciente importancia, por el efecto de los acuerdos y tratados que, en materia de libre comercio, integración económica y protección a las inversiones extranjeras y a evitar la doble tributación, se han suscrito a lo largo de los años.

Para comienzos de los años 70 del siglo pasado, cuando se expide el Código, si bien países como Colombia y muchos otros de la región, desarrollaban estructuras económicas más orientadas a la sustitución de importaciones y al desarrollo y fomento de industrias nacionales, que a la apertura comercial de mercados externos<sup>44</sup>, ya se realizaban intentos por ampliar los mercados y generar regulaciones de carácter supranacional con obvios alcances en la normativa interna.

Inspirados en el ejemplo de la integración europea, y más allá de su participación en los diversos sistemas existentes en la época de comercio multilateral, incluyendo por supuesto la pertenencia de Colombia a la ONU y a la Organización de Estados Americanos, OEA, con sus organismos y acuerdos derivados<sup>45</sup>, ya para finales de los años 60, Colombia había sido

---

<sup>43</sup> Es la visión moderna sobre la aplicabilidad de la *lex mercatoria*, como criterio legal unificador y que, aún a pesar de no ser expresamente invocada por las partes en los contratos o documentos respectivos, o de no ser expresamente aplicable a un conflicto específico por que el cuerpo legal o la convención específica no lo sea para el caso en concreto, sus alcances han sido aplicados por varios laudos internacionales, como ha ocurrido reiteradamente con la convención de Viena de 1980 en materia de compraventa internacional, laudos 5713 de 1989 de la CCI, o 8502 de esa entidad, o más específicamente, en materia de aplicabilidad de las RUU en cartas de crédito de alcance meramente nacional, solo para citar algunos ejemplos.

<sup>44</sup> Con consecuentes restricciones al comercio internacional, control de cambios y regulaciones de amplia protección a la industria nacional, llegando inclusive a reglas sobre control de nacionales sobre industrias claves como la bancaria, como ocurrió con la nacionalización de la banca mediante la Ley 55 de 1975, muy a la saga de la doctrina propugnada desde los años 40 y 50 y con gran énfasis en la década de los 60 del siglo pasado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de la ONU, la Cepal y las tesis del profesor Raul Prebisch.

<sup>45</sup> Como por ejemplo, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), la Convención para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales de





motor fundamental para la creación del Pacto Andino, como un acuerdo de integración subregional de los países de la región.

Con la suscripción del acuerdo de Cartagena en 1969, se dio inicio a la historia del proceso de integración regional, que impone que las reglas supranacionales que emita la comisión de la hoy redenominada Comunidad Andina tengan aplicación directa y preferente sobre las normas nacionales, con obvia incidencia en temas como comercio internacional, normas de origen, medidas de protección al libre comercio, pero también en materias como doble tributación, comunicaciones o propiedad industrial entre tantos otros<sup>46</sup>.

Para finales de los años ochenta y, en particular, desde la década de los noventa del siglo pasado, Colombia adoptó una política económica de apertura a los mercados internacionales, sin descuidar su producción interna, no solo a través de su continuidad en pertenecer a las estructuras multilaterales de comercio, como la Organización Mundial de Comercio, sino particularmente con modificaciones constitucionales y legales que permitieran el libre comercio, entre las cuales ya reseñamos el estatuto de cambios internacionales y el régimen de inversiones extranjeras, y, además, con la creciente suscripción de tratados internacionales tendientes a fomentar el libre comercio y la integración económica.

Por ende, dichas regulaciones han subsumido y modificado la regulación local en numerosas materias, siendo las más usuales las relativas a protección de inversiones, importación y exportación de bienes y servicios, normas de origen, flujos de divisas y solución de controversias, entre tantas otras, con los más variados alcances según el tipo de tratado en cuestión.

En tal sentido, Colombia ha negociado y suscrito, o está en proceso de negociación, conjunta o separadamente, y para la fecha diecisiete tratados de libre comercio, que incluyen la citada Comunidad Andina de Naciones,

---

1958 —complementadas con las convenciones panamericanas sobre la materia y abarcando a sentencias extranjeras de Panamá de 1975 y de Montevideo de 1979, y la Convención para la solución de controversias sobre inversión entre Estados y ciudadanos de otros estados de Washington de 1965, complementada por la de Seúl de 1985, que darían original a la creación del Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones del Banco Mundial, el CIADI, convenciones ratificadas por Colombia, y en vigencia actualmente—.

<sup>46</sup> La Comunidad Andina hoy la componen Colombia, Ecuador, Perú y, con un régimen especial, Bolivia, con la asociación de Chile y el retiro de Venezuela. Sus órganos incluyen entre otros, además al Tribunal Andino de Justicia y a la Corporación Andina de Fomento, la CAF.



vigente desde 1969 y que vincula a Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia<sup>47</sup>; el tratado con los países de Mercosur, vigente desde 2017; los tratados de libre comercio con los Estados Unidos<sup>48</sup>, países centroamericanos<sup>49</sup>, México<sup>50</sup>, Comunidad del Caribe, Caricom, también vigente desde 1995, Chile<sup>51</sup>, Canadá<sup>52</sup>, la Asociación de Comercio Europea, que incluye países como Luxemburgo, Noruega, Islandia y Suiza<sup>53</sup>, Corea del Sur<sup>54</sup>, Israel<sup>55</sup>, la Unión Europea<sup>56</sup>, Costa Rica, Cuba, Nicaragua y la Alianza del Pacífico<sup>57</sup>, así como negociaciones aún sin terminar con países como Turquía o el Japón.

Asimismo, Colombia ha suscrito tratados para la protección de inversiones o para prevenir la doble tributación o de intercambio de información financiera con países como España, Japón, China, Panamá, Reino Unido, Portugal, la República Checa, Portugal, Suiza, los Estados Unidos, Chile, e India, entre otros estados, que sumados a las regulaciones andinas sobre prevención de la doble tributación y los citados tratados de libre comercio, estructuran regulaciones que optimizan y protegen las inversiones internacionales entre los inversionistas de los países suscriptores, sino también incluyen regulaciones sobre solución de conflictos, particularmente a través de mecanismos arbitrales, que sustituyen y se aplican de manera preferente sobre la regulación local.

Solo por mencionar un ejemplo, el tratado de libre comercio con los Estados Unidos se ocupó de regular las prestaciones derivadas del contrato de agencia mercantil tan relevantes en el Código, para determinar que ciertas reglamentaciones como las derivadas de los artículos 1324 y 1325 no fueran aplicables en los términos del tratado, normas que aún esperan su regulación local.

---

<sup>47</sup> Venezuela abandonó la Comunidad Andina en 2007. En la actualidad existe un tratado bilateral de libre comercio, suscrito en 2011, y vigente desde 2012. De igual manera, con la pertenencia de Venezuela al tratado de libre comercio de Mercosur, algunas materias entre Colombia y Venezuela pueden estar cobijadas por este tratado.

<sup>48</sup> Suscrito en 2006 y vigente desde 2012.

<sup>49</sup> El Salvador, Guatemala y Honduras, vigente desde 2009.

<sup>50</sup> Vigente desde 1995.

<sup>51</sup> Vigente desde 2009

<sup>52</sup> Vigente desde 2011.

<sup>53</sup> En vigencia desde 2011.

<sup>54</sup> Vigente desde 2016.

<sup>55</sup> Vigente desde agosto de 2020

<sup>56</sup> Vigente desde 2016.

<sup>57</sup> Vigente desde 2016.



#### IV. RETOS Y TENDENCIAS FUTURAS

1. Una vez expuesta la evolución de la normativa colombiana en materia comercial durante los últimos cincuenta años, en función de la vigencia del Código y como, a pesar de sus cambios y modificaciones, aún permanece como la base estructural del sistema legal mercantil nacional, es importante plantear de manera esquemática, cuales son los retos y ajustes que deberían considerarse frente al Código de manera que se compagine con la evolución doctrinal y legal sobre la materia, y para que responda de una manera eficaz a la realidad actual del comercio local e internacional.

En concreto, quisiera referirme, en primer lugar, a la eterna controversia sobre la conveniencia de la doble regulación civil y mercantil en materia contractual y la discusión aun no superada sobre el dualismo en torno al derecho privado, la formulación de algunas sugerencias para ajustar el Código en temas puntuales, que incluyen su adaptación a tendencias internacionales que imperan en la regulación comercial, para finalizar con la creciente discusión en torno a la constitucionalización del derecho privado, particularmente por la intervención judicial en controversias privadas efectuando una aplicación directa, muchas veces subjetiva, y en algunos casos caprichosa, de las normas constitucionales, incluyendo normas derivadas de tratados internacionales suscritos por Colombia, en aplicación del denominado “bloque de constitucionalidad”.

En primer lugar, la problemática del dualismo en materia de derecho privado, particularmente en materia contractual (la existencia de regulaciones especiales para la contratación civil y para la comercial), es materia que genera debate y tiene partidarios y detractores en los dos extremos posibles.

Mientras los detractores del dualismo destacan los inconvenientes derivados de la diferenciación entre una operación civil y comercial (es o no acto de comercio objetivo o subjetivo, por ejemplo), y las dificultades de regulaciones simultáneas no son siempre concordantes, los partidarios simplemente señalan que la realidad comercial es una diferenciable de la civil, y que, por ende, debe primar el concepto de especialidad sobre el de la generalidad normativa.

La realidad es que son los dos sistemas que operan con mayor o menor éxito en numerosas jurisdicciones, y no se ha encontrado una fórmula única, como tampoco un consenso doctrinal en uno u otro sentido. Si bien, los sistemas jurídicos del *common law* apuntan en la dirección monista, lo cierto es que tienen regulaciones comerciales especiales, así como reglas



civiles para ciertas materias, con lo cual la realidad de un único estatuto de derecho privado no pasa de ser una simple apreciación básica<sup>58</sup>.

Algunas legislaciones europeas, como la suiza o la italiana, o latinoamericanas como la peruana o paraguaya<sup>59</sup>, que han unificado sus regulaciones civiles y comerciales en un solo estatuto, mantienen, sin embargo, normas especiales para ciertas materias especialmente mercantiles, mientras que legislaciones como la francesa y española, o la colombiana, siguen la estructura de un código civil paralelo a uno comercial. Por ende, no existe unanimidad en torno a las bondades de una u otra fórmula, y cada país ha ensayado con mayor o menor éxito cada posibilidad, con lo cual no puede afirmarse que la unificación del derecho privado sea ni la regla general, ni mucho menos la solución más eficiente o deseable.

Más aún, como en el caso del artículo 822 del Código, la aplicación directa de la normativa civil en materia mercantil (ciertamente no limitada a principios generales, como se ha querido limitar, sino a la reglamentación total en tales temas en ausencia de norma expresa comercial), ha permitido suplir los vacíos legales existentes, mientras que los conflictos por doble regulación han sido relativamente pocos<sup>60</sup>, en los cuales de manera doctrinaria o jurisprudencial se han podido llegar a criterios más o menos unificados, persistiendo aun temas por armonizar como el de la sanción al negocio jurídico, más robusto y moderno en el Código que en el Código Civil, por obvias razones de época de expedición, pero no del todo perfecto en su estructuración por el Código.

Por ello, sin dejar de tener en cuenta que el peso de un código civil con casi 150 años de vigencia<sup>61</sup> y la del Código —50 años— genera no solo una tradición normativa estable y consolidada, sino también una jurisprudencia y doctrina clara y decantada, en casos como el colombiano, la idea de

---

<sup>58</sup> Lo anterior, sin considerar —como es el caso colombiano—, de las regulaciones adicionales con alcances imperativos en algunos casos, de las normas sobre contratación administrativa, que generan una triple regulación cuando se trata de contratos estatales.

<sup>59</sup> Código Civil peruano de 1984, Código Civil paraguayo de 1985, así como la experiencia brasilera con su código de 2002, o las actualizaciones al código civil argentino en 2014, que mantiene en todo caso, la estructura dualista civil y mercantil.

<sup>60</sup> Temas como la promesa civil solemne y la mercantil consensual, las diferencias entre la compraventa civil y la mercantil, el mutuo y la regulación de intereses, lo a escasa regulación comercial sobre la cláusula penal en materia civil, que requiere ser complementada por la norma tradicional civil, solo para citar algunos ejemplos.

<sup>61</sup> El Código Civil de los Estados Unidos de Colombia, adoptado por la Ley 84 de 1873, cobró vigencia nacional mediante la Ley 57 de 1887.



unificar el derecho privado no ha tenido gran acogida, máxime cuando los intentos que se han realizado no han contado ni con las bases jurídicas adecuadas, ni con un consenso previo de la comunidad jurídica sobre su conveniencia, alcances, y, más importante aún, sobre su estructura jurídico-ideológica, que motive y explique su contenido.

En efecto, el primer intento de unificación de la legislación comercial y mercantil se originó en 1980, a instancias del profesor Álvaro Valencia Zea, a través de una comisión integrada para el efecto, y que produjo un proyecto de Código de Derecho Privado, que buscaba integrar en uno solo el Código Civil y de Comercio.

Dicho proyecto más que una actualización de las dos ramas del derecho, muy necesaria para la época en particular en materias de derecho de familia (filiación, matrimonio, derechos sucesorales, etc., que se abocarían mediante modificaciones legales específicas), era un compendio de la legislación existente con la ventaja de eliminar regulaciones duplicadas, pero sin abordar de fondo la problemática planteada. Por ello, no tuvo mayor aceptación y derivó en un proyecto de modificación del Código Civil, el llamado proyecto de 1985, el cual no solo no solucionaba la dinámica del dualismo legislativo, sino desarrollaba un esquema jurídico con enormes dificultades, lo que supuso que no tuviera acogida alguna.

Esta disyuntiva se ha despertado nuevamente en estos meses de pandemia sanitaria, a raíz de un nuevo proyecto de modificación del Código Civil, inspirado en el de 1985, y de autoría de profesores de la Universidad Nacional, presentado a finales de 2020.

Este nuevo proyecto ha suscitado un significativo debate doctrinal y no pocos seminarios y conferencias, y, en líneas generales, ha predominado su rechazo no solo por las deficiencias estructurales que plantea (entre ellas, una marcada tendencia ideológico-jurídica que permite, con criterios muy subjetivos, que el juez resuelva controversias que hoy en día no tienen discusión alguna, además de constitucionalizar el derecho privado con alcances poco deseables), sino porque no soluciona problema alguno, dejando la dualidad regulatoria, civil y comercial, viva y eliminando de tajo 150 años de tradición jurídica civilista por una propuesta normativa que no es clara ni moderna y que genera más inconvenientes que ventajas, lo cual permite concluir que este proyecto no tendrá mayor acogida y terminará como otro antecedente más en la historia jurídica colombiana.

Lo anterior me lleva a concluir este planteamiento en el sentido de que, por el momento, Colombia mantendrá la dualidad regulatoria en materia de derecho privado, ya que no se ve la necesidad de una reforma integral



y unificadora de los códigos civiles y comerciales (de por sí, de difícil integración y que siempre mantienen regulaciones adicionales para temas especializados), que solo podría darse mediante un proceso de redacción y socialización previa que genere un gran consenso sobre sus ventajas, pero que además mantenga y modernice el sistema político y jurídico de corte democrático que ha regido a Colombia durante su vida republicana.

Por ello, más que nuevos códigos o códigos unificados (cuyos alcances, pueden ser estudiados), lo que se requiere son reformas y ajustes puntuales, tal y como se han efectuado tanto a la legislación civil, como a la comercial a lo largo de los años, y como tuve ocasión de analizar en capítulo anterior en materia de los ajustes legales al Código durante los últimos cincuenta años.

1. El análisis anterior nos lleva a plantear, a la luz de la situación actual, cuáles serían las temáticas que la legislación comercial nacional debe abocar, partiendo no solo de la realidad actual, sino también de la previsible futura, y de los cambios en la tendencia regulatoria y práctica en la materia a nivel internacional, no tanto en temas puntuales como en tendencias estructurales legales.

En primer lugar, una de las grandes críticas recientes tanto a la regulación civil como a la comercial, es la de su evidente formalismo, por supuesto heredado de una tradición legal centenaria, y que se concreta no solo en la exigencia de requisitos y formalidades para la existencia o validez de ciertos actos jurídicos, sino también en la, en ocasiones, excesiva regulación o la existencia de normativa con alcances de norma imperativa, y, en no pocas ocasiones, con alcance de orden público nacional para efectos sancionatorios.

A este respecto, debe anotarse que este formalismo ha ido reduciéndose con el tiempo, a raíz de ajustes normativos y de un cambio tecnológico que ha impactado la vida legal sin duda alguna. La existencia de documentos electrónicos en lugar de los escritos con plenos y similares efectos legales, la validez de todas las formas, tecnológicamente aceptables, de mensajes o transmisión de datos, incluyendo la celebración de reuniones de órganos societarios o corporativos, la progresiva tendencia a reducir o simplificar trámites y requisitos formales, el acceso y desarrollo de trámites públicos o privados (incluyendo procesos judiciales y arbitrales), a través de procedimientos electrónicos, entre muchos otros, son manifestaciones claras de esta evolución y reducción de esta tendencia formalista en el ámbito regulatorio.

No obstante esta realidad, es indudable que la estructura básica comercial es, en cierta medida, aún formalista y, por ende, más costosa en tér-



minos de productividad comercial. Si bien, la exigencia de formalidades (documento escrito, su inscripción en registros públicos, o cualesquiera otras), pueden ser aconsejables en muchos supuestos concretos, no es menos cierto que la necesidad de revisar sus alcances, de manera técnica y sosegada, es una necesidad imperiosa, máxime en un mundo globalizado y cada vez más competitivo, en el cual muchas de estas formalidades no existen, o se han eliminado de manera significativa.

Razonamiento similar debe plantearse en materia de la existencia de normas imperativas de derecho, con alcances obligatorios y no supletivos, que deberían reducirse a temas esenciales y básicos, dejando a las partes la libertad contractual necesaria (que si bien es principio básico del derecho occidental a través del principio de la autonomía de la voluntad)<sup>62</sup>, para desarrollar su actividad mercantil sin un marco demasiado restrictivo<sup>63</sup>, por supuesto con las salvaguardias en materia de interés social, bien común y demás derechos tutelables por una normativa estructurada.

En tal orden de ideas, y simplemente como un planteamiento inicial en este sentido, creo que en Colombia debemos empezar a analizar la necesidad de mantener y, si es del caso, racionalizar, reducir o eliminar varias figuras que hacen parte de nuestro imaginario legal, pero que resultan hoy en día poco razonables, o costosas, y que pueden al menos dimensionarse de una manera más racional.

Quiero referirme de momento a dos figuras muy arraigadas en nuestra práctica legal. La primera, la escritura pública notarial; y la segunda, la inscripción de documentos en registros públicos.

La escritura pública con toda la carga de solemnidad, seguridad sin duda, pero también de costos (ya logrando ser un documento electrónico, pero aún sin rebaja de costos), con la visación de fe pública dada por un notario público, es una práctica muy tradicional en Colombia, y requisito necesario para la existencia y validez de varios actos, entre ellos los constitutivos o translaticios de propiedad o de gravámenes sobre bienes inmue-

---

<sup>62</sup> Por supuesto consagrada en el artículo 1603 del Código Civil, o el 864 del Código, y más allá de la norma constitucional sobre libre desarrollo de la personalidad, artículo 16, o sobre libre actividad económica e iniciativa privada, artículo 333, por supuesto supeditadas al bien común.

<sup>63</sup> Que debería ser, por ende, y como ocurre con varias regulaciones existentes, meramente supletiva en ausencia de regulación contractual expresa. De allí, que las reglas imperativas deberían ser menos frecuentes y reservadas a materias de notoria incidencia o interés público, como la protección al consumidor, a la persona incapaz o a los intereses públicos y colectivos.



bles, o algunos muebles con naves y aeronaves, además, para la constitución y reformas estatutarias de sociedades (excluyendo por ejemplo a las por acciones simplificadas), además de su posterior registro en la oficina de registro de instrumentos públicos respectivas, en materia de inmuebles, o que lleva la Aeronáutica Civil o la Dimar, en materia aérea o naval, o ante las cámaras de comercio en materia societaria.

Lo anterior, además del registro y renovación anual de la calidad de comerciante o de la matrícula mercantil de las sociedades ante las cámaras de comercio.

En materia de escrituras públicas, y más allá de los efectos tributarios respectivos, habría que preguntarse si es realmente necesario hoy en día en un mundo abierto, computarizado y digital, solo porque el bien en cuestión sea inmueble, que su transferencia, constitución (por ejemplo, una fiducia sobre inmuebles), o gravamen requiera una escritura pública, para dar paso a un simple documento escrito, que luego sea inscrito (previa verificación sobre identidad de los suscriptores y demás reglas para evitar suplantaciones y falsedades), en un registro público ya existente, lo que abarataría costos (casi un 1 % del valor de la transacción), y limitaría la necesidad de trámites notariales. O, al menos, pensar en una racionalización y reducción de estos costos, como alternativa futura.

Este esquema ha sido ensayado con éxito con las sociedades por acciones simplificadas, y con la conversión de sociedades de otros tipos en una por acciones simplificadas, a través de documentos privados notarizados<sup>64</sup>, lo que ha generado no solo una reducción de costos, sino una masiva popularización de esta figura, más fácil y accesible y más flexible para sus ajustes y reformas. Sin ir más lejos, es el esquema de muchos sistemas legales internacionales, como el norteamericano, y, en mi opinión, es un paso, de muchos otros, que deberán analizarse hacia futuro para actualizar el derecho privado nacional. Por supuesto, un cambio de estas dimensiones, más allá de la reducción de costos, supondría una modificación esencial en materia de requisitos para la existencia y validez de estos actos jurídicos, así como en materia de sanciones (inexistencia, nulidad, ineficacia, etc.), por su inobservancia, sin duda de enorme trascendencia para el avance en la estructura jurídica nacional.

---

<sup>64</sup> Que se han concretado de manera oficial con la expedición de la Resolución 11 de enero 4 de 2021 de la Superintendencia de Notariado y Registro, brindando un marco regulatorio para la estructuración de actos notariales electrónicos, como la escritura pública, y la posibilidad de realizar las actuaciones asociadas de manera remota a través de instrumentos de firma digital y electrónica.





De otra parte, los registros de actos, hechos o calidades (matrícula mercantil, registro de proponentes para contratación estatal, entre otros muchos), han cumplido un papel importante en la vida jurídica colombiana, y garantizan publicidad e información oportuna y veraz sobre los hechos sometidos a su campo de acción. Sin perjuicio de ello, es importante en términos de competitividad y de política regulatoria empezar a debatir no sobre un desmonte de estos registros que han demostrado su utilidad, ni sobre su tecnificación que se ha hecho para procesarlos de manera electrónica, sino sobre su costo y razonabilidad como requisito esencial para el perfeccionamiento del acto jurídico en cuestión.

Entendiendo las implicaciones fiscales y parafiscales de muchos derechos de registro (por ejemplo, el de beneficencia y registro en materia de inmuebles, ¿es razonable hoy en día pagar una tasa cercana al 1.5 % por tales derechos?), se justifica la actualización de la matrícula mercantil cada año, con costos y sanciones de no realizarse, por lo que resulta necesario empezar a analizar sobre reducción y racionalización de los costos asociados a estos. Ciertamente, nuestro país no podrá ganar mayor competitividad sino en la medida en que continúe realizando esfuerzos, que ha hecho y con éxito, por reducir y eliminar trámites innecesarios, pero debe empezar a debatir si ciertas estructuras legales, como las enunciadas, resultan adecuadas y sostenibles en la realidad que hoy vivimos. Tan solo pretendo llamar la atención sobre estas problemáticas, para comenzar su análisis y plantear la necesidad de revisar esta realidad.

2. De otra parte, y aun cuando existen muchas temáticas que pueden y deben actualizarse, o aquellas que surjan de la evolución futura de la práctica comercial, el Código ha demostrado que puede ser modificado o ajustado sin perder su estructura básica y sus ventajas, pero también que, como todo cuerpo legal, debe armonizarse a las nuevas realidades y necesidades jurídicas.

Como se analizó, gran parte de su estructura original ha sido sustituida o ajustada durante estos cincuenta años, normativa que ha entrado a ser parte del esquema normativo, pero, a su vez, otra parte importante (libro primero, normas sobre títulos valores, sociedades con ajustes significativos ya reseñados, normas contractuales y de transporte aéreo y marítimo), mantiene su vigencia básica, con lo cual vale la pena formular algunos comentarios sobre aquellos temas básicos que podrían ser objeto de ajuste en los próximos años, y que me permito esbozar de la siguiente manera:

2.1. Como tema arquetípico, un ajuste legal debería apuntar a eliminar y unificar las regulaciones duplicadas, civiles y mercantiles, para generar



una normativa conjunta, técnica y más moderna, evitando la dualidad entre la operación civil y comercial, no siempre afortunada.

Por ejemplo, normas sobre contrato de promesa, cláusula penal, mutuo, intereses, hipoteca o arrendamiento, podrían unificarse en un solo estatuto legal, para que aquellas con escasa y no siempre afortunada regulación comercial (promesa, o cláusula penal), tengan un tratamiento uniforme y eviten interpretaciones jurídicas o jurisprudenciales variables. Qué sentido tiene, por ejemplo, el artículo 861 del Código en materia de promesa, para discutir si la promesa de contrato mercantil es consensual y no solemne, como ocurre con la civil en los términos del artículo 1611 del Código Civil, o el 867 del Código sobre cláusula penal, que poco aporta a la regulación civil sobre la materia y solo genera dudas sobre cuál es el monto que puede imponerse en una operación comercial.

En este mismo sentido, esta modificación regulatoria es significativa en contratos básicos como la compraventa, tal vez el más relevante en cuanto a la dualidad normativa, y que presenta diferencias básicas entre la aproximación civil y la mercantil.

Pero más allá de la unificación, se impone, además si se aboca esta modificación, una actualización con criterios comerciales modernos, por ejemplo para aproximar la regulación local sobre compraventa a la convención ya vigente de 1980 sobre compraventa internacional, o para analizar temáticas modernas en temas como cláusula penal como la posibilidad de su reducción o ajuste por vía judicial en casos de montos excesivos, como una especie de lesión enorme, o la necesidad de evitar una regulación desigual en materia de intereses, si la operación es civil o mercantil, así como pensar en esquemas más modernos sobre causación y cobro de intereses, tanto remuneratorios como moratorios.

2.2. En segundo lugar, una modificación al Código, y en concordancia al Código Civil, deberá centrarse en armonizar y actualizar instituciones que han evolucionado en el derecho moderno y que pueden ser ajustadas. Temas como la fuerza mayor o la imprevisión, regidas por estructuras legales en algunos casos centenarias (la Ley 95 de 1890, o el artículo 868 del Código sobre imprevisión), con gran desarrollo jurisprudencial pueden ser actualizadas con base en criterios más actuales, como el *hardship* o la figura del mantenimiento de la ecuación contractual tan relevante en materia de contratación estatal.

Y, ciertamente, la posibilidad de acompasar reglas reiteradas de carácter imperativo, con efectos legales específicos, deberían actualizarse para estar a tono con las tendencias actuales. Me centro, solo a título de ejemplo, en



el artículo 869 del Código y sus manifestaciones, como el 1328 sobre agencia mercantil, que establece la obligatoria aplicación de la ley colombiana sobre contratos cuyos efectos se ejecuten en Colombia, así tengan alcances internacionales, norma que ha generado todo tipo de efectos desde si es norma de orden público para efectos del *exequatur* de una sentencia extranjera, hasta si supone la nulidad absoluta de una estipulación contractual que la desconozca.

Este tipo de normas que puede ser relevante y deseable frente a casos concretos y que, obviamente, es evidente en su alcance frente a contratos nacionales, no puede ser hoy en día el referente para una contratación internacional, en la que la libertad contractual para elegir la ley aplicable y el tipo de mecanismo de resolución de conflictos es la norma y el criterio internacional prevalente.

Si bien, el legislador puede establecer excepciones por diversas razones de política pública, y prever sanciones si la estipulación resulta abiertamente abusiva o en ejercicio de actividades de posición dominante, el criterio debe ser el opuesto al actual y no solo aplicable cuando se haya escogido el arbitramento internacional como mecanismo de resolución de conflictos, tal y como la jurisprudencia nacional más reciente lo ha reconocido.

2.3. De otra parte, otros contratos, como el crédito documentario, el depósito dinerario, o las regulaciones sobre transporte aéreo y marítimo, planteadas desde 1971 y no siempre de manera afortunada, podrían ajustarse a tendencias modernas, en particular para deferir a las estipulaciones contractuales o a los instrumentos regulatorios especializados los aspectos puntuales regulatorios, para plantear reglas básicas y estructurales.

En este mismo sentido, valdría la pena considerar una regulación legal, moderna y armónica, de aquellas figuras típicas pero con escasa regulación comercial (por ejemplo, el contrato de leasing con una regulación tributaria que ha subsumido, no siempre para bien, las reglas comerciales), o sin regulación legal pero de significativa utilización práctica, como por ejemplo la franquicia, la maquila, o el *branding*, tan usado por ejemplo por la industria de hidrocarburos con las estaciones de servicio y que se enmascaran con otras figuras legales como el suministro, contratos de operación y de arrendamiento de inmuebles.

2.4. Una materia que requiere una solución legal clara es la relativa a los contratos para la distribución de bienes y servicios, de manera que existan reglas claras para cada figura. Suministro, agencia mercantil, hoy regulados con graves dificultades con la agencia, concesión mercantil, distribución que no lo están, deberían articularse para operar que tipo contractual



tenga su ámbito de acción, así como para dar una solución legal definitiva a las tradicionales problemáticas derivadas de las prestaciones consagradas por el artículo 1324 del Código, del concepto de justa causa para terminar el contrato, y del citado artículo 1328, para que la agencia mercantil tenga un norte seguro y evite los cuarenta años de jurisprudencia y doctrina que permita determinar si la primera prestación del artículo 1324 es o no renunciante, es o no de orden público, solo para enunciar esta controversia<sup>65</sup>.

2.5. De igual manera, y solo como un planteamiento de la materia que tiene enormes aristas, hay que mencionar la necesidad de regular, de una manera eficiente y propositiva sin acudir a esquemas tradicionales, todas las formas de desarrollo y contratación comercial que han surgido (y, de seguro, surgirán en el futuro), como consecuencia del avance tecnológico y digital.

Las nuevas formas de realización de negocios digitales, la estructuración de financiación en línea, la prestación de servicios, o la adquisición de bienes por conducto de plataformas digitales, la comercialización de productos y servicios en línea, hasta la misma prestación de servicios públicos, como la telefonía o el envío de mensaje de datos, a través de aplicaciones, generan, entre muchos otros, desafíos y cambios en la legislación existente y, en no pocas ocasiones, desafíos frente a actores económicos que ven amenazadas su operaciones.

Negocios que hoy operan sin dificultad como los depósitos digitales de documentos, o los digitales de datos en la nube, van aparejados a negocios ya consolidados que han supuesto una ruptura con esquemas económicos y jurídicos tradicionales, y que se han impuesto más por una dinámica económica, que por un entorno regulatorio adecuado.

La prestación de servicios de transporte individual, como Uber o similares, o de alojamiento como Airbnb, solo para mencionar los casos más representativos, imponen enormes desafíos para países como Colombia que enfrentan de una parte a actores tradicionales como el sector taxista o el hotelero, que alegan una competencia desleal cuando no una patente ilegalidad, con una ausencia regulatoria, o una normativa planteada sobre

---

<sup>65</sup> Que pasa por una jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia desde diciembre de 1980, que la define como de orden público e irrenunciable por estipulación previa, hasta una decisión solitaria de 2011 que propugnó sobre su carácter renunciable.



bases que ya no son actuales ni se adaptan a las necesidades del comercio moderno.

Por ello, un gran reto regulatorio para Colombia, que ya han realizado otros países, es lograr una armonización adecuada que permita que el esquema tradicional siga operando en condiciones justas, mejorando un servicio y haciéndolo más eficiente y económico, y, a su vez, permitiendo que estos nuevos esquemas legales (que deben responder a estructuras novedosas y no a la adaptación de las existentes, por ejemplo para entender que Uber no presta un servicio de transporte como tal, sino una modalidad diferente de interrelación entre el transportador y el usuario, garantizando seguridad, confiabilidad y respeto de normas laborales), operen de manera lícita y regulada, adaptándose a una realidad novedosa que surge de estas nuevas tecnologías.

En ese mismo orden de ideas, la pandemia sanitaria nos ha recordado y evidenciado que la tecnología y las comunicaciones remotas han impactado y lo seguirán haciendo, al derecho comercial de maneras no pensadas, no solo por el simple hecho de la comunicación a distancia y sus implicaciones en seguridad y realización de actividades, audiencias, reuniones de organismos societarios en línea, sino en la misma dinámica y contenido de las instituciones jurídicas ya existentes.

En tal sentido, instituciones tan tradicionales como la fuerza mayor han sido reenfocadas para incorporar a una pandemia sanitaria de las proporciones de la actual, en temas como causales de incumplimiento (declaraciones y garantías), en contratos de empréstito, o de suministro a largo plazo, oportunidad de presentación de documentos (por ejemplo, una carta de crédito *stand by* ante el cierre obligado de establecimientos bancarios, para permitir el envío de estos mediante mensaje de datos), fechas de vencimientos de términos judiciales, necesidad de una justicia digital y no documental, procedimientos de insolvencia expeditos y de emergencia, líneas de crédito y garantías diferenciales, banca enteramente digital, entre tantas materias, que nos llevarán a replantear el alcance de varias figuras jurídicas ante un nuevo hecho de fuerza mayor o caso fortuito.

De igual manera, este avance tecnológico y las circunstancias sanitarias han replanteado mecanismos escolares y académicos, y han resaltado la importancia del acceso a la comunicación, incluido el internet y el envío de datos, como un *derecho* de carácter esencial cuya protección y regulación entran a ser parte de los objetivos comunitarios de una sociedad moderna y organizada. Fenómenos que impactarán a la regulación comercial en los años venideros y que imponen a los abogados una ma-



nera más proactiva de enfocar la regulación futura, siempre en constante evolución.

3. De otra parte, otra gran complejidad del derecho comercial moderno y de la cual nuestro país no ha escapado, es la relativa a la creciente influencia de la aplicación directa, particularmente por vía judicial, del derecho constitucional en las actividades cotidianas, de todo tipo, a los actores privados de derecho.

En este sentido, cualquier constitución nacional, así como los tratados internacionales debidamente incorporados a la legislación interna, constituyen norma de mayor jerarquía, sin perjuicio que toda la regulación legal y administrativa resultante es una emanación derivada de estas, ya que tienen su origen en la estructura constitucional básica. Por ende, al legislar, cualquier parlamento desarrolla la constitución, sin tener que entender que para aplicar la constitución sea necesaria una interpretación o aplicación directa por vía judicial.

Por ende, y como criterio básico, la interpretación del alcance constitucional de las normas debe estar reservada a aquellas altas cortes que tengan idoneidad y competencia para fijar los alcances, declarar la inconstitucionalidad de las normas, y establecer los derroteros jurídicos de la regulación nacional (o supranacional con cortes supranacionales), respetando las competencias de las demás ramas del poder público, ya sea legislativa o ejecutiva.

Y los procedimientos para el efecto son de variado orden, con claros alcances constitucionales y legales, desde el juicio constitucional de normas con alcance legal (en manos de la Corte Constitucional desde 1991), o de aquellas sin alcance legal (en manos de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo según el orden nacional o local respectivo), pasando por expresos esquemas legales diseñados para la protección de intereses colectivos que el constituyente quiso preservar de manera especial<sup>66</sup>, a cargo de la jurisdicción ordinaria o la contencioso-administrativa según los actores involucrados, hasta procesos tradicionales de revisión legal de actos particulares como el trámite de *exequatur* de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, o el recurso de anulación de laudos arbitrales.

---

<sup>66</sup> Es el caso de las acciones populares y las de grupo, que buscan la protección de derechos o intereses colectivos, o la indemnización colectiva de personas afectadas por perjuicios derivados de una misma causa, consagradas en el artículo 88 de la Constitución y regladas por la Ley 472 de 1998.



Sobre estos hay estructuras constitucionales y legales claras, con reglamentación precisa, que, no obstante, han sufrido ajustes por vía meramente jurisprudencial y que, en algunos casos han desdibujado sus alcances, al olvidar el texto legal o constitucional existente, creando una especie de cuasiderecho de estirpe jurisprudencial, que, por obvias razones, impone obligaciones y precedentes. Solo a título de ejemplo, puede pensarse en reiteradas jurisprudencias de la Corte Constitucional colombiana, que se aceptan como tesis concluyentes, que han impuesto visiones diferentes al mismo texto constitucional, como la que ante actos legislativos<sup>67</sup> que, según la Constitución, debe limitarse a temas meramente formales, la realidad es que el control de constitucionalidad abarca no solo temas de forma, sino la conformidad de dicho acto legislativo con la Constitución, para señalar, por ejemplo, que si la reforma constitucional supone una sustitución de la constitución (criterio que la propia Corte determina), esta no puede adoptarse por vía legislativa, sino solo a través de asambleas constituyentes, o el control de constitucionalidad especial, avalado por la Corte Constitucional, de las reformas constitucionales<sup>68</sup> referentes a la implementación del acuerdo final para la terminación del conflicto, que ha supuesto una visión jurisprudencial sobre la realidad del texto constitucional vigente.

Es, igualmente, el caso de la variada jurisprudencia del Consejo de Estado, como máxima corte en la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando ante la expresa disposición legal en la Ley 427 de 1998 y en la propia Ley 1437 de 2011 que impide anular en ejercicio de acciones populares contratos estatales, ha procedido a decretar tales nulidades con base en razones de moralidad y violación de reglas de contratación.

Este planteamiento, muy general, nos permite enunciar la problemática, muy acentuada en Colombia desde la expedición de la Constitución vigente de 1991, en materia de la creciente intervención judicial, aplicando por vía jurisprudencial y de manera directa, la Constitución aun apartándose del texto constitucional o legal expreso. La constante volatilidad jurisprudencial, los cambios de criterio en la jurisprudencia, no siempre constantes o uniformes, así como la posibilidad de nuevas y futuras interpretaciones, son materia de la evolución del derecho constitucional con gran incidencia en el derecho privado, y que se ha basado en la idea de una amplia libertad de interpretación y de construcción de derecho del juez constitucional en aras de proteger los intereses colectivos, la posibilidad de emitir fallos que desarrollen la Constitución en no pocos casos,

---

<sup>67</sup> Artículos 375 y 379 de la Constitución.

<sup>68</sup> Acto Legislativo 1 de 2016.



con base en criterios o interpretaciones subjetivas, ciertamente discutibles y debatibles.

Tal realidad que tan solo enuncio y de la que destaco evidentes avances en la protección de derechos sociales de significativo calado colectivo (protección de minorías, personas en situación de indefensión, bienes públicos y culturales, etc.), también ha generado decisiones que imponen obligaciones económicas, o acciones puntuales del Estado o los particulares, varias veces asumiendo competencias que se pensarían no son judiciales, y con efectos legales complejos aun en términos de inseguridad jurídica.

Esta dinámica es, particularmente, notoria con el desarrollo de la figura de la tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución nacional, por la cual cualquier juez debe proteger un derecho constitucional fundamental que resulte o pueda ser amenazado por acción u omisión de una autoridad pública.

El desarrollo de la tutela, de por sí un tema susceptible de un análisis más detallado y ajeno a esta ponencia, ha supuesto no solo el control de actividades de entidades públicas, sino también de privadas, e, incluso y después de un amplio debate, de decisiones judiciales inclusive de altas cortes. Bajo los criterios de subsidiariedad, inmediatez, existencia de un derecho fundamental violado o amenazado, o de una vía o violación de hecho evidente y notoria en materia de decisiones judiciales previo uso de los medios legales para impugnar la decisión, entre muchos otros desarrollos jurisprudenciales, se ha decantado una acción de rápida decisión (diez días hábiles), con un procedimiento expedito de impugnación y con una corte de cierre, la Constitucional, que determina a su criterio cualquier materia que estime de interés colectivo, y con efectos inmediatos que ha generado muy importantes avances, pero también decisiones subjetivas, controversiales y con gran contenido ideológico que han causado inseguridad y preocupación.

A las dificultades que ha creado la tutela contra las decisiones judiciales, muchas veces usada como una manera de impugnar providencias finales y ejecutoriadas que han surtido varias instancias (más allá de casos puntuales, en los que, ciertamente, ha habido una evidente violación al debido proceso, o al derecho a la defensa, ante decisiones judiciales carentes de motivación, o en franca contravía de la legislación existente), ha visto Colombia decisiones judiciales amparadas en la tutela, en las que un juez decide sobre temas propios de otras ramas del poder público, ordenando gastos, o fijando criterios de política pública, en los más variados ámbitos de la actividad privada y pública.





Solo para mencionar un ejemplo reciente, mediante tutela (que está consagrada para proteger intereses individuales y no colectivos), un juez ordenó al Gobierno nacional en diciembre de 2020 modificar su regulación sanitaria para exigir a viajeros provenientes del exterior la práctica previa de un examen PCR de covid-19 con resultado negativo y un aislamiento posterior a su llegada, frente a una regulación previa gubernamental que no exigía tales requisitos.

Más allá de la argumentación de soporte o de la opinión personal sobre un fallo de esta naturaleza (que, finalmente y después de un amplio manejo, derivó en una modulación para determinar que tal prueba no era obligatoria y podría realizarse en Colombia a la llegada), este tipo de decisiones ponen de presente el enorme influjo del juez de tutela, pero también la necesaria discusión que debe darse sobre los alcances de esta figura frente a las facultades de un juez, las competencias de otras ramas del poder público, y el orden legal existente.

Más que una eliminación de la tutela, ciertamente inaceptable, o la fijación de criterios jurisprudenciales que ya existen, pero muchas veces tienen un amplio margen de interpretación, lo que se impone es la necesidad de una unificación de criterios, de forzoso cumplimiento por todos los jueces, que fijen reglas, parámetros y, eventuales, límites y controles a lo que puede ser decidido en tutela. Ya sea, a través de una reglamentación legal, o una sentencia de unificación de la Corte Constitucional de obligatoria referencia, que perdure y solo sea revisable por esa misma corporación, se logrará darle unos derroteros claros a la figura y se evitarán decisiones contradictorias y subjetivas, en desmedro de la seguridad jurídica tan deseable.

Estos comentarios, muy breves, solo plantean una temática de derecho contemporáneo, que incide de manera directa en el desarrollo del derecho privado. El activismo judicial, como teoría jurídica, a través del uso de las facultades de interpretación de la Constitución, ha generado, en algunos casos, una evolución en que tal facultad supone también la de aplicar directamente la Constitución a casos concretos, con base en criterios subjetivos y no siempre técnicos, aun existiendo normativa expresa que regule la materia. Esta problemática es, aún, un capítulo abierto de una mayor controversia, cual es el papel del juez constitucional como guardián supremo de la Constitución, pero cuyos desarrollos están marcando, con cada mayor incidencia, las relaciones propias del derecho privado, y en lo que nos atañe, las mercantiles. Sea, pues, esta una invitación para continuar analizando, con detalle, las alternativas y escenarios para lograr un adecuado equilibrio entre la protección constitucional de los derechos



colectivos, con la seguridad jurídica que requiere el desarrollo de las relaciones socio-económicas de derecho privado, que no pueden estar sujetas a interpretaciones meramente subjetivas y cambiantes.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aldana G. Carlos Andrés, “La evolución del Derecho Comercial ante la Unificación del Derecho Privado: Reflexiones desde una Colombia Globalizada”. *Revista de Derecho Privado* n.º 38 de la Universidad de los Andes.
- Herdegen, Matthias, *Derecho económico internacional*, Biblioteca Jurídica Diké, edición 1998.
- Leysser L. León, “Estudios sobre el contrato en general, por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)”, Obra colectiva seleccionada por Leysser L. León. Ara Editores, 2003.



# LA ‘MATERIA’ DEL CÓDIGO DE COMERCIO

JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

Dijo Vivante que “[e]l derecho mercantil es aquella parte del derecho privado que tiene por objeto principal regular las relaciones jurídicas que dimanen del ejercicio del comercio”<sup>2</sup>. A su vez, hace algunos años, la Sala Civil de la Corte Suprema destacó “que al igual que ocurre con el Derecho Civil, el Derecho Mercantil se ocupa de regular relaciones privadas” precisando que se ocupaba solo de “aquellas que de acuerdo con el ordenamiento positivo constituyen la que acostumbra a denominarse “materia comercial”<sup>3</sup>. Acerca del *comercio* y de la *mercantilidad* se ha escrito mucho<sup>4</sup>. Ello ha incluido diversas reflexiones sobre la necesidad o las posibilidades de distinguir entre la materia comercial y la civil<sup>5</sup>, entre los actos de comercio y aquellos que no lo son. Las discusiones son agudas.

---

<sup>1</sup> Abogado Egresado de la Universidad de Caldas. Especialista en derecho Comercial y Contractual de la Universidad del Rosario. Magíster en derecho de la Universidad de los Andes. Profesor de derecho comercial en la Universidad del Rosario y de juez e interpretación constitucional de la Universidad de los Andes. Autor del libro *La Constitucionalización del derecho privado: la verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. En la actualidad se desempeña como magistrado auxiliar de la Corte Constitucional.

<sup>2</sup> Vivante, César. *Derecho mercantil*, Madrid: La España Moderna, 2002, 19.

<sup>3</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 7 de febrero de 1996, expediente 4602.

<sup>4</sup> A pesar de las diferencias que pueden identificarse, por economía del lenguaje en este escrito se utilizan como intercambiables las expresiones “materia comercial” y “materia mercantil”.

<sup>5</sup> Ha explicado Gilberto Peña Castrillón que la unificación del derecho privado ha sido un tema recurrente. Sugiere un contraste entre los poco exitosos esfuerzos de unificación nacional con los potentes resultados en el orden internacional: “En esta atenta observación de la realidad es necesario concluir que los fracasos internos de unificación del derecho privado —o de manera menos ambiciosa del derecho de las obligaciones y los contratos— contrastan con la aparición de instrumentos de unificación normativa propiciados por órganos internacionales, refrendados por los Estados nacionales, esto es, que se vuelven derecho positivo nacional por diversos medios de adopción, adhesión o internación bien conocidos”. Peña Castrillón, Gilberto, “El fu-



Aunque es riesgoso simplificar excesivamente las diferentes perspectivas es posible identificar al menos tres aproximaciones. La primera asume una perspectiva optimista y afirma que resulta posible distinguir una materia que, por su esencia o naturaleza, puede definirse como mercantil<sup>6</sup>. Otra, la escéptica, sostiene que no puede identificarse tal esencia y que, en buena medida, la definición de aquello que tiene esa condición es resultado de la decisión discrecional de quienes tienen la capacidad de producir normas jurídicas. La tercera, que podría denominarse funcional, advierte que la existencia del Derecho Comercial no encuentra su explicación en la posibilidad de identificar la *esencia* sino que se vincula con una necesidad práctica de prever reglas especiales para determinadas operaciones<sup>7</sup>. Esta cuestión, que con el paso del tiempo va perdiendo interés, resulta de una importancia central cuando se hace un balance de la codificación mercantil: ¿es posible inducir de su regulación una teoría que permita articularla? o ¿existe una teoría precedente que oriente o delimite dicha materia?

El consumo, las manifestaciones artísticas, la contratación estatal, las actividades agrícolas y ganaderas no empresariales, así como el trabajo intelectual profesional, quedaron *fuera* del Código. Esa es la declaración que sucesivamente hacen los numerales de su artículo 23. Tal declaración, unida como su otra cara a la del artículo 20 en el que se anunciaron las operaciones que serían consideradas comerciales, tuvo por objeto definir el par mercantilidad/no mercantilidad. Se trataba de una cuestión fundamental en un sistema jurídico que, bien o mal, ha previsto históricamente la separación del derecho privado alimentando un derecho civil y uno comercial. Refleja también el esfuerzo de asegurar la distancia entre las actuaciones privadas y el ejercicio de competencias públicas.

Parecía entonces quedar así perfilada la cuestión. El código tenía la pretensión de definir con claridad aquello que un buen libro de derecho

---

turo del derecho comercial”, en *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI, Derecho Privado* Tomo IV, Universidad Javeriana y Ed. Temis, Bogotá, 2010, 389.

<sup>6</sup> Esta es una de las premisas que orienta a Garrigues cuando refiere la existencia de una definición positiva (formal) y un concepto material (esencial) del derecho mercantil. A su juicio, este último se desprende de “aquellas peculiares exigencias vitales que reclaman un derecho especial”. Garrigues, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, México: Ed. Porrúa, 1979, 7.

<sup>7</sup> Indicaba Vivante al referirse al Código de Comercio, que el legislador “persiguiendo, según era su deber, un objetivo eminentemente práctico, reunió bajo el imperio de las leyes mercantiles las instituciones que requieren formas sencillas, ejecuciones rigurosas, procedimientos rápidos y la publicidad que desde el principio habían dado los comerciantes a su industria, en defensa del crédito y de la buena fe”. Vivante, César, *Derecho Mercantil, La España Moderna*, Madrid. 2002, 42.



comercial debería abordar: los actos mercantiles. Para eso el artículo 20 intentó establecer un catálogo relativamente completo. Las fronteras, sin embargo, quedarían borrosas. De tal opacidad se ocupa este escrito que, brevemente, trata de indicar como, a pesar de los esfuerzos, la definición de aquello que constituye la materia mercantil no ha sido aun completamente teorizada.

## 2. LOS PROBLEMAS DE LAS 'LISTAS'

El Código no correría el riesgo de que sus listas se quedaran a *medio camino*, oscureciendo el régimen aplicable a las operaciones de circulación, intercambio y especulación. Por ello luego de la extensa enunciación del artículo 20 procedió —en el 24— a prescribir que los actos enumerados no agotaban la materia sujeta a ese código. Pero declaró también que ello ocurriría con los no mercantiles referidos en el artículo 23. De modo que, al final, ni unos ni otros constituían una declaración completa y, por ello, a las listas les atribuyó una condición apenas *declarativa y no limitativa*. Y, el artículo 20, insistiendo en la misma idea, prescribió en su numeral 19 que también serían considerados mercantiles “[l]os demás actos y contratos regulados por la ley mercantil”. Quedaba entonces una constelación de complejos asuntos por resolver.

De una parte, el legislador de ese entonces guardó silencio acerca de los criterios que podrían emplearse para definir la naturaleza de cualquier acto que no hubieran sido enunciado. De otra, no precisó el modo de establecer el alcance de la expresión “ley mercantil” del referido numeral 19 del artículo 20 y, por ello, no resulta claro si ella se contraía al Código de Comercio o podía extenderse a otro tipo de fuentes<sup>8</sup>. No puede afirmarse que esa indeterminación relativa sea un defecto. Es difícil aceptar, incluso para el más crédulo de los codificadores, una capacidad de anticipar la totalidad de actuaciones y comportamientos que deben quedar cubiertos por —o excluidos de— la regulación especial del derecho mercantil. Igual dificultad existe para definir las condiciones que hacen que una ley sea

---

<sup>8</sup> Autorizada doctrina ha señalado que “se observa que el numeral 19 predica la mercantilidad de actos y contratos no enunciados en las disposiciones anteriores, pero que estén regulados por la ley mercantil, tanto en el Código de Comercio (como la fiducia mercantil y la comisión” como en otras normas que hayan consagrado o consagren en el futuro otros actos, los cuales serán calificados como de comercio por su inserción en la vida económica”. Castro de Cifuentes, Marcela. *Derecho comercial*. Bogotá: Universidad de los Andes, Ed. Temis, 2016, 43.



considerada *mercantil* de manera que las materias que regule tengan esa misma condición. Es, podría decirse, un agudo problema epistemológico.

Se trata de dos caras de la misma moneda. En efecto, al tiempo que es necesario definir si un determinado curso de acción es mercantil para —seguidamente— afirmar que está regulado por la ley de tal naturaleza, es imprescindible precisar qué es lo que hace que una ley sea mercantil para, luego de ello, establecer si las actividades o contratos que regula pueden también calificarse del mismo modo. La primera dimensión hace énfasis en los artículos 20, 23 y 24 al tiempo que la segunda se concentra en el numeral 19 del artículo 20. Todo ello parece conducir a lo que reprochaba Garrigues al indicar que

desde el punto de vista de la investigación de la naturaleza del Derecho mercantil no hemos adelantado mucho al decir que derecho mercantil es el derecho que se aplica a la materia regulada por el *código* de comercio y por las leyes mercantiles<sup>9</sup>.

A su juicio, esa perspectiva marcadamente positivista,

no nos aproxima nada a la naturaleza del derecho mercantil porque todo se resuelve en un juego de palabras: derecho mercantil es el que se aplica a la materia mercantil y materia mercantil es aquella a la que se aplica el derecho comercial<sup>10</sup>

Ese estado de cosas conduce no solo a la indeterminación de los comportamientos o actuaciones que regula el derecho comercial. Implica también dificultades para establecer las personas sujetas al régimen especial de los comerciantes dado que, como lo estableció el artículo 10 del Código de Comercio, tendrán esa condición las personas que ejecutan profesionalmente aquellos actos que la ley considera mercantiles.

### 3. LA BÚSQUEDA DE LAS RESPUESTAS

La indeterminación podía ser enfrentada de varias maneras. Hubiera sido posible ofrecer criterios generales para descifrar el *secreto* de la materia mercantil mediante una definición general. Establecer, por ejemplo, que todos los actos de intercambio o especulación, los realizados en masa, con

---

<sup>9</sup> Garrigues, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Ed. Porrúa, México, 1979, 6.

<sup>10</sup> *Ibidem*.



evidente ánimo de lucro o mediante una organización empresarial, quedarían por la materia comercial y sometidos por ello a sus reglas<sup>11</sup>. O, en otra dirección, prever una especie de “reglas de conflicto” frente a las disputas particulares sobre la mercantilidad. El Código pareció preferir el segundo camino, aunque no renunció completamente al primero.

### 3.1. Las ‘reglas de conflicto’: entre la conquista y la sujeción

Los artículos 21 y 22 amplían la *mercantilidad*. El primero establece —en una especie de *conquista* de los comportamientos cuya naturaleza no quedó definida por las *listas*— que bajo la condición de ser ejecutados por comerciantes serán mercantiles los relacionados con actividades o empresas de comercio. Previó también que cualquier acto para asegurar el cumplimiento de una obligación comercial tendría esa naturaleza. El artículo 22 —en una estrategia de *sujeción*— estableció que en aquellos casos en los cuales el acto es —vistas las partes y sus intenciones— mercantil para una y no para la otra, se somete a la ley comercial<sup>12</sup>. El artículo 21 parte de la premisa de que el acto no se encuentra en la enumeración del artículo 20 y procede a calificarlo como mercantil, al tiempo que el artículo 22, asumiendo que son “dos actos en uno” mantiene la fisonomía, pero sujeta el acto al códi-

<sup>11</sup> Garrigues ha advertido la necesidad de responder cuáles son aquellas “peculiares necesidades” a las que “se adaptan mejor las leyes mercantiles que las leyes civiles”. A su juicio a esta pregunta subyace, en realidad, el “problema finalista o de justificación del derecho mercantil”. Dice Garrigues que dicha justificación podría considerar cuatro respuestas: “1. Porque entre las actividades profesionales hay una profesión —la del comerciante— que reclama un Derecho especial. 2. Porque entre las actividades humanas —con independencia de la profesión de comerciante— hay unos actos —los actos de comercio— que deben ser regulados por un derecho especial. 3. Porque en la estructura de la economía moderna hay unos organismos —las empresas— que reclaman un derecho especial. 4. Porque la actividad económica o el mundo de los negocios necesita un derecho, que tradicionalmente se ha llamado derecho mercantil”. 6 y 7.

<sup>12</sup> Esta regla puede considerarse como manifestación de un fenómeno más amplio denominado por la doctrina como la comercialización del derecho civil. Según Garrigues “[l]as exigencias económicas, que antes fueron peculiares del comercio y de los comerciantes, se han extendido a otros sectores de la sociedad, por lo mismo que las operaciones tradicionalmente llamadas mercantiles se han hecho patrimonio común de todos los ciudadanos”. Y más adelante precisa: “Este hecho ha traído consigo otra consecuencia notable en el orden de la técnica jurídica, y es el traspaso al campo del derecho civil de normas e instituciones jurídicas originariamente dictadas para satisfacer peculiares exigencias del tráfico mercantil (...)”. Garrigues, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, México: Ed. Porrúa, 1979, 32 y 33.



go. Son cosas diferentes. En realidad, la regulación del artículo 22 regula solo un problema de las fuentes aplicables y, en esa medida, no introduce ingredientes decisivos sobre la mercantilidad<sup>13</sup>. Las reglas del 21, por el contrario, sí dan pasos en esa definición al disponer que los actos conexos que describe —en abstracto— serán comerciales. Vale la pena indagar si estos últimos fueron pasos concluyentes. Y la respuesta es que fueron *pasos*, pero no han sido *concluyentes*.

Si se examinan en detalle las dos reglas del artículo 21 se concluye que, aunque avanzan en la delimitación de la materia mercantil, deja al intérprete en el punto de partida. La primera de tales reglas exige verificar que el partícipe en la operación sea un *comerciante* y que el acto ejecutado se relacione con actividades y empresas de *comercio*, de modo que será necesario contestar nuevamente algunas preguntas sobre las actividades de quien se dice es comerciante, así como de la naturaleza de aquellos actos a los que se adhiere la operación o negocio que debe calificarse. La segunda, a su vez, impone verificar que la obligación cuyo cumplimiento pretende asegurarse sea mercantil y, en esa dirección, deberá el intérprete iniciar una nueva indagación.

La conquista y la sujeción son dos intentos de la legislación por avanzar en la delimitación de la materia comercial. La primera estrategia, aunque lo consigue en una medida significativa y resuelve problemas prácticos difíciles, deja las cuestiones esenciales abiertas. La segunda, no dice nada sobre la naturaleza del acto sino sobre su régimen y, a pesar de que dispone

---

<sup>13</sup> En oposición a la idea de “los dos actos” la Corte Suprema ha indicado, apoyándose para ello en Gabino Pinzón: “La anteriores modalidades han dado lugar para que, autorizada doctrina, clasifique los contratos en relativa y absolutamente comerciales, entendiéndolo por los primeros, aquellos en los cuales el carácter mercantil opera “solamente para una de las partes que intervienen en ellos” y que, no obstante estar “sujetos a la legislación comercial, no confieren la calidad de comerciante sino a la parte para la cual representan una actividad profesional, (...) Por esta dualidad de consecuencias se los ha llamado frecuentemente actos mixtos, puesto que son en parte comerciales y en parte civiles, a pesar de que se rigen por la ley comercial, según el artículo 22 del código. Sin embargo, no resulta exacto que un acto de derecho privado sea en parte civil y en parte comercial, puesto que se trata de contratos que tienen elementos especificativos iguales, ya que su objeto y el motivo que induce a ellos son iguales a los de cualquier contrato civil o cualquier contrato mercantil. Realmente se trata de contratos mercantiles y, por eso, se rigen por la ley comercial respecto de ambas partes; hasta podría decirse que su mercantilidad objetiva es limitada respecto de una de las partes, a pesar de que formalmente es igual para ambas; limitación que se funda, como ya se indicó, en el plan o propósito a que obedecen en la vida comercial”.





la aplicación de la ley comercial, se abstiene de alterar la naturaleza del acto civil<sup>14</sup>.

### 3.2. La empresa: cláusula de cierre o interpretativa

Al integrarse al mismo título II del Código —denominado de los actos, empresas y operaciones mercantiles— podría hallarse en el artículo 25 una pista acerca del criterio de cierre para la definición de la mercantilidad. Conforme con esto toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios debería entonces considerarse mercantil. Desde esa perspectiva, el Código de Comercio habría *monopolizado* la categoría de empresa haciéndola un recurso útil para superar la indeterminación asociada a sus *listas abiertas*. Si la empresa entonces fuera el criterio de cierre podría afirmarse que todas aquellas operaciones que estén revestidas de la organización que caracteriza la actividad empresarial quedarían ellas sujetas al derecho mercantil, sin que para el efecto interesara la posibilidad de encuadrar su desarrollo en los supuestos referidos en el artículo 20.

Esta perspectiva parece encontrar apoyo en la jurisprudencia de la Corte Suprema<sup>15</sup>. En efecto, advirtiendo la evolución del derecho mercantil sostuvo “que el tradicionalmente denominado derecho comercial —o mercantil— ha continuado en constante evolución, resultado de los cambios sociales, políticos y económicos del mundo moderno”. Destacó, a continuación, que “el vertiginoso desarrollo de la industria, el tráfico en masa, la preponderancia de la producción frente a la simple intermediación, la importancia del mercado, el auge de la tecnología, o la globalización” permite constatar que

---

<sup>14</sup> Precisamente la doctrina ha indicado que “esta categoría de actos no desnaturaliza el acto civil para *convertirlo* en comercial; es tan solo una herramienta de la ley para aplicar un régimen único al negocio en cuestión; para estos efectos debe mirarse el negocio en conjunto. Por ello, la habitualidad en la realización del acto unilateralmente comercial de parte de aquel para quien el negocio sea civil no convierte a este sujeto en comerciante (p. ej. El ama de casa que permanentemente acude al supermercado a hacer compras o el estudiante que diariamente toma un vehículo de una empresa de transporte público”. Castro de Cifuentes, Marcela. *Derecho comercial*. Bogotá: Universidad de los Andes, Ed. Temis, 2016, 91.

<sup>15</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 5 de agosto de 2009.



la doctrina contemporánea, vernácula y foránea, sin perjuicio de las tendencias de unificación del derecho privado, reclama la redefinición del campo de acción del derecho comercial a la luz de criterios más novedosos, como el de la empresa, organización que, valga anotararlo, en el ámbito nacional fue objeto de reconocimiento explícito por la Carta Política de 1991 como “base del desarrollo”, a la que le asignó “una función social que implica obligaciones” (art. 333), y que ciertamente ha sido asimilado por el ordenamiento privado colombiano, no solo en el mismo Código de Comercio de 1971, sino en normas más recientes como las Leyes 256 de 1990 y 550 de 1999.

A pesar de la fuerza de su argumento indicó que “tal enfoque es extraño al específico cargo en estudio y, por consiguiente, no compete a la Corte, en esta oportunidad, pronunciarse sobre el mismo”.

La Corte puso de presente su acuerdo con la consideración de la empresa como criterio para definir el campo de acción del derecho comercial. Aunque no es del todo claro si la observación de la Corte tuvo por objeto indicar la dirección que debería tomar el derecho mercantil (*lege ferenda*) o precisar un criterio interpretativo para resolver los casos de disputa de la mercantilidad (*lege lata*), lo cierto es que su planteamiento constituye un reclamo frente a la insuficiencia de fundar la materia mercantil únicamente en la doctrina del acto de comercio.

Ahora bien, lo cierto es que desde la perspectiva del derecho positivo esta tesis se enfrenta a varias dificultades. No parece constitucionalmente posible afirmar que la relevancia de la categoría *empresa* se encuentre circunscrita al ámbito del derecho comercial. En efecto, desde la perspectiva del artículo 333 de la Carta Política el objeto de protección de la libertad de empresa es doblemente universal puesto que no califica ni los titulares de ella ni los comportamientos cobijados por su ámbito de protección. Igualmente, según la legislación societaria sigue siendo posible —en función de su objeto— establecer una distinción entre sociedades civiles y mercantiles, lo que indica que las primeras podrían desarrollar también actividades económicas organizadas.

Bajo esa perspectiva la definición de empresa del artículo 25 podría considerarse como una cláusula interpretativa orientada a establecer no solo su relación con el establecimiento de comercio (art. 515) sino también para delimitar el uso que de esa expresión se hace en el Código de Comercio, en particular, en los artículos 20 (nums. 10 al 18) y 23 (num. 4.º). Su función, teniendo en cuenta el modo en que es tratada por el citado artículo 25 consistiría entonces, no en mover las fronteras del de-



recho mercantil, sino en precisar el contenido —no la ubicación— de sus mojones.

#### 4. LA INDETERMINACIÓN Y LA IDEA DEL ACUERDO CARENTE DE UNA TEORÍA COMPLETA

Definir aquello que constituye la materia del derecho mercantil suscita entonces enormes desafíos interpretativos. Siguiendo una idea que ha sido empleada para describir las constituciones<sup>16</sup>, puede señalarse que —a pesar de las expectativas de precisión, completitud y coherencia que se asocian a la codificación y al conjunto de enunciados y reglas contenidos entre los artículos 20 y 25— el Código de Comercio puede entenderse como *un acuerdo carente de una teoría completa* en materia de *mercantilidad*. Dicho de otro modo, el legislador extraordinario de 1971 inició la teorización de la materia mercantil; sin embargo, no la concluyó y dejó abiertas al menos dos preguntas antes formuladas: ¿Es posible inducir de su regulación una teoría que permita articular el objeto del derecho comercial? o ¿existe una teoría precedente que oriente o delimite su materia?

Es necesario hacer una pausa. Probablemente el lector que haya llegado hasta este lugar podría pensar que los párrafos anteriores tienen una reducida relevancia, dado que el problema planteado no ha tenido consecuencias prácticas evidentes y las reglas fijadas en el código han permitido solucionar los conflictos más significativos. Además, podría sugerirse la renuncia a continuar el análisis advirtiendo que, al fin y al cabo, el derecho mercantil ha sido el resultado de complejas interacciones económicas, sociales y políticas que le podrían restar importancia al esfuerzo. Ello puede ser cierto. Sin embargo, el balance de una regulación no puede agotarse en sus rendimientos prácticos. Debe también valorar su capacidad para definir los asuntos, materias y sujetos que le corresponde regular.

---

<sup>16</sup> Sunstein ha señalado: “Mi sugerencia básica es que, con frecuencia, la gente se pone de acuerdo sobre prácticas constitucionales, y hasta sobre derechos constitucionales, cuando no puede ponerse de acuerdo sobre teorías constitucionales. En otras palabras, ordenamientos constitucionales que funcionan bien tratan de resolver problemas a través de acuerdos carentes de una teoría completa. Estos acuerdos incluyen a veces abstracciones aceptadas como tales, en medio de desacuerdos severos sobre casos particulares”. Sunstein, C. R., *Acuerdos carentes de una teoría completa en derecho constitucional*. *Precedente. Revista Jurídica*, (-), 2006, 31-49. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1423>. Consulta del 12 de agosto de 2021.



Asumir que en materia de mercantilidad el código de Comercio constituye un *acuerdo incompletamente teorizado* se explica en al menos dos razones. Primero, de su texto no puede desprenderse un criterio unificador definitivo que haga posible determinar la materia mercantil. En el artículo 20 aparecen las más diversas operaciones. Algunas suponen intermediación, otras exigen onerosidad, unas corresponden a actos en masa y un grupo adicional son actividades económicas organizadas<sup>17</sup>. Si a un observador externo del ordenamiento jurídico lo indagaran por el fundamento del artículo 20, probablemente no tendría otra posibilidad que indicar que ello fue el resultado de un trabajo más o menos discrecional del legislador<sup>18</sup>. Incluso, como han sugerido algunos, podría afirmarse que las listas de actos previstos en los artículos 20 y 23 son únicamente el resultado de una casualidad o de un accidente<sup>19</sup>. Segundo, la inexistencia de una pauta dominante para delimitar la materia mercantil se traduce además en la ausencia de criterios de interpretación consolidados para diferenciar los actos que son comerciales de aquellos que no tienen esa condición. Las reglas de ampliación de la mercantilidad (art. 21) y de extensión del ámbito de aplicación de la ley mercantil (art. 22) no alcanzan la médula de esta cuestión.

Las listas de los actos, los problemas asociados a su interpretación y la indeterminación que resultó, pueden entonces comprenderse bajo la siguiente idea: alrededor de la mercantilidad el Código de Comercio inició, pero no terminó, la teorización. Insistir en ello es relevante dado que exige preguntarse por los agentes que han asumido esa tarea después del código y el modo en que lo han hecho. A continuación, se proponen algunas ideas para comprenderlo.

---

<sup>17</sup> Sobre los criterios que subyacen a los actos enunciados como mercantiles en el artículo 20 del Código de Comercio puede consultarse, Castro de Cifuentes, Marcela. *Derecho comercial*. Bogotá: Universidad de los Andes – Ed. Temis, 2016, 11.

<sup>18</sup> Lo discrecional no es equivalente a irracional o inmotivado. De hecho se ha indicado que el legislador “en un acto de sincretismo que parece no haber producido dificultades mayores resolvió que el objeto del derecho comercial, en Colombia, es todo lo que en diferentes momentos y culturas jurídicas se ha propuesto como tal, pues no otra conclusión puede sacarse de un *código* que, a la vez que pone en el centro al comerciante en su tráfico profesional (arts. 1.º y 10), igualmente incorpora los actos objetivos de comercio (diversas hipótesis del artículo 20), así como la empresa mercantil y el empresario mercantil (arts. 20 y 25)”. Peña Castrillón, Gilberto, “El futuro del derecho comercial”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI, derecho privado* Tomo IV, Bogotá: Universidad Javeriana y Ed. Temis, 2010, 384 y 385.

<sup>19</sup> Wiesner, Luis Roberto, “Los códigos mercantiles en la Colombia decimonónica: La migración de un ideal igualitario”. *Revista de Derecho Privado* Universidad de los Andes, 1990, 77-95 [https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechoprivado/pri388.pdf](https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri388.pdf).



## 5. COMPLETANDO LA TEORIZACIÓN

Es posible identificar tres manifestaciones que evidencian algunos de los sentidos en los que la teorización ha intentado ser completada. Se trata de fenómenos separables y que involucran diferentes agentes y mecanismos. Es por ahora un inventario que debe ser complementado<sup>20</sup> y que solo intenta mostrar algunos de los caminos.

### 5.1. La costumbre mercantil y las prácticas certificadas

La costumbre mercantil tiene la misma autoridad que la ley comercial, según lo prescribe el artículo 3.º del Código de Comercio. Se trata del reconocimiento de una fuente que, al margen de las autoridades estatales, se origina y perfecciona por la propia obra del comercio y sus agentes<sup>21</sup>. A su vez, el artículo 86.3 prevé que las cámaras de comercio tendrán la función de recopilar las costumbres mercantiles en los lugares correspondientes a su jurisdicción y certificar sobre su existencia. De ese modo, comerciantes y cámaras de comercio se erigen en voceros de la mercantilidad. A su cargo se encuentra la tarea de completar la teorización de la actividad mercantil.

Esa responsabilidad, aunque de notable relevancia en el caso de la costumbre *secundum legem*<sup>22</sup>, resulta especialmente aguda en el caso de la cos-

<sup>20</sup> Por ejemplo, las reglas y prácticas del comercio internacional constituyen una extraordinaria manifestación de teorización posterior del derecho comercial, que hacen su ingreso al sistema colombiano apoyándose en varias de las disposiciones del sistema de fuentes (arts. 1.º y 7.º del Código de Comercio).

<sup>21</sup> No ha estado exento de discusiones constitucionales el reconocimiento de la costumbre como fuente del derecho mercantil. Para ello basta con referir la Sentencia C-486 de 1993 y el agudo salvamento del magistrado Carlos Gaviria Díaz —luego reiterado en la Sentencia C-224 de 1994—. El juez de la Corte advertía que no resultaba posible aceptar por razones constitucionales y quizá también por razones teóricas la costumbre como fuente del derecho comercial. Decía en el párrafo 4 de su salvamento de voto: “De ordinario, a las posturas que proclaman la inherencia de la costumbre a cualquier sistema de derecho positivo, subyace el misticismo sociológico de la escuela historicista, que tras un lenguaje pretendidamente científico y de vocación democrática, escamotea un trascendentalismo vergonzante de inequívoco signo retardatario. Basta recordar la célebre controversia entre Antonio Thibaut y F.C. Savigny (...) (a principios del siglo XIX), en la que el segundo entona el epinicio del derecho consuetudinario cifrando la búsqueda de la justicia no en un proceso intencional, consciente y deliberado, emprendido por los hombres, sino en un oscuro discurrir subterráneo e instintivo del “espíritu del pueblo” que de modo imperceptible iría señalando los cauces indiscutibles de la conducta humana”.

<sup>22</sup> La Corte Constitucional, en la Sentencia C-224 de 1994 se refirió a ese tipo de costumbre indicando: “Costumbre *secundum legem* es la norma que adquiere su carácter de tal,



tumbre *praeter legem*<sup>23</sup>. En efecto, bajo esta última denominación quedan comprendidas no solo aquellas prácticas que, sin un llamado específico de la ley, completan la regulación de un acto calificado como mercantil por el artículo 20 del Código de Comercio —ocurre con algunas de las costumbres certificadas, por ejemplo, en materia de los contratos de suministro, seguro, crédito documentario, transporte, estimatorio y de hospedaje—. También puede tratarse de una práctica relativa a operaciones o contratos no reconocidos expresamente en el derecho mercantil.

Y, cuando esto último ocurre, la certificación de la costumbre avanza en la definición de la materia mercantil a partir de una decisión —implícita en la decisión de reconocerla— de que ella tiene esa naturaleza. Existen certificadas como costumbres mercantiles prácticas relativas a contratos de riesgo compartido, unión temporal, licenciamiento de *software* y franquicia<sup>24</sup>. La decisión de certificar una costumbre *praeter legem* respecto de operaciones atípicas y no mencionadas en el artículo 20, supone una valoración importante y riesgosa. En efecto, no solo se destaca la nueva práctica y su valor. También se mueven lentamente las fronteras trazadas por las *listas* del Código.

## 5.2. La especial fuerza de gravedad mercantil

En algunas áreas del ordenamiento se realizan llamados al Código de Comercio. Una remisión a dicho código no implica que la controversia deba ser considerada mercantil, dado que puede tener por objeto exclusivo evitar lagunas o dificultades interpretativas —tal y como en sentido inverso lo hacen los artículos 2.º y 822 del Código de Comercio al remitir a la ley civil—. Sin embargo, la remisión a un estatuto que se ha considerado especial —el mercantil— y no al general —el civil—, puede tener como

---

y, por consiguiente, su fuerza obligatoria, por la expresa referencia que a ella hace la ley. Es el caso de las reparaciones locativas, definidas por el artículo 1998 del Código Civil como “las que según la costumbre del país son de cargo de los arrendatarios”; o de la presunción simplemente legal de hacerse a prueba “la venta de todas las cosas que se acostumbra vender de ese modo”, presunción de que trata el inciso segundo del artículo 1879 del mismo código”.

<sup>23</sup> En la Sentencia C-224 de 1994 señaló la Corte: “Costumbre *praeter legem* es la relativa a un asunto no contemplado por la ley dictada por el legislador”.

<sup>24</sup> Ello puede ser contrastado en <https://www.ccb.org.co/Transformar-Bogota/Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles>. Consulta del 16 de agosto de 2021. Igualmente se encuentran numerosas costumbres certificadas por cámaras de comercio de otras jurisdicciones.



resultado comercializar el asunto o, dicho de otro modo, incluirlo en la materia mercantil. Ello tiene un particular interés cuando ocurre respecto de materias que, de hecho, son expresamente calificadas como no mercantiles en el artículo 23. Cabe mencionar aquí dos ejemplos.

En el ámbito del derecho del consumo, el artículo 4.º de la Ley 1480 de 2011 —luego de advertir la especial naturaleza de sus normas— prescribe que a las cuestiones sustanciales que allí no se encuentren reguladas, se aplicarán las reglas contenidas en el Código de Comercio. Este reconocimiento supone que, a pesar del régimen especial de protección, el estatuto del consumidor acepta que no es posible entender el comercio sin los actos de consumo y, en consecuencia, luego de haberlo excluirlo del código (art. 23.1) la ley lo llama nuevamente<sup>25</sup>. Esa misma ley, al definir el comercio electrónico, establece *que este consiste en la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles* concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y los consumidores para la comercialización de productos y servicios. De esa forma, una de las más importantes expresiones del consumo actual —la que tiene lugar mediante el intercambio de datos— se enlaza directamente con el lenguaje del artículo 20 del Código de Comercio. Si bien el derecho del consumo corresponde en la actualidad a un área particular de la regulación, no consigue desligarse de la “materia mercantil” a pesar, se insiste, de la expulsión de la que fue objeto en el numeral 1.º del artículo 23.

Algo similar ocurre en la contratación estatal. En efecto, a pesar de que las adquisiciones que se instrumentan mediante ese tipo de acuerdos no son mercantiles (art. 23.3) y se rigen por el Estatuto de Contratación Administrativa, el artículo 13 de ese estatuto prevé que en lo no regulado allí son aplicables las disposiciones comerciales y civiles pertinentes. En sentencia de fecha 24 de mayo de 2012 la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó, al precisar las reglas de interpretación de un contrato, que

---

<sup>25</sup> Bajo esa perspectiva pueden incluso constatare algunas referencias de la Corte Suprema. En una oportunidad, al reprochar el modo en que una demanda de casación citaba simultáneamente normas del mandato mercantil y civil precisó que “[I]a utilización indebida en los cargos de manera indiscriminada de normas civiles y comerciales evoca la tradicional e inacabada polémica en torno a la unificación del derecho privado, en particular el civil y el comercial en lo atinente a las relaciones económicas de producción, intercambio y hasta uso final de productos y servicios, abarcando así esa nueva vertiente del derecho que apunta a la protección de los consumidores”. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del trece (13) de junio de 2019. SC2108-2019.



[t]oda vez que el contenido del contrato no resulta suficiente para satisfacer el interrogante planteado y dado que el Estatuto de Contratación de la Administración Pública no contiene reglas especiales en materia de interpretación del contrato estatal, resulta necesario en este caso acudir a los criterios de interpretación previstos en el Código Civil colombiano (...), incorporados al Estatuto General de Contratación en virtud de lo normado por el artículo 13 (...) de la Ley 80 de 1993 y también por remisión del Código de Comercio (...), en el evento de que el contrato se celebre con un comerciante, a la luz de lo dispuesto por el artículo 28 (...) de la misma Ley 80 respecto de los criterios de interpretación de los contratos estatales.

Si se examina con cuidado, este pronunciamiento apoya el uso del Código de Comercio —como vía de llegada al Código Civil a través del artículo 822— cuando el contrato sea celebrado por un comerciante. Bajo esa perspectiva, sin renunciar al carácter especial de la regulación, el llamado a la ley comercial no es menor ni anecdótico. Se trata de un significativo enlace con la materia mercantil a través del comerciante. De esta forma, a pesar de su regulación *autónoma*, algunos de los asuntos excluidos del código de comercio intentan enlazarse nuevamente con el derecho mercantil. Parece que el código de comercio, con una especial fuerza de gravedad, se opusiera a la escisión que parecía haber declarado el artículo 23.

### 5.3. *Una separación incompleta*

En otras áreas de la regulación se produce un fenómeno particular. Consiste en una especie de asimilación de sujetos o actos que los artículos 20 y 23 del código pretendían diferenciar. Y esa asimilación parece tener por objeto imponer a los excluidos de la regulación comercial cargas especiales equivalentes a las de aquellos sujetos del derecho mercantil.

Esto ocurre en materia tributaria. Al regular la obligación de expedir factura y conservar su copia, el artículo 615 del Estatuto Tributario prevé que todas las personas que tengan la calidad de comerciantes, ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a estas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, tienen la obligación de expedir factura o documento equivalente, y conservar su copia por cada una de las operaciones. En esa dirección, aunque los comerciantes son los sujetos del Código de Comercio y quienes ejerzan profesiones liberales o enajenen bienes resultado de la actividad ganadera y agrícola se encuentran en principio excluidos del mismo (art. 23 num. 4.º y 5.º), la legislación tributaria procede con su asimilación.





Igualmente, los regímenes que protegen la libre competencia prevén que se encuentran sometidos todos aquellos que concurren al mercado. En esa dirección, la Ley 256 de 1996, después de precisar que los actos de competencia desleal serán relevantes siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales (art. 2.º), prevé que la regulación allí establecida será aplicable tanto a los comerciantes como a los demás participantes en el mercado. Igualmente, el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 —cuyo inciso segundo fue adicionado por el artículo 2.º de la Ley 1340 de 2009— prevé, al indicar el ámbito de aplicación del régimen de prácticas restrictivas de la libre competencia que al mismo se sujetará “todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica”.

Además de lo señalado, el régimen de insolvencia contenido en la Ley 1116 de 2006 es aplicable no solamente a las personas naturales y jurídicas que tienen la condición de comerciantes, sino también a las sociedades civiles, fundaciones y corporaciones bajo la condición, según lo establece su artículo 2.º, que no se encuentren excluidas expresamente del régimen allí previsto<sup>26</sup>. Sin embargo, es claro que el régimen especial de recuperación de negocios o de liquidación —antes de la Ley 222 de 1995— fue establecido originalmente en el Código de Comercio y tenía como destinatarios, en el caso del concordato preventivo al “comerciante que haya suspendido

---

<sup>26</sup> La Superintendencia de Sociedades en concepto de fecha 14 de agosto de 2012 señaló: “Como puede colegirse de lo expuesto, las personas jurídicas no comerciantes, tales como las corporaciones y otras especies de entidades sin ánimo de lucro, no se encuentran excluidas del régimen de insolvencia establecido por la Ley 1116 de 2006; no obstante, cuando estas deban someterse a un régimen especial de liquidación deberán estarse al mismo y en este evento, tal como se planteó en el numeral 9.º antes citado se entenderán excluidas de los procesos contemplados en la mencionada Ley 1116”. A su vez, en concepto de fecha 5 de junio de 2019 se refirió a las sociedades civiles indicando: “De otra parte, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 100 del Código de Comercio, modificado por el artículo 1.º de la Ley 222 de 1995, en su inciso segundo señala respecto de las sociedades que: “(...) cualquiera que sea su objeto, la sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, a la legislación comercial.” De las referidas normas se desprende que las sociedades civiles, no sujetas a un régimen especial de recuperación y están sujetas a la legislación comercial, por lo que a juicio de esta oficina, no estarían excluidas del régimen de insolvencia de la Ley 1116 de 2006, máxime si se tiene en cuenta que conforme al artículo 6.º de la precitada ley, al establecer la competencia de la superintendencia dispone lo siguiente: “(...) Conocerán del proceso de insolvencia, como jueces del concurso: La Superintendencia de Sociedades, en uso de facultades jurisdiccionales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3.º del artículo 116 de la Constitución Política, en el caso de sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras, y a prevención y, tratándose de deudores personas naturales comerciantes”.



o tema suspender el pago corriente de sus obligaciones mercantiles” (art. 1910) y en la liquidación obligatoria “al comerciante que sobresea en el pago corriente de dos o más de sus obligaciones comerciales”.

Es importante advertir que la asimilación no indica, en modo alguno, que se trate de una equiparación completa de todas esas materias. Sin embargo, sí muestra que una distinción completa en función de los sujetos o de los actos no parece resultar posible dado que, alrededor de todas las actividades económicas, concurren intereses comunes que desafían los intentos por diferenciar e imponen exigencias de asimilar<sup>27</sup>.

## 6. CONCLUSIÓN

Tres respuestas frente a la pregunta sobre nuestra capacidad de definir la materia mercantil son posibles según se propuso en la introducción. Renunciar absolutamente a esa posibilidad no parece ser la mejor salida. No es necesario indagar una y otra vez por una posible esencia permanente ni advertir una necesidad histórica de su contenido. No obstante, sí resulta necesario, pasado ya medio siglo de la codificación, preguntarse por los caminos que ha transitado y su capacidad para impulsar relaciones sociales más justas. Sus tensiones internas, la apertura a nuevas fuentes, así como sus encuentros y desencuentros con las materias que el propio código excluyó de la regulación, deben ordenarse y comprenderse. El uso de la idea de que el decreto ley expedido hace ya cincuenta años es un acuerdo carente de una teoría completa demanda la cuidadosa atención acerca de la manera en que ella ha venido completándose. Este artículo pretende proponer algunas ideas en esa dirección.

---

<sup>27</sup> Sobre “la tendencia a establecer una regulación uniforme en derecho privado” con una referencia al régimen de insolvencia puede consultarse, Cárdenas Mejía, Juan Pablo, “Derecho comercial en el siglo XXI”, en *Derecho Comercial. Cuestiones fundamentales*, Bogotá: Universidad del Rosario – Ed. Legis, 2016, 14 y 15.



# LA COSTUMBRE MERCANTIL EN PERSPECTIVA

LUISA FERNANDA JIMÉNEZ MAHECHA\*

*“En la actual crisis de valores, el mundo pide a los juristas nuevas ideas y no sutiles interpretaciones: es necesario, por lo tanto, reexaminar los conceptos fundamentales”*

Ascarelli, 1952.

## INTRODUCCIÓN

A propósito de los cincuenta años del Código de Comercio, se hace necesario analizar un eje cardinal en el derecho mercantil como lo ha sido y seguirá siendo la costumbre como fuente del derecho. En efecto, nuestro derecho comercial surge de la práctica mercantil, por lo que el origen de la codificación en esta materia proviene en esencia de la costumbre de los comerciantes, por lo que es un derecho en constante cambio, circunstancia que no podemos perder de vista cuando pretendemos presentar nuevas propuestas de regulación o de reformas a las normas ya existentes<sup>1</sup>.

Por lo que no es regular por regular, y menos aún desde un escritorio, es necesario conocer y entender desde la fuente primigenia que es el sector empresarial sus necesidades, sus costumbres, sus nuevos requerimientos para la ejecución de las transacciones del tráfico mercantil. Hago hincapié en la importancia de poder entender y reexaminar las necesidades del mercado, en la medida en así nació el Código de Comercio de 1971, como respuesta a las necesidades del empresariado ante la ausencia de una regulación actualizada, que desconocía sus nuevas costumbres, que no incluía

---

\* Abogada de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Colegio de Abogados Comerciantes, de la Red Juvenil de Arbitraje y de alt+co. Abogada asociada en GodoyHoyos - GOH.

<sup>1</sup> A propósito del “Proyecto de reforma del Código Civil de Colombia y su unificación en obligaciones y contratos con el Código de Comercio” de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.



los principales contratos utilizados por los comerciantes, cuyo lenguaje seguía siendo anacrónico, entre muchos otros aspectos que requerían ser renovados.

Al respecto juristas como Gabino Pinzón, Jaime Vidal Perdomo, Luis Carlos Neira, Jorge Ignacio Narváez, entre otros, describen en detalle la historia de la codificación del derecho comercial en Colombia, iniciando desde la adopción de la legislación española mediante el Código de Comercio de 1853, posteriormente, mediante los códigos federales, el Código Terrestre de 1887, y finalmente, con el arduo trabajo que representó el Código de Comercio de 1971<sup>2</sup>.

De hecho, los inicios del Código de 1971 se remontan desde la Ley 18 de 1907<sup>3</sup>, lo cual conllevó a la conformación de varias comisiones de expertos, así como la participación de los gremios, de la Asociación Nacional de Industriales, la Asociación Bancaria, la Federación Nacional de Comerciantes, entre otras organizaciones<sup>4</sup>. De esta forma, se presentaron varios proyectos como el de 1958, 1970 y finalmente el adoptado mediante el Decreto 410 de 1971, el cual se expidió en el marco de las facultades extraordinarias que le fueron otorgadas al Gobierno Nacional mediante la Ley 16 de 1968.

Es así como al estudiarse las diferentes etapas y procesos que conllevó la iniciativa de expedir un nuevo Código de Comercio para Colombia, se logra entender y dimensionar las razones por las cuales ciertos temas fueron incluidos y regulados en determinada forma (*v. gr.* la regulación societaria). Por lo que con el pasar de los años, se hace cada vez más necesario poder analizar la codificación a partir de su contexto, con el fin de poder entender las necesidades actuales.

La expedición del Código de Comercio de 1971 significó un gran avance para nuestro derecho mercantil, integró un lenguaje contemporáneo, incluyó principios que son transversales en el tráfico comercial, tuvo en

---

<sup>2</sup> Véase Pinzón, Gabino, Perdomo, Jaime, Neira, Carlos, et al. *Revista Cámara de Comercio de Bogotá*, 1971, 1, (3), 15-175. En igual medida, se puede consultar la génesis del derecho mercantil en Martínez, Néstor, Cátedra de introducción al derecho mercantil, Legis, 7 y ss.

<sup>3</sup> Por medio de esta ley se facultó al Gobierno Nacional para que contratara la formación de un proyecto de Código de Comercio Nacional, con el fin de integrar en un solo texto los dos adoptados por la Ley 57 de 1887 y todo lo concerniente a la navegación fluvial.

<sup>4</sup> Véase Pinzón, Gabino, Perdomo, Jaime, Neira, Carlos, et al. *Revista Cámara de Comercio de Bogotá*, 1971, 1, (3), 15-24.



cuenta los pronunciamientos de la jurisprudencia y sin lugar a duda, tuvo en consideración la costumbre mercantil. De manera, que temas como el periodo precontractual de los contratos, la regulación de la oferta mercantil, los contratos plurilaterales, el régimen de obligaciones, los títulos valores, los contratos bancarios, la regulación de contratos innovadores de la época como lo era el de cuentas en participación, la regulación societaria y la propiedad industrial, resultaron ser temas cruciales para nuestra tradición comercial. Así las cosas, nuestro Código de Comercio aún sigue formándose y consolidándose con el pasar del tiempo.

Ahora bien, en lo que respecta a la costumbre mercantil, desde el artículo 2.º del Código Terrestre de 1887 se incluía el principio según el cual la costumbre tiene el mismo rango o autoridad de la ley, siempre que no la contraríe expresa o tácitamente, y en su artículo 39 se establecía la posibilidad de aplicar costumbres mercantiles extranjeras, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos formales. El Código de Comercio de 1971 mantuvo este principio<sup>5</sup>, dispuso la costumbre como fuente normativa, como método de interpretación y señaló las diferentes clases de costumbres existentes, lo cual ha permitido la modernización de los negocios comerciales, sin tener que incurrir en modificaciones del Código actual<sup>6</sup>.

Sin embargo, surgen varios interrogantes sobre cómo afrontar los tiempos contemporáneos en los que cada vez se hace más notorio que la riqueza y las transacciones dejan de estar en los bienes materiales y pasan a los inmateriales con la introducción de nuevas tecnologías, por lo que nuevas transacciones mercantiles empiezan a tener auge y a surgir nuevas costumbres mercantiles<sup>7</sup>. En esa medida, en la actualidad resulta inquietante poder determinar cuándo se hace necesario que la costumbre mercantil pase a ser ley, en especial, conforme a los nuevos desarrollos jurisprudenciales y doctrinales.

---

<sup>5</sup> Código de Comercio. ART. 3.º—“La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella. En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior”.

<sup>6</sup> En todo caso, no se puede desconocer que han existido reformas posteriores y regulaciones especiales que no hacen parte del Código de Comercio como lo es la Ley 527 de 1999 sobre comercio electrónico, la Ley 222 de 1995 y 1258 de 2008 sobre el régimen societario, la Ley 1116 de 2006 sobre insolvencia empresarial, la Ley 256 de 1996 sobre competencia desleal, entre muchas otras.

<sup>7</sup> Al respecto Véase López, Yira y León, Édgar, “La costumbre mercantil en aplicaciones móviles” en *La costumbre mercantil un aporte para los negocios de los empresarios en Colombia*, Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2018, 63-73.



Por lo que a continuación, de manera muy sumaria, en una primera parte se analizará desde una perspectiva teórico-práctica el reconocimiento en el ordenamiento jurídico de la costumbre mercantil, y en una segunda parte, su aplicación por parte de los jueces y árbitros. Lo anterior, con el propósito de poder entender en dónde estamos y hacia donde podemos ir con la costumbre mercantil como columna vertebral del derecho comercial.

## 1. RECONOCIMIENTO DE LA COSTUMBRE MERCANTIL

La costumbre mercantil no solamente ha sido reconocida en el ámbito legal como aquella fuente del derecho, en la cual los comerciantes realizan conductas uniformes, reiteradas y públicas, en una determinada área geográfica<sup>8</sup>. En la práctica judicial, la costumbre mercantil también ha sido reconocida y aplicada por jueces y árbitros como una fuente normativa e interpretativa<sup>9</sup> pero de aplicación restringida, al establecer que son las partes las que deben probar la costumbre mercantil dentro del proceso, en los términos del artículo 6.º del Código de Comercio y del Código General del Proceso.

En el evento en que las que partes no prueben en debida forma la costumbre mercantil, como se verá más adelante, no se acredita su existencia y aplicación en el caso particular. Por lo anterior, pareciera que se restringe su aplicación al estar condicionada a la técnica probatoria para su reconocimiento y aplicación, lo cual amerita ser reexaminado, en especial, si cada día se hace más frecuente que nuevas costumbres mercantiles empiecen a crearse, como ocurre con los contratos de colaboración empresarial y aquellos relacionados con el sector tecnología.

Nótese que la costumbre mercantil es una fuente normativa y una herramienta de interpretación para jueces y árbitros, en efecto, a través de la costumbre mercantil se puede esclarecer el sentido de las palabras técnicas del comercio, como interpretar las estipulaciones contractuales de los comerciantes. Es así como la costumbre mercantil permite una evolución

---

<sup>8</sup> La costumbre mercantil cuenta con la misma autoridad de la ley comercial, siempre y cuando cumpla con los requisitos que establece el Código de Comercio. Véase León, Édgar y López, Yira, *Derecho mercantil consuetudinario*, Legis y Universidad del Rosario, 2016, 2 y ss.

<sup>9</sup> Véase Martínez, Néstor, “La Costumbre mercantil” en *Cátedra de introducción al derecho mercantil*, Legis, 77-90.



permanente del derecho comercial, por lo que entre más frecuente sea su aplicación, mayores posibilidades de desarrollo.

Ahora bien, el reconocimiento de la costumbre mercantil puede analizarse desde el fundamento constitucional (i), legal (ii) y jurisprudencial (iii).

### **1.1. Fundamento constitucional**

El fundamento constitucional de la costumbre como fuente del derecho, ha sido objeto de varias interpretaciones por parte de la Corte Constitucional. El reconocimiento constitucional de la costumbre ha estado sujeta a la interpretación del artículo 230 de la Constitución Política (C.P.), el cual ordena a los jueces someterse al imperio de la ley y acudir a criterios auxiliares, sin referirse de forma expresa a la costumbre.

En una primera interpretación, la Corte Constitucional en la Sentencia C-486 de 1993, considera que la expresión “ley” a que hace referencia el artículo 230 de la C.P., debe entenderse como “ordenamiento jurídico”. En ese sentido, y en armonía con el preámbulo de la C.P., los artículos 246 y 330 sobre la costumbre en el ordenamiento de las comunidades indígenas y los tratados internacionales de derechos humanos, se concluye que la costumbre sí hace parte del ordenamiento jurídico colombiano como fuente del derecho.

En una segunda interpretación, en la Sentencia C-284 de 2015, la Corte Constitucional rectifica la posición adoptada previamente por la Corte, al considerar que la expresión *ley* del artículo 230 no debe entenderse como “ordenamiento jurídico”. Es decir, que el artículo 230 excluye la costumbre del derecho legislado, entendido como un conjunto de normas que son expedidas por un órgano competente y bajo un procedimiento previamente determinado para su adopción<sup>10</sup>.

En todo caso, a pesar de no hacer parte del artículo 230 de la C.P., la Corte Constitucional reconoce la costumbre como fuente del derecho, en virtud del “marco jurídico” al cual hace referencia el preámbulo de la Constitución<sup>11</sup>. En efecto, la Corte concluye que la costumbre “puede ser reconocida como norma cuando la Constitución o la ley la invoquen, siem-

<sup>10</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-284 de 2015.

<sup>11</sup> La costumbre referida a las comunidades indígenas, y a las exigencias adscritas a la soberanía popular, democracia participativa y el Estado social de derecho.



pre y cuando no se oponga a lo que las normas imperativas de una y otra prescriban”<sup>12</sup>.

Así las cosas, se puede concluir que la costumbre ha sido reconocida como fuente del derecho al tener reconocimiento constitucional, tratándose de la aplicación del artículo 230 o del preámbulo de la C.P.

## 1.2. *Fundamento legal*

El reconocimiento legal de la costumbre también se encuentra en la Ley 153 de 1887, artículo 13, al establecer que “la costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”<sup>13</sup>. El Código de Comercio de 1971, en sus primeros artículos regula la costumbre como fuente normativa e interpretativa, por lo reconoce su validez, sus efectos y las diferentes clases existentes<sup>14</sup>.

Por su parte, la costumbre en el Código General del Proceso (CGP) se consagra dentro de los deberes y poderes que deben acatar los jueces al momento de fallar<sup>15</sup>. Adicionalmente, para efectos probatorios, el CGP en el artículo 179 establece las formas de probar la costumbre mercantil ante un proceso judicial. Teniendo en cuenta lo anterior, desde su fundamento legal, los jueces y árbitros para reconocer la costumbre mercantil en sus fallos, recurren a las disposiciones legales anteriormente descritas para reafirmar el reconocimiento legal que tiene la costumbre mercantil en nuestro ordenamiento jurídico, como se verá a continuación<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-224 de 1994.

<sup>14</sup> Véanse los artículos 3.º y ss. del Código de Comercio de 1971.

<sup>15</sup> Al respecto el artículo 42, numeral 6.º dispone lo siguiente: “Decidir, aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho sustancial y procesal”.

<sup>16</sup> Véase Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de agosto de 2008, magistrado ponente Pedro Munar Cadena, expediente 2003 00067; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 25 de marzo de 1988, magistrado ponente Pedro Lafont Pianetta, expediente 2431; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de noviembre de 2010, magistrado ponente Edgardo Villamil Portilla, expediente 2003-00198; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de marzo de 2014, magistrada ponente Martha Teresa Briceno, expediente 19416; Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo arbitral del 17 de mayo de 2017, OTCA SAS vs. Avianca S.A., Árbitro Nicolás Uribe Lozada.





### 1.3. Fundamento jurisprudencial

Los jueces y árbitros para *reconocer* la costumbre mercantil en un caso particular, pasan de aceptar el reconocimiento legal general a lo particular, verificando que la parte que la invoca pruebe su existencia, aceptación y aplicación de la costumbre mercantil al caso concreto. El *reconocer* entendido como la “aceptación de algo como legítimo” de acuerdo con la Real Academia Española<sup>17</sup>, por lo que en este caso, consiste en aceptar la costumbre mercantil que invoca la parte interesada como legítima, en la medida en que cumpla con los requisitos exigidos y no contraríe las disposiciones legales, conforme al material probatorio aportado en el proceso<sup>18</sup>. Es decir, que los jueces y árbitros para reconocer la costumbre mercantil en un caso particular, previamente analizan el material probatorio que aporta la parte interesada, para esclarecer si se trata o no de una costumbre mercantil<sup>19</sup>. En ese sentido, puede que la costumbre mercantil que se alegue sí exista, pero el juez de oficio no reconozca su existencia si la parte que la invoca no la prueba en debida forma<sup>20</sup>.

De lo anterior, se puede concluir que en Colombia la costumbre mercantil, tiene un reconocimiento constitucional, legal y desde la práctica judicial.

## 2. APLICACIÓN DE LA COSTUMBRE MERCANTIL

La costumbre mercantil como fuente del derecho, supone el siguiente interrogante para jueces y árbitros: ¿En qué casos se puede aplicar la costumbre mercantil? De acuerdo con el artículo 3.º del Código de Comercio, la costumbre mercantil tiene la misma autoridad de la ley comercial, siempre y cuando no la contraríe, es decir, que se proscriba la costumbre

---

<sup>17</sup> RAE, *Reconocer*, disponible en <http://dle.rae.es/?id=VUKtSkp> consultado el 28 de mayo de 2021.

<sup>18</sup> Es decir, que no sea *contra legem*, que los hechos constitutivos sean públicos, uniformes y reiterados.

<sup>19</sup> Véase. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 25 de marzo de 1988, magistrado ponente Pedro Lafont Pianetta, expediente 2431; Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo arbitral del 30 de agosto de 2016, Distribuidora los Coches la Sabana S.A. vs. GM Consultores S.A., Árbitros: Antonio José Núñez, Jaime Humberto Tobar, Juan Caro Nieto.

<sup>20</sup> Lo anterior, puede observarse en el Laudo arbitral de Distribuidora los Coches la Sabana S.A. vs. GM Colmotores S.A., del 30 de agosto de 2016.



mercantil *contra legem*<sup>21</sup>, admitiendo la prelación de la costumbre mercantil frente a las normas dispositivas y supletivas de la ley civil<sup>22</sup>.

En cuanto a la jerarquía, el artículo 4.º del Código de Comercio, expresamente señala que las estipulaciones contractuales prevalecen sobre las normas supletivas y a las costumbres mercantiles. La Corte Suprema de Justicia, ha reiterado la prevalencia de las estipulaciones contractuales, siempre y cuando no resulten contrarias al orden público; posteriormente, tendrá aplicación los usos y la práctica social habitual (costumbre mercantil), las normas generales de los contratos (teoría general del contrato); y en el evento en que persistan los vacíos, aplicando los efectos propios de la analogía. Lo anterior, en armonía con lo dispuesto en los artículos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 871 del Código de Comercio<sup>23</sup>.

En igual medida, la costumbre mercantil sirve como herramienta hermenéutica para jueces y árbitros para determinar el sentido de las palabras e interpretar los acuerdos mercantiles<sup>24</sup>. La costumbre mercantil se puede aplicar para aquellos casos en donde no se reguló el objeto de la controversia, o estando regulado, presenta dificultades o vacíos en su redacción que la costumbre mercantil puede suplir, siempre y cuando cumpla con los requisitos que establece el Código de Comercio. Veamos lo anterior en el siguiente ejemplo con los contratos a riesgo compartido o de colaboración empresarial:

### **2.1. Aplicación de la costumbre mercantil en los contratos a riesgo compartido o de colaboración empresarial**

Con la llegada de los contratos de colaboración empresarial, como un método contractual de integración para la consecución de un fin común<sup>25</sup>, se han creado costumbres mercantiles con autoridad de ley, aplicables a este género de contratos. Se trata de costumbres aplicables a la ejecución

---

<sup>21</sup> Cabe resaltar que la costumbre también puede ser *secundum legem* y *praeter legem*, según lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 153 de 1887, al no contrariar la Constitución, en especial, la costumbre *secundum legem* porque su fuerza proviene de la propia ley que se remite a ella (Corte Constitucional, C-224 de 1994).

<sup>22</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-486 de 1993.

<sup>23</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 22 de octubre de 2001, magistrado ponente Jorge Antonio Castillo Rugeles, expediente 5817.

<sup>24</sup> Colombia, Código de Comercio, artículo 5.º

<sup>25</sup> Zaldívar, Enrique, Manóvil, R., Ragazzi, G., et al., *Contratos de colaboración empresarial*, Abeledo-Perrot, 13.



de aquellos contratos que tienen por objeto la explotación conjunta de una actividad o negocio a riesgo compartido, con los cuales se busca la minimización de riesgos económicos y jurídicos, para la realización de proyectos de gran envergadura<sup>26</sup>.

Por lo anterior, es muy importante revisar previamente las costumbres mercantiles aplicables al contrato de colaboración objeto de redacción y/o litigio, según el lugar de su ejecución. Por ejemplo, en Bogotá D.C., la Cámara de Comercio ha certificado como costumbre mercantil para aquellos contratos “celebrados bajo la modalidad de consorcio o unión temporal, acordar entre los asociados la distribución de la responsabilidad interna en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato” y en relación a su vigencia que “se extiende hasta un (1) año después de la liquidación del contrato celebrado con la entidad contratante, que dio lugar a la unión temporal y/o consorcio”<sup>27</sup>.

La mayoría de estos contratos tienen la característica de ser contratos atípicos. Por esta razón, al momento de surgir una controversia contractual, el primer paso a seguir para los jueces, árbitros y abogados de cada parte, es remitirse a las estipulaciones contractuales. No obstante, para nadie es un secreto, lo complejo que resulta regular todos los supuestos de hecho que se pueden presentar durante la ejecución de esta clase de contratos. Cuando el objeto de la controversia no fue regulado en el contrato, surge la siguiente pregunta: ¿Qué regula lo no consagrado en las estipulaciones contractuales?

La Corte Suprema de Justicia<sup>28</sup> tuvo la oportunidad de aclarar que los contratos atípicos se rigen, en primer lugar, por lo pactado por las partes, siempre y cuando no resulte contrario al orden público; posteriormente, por la costumbre mercantil, las normas generales de los contratos (teoría general del contrato); y, en el evento en que persistan los vacíos, por las normas que regulan los contratos típicos afines, aplicando los efectos propios de la analogía.

Bajo este panorama, en el evento en que en el contrato de colaboración no se haya regulado los asuntos relativos a la vigencia, el alcance de la

---

<sup>26</sup> Véase Jiménez, Luisa. “La responsabilidad contractual en los contratos de colaboración empresarial”, Bogotá: Grupo Ibáñez, 2021.

<sup>27</sup> Al respecto véase Cámara de Comercio de Bogotá, Listado de costumbres mercantiles en <http://www.ccb.org.co/Transformar-Bogota/Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles> consultado el 28 de marzo de 2021.

<sup>28</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de octubre de 2001, magistrado ponente Jorge Antonio Castillo Rugeles, expediente 5817.



responsabilidad, la administración, los gastos de celebración del contrato, la cesión y la contabilidad, entre otros aspectos, la costumbre mercantil puede resultar aplicable y suplir dichos vacíos. De manera, que se pueden generar efectos que las partes posiblemente no avizoraron al momento de la celebración del contrato a riesgo compartido.

No debemos olvidar que, para redactar un buen contrato, se hace indispensable no solo entender el negocio que quieren ejecutar las partes, incluyendo sus respectivos alcances, sino que el abogado debe prever y mitigar riesgos, lo que hace inminente la revisión de las disposiciones legales y la costumbre mercantil que puede resultar aplicable.

## 2.2. *La técnica probatoria de la costumbre mercantil*

Ahora bien, para el juez o árbitro, el segundo interrogante a resolver es el siguiente ¿cómo aplicar la costumbre mercantil en un fallo? Para poder aplicar la costumbre mercantil, se requiere previamente reconocer su existencia. Como se estudió en el primer acápite, previamente a la aplicación de la costumbre mercantil, se analiza su reconocimiento en el caso concreto conforme al material probatorio aportado por la parte que lo invoca.

Nótese que un juez o árbitro por regla general señala los fundamentos legales de la costumbre mercantil en sentido general; posteriormente, examina si el material probatorio que aporta la parte interesada permite reconocer la costumbre mercantil en el caso particular, y finalmente, determina si la costumbre mercantil reconocida, resulta aplicable al caso concreto.

En esa medida, la prueba de la costumbre es el criterio determinante para que el juez o árbitro pueda reconocer la existencia de la costumbre mercantil que se alega, de acuerdo con las disposiciones legales, es decir, que los hechos constitutivos de la costumbre mercantil deben ser públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde deban cumplirse las prestaciones, no debe ser contrario a la ley, y debe probarse mediante alguna de las formas que dispone el artículo 179 del CGP.

En este punto, surge el siguiente interrogante: ¿El juez o árbitro puede decretar de oficio la prueba de la costumbre mercantil? Los artículos 169 y 170 del CGP, facultan al juez para el decreto de pruebas de oficio “cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes” y “cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia”.



Se destaca de las anteriores normas hacen referencia a *hechos* y no específicamente a normas, como lo sería la costumbre mercantil. No obstante, no existe norma que prohíba el decreto de oficio para la prueba de la costumbre mercantil, por el contrario, la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que el juez como director del proceso, puede decretar pruebas de oficio con el fin de garantizar la búsqueda de la verdad, sin que sea interpretado como parcialización o extralimitación de sus poderes<sup>29</sup>.

Lo anterior, se puede evidenciar en el laudo arbitral *Distribuidora los Coches de la Sabana vs. GM Colmotores la Sabana S.A.*, en donde el tribunal de arbitramento verificó si la cámara de comercio del respectivo lugar había certificado la costumbre mercantil que quería invocar el convocante, no obstante, al no estar certificada y al no ser probada por el convocante mediante los otros medios probatorios que dispone el CGP, el tribunal concluyó la inexistencia de la costumbre mercantil<sup>30</sup>.

Por su parte, la Sala de Casación Civil, de la Corte Suprema de Justicia, destacó que la parte que invocó la costumbre mercantil no la probó y tampoco fue decretada de oficio por parte del juez de primera instancia, lo cual significa que el juez sí contaba con dicha facultad<sup>31</sup>. Por otro lado, el Consejo de Estado en una providencia decretó dos testimonios para probar la costumbre mercantil, testimonios que previamente no habían sido decretados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al considerar este último, que no eran conducentes<sup>32</sup>. De esta forma, ya existen antecedentes que evidencian que sí es posible que un juez o árbitro pueda decretar una prueba para demostrar la existencia de la costumbre mercantil.

En todo caso, no se puede desconocer que en la mayoría de los fallos<sup>33</sup>, se evidencia una renuencia por parte de los jueces en decretar de oficio las

---

<sup>29</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 18 de julio de 2014, magistrado ponente Luis Armando Tolosa, expediente SC-9493. "(...) con tal cometido aumenta el grado de convicción frente al suceso investigado y el grado de certeza, que desde la perspectiva de los estándares probatorios se conoce como probabilidad prevaleciente o preponderante, de suerte que permita fundamentar con mayor rigor y vigor la decisión".

<sup>30</sup> Colombia, Cámara de Comercio de Bogotá, Laudo arbitral, *Distribuidora los Coches de la Sabana vs. GM Colmotores la Sabana S.A.*, 2016.

<sup>31</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de agosto de 2008, magistrado ponente Pedro Munar Cadena, expediente 2003-00067.

<sup>32</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Auto 16505 de 2007, magistrada ponente Ligia López Díaz.

<sup>33</sup> V. gr. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 11 de abril de 2014, magistrada ponente Ruth Marina Díaz Rueda, expediente SC4756-2014;



pruebas conducentes para probar la costumbre mercantil en cada caso particular, ya que las partes que la invocan no prueban su existencia en debida forma<sup>34</sup>. En efecto, de los fallos estudiados, los argumentos que esbozan los jueces para reconocer y aplicar la costumbre mercantil, se encuentran dirigidos a recalcar que las partes que la invocan deben probarla dentro del proceso, en los términos del artículo 6.º del Código de Comercio y Código General del Proceso.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

Así cuando el recurrente pretenda acusar una sentencia por tal motivo, su impugnación no podrá limitarse a probar que la costumbre comercial no se hizo actuar, sino que tendrá que demostrar primero cómo se estableció su existencia y contenido para hacerle ver a la Corte cómo, a pesar de haber sido acreditada, el juez no la aplicó, incurriendo en error de hecho o de derecho al no haber tenido en cuenta los medios que se adujeron para probar esa costumbre<sup>35</sup>.

En los procesos en donde no se probó la costumbre mercantil, los jueces y árbitros no reconocieron su existencia y posible aplicación en el caso particular, ya que han considerado que la prueba de la costumbre mercantil se encuentra en cabeza de quien la invoca, y no puede suplirse oficiosamente por los jueces. En este punto, me permito apartarme, ya que la técnica probatoria de acuerdo con el artículo 179 del CGP, no debe constituirse como el fundamento de reconocimiento y aplicación de la costumbre mercantil en los casos particulares, ya que se restringiría su campo de aplicación como fuente del derecho.

Por lo tanto, en aquellos casos en donde los jueces y árbitros evidencien que resulta conducente decretar una prueba de oficio para que se acredite la posible existencia de una costumbre mercantil, para esclarecer los hechos objeto de controversia, y de esta forma garantizar la búsqueda de la verdad, se evitaría recurrir a las normas civiles y a la analogía, para solucionar aquellos conflictos propios de los comerciantes. Lo anterior,

---

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 2 de febrero de 2009, magistrado ponente Arturo Solarte Rodríguez, expediente 1995-11220; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de julio de 2001, magistrado ponente Jorge Castillo Rugeles, expediente 5860.

<sup>34</sup> Al respecto el Dr. Néstor Humberto Martínez, ha considerado que el juez debería aplicar la costumbre mercantil de oficio, Véase: Martínez, Néstor, “Seis lustros de la jurisprudencia mercantil”. *Revista Universitas*, 2003, 129-159.

<sup>35</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 25 de marzo de 1988, magistrado ponente Pedro Lafont Pianetta, expediente SC-2431, 1988.



tampoco consiste en exigirle al juez que conozca de todas las costumbres mercantiles y que determine cuáles pueden resultar aplicables a los procesos judiciales ante la ausencia de alegación por los extremos procesales, se trata de no condicionar el reconocimiento y aplicación de la costumbre mercantil a la técnica probatoria.

## CONCLUSIONES

Nuestro derecho comercial surge en primera medida de la práctica mercantil, por lo que el origen de la codificación mercantil proviene en esencia de la costumbre de los comerciantes. En efecto, la expedición del Código de Comercio de 1971 significó un gran avance para nuestro derecho mercantil y la regulación de la costumbre mercantil permitió su reconocimiento como fuente normativa e interpretativa, con un régimen probatorio especial.

En la práctica, para el reconocimiento y aplicación de la costumbre mercantil por parte de jueces y árbitros, se requiere de técnica probatoria por quien la invoca, para demostrar su existencia, aceptación y aplicación al caso concreto.

Los jueces y árbitros pueden decretar pruebas de oficio para demostrar la posible existencia de una costumbre mercantil en el caso particular, como una forma de reconocimiento y aplicación de la costumbre mercantil, siempre y cuando la prueba tenga por objeto esclarecer los hechos objeto de controversia, garantizar la búsqueda de la verdad y de esta forma permitir el progreso de los negocios mercantiles.

## BIBLIOGRAFÍA

- Espinosa, Carlos, “Del uso convencional a la costumbre mercantil como norma jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n.º 25, 2000, 99-126.
- Jiménez, Luisa. “La Responsabilidad contractual en los contratos de colaboración empresarial”, Bogotá: Grupo Ibáñez, 2021.
- León, Édgar y López, Yira, “Derecho mercantil consuetudinario”, Bogotá: Legis y Universidad del Rosario, 2016.
- López, Yira y León, Édgar, “La costumbre mercantil en aplicaciones móviles” en *La costumbre mercantil un aporte para los negocios de los empresarios en Colombia*, Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2018, 63-73.



- Oviedo, Jorge, Rubiano, Atshan, Canosa, Ulises, et al. “Ensayos sobre costumbre mercantil”, Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2009.
- Martínez, Néstor, “Seis lustros de la jurisprudencia mercantil”, *Revista Universitas*, 2003, 129-159.
- Martínez, Néstor, “*Cátedra de introducción al derecho mercantil*”, Bogotá: Legis, 2021.
- Pinzón, Gabino, Perdomo, Jaime, Neira, Carlos, et al. *Revista Cámara de Comercio de Bogotá*, 1971, 1, (3), 15-175.
- Pinzón, Jorge. “El Código de Comercio treinta años después de su expedición: algunas reflexiones acerca del sentido actual de una codificación en materia mercantil” *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, 31, 2004, 1-24.
- Zaldivar, Enrique, Manóvil, R., Ragazzi, G., et al. *Contratos de colaboración empresarial*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia del 5 de mayo de 1994, magistrado ponente Jorge Arango Mejía, C-224-94.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia del 13 de mayo de 2015, C-284-15, magistrado ponente Mauricio González Cuervo.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia del 28 de noviembre de 1993, C-486-93, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de septiembre de 1958, 2202, magistrado ponente Arturo Valencia Zea.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 25 de junio de 1980, 25061980, magistrado ponente Héctor Gómez Uribe.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 25 de marzo de 1988, 2431. magistrado ponente Pedro Lafont Pianetta.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de julio de 2001, 5860, magistrado ponente Jorge Castillo Rugeles.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de agosto de 2008, 2003 00067, magistrado ponente Pedro Munar Cadena.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de febrero de 2009, 1995-11220, magistrado ponente Arturo Solarte Rodríguez.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de noviembre de 2010, 2003-00198, magistrado ponente Edgardo Villamil Portilla.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de abril de 2014). Sentencia SC4756-2014, magistrado ponente Ruth Marina Díaz Rueda.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, SC-9493, 2014, magistrado ponente, Luis Armando Tolosa.





Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 21 de junio de 2007, Auto 16505, magistrado ponente Ligia López Díaz.

Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de marzo de 2014, 18754, magistrado ponente Hugo Bastidas Bárcenas.

Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de marzo de 2014, 19416, magistrado ponente Martha Teresa Briceño.

Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 22 de octubre de 2015, 48061, magistrado ponente Jaime Santofimio Gamboa.

Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de octubre de 2016, 21051, magistrado ponente Martha Teresa Briceño.

Colombia, Tribunal Superior del Distrito de Bogotá. Sala Civil. Sentencia del 12 de junio de 2012). Sentencia 2012-00012, magistrado ponente Julia Botero Larrarte.

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Sentencia del 23 de marzo de 2011, ponente Dionisio Manuel de la Cruz, Sentencia 16.

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del 21 de octubre de 1997, Harold Zea Gil y otros vs. The Interpublic Group of Companies Inc y otros.

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del 19 de mayo de 2003, Consorcio Villa Hernández vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del 26 de marzo de 2014, Ferney Gutiérrez Servicios Electromecánicos Limitada vs. Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del 3 de diciembre de 2015, Telmex Colombia S.A. y UNE EPM Comunicaciones S.A. vs. División Mayor del Fútbol Colombiano Dimayor.

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del 30 de agosto de 2016, Distribuidora los Coches la Sabana S.A. vs. GM Consultores S.A.

Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del 17 de mayo de 2017, OTCA SAS vs. Avianca S.A.

Cámara de Comercio de Bogotá, “Listado de costumbres mercantiles” en <http://www.ccb.org.co/Transformar-Bogota/Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles> consultado el 28 de marzo de 2021.

Ley 153 de 1887.

Ley 18 de 1907.

Ley 16 de 1968.



Código Terrestre de 1887.

Código de Comercio de 1971.

Código General del Proceso.

Constitución Política de Colombia de 1991.



# EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA LEGISLACIÓN MERCANTIL COLOMBIANA: COMERCIANTE-EMPRESARIO

ÉDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO\*

## 1. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

En el sistema de derecho privado contemporáneo existe una disyuntiva conceptual entre el comerciante y el empresario. Según refiere Galgano, mientras el primero, en cuanto a su formación, es producto de una tradición jurídica que se puede precisar como *secular*, dada su aparición como vestigio histórico en donde el sistema económico estaba representado por el comercio, la revolución industrial trajo consigo un cambio de paradigma, ocasionado por la aparición en el ámbito social de los denominados “medios de producción”, con los cuales se planteó la entrada en pleno de un concepto nuevo en el entorno, como lo es la empresa<sup>2</sup>.

Podría existir una relación de género a especie entre estos dos términos, teniendo en cuenta que el comerciante es la figura específica del empresario, cuya actividad consiste en el intercambio de bienes. Sin embargo, la regulación que hacen los códigos de las dos figuras permite entender que se trata de términos autónomos que pueden compartir elementos comunes y confundirse en un mismo sujeto.

---

\* Abogado de la Universidad del Rosario. Tiene un posgrado en Derecho Civil de la Universidad de Salamanca (España), es especialista en Derecho Comercial de la Universidad Javeriana, magíster en Derecho de la Universidad Externado de Colombia y doctor en Derecho *summa cum laude* de la Universidad Alfonso X El Sabio (España). Es presidente de la Subcomisión de Prácticas Mercantiles CCI y miembro del Comité de Costumbre Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá. Actualmente es profesor de la Universidad Sergio Arboleda, director de la Especialización en Derecho Privado de la misma institución y socio de KMJ Legal & Tax. edgar.leon@kmjlegal.com.

<sup>1</sup> Este artículo es resultado de investigación del API “Crisis de la justicia”, clúster: Constitución, modernización e innovación del Derecho Privado, Universidad Sergio Arboleda.

<sup>2</sup> Galgano, Francesco, *Derecho comercial. El empresario*, Bogotá: Temis, 1999, 14.



Esta es precisamente la situación que plantea el Código de Comercio colombiano de 1971 y, por esa razón, resulta fundamental entender cuál es el ámbito jurídico-económico que los conceptos comerciante y empresario juegan en su papel de elemento subjetivo de la legislación mercantil. Para tal efecto, en primer lugar, se hará un análisis del surgimiento histórico de las dos figuras. Posteriormente, se precisará cuál es el contenido fáctico y normativo de los dos términos, se fijará la manera como encuentran su regulación en el estatuto mercantil vigente y, finalmente, se presentará una propuesta que puede resultar para algunos exótica e inviable, con la cual se plantea la referenciación de los dos conceptos en uno solo: el operador jurídico mercantil.

## 2. REMEMBRANZA CONCEPTUAL

En la alta Edad Media, el vasallo o siervo de la gleba compraba su libertad —*franchise*— al feudal, quien era beneficiario de la propiedad inmueble, punto de partida de la riqueza en aquel entonces. Ante la ausencia de un sustento directo, buscaba lugares estratégicos donde fuera factible obtener recursos para satisfacer sus necesidades básicas, principalmente a la orilla de los ríos o en las costas, y se juntaba con otros conformando villas o burgos<sup>3</sup> donde se encontraba la posibilidad de adquirir materia prima que le permitiera realizar una actividad artesanal, caracterizada por la transformación de bienes muebles y su intercambio, en un primer momento a través del trueque y, posteriormente, con la utilización de dinero<sup>4</sup>. Como se aprecia, esta cadena productiva se puede catalogar como el verdadero origen del comercio moderno.

La labor del experto mayor fue reconocida por su *auctoritas*, adquiriendo el título de *magíster*. Para realizar su actividad eran acompañados de *oficiales*, a quienes se les pagaba un salario, y los jóvenes que querían conocer su oficio eran sus aprendices “*pro bono*”. El ascenso social era obtenido al presentar su “obra maestra” ante los maestros. Una vez aprobada, debían pagar unas sumas de dinero, con lo cual podían abrir sus talleres<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Es el caso de ciudades como Venecia, Génova, Pisa, Florencia, Milán, Pavía, Flandes, Núremberg y Colonia, entre otras —Medina Vergara, Jairo, *Derecho comercial. Parte general*, 4.ª ed., Bogotá: Temis, 2008, 9—.

<sup>4</sup> Para la época, se trataba de herrería, panadería, carpintería, orfebrería, joyería, charcutería.

<sup>5</sup> Bonassie, Pierre, *Vocabulario básico de la historia medieval*, Barcelona: Crítica, 1983, 60-63.



Mientras las villas y los burgos siguieron creciendo, las necesidades que se requería cubrir de sus habitantes cada vez fueron mayores, dando a su lugar otras nuevas, pues ya no solamente se trataba de cubrir las básicas, pues con sus ganancias el artesano podía adquirir bienes y servicios comunes. Por ello, se encontró con la opción de obtener de otros lugares lejanos otros productos para su mercado. Fue allí donde surgieron las ferias medievales, con las cuales el intercambio adquirió mayor relevancia, pues desde Europa se organizaron caravanas que llegaron incluso hasta los confines del mundo conocido, gracias a las rutas de la seda y de las especias<sup>6</sup>.

La especialización del comercio fue tal que crearon reglas propias para justificar sus comportamientos comerciales, esto es, su propio derecho, y se asociaron para defender sus intereses y los de la respectiva profesión<sup>7</sup>. Tales asociaciones tomaron el nombre de corporaciones de comerciantes o mercaderes —*curias mercatorum*<sup>8</sup>—, las cuales surgían a la vida comercial a través de la suscripción de los denominados *estatutos*, consignados en un *liber mercatorum*<sup>9</sup>. En esta medida, se consideró que la firma de estos documentos y la voluntaria adhesión a sus disposiciones otorgaban el estatus de comerciante, dando paso al denominado “criterio subjetivo”.

Tales entidades, además, cumplían funciones disciplinarias y servían como tribunales de justicia ante los que se resolvían diferencias de derecho sustantivo entre sus asociados, y entre ellos y particulares, respecto de los negocios, los cuales no serían resueltos con base en el derecho tradicional. En tal sentido, los sujetos procesales entendían que la regla de derecho dictada por el tribunal era obligatoria. Cuando se trataba de una medida disciplinaria, el comerciante podía ser sancionado con una multa o con la expulsión de la *curia mercatorum*, lo cual constituía, además, una afrenta

<sup>6</sup> Uribe, Diana, *Brújula para el mundo contemporáneo*. Bogotá: Aguilar, 2018, 346.

<sup>7</sup> Zapata de Arbeláez, Adriana, *Gobernabilidad monetaria y financiera internacional*, Bogotá: Universidad Externado, 2012, 105.

<sup>8</sup> Conocidas en español como gremios o corporaciones.

<sup>9</sup> Estatuto o reglamento, generalmente de carácter cerrado, que establecía las reglas de comercio en una curia de carácter territorial. Una vez firmado, atribuía la calidad de comerciante a quien se acogiera a sus preceptos, sin importar el ejercicio del comercio. La aparición de este instrumento dio lugar al surgimiento del criterio subjetivo mercantil, así al comerciante no solamente se le aplicaban las reglas que allí se encontraban consignadas, sino que este también quedaba sometido a la jurisdicción de los tribunales de comercio correspondientes —denominados “tribunales consulares”—, los cuales eran ajenos a la justicia común y cuya característica principal era la agilidad de los procedimientos —Medina Vergara, ob. cit., 9 y 10—. Véase también: Osman, Filali, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1992, 10.



contra el honor, al tratarse su pertenencia a ella de un estatus social donde la reputación tenía un papel primordial<sup>10</sup>.

Con posterioridad, algunos comerciantes letrados, conocedores de los principios decantados por los tribunales y de sus decisiones en equidad, comenzaron a compilar los usos comerciales que regulaban la actividad mercantil<sup>11</sup>, así como los fallos que decidieron los diferentes asuntos<sup>12</sup>. Este cuerpo jurídico fue denominado en Inglaterra “*law merchant*”<sup>13</sup>, en Francia “*droit des fores*” y en Italia “*jus mercatorium*”. Sin embargo, en aquel entonces cualquier referencia al mismo fue centralizada en la expresión *lex mercatoria*, es decir, la “ley de los comerciantes”, término usado en un compendio de costumbres inglesa llamada *Fleta*, escrita alrededor de 1290, siendo desarrollada durante todo el siglo XIII como parte de la “Collection Colford”, en el *Little Red book of Bristol*. Esta, última fue recogida en el tratado *Consuetudo vel Lex Mercatoria*, escrito por Gerald Malynes y publicado en 1622<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> A pesar de existir reglas de derecho civil para resolver las controversias derivadas de las actividades comerciales, resultaba preferible evitar la jurisdicción de los tribunales reales, eclesiásticos o de derecho consuetudinario, pues los de comercio garantizaban agilidad, informalidad, eficiencia y justicia —Elcin, Mert, *The applicable law to international commercial contracts and the status of Lex Mercatoria: with a special emphasis on choice of law rules in the European Community*, Dissertation, Florida, 2010, 5-7—.

<sup>11</sup> “Era un derecho profesional, consuetudinario y subjetivo. Surgen las corporaciones como antecedentes de los gremios comerciales modernos, compuesto por mercaderes, artesanos e industriales con el objeto de velar por el buen funcionamiento de sus actividades. La disciplina nacida dentro de las corporaciones tienen un origen estrictamente consuetudinario, transnacional, basado en las costumbres de los comerciantes y regida por ellos mismos” —Jaramillo Vargas, Jorge, “La ‘*Lex Mercatoria*’: mito o realidad”, en *Negocios Internacionales. Tendencias, Contratos e Instrumentos*, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1998, 38—.

<sup>12</sup> Algunos ejemplos pueden encontrarse en: Jacob, Giles, *Lex mercatoria: or, the merchant’s companion. Containing all the laws and statutes relating to merchandize*, E. and R. Nutt and R. Gosling, Londres, 1729 y Beawes, Windham y Chitty, Joseph. *Lex mercatoria: or a complete code of commercial law*, 6.<sup>a</sup> ed. C. Baldwin, vol. I y II, Londres, 1813.

<sup>13</sup> Este sistema jurídico tiene su aparición en los siglos XII y XIII y se reflejó principalmente en las necesidades del tráfico marítimo, y que fue aplicada al comercio europeo por siglos. Esta creación jurídica reflejó el último movimiento de la ley local hacia un sistema universal del derecho en la época, basado en intereses mercantiles —Trakman, León E., *The law merchant: the evolution of commercial law*, Fred B. Rothman & Co., Colorado, 1983, 8—.

<sup>14</sup> Al respecto, véanse: León Robayo, Édgar Iván, *La nueva lex mercatoria en el derecho latinoamericano de contratos*, Bogotá: Tirant Lo Blanch-Universidad del Rosario, 2019, 30-38; Moreno Rodríguez, José Antonio, “La nueva lex mercatoria: ¿Un fantasma creado por profesores de la Sorbona?”, en *Foro de Derecho Mercantil – Revista Internacional*, n.º 1, Bogotá: Legis, 2003, 99 y 100; Likosky, Michael B., “Compound corporations: the public law foundations of Lex Mercatoria”, en: *Non-State actors & international law*, Oxon,



Ulteriormente, estos principios jurídicos, creados y recopilados por los mercaderes durante la Edad Media, fueron recogidos por las diferentes monarquías, quienes encontraron en estas regulaciones una cómoda posición de *rule taker* en vez de *rule maker*, al decretarlas como leyes propias. Advenida la Revolución Francesa y con el movimiento codificador del siglo XIX, se dio lugar a su nacionalización y tipificación normativa<sup>15</sup>. Así, Napoleón ordenó la creación de una comisión redactora de un Código de Comercio, proceso paralelo al de la preparación y puesta en vigencia de un Código Civil.

En desarrollo de su labor, sus miembros encontraron que existían catorce actividades que cuando eran realizadas de manera profesional daban lugar a la condición de comerciante, sin necesidad de estructuras solemnes o de inclusión en una agremiación. Tal situación dio lugar a un ámbito de competencia legal en el cual el Código de Comercio era aplicable a las situaciones comerciales y se estableció una modificación del sistema subjetivo a uno objetivo, respecto del cual se dio paso a una estructura jurisdiccional de jueces que permitieran desarrollar esta estructura legal. Sin embargo, el elemento subjetivo en esta materia se conservó en cabeza del comerciante. Posteriormente, diversos países europeos como Alemania, España, Italia y Suiza siguieron el ejemplo del codificador francés en este aspecto, aunque respecto de estos dos se hizo una revisión fundamental que modificó el sistema<sup>16</sup>. De ahí, esta idea saltó a Latinoamérica, cuyos códigos, dentro de los que se encuentra Colombia, reiteran esta posición, tanto en el Código de Comercio Terrestre de 1886 y, posteriormente, en el Código de Comercio de 1971.

---

Ashgate, 3, 2003, 276; De Ly, Filip, *International business law and Lex Mercatoria*, Emerald Group Publishing Limited, Londres, 2007, 207; Berger, Klaus P., *The creeping codification of the new Lex Mercatoria*, 2a ed., Kluwer Law International, The Netherlands, 2010, 3.

<sup>15</sup> La pérdida de sus características esenciales, la internacionalidad y su condición de fuente evolutiva y consuetudinaria, trajeron consigo la consecuente extinción de la *Lex Mercatoria* medieval —Forero Jiménez, Carlos, “Causas y consecuencias de la aplicación de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías como *lex mercatoria*”, *Revista de Derecho Privado*, 38, 2007, 5; Moreno Rodríguez, ob. cit., 95—.

<sup>16</sup> Suiza en 1881 expidió la *Ley Federal del Derecho de las Obligaciones*, la cual unifica todo el régimen obligacional privado, normativa que en 1911 se incorporó al Código Civil como libro de las obligaciones y con lo cual se considera que existe una verdadera fusión del derecho civil y comercial. Por su parte, Italia en 1942 expide su *Codice Civile*, fundamentado en la unidad del derecho privado, a partir de los principios corporativos del fascismo, los cuales exaltan la empresa sobre la idea tradicional del comerciante —Galvano, ob. cit., 14—.



Según refiere Galgano, la duplicación normativa del derecho privado trajo consigo una violación de la igualdad de los ciudadanos frente a la ley. En efecto, no es posible que existan privilegios para cualquier categoría por el hecho de realizar una actividad o no. Y esto era una situación de doble vía, no solo en favor del comerciante, sino que era posible que el derecho civil también protegiera a los destinatarios de sus normas, por encima de quienes realizaban el comercio. A través de una mirada al derecho anglosajón se proyectó la imagen de una sociedad civil equilibrada en la que los “intereses de la clase mercantil estuvieran coordinados con los de los propietarios, los de los consumidores y los de los trabajadores”<sup>17</sup>.

Fue entonces en Italia, en 1942, cuando verdaderamente se comercializa el derecho privado en una legislación unificada, al tomarse como referencia el fenómeno de la empresa, a partir de la sociedad por acciones. De allí, a su vez, surge el de empresario, configurado de modo que comprende toda forma, individual o colectiva, en su explotación económica. Si bien esta figura contiene un alto contenido técnico económico, impacta de manera directa el ámbito jurídico. Así, el sistema que lo regula contiene un “alcance normativo autónomo”, ya que identifica un conjunto de normas que están destinadas a todo tipo de empresa y que se aplican a cualquier sujeto —persona natural o jurídica, pública o privada, con ánimo o sin ánimo de lucro— que se encuentra a la cabeza de una organización y que dispone de un conjunto de bienes corporales, muebles o inmuebles, así como de activos intangibles, para realizar una actividad productiva en el mercado<sup>18</sup>.

El Código de Comercio colombiano no hace referencia directa al concepto de empresario y su concepción se basa en el término comerciante, de conformidad con el derecho francés. Esto a pesar de que la comisión redactora introdujo en el artículo 25 una definición de empresa, construida a partir del establecimiento de comercio<sup>19</sup>. Incluso, aparece de relevancia el hecho de que en las actividades tenidas en cuenta como actos objetivos de comercio aparece un listado de negocios de carácter empresarial, con lo cual se podría entender que la regulación de la empresa en Colombia

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, 6.

<sup>18</sup> *Ibidem*, 10.

<sup>19</sup> Relata la exposición de motivos de 1958, que la regulación del establecimiento de comercio es traída del Código italiano de 1942 resaltando la idea de que forma una unidad económica para el desarrollo de una actividad económica, organizada y estable —Ministerio de Justicia, *Proyecto de Código de Comercio elaborado por la Comisión redactora del Código de Comercio*, Bogotá, 1958, 28 y ss.—.





trae consigo el hecho de que la empresa se relaciona directamente a la comercialidad.

Por esta razón, el imaginario colectivo presume que la actividad económica que realiza una entidad sin ánimo de lucro o, incluso, una entidad estatal, excluye de tajo el ámbito empresarial, lo cual resulta alejado de la realidad. En efecto, desde hace más de 40 años, Pinzón precisaba que el carácter meramente ilustrativo de las actividades empresariales en el Código de Comercio no implica que toda empresa sea mercantil ni que todo empresario sea comerciante<sup>20</sup>.

En esta medida, la empresa solamente será mercantil cuando tiene por objeto el desarrollo de actividades calificadas como tales. En los otros eventos serán civiles o tendrán otra naturaleza, pero siempre teniendo en cuenta que la actividad de organización y la eficiencia económica, esto es, la posibilidad de obtener los máximos rendimientos a partir de unos recursos mínimos, son presupuesto necesario para su actividad productiva. Dada su importancia entonces, exigen de una actividad y control directos para conseguir el resultado productivo esperado por parte de quien quiera que sea su empresario.

### 3. DISQUISICIONES CONCEPTUALES LEGALES ENTRE LOS DOS TÉRMINOS

Este apartado tiene como propósito responder una pregunta fundamental, de conformidad con la preceptiva vigente del Código de Comercio de 1971: ¿Los conceptos empresario y comerciante son sinónimos? Es decir, ¿la forma como encuentran su regulación es similar y sus derechos, deberes y obligaciones son las mismas?

Probablemente, el término comerciante encuentra su primera definición en el Código de Napoleón, en el cual se considera comerciante a: "... todo aquel que ejecuta actos de comercio y hace de ellos su profesión ordinaria y habitual". Por otra parte, en el código español de 1829 se le definió como: "... los que teniendo capacidad legal se han inscrito en el registro de comercio y que hacen de esa actividad su ocupación habitual y ordinaria"<sup>21</sup>. Por su parte, el derecho colombiano, en el artículo 10 del Código de Comercio, define a los comerciantes como: "... las personas que

<sup>20</sup> Pinzón, Gabino, *Introducción al derecho comercial*, Bogotá: Temis, 1985, 150.

<sup>21</sup> *Ibidem*, 246 y 247.



**profesionalmente** ocupan alguna actividad que la ley señala como mercantil”<sup>22</sup> (subrayado fuera del texto).

En tal sentido, debe aclararse que la profesionalidad se refiere a que el ejercicio de la actividad mercantil se constituye como su fuente principal de ingresos. Sin embargo, quienes de manera ocasional realizan una de estas conductas, si bien no son comerciantes, quedan sujetos al ámbito de competencia de la mencionada legislación mercantil, al tratarse de un acto aislado, conforme con el artículo 11.

En esta medida, existen diferentes tipos de clasificaciones de los comerciantes que se deducen tanto de la legislación, como de la doctrina<sup>23</sup>. Así, dentro de las múltiples categorizaciones, surge esta como la forma principal:

- a) Individuales<sup>24</sup> y colectivos<sup>25</sup>.
- b) Principales y auxiliares<sup>26</sup>.
- c) Minoristas y mayoristas.
- d) Industriales, comerciales y financieros.

La doctrina coincide en que la determinación de quién ostenta la calidad de comerciante se precisan tres sistemas<sup>27</sup>:

- a) El subjetivo, que surge en la Edad Media, al tenerse en cuenta que comerciante es quien se encuentre inscrito o matriculado en el registro de comerciantes, lo que se fundamenta a partir de una presunción de la actividad.
- b) El objetivo, de conformidad con el cual comerciante es todo aquel que ejecuta actos de comercio que, para el caso colombiano se encuentran en una enumeración no taxativa en el artículo 20 del Código de Comercio.

<sup>22</sup> Narváez García, José Ignacio, *Introducción al derecho mercantil*, Bogotá: Legis, 2008, 159.

<sup>23</sup> Medina Vergara, ob. cit., 132-135.

<sup>24</sup> Personas naturales, empresas unipersonales y sociedades por acciones simplificadas unipersonales.

<sup>25</sup> Las sociedades comerciales: colectiva, limitada, en comandita simple y por acciones, anónima y por acciones simplificadas plurilateral.

<sup>26</sup> Frente a este tipo de comerciantes existe una gran discusión, pues de acuerdo con sus actividades se trata de auténticos comerciantes. Aquí encontramos a corredores, agentes y factores. Al respecto, véase: Pinzón, ob. cit., 250. Sin embargo, dentro de estos debería contarse también a los publicistas, los cuales sí serían verdaderos auxiliares del comercio y no son tenidos en cuenta como tales.

<sup>27</sup> Martínez Neira, Néstor Humberto, *Cátedra de introducción al derecho mercantil*, Bogotá: Legis, 2021, 286 y 287.



- c) El mixto, que involucra elementos de los dos anteriores y que es el típico modelo colombiano, pues existe una actividad profesional y se incluye la posibilidad de que existan actos aislados que si bien no dan lugar a la adjudicación de la calidad de comerciante, al final esto trae como consecuencia que el sujeto esté sometido a la competencia de la ley mercantil.

Por otro lado, el comerciante está obligado a cumplir con una serie de deberes, los cuales se encuentran contenidos en el artículo 13 del Código de Comercio, cuyo cumplimiento también constituye, según la preceptiva nacional, una presunción legal y, por ende, quien las ejecuta, se entiende como comerciante<sup>28</sup>. Son estas:

- a) La matrícula en el registro mercantil.
- b) Tener un establecimiento de comercio abierto al público. En esta materia, debe considerarse que, en la actualidad, este bien puede ser, incluso, de carácter virtual<sup>29</sup>.
- c) Anunciarse al público como comerciante, por cualquier medio.

En esta medida, quien se encuentre bajo estas circunstancias se encuentra inmerso en una serie de comportamientos obligatorios exigidos por la ley mercantil, específicamente en el artículo 19. Tales deberes son:

- a) Matricularse en el registro mercantil.
- b) Inscribir igualmente sus actos, libros y documentos, cuando así lo exija la ley<sup>30</sup>.
- c) Llevar la contabilidad debidamente, de acuerdo con las normas contables pertinentes. En la actualidad, tal actividad se hace de conformidad con las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), según lo dispone la Ley 1314 de 2009 y normas concordantes.
- d) Conservar la correspondencia y demás documentos exigidos por la ley, lo que en la actualidad se hace incluso a través de repositorios electrónicos de información.

---

<sup>28</sup> Pinzón, ob. cit., 254 y 255.

<sup>29</sup> Al respecto, debe recordarse que los requisitos de apertura de este tipo de activos se encuentran regulados en el artículo 87 de la Ley 1801 de 2016 —Código Nacional de Policía— y que el establecimiento de comercio virtual debe ser inscrito en el registro mercantil, según lo dispone el artículo 91 de la Ley 633 de 2000.

<sup>30</sup> Al respecto, hay que remitirse a lo dispuesto por los artículos 48 a 67 del Código de Comercio, 186 y 264 y siguientes y 626 del Código General del Proceso y 173 y 175 del Decreto 19 de 2012.



- e) Denunciar ante el juez competente la cesación en el pago corriente de sus actividades mercantiles<sup>31</sup>.
- f) Abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal, lo cual encuentra desarrollo específico como una verdadera prohibición en el artículo 7.º de la Ley 256 de 1996. Tales conductas son desarrolladas por la misma normativa y se encuentran unas conductas típicas, como lo son: desviación de la clientela, desorganización, confusión, engaño, descrédito, comparación, imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos, inducción a la ruptura contractual, violación de normas y realización de pactos desleales de exclusividad<sup>32</sup>.

De otro lado, y respecto de las consideraciones subjetivas propias del comerciante, este debe tener capacidad para el ejercicio del comercio. La ley mercantil remite su configuración a partir de lo indicado en el derecho civil y laboral para las personas naturales y jurídicas.

Frente a las primeras, en la actualidad es preciso tener en cuenta lo dispuesto por la Ley 1996 de 2019, “por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad”. En este sentido, debe tenerse en cuenta que los menores de 16 a 18 años pueden ejercer actividades mercantiles con permiso de sus representantes legales y del inspector del trabajo, sin tener capacidad plena<sup>33</sup>. Así mismo, los niños y adolescentes pueden ser titulares de cuotas sociales y acciones en personas jurídicas<sup>34</sup> (C. Co., art. 20(5)). Por supuesto, esta conducta se encuentra condicionada al debido acompañamiento por parte de sus representantes legales, quienes, a su vez, obtienen una remuneración por este servicio, lo que hace parte del denominado usufructo legal de los bienes de los hijos<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Mientras en 1971 se estableció un régimen de quiebras, que respecto de personas jurídicas ha evolucionado con los denominados trámites concordatarios y de reestructuración, actualmente se hace referencia a la insolvencia. Frente a personas naturales se debe tener en cuenta lo dispuesto en este sentido en el Código General del Proceso y, respecto de las jurídicas, la normativa aplicable es la Ley 1116 de 2006.

<sup>32</sup> De la Cruz Camargo, Dionisio Manuel, *La competencia desleal en Colombia. Un estudio sustantivo de la ley*, Bogotá: Universidad Externado, 2020, 55-356.

<sup>33</sup> Velásquez Restrepo, Carlos Alberto, *Instituciones de derecho comercial*, Señal Editora, Medellín, 2003, 130.

<sup>34</sup> Véase el numeral 5.º del artículo 20 del Código de Comercio.

<sup>35</sup> Esta remuneración está contenida en los artículos 293 y 869 del Código Civil.



Respecto de las personas jurídicas mercantiles, el sistema legal precisa que la mencionada capacidad se encuentra contenida tanto en su objeto como en las facultades del representante legal. En uno y otro caso su alcance se puede fijar directamente por la ley —como sucede por ejemplo con las empresas unipersonales y las sociedades por acciones simplificadas, que en cualquier caso son personas jurídicas mercantiles<sup>36</sup>— o directamente por las partes, fijando limitaciones y prohibiciones —según se dispone en los demás tipos societarios establecidos por el Código de Comercio—.

No se puede dejar de lado el hecho de que la normativa mercantil establece ciertas inhabilidades para quienes pretendan ejercer la actividad de comerciantes:

- a) Los funcionarios de entidades públicas por actividades mercantiles relacionadas con sus actividades. En estos casos, el comerciante que tome posesión de un cargo que lo inhabilite debe comunicar esta situación a la cámara de comercio respectiva, mediante copia del acta o diligencia de posesión o certificado del funcionario ante quien se cumplió la diligencia, dentro de los diez días siguientes a la misma. Posteriormente, el posesionado deberá acreditar el cumplimiento de esta obligación ante el funcionario que lo nombró, mediante certificado de la cámara, so pena de perder el cargo o empleo respectivo.
- b) Quienes por ley o por sentencia judicial se les prohíba el ejercicio de la actividad mercantil. Si bien el Código de Comercio establecía una pena accesoria de dos a diez años, en la actualidad esto debe tenerse en cuenta con base en lo dispuesto por los artículos 46 y 51 del Código Penal. Estas disposiciones señalan que la pena de inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, se impondrá siempre que la infracción se cometa con abuso del ejercicio de cualquiera de las mencionadas actividades o contraviniendo las obligaciones que de su ejercicio se deriven. Tal inhabilitación podrá tener una duración de seis meses a veinte años.

Dejando clara la regulación que hace el Código de Comercio del comerciante, es importante aclarar que esta no es aplicable de la misma forma al empresario, pues de lo que se hace referencia en la legislación es su actividad, mas no existe una orientación legal directa a lo que debe entenderse por este, ni a sus deberes y obligaciones. Podría encontrarse su definición en el derecho italiano, conforme al cual se trata del sujeto que

---

<sup>36</sup> Véanse los artículos 72 (5) de la Ley 222 de 1995 respecto de la empresa unipersonal y 3.º de la Ley 1258 de 2008, en relación con la sociedad por acciones simplificadas.



desarrolla una actividad económica para caracterizar “... uno de los sujetos del sistema económico, o sea de la organización de la producción y de la distribución de la riqueza”<sup>37</sup>.

En consecuencia, el empresario ejerce una actividad económica organizada por medio de la *Azienda*, esto es, un establecimiento de comercio. Por tanto, se entiende que este es el titular de la empresa, lo cual le da la calidad, entre otras, de dueño, arrendatario, usufructuario, acreedor anticrético, concesionario y mandatario. Se considera, además, como el titular de varias empresas o una sola empresa que pueda tener varios empresarios<sup>38</sup>. Al igual que ocurre con el comerciante, la calidad de empresario la pueden ostentar personas naturales y jurídicas, así como empleados públicos mediante entidades descentralizadas directas, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

Hechas las precisiones anteriores, no es posible asimilar los conceptos comerciante y empresario en el Código de Comercio colombiano. Si bien son dos términos disímiles se puede tener la condición exclusiva o compartirla, pero todo de acuerdo con la actividad a la que se dedique el sujeto. En lenguaje sencillo: se puede ser comerciante, se puede ser empresario o se puede ser empresario-comerciante.

Una vez precisado el papel legal de cada uno en la normativa, es evidente que el comerciante realiza actos mercantiles y el empresario, actos de organización. Si bien esto, en principio, no plantea ninguna dificultad de orden práctico, es evidente que el sistema legal contemporáneo en Colombia basa su regulación cada vez más teniendo en cuenta a la empresa, según se desprende incluso desde la propia Constitución Política.

En efecto, el artículo 333 indica que esta se erige como base del desarrollo. Sin embargo, desde el punto de vista teórico plantea una serie de antinomias a las cuales se hará referencia en el siguiente apartado.

#### **4. EL ENTORNO DE LA EMPRESA, EL EMPRESARIO, EL COMERCIO Y EL COMERCIANTE EN EL CÓDIGO DE COMERCIO**

Como ha quedado indicado, uno de los aspectos principales que se destaca de la formulación y puesta en vigencia del Código de Comercio de

---

<sup>37</sup> Galgano, ob. cit., 11.

<sup>38</sup> Narváez, ob. cit., 163 y 164.



1971 es la inclusión del concepto de empresa, el cual se suma al del comercio. A través del tiempo, y transcurridas varias décadas, este término fue incluso elevado a rango constitucional, en calidad de institución política y económica, con el deber de cumplir con una función social que implica obligaciones, tal como lo precisa el artículo 333 de la Carta Política.

En su formación normativa, la empresa contiene tres elementos inseparables: el subjetivo —el empresario—, el objetivo —la actividad económica organizada— y el funcional —el establecimiento de comercio—. No obstante, el artículo 25 del Código de Comercio no hace referencia al primero, dejando de lado su especificidad y trayendo consigo que el concepto de *empresario* frente al de *comerciante*, así como el de “empresa sin ánimo de lucro”, son asuntos que todavía generan dudas desde la teoría, lo cual puede conllevar dificultades en la práctica.

Qué importante sería entonces definir adecuadamente estos términos desde el punto de vista legal y, especialmente, determinar su impacto e importancia. En efecto, el Código de Comercio fue construido a partir de la categoría del comerciante, según el derecho francés, y no la de empresario, concepto que se desprende de la incorporación que de estos temas provenientes del derecho italiano hiciera la última comisión revisora, en 1970. Y es que la diferenciación resulta interesante, pues mientras de este último se tiene la imagen de un creador de riqueza, por aquel se entiende al sujeto que produce, intercambia e intermedia productos o servicios. De ahí que sea bastante débil la frontera entre los dos términos.

Ya se hizo referencia, por ejemplo, a la presunción legal de que es comerciante el sujeto que tiene un establecimiento de comercio abierto al público, establecida en el artículo 13 del Código de Comercio. Entonces, si el empresario dispone de un establecimiento de comercio, como siempre ocurre de acuerdo con los elementos de la empresa, siempre será comerciante. No obstante, las inhabilidades, prohibiciones y deberes de los comerciantes, al tratarse de normas limitantes, no le podrían ser exigibles a los empresarios<sup>39</sup>.

Históricamente, el criterio para determinar quién era comerciante se fijó a partir de la enumeración de los actos mercantiles, establecida en

---

<sup>39</sup> Es el caso de la contabilidad, que anteriormente era un deber que exclusivamente se predicaba de los comerciantes, pero que por disposiciones de carácter tributario se extendió a todo tipo de personas, sin importar el ejercicio o no de actividades empresariales. Igual ocurre con el registro, deber exclusivo de los comerciantes, pero inaplicable a los empresarios.



los códigos de comercio, lo cual no fue una excepción en el caso colombiano. Desde aquel momento se entendió que tal condición la tenía todo individuo que realizara profesionalmente tales actividades. Desde su concepción, esto tenía el propósito de establecer una legislación y una jurisdicción especializadas que regulara y resolviera las relaciones y conflictos de los sujetos mercantiles, tanto entre los comerciantes como con quienes no tuvieran tal calidad. Sin embargo, esta distinción normativa no funcionó en Colombia porque el país ha carecido de doble jurisdicción en materia privada y por la universalización de ciertas instituciones mercantiles que anteriormente eran exclusivas de la disciplina comercial<sup>40</sup>. Lo anterior, sin tener en cuenta que la labor judicial en la materia se ha desplazado del conocimiento de los jueces de la República a ciertas entidades administrativas<sup>41</sup>, y al arbitraje, con las ventajas y desventajas que esto conlleva.

Por otro lado, se ha entendido que el empresario siempre realiza actividades mercantiles, por la inclusión de tales conductas en la enumeración legal de los actos de comercio que se presenta en el artículo 20 del Código de Comercio. Sin embargo, esto se torna confuso cuando, por ejemplo, tales operaciones se ejecutan dentro del marco de ciertos asuntos señalados en el artículo 23 del mismo estatuto, como sucede con las empresas dedicadas a prestar servicios inherentes a las profesiones liberales. Igual ocurriría con las grandes entidades sin ánimo de lucro, especialmente instituciones educativas, religiosas, hospitalarias, solidarias y cooperativas, entre otras. Más aún, cuando por ejemplo el empresario es una persona jurídica exclusivamente mercantil, como sucede con las empresas unipersonales o las sociedades por acciones simplificadas.

Cabe precisar, además, que el concepto de empresa, y, por ende, el empresario, en la actualidad se clasifican como *mercantiles* y *no mercantiles*. Sin embargo, todas tienen un ánimo de lucro, sin que se tenga en cuenta la consideración de que se repartan o no dividendos, pues lo que realmente interesa es el incremento patrimonial que surge de los negocios y que permite alcanzar el objeto propuesto.

---

<sup>40</sup> Por ejemplo, los regímenes de insolvencia, competencia desleal, la eficacia probatoria de los libros de contabilidad —unificación dada no por normas comerciales sino por disposiciones tributarias— y la protección al consumidor.

<sup>41</sup> Así sucede con la Dirección Nacional de Derecho de Autor y las superintendencias de Industria y Comercio, Sociedades y Financiera.





## 5. CONSIDERACIONES FINALES

Los conceptos de comerciante y empresario tienen un origen y evolución que los hace únicos y diferenciables. Si bien contienen aspectos que les permiten tener lazos y vínculos de convergencia, existen múltiples aspectos en el entorno económico-jurídico que los hace únicos y les establece criterios legales de aplicación, expresados en derechos, deberes y obligaciones, que, en ocasiones, benefician o perjudican su actividad en el mercado y que plantean una inequidad que no debería existir.

Por ello, se insiste en la posibilidad de incluir en la legislación comercial una nueva categoría legal que se refiera a los “operadores y/o agentes mercantiles, empresariales o del comercio” que plantee, concreta y precisamente, las reglas precisas a las cuales estarán sometidos. Tal demarcación podría hacerse evitando la excesiva regulación, de manera que sean la doctrina y la jurisprudencia las que realmente decanten su configuración y alcance. En efecto, es importante tomar como criterio principal en esta materia el contexto propio mercantil colombiano, de manera que se alcance un significado actual y contemporáneo de estos términos, que prevea los retos que plantea su implementación para las próximas décadas.

## BIBLIOGRAFÍA

- Beawes, Windham y Chitty, Joseph. *Lex mercatoria: or a complete code of commercial law*, Londres: C. Baldwin, vol. I y II, 1813.
- Berger, Klaus P., *The creeping codification of the new Lex Mercatoria*, The Netherlands: Kluwer Law International, 2010.
- Bonassie, Pierre, *Vocabulario básico de la historia medieval*, Barcelona: Crítica, 1983.
- De la Cruz Camargo, Dionisio Manuel, *La competencia desleal en Colombia. Un estudio sustantivo de la ley*, Bogotá: Universidad Externado, 2020.
- De Ly, Filip, *International business law and Lex Mercatoria*, Londres: Emerald Group Publishing Limited, 2007.
- Forero Jiménez, Carlos, “Causas y consecuencias de la aplicación de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías como Lex Mercatoria”, *Revista de Derecho Privado*, 38, 2007.
- Galgano, Francesco, *Derecho comercial. El empresario*, Bogotá: Temis, 1999.
- Jaramillo Vargas, Jorge, “La ‘Lex Mercatoria’: mito o realidad”, en *Negocios Internacionales. Tendencias, contratos e instrumentos*, Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1998.



- León Robayo, Édgar Iván, *La nueva Lex Mercatoria en el derecho latinoamericano de contratos*, Bogotá: Tirant Lo Blanch-Universidad del Rosario, 2019.
- Likosky, Michael B., “Compound corporations: the public law foundations of Lex Mercatoria”, en: *Non-State actors & international law*, Oxon, Ashgate, 3, 2003.
- Martínez Neira, Néstor Humberto, *Cátedra de introducción al derecho mercantil*, Bogotá: Legis, 2021.
- Medina Vergara, Jairo, *Derecho comercial. Parte general*, Bogotá: Temis, 2008.
- Ministerio de Justicia, *Proyecto de código de comercio elaborado por la comisión redactora del Código de Comercio*, Bogotá, 1958, 28 y ss.
- Moreno Rodríguez, José Antonio, “La nueva Lex Mercatoria: ¿Un fantasma creado por profesores de la Sorbona?”, en: *Foro de Derecho Mercantil – Revista Internacional*, n.º 1, Bogotá: Legis, 2003.
- Narváez García, José Ignacio, *Introducción al derecho mercantil*, Bogotá: Legis, 2008.
- Osman, Filali, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria*, París: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1992.
- Pinzón, Gabino, *Introducción al derecho comercial*, Bogotá: Temis, 1985.
- Trakman, Leon E., *The law merchant: the evolution of commercial law*, Colorado: Fred B. Rothman & Co., 1983.
- Uribe, Diana, *Brújula para el mundo contemporáneo.*, Bogotá: Aguilar, 2018.
- Velásquez Restrepo, Carlos Alberto, *Instituciones de derecho comercial*, Medellín: Señal Editora, 2003.
- Zapata de Arbeláez, Adriana, *Gobernabilidad monetaria y financiera internacional*, Bogotá: Universidad Externado, 2012.



# REGISTRO MERCANTIL: HERRAMIENTA ADMINISTRATIVA CON VALOR EMPRESARIAL

MARTÍN FERNANDO SALCEDO VARGAS\*

## INTRODUCCIÓN

Con ocasión de la celebración de los 50 años del Código de Comercio, resulta pertinente revisar el rol que ha desempeñado y debe desempeñar el registro mercantil que se encuentra actualmente establecido en el título III del libro primero del Código de Comercio tanto para la actividad empresarial como para el óptimo desarrollo de la economía colombiana e inclusive la reactivación económica en tiempos de crisis.

## I. ANTECEDENTES DE LA INSTITUCIÓN DEL REGISTRO MERCANTIL, SU INCORPORACIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO Y SU CONSTANTE VIGENCIA

Es bien sabido que para poder saber a dónde vamos, debemos conocer a la perfección de dónde venimos, y esta ley universal aplica también cuando nos preguntamos del qué y el porqué del registro mercantil.

Lo primero que no debemos olvidar es que el registro mercantil es una institución que se encuentra íntimamente ligada a la actividad comercial y la generación de riqueza que ella produce, en especial, por que aquella se convierte en la herramienta idónea y efectiva que brinda seguridad y confianza a los comerciantes cuando van a realizar negocios y transacciones.

En aquel siglo XII, cuando la actividad comercial da sus incipientes pasos buscando la transaccionalidad más allá de los bordes feudales, los comerciantes se dieron cuenta que la única forma para superar los temores

---

\* Abogado de la Universidad Pontificia Javeriana de Bogotá, con maestría en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Fue registrador delegado para el Registro Civil y la Identificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, siendo actualmente docente universitario y vicepresidente de los servicios registrales de la Cámara de Comercio de Bogotá.



propios de negociar más allá de sus fronteras, era conocer con quienes, y los antecedentes, de las personas con las que hacían negocios, además de contar con algunas herramientas que regularan sus actividades y comportamientos, surgiendo así figuras tales como las corporaciones de mercaderes y con ello, el registro de quienes hacían parte del mismo, cuya cúspide podría ubicarse en los siglos XIII y XIV, antes de la caída de la edad media (siglo XV).

Siendo dicha época la génesis de una institución creada por los comerciantes, administrada por los comerciantes y con destino a suplir una necesidad básica y fundamental para los comerciantes: la seguridad mínima necesaria para realizar negocios y transacciones.

Con dicho contexto podemos decir que el registro mercantil es una institución jurídica de amplia tradición en el ámbito comercial, sin embargo, con respecto a la regulación mercantil moderna de nuestro entorno podemos ubicar sus antecedentes en la etapa temprana republicana de los países hispanoamericanos, conforme lo señala Puyo (2016: 39) (...)

del antiguo modelo regulador de un derecho profesional o corporativo de los mercaderes a una nueva concepción impulsada, en buena parte por la Revolución Francesa, que acoge un esquema de plena libertad para el ejercicio del comercio sin las restricciones medievales, adoptando como gran criterio o guía la teoría del Acto de Comercio.

Así, se tiene como principal antecedente regulatorio de la institución registral, las denominadas Ordenanzas de Bilbao de 1737. En dicha regulación (asimilable a un Código de Comercio), en materia de registro mercantil se definieron dos aspectos fundamentales: 1. Lo relativo a los contratos mercantiles tales como los de seguro, o los de las compañías comerciales, los cuales obligatoriamente deberían registrarse dentro de los libros del consulado y 2. Lo referido a la obligación de matricularse los comerciantes en el consulado, con el fin de poder ejercer el comercio y utilizar los servicios de la institución, privilegio que en la Nueva Granada, antes del establecimiento del consulado en Cartagena, era de exclusividad para los comerciantes españoles. (Puyo Vasco; 2016: 43 y 44)

En esta primera etapa conforme lo refiere el autor en cita (2016: 3) “aparecen los primeros indicios de un registro mercantil tanto para la inscripción de los comerciantes como para la publicidad de algunos importantes actos mercantiles”. Posteriormente, en una segunda etapa en 1853 el Congreso de Nueva Granada expidió el primer Código de Comercio Nacional tomado principalmente del Código español de 1829. (Puyo Vasco, 2016: 46).



En este estatuto, se regularon cuestiones propias del registro en asuntos como: las cartas dotales y las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los comerciantes, los poderes que se otorgaren a factores o dependientes y las escrituras de las sociedades mercantiles. En lo que respecta al registro de sociedades, se incluía en información registral sobre las fechas de las escrituras, los nombres y los domicilios de los socios, su razón o título comercial, los aportes y la duración de la sociedad. De igual forma, se inscribían las “*casas de comercio*” equivalentes a los establecimientos de comercio, así como las reformas del contrato social y para el caso de las sociedades anónimas se incluirían los reglamentos acordados para su régimen y gobierno. (Puyo Vasco; 2016: 46).

Esta etapa de codificación y la reglamentación complementaria en la materia contenida en la Ley 16 de junio de 1853<sup>1</sup>, no tuvo trascendencia importante en el contexto político de la época caracterizado por su inestabilidad y por la consecuente adopción del modelo federal en 1858. Bajo dicho modelo, se otorgó libertad de regulación en materia mercantil a los estados de la unión. Hecho que, dada la realidad política no trajo mayores progresos en la legislación mercantil, caracterizada por una anarquía normativa (Puyo Vasco; 2016, 46, 47 y 48).

Una vez la republica volvió a las formas centralistas de organización del Estado, se produjo la unificación legislativa de 1887 en donde se adoptó en materia comercial mediante la Ley 57 de 1887, la regulación del extinto Estado Panamá sancionado en 1869 sobre materias terrestres y el nacional expedido en 1884 sobre aspectos mercantiles marítimos. (Puyo Vasco; 2016: 49)

En la codificación incorporada en 1887 que rigió hasta 1972 se establecieron obligaciones vinculadas al registro mercantil sobre la inscripción de algunos comerciantes, así como la de algunos actos de comercio que se debían registrar ante los jueces del circuito y del comercio.

A partir de la expedición de la Ley 28 de 1931 se efectuaron cambios trascendentales a la legislación mercantil de la época entre los que se destacó la delegación del registro de los comerciantes a las cámaras de comercio. El Registro Público Mercantil definido en la ley citada, estableció la obligación de la renovación de la matrícula mercantil y la figura del comerciante afiliado. (Puyo Vasco; 2016: 54)

---

<sup>1</sup> Se establecieron los tribunales y juicios de comercio en donde se elaboraban listados de quienes, conforme a las condiciones establecidas en el Código de Comercio Nacional, tuvieran la calidad de comerciantes. (Puyo Vasco; 2016, 46).



De conformidad con lo establecido en la Ley 28 de 1931, se debía registrar en las cámaras de comercio los extractos o actas de las sociedades comerciales que ordenaba el código y de esta información podía expedirse un certificado por parte de las cámaras de comercio en el que se reflejaban las principales características de la compañía, al igual que se podía certificar quién ejercía la representación legal de la sociedad, constituyéndose en prueba para las autoridades judiciales o administrativas.

No se puede negar la importancia de esta regla jurídica que dio lugar al nacimiento del documento denominado “certificado de existencia y representación legal”, del que se hablará más adelante, pues tan valioso instrumento sirvió y continúa prestando invaluable contribución a la seguridad jurídica, a la transparencia de los negocios y en general a la organización de la economía nacional. (Puyo Vasco; 2016: 55)

Así las cosas, la Ley 28 de 1931 fue el antecedente más importante de la institución del registro mercantil como se le conoce en el actual Código de Comercio consagrado en el Decreto 410 de 1971, el cual marca la etapa moderna del registro mercantil que, incorporado al sistema del RUES y los adelantos en materia de virtualización de servicios registrales determina la etapa contemporánea de este, dejando como marco normativo de referencia el Código de Comercio del 71.

Dentro de los cambios que trajo la regulación comercial promulgada en 1971, de la cual se conmemoran sus 50 años, se destaca la figura de la matrícula mercantil para personas naturales y jurídicas, así como para los establecimientos de comercio y las sanciones derivadas del incumplimiento de esta obligación legal. (Gil; 2015, 30 y 31)

Dentro de la etapa moderna y contemporánea de la institución registral bajo el marco regulatorio del Código de Comercio actual, se destacan actualizaciones introducidas por las leyes 1429 de 2010 y 1727 de 2014, relativos a la depuración periódica del registro mercantil y el establecimiento de sanciones importantes por el incumplimiento en la renovación de la matrícula mercantil por parte de los comerciantes.

Sin duda, el Código de Comercio expedido en 1971 constituye un cuerpo normativo efectivo para el desarrollo y buen funcionamiento de las operaciones mercantiles, considerando que ha continuado vigente por cinco décadas. En materia jurídica por regla general, la vigencia de los códigos tiende a ser larga y su estabilidad manifiesta el necesario correr del tiempo y la evolución de la sociedad.



Al hacer el anterior recorrido, los ojos desprevenidos dirán que el registro mercantil trata de una institución *arcaica* que no tiene asidero ni cabida en la sociedad civil y comercial del siglo XXI, pues ya no estamos en aquellas épocas oscuras en la que se desenvolvían los precursores del comercio 700 años atrás.

Sin embargo, lo que cambian son los tiempos, los modos, las costumbres y los momentos, pero hay algo que se ha mantenido y mantendrá constante ayer, hoy, mañana y siempre: las personas; es decir, los comerciantes, empresarios o beneficiarios finales de la actividad mercantil, aquellos que toman decisiones, se arriesgan, disponen, invierten y buscan una ganancia, y quienes por su condición humana, son y serán acompañadas por el temor: el temor a perder, el temor a fallar, el temor a hacer las cosas mal, el temor que genera tomar decisiones no soportadas o informadas.

Las épocas cambian, los temores no, en el siglo XV la preocupación la generaba no saber quién estaba al otro lado del feudo, en el siglo XXI es no saber quién está al otro lado de la computadora, son los modos y las formas las que cambian, pero los negocios mantienen la constante: una relación de dos o más personas en las cuales una se compromete a hacer o entregar algo y la otra a pagar una retribución, lo anterior sin importar si el marco de dicho compromiso se realiza presencial, física, análoga o digitalmente, y en la cual, el comerciante o no comerciante, se pregunta si la persona con la que se compromete y realiza negocios, a quien le entregará sus recursos, es idónea, reconocida o siquiera profesional en lo que hace, y es allí donde la institución se actualiza, moderniza, transforma pero nunca desaparece, pues ese es el valor que entrega a la sociedad: seguridad y confianza para hacer negocios.

En el contexto actual, los procesos de negociación y contratación contemporánea, así como las operaciones mercantiles reguladas en el Código de Comercio y leyes especiales, proponen dentro de su esquema de configuración la incorporación de la tecnología.

Con la irrupción de la tecnología se pretende reducir costos de transacción, generar mayor velocidad en los intercambios y lograr que el ambiente que ofrece garantías y seguridad en los negocios se encuentre fácilmente disponible tanto para empresarios como consumidores, profesionales o no profesionales del comercio.

Finalmente, la segunda década del siglo XXI nos ha traído un momento coyuntural que afecto a nuestra economía y en particular el tejido empresarial colombiano, donde se evidenció la importancia que tuvo contar con un registro mercantil moderno, eficiente y actualizado que pudiese ofrecer



garantías suficientes de seguridad en la información a los agentes económicos que participan en el mercado, con el cual pudiera medirse entre otros la capacidad para sobrellevar la crisis, las ayudas que se requerían y la potencialidad que tiene nuestra sociedad colombiana para ponerse de pie y seguir produciendo bienes y servicios.

## II. LA FUNCIÓN REGISTRAL COMO SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL PARA LA COMPETITIVIDAD EMPRESARIAL Y LA REACTIVACIÓN ECONÓMICA

En el mundo global y digitalizado en el cual los empresarios colombianos deben competir, la velocidad para realizar transacciones y la seguridad de la información que soporta los negocios son atributos del todo fundamentales para la supervivencia comercial, los cuales se concretan en los certificados emitidos por el registro mercantil (matrícula o existencia y representación legal), toda vez que este documento constituye la herramienta que cumple con las finalidades de publicidad, fe pública y seguridad jurídica de los actos registrales, en donde además, la cámara de comercio —como administradora del registro mercantil— con su calificación jurídica lleva a cabo las labores de debida diligencia (*Due diligence*) para reportar a la comunidad empresarial, nacional o internacional, la información básica con la cual pueden iniciar el proceso de negociación empresarial, teniendo en cuenta además que, la información que reposa en el registro tiene un valor probatorio de tan alta magnitud que no requiere otros soportes documentales que soporten esta información.

El certificado de existencia y representación legal expedido por las cámaras de comercio permite que el público en general conozca respecto de los comerciantes la siguiente información:

- La razón social e histórico de los distintos nombres que ha tenido la empresa.
- Quienes son sus representantes legales.
- Administradores colegiados: junta directiva.
- Las facultades y limitaciones de los administradores.
- La vigencia de la sociedad.
- El monto del capital.





- El objeto social y, por ende, la capacidad legal para obligarse de la sociedad.
- Datos de contacto, de notificación comercial y notificación judicial de sociedad.
- Información de activos y patrimonio de la organización.
- Reformas estatutarias.
- Situaciones de control (matrices y subordinadas, así como los grupos empresariales).
- Poderes, apoderados y facultades.
- Revisores fiscales.
- Bienes comerciales: establecimientos de comercio, agencias y/o sucursales.
- Otros definidos por la legislación mercantil.

De esa manera, dicho instrumento se convierte en la primera fuente de información relevante en el entorno de los negocios, con que cuentan los terceros nacionales o extranjeros que pretendan establecer relaciones con empresarios del país. De ahí, la importancia de la función registral a cargo de las cámaras de comercio y la necesidad de contar con los recursos, capacidades y competencias necesarias que permitan profundizar y modernizar el registro administrado por los entes camerales.

Los certificados (de matrícula, representación legal y otros), brindan información confiable (soportada en una calificación jurídica realizada por la Cámara de Comercio conforme el control de legalidad asignado por la ley bajo la presunción legal y buena fe del empresario al momento de inscribir los actos o documentos) y cuya cualidad de ser un documento actualizado no solo se predica de la renovación<sup>2</sup> o suministro de información oportuna por parte del empresario, sino de los datos que reposan en

---

<sup>2</sup> El deber en cabeza de los comerciantes de actualizar de forma periódica su información y registrar operaciones mercantiles guarda relación con las finalidades de los registros públicos las cuales, se refieren a la fe pública que los registradores dan sobre dicha información y a la seguridad jurídica que ofrece dar publicidad sobre datos confiables respecto de las empresas registradas y, por ende, formalizadas del país. Conforme a lo anterior, la renovación de la matrícula mercantil y la inscripción de actos o contratos en el registro tiene dos connotaciones fundamentales: la primera se refiere a las finalidades de regulación y control del comercio y la segunda, guarda relación con el sostenimiento de la institución registral. (Gil, 2015, 138. Tratado de Registro Mercantil).



el documento, pues este compila la información relevante para el proceso de conocimiento de la compañía.

Lo anterior cobra la mayor de las relevancias si se le compara con la gestión de la información empresarial en jurisdicciones extranjeras, sobre la cual se ha evaluado y evidenciado que la información que reporta el registro mercantil colombiano es la más completa si se le compara con los países de la región, México e inclusive algunos estados clave en el sector empresarial de los Estados Unidos, donde se evidencia que la información que suministra el registro mercantil colombiano, tiene la mayor cantidad de datos empresariales, centralizados, certificados y avalados por una entidad autorizada (cámaras de comercio) lo que implica que el empresario no tiene que realizar búsquedas de información adicionales en fuentes alternas como pueden ser las notarías o autoridades tributarias, como sí sucede en otros países, situación que reduce no solo costos de trámites sino costos operacionales dada la facilidad y rapidez para acceder a información idónea y de calidad.

Ahora bien, si los datos del registro mercantil son del todo esenciales para la competitividad empresarial, ¿cómo lo serán también para lograr la reactivación económica, más aún si se tiene en cuenta que la información que allí reposa no demanda procesos para el análisis o extracción de datos con interés económico y social?

En consideración a la coyuntura generada por la emergencia sanitaria producida por el covid-19, conviene recordar la importancia y necesidad que ha tenido para los empresarios la reactivación económica, el mantener y fortalecer la institución jurídica de registro mercantil, no solo como una fuente idónea de información que permite al Gobierno Nacional tener los datos suficientes y pertinentes para tomar medidas sociales, empresariales y económicas, así como para direccionar oportunamente recursos y ayudas, sino como condición necesaria para que las cámaras de comercio puedan cumplir sus objetivos misionales aportando a las metas trazadas por el gobierno en materia empresarial para soportar y superar las consecuencias generadas por la mencionada coyuntura.

De esta manera, acciones empresariales como mantener actualizada y renovada la matrícula mercantil y en sí la inscripción de actos y documentos en el registro mercantil implica conforme lo ha señalado la Corte Constitucional (...)

satisfacer fines constitucionales referidos a que la dinámica económica se estructure como una actividad organizada sujeta a la dirección y control del Estado, y por tanto, segura desde el punto de vista económico y jurídico, que permite a la comunidad acceso a la información en virtud del principio de publicidad. Y, por lo expuesto el registro mercan-



til actualizado constituye una medida adecuada para la satisfacción de dichos fines.

(C. Const., Sent. C-277/2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

En este sentido, la función que tiene el registro mercantil para la reactivación económica va “más allá de los datos que provee” conllevando a que con su actualización constante y regular, sus administradores (cámaras de comercio) pueden cumplir con algunas actividades de apoyo empresarial, que en épocas de crisis son fundamentales.

En este contexto podemos citar como en el caso de la Cámara de Comercio de Bogotá se ha puesto en marcha dos iniciativas para promover la reactivación económica de las Mipymes de Bogotá y la región.

La primera de ellas es crear, un programa que busca que 8 000 empresarios participen en procesos de formación y acompañamiento y que más de 2 500 logren acceso al crédito a través del sistema financiero para mejorar su liquidez. De esta forma crear puede contribuir a la recuperación de las empresas a través de la generación de conocimiento, cierre de brechas empresariales y acceso al crédito a través del sistema financiero mediante un programa integral que tiene dos componentes: un portafolio de servicios de formación, asesoría, contacto financiero, acompañamiento y seguimiento por parte de la Cámara de Comercio de Bogotá a los beneficiarios, para fortalecer las capacidades empresariales, la toma de decisiones financieras y el buen uso de los recursos en las empresas; y el acercamiento de las empresas a una línea especial de crédito con condiciones preferenciales, construida por la CCB en el marco del programa de garantías “Unidos por Colombia” y una línea de redescuento con Bancóldex, mediante una alianza entre la CCB y el Fondo Nacional de Garantías y Bancóldex.

La segunda iniciativa es juntos, un megaprograma compuesto por siete ejes que le darán todas las herramientas y asesorías a emprendedores y empresarios en un término de uno a dos meses, en los que mejorarán los principales indicadores de ventas, productividad y clientes, entre otros. Los siete ejes son: apoyo a nuevos emprendimientos, herramientas prácticas de crecimiento para microempresas, proceso de reinversión de los negocios, programa de aceleración de innovación, consejos consultivos para el manejo de crisis, programa de fusiones y adquisiciones de empresas y feria virtual para microempresas.

El acompañamiento de un consultor de la Cámara de Comercio de Bogotá durante dos meses permite identificar las necesidades de la empresa e



implementar soluciones con medición de resultados. Este proceso se realiza a través de talleres, asesorías virtuales y herramientas tecnológicas para implementar. Adicionalmente, se cuenta con un kit de superviviencia compuesto herramientas para apoyar la reactivación del negocio a través de recursos, información, propuestas metodológicas y soluciones innovadoras.

Finalmente, en el marco de esta iniciativa la Cámara de Comercio de Bogotá realizó una serie de alianzas que le permitirán a los empresarios beneficiarse con descuentos y asesorías para ampliar sus medios de pago, mejorar el transporte y la logística de sus productos e implementar tecnología en su negocio. También recibirán asesoría para incursionar en obligaciones legales pero que traen beneficios como son la factura electrónica y el régimen simple de tributación.

Siendo estos ejemplos prácticos, actuales, dicentes y muy importantes los que reflejan cómo el registro mercantil no solo permite la competitividad o reactivación empresarial a partir de la información que brinda, sino que cumple una función solidaria y social de los empresarios, para con estos, pues los recursos que aportan como tasa contributiva<sup>3</sup> por la operación por ellos realizada, no solo soporta la administración del registro, sino que le permite a los entes camerales realizar las demás funciones gremiales autorizadas por la ley y destinadas a fortalecer al sector empresarial, pues hay que recordar que los comerciantes están estrechamente vinculados al registro mercantil, donde esta institución no solo les brinda seguridad en sus negocios, sino los recursos suficientes para cumplir funciones sociales empresariales, que fortalezca, empodere y proteja a un gremio vital para la economía colombiana.

De esta manera, el registro mercantil se convierte en una información que sirve para diversos propósitos adicionales no simplemente brindar seguridad jurídica a los comerciantes para realizar negocios y transacciones, unos de la naturaleza privada relativos a facilitar las transacciones entre agentes del mercado, apoyar, empoderar, hacer crecer y fortalecer el tejido empresarial y otros de naturaleza pública: concernientes a servir como punto de partida para la fijación de políticas públicas en materia económi-

---

<sup>3</sup> Ley 1607 de 2012. ART. 182.—“Los ingresos a favor de las cámaras de comercio por el ejercicio de las funciones registrales, actualmente incorporadas e integradas en el registro único empresarial y social, RUES, son los previstos por las leyes vigentes. Su naturaleza es la de tasas, generadas por la función pública registral a cargo de quien solicita el registro previsto como obligatorio por la ley, y de carácter contributivo por cuanto tiene por objeto financiar solidariamente, además del registro individual solicitado, todas las demás funciones de interés general atribuidas por la ley y los decretos expedidos por el Gobierno Nacional con fundamento en el numeral 12 del artículo 86 del Código de Comercio.”



ca y ser una fuente de información para medir el crecimiento y desarrollo de los sectores económicos del país.

### III. CONCLUSIONES, PROSPECTIVAS Y FUTURO DEL REGISTRO MERCANTIL: EL APOORTE DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO

La función pública nacional para administrar el registro de los comerciantes, a cargo de las cámaras de comercio, refleja la esencia de lo que es y será el registro:

- Una herramienta administrada por los comerciantes
- Para ser usada por los comerciantes.
- A favor del comercio, el mercado, los negocios y de todos los que allí intervienen.

Es decir, el registro mercantil más que una institución es una herramienta que genera un alto valor y retorno a los comerciantes y a sus negocios, lo que conlleva por efecto un positivo impacto para nuestra economía, en esencia se debe a que todos los actores que intervienen en el mercado cuentan con una central de información idónea que refleja fielmente el estado del mapa empresarial, así como nuestro ritmo de crecimiento y capacidad productiva pero, sobre todo, por que dicha información ha sido fundamental y vital para brindar seguridad jurídica y transparencia a quienes intervienen en el comercio en la gestión de sus negocios,

Es indudable que dicho empoderamiento, nivel de impacto y esencialidad que ha tenido el registro mercantil en el trasegar comercial, tiene como origen y factor clave las entidades que están detrás de él en su administración: las cámaras de comercio.

Ha sido tan alto el valor y la fortaleza que las cámaras de comercio le han transmitido al registro mercantil, que nuestro país encontró en los entes camerales a un aliado idóneo y estratégico con capacidad administrativa, conocimiento incomparable y la infraestructura suficiente, robusta y especializada para apoyarle con la administración de otros registros públicos<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Desde hace 28 años con el Registro Único de Proponentes (L. 80/1993); rediseñado fortalecido y reconfirmada su administración en cabeza de las cámaras de Comercio hace 14 años (mediante la L. 1150/2007), esencial para la transparencia y eficiencia en la contratación pública nacional.



La consolidación de la información empresarial, comercial y societaria en las cámaras de comercio es un acierto absoluto, si se tiene en cuenta no solo la especialidad de ellas para poder hacerlo de forma eficiente, económica y celera (atributos fundamentales para la competitividad del mercado) sino que con dicha información se fortalecen las capacidades de sus administradores, es decir, de los comerciantes.

Contar con la información empresarial general, consolidada y centralizada, permite a los empresarios tomar decisiones más rápidas y acertadas (no tienen que acudir a otras fuentes de datos alternas) y les da un conocimiento robusto bien sea para aventurarse en nuevas aventuras empresariales, realizar más y nuevos negocios o determinar las estrategias que requieren para importar valor a sus negocios.

Para administrar en debida forma los registros públicos, las entidades camerales han realizado importantes esfuerzos en materia de virtualización y digitalización de los servicios registrales<sup>5</sup>, lo que fortalece e implementa los debidos estándares tecnológicos que brindan seguridad técnica y con ello validez jurídica en la información que reposan en las bases de datos registrales.

---

Hace 26 de años cuando se les encargó la administración del registro de las entidades sin ánimo de lucro, mediante el Decreto 2150 de 1995 y ampliado en el 2012 con la transferencia del registro de otras entidades sin ánimo de lucro tales como: (i) las vedurías ciudadanas, (ii) las cooperativas de trabajo asociado y (iii) los apoderados de las ONG de origen extranjero que requieran el reconocimiento nacional para operar en nuestro país.

También en ese año 2012, mediante el reconocido Decreto 19 se les encarga a los entes camerales la administración del registro nacional de turismo (otrora vez en cabeza del Ministerio de Comercio Industria y Turismo), así como el registro de vendedores de juegos de suerte y azar.

Finalmente, hace seis años, a través del Plan Nacional de Desarrollo de la Ley 1753 de 2015, reciben el último encargo para apoyar al Estado en su labor de administrar una fuente fidedigna, idónea y estructurada de información, en ese momento para trabajar en pro de los operadores únicos de libranza, quienes en su momento fuesen registrados por el Ministerio de Hacienda.

<sup>5</sup> Como ejemplo de ello podemos citar la implementación que realizó la Cámara de Comercio de Bogotá desde hace más de cinco (5) años para emitir el 100 % de sus certificaciones de forma electrónica garantizando la integridad y el no repudio de la información allí contenida, generando un valor agregado para quien accede a este documento en la medida que puede estar seguro que los datos expuestos en él corresponden fielmente a la realidad jurídica de la compañía al momento en que fue expedido, lo que elimina totalmente la necesidad de corroborarlo con alguna fuente de información alterna (pública o privada).



Adicional a lo expuesto, es importante tener en cuenta la realidad social, económica, tecnológica y de los negocios, en la cual se desenvuelven los comerciantes y empresarios, en un mundo cada día más competitivo, digital y globalizado, donde las transacciones se realizan a nivel mundial (no necesariamente circunscrito a un entorno local como lo es dentro de una ciudad o municipio), con la velocidad que un clic aporta para la gestión de las transacciones comerciales y con el movimiento transfronterizo de recursos y capitales, evidenciamos que nuestra sociedad, malla empresarial, mercado y economía se encuentra preparada para asumir un salto de evolución en los registros públicos, que podemos describir así:

### *3.1. Del registro mercantil al registro empresarial*

De conformidad con el artículo 166 del Decreto 19 de 2012, la información que administran las cámaras de comercio suministrada por los registros públicos a ellas asignados, se centralizan en el registro único empresarial y social —RUES—.

Ello nos da el marco de ruta del primer camino a seguir: fortalecer y robustecer la información allí compilada, pues se trata en esencia de la información empresarial.

En este sentido, algunas preguntas que pueden empezar a surgir pueden circunscribirse a: ¿qué otra información del sector empresarial —que no administran las cámaras de comercio— es importante y positivamente impactante para la comunidad?; ¿Cómo seguimos convirtiendo esa herramienta que administran los entes camerales en una central de información de las empresas, robusta, idónea, oportuna y pertinente?

¿Es suficiente la información del registro mercantil, de proponentes, de operadores de libranza, nacional de turismo o de los vendedores de juegos suerte y azar, para tener el mapa 360° que aporte al entorno, la sociedad, el Estado, los negocios y sobre todo a nuestros empresarios?

Intuyendo así una primera prospectiva de lo que debe ser el rol de las cámaras de comercio a futuro y de la evolución del registro mercantil, evolucionando a la administración de más y nuevos datos que se requiere en un entorno digital, globalizado y competitivo.

¿Qué tan valioso puede llegar a ser para la economía, los negocios nacionales y en especial los internacionales, la administración del recaudo de impuestos, o la seguridad de los negocios, contar con un registro sobre



las personas que efectivamente reciben los beneficios económicos de las operaciones empresariales?

¿Quién mejor calificado, idóneo y pertinente que las cámaras de comercio —quienes a hoy centralizan la información empresarial nacional— para la administración de un registro como el que identifica a los beneficiarios finales de las actividades empresariales?, el cual sería fundamental para mantener la transparencia e integridad de la economía, los mercados e inclusive del sector financiero, como una herramienta idónea que ayuda a combatir la evasión fiscal, el lavado de activos, la corrupción y el financiamiento del terrorismo, y sobre la cual existen compromisos internacionales para integrarla en el ordenamiento jurídico colombiano, bajo los estándares internacionales definidos entre otros por entidades como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (apoyado en las evaluaciones realizadas por el Grupo de Acción Financiera (GAFI) y del Foro Global de la OCDE.

¿Qué tan pertinente puede ser para los negocios y para empresarios, generar nuevas herramientas de apoyo empresarial que brinde seguridad a los negocios, como lo puede ser la centralización de la información sobre los accionistas en sociedades que no cotizan en bolsa?

¿Qué tan importante puede ser para la comunidad empresarial, centralizar la información sobre el cumplimiento empresarial de los deberes comerciales vinculados a las actividades económicas?: permisos, autorizaciones, certificados, etc.

La prospectiva demandará a los comerciantes que a través de sus cámaras de comercio se conviertan en una fuente fidedigna e idónea de la información empresarial general completa que, en el mundo globalizado y digital actual se necesita para brindar seguridad a los negocios, los empresarios y la sana economía.

### ***3.2. De la administración del registro mercantil a la gestión dinámica de la información empresarial***

La información y datos que administran, procesan y custodian las cámaras de comercio en los registros públicos son una fuente idónea y fidedigna según como lo hayan reportado los empresarios a los registros públicos.

No obstante, la realidad tecnológica en la que nos desenvolvemos nos permite darle un poder mayor al procesamiento de esta información, ¿qué tan idóneo sería brindarles a los entes camerales las capacidades suficien-





tes para cruzar datos con otras fuentes públicas y privadas, que depure, perfeccione o simplemente guíe al empresario sobre los datos que están suministrando al registro? Ejemplo: un procesamiento de los contratos estatales reportados al registro único de proponentes con respecto a los que reposan en el Secop e inclusive contra las distintas bases de datos de las entidades estatales.

¿Qué tan potente sería el registro empresarial si empoderamos con algunas capacidades adicionales a las entidades camerales para que en el procesamiento de información de las sociedades comerciales no se limiten a solo permitir actualizar la información, realizar cotejos simples de los datos, sino contar con competencias jurídicas adicionales que le permitan resolver algunos vacíos que tienen dichas normas y con ello tomar decisiones pertinentes y acertadas al momento de encontrarse en esas zonas grises?

Noventa años de administración del registro público mercantil (L. 28/1931), cincuenta años de la administración bajo la perspectiva del Código de Comercio (D. 471/1971), le han generado a las cámaras de comercio varias capacidades y competencias adicionales que pueden ser utilizadas en pro de gestionar con mayor oportunidad y pertinencia la información que se suministra al registro público, más allá de su procesamiento, custodia o administración, siempre y cuando la ley y reglamentación así se los permita.

### ***3.3. Hacia el registro empresarial 4.0***

Finalmente, lo expuesto nos conlleva a una prospectiva de contar con un registro público moderno, flexible y rápidamente adaptable a las nuevas dinámicas empresariales fijadas por la realidad económica, social y tecnológica en la que ellos desenvuelven.

La virtualidad no es suficiente, la no presencialidad ya no es el objetivo final, el registro empresarial deberá ser una herramienta digital, que sin importar el canal por el cual se presta su servicio, genere datos inteligentes, oportunos, fidedignos e inclusive veraces, que permitan contar con una información empresarial que describa el verdadero estado de nuestro entorno, brindando a nuestro Estado la capacidad para predecir e inclusive prescribir las situaciones que vendrán y las acciones a tomar para mantener fortalecida nuestra economía y capacidad productiva.

Esta estructura a la cual están migrando los registros públicos camerales, permitirá la incorporación de más procesos automatizados, desconges-



tionará los procesamientos manuales que puede haber en la actualización de información y fortalecerán las competencias y capacidades de la inteligencia artificial que apoya la administración del registro mercantil y que, a hoy, ya toma algunas decisiones jurídicas administrativas.

¿Qué tan importante sería para la disminuir los costos transaccionales de los empresarios, para la seguridad de los negocios e inclusive para la protección del medio ambiente, asumir en nuestro entorno decisiones tales como que únicamente se expidan certificados del registro mercantil por medios electrónicos?, ¿qué tan eficiente puede ser para la administración del registro público, determinar una interacción únicamente digital entre el ciudadano y el registro público para algunas actividades empresariales de las cuales se requiera brindar publicidad?

El registro empresarial 4.0 conllevará no solo a la eficiencia operativa y transaccional del mismo, a la disminución de los costos operativos y transaccionales que los empresarios deben asumir hoy para acceder a este (como por ejemplo los tiempos que debe esperar para recibir respuesta a sus solicitudes), sino que permitirá a las entidades camerales especializarse en otras actividades —e inclusive crear nuevos servicios— enfocados al fortalecimiento, incremento de competencias y la subsistencia de los empresarios y sus emprendimientos, lo que impactará positivamente a la ciudad, los habitantes, el Estado y la economía nacional, ofreciendo y gestionando herramientas administrativas que brindan un gran valor al sector empresarial.

## BIBLIOGRAFÍA

- Caicedo Escobar. “Teoría general de los registros públicos: registro mercantil y registro inmobiliario”. *El registro mercantil en Colombia*. Cámara de comercio de Medellín. Octubre de 2016, ISBN: 978-958-58723-4-9.
- Gil Jorge. *Tratado de registro mercantil*, Bogotá, Colombia: Cámara de Comercio de Bogotá. ISBN 978-958-688-451-8, 2015. (Consulta en línea) <https://biblioteca-digital.ccb.org.co/handle/11520/25133>
- Puyo Rodrigo. “Aproximación a una historia del registro mercantil en Colombia”. *El registro mercantil en Colombia*. Cámara de Comercio de Medellín. Octubre de 2016, ISBN: 978-958-58723-4-9.
- “Aproximación a la historia del registro mercantil en Colombia. Colegio de abogados de Medellín. *Revista Derecho*. vol. 58. n.º 1. (90). (Consulta en línea) <http://www.revistaderecho.org/index.php/Derecho/article/view/68>



Viejo María y García Jesús. “Registros de empresas y datos abiertos: un análisis de la situación europea y española”. *Revista de la Agrupación Joven Iberoamericana de Contabilidad y Administración de Empresa*, 2015. (Consulta en línea). <http://elcriterio.com/gestionjoven/2015/05/10/registros-de-empresas-y-datos-abiertos-un-analisis-de-la-situacion-europea-y-espanola/>.





# **PARTE II**

## **SOCIEDADES**





# LA VIGENCIA DE LOS ESTATUTOS: DEL CÓDIGO DE COMERCIO A HOY. EVOLUCIÓN DE LAS REGLAS QUE RIGEN LA VIDA DE LOS SOCIOS Y LAS SOCIEDADES

RAFAEL BERNAL GUTIÉRREZ\*

## 1. LOS ESTATUTOS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1971

En la estructura original del código, se define el contrato de sociedad, que da vida a una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, señalándose que esta consecuencia surge “una vez constituida legalmente” (art. 98, inc. 2.º)

A su turno, la constitución a que dicha norma se refiere, se encuentra definida en el artículo 110 de la Codificación cuando se expresa que ha de constituirse por escritura pública que ha de contener, al menos, los requisitos que la citada norma señala, sin perjuicio, como el numeral 14 de dicho precepto, de “los demás pactos que, siendo compatibles con la índole de cada tipo de sociedad, estipulen los asociados para regular las relaciones a que da origen el contrato”. Las omisiones, debían corregirse por vía de una nueva escritura pública (art. 111).

La escritura en mención debía, para efectos de oponibilidad, registrarse en el registro mercantil y, en la medida en que afectara o involucrara derechos sobre inmuebles, en la pertinente oficina de registro de instrumentos públicos. (arts. 111,112 *ibid.*).

No obstante, esta rígida y clara normativa, no se tuvo muy en cuenta y es el principio del quiebre de la misma, lo establecido en el artículo 118

---

<sup>1</sup> Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Socio de Zuleta Abogados Asociados. Se desempeñó como director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Profesor titular y profesor distinguido de la Universidad del Rosario en materia societaria, obligaciones, fusiones y escisiones y arbitraje, igualmente ha sido profesor en las Universidades Javeriana, Sergio Arboleda, Externado de Colombia, Norte de Barranquilla, así como en universidades en Centroamérica, Suramérica y España



del código, hoy vigente, que sustentado en una vieja y sólida construcción legal y jurisprudencial:

“Frente a la sociedad y a terceros no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras otorgadas con sujeción a los artículos 110 y 113, ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ella (Subrayo).

En últimas, si bien frente a la sociedad, lo que ha tenido como se pondrá de presente, un importante, aunque delimitado grado de evolución, ni a los terceros, el valor de lo contenido en las escrituras públicas registradas, era incuestionable, no lo es entre los socios, que bien podrían, desde esa época, acordar reglas o normas diferentes, que serían plenamente válidas y aplicables entre ellos y exigibles en cuanto a lo acordado.

Estos principios, de excepción, pero no por ello de evidente fuera y desarrollo en nuestro país, a partir de la teoría de la simulación, construida por la Corte Suprema de Justicia y la doctrina más autorizada, se encuentra soportada en lo dispuesto en el artículo 1766 del Código Civil, que a la letra dice:

Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, *no producirán efectos contra terceros*.

Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero.

Por su parte, de manera próxima, el Código General del Proceso, repite el mismo principio, en su artículo 254:

Los *documentos privados* hechos por los contratantes para alterar lo pactado en otro documento no producirán efectos contra terceros.

Tampoco lo producirán las contra escrituras públicas cuando no se haya tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contra escritura y en la copia en cuya virtud ha obrado el tercero.

Nótese que, la disposición procesal, involucra los documentos privados, a diferencia de la referencia del Código Civil y del Código de Comercio, que tan solo hacían mención a las contraescrituras públicas, lo que, como mencionaremos, amplía el espectro dentro del cual se pueden consolidar acuerdos que, contra lo señalado en la escritura pública que da vida a la persona jurídica diferente a los socios individualmente considerados, incluyan pactos y acuerdos que, si bien no producen efectos frente a terce-





ros, sí lo hacen frente a los socios que han participado en la suscripción de los mismos quienes se entienden válidamente vinculados y obligados.

Así las cosas, sin que se le hubiera dado mayor trascendencia ni alcance, es claro que no todo lo convenido por los socios encuentra su fuente única en la escritura de constitución de la sociedad que contiene sus estatutos o las que posteriormente los modifiquen, sino que, conforme a lo visto de manera clara y contundente y respaldado por toda la jurisprudencia de la Corte Suprema der Justicia y la doctrina nacional, es posible y legal, que mediante contraescrituras públicas y, aun documentos privados, se acuerden reglas entre los socios que contradigan o adicione lo pactado en las escrituras públicas registradas. La consecuencia, conforme lo señalan tanto el Código Civil como el Código General del Proceso, es que no producen efectos frente a terceros. Esto es, si producen efectos entre los socios y, dentro de estos, los que suscribieron los documentos públicos o privados que los suscribieron, en tanto los que no participaron en ellos, se tienen como terceros para los efectos que venimos comentando.

Esto resulta de particular importancia en tanto y cuanto la idea generalizada, incluida, en principio, la del mismo Código de Comercio, de que el diario devenir de las sociedades se encontraba o se encuentra exclusivamente en la escritura social, no resulta acertada y que, desde las reglas a que nos venimos haciendo referencia, podían existir otras, igualmente vinculantes entre los signatarios de las *contraescrituras* o *contradocumentos* referentes a materias contenidas en los dichos estatutos.

No obstante, la doctrina mercantil ni la jurisprudencia tomaron en consideración el tema ni fue fruto de análisis o desarrollos.

La legislación ni aquellas se ocuparon de fenómenos que no eran ajenas a nuestra práctica como lo que se llamaron los “sindicatos de acciones” o “sindicatos de accionistas” que se hicieron evidentes y fueron patentes en grandes compañías, bajo lo que la doctrina internacional llamada los “sindicatos de accionistas” o los “sindicatos de acciones” que bajo la modalidad de sindicatos de mando o de bloqueo, eran de uso frecuente en nuestro país y tenían su expresión en las asambleas de accionistas de importantes compañías nacionales, con la finalidad de hacer presencia en ellas logrando volver vinculantes las directrices de accionistas mayoritarios o, por excepción, contrarrestar los efectos de la fuerza de estos frente a los minoritarios. A dichos sindicatos hice referencia en la obra de quien escribe estas notas sobre la Sociedad Anónima en Colombia en 1980 y a ellos me remito. (*La sociedad anónima en Colombia*, Edit. Legis, 1980)



Esta aproximación, es compartida con toda la autoridad que sobre la materia tiene el Profesor Francisco Reyes Villamizar quien, en su obra sobre derecho societario, se refirió a la misma materia. (*Derecho societario*, tomo I, Edit Temis, 2002).

Conforme al criterio del profesor Reyes Villamizar, citando a Fernando H. Mascheroni, hace referencia a la sindicación de acciones, definida por este como

todo convenio, pacto o contrato destinado a comprometer los derechos emergentes de la tenencia de acciones de una sociedad en especial el derecho de voto, hay sea mediante la transmisión de acciones, mediante un mandato, condicionado o incondicionado a un tercero, o por vía de la obligación del socio de ejercer el derecho involucrado en determinado sentido. (*Régimen jurídico del socio, derecho y obligaciones comerciales*, Buenos Aires: Edit. Astrea, 1997: 214)

En la misma obra, hace referencia a el oficio 220-19417 del 15 de abril de 1997 de la Superintendencia de Sociedades, como referente en la materia.

Todo esto, para reafirmar que, contra lo señalado y entendido durante mucho tiempo por la doctrina nacional, no todas las reglas que regían la vida de la sociedad se encontraban en los estatutos sociales sino que, válidamente, se podían encontrar en las contraescrituras públicas o privadas, suscritas por grupos de socios —bien podían ser incluso todos ellos— donde se acordaran reglas y normas que no coincidieran con las contenidas en las escrituras públicas registradas que, en principio, regulaban la vida de una sociedad.

## 2. LA LEY 222 DE 1995

En medio de ese entorno, ceñido a lo dispuesto en el Código de Comercio, con una práctica, que ya revelaba su distanciamiento con lo textualmente dispuesto en él y como *de facto* había construido la posibilidad de, a partir de *contradocumentos* públicos o privados, o incluso *de facto* generar reglas que afectaran la vida societaria más allá de los estatutos sociales, en particular en aspectos relativos al manejo de las mayorías en las juntas y asambleas, aparece en el entorno legal, una pieza clave en diversos avances innegables en el sistema legal societario en Colombia: la Ley 222 de 1995.

En dicha normativa, cuando se contemplaron iniciativas y nuevas figuras tendientes a modernizar y complementar el régimen legal de las sociedades en Colombia, tuvimos en la comisión redactora la oportunidad de incluir en ella lo que denominamos, y así se conocen, los “Acuerdos de accionistas”.



El artículo 70 de la citada ley, al efecto, dispone:

Acuerdos entre accionistas. Dos o más accionistas que no sean administradores de la sociedad, podrán celebrar acuerdos en virtud de los cuales se comprometan a votar en igual o determinado sentido en las asambleas de accionistas. Dicho acuerdo podrá comprender la estipulación que permita a uno o más de ellos o a un tercero, llevar la representación de todos en la reunión o reuniones de la asamblea. Esta estipulación producirá efectos respecto de la sociedad siempre que el acuerdo conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. En lo demás, ni la sociedad ni los demás accionistas, responderán por el incumplimiento a los términos del acuerdo.

En este sentido, la ley regula, bajo esta figura, la posibilidad de contar con reglas válidas y exigibles entre accionistas —dos o más, pueden ser todos— que dispongan más allá o por fuera de lo previsto en los estatutos que, en este evento, permiten la prevalencia de dichos acuerdos, incluso, con efectos no solo entre los signatarios sino ante la sociedad y, de rebote, frente a terceros en cuanto las determinaciones adoptadas en la asamblea, sean las que fueren, son válidas y pueden generar efectos frente a ellos en caso dado.

Deben tenerse sí, en cuenta, los siguientes comentarios:

1. Solo se refiere a las sociedades por acciones, a saber: sociedades anónimas, sociedades anónimas simplificadas, sociedades en comandita por acciones. No obstante, no existe, en mi entender, razón alguna para hacer extensiva la figura a los otros tipos sociales que en el caso de las sociedades limitadas encuentra disposición expresa en la remisión del artículo 272 del Código de Comercio. En primera instancia, acudiendo a la aplicación analógica de la norma —con duda en cuanto a la prohibición contenida en la Ley 222, en cuanto como tal es de aplicación restringida y no analógica—, o como lo hemos venido sosteniendo, con base en lo dispuesto en el artículo 118 del Código de Comercio y el artículo 254 del Código General del Proceso.
2. Aunque criticado, creo con razón, los socios-administradores, no pueden suscribir dichos acuerdos. Como lo he referido, esta restricción tiene su ámbito de actuación de manera limitada al caso referido en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 en cuanto no podría haber analogía en casos de prohibiciones como esta.
3. La norma en comento parecería referirse exclusivamente a los acuerdos de voto. No obstante, no existe razón alguna para limitar su efec-



to a esta materia, bien puede referirse a cualquiera de los derechos que existen a favor de un socio en tanto no existe prohibición alguna y, en el peor de los escenarios, volvería a encontrar amparo la estipulación en las normas generales a que hemos venido haciendo referencia. Queda la duda, de si, en ese evento, se dan igualmente los efectos ante la sociedad, diferentes al voto, lo que no parece estar claro, pero en principio, podría la sociedad negarse a reconocerlo.

4. En el evento en que se desee hacer oponible el acuerdo frente a la sociedad, es preciso, que conste por escrito, como indica la norma, *depositarlo* en la sociedad, por conducto del representante legal de la sociedad, quien no puede negarse a hacerlo. Depositarlo, no es registrarlo, ni en el libro de accionistas, ni en el de socios. En tanto no constituya una limitación de los derechos que pertenecen al accionista, estrictamente hablando, no es preciso.
5. No está prohibido o restringido que el acuerdo vaya conjuntamente con otro tipo de negocios jurídicos de los que son posibles las acciones, cuotas o partes de interés: entiéndase prenda, usufructo, anticresis. En estos eventos, es preciso cumplir con las formalidades y registros que la ley exige al respecto, no por contener el acuerdo en cuanto al voto, sino por este particular requerimiento. No existirán aquí restricciones como la de ser administradores en cuanto para el accionista-administrador no está vedado dar sus participaciones en prenda, anticresis o usufructo, ni tampoco en cuanto al alcance, al efecto, debe tenerse en cuenta que, conforme está previsto en los artículos 411, 412 y 413 del Código de Comercio, en cualquiera de los contratos mencionados, pueden afectarse todos los derechos inherentes a la calidad de accionista, mediante pacto expreso. En todos esos eventos, la sociedad, en los términos de las normas citadas, está obligada a tomar nota y respetar lo acordado por las partes intervinientes en el respectivo negocio jurídico.
6. Tratándose de un acuerdo entre accionistas —o socios, según se sostiene—, dicho acuerdo está sujeto, entre sus signatarios, a ser respetado entre quienes lo han suscrito y, por ende, en cuanto a las obligaciones adquiridas bajo el mismo, no pueden hacerse exigibles a los demás accionistas, ni a la sociedad, esta última, bajo los alcances y términos que hemos venido exponiendo ya que existen diversos y amplios efectos para ella que, de no cumplirse, pueden derivar en la eventualidad de hacerlos exigibles forzosamente y eventualmente



en indemnizar a los intervinientes en el acuerdo en caso de impedir que se surtan los efectos deseados por las partes.

7. Ahora bien, por último, en cuanto a la terminación del acuerdo es preciso que al efecto se observen los términos del mismo en cuanto permita la separación individual del mismo o requiera de la terminación plural o total para dejarlo sin efecto. La sociedad, en todo caso, notificado de estos cambios, debe dar cumplimiento a lo pactado y recibida la información, deberá cancelar los registros que hubiere efectuado, en caso dado, so pena de asumir los perjuicios que ello llegare a causar.
8. Aspecto de especial interés resulta lo referente a la discusión que en la práctica se da respecto de lo referente a la solución de controversias derivadas del acuerdo de accionistas. Para algunos, en cuanto el tema refiere a los socios entre sí y/o los socios y la sociedad, en el evento de haberse incluido en los estatutos cláusula compromisoria que dice relación a las diferencias entre los socios y/o entre los socios y la sociedad, es claro que las que surjan del acuerdo de accionistas que incluye a esta y aquellos o a aquellos exclusivamente y tienen que ver con la sociedad, estarían incluidos dentro del pacto arbitral y, por ende, las controversias que surjan alrededor del acuerdo de accionistas deben ir a arbitraje bajo las reglas pactadas en el estatuto. Para otros, por el contrario, solo podrían llevarse al trámite arbitral si el acuerdo respectivo —de accionistas u otro contrato que como vimos le diera sustento a este— no contiene pacto arbitral, separado e independiente de el contrato social, la discusión debe ir a quien resulte competente para el efecto.

Puntos de vista encontrados han surgido frente a los tribunales arbitrales donde, mayoritariamente, se ha adoptado esta segunda postura. En mi entender, no hay una razón para ello, en tanto, el pacto, al involucrar sociedad y socios y referirse a las controversias que se deriven del contrato social cubre suficiente y claramente las que surjan en desarrollo y/o por virtud del acuerdo que cabe dentro de estos términos, así no esté incluido puntual y específicamente en el cuerpo de los estatutos. El tema, no obstante, no es claro y determina diferentes y opuestas posiciones basadas, sustancialmente, no desde lo contractual sino lo procesal y la aproximación desde la legitimación por activa o por pasiva o la inoponibilidad del pacto frente al estatuto.

### **3. LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS**

Avanzando en el tiempo y llegando a la figura societaria más relevante de los últimos años en nuestro país, sinónimo de avanzada desde lo con-



ceptual, y su proyección no solo a nivel nacional sino base para diversas legislaciones y los trabajos de Uncitral en la materia, contempla esta, en su normativa lo referente a los acuerdos entre accionistas.

El artículo 24, al respecto señala:

**Acuerdos de accionistas.** Los acuerdos de accionistas sobre la compra o venta de acciones, la preferencia para readquirirlas, las restricciones para transferirlas, el ejercicio del derecho de voto, la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea y cualquier otro asunto lícito, deberán ser acatados por la compañía cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad, siempre que su término no fuere superior a diez (10) años, prorrogables por voluntad unánime de sus suscriptores por periodos que no superen los diez (10) años.

Los accionistas suscriptores del acuerdo deberán indicar, en el momento de depositarlo, la persona que habrá de representarlos para recibir información o para suministrarla cuando esta fuere solicitada. La compañía podrá requerir por escrito al representante aclaraciones sobre cualquiera de las cláusulas del acuerdo, en cuyo caso la respuesta deberá suministrarse, también por escrito, dentro de los cinco (5) días comunes siguientes al recibo de la solicitud.

PAR. 1°—El presidente de la asamblea o del órgano colegiado de deliberación de la compañía no computará el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado.

PAR. 2°—En las condiciones previstas en el acuerdo, los accionistas podrán promover ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario, la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos. (Subrayo).

La norma citada, pareciera estar en contradicción con el artículo 40 de la misma ley, en cuanto al regular lo referente a la “resolución de conflictos societarios” dispone:

Las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales, podrán someterse a decisión arbitral o de amigables componedores, si así se pacta en los estatutos.

Si no se pacta arbitramento o amigable composición, se entenderá que todos los conflictos antes mencionados serán resueltos por la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario.



En tanto la primera señala como potestativo acudir a la superintendencia, la segunda lo dispone como obligatorio. Eventualmente, habría que entender: en primer lugar, que en todos los casos, las controversias derivadas de los acuerdos, deben ir a arbitraje o amigable composición, en tanto esté pactado y, si ello no fuere así, deberán llevarse a conocimiento a la Superintendencia de Sociedades para adelantarlos por la vía del proceso verbal sumario. En el evento de los acuerdos, si el acuerdo tiene previsto el arbitraje, será allí donde habrá que acudir y solo a falta del pacto arbitral se podrá, si es que las partes no acuerdan un escenario o método diferente —mediación, conciliación, por ejemplo—, ir a la superintendencia por la vía procesal indicada.

#### **4. EL GOBIERNO CORPORATIVO**

Sin avanzar en el tema, no quiero dejar pasar por alto esta importante materia para señalar como, a partir de los acuerdos que en esta materia o en pro de un mejor gobierno corporativo de la sociedad y garantizar un sólido y sustentable desarrollo, se suscriben acuerdos y se suscriben o adhieren a códigos que, de alguna manera, se entrelazan o están vinculados con el devenir de la sociedad. Dichos pactos, paralelos con los estatutos sociales contienen previsiones que, en lo que corresponde, bien pueden superponerse a estos y derivar en reglas vinculantes que, de una forma u otra, se originan en los accionistas, a modo y manera de los acuerdos de accionistas, y conllevan el afectar la omnipresencia que, tiempo ha, era casi del patrimonio exclusivo de los dichos estatutos y, por ende, han de tenerse en cuenta no como una intromisión ni una disminución de estos sino en normas y principios que velan por un adecuado gobierno de la sociedad en pro de su solidez y buena salud. Dichos acuerdos, bien pueden originar ajustes en los estatutos o contemplar reglas que puedan entrar en contradicción o choque en donde eventualmente priman y, por ello, conducen a una reducción de la solidez y primacía de los estatutos sociales. Eventualmente, un análisis más preciso y puntual debería ser preciso para ver el impacto y la importancia de este aspecto en lo que al propósito de este análisis se refiere.

#### **5. LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL**

Reconozco los profundos planteamientos de los expertos sobre la inexistencia de la que he llamado de esta manera y lejos de mí contradecirles,



me quiero referir, bajo este acápite, a decisiones arbitrales sobre el tema de los acuerdos de accionistas. Esta materia, ha tomado un importante auge como objeto de decisiones adoptadas por tribunales arbitrales.

No pretendo ser exhaustivo al respecto, ni entraré en el análisis de las decisiones. Pero prudente e importante me parece, incluir una relación de algunos casos, que pueden aportar a dar soporte o a controvertir, lo que hasta aquí se ha venido proponiendo y planteando. Espero sea útil.

### 5.1. *Laudos arbitrales sobre acuerdos de accionistas*

#### 1. **Orjuela vs. Kpmg Noviembre 3 de 2015** Árbitros: **Gustavo Cuberos Gómez, Camila de la Torre Blanche y Pedro Lafont Pianetta.**

- Convenios que posibilitan el funcionamiento adecuado de la sociedad.
- Autónomos, respecto del contrato social; los socios pueden celebrar negocios jurídicos libremente y a ejercer los derechos de socio (de gobierno y patrimoniales)
- **Eficaces:** artículo 118 C. Co. Son inoponibles frente a la sociedad y terceros; Prevalece la escritura frente a ellos; tienen efectos entre los socios firmantes; tienen efectos **A FAVOR** de la sociedad o de terceros.
- **Límites:** orden público, buenas costumbres, normas imperativas.
- **Naturaleza jurídica:** declaración de voluntad que permite convenir o concretar aspectos sociales y establecer vínculos y efectos jurídicos.
- **Negocio especial:**
  1. Principal.
  2. **Derivado:** de la sociedad (lo suscriben socios)
  3. **Planificado:** hacia cumplir los fines sociales.
  4. **Fiduciario:** basado en la buena fe y condiciones de los signatarios.
  5. **Operacional:** funcionalidad en su gobierno y regulaciones administrativas.
  6. **Obligacional:** crea obligaciones, derechos y responsabilidades.
  7. **De eficacia social:** persigue ser trascendente frente a la sociedad y terceros.





— Vínculo

Socios: lo suscriben o se adhieren.

Sociedad: artículo 118: NO pero “depósito” artículo 70 Ley 222 de 1995.

— Alcance:

1. **Alteración social:** alteran de forma absoluta o parcial el contrato social
2. **Desarrollo social:** facilitan su desarrollo; pactos de adquisición o cambio de calidad de socio, gobierno corporativo, distribución de utilidades; exclusión de socios —legal o convencional—, regulación de retiro, distribución de utilidades, solución de diferencias.

— Aceptación por la sociedad:

1. Notificación (depósito)
2. Conducta concluyente (tácito)

**2. Carlos A. Sierra Murillo y otros vs. Colmenares S.A. Tribeca Fund y Woodmont. Agosto 11 de 2014. Árbitros: Juan Pablo Cárdenas, Ricardo Vélez Ochoa, Enrique Díaz Ramírez.**

— **Legalidad de los acuerdos** muy discutida su validez (pág. 48) ; afectan la capacidad de decisión de los administradores , por ello artículo 70 (C. Co., art. 185) prohibición de suscribirlos si a pesar de ser socio, tiene la calidad de administrador. En las SAS artículo 24 Ley 1258 de 2008 NO prohíbe que los administradores participen, oponible a la sociedad si se le comunica pero solo por diez años de vigencia.

— **Nulidad por estar socio administrador:**

1. Naturaleza y alcance de la invalidez en los negocios jurídicos mercantiles: juicio objetivo; guarda eficacia hasta que se declare nulo y retrotraiga los efectos del mismo.
2. **Nulidad absoluta:** artículo 1741 C.C. y 899 C. Co que incluye dentro de sus hipótesis la de “contrariar una norma imperativa”.

Distinción: ¿El contrato está totalmente prohibido? O se subordina a requisitos especiales. Se declara de oficio, no se puede ratificar por las partes, saneable por el paso del tiempo; prescripción: 10 años Ley 791 de 2002 artículo 1.º



3. **Nulidad relativa:** protección a determinados sujetos frente a situaciones específicas —anulabilidad—, artículo 900 C. Co., también artículo 838 C. Co y 1741 C. Co.
4. **Nulidades parciales:** precaver la validez y consecuencias de las disposiciones ajenas al reproche —art. 902 C. Co—, previo definir si el acto puede subsistir frente al vicio.
5. **Nulidad en negocios jurídicos plurilaterales : artículo 903 C. Co:** no acarrea la nulidad de todo el negocio a menos que su participación sea esencial para lograr el fin previsto.
6. **Libertad contractual en el derecho societario:** no es omnímoda. El límite está en las normas imperativas.
7. **En los acuerdos de accionistas:** acatamiento de normas de rango superior que se sobreponen a los motivos determinantes de los disponentes.

#### **Invalidez o inoponibilidad de los acuerdos celebrados en contravención del artículo 70 de la Ley 222 de 1995**

1. Restricción a la participación de los administradores para actuar como parte (defensa de la buena fe, la transparencia y evitar abuso en decisiones)
2. Oponibilidad a la sociedad: si está por escrito y es entregado al representante legal para su depósito (oponibilidad-inoponibilidad)
3. No admite pacto en contrario, es imperativo.
4. El artículo 118 no está por encima de esta interpretación.

#### **Inamovilidad de los administradores vs. acuerdo de accionistas**

- Artículo 198 se refiere a los estatutos no al acuerdo.
- Acuerdos de voto no desconocen el régimen societario.
- No necesariamente valida un acuerdo que desconoce esa regla.
- Lo que se busca es asegurar la posibilidad de revocación en cualquier momento, para velar por el “interés social”.

#### **Cartas de patrocinio**

- Forma de garantía.
- Obligación de resultado



- **Efectos:** cuando claramente existe una manifestación de voluntad de crear una obligación a cargo de quien la otorga.
- **Válida en derecho colombiano.**

#### **Acuerdos-efecto**

- Vincular a los accionistas que los suscribieron pero no lo hacen con los órganos sociales que son parte en estos. Por ende, las decisiones de los órganos sociales no pueden ser invalidadas por el solo hecho de que violen el acuerdo de accionistas. Si no se cumple, hay responsabilidad de los accionistas. Los acuerdos, no vinculan a los administradores.

#### **Clausula penal**

**Efectos:** basta la mora si la obligación es positiva o que se infrinja la obligación de no hacer. No se requiere notificación previa.

Artículo 1601 C.C.- Artículo 869 C. Co. **Reducción como facultad del juez.** Tenerse en cuenta el interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación.

**3. EPM vs. Municipio de San Jerónimo. Árbitro: Luis Fernando Pérez González. 2015 A 48.**

**Acuerdos de accionistas:** “pactos para-estatutarios son contratos que vinculan a los socios y eventualmente a la sociedad.

**Objeto:** cualquier situación jurídica que surja del contrato social y NO SOLO los derechos políticos. Tan extenso, como la voluntad y la necesidad de las partes lo requieran, dentro de los límites que existen para dicha autonomía (prohibición legal, orden público, buenas costumbres)

#### **Precedente:**

- Artículo 118 C. Co: regla general vigente.
- Artículo 70, Ley 222 de 1995: regla especial rige para el derecho de voto

**Efectos: (arts. 1415 C.C., 864 C. Co)**

- Las obligaciones que surjan del acuerdo son exigibles a quienes lo celebraron o pactaron.
- Son vinculantes mientras no se invaliden por acuerdo de sus suscriptores o las causales legales.
- Prescripción: Cinco años —L. 222/1995—



## 6. CONCLUSIÓN

Como se señaló al comienzo de este trabajo, bastante ha corrido desde la visión del estatuto como el centro de la vida societaria y como rector único de esta, en tanto, como se ha observado, desde un ángulo estrictamente del contrato social y sus partes contratantes —los socios— hoy con la evolución que se ha venido registrando y sin que ellos sigan hayan dejado de tener papel preponderante en la vida societaria, no son, ni mucho menos, los únicos instrumentos que hay que contemplar y analizar frente a ella y cómo se rige y se regula el devenir societario.



# RÉGIMEN DE CONFLICTOS DE INTERÉS EN OPERACIONES INTRAGRUPPO EMPRESARIAL

JAIME MOYA SUÁREZ\*

## INTRODUCCIÓN

En el año 2015, la Superintendencia de Sociedades profirió una decisión, en ejercicio de su función jurisdiccional en asuntos societarios, en la cual examinó la legalidad de ciertas operaciones celebradas por una sociedad (Farben S.A.) con otra sociedad (Handler SAS), que era en totalidad de propiedad de los accionistas controlantes de Farben S.A., quienes a la sazón controlaban el 56% del capital de esta última. Se trataba, entonces, de una operación entre dos subsidiarias de un mismo grupo de personas naturales controlantes y la cuestión central del caso radicó en determinar si tales operaciones están o no sujetas al régimen de conflictos de interés.

La Superintendencia de Sociedades concluyó que tales operaciones estaban viciadas de nulidad absoluta por contravenir el régimen de conflictos de interés previsto en el artículo 23-7 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009 y, en particular, por no haber sido autorizadas por el máximo órgano social. Al respecto, dicha autoridad sostuvo que el controlante es una parte relacionada de los administradores de una sociedad subordinada, lo cual supone que las operaciones celebradas entre dicha sociedad subordinada y el controlante, o con cualquier otra subordinada del controlante, se encuentran sujetas al régimen de operaciones en conflicto de interés y deben, entre otros requisitos, ser autorizadas por la junta de socios o asamblea de accionistas de la subordinada.

Esta tesis ha tenido un profundo efecto práctico en el proceso de aprobación de las operaciones celebradas entre sociedades que pertenecen a

---

<sup>1</sup> Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (1997), con especialización en derecho financiero de la misma universidad (1998) y maestría en leyes (LL.M.) de la Universidad de Harvard (2001). Ha sido profesor de derecho civil y de derecho de sociedades del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Es socio de GodoyHoyos Abogados, donde lidera la práctica de derecho corporativo.



un mismo grupo empresarial (las “operaciones intragrupo”), teniendo en cuenta los estrictos requisitos procedimentales y sustanciales establecidos en el régimen de operaciones en conflicto de interés. Ha resultado particularmente engorroso cumplir con el requisito que consiste en que cada operación intragrupo sea aprobada por el máximo órgano social de la sociedad subsidiaria interviniente, lo cual supone costos y demoras significativos, especialmente para sociedades con un número importante de socios o accionistas y que celebran con frecuencia operaciones intragrupo.

En relación con la decisión de extender la aplicación del régimen de conflicto de interés a las operaciones intragrupo, en este capítulo se abordan los siguientes asuntos: 1. Fundamentos de la tesis de la Superintendencia de Sociedades; 2. Revisión crítica de los fundamentos de la tesis de la Superintendencia de Sociedades, a la luz del régimen legal de las operaciones intragrupo; 3. Breve referencia al derecho comparado; y 4. Conclusiones.

## 1. FUNDAMENTOS DE LA TESIS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

La tesis central de la decisión de la Superintendencia de Sociedades en el caso Farben consiste en afirmar que un controlante, en cuanto tiene capacidad de nominar a ciertos miembros de la junta directiva de una subordinada, debe ser considerado como una parte relacionada de tales administradores. Al respecto, el fallo citado afirma lo siguiente:

En efecto, la relación de dependencia que existe entre controlante y administradores es de suficiente entidad como para comprometer el juicio objetivo de estos funcionarios en el curso de una operación determinada. Según las explicaciones antes formuladas, este conflicto de interés se concreta, específicamente, en la potestad de los controlantes de remover a los administradores en cualquier momento<sup>1</sup>.

En consecuencia, por tratarse de operaciones con una parte relacionada de sus administradores, cualquier negocio celebrado entre una sociedad subordinada y su controlante o entre subordinadas del mismo controlante, está sujeto a las reglas previstas para las operaciones en conflicto de

---

<sup>1</sup> Colombia, Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-142, 9 noviembre de 2015.



interés, en particular la contemplada en el artículo 23-7 de la Ley 222 de 1995, el cual dispone que incumbe a los administradores:

abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas<sup>2</sup>.

Celebrar la operación sin contar con la autorización del máximo órgano social resulta en la nulidad absoluta de esta, por haberse omitido un: “requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos (...)”<sup>3</sup>, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1741 del Código Civil.

La oportunidad para crear este precedente jurisprudencial surge de la ausencia de una definición legal del concepto, o de los criterios para definir, quién debe ser considerado como una “parte relacionada” de un administrador. Como lo ha reconocido la propia Superintendencia de Sociedades, la ley en Colombia no establece ningún criterio concreto que permita establecer con precisión quiénes tienen la calidad de partes relacionadas de un administrador. Por esa razón, la mencionada autoridad ha sostenido que determinar la existencia e intensidad de un vínculo que califique a alguien como parte relacionada de un administrador es una labor que corresponde, en cada caso, al juez competente para aplicar las reglas sobre conflicto de interés. En la práctica, esto ha conducido a la elaboración de una serie de criterios jurisprudenciales y doctrinales basados en el grado de proximidad de una potencial parte relacionada con los administradores de la sociedad: mientras en algunos casos (como ocurre, por ejemplo, con los parientes consanguíneos más inmediatos o las sociedades en las que, simultáneamente, se actúa como administrador) el grado de cercanía entre un administrador y la potencial parte relacionada es tan estrecho que puede presumirse respecto de esta última la condición de parte relacionada, hay otros casos en los cuales es necesario demostrar ante el juez competente que el grado de cercanía entre un administrador y la potencial parte relacionada es tan íntimo que termina por desvirtuar la capacidad del administrador de obrar de manera objetiva e imparcial. Es un régimen que combina presunciones de juez o de hombre con situaciones en las cua-

---

<sup>2</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 222 de 1995.

<sup>3</sup> Colombia, Congreso de la República Ley 84 de 1873.



les la carga de la prueba le corresponde a quien esté interesado en infirmar la legalidad de la operación.

También es interesante destacar que la Superintendencia de Sociedades concibe la sujeción de las operaciones intragrupo al régimen de operaciones en conflictos de interés como una forma de controlar fenómenos de desviación de valor (o como los llama esa entidad, de *expropiación*) de los controlantes respecto de los socios o accionistas minoritarios. Al respecto, la decisión del caso *Farben* señala que, mediante su relación con administradores dependientes, es posible que:

(...) los accionistas controlantes se valgan de sus tratos con la sociedad para recibir anticipadamente una porción de la plusvalía generada por el cumplimiento de la actividad social o, incluso, para apropiarse en forma irregular de activos de propiedad de la compañía”.

Este riesgo de desviación de valor, continúa señalando la citada decisión, justifica: “(...) la intervención del Estado en el diseño de mecanismos legales para expropiación de asociados minoritarios” que se concreta en diversos mecanismos de defensa, por lo cual: “uno de los principales medios de defensa en hipótesis de expropiación de minoritarios puede encontrarse en el régimen especial de conflictos de interés consagrado en la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009”<sup>4</sup>.

Posteriormente, en la decisión del caso *Hakim Daccab*, del 8 de junio de 2016, la Superintendencia de Sociedades llegó al punto de afirmar la existencia de deberes fiduciarios del controlante hacia los minoritarios, señalando que el referido control es necesario para asegurar el cumplimiento de un supuesto deber de lealtad en cabeza del controlante:

Al extraer bienes del patrimonio social, el controlante puede frustrar las expectativas económicas de los minoritarios, quienes verán menguado —o, incluso, suprimido— el retorno esperado por su inversión en la compañía. Es decir, que la apropiación de activos sociales perjudica en tal forma a los asociados minoritarios que la conducta del controlante no puede sino calificarse como desleal. De manera que, al constituir la expropiación de minoritarios una violación del deber de lealtad a cargo del controlante, este último podrá ser obligado a resarcir los perjuicios que se deriven de sus actuaciones irregulares<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Colombia, Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-142, 9 noviembre de 2015.

<sup>5</sup> Colombia, Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-52, 8 junio de 2016.





También cabe observar que en la decisión del caso Farben, la Superintendencia de Sociedades encontró la manera de introducir jurisprudencialmente en el ordenamiento una modificación que inicialmente había sido buscada mediante el proyecto de ley de reforma el régimen societario presentado en el año 2015, el cual contemplaba la sujeción expresa de las operaciones entre matrices y subordinadas, o entre subordinadas de una misma matriz, al régimen de conflictos de interés<sup>6</sup>. Es de interés resaltar que este proyecto contemplaba la posibilidad de que una autorización obtenida con el voto mayoritario de los socios o accionistas no interesados en la operación relevara de responsabilidad a los administradores en conflicto, mientras que, como mínimo, una autorización obtenida con una mayoría conformada por socios o accionistas (incluyendo los conflictuados) era, en todo caso, necesaria para la legalidad de la operación. También se reconocía la realidad económica de las operaciones intragrupo, señalando que la autorización del máximo órgano social no sería necesaria cuando las operaciones intragrupo correspondieran al giro ordinario de los negocios, su cuantía no sobrepasara cierto umbral, fueran onerosas, no dieran lugar a un desequilibrio financiero y no afectaran la capacidad de la sociedad subordinada para cumplir de manera oportuna con sus obligaciones. Naturalmente, estas precisiones, de enorme importancia práctica para impedir que la sujeción al régimen de conflictos de interés de las operaciones intragrupo provocara los numerosos inconvenientes que, de hecho, ha generado, no son aplicables en el escenario actual, que no contempla ninguna excepción a su alcance.

### 1.1. Estado de la cuestión hasta el caso Farben

En términos generales, los sistemas de derecho societario buscan neutralizar el riesgo de desviación de valor que suponen las operaciones intragrupo, mediante la aplicación de tres estrategias principales: (i) la transparencia, que consiste en la imposición de deberes de revelación a los socios o accionistas de tales operaciones; (ii) los controles *ex ante*, que imponen el deber de obtener la autorización de ciertos órganos societarios como condición previa para realizar tales operaciones; y (iii) los controles *ex post*, que autorizan la intervención de autoridades administrativas o judiciales con el fin de suspender o reparar los efectos de operaciones intragrupo, cuando han sido efectivamente usadas para desviar valor de la sociedad.

---

<sup>6</sup> Ver: <https://www.supersociedades.gov.co/Historial%20de%20Noticias/2015/Septiembre/Libro%20proyecto%20de%20reforma.pdf>



Hasta el caso Farben, era comúnmente entendido en Colombia que, a la luz de las disposiciones expresas de la Ley 222 de 1995, las operaciones intragrupo estaban sujetas a al principio de transparencia y al control *ex post* de las autoridades administrativas y judiciales. La novedad del precedente jurisprudencial analizado consiste en haberlas sometido, a través de la arriba referida interpretación extensiva del concepto de parte relacionada, al control *ex ante* del máximo órgano social, estableciendo de esta manera un requisito adicional para su validez.

En relación con el principio de transparencia, es conocido que una de las principales reformas introducidas mediante la Ley 222 de 1995 consistió en la regulación de las situaciones de control y grupo empresarial. Los dos pilares de la regulación son la publicidad de las situaciones de control y grupo empresarial, que se concreta en el deber de inscribir su existencia en el registro mercantil, y la divulgación anual al máximo órgano social del denominado “informe especial”, en el que la administración debe referirse a las principales operaciones intragrupo celebradas por las sociedades vinculadas.

Un aspecto interesante de esta regulación es que se refiere a la posibilidad de que las operaciones intragrupo objeto del informe especial se celebren “por influencia o en interés de la controlante”. Es decir, al regular los grupos empresariales, la ley no solo reconoce la posibilidad de que estas operaciones sean celebradas sin imponer requisito diferente a su divulgación (cuyo incumplimiento, en todo caso, no compromete su validez o eficacia), sino que, además, acepta como una derivación natural del ejercicio del control el que la racionalidad económica de tales operaciones esté orientada por los intereses del controlante. Esto supone el reconocimiento de que, en principio, los administradores vinculados a un grupo empresarial no se encuentran en el dilema de tener que elegir entre los intereses de la sociedad subordinada y los de la matriz, sino que pueden considerar en sus decisiones ambos, o incluso únicamente el interés de la matriz, sin perjuicio del deber legal de conferir un trato equitativo a los socios y de la responsabilidad que la ley les impone por los daños que les ocasionen a la sociedad o a los minoritarios. En este sentido, existe un reconocimiento expreso de la convergencia de intereses que probablemente explica el surgimiento y la existencia de los grupos empresariales como forma de organización empresarial y que es, precisamente, la realidad que resulta desconocida en la decisión del caso Farben.

En relación con los controles *ex post*, desde su promulgación, el artículo 265 del Código de Comercio expresamente establecía a favor del Gobier-



no la facultad de comprobar la “realidad de las operaciones intragrupo”, norma cuyo alcance y operatividad fue precisado mediante la modificación introducida por la Ley 222 de 1994, en los siguientes términos:

Los respectivos organismos de inspección, vigilancia o control, podrán comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados. En caso de verificar la irrealidad de tales operaciones o su celebración en condiciones considerablemente diferentes a las normales del mercado, en perjuicio del Estado, de los socios o de terceros, impondrán multas y si lo consideran necesario, ordenarán la suspensión de tales operaciones. Lo anterior, sin perjuicio de las acciones de socios y terceros a que haya lugar para la obtención de las indemnizaciones correspondientes<sup>7</sup>.

Esta norma establece, como principio sustancial que, a diferencia del principio general que permite la simulación de los actos jurídicos, las operaciones intragrupo deben ser reales, es decir, ha de haber una consistencia entre las condiciones de la operación reveladas a terceros y los propósitos perseguidos por las partes al celebrarla. Adicionalmente, las condiciones económicas de la operación no deben ser “considerablemente diferentes” a las del mercado, principio que supone un estándar de escrutinio más alto que el aplicable a cualquier otra decisión de negocios y que refleja el entendimiento de que el riesgo de desviación de valor no debería concretarse si la operación es celebrada en condiciones comparables a las esperables de otra similar que tuviera lugar entre partes no relacionadas por vínculos de control.

Desde la perspectiva procesal, la norma consagra una facultad administrativa especial en cabeza de las autoridades de inspección, vigilancia y control que les permite, de manera más bien excepcional en el panorama de sus atribuciones, no solo imponer multas a los administradores sino también ordenar la suspensión de las operaciones que se hallen como celebradas en condiciones diferentes a las del mercado. De otro lado, se dispone expresamente que esta facultad administrativa debe entenderse sin perjuicio de las acciones indemnizatorias, lo cual supone que las operaciones intragrupo, en la medida en que no cumplan con los principios de realidad y condiciones de mercado, también están sujetas a un control judicial que puede resultar en condenas patrimoniales en contra tanto del controlante o vinculado beneficiario de la operación, como de los administradores que hayan tomado o ejecutado las respectivas decisiones.

---

<sup>7</sup> Colombia, Presidencia de la República, Decreto 420 de 1971.



En síntesis, bajo el régimen societario contenido en el Código de Comercio, tal como fue reformado por la Ley 222 de 1995, las operaciones intragrupo, incluso cuando son celebradas en interés exclusivo de la controlante, están permitidas, siempre que sean reales, reflejen condiciones que no difieran considerablemente de las prevalecientes en el mercado y no ocasionen perjuicios a otros socios o a terceros. Para incentivar y verificar el cumplimiento de tales principios, se establecieron controles *ex post*, tanto administrativos como judiciales, que permiten suspender las operaciones intragrupo o imponer condenas por los perjuicios derivados de ellas. Finalmente, cabe destacar que el comentado régimen no contempla expresamente ningún tipo de control *ex ante* de las operaciones intragrupo y, en especial, no sujeta su validez a la obtención de la autorización previa del máximo órgano social.

## 2. REVISIÓN CRÍTICA DE LA POSICIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

La diferente regulación que la ley establece para las operaciones en las que los administradores están en conflicto de interés (principalmente el artículo 23-7 de la Ley 222 de 1995), respecto de las reglas aplicables a las operaciones intragrupo (comentadas en el punto 2 anterior) presumiblemente obedece a las diferencias económicas y prácticas de los dos tipos de escenarios. Mientras las operaciones celebradas con los administradores y sus partes relacionadas tienen naturaleza excepcional, y seguramente deben estar fundadas en motivos igualmente excepcionales, las operaciones intragrupo hacen parte de la razón de ser económica de grupos empresariales y conglomerados, que usualmente explotan sinergias o eficiencias derivadas del establecimiento de relaciones comerciales entre sus miembros.

Esto explica que en el caso de los administradores y sus partes relacionadas se establezca, de manera general, la necesidad de obtener la autorización del máximo órgano social como condición de validez de las operaciones en conflicto de interés, pues el carácter excepcional de estas operaciones, tanto en relación con su frecuencia como respecto de su justificación, no supone una carga particularmente onerosa para el adecuado desarrollo de los negocios sociales. De otro lado, el establecimiento de este tipo de control también reconoce que los accionistas, como dueños últimos del patrimonio social, y sin importar si son o no controlantes, tienen incentivos adecuados y suficientes para impedir conductas de los administradores que pueda resultar en desviación de valor para la sociedad.



Por otra parte, en el caso de las operaciones intragrupo, es igualmente claro que su frecuencia y el hecho de que usualmente responden a legítimas razones de negocios hace razonable no establecer un control *ex ante*, de modo que se facilite el funcionamiento de las empresas organizadas como grupos o conglomerados, lo cual no necesariamente significa permitir los abusos, si se considera que existen principios sustanciales relativos a las condiciones que tales operaciones deben reunir y vías procesales para deducir las correspondientes responsabilidades, que igualmente buscan impedir que mediante las operaciones intragrupo se desvíe valor para la sociedad.

Por tanto, la decisión del caso Farben descansa en una interpretación que extiende el régimen de conflictos de interés propio operaciones con administradores (y sus partes relacionadas) a las operaciones intragrupo, lo cual, en la práctica, hace desaparecer la distinción entre uno y otro régimen para confundirlos en uno solo, desconociendo las diferencias de orden práctico y económico que inspiraron el sistema contenido en el Código de Comercio y en la Ley 222 de 1995.

De manera específica, se observan ciertas inconsistencias en la tesis acogida por la Superintendencia de Sociedades en el caso Farben:

(i) En cuanto a la efectividad del control *ex ante*, cabe destacar que establecer la necesidad de obtener la autorización del máximo órgano social no impide que, una vez el asunto es llevado a dicha instancia, el controlante participe, sin restricción alguna, en la decisión de autorizar el levantamiento del conflicto de interés. Esto es, no existe ningún principio o norma legal que le imponga al accionista de control el deber de abstenerse de actuar en tal decisión o de obtener para su aprobación el voto favorable de una “mayoría de la minoría” de los socios o accionistas que no están involucrados en la operación.

Como resultado de lo anterior, este control se convierte en una mera formalidad, pues el controlante, en sede del máximo órgano social, no parece tener incentivos relevantes para abstenerse de autorizar el levantamiento del conflicto de interés, de suerte que los administradores de la respectiva subordinada procedan a celebrar la respectiva operación con tal controlante o con cualquiera otra de sus subordinadas. Es una instancia en la que se solicita autorización para celebrar una operación en conflicto de interés a la misma persona que da origen al conflicto de interés.

Podría pensarse que la sujeción de la actuación del controlante al régimen de operaciones en conflicto de interés acarrea una responsabilidad



más estricta que la ordinaria, pues el artículo 4.º del Decreto 1925 de 2009 dispone que:

los socios que hayan autorizado expresamente la realización de un acto respecto del cual exista conflicto de interés o competencia con la sociedad, que perjudique los intereses de la sociedad, serán responsables solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que ocasionen a esta, a los socios y a terceros, salvo que dicha autorización se haya obtenido de manera engañosa<sup>8</sup>.

Sin embargo, como ya se ha indicado arriba al comentar lo previsto en el artículo 265 del Código de Comercio, el hecho de que respecto de las operaciones intragrupo no exista un control legal *ex ante* no excluye que quienes participan en la autorización o ejecución de una operación que resulte en daños a la sociedad o terceros incurran en responsabilidad patrimonial, la cual será igualmente solidaria e ilimitada de conformidad con los principios generales de la responsabilidad contractual (frente a la sociedad y otros socios) y extracontractual (frente a terceros).

(ii) De otro lado, cabe destacar que la principal motivación de la tesis de la Superintendencia de Sociedades, que es evitar el riesgo de desviación de valor, no tiene aplicación en los casos, no poco frecuentes, en los que el controlante detenta de manera exclusiva la titularidad del capital de la subordinada. Cuando no existen accionistas minoritarios en la subordinada, no puede pensarse que exista la posibilidad de que se presenten *expropiaciones* o desviaciones de valor de la sociedad hacia el controlante o sus otras subordinadas.

A pesar de lo anterior, al aplicar la norma contenida en el artículo 23-7 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades ha sido enfática en señalar que, en relación con las operaciones en conflicto de interés, la autorización de la asamblea de accionistas es indispensable en todos los casos, independientemente de las características o méritos sustantivos de la operación, lo cual significa que existe todo un conjunto de operaciones intragrupo, celebradas con subsidiarias totalmente controladas, que quedan sujetas a un control *ex ante* que no tiene justificación sustancial alguna.

(iii) Resulta igualmente inconsistente afirmar que el motivo del conflicto de interés es la dependencia en que se encuentra un administrador designado por un accionista de control, mientras que no se adopta la misma posición respecto de los administradores nominados por otros accionistas, particularmente miembros de junta directiva, quienes se encuentran en

---

<sup>8</sup> Colombia, Ministerio de Comercio Industria y Turismo, Decreto 1925 de 2009.



la misma situación de dependencia. Si la existencia de una relación de dependencia derivada de la facultad de nominación que los accionistas tienen respecto de ciertos administradores fuera suficiente para calificar al respectivo accionista nominador como parte relacionada, la existencia de tal relación debería ser predicable de todos los accionistas que se encuentran en la misma situación, no únicamente del accionista que ejerza control.

En tal sentido, el alcance de la regla establecida en el caso Farben es injustificadamente limitado, pues la situación de conflicto de interés debería extenderse a todas las operaciones celebradas por la sociedad con cualquier accionista nominador de un administrador, independientemente de que sea o no controlante, y las subordinadas de este. Esta restricción no aparece justificada en el caso Farben ni en los demás en los que la Superintendencia de Sociedades ha aplicado la tesis.

### 3. BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO

Al analizar otras legislaciones comparables con la colombiana, se observa que la existencia de un control *ex ante* que requiera la autorización del máximo órgano social, sea en relación con las operaciones en conflicto de interés o con partes vinculadas, es excepcional.

En el contexto latinoamericano, algunas legislaciones solamente establecen mecanismos de control *ex post*, como es el caso mexicano, en donde se establecen los deberes de revelar y abstenerse de actuar en conflicto de interés y se impone responsabilidad para los administradores que los infrinjan<sup>9</sup>. Un caso más interesante es el chileno, que establece regímenes detallados para sociedades anónimas cerradas y abiertas. En el caso de las sociedades cerradas, las operaciones en conflicto de interés comprenden expresamente las celebradas con accionistas de control o personas vinculadas al mismo, si el accionista de control ha participado en la designación de alguno de los administradores. En tal caso, la operación debe ser aprobada por el directorio de la sociedad (excluyendo el voto del administrador en conflicto) e informada a la asamblea de accionistas. Para las sociedades anónimas abiertas la regulación es similar, si bien dentro de las hipótesis de conflicto de interés no se contemplan operaciones celebradas con accionistas o personas vinculadas a los mismos. En ambos casos, la intervención del máximo órgano social es excepcional, estan-

---

<sup>9</sup> México, Congreso de la Unión, Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934, en [https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_mex\\_ley\\_soc\\_merc.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_mex_ley_soc_merc.pdf).



do prevista respecto de las sociedades anónimas cerradas como una forma de hacer inaplicable la prohibición de que dichas operaciones se celebren en condiciones diferentes a las prevalecientes en el mercado, mientras en el caso de las sociedades anónimas abiertas se concibe como un mecanismo subsidiario, en caso de que la mayoría de los miembros del directorio (o todos ellos) se encuentren en situación de conflicto de interés, que les impida impartir la aprobación. Otros elementos interesantes de esta regulación consisten en que la no obtención de las autorizaciones no afecta la validez de la respectiva operación y que están expresamente excluidas las operaciones con una cuantía inferior a la señalada por la ley, aquellas celebradas en el giro ordinario de los negocios y aquellas en que participen contrapartes en las cuales el controlante tenga una participación superior al 95 %<sup>10</sup>.

En el caso de las legislaciones europeas, cabe destacar el derecho francés que, respecto de operaciones celebradas con accionistas que detentan más del 10 % del capital de una sociedad anónima, establece la obligación de obtener la autorización de la junta directiva y la ratificación de la asamblea de accionistas, previo informe del auditor de cuentas, siempre que la operación se celebre en condiciones diferentes a las prevalecientes en el mercado. De lo contrario, basta con informar la operación a la junta directiva. La falta de obtención de las referidas autorizaciones está sancionada con la nulidad de las operaciones en conflicto de interés y también puede dar origen a acciones indemnizatorias<sup>11</sup>. La legislación española sujeta, por regla general, las operaciones en conflicto de interés a la aprobación de una mayoría desinteresada del respectivo directorio o consejo de administración, salvo ciertos casos puntuales (como el aprovechamiento de ventajas, los actos de competencia o las operaciones superiores a cierta cuantía), que necesariamente deben ser aprobadas por el máximo órgano social. En cualquier caso, la operación no debe causar perjuicio a la sociedad u otros accionistas<sup>12</sup>. La legislación alemana, que contiene una regulación muy detallada al respecto, es referencia obligada por admitir la celebración de operaciones por determinación de una controlante, incluso cuando de ello se derivan perjuicios para la sociedad controlada, siempre que exista un contrato de dominación, el cual, como contrapartida de tal facultad, debe comprender la obligación de la controlante de indemnizar cualquier perjuicio sufrido por la controla-

---

<sup>10</sup> Chile, Congreso Nacional de Chile, Ley 20382 de 2009, en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1007297>.

<sup>11</sup> Francia, Parlamento, Código de Comercio, en <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/fr/fr199es.pdf>

<sup>12</sup> España, Real Decreto Legislativo 1 de 2010, en <https://bit.ly/3eqWxYs>





da o los accionistas minoritarios. También están autorizadas las operaciones intragrupo que cumplen con ciertas condiciones mínimas, como estar en condiciones de mercado y no causar efectos financieros adversos a la sociedad subordinada, reglas que, de hecho, inspiraron la regulación que al respecto se proponían en el proyecto de ley del año 2015<sup>13</sup>.

En cuanto a los países de la tradición del *common law*, cabe destacar el derecho inglés, que permite que las operaciones en conflicto de interés sean autorizadas por los directorios, siempre que en la decisión no participen los administradores interesados y que la respectiva facultad haya sido otorgada al directorio en los estatutos sociales<sup>14</sup>. En las legislaciones estatales de los Estados Unidos existen diversas soluciones, pero cabe destacar la guía de gobierno corporativo del *American Law Institute*, la cual establece como principio que los administradores son responsables por los perjuicios de las operaciones que se celebren en conflicto de interés, sin necesidad de que estas sean autorizadas por algún órgano corporativo. Sin embargo, si dicha autorización se obtiene, la responsabilidad de los administradores cesa<sup>15</sup>.

En síntesis, cuando se establecen controles *ex ante*, la mayor parte de las legislaciones analizadas radica en el directorio o junta directiva la facultad de autorizar operaciones en conflicto de interés. La intervención de la asamblea de accionistas es excepcional y se refiere a situaciones de conflicto muy específicas o cuando el directorio o junta directiva no puede tomar la decisión. En otros casos, la intervención del máximo órgano no es obligatoria, pero sí tiene el efecto de relevar a los administradores de responsabilidad. También es notable que algunas legislaciones no contemplan ningún mecanismo de control *ex ante*, siempre que la operación refleje condiciones de mercado y reúna otros requisitos.

## 4. CONCLUSIONES

4.1. La sentencia del caso Farben extiende, sin una justificación legal clara y ocasionando numerosos inconvenientes prácticos, el régimen de

---

<sup>13</sup> Arcila, C. A. “Conflicto de intereses en el contexto societario: regulación colombiana y derecho comparado”. *Estudios Socio-Jurídicos*, 2017, 19, (2), 157-196, en <https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73351954006/index.html> consulta de julio 13 de 2021.

<sup>14</sup> Reino Unido, Parlamento, Companies Act de 2006 en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/177>

<sup>15</sup> American Law Institute. *Principles of the Law, Corporate Governance: Analysis and Recommendations*.



conflictos de interés previsto para operaciones con administradores o sus partes relacionadas a las operaciones intragrupo. La regulación legal de las operaciones intragrupo, contenida en el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995, dispone de herramientas suficientes para controlar el riesgo de desviación de valor social inherente a este tipo de operaciones, principalmente si se consideran las reglas de transparencia (inscripción de las situaciones de control y grupo empresarial, informe especial a la asamblea) y las facultades de control *ex post* atribuidas a las autoridades de inspección, vigilancia y control y a los jueces.

4.2. El establecimiento de un control *ex ante*, que exige la autorización del máximo órgano social, a las operaciones intragrupo desconoce la naturaleza, racionalidad económica y frecuencia de tales operaciones y sus diferencias específicas con las operaciones con administradores y sus partes relacionadas, las cuales son de ocurrencia excepcional.

4.3. La regla del caso Farben acusa numerosas inconsistencias. No establece un control efectivo, sino puramente nominal, pues la autorización del máximo órgano social depende en últimas de la anuencia del controlante, quien puede tomar la decisión sin restricción alguna. Tampoco considera debidamente los casos en que no existe riesgo de desviación de valor o expropiación (como cuando se trata de operación con una subordinada totalmente controlada). Igualmente, resulta incoherente que la existencia de la situación de conflicto se limite al controlante y sus vinculados, cuando otros accionistas pueden estar en la misma posición respecto de administradores que hayan nominado.

4.4. Un análisis de derecho comparado revela que el establecimiento de un mecanismo de control *ex ante* en cabeza del máximo órgano social es atípico. Usualmente la autorización de estas operaciones corresponde al directorio o junta directiva e, incluso, existen casos en que, cumplidas ciertas condiciones, los administradores pueden celebrar tales operaciones de manera directa, sin perjuicio de la responsabilidad que les incumbe en caso de que se deriven daños para la sociedad o terceros.

4.5. En consecuencia, parece conveniente que la Superintendencia de Sociedades, como autoridad jurisdiccional, revise el precedente del caso Farben, el cual ha establecido una modalidad de control respecto de las operaciones intragrupo que no está legalmente justificada, que no es típica en el contexto internacional y que, además, está ocasionando importantes inconvenientes prácticos para la gestión eficiente de las relaciones intragrupo en sociedades sujetas a la legislación colombiana. Este control no debería establecerse sin estar acompañado de los necesarios ajustes legales



para excluir de este a las operaciones que se celebran en condiciones de mercado y que no afectan de manera adversa a la sociedad subordinada.

## BIBLIOGRAFÍA

American Law Institute. *Principles of the Law, Corporate Governance: Analysis and Recommendations*.

Arcila, C. A. “Conflicto de intereses en el contexto societario: regulación colombiana y derecho comparado”. *Estudios Socio-Jurídicos*, 2017, 19(2), 157-196, en <https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73351954006/index.html> consulta de julio 13 de 2021.

Chile, Congreso Nacional de Chile, Ley 20382 de 2009, en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1007297>

Colombia, Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-142, 9 noviembre de 2015.

Colombia, Congreso de la República, Ley 222 de 1995.

Colombia, Congreso de la República Ley 84 de 1873.

Colombia, Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-142, 9 noviembre de 2015.

Colombia, Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-52, 8 junio de 2016.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 420 de 1971.

Colombia, Ministerio de Comercio Industria y Turismo, Decreto 1925 de 2009.

España, Real Decreto Legislativo 1 de 2010, en <https://bit.ly/3eqWxYs>.

Francia, Parlamento, Código de Comercio, en <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/fr/fr199es.pdf>.

México, Congreso de la Unión, Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934, en [https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_mex\\_ley\\_soc\\_merc.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_mex_ley_soc_merc.pdf).

Reino Unido, Parlamento, Companies Act de 2006 en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/177>.





# LAS SOCIEDADES DE BENEFICIO E INTERÉS COLECTIVO —BIC—. LA RESPUESTA DEL DERECHO SOCIETARIO A LAS PREOCUPACIONES POR LA SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL Y SOCIAL

YIRA LÓPEZ-CASTRO\*

## INTRODUCCIÓN

Cada vez son más los empresarios que, en desarrollo de su objeto social, alcanzan propósitos sociales y ambientales y generan valor para los distintos grupos de interés que se relacionan con la empresa. Estos empresarios se concentran no solo en la obtención de utilidades para repartir entre sus asociados, sino que incorporan como parte de sus actividades centrales un modelo de negocio responsable con el medio ambiente y con la sociedad. Estos empresarios han encontrado en las Sociedades de Beneficio Interés Colectivo (BIC) una forma de conciliar el interés de la compañía y de sus socios con los intereses de los trabajadores, consumidores, proveedores y los de la comunidad.

Mediante la Ley 1901 de 2018, Colombia reconoció a las BIC como una categoría jurídica que puede ser adoptada por cualquier tipo societario que incorpore en su objeto social compromisos vinculantes para alinear sus prácticas empresariales a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (ODS).

Las sociedades BIC representan una importantísima innovación frente al concepto de sociedad del Código de Comercio, que incluye como finalidad de una sociedad la repartición entre los socios de las utilidades obtenidas en desarrollo de las actividades económicas incluidas en su objeto social. Así, las sociedades BIC incluyen como parte de sus actividades

---

\* Doctora en Derecho (Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia). Profesora de carrera académica y directora de la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario. Vicepresidenta del Colegio de Abogados Comercialistas.



comerciales una visión social a largo plazo que va más allá del interés económico de los socios.

De esa forma, las sociedades BIC son una expresión de un enfoque social, ambiental y ético del derecho societario. No se trata de que las sociedades comerciales actúen como entidades sin ánimo de lucro; las empresas siguen desarrollando actos de comercio y distribuyen utilidades entre los socios, pero al adoptar la condición BIC deciden que su modelo de negocio impacta positivamente a la comunidad, por ejemplo, mediante la adquisición de bienes o servicios de empresas locales o que pertenezcan a mujeres o minorías y prefieren la celebración de contratos con proveedores de bienes que implementen a su vez prácticas equitativas. También las empresas BIC se comprometen a llevar a cabo estándares ambientales y a desarrollar políticas de gobierno corporativo y prácticas laborales equitativas.

Este escrito tiene como propósito abordar las características de las sociedades BIC. Para alcanzar ese objetivo, este texto se divide en tres partes. La primera hace un recorrido por las propuestas del movimiento de empresas de triple impacto, en el cual se inscriben las sociedades BIC. La segunda parte presenta los rasgos de esta figura en el derecho colombiano y la última, a modo de conclusión, muestra los retos que enfrenta este modelo para que sea atractivo para los empresarios, proveedores, consumidores y trabajadores.

## **1. LAS EMPRESAS DE TRIPLE IMPACTO: MÁS ALLÁ DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL**

Usualmente, los ordenamientos distinguen entre dos formas de organización jurídica: las sociedades y las entidades sin ánimo de lucro. La principal diferencia está dada porque las sociedades se constituyen con el objetivo de desarrollar actividades que generen utilidades que sean repartidas entre sus socios, mientras que en las entidades sin ánimo de lucro las utilidades no se reparten, sino que se reinvierten para el desarrollo del objeto social. Frente a esa separación tradicional de estas categorías, varias iniciativas que se han convertido en movimientos globales han propuesto a la creación de una categoría híbrida que permita a las sociedades comerciales desarrollar actividades de interés público.

Las empresas con propósito o empresas sociales reflejan ese modelo híbrido que en los ordenamientos jurídicos tiene distintas manifestaciones jurídicas (por ejemplo, cooperativas, empresas B y BIC, bancos éticos, ne-



gocios con triple impacto, etc.)<sup>2</sup> que convergen en el denominado “cuarto sector”, el cual surge de la confluencia de tres sectores tradicionales (público, privado y sin ánimo de lucro)<sup>3</sup>. Este sector refleja distintas corrientes como el emprendimiento social, la economía solidaria, economía circular, comercio justo, banca responsable, etc.<sup>4</sup>. Sobre la importancia del cuarto sector para alcanzar los ODS, el Foro Económico Mundial señaló que: “un aumento de empresas con propósito en la intersección de los sectores tradicionales privados, públicos y sin fines de lucro será fundamental para cumplir los ODS para 2030”<sup>5</sup>.

En el mismo sentido, Rebeca Grynspan y Manuel Muñiz explican la relevancia del cuarto sector de la siguiente manera:

Al ritmo actual, no podrán alcanzarse los objetivos de desarrollo sostenible de la agenda 2030 —agenda que, cabe recordar, se apoya explícitamente en el compromiso del sector privado para lograr sus metas—. En este contexto, se hace necesario repensar el funcionamiento de los

---

<sup>2</sup> Sobre el crecimiento de las “empresas con propósito” en Iberoamérica se ha explicado: “Iberoamérica está siendo escenario del surgimiento de una nueva generación de empresas cuyo propósito va mucho más allá del mero beneficio económico. Estas empresas adoptan fórmulas jurídicas diversas (desde cooperativas a empresas BIC) y se enmarcan dentro de distintas corrientes (como el emprendimiento social, la economía circular, la banca responsable o el comercio justo). Sin embargo, todas comparten un mismo objetivo: atajar los problemas medioambientales y sociales de nuestro tiempo valiéndose de la fuerza del mercado”. Center for the Governance of Change, IE University, “Las empresas con propósito y el auge del cuarto sector en Iberoamérica”, Madrid, 2019, 4.

<sup>3</sup> Sobre el crecimiento del cuarto sector se ha explicado: “ha habido una convergencia hacia el cuarto sector, ya que muchas empresas tradicionales han ampliado su propósito más allá de la simple obtención de ganancias, y los gobiernos y las organizaciones sin fines de lucro han adoptado enfoques basados en el mercado para lograr su misión. Dado que el cuarto sector es nuevo y está fragmentado, aún no se han recopilado buenos datos sobre él (algo que el FSDI pretende remediar durante el próximo año). Sin embargo, hay indicios de que podría representar hasta el 10 % del PIB en los Estados Unidos y Europa y está a punto de crecer rápidamente porque, según un informe de Global Entrepreneurship Monitor, hay millones de nuevas empresas con fines benéficos se lanzan en todo el mundo cada año” —Traducción libre del inglés— Foro Económico Mundial, “Growing the Fourth Sector – A Surge of ‘For-Benefit’ Enterprises Is Needed to Reach SDGs”, 19 sep. 2017.

<sup>4</sup> La Comisión Europea se ha referido a la empresa social así: “Una empresa social, agente de la economía social, es una empresa cuyo principal objetivo es tener una incidencia social, más que generar beneficios para sus propietarios o sus socios” (Comisión Europea, 2011, 2).

<sup>5</sup> Traducción libre de inglés. Foro Económico Mundial, “Growing the Fourth Sector – A Surge of ‘For-Benefit’ Enterprises Is Needed to Reach SDGs”, 19 sep. 2017.



mercados y dotarlos de un nuevo propósito como única vía para corregir la fallida trayectoria actual. Esta transformación debe partir del modelo clásico —y obsoleto— de organización económica y social, constituido en torno a tres sectores: gobiernos, sector privado y ONG. Este modelo parece establecer, implícitamente, una premisa según la cual el sector privado no puede tener otro objetivo que la maximización de los beneficios”<sup>6</sup>.

La configuración de empresas con propósito es producto de un movimiento global en el que convergen distintos acercamientos a las empresas sociales que consideran que es posible que una misma entidad jurídica genere un triple impacto: económico, social y ambiental. El Pacto Mundial de Naciones Unidas, *Forth Sector Group*, sistema B y el Foro Económico Mundial son un ejemplo de las iniciativas que han logrado la promoción de nuevas formas empresariales. El Pacto Mundial de Naciones Unidas es una iniciativa internacional que promueve la implementación en las empresas de principios en materia de derechos humanos, medio ambiente, estándares laborales y anticorrupción<sup>7</sup>. *Forth Sector Group* es una plataforma global que reúne a empresas, sociedad civil, gobiernos, organismos multilaterales, filántropos, académicos, constructores de ecosistemas y líderes de la industria y el sector que busca acelerar el desarrollo de un ecosistema de apoyo para que prosperen las organizaciones en beneficio<sup>8</sup>.

Por su parte, sistema B es una iniciativa de la organización no gubernamental B Lab que promovió en Estados Unidos la creación de la figura de

<sup>6</sup> Rebeca Grynspan y Manuel Muñiz. Prefacio al estudio “Las empresas con propósito y el auge del cuarto sector en Iberoamérica”.

<sup>7</sup> Los diez principios son: “Principio 1: Las empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos reconocidos universalmente, dentro de su ámbito de influencia. Principio 2: Las empresas deben asegurarse de no actuar como cómplices de violaciones de los derechos humanos. Principio 3: Las empresas deben respetar la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva. Principio 4: Las empresas deben apoyar la eliminación de toda forma de trabajo forzoso o realizado bajo coacción. Principio 5: Las empresas deben apoyar la abolición efectiva del trabajo infantil. Principio 6: Las empresas deben apoyar la abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y ocupación. Principio 7: Las empresas deberán apoyar un enfoque de precaución respecto a los desafíos del medio ambiente. Principio 8: Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental. Principio 9: Las empresas deben favorecer el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medio ambiente. Principio 10: Las empresas deben trabajar en contra de la corrupción en todas sus formas, incluidas la extorsión y el soborno”. Fuente: <https://www.pactomundial.org/global-compact/> (consulta: 11 de noviembre de 2020).

<sup>8</sup> <https://www.fourthsector.org/> (consulta: 13 de noviembre de 2020).





la Benefit Corporation y que ha difundido una ley modelo redactada por William Clark Jr. que los países puedan ajustar a sus necesidades locales<sup>9</sup>. Así, esta organización es la pionera en la creación de una expresión legal específica para las empresas sociales<sup>10</sup>. B Lab,

—fundada por Jay Coen, Bart Houlahan y Andrew Kasoy— tiene como misión, por un lado, la promoción de la herramienta de certificación B Impact Assessment y de las empresas B certificadas, y, por otro, el generar cambios normativos a través de modelos legales basados en la figura de la Benefit Corporation<sup>11</sup>.

En momentos de crisis como los que estamos viviendo debido a los efectos sociales y económicos de la pandemia covid-19 es forzoso pensar en un crecimiento sostenible en lo social y lo ambiental. Por ello, es indispensable considerar que las sociedades BIC son una herramienta de reactivación económica sostenible financiera, ambiental y socialmente.

## 2. EL MARCO NORMATIVO DE UN NUEVO MODELO EMPRESARIAL

La Ley 1901 de 2018 permitió a las sociedades comerciales adoptar la condición de sociedades de “beneficio e interés colectivo” (BIC). Las sociedades BIC no son un nuevo tipo societario sino una categoría que cualquier tipo de sociedad puede tomar.

Aunque el artículo 2.º utiliza la expresión *accionistas* —cuando señala que las sociedades BIC además del beneficio e interés de sus *accionistas*, actuarán en procura del interés de la colectividad y del medio ambiente— y con ello parece restringir la posibilidad de que sean las sociedades por acciones las únicas que adopten la condición BIC debe entenderse que esta posibilidad está abierta a todas las sociedades. Lo anterior porque el artículo 1.º de la ley señala: “cualquier sociedad comercial existente o futu-

---

<sup>9</sup> “El concepto de empresa B surgió en 2006 en los EE. UU. y en 2012 se constituyeron las primeras empresas B en Sur América” (BID, 5).

<sup>10</sup> La Ley modelo puede consultarse aquí: [https://benefitcorp.net/sites/default/files/Model%20benefit%20corp%20legislation%20\\_4\\_17\\_17.pdf](https://benefitcorp.net/sites/default/files/Model%20benefit%20corp%20legislation%20_4_17_17.pdf)

<sup>11</sup> Connolly Constanza, Mujica, Juan Diego y Noel, Soledad. “Movimiento legislativo de sociedades de beneficio e interés colectivo (BIC) en América Latina: análisis, desafíos y propuestas para su avance”. Sistema B, 2020, 11.



ra de cualquier tipo establecido por la ley, podrá adoptar voluntariamente la condición de sociedad de “beneficio e interés colectivo” (BIC)”.

La Ley 1901 fue reglamentada mediante el Decreto 2046 de 2019. Adicionalmente, la Superintendencia de Sociedades, en desarrollo de las funciones asignadas en la Ley 1901 de 2018, expidió la política de supervisión de las sociedades BIC<sup>12</sup> y publicó un listado de estándares independientes para la preparación de informes de gestión en las BIC<sup>13</sup>. Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio expidió la tarifa preferencial en materia de registro de propiedad industrial<sup>14</sup>.

La Ley 2069 expedida el 31 de diciembre de 2020, mediante la cual se “impulsa el emprendimiento en Colombia”, incluyó a las BIC como un factor de desempate en compras públicas.

De este marco normativo pueden extraerse las siguientes características de este modelo empresarial en Colombia:

### **3. LAS ACTIVIDADES DE BENEFICIO SOCIAL Y DE RESPETO AL MEDIO AMBIENTE SON VINCULANTES Y HACEN PARTE DE LA IDENTIDAD DE UNA SOCIEDAD BIC**

No se trata de solo buenas intenciones, ser BIC implica la asunción de un decisivo compromiso por las causas colectivas. Llevar la abreviatura BIC o la expresión “beneficio e interés colectivo” en la razón o denominación social implica incluir dentro del objeto social los propósitos sociales y ambientales que la sociedad se compromete a adelantar. En el modelo colombiano no es suficiente señalar de manera general que se adelantarán actividades de impacto social y ambiental, sino que estas deben incluirse de manera expresa y además deberán coincidir con alguna de las actividades enlistadas en la Ley 1901 de 2018.

---

<sup>12</sup> Superintendencia de Sociedades (9 de noviembre de 2020), circular “Política de supervisión de las sociedades de beneficio e interés colectivo”.

<sup>13</sup> Superintendencia de Sociedades (18 de octubre de 2018), Resolución 200-004394 de 2018, “por la cual se reconocen unos estándares independientes para la preparación de informes de gestión en las sociedades de beneficio e interés colectivo”.

<sup>14</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 26878 de 2020, (08/06), “por la cual se modifican los numerales 1.1.2.1.5, 1.1.2.1.6, 1.1.2.1.20 y 1.1.2.2.9 del capítulo primero del título X de la circular única”.



El Decreto 2046 de 2019 señala que las sociedades BIC deben incluir en el objeto social las actividades de beneficio e interés colectivo que la sociedad pretende desarrollar “incluyendo al menos una actividad por cada una de las cinco dimensiones que se enuncian a continuación” (art. 2.2.1.15.5). De esa forma, una BIC deberá seguir el listado de actividades de beneficio e interés colectivo que el Decreto 2046 de 2019 divide en cinco categorías: (i) modelo de negocio; (ii) gobierno corporativo; (iii) prácticas laborales; (iv) prácticas ambientales y (v) prácticas con la comunidad.

- (i) Con respecto al modelo de negocio, una sociedad BIC podría contratar con empresas de origen local o que pertenezcan a mujeres y minorías; preferir a proveedores de bienes y servicios que implementen normas equitativas y ambientales e implementar prácticas de comercio justo.
- (ii) Desde el gobierno corporativo, la compañía podría promover la diversidad en la composición de las juntas directivas, equipo directivo, ejecutivo y proveedores; divulgar ante sus trabajadores los estados financieros de la sociedad y promover el conocimiento de la misión social y ambiental de la sociedad.
- (iii) Con respecto a las prácticas con los trabajadores, las opciones para las empresas son variadas pues estas podrían: establecer una remuneración salarial razonable con estándares de equidad para sus trabajadores; crear incentivos para la educación de los trabajadores; crear opciones para que los trabajadores participen en el capital de la sociedad; ampliar los planes de salud y beneficios de bienestar; brindar opciones de flexibilidad en la jornada laboral sin afectar la remuneración.
- (iv) En relación con las prácticas ambientales, las BIC podrían: efectuar auditorías ambientales sobre eficiencia en uso de energía, agua y desechos; supervisar las emisiones de gases invernadero generadas a causa de la actividad empresarial; implementar programas de reciclaje o de reutilización de desperdicios; aumentar progresivamente las fuentes de energía renovable; utilizar sistemas de iluminación energéticamente eficientes y otorgar incentivos a los trabajadores por utilizar en su desplazamiento al trabajo, medios de transporte ambientalmente sostenibles.
- (v) La quinta dimensión se refiere a las prácticas de las sociedades con la comunidad. Desde esta perspectiva, las empresas BIC pueden crear opciones de trabajo para los jóvenes, individuos sin hogar,



reinsertados o personas que han salido de la cárcel y crear alianzas con fundaciones que apoyen obras sociales.

Esta característica representa una de las principales diferencias de las sociedades BIC con los programas de responsabilidad social empresarial, pues en las sociedades BIC las actividades de beneficio son parte del núcleo de los negocios que desarrolla una empresa, no son actividades accidentales o diferentes a las que realiza la empresa ordinariamente.

#### **4. CUMPLIMIENTO DE ESTÁNDARES INDEPENDIENTES, TRANSPARENCIA Y SUPERVISIÓN ESTATAL**

Las BIC están obligadas a preparar un reporte de gestión sobre las actividades que se incluyeron en el objeto social. Dicho reporte deberá ser preparado por la sociedad con base en uno de los estándares independientes avalado por la Superintendencia de Sociedades<sup>15</sup>. El representante legal de la sociedad es quien debe elaborar y presentar al máximo órgano social el reporte sobre el impacto de la gestión social y ambiental de la sociedad. El reporte de gestión es un documento público que deberá publicarse en la página *web* de la sociedad.

La Superintendencia de Sociedades es la encargada de ejercer la supervisión de las sociedades de beneficio e interés colectivo, respecto al cumplimiento de la Ley 1901 de 2018, y sus decretos reglamentarios. La política de supervisión ha sido expedida por la mencionada superintendencia mediante una circular del 9 de noviembre de 2020.

Allí se señalan tres pilares de la supervisión de las sociedades BIC: (i) la pedagogía mediante la cual se busca capacitar a las sociedades, a sus administradores y a los empresarios acerca de la condición BIC desde el punto de vista legal, comercial y reputacional. (ii) El cumplimiento normativo, mediante el cual se pretende que “las sociedades BIC cumplan con las normas asociadas en la materia y se corrijan los posibles incumplimientos, de manera que contar con la condición BIC sea honorífico y apetecido y genere beneficios y un alto valor reputacional para estas sociedades”<sup>16</sup>. (iii)

---

<sup>15</sup> En la actualidad el listado de estándares independientes se encuentra en la Superintendencia de Sociedades (18 de octubre de 2018), Resolución 200-004394 de 2018, “por la cual se reconocen unos estándares independientes para la preparación de informes de gestión en las sociedades de beneficio e interés colectivo”.

<sup>16</sup> Superintendencia de Sociedades (9 de noviembre de 2020), circular “Política de supervisión de las sociedades de beneficio e interés colectivo”.



El último pilar es la actuación oportuna y temprana de la superintendencia para prevenir o corregir los incumplimientos normativos y así proteger la confianza del público en la condición BIC.

La Superintendencia de Sociedades es la autoridad competente para decidir las solicitudes de incumplimiento de los estándares independientes. De conformidad con el Decreto 2046 de 2019 “cualquier persona que acredite un interés legítimo” puede solicitar ante la Superintendencia de Sociedades que se declare que una BIC ha incumplido el estándar independiente para reportar su gestión. El decreto define como sujetos con un interés legítimo para la solicitud de la declaratoria a “los socios, administradores, el revisor fiscal, los acreedores, los empleados, y consumidores de la sociedad de beneficio e interés colectivo o quienes acrediten sufrir algún daño relacionado con las actividades de beneficio e interés colectivo por esta desarrolladas”<sup>17</sup>. El procedimiento sancionatorio relacionado con el incumplimiento de los estándares independientes y la pérdida de condición BIC es desarrollado en el Decreto 2046 de 2019.

## 5. AUMENTO DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Otra característica del modelo BIC en Colombia es el aumento de responsabilidad de los administradores, quienes tendrán el mismo deber de cuidado con las actividades sociales y ambientales que el que tienen para el desarrollo de las actividades mercantiles de la sociedad<sup>18</sup>. Así, los administradores de una sociedad BIC deben actuar teniendo en cuenta: i) el interés de la sociedad; ii) el de sus socios o accionistas y iii) las actividades de beneficio e interés colectivo previstas en el objeto social y iv) el cumplimiento de los estándares independientes.

Al respecto, la Superintendencia de Sociedades en un oficio del 19 de marzo de 2020 señaló:

“Conforme con lo anterior, la pérdida de la condición BIC, por el no cumplimiento de los estándares independientes, bien podría implicar

<sup>17</sup> Artículo 2.2.1.15.8 del Decreto 2046 de 2019.

<sup>18</sup> Al respecto el artículo 14 de la Ley 1901 de 2018 señala: “Además de las normas previstas en materia de responsabilidad en la Ley 222 de 1995, los administradores de sociedades BIC deberán tener en cuenta, el interés de la sociedad, el de sus socios o accionistas y el beneficio e interés colectivo que se haya definido en sus estatutos sociales.



un incumplimiento de los deberes del administrador, lo cual en cada caso lo analizará y determinará la dependencia encargada de tal actuación de esta superintendencia”<sup>19</sup>.

## 6. LOS INCENTIVOS PARA LAS SOCIEDADES BIC LOS ENTREGA, PRINCIPALMENTE, EL MERCADO

La Ley 1901 señaló que el gobierno podría establecer mecanismos para la promoción del desarrollo de las sociedades BIC en el país (art. 8.º). El Decreto 2046 de 2019 señaló que se otorgarían tres beneficios, sin embargo, estos incentivos no son, por sí mismos, suficientes para que una sociedad decida transformarse a BIC pues la adopción de la condición BIC es “un privilegio que genera reconocimiento y buena reputación”<sup>20</sup>. Se espera que las sociedades tengan como incentivo su propia convicción de hacer las cosas de manera distinta y que el mercado reconozca esos esfuerzos.

Según el decreto, los beneficios de ser BIC son los siguientes: i) portafolio preferencial de servicios en materia de propiedad industrial, ii) acceso preferencial a líneas de crédito y, iii) tratamiento tributario de las utilidades repartidas a través de acciones a los trabajadores. Veamos por qué es posible afirmar que el incentivo para un empresario es su voluntad de querer contribuir a la solución de los problemas ambientales y sociales:

i) Portafolio preferencial de servicios en materia de propiedad industrial: el desarrollo de este portafolio preferencial simplemente extendió el descuento del 28 % en las tasas oficiales de registro de marcas o lemas comerciales que ya tenían las micro, pequeñas y medianas empresas para solicitudes de marcas y lemas comerciales (D. 957/2019)<sup>21</sup>. Las tasas de registro de marcas y lemas en Colombia no representan un costo significativo que determine una decisión financiera sobre constituir o no una sociedad BIC<sup>22</sup>.

ii) Acceso preferencial a líneas de crédito: en la actualidad no ha sido posible encontrar información sobre la expedición de líneas de créditos

---

<sup>19</sup> Superintendencia de Sociedades (19 de marzo de 2020). Oficio 220-059127.

<sup>20</sup> Superintendencia de Sociedades (9 de noviembre de 2020), circular “Política de Supervisión de las Sociedades de beneficio e interés colectivo”.

<sup>21</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 26878 (8 de junio de 2020).

<sup>22</sup> Las tasas las fija anualmente la Superintendencia de Industria y Comercio y la más alta es igual a un salario mínimo mensual vigente.



especialmente dirigidas a las sociedades BIC, ni cifras sobre si se han desembolsado recursos o sobre los criterios para su desembolso.

iii) Tratamiento tributario de las utilidades repartidas a través de acciones a los trabajadores. En este caso, el decreto desarrolla un tratamiento especial para las utilidades de las acciones que adquieran los trabajadores, pero no para la sociedad BIC.

Aunque ni la ley ni el Decreto reglamentario se refirieron a compras públicas, era quizás el incentivo más esperado por el sector BIC. Ese incentivo llegó con la Ley 2069 del 2020, mediante la cual se incluyó como un factor de desempate en caso de igualdad en el puntaje de dos o más ofertas de contratación pública, que el oferente tenga la condición de BIC.

Así las cosas, en general, en el modelo colombiano, se espera que sea el mercado el que reconozca los esfuerzos de los empresarios que llevan a cabo actividad con propósitos sociales y ambientales. Se espera que sean los consumidores, proveedores y trabajadores quienes prefieran a una sociedad BIC frente a otra que no lo es.

## **7. LOS RETOS PARA CONSOLIDAR UN MODELO EMPRESARIAL CONSCIENTE**

Las sociedades BIC siguen siendo una categoría exótica y valdría la pena que se masificaran, pues permitirían contribuir a la consolidación de una recuperación financiera, social y ambiental sostenible como respuesta a la crisis generada por la pandemia. Para ello es importante que el gobierno fortalezca su papel pedagógico frente a los empresarios, consumidores y trabajadores de tal manera que la comunidad conozca los aportes que llevan a cabo las sociedades BIC y, por esa razón, las prefieran en el mercado.

Adicionalmente, es importante que las universidades formen empresarios y abogados comercialistas con conciencia social y ambiental, de tal manera que en sus propios negocios o en la asesoría que ofrezcan incentiven la adopción de este modelo de negocio.

Es importante mejorar la visibilidad de las sociedades BIC y establecer escenarios en los que puedan compartir de manera fácil las mejores prácticas en las actividades sociales y ambientales que desarrollan. Así mismo, debería existir un registro público en el que pueda consultarse de manera sencilla cuáles son las sociedades BIC. El país cuenta con 57 Cámaras de Comercio, encargadas de llevar el registro mercantil de las sociedades



comerciales, ante las cuales se debe registrar la condición de BIC, sin embargo, no es fácil para los consumidores o proveedores identificar cuáles y cuántas son las sociedades BIC. Hasta el año 2019 se habían constituido menos de 60 sociedades BIC en Colombia<sup>23</sup> y durante el año 2020 el número de sociedades BIC se incrementó a 323 de empresas<sup>24</sup>, para junio de 2021 se habían constituido alrededor de 400 sociedades<sup>25</sup>.

Tener una base de datos fácil de consultar serviría para visibilizar a los empresarios BIC y también para que la comunidad pueda hacer una veeduría del cumplimiento de los estándares de cumplimiento de actividades de beneficio.

## BIBLIOGRAFÍA

- B Lab, Model Benefit Corporation Legislation with Explanatory Comments, Version of April 17, 2017. Disponible en: [https://benefitcorp.net/sites/default/files/Model%20benefit%20corp%20legislation%20\\_4\\_17\\_17.pdf](https://benefitcorp.net/sites/default/files/Model%20benefit%20corp%20legislation%20_4_17_17.pdf)
- Center for the Governance of Change, IE University, *Las empresas con propósito y el auge del cuarto sector en Iberoamérica*, Madrid, 2019. [https://www.elcuartosector.net/wp-content/uploads/2019/05/2019\\_Report-Fourth-Sector-CGC\\_2019-05-06\\_ES\\_web.pdf](https://www.elcuartosector.net/wp-content/uploads/2019/05/2019_Report-Fourth-Sector-CGC_2019-05-06_ES_web.pdf)
- Connolly Constanza, Mujica, Juan Diego y Noel, Soledad. *Movimiento legislativo de sociedades de beneficio e interés colectivo (BIC) en América Latina: análisis, desafíos y propuestas para su avance*. Sistema B, 2020.
- Comisión Europea, “Iniciativa en favor del emprendimiento social. Construir un ecosistema para promover las empresas sociales en el centro de la economía y la innovación sociales - Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo al

<sup>23</sup> Confecámaras. “En 2019 aumentó 10,4% la creación de sociedades en Colombia”. <http://www.confecamaras.org.co/noticias/732-en-2019-aumento-10-4-la-creacion-de-sociedades-en-colombia-2>.

<sup>24</sup> Cifras reveladas por el Superintendente de Sociedades Juan Pablo Liévano en la conferencia “Presentación de la Política de Supervisión de las Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo - BIC “. Las cifras reflejan la creación de BIC hasta octubre de 2020 según la información entregada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. La conferencia puede ser consultada aquí: [https://www.youtube.com/watch?v=OBU-fhb8Vrbo&ab\\_channel=Supersociedades](https://www.youtube.com/watch?v=OBU-fhb8Vrbo&ab_channel=Supersociedades)

<sup>25</sup> Estas cifras fueron reveladas por el Presidente de la República, Iván Duque, en su intervención en el conversatorio “Sociedades BIC, la transformación sostenible del sector empresarial’ organizado por la Cámara de Comercio de Bogotá. La intervención se encuentra publicada en: [https://www.youtube.com/watch?v=hSMYUWpuRvo&ab\\_channel=PresidenciaRepub%C3%BAblica-Colombia](https://www.youtube.com/watch?v=hSMYUWpuRvo&ab_channel=PresidenciaRepub%C3%BAblica-Colombia)





- Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones”, Bruselas, 2011. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52012AE1292>
- Congreso de la República de Colombia (18 de junio de 2018). Ley 1901 de 2018, “por medio de la cual se crean y desarrollan las sociedades comerciales de beneficio e interés colectivo (BIC)”. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=86982>
- Foro Económico Mundial, “Growing the Fourth Sector – A Surge of ‘For-Benefit’ Enterprises Is Needed to Reach SDGs”, 19 Sep 2017. Disponible en: <https://www.weforum.org/press/2017/09/growing-the-fourth-sector-a-surge-of-for-benefit-enterprises-is-needed-to-reach-sdgs-says-world-economic-forum/>
- Liévano, Juan Pablo, conferencia “Presentación de la política de supervisión de las sociedades de beneficio e interés colectivo (BIC)”. La conferencia puede ser consultada aquí: [https://www.youtube.com/watch?v=OBUfhb8Vrbo&ab\\_channel=Supersociedades](https://www.youtube.com/watch?v=OBUfhb8Vrbo&ab_channel=Supersociedades)
- Presidente de la República de Colombia (12 de noviembre de 2019). Decreto 2046 de 2019, “Por el cual se adicionan el Decreto 1074 de 2015, Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo, y el Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en Materia Tributaria, para reglamentar las sociedades comerciales de beneficio e interés colectivo (BIC)”. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30038342>
- Superintendencia de Sociedades (18 de octubre de 2018). Resolución 200-004394 de 2018, “Por la cual se reconocen unos estándares independientes para la preparación de informes de gestión en las sociedades de beneficio e interés colectivo”. Disponible en: [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_resoluciones/Resoluci%C3%B3n%20200%20-%20004394.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_resoluciones/Resoluci%C3%B3n%20200%20-%20004394.pdf)
- Superintendencia de Sociedades (9 de noviembre de 2020), circular “Política de supervisión de las sociedades de beneficio e interés colectivo”. Disponible en: [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_circulares/Circular\\_Externa\\_100-000013\\_de\\_9\\_de\\_noviembre\\_de\\_2020.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_circulares/Circular_Externa_100-000013_de_9_de_noviembre_de_2020.pdf)
- Superintendencia de Sociedades (19 de marzo de 2020). Oficio 220- 059127. Disponible en: [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/OFICIO\\_220-059127\\_DE\\_2020.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-059127_DE_2020.pdf)
- Superintendencia de Industria y Comercio (8 de junio de 2020). Resolución 26878 de 2020 “Por la cual se modifican los numerales 1.1.2.1.5, 1.1.2.1.6, 1.1.2.1.20 y 1.1.2.2.9 del capítulo primero del título X de la Circular Única”.





# NUEVA MIRADA A LOS GRUPOS EMPRESARIALES DE LOS ENTES CON PERSONERÍA JURÍDICA EN COLOMBIA

MANUELITA BONILLA ROJAS\*

En Colombia conviven las micro, pequeñas y medianas empresas,<sup>1</sup> junto con los conglomerados económicos<sup>2</sup> y conjuntamente ambas caras de una misma realidad social y económica suman cada una en su nivel y hacen que la economía del país se ubique dentro de las 39 más representativas del mundo<sup>3</sup>.

Sin desconocer la importancia de las micro, pequeñas y medianas empresas este estudio se centrará en algunos aspectos de los grupos empre-

---

\* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en derecho comercial, competencia y consumo y urbanismo. Miembro de la lista de árbitros de la Cámara de Comercio de Bogotá, miembro de la Corte Arbitral con experiencia en litigios en su práctica privada en firmas de abogados. Trabajó en la Superintendencia de Sociedades como Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y actualmente se desempeña como directora de contratación de la Cámara de Comercio de Bogotá. \*Las opiniones expresadas en este artículo académico solo comprometen a la autora y de ninguna manera a la Cámara de Comercio de Bogotá.

<sup>1</sup> En Bogotá, D.C., y en los municipios de su competencia con corte al 27 de abril de 2021 existen registradas: (i) Micro empresas 323 635; (ii) Pequeñas empresas 17 261; (iii) medianas empresas 4 961 y (iv) grandes empresas 2 404.

Tamaño	Personas naturales	Personas jurídica	Total
1. Microempresa	189 538	134 097	323 635
2. Pequeña	848	16 413	17 261
3. Mediana	79	4 882	4 961
4. Grande	23	2 381	2 404
Sin clasificar	—	7	7
<b>Total</b>	<b>190 488</b>	<b>157 780</b>	<b>348 268</b>

<sup>2</sup> Para efectos de este estudio, se utilizarán como sinónimos los conglomerados y los grupos empresariales.

<sup>3</sup> Se puede consultar en: <https://www.larepublica.co/economia/la-economia-colombiana-ocupa-el-puesto-39-en-tamano-segun-the-economist-2948970>.



sariales que se consideran deben ser revisados a la luz de las actuales perspectivas económicas, esfuerzo que se viene realizando de tiempo atrás, a través de varios proyectos de ley<sup>4</sup> con la fuerte y poderosa influencia de la Superintendencia de Sociedades.

El estudio que ahora se presenta con motivo de los 50 años del Código de Comercio con el apoyo del Colegio de Abogados Commercialistas y la Cámara de Comercio de Bogotá, se dividirá en el análisis de los siguientes temas: (i) Generalidades de las situaciones control y grupos empresariales; y (ii) conflictos de intereses en los casos de grupos empresariales.

## 1. GENERALIDADES DE LAS SITUACIONES DE CONTROL (MATRICES/CONTROLANTES<sup>5</sup>, SUBORDINADAS) Y GRUPOS EMPRESARIALES

### 1.1. *Concepto de Control*

Para entender desde lo jurídico el fenómeno de los grupos empresariales, los cuales son una realidad económica más que legal hay que situarse en el contenido de la Ley 222 de 1995, columna vertebral del régimen societario en Colombia y partir del concepto de control. El control encuentra consagración en los artículos 260<sup>6</sup> y 261 del Código de Comercio<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> (i) Proyecto de Ley 70 de 2015 de la Cámara de Representantes de la República de Colombia. “Proyecto de reforma al régimen societario”; (ii) Proyecto de Ley 2ª de 2017 del Senado de la República de Colombia. “Por la cual se establecen reglas en materia de sociedades y se adoptan otras disposiciones”, (iii) Proyecto de Ley 231 de 2017 del Senado de la República de Colombia. “Por la cual se establecen las reglas en materia de sociedades y se adoptan otras disposiciones.” (iv) Mesas de trabajo instauradas y desarrolladas por el Dr. Juan Pablo Liévano Vegalara junto con el equipo calificado de asesores bajo la dirección de la Dra. Yolima Prada Márquez. Unido a la nueva Circular Externa 100-000003 de 2021 proferida por la Superintendencia de Sociedades, sobre plan de normalización y registro del control y de los grupos empresariales.

<sup>5</sup> Para efectos de este artículo se asimilarán los conceptos de matrices a los de controlantes, sin embargo, es necesario mencionar que para una parte de la doctrina las matrices se usan en el caso de grupos empresariales y las controlantes solamente cuando existe situación de control.

<sup>6</sup> “ART. 260.—**Subordinación** Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.”

<sup>7</sup> Artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995.



La esencia del control radica en la existencia del poder de decisión de una entidad jurídica en aspectos importantes tales como: políticas operacionales, finanzas, administración, recursos humanos, gobierno corporativo, compras, entre otras, en cabeza de la voluntad de una u otras personas directa o indirectamente. Es decir que, según la norma, el control puede ser ejercido por cualquier persona entendiéndose persona natural, jurídica, comerciante o no, sociedad o entidad de naturaleza no societaria (fundaciones, corporaciones, asociaciones, cooperativas), mientras que la controlada pareciera ser siempre de naturaleza societaria.

A su vez, el control puede ser individual o conjunto y directo o indirecto. El control individual consiste en que una sola persona (natural o jurídica, de naturaleza societaria o no) es la matriz o controlante de otra o de otras entidades. El control conjunto se presenta cuando dos o más personas se colocan en la posición de controlante, sin embargo, la práctica es más compleja pues consiste en determinar la voluntad eficiente de estos controlantes de actuar en común. Para lo cual es necesario realizar análisis en conjunto y caso por caso en los cuales se estudien aspectos como: participación conjunta en capital de varias empresas<sup>8</sup>; coincidencia en los cargos de administradores (entre esos el del representante legal), en varias empresas; coincidencia de sedes; infraestructura de servicios, votaciones en bloque<sup>9</sup> entre otros. Es muy común en casos de controlantes personas naturales de una misma familia o con grados de parentesco o de afinidad cercanos.

El control directo e indirecto, establecido en la norma, marca la diferencia de las subordinadas entre filiales y subsidiarias. Será una filial cuando el control lo ejerza la matriz y subsidiaria cuando el control lo ejerza esta última, pero por medio o con el concurso de una filial. Diferencia que para muchos doctrinantes<sup>10</sup> es puramente académica y sin consecuencias

---

<sup>8</sup> No siempre que existan socios comunes mayoritarios entre empresas existe control conjunto, muy frecuente es el caso de aquellos familiares que se organizan en grupos y tienen enfrentamientos constantes que impiden determinar la voluntad de actuar común. Como tampoco es cierto que para configurar control conjunto la participación deba ser por partes iguales entre los accionistas. Es posible también que se pueda probar que de todos los accionistas de la sociedad solo hay control por algunos de ellos, razón por la cual en estos asuntos es mejor evitar generalizaciones y realizar el estudio conjunto de las situaciones y caso a caso respecto de las entidades.

<sup>9</sup> Para comprobar la existencia de una votación en bloque no es necesario demostrar la existencia de un acuerdo de accionistas o para estatutario.

<sup>10</sup> Botero, Jorge Humberto. "Subordinación, agrupación y coordinación" En *Reforma al Código de Comercio y otros temas*. Medellín: Editorial Diké, 1996, 331. Citado por Gaitán Rozo, Andrés en "Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia. Super-



prácticas, sin embargo, la importancia de la distinción entre unas y otras consiste en que conceptualmente puede no existir control directo sino indirecto, es decir, que requiere el concurso de otra entidad subordinada, de allí que empiece a tener relevancia la idea que desarrollaré más adelante respecto a que posibilidad de entidades con personalidad jurídica diferentes a las sociedades comerciales sean subordinadas.

## 1.2. Presunciones de control

El artículo 261 del Código de Comercio<sup>11</sup> establece varios tipos; a saber: el control interno por participación, el control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria, y el control externo. Adicionalmente, consagra en los parágrafos el control ejercido por una entidad de naturaleza no societaria y el control indirecto cuando el control sea ejercido por intermedio o por el concurso de entidades de naturaleza no societaria.

---

intendencia de Sociedades. 2011. Citado también por Reyes, Villamizar Francisco. *Derecho societario* Tomo I. Bogotá, D.C., Editorial Temis S.A., 2004. 533. “En opinión de Jorge Humberto Botero, la distinción entre filiales y subordinadas no representa ningún beneficio al sistema dado el hecho de que “la ley se abstiene de extraer consecuencias jurídicas de esta clasificación. La responsabilidad de la matriz en modo alguno depende de que la subordinada sea filial o subsidiaria. La distinción es inútil y debió suprimirse.”

<sup>11</sup> “ART. 261.—Presunciones de subordinación. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50 %) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de estas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

PAR. 1°—Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales estas posean más del cincuenta por ciento (50 %) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

PAR. 1°—Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el párrafo anterior.”



Es necesario recordar que las presunciones no son un medio de prueba, tampoco son indicios, sino que constituyen aquel razonamiento que permite dar por cierto algo, aunque no esté probado de lo que se infiere; y que, en el caso de las tres presunciones de control, estas admiten prueba en contrario. De tal manera que si se encuentran acreditados todos o alguno de los presupuestos de subordinación es al presunto controlante el que le corresponde entrar a demostrar lo contrario; es decir, desvirtuar el control (inversión de la carga de la prueba).

Adicionalmente, las presunciones antes citadas no corresponden a un listado único y taxativo sino son meramente enunciativas de tal manera que, si existen pruebas que demuestren que el poder de decisión en una determinada entidad se encuentra sometido a la voluntad de otras personas sin estar en los supuestos del 261 del Código de Comercio, la carga probatoria se vuelca a la autoridad de supervisión o al interesado quien deberá probar el control real y efectivo<sup>12</sup>. Es decir que, las presunciones lejos de ser causales taxativas, lo que buscan es facilitar la carga probatoria al evidenciar los casos más emblemáticos de control sin tener que demostrarlo, salvo que se quisiera probar en contrario.

Por su parte, la Superintendencia de Sociedades<sup>13</sup> a través de conceptos, ha sostenido que los presupuestos de la subordinación no son taxativos y así también lo ha afirmado la doctrina<sup>14</sup> reconocida en materia societaria<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Reyes, Villamizar Francisco. *Derecho societario*, tomo I. Bogotá, D.C.: Editorial Temis S.A., 2004. 534. “(...) Desde luego se habla de presunciones legales o *iuris tantum* y no de presunciones de derecho. Así a pesar de la redacción imperativa de la norma, debe entenderse que siempre será posible desvirtuar la presunción de hecho, con la demostración de que, no obstante, la veracidad y comprobación de los presupuestos fácticos contenidos en la disposición, el poder de decisión de la compañía no se halla sometido a la voluntad de un tercero. No debe ignorarse que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 66 del Código Civil, para que una presunción sea *iuris et de iure* es indispensable que la norma legal que la contenga rechace en forma expresa la posibilidad de refutar probatoriamente la inferencia legal. (...)”.

<sup>13</sup> Oficio 220-15430 del 13 de abril de 1998, Oficio 220-102566 del 31 de julio de 2009.

<sup>14</sup> Sobre este particular algunos jueces bajo el argumento que la doctrina es criterio auxiliar de la actividad judicial se apartan de los conceptos que sobre materia societaria y especializada se han emitido sobre la materia. (CPC, art 230).

<sup>15</sup> Reyes, Villamizar Francisco. *Derecho societario*, tomo I. Bogotá, D.C.: Editorial Temis S.A., 2004. 534. “(...) Es importante tener en cuenta que la enumeración legal de presunciones de subordinación no debe considerarse de carácter taxativo, sino solo enunciativo. Ello es así porque, el artículo 26 de la misma ley permite que en cualquiera otra circunstancia en la que intervenga un sometimiento de la voluntad de la sociedad al dominio de otra u otras personas, se produzca también el fenómeno de la subordinación, con todos los efectos que la ley establece sobre el particular. Por lo demás, la propia ley les otorga



Adicionalmente, se profirió un reciente concepto por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil del honorable Consejo de Estado<sup>16</sup> en el que se expresó:

(...) ¿Los casos de subordinación relacionados en el artículo 261 del Código de Comercio son taxativos? No. Los casos de subordinación relacionados en el artículo 261 del Código de Comercio no son taxativos, sino meramente enunciativos. Lo anterior, de conformidad con los argumentos expuestos en este concepto (...).

Por último, vale la pena mencionar que son varios los casos en los cuales la Superintendencia de Sociedades a través de la jefatura del grupo de conglomerados, en cabeza del Dr. Andrés Gaitán Roza, ha declarado los supuestos de subordinación bajo otros supuestos distintos a los establecidos en el artículo 261 del Código de Comercio<sup>17</sup>.

---

a las superintendencias de Sociedades, Bancaria o de Valores, la facultad de declarar, de oficio o a petición de interesado, la situación de control, con el propósito que se surta el registro escrito del artículo 30 de la Ley 222 de 1995, de manera que ante eventuales dudas o conflictos sobre el acaecimiento de un presupuesto de subordinación, las susodichas entidades de fiscalización tendrán la última palabra. (...).

Narváez, García José Ignacio. *Teoría general de las sociedades*, Séptima edición actualizada, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C., 1996, 382, 383 y 384 “(...) Desde el punto de vista jurídico, subordinada es la sociedad que carece de independencia por estar controlada o dirigida por otra u otras. La subordinación se patentiza en todas las manifestaciones de pérdida de autonomía, desde las simples y sutiles hasta las más ostensibles de predominio económico, financiero o administrativo por parte de otra sociedad que se llama matriz, configurando así las filiales y subsidiarias. (...) La Ley 222 de 1995 conservó esas nociones, pero el factor descollante para configurarlas no es el control económico, financiero o administrativo sino la forma como la matriz ejerce el poder de decisión de la subordinada. (...) Ante todo cabe destacar que el precepto subrogado del código enunciaba varias situaciones en las cuales una sociedad se presumía subordinada. El que lo subrogó comienza con la expresión imperativa “será subordinada...”, que luego corrobora el parágrafo primero con la de “igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, (...)”. (...) En rigor jurídico la única presunción que contiene el nuevo precepto es la del parágrafo 2.º, conforme al cual “una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior (...)”.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, consejero ponente: Édgar González López el veinticuatro (24) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), radicación 11001-03-06-000-2019-00094-00(2420) Actor: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Disponible en: <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/224/11001-03-06-000-2019-00094-00.pdf>

<sup>17</sup> A) Resolución 125-001317 del 3 de abril de 2007 Grupo empresarial Aquiles.  
B) Sentencia del 26 de agosto de 2004, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección A “(...) los supuestos expuestos en la norma son meramente





### 1.3. Efectos de las situaciones de subordinación

Producto de la subordinación nacen las siguientes obligaciones legales: (i) Obligación de inscripción de la situación de control en el registro mercantil (la cual también se predica del grupo empresarial), la cual tiene un propósito de publicidad y su carácter es meramente declarativo<sup>18</sup> consistente en la obligación para el controlante de inscribir en el registro mercantil las situaciones de control y de grupo empresarial, dentro de los treinta (30) días siguientes a la configuración de la situación, so pena de multas por dicha omisión por parte del órgano de supervisión. (ii) Prohibición de imbricación, las subordinadas no pueden tener participación patrimonial en las sociedades que las dirijan o las controlen en los términos del artículo 262 del Código de Comercio, (iii) Obligación de preparar, presentar y difundir estados financieros de propósito general consolidados<sup>19</sup>; (iv) Obligación de presentar informe especial de los administradores tanto de la controlante como de las controladas en caso de grupo empresarial, relacionando las operaciones de mayor importancia concluidas durante el ejercicio entre las sociedades del grupo (esta solamente aplica en el caso de grupo empresarial); (v) Responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante en los casos de insolvencia o de liquidación judicial de las subordinadas<sup>20</sup> y (vi) la verificación de la realidad de las operaciones<sup>21</sup>.

### 1.4. Grupos empresariales

Como complemento a la situación de control puede aparecer la noción de grupo empresarial<sup>22</sup> la cual se configura en aquellos casos en que

---

ilustrativos. (...) Es decir, existe cierta discrecionalidad para que la entidad determine sí, en efecto, se está ante una situación de control (...).” En ese caso, la Superintendencia de Sociedades declaró a Mccann Erickson Corporation S.A. como matriz de Época Publicidad S.A., aunque la primera no era accionista de la primera, no tenía mayoría de votos en el máximo órgano social, ni existía contrato con esta última; es decir, no se verificaban las presunciones, pero las pruebas evidenciaban el poder de decisión.

<sup>18</sup> En Bogotá, D.C., y en los municipios de su competencia al 27 de abril de 2021, existen 28529 subordinadas y de estas 1416 hacen parte de un grupo empresarial.

<sup>19</sup> Decreto 2649 de 1993. Artículo 35 de la Ley 222 de 1995. Artículo 631-1 del estatuto tributario (modificado por el artículo 140 de la Ley 1607 de 2012).

<sup>20</sup> Artículo 61 de la Ley 1116 de 2006.

<sup>21</sup> Artículo 31 de la Ley 222 de 1995.

<sup>22</sup> Artículo 28 de la Ley 222 de 1995: “(...) *Habrà grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección. Se entenderà que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la*



además de existir control existe entre las vinculadas unidad de propósito y dirección. Se predica la unidad de propósito y dirección cuando las actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante, de tal manera que sus intereses ceden ante el propósito determinado por la matriz sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social de cada una de ellas<sup>23</sup>. Como se mencionó anteriormente, nace la obligación de inscribir la situación de grupo empresarial ante el registro mercantil y, adicionalmente, la obligación de preparar y presentar el informe especial de los administradores.

Se ha sostenido de manera constante, salvo unos eventos asilados, que las entidades sin ánimo de lucro o entidades jurídicas de naturaleza no societaria pueden hacer parte de los grupos empresariales, pero únicamente ocupando la posición de matrices o controlantes, pero no en el puesto de subordinadas (filiales y subsidiarias).

Lo anterior bajo una interpretación completamente taxativa del artículo 261 del Código de Comercio que establece: “(...) Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos: (...)” (Subrayado fuera del texto). Bajo la misma interpretación literal el parágrafo segundo del mismo artículo establece: “PAR. 2º—Así mismo, una

---

*dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas. Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan.”*

<sup>23</sup> En palabras del Dr. Reyes Villamizar lo que determina el grupo empresarial es la existencia de tres características: “(...) la unidad de propósito y dirección nada tiene que ver con las actividades de explotación económica que realizan individualmente las distintas compañías del grupo. En efecto, cada una de ellas continúa realizando con independencia su objeto social. En segundo término, el referido elemento implica que la finalidad individual de cada una de las sociedades que forman parte del grupo debe ceder en virtud de la dirección que ejerce la matriz o controlante sobre el conjunto, a un objetivo general determinado por esta. Este objetivo podrá demostrarse con una serie de elementos explícitos e implícitos que han de manifestarse en directivas o instrucciones escritas o verbales, impartidas por la entidad controlante a los órganos de dirección y de administración de las compañías controladas. En estas, a su vez, se hará patente, en mayor o menor grado, la influencia de la matriz en determinaciones tales como la política de distribución de dividendos o constitución de reservas, los actos o contratos que celebran o dejen de celebrar, por instrucción de la matriz etc. En tercero y último lugar es claro que, aun cuando la determinación de la existencia del grupo corresponde primordialmente a las propias sociedades vinculadas a él quienes de *motu proprio* deben propiciar la respectiva inscripción por parte de la sociedad controlante, la incertidumbre sobre los presupuestos fácticos que la originan debe ser determinada por las superintendencias (...)” En Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho societario*, tomo I. Bogotá, D.C.: Editorial Temis S.A., 2004. 561 y 562.



sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el párrafo anterior.” (Subrayado fuera del texto).

Se considera que nada impide que, con una mirada amplia, finalista y atendiendo a la realidad de las operaciones mercantiles y del mercado actuales, existan entidades sin ánimo de lucro o entidades jurídicas de naturaleza no societaria en la posición de subordinadas bien sea como filiales o como subsidiarias en la conformación del grupo empresarial, como lo reconoció en una decisión aislada, pero no por eso menos importante, la Superintendencia de Sociedades<sup>24</sup> cuando estableció:

(...) Si el legislador hubiese querido restringir el concepto de subordinadas exclusivamente a sociedades comerciales, no se habría modificado la estructura genérica utilizada reiteradamente e otras estructuras normativas.

La apertura conceptual adoptada por el legislador es total y consistente en involucrar la expresión *entidades* no solo a las entidades configuradas como sociedades comerciales, sino a sujetos de naturaleza no societaria, de comprobada relevancia económica, tanto en calidad de matriz como en calidad de subordinada, reconociendo de esta manera la realidad de las relaciones económicas en este tipo de estructuras de mercado.

Al final del ejercicio descubre el investigador que el legislador ha avanzado sustancialmente de la perspectiva formal al énfasis en la actividad económica organizada relevante en su intensidad y realidad para la economía del país.

Poco a poco se va asociando el concepto de “otras entidades” con el concepto de toda actividad económica organizada, buscando con ello la realidad de las operaciones de mercado en el conglomerado (...).

Conforme a lo anterior, se considera la necesidad de avanzar en una regulación específica que tipifique la posibilidad de que entidades de naturaleza jurídica a la societaria participe de los grupos económicos no solo como matriz y controlante sino también como subordinada.

## 2. CONFLICTOS DE INTERESES EN LOS EVENTOS DE GRUPOS EMPRESARIALES

Después de haber dado un contexto respecto del control y de los grupos empresariales pasemos ahora estudiar el tema de los conflictos de intereses y

---

<sup>24</sup> Superintendencia de Sociedades. Resolución 125-015813 del 21 de octubre de 2011.



de la solución de los mismos, para concluir de manera anticipada que no disponemos de normas específicas para resolver los asuntos de administración o los problemas de agencia en nuestra legislación en el caso de grupos empresariales.

Los problemas de agencia se basan principalmente en los intereses contrapuestos entre accionistas o entre accionistas y administradores, donde cada uno cuenta con incentivos diferentes, mientras los accionistas tienen como principal móvil, el incrementar el valor de sus acciones, obtener dividendos y aportar y cuidar el capital de riesgo, los administradores buscan una remuneración adecuada, por ser el capital humano especializado para sacar el negocio adelante. Ambos sin duda deberán propender por el crecimiento de la empresa. En el desarrollo de los negocios se presentarán conflictos que deben ser solventados por el derecho.

La definición de conflictos de intereses no es legal dado que la Ley 222 de 1995 no brindó una definición<sup>25</sup>; sin embargo, la doctrina de los entes de control<sup>26</sup>, así como de los teóricos<sup>27</sup> en esta materia, son abundantes sobre el

<sup>25</sup> “(...) Es preciso preguntarse en qué consiste un conflicto de interés y cuándo se produce un conflicto de esta naturaleza en el contexto societario. La Ley 222 de 1995, que contiene el estatuto de los administradores vigente, no definió expresamente ninguno de los mencionados extremos.” Suescún de Roa, Felipe. *Deberes y responsabilidad civil de los administradores de sociedades*. Bogotá, D.C.; Editorial Tirant Lo Blanch, 2021. 118.

<sup>26</sup> Superintendencia de Sociedades, Circular 20 del 4 de noviembre de 1997. Se configura conflicto de interés: “(...) cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses a saber: el radicado en cabeza del administrador y el de la sociedad, bien porque el interés sea de aquel o de un tercero.”

Superintendencia de Sociedades, Sentencia del 23 de agosto de 2005, Caso Melani Alvarado Ramírez Ltda. Citado por Gil Echeverry, Jorge Hernán. La especial responsabilidad del administrador societario. Primera Edición. Editorial Legis 215. 309. “(...) Se entiende por conflicto de intereses toda situación o evento en que los intereses personales, directos o indirectos, de los administradores de la sociedad, se encuentren en oposición con los de la sociedad, o que interfieran con los deberes que le competen a ella, o lo lleven a actuar en su desempeño por motivaciones diferentes al recto y real cumplimiento de sus responsabilidades.” (...) Retomando la definición de conflicto de interés podemos decir que se entiende cuando se presenta la situación entre los intereses privados del socio y la actividad que cumple el representante legal por lo cual se enfrentan distintas alternativas de conducta que pueden influir de manera inadecuada en el ejercicio de su cargo; ninguno de los cuales puede privilegiar en atención a sus obligaciones legales y contractuales (...).”

Superintendencia Financiera: Resolución 1200 de 1995. Respecto al conflicto de interés: “(...) situación en virtud de la cual una persona en razón de su actividad se enfrenta a distintas alternativas de conducta con relación a intereses incompatibles, ninguno de los cuales puede privilegiar en atención a sus obligaciones legales o contractuales. (...)”.

<sup>27</sup> “(...) Así, en su sentido prístino el conflicto de interés se configura, en nuestro parecer, cuando una persona se encuentra en una disyuntiva de naturaleza jurídica y



particular. El hecho de que no exista una definición legal se compadece con lo que es natural en nuestra legislación respecto de otros conceptos de relevancia legal tales como la buena fe, el no abuso del derecho, el interés social, entre otros, dado que se trata de situaciones muy prácticas, vivas, cambiantes, en donde el derecho debe acomodarse a la realidad. Por tal razón, es al juez en cada caso particular y concreto al que le corresponde determinar si en efecto se presentan circunstancias que puedan entenderse enmarcadas en el supuesto de hecho del numeral 7.º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, según el cual el administrador debe abstenerse de participar en actos de competencia con la sociedad o en actos que impliquen conflictos de intereses.

Para efectos de este escrito entenderemos por conflictos de intereses aquella situación en la que en una misma persona (administrador), se conjugan o representan dos intereses contrapuestos entre sí y no le es posible defender o seleccionar uno de ellos sin perjudicar o afectar el otro.

En los casos de los grupos empresariales nos encontramos por la esencia misma de los conceptos en situaciones de conflictos de intereses, dado que es apenas natural que los administradores de las matrices, filiales y subsidiarias sean en muchos casos los mismos y que los administradores de las subordinadas tomen decisiones armónicas con la voluntad, guía y señalamientos que determinen los administradores de la matriz o controlante. Es común influir en el desarrollo del negocio de tal suerte que se desvíen atractivas oportunidades de negocios desde la subordinada hacia sociedades o personas relacionadas por el control o por el grupo empresarial haciendo negocios jurídicos fuera de las condiciones normales del mercado o aún dentro de tales condiciones, pero sin obtener el permiso previo.

---

moral sobre los efectos, beneficios y perjuicios, de las conductas alternativas que puede realizar frente a una determinada situación, teniendo en cuenta la posibilidad de que involucren sus propios intereses, los de la entidad que administra y los de sus vinculadas y los de su clientela. Esta circunstancia se presenta, generalmente, cuando un sujeto puede disponer de dos patrimonios, en forma simultánea, situación que se advierte por antonomasia, en el desarrollo de un mandato de administración delegada y particularmente en el ejercicio de la representación. (...)”. Martínez Neira, Néstor Humberto. *Cátedra de derecho societario. Regulación comercial y bursátil de los contratos societarios*. Editorial Legis. Segunda Edición 2014. 193.

“(…) Así, el “conflicto de intereses” aparece cuando una misma persona tiene que tomar decisiones simultáneas respecto de un contrato del cual surgen derechos y obligaciones para sí, o para otra persona que, por razones particulares o legales, está también a su cuidado (...)”. Ustáriz Gonzalez, Luis Humberto. *Corporate Governance Evolución y reto frente al riesgo operativo en el nuevo acuerdo de Basilea*. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14773/11919>



Algunos autores sostienen, ante el evidente conflicto de intereses, que este es uno de aquellos casos en los cuales el conflicto es expresamente aceptado por las normas mercantiles: “(...) Es por esta razón, que en estricto sentido no existiría un verdadero conflicto de intereses, por cuanto el interés social de la entidad controlada prácticamente desaparece y se confunde con el interés del mismo grupo (...)”<sup>28</sup>.

No comparto esta posición dado que muchas veces los intereses de la controlante no serán los mismos que los de la controlada, dándose eventos en que ciertas decisiones pueden favorecer a una entidad del grupo y al mismo tiempo afectar intereses de otra. Es cierto que no hay una norma especial que determine o regule el manejo de los conflictos de intereses para la adecuada administración de los temas de agencia en los grupos empresariales, pero no es menos cierto que se pueda pasar por alto o ignorar la situación y, en mi sentir, se debe acudir a lo establecido en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 que, aunque se trata de norma especial (sociedades civiles y mercantiles)<sup>29</sup>, es la disposición existente para superar la situación dado que el hecho que sea evidente no quiere decir que se pueda obviar el trámite de obligatorio cumplimiento que consiste en la convocatoria a la junta de socios o a la asamblea general de accionistas (máximo órgano), la explicación completamente informada de la situación y la autorización de la misma para la celebración del negocio, so pena de nulidad absoluta del acto o contrato y sin perjuicio de que el acto autorizado resulte o no lesivo a los intereses de la entidad, ya que si así ocurriese se deberá realizar la indemnización de perjuicios correspondiente.

La revelación de la situación del conflicto y la correspondiente autorización es lo que a mi juicio se debe hacer bajo la normativa actual, dado que el conflicto no es bueno ni malo *per se*, lo que se vuelve nocivo y sancionable es su no relevación.

Para efectos de otorgar la autorización el máximo órgano deberá estar completamente informado respecto la necesidad del negocio, las ventajas y desventajas de este, su objeto, y principalmente que se realice en condiciones de mercado o a precios de transferencia. En otras palabras, que el precio o valor de la contraprestación, su forma de pago y demás condiciones eco-

---

<sup>28</sup> Uribe Lozada, Nicolás. El régimen general de responsabilidad civil de los administradores de sociedades y su aseguramiento. Editorial Ibáñez. 2013, 126.

<sup>29</sup> Es decir, que este régimen por ser especial para las sociedades civiles y mercantiles no resulta aplicable a las entidades sin ánimo de lucro, así lo ha sostenido la Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-080845 del 11 de septiembre de 2012.



nómicas y jurídicas relevantes del acto entre vinculados económicos sería aquel que tendrían las empresas independientes en condiciones similares.

Ahora bien, la aplicación de la regulación en la forma como ha sido explicada no resulta completamente práctica respecto a la realidad de los negocios, dado que lo natural y obvio es contratar con empresas relacionadas o vinculadas o que hacen parte del grupo empresarial, y la necesidad de suplir la autorización previa implica un desgaste operativo importante y además puede darse el caso que muchos administradores, por estar en ambos lados del contrato, se deban declarar impedidos y su voto excluido de la decisión.

En ese sentido urge una actualización normativa, probablemente en el sentido de disponer que los administradores de las empresas vinculadas, cuenten con el presupuesto de una autorización general automática desde que se inscribe el grupo empresarial para realizar todos los actos pertinentes para garantizar el beneficio del grupo empresarial, y consolidar la unidad de propósito y dirección como si se tratara de una sola unidad económica o una sola empresa.

Los proyectos de reforma legislativa siguen incluyendo la autorización por parte de los miembros independientes de los órganos colegiados habilitados (asamblea general o junta de socios), para el caso de celebración de operaciones entre matrices y subordinadas o entre subordinadas controladas por la matriz.

En el caso de los grupos empresariales, los proyectos o ideas de reformas marcan un avance en el sentido de regular expresamente el asunto y de legitimar a los administradores en la toma de decisiones que impliquen conflictos de intereses, sin necesidad de tramitar la autorización previa siempre y cuando tengan un marco de legalidad compuesto por: (i) operaciones siempre onerosas; (ii) ausencia de desequilibrio financiero entre las entidades; es decir, que después de efectuada la operación la mayoría del pasivo de una de las vinculadas no esté conformado por cuentas por pagar de la otra entidad; (iii) que no se ponga en riesgo la capacidad de la entidad para cumplir con sus obligaciones de manera oportuna y (iv) requisitos generales de capacidad, dentro de los que se encuentran el giro ordinario de las operaciones para cada una de las entidades vinculadas en la operación.

En todo caso, el administrador responsable deberá obrar siempre con transparencia, imparcialidad, cuidado, diligencia, y de buena fe, protegiendo a los socios de cualquier abuso, al igual que a los acreedores en su prenda general, así como a los consumidores en sus derechos, a la comunidad



respecto de la publicidad de la información y a sus propios trabajadores. En ese sentido, todas las operaciones entre entidades parte del grupo empresarial y deben realizarse de manera racionalmente equilibrada sopesando los intereses de las partes y, en el caso de causar algún perjuicio antijurídico, tendrán la obligación de indemnizar plenamente a los afectados.

## BIBLIOGRAFÍA

- Gaitán Rozo, Andrés, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, Superintendencia de Sociedades. 2011.
- Gil Echeverry, Jorge Hernán, *La especial responsabilidad del administrador societario*, Editorial Legis, 215, 309.
- Martínez Neira, Néstor Humberto, *Catedra de derecho societario. Regulación comercial y bursátil de los contratos societarios*, Editorial Legis, 2014.
- Narváez García, José Ignacio. *Teoría general de las sociedades*, Bogotá, D.C.: Ediciones Doctrina y Ley, 1996.
- Reyes Villamizar, Francisco. *Derecho societario*. Tomo I. Bogotá, D.C.: Editorial Temis S.A., 2004.
- Suescún de Roa, Felipe. *Deberes y responsabilidad civil de los administradores de sociedades*. Bogotá, D.C.: Editorial Tirant Lo Blanch, 2021.
- Superintendencia de Sociedades, *Guía práctica régimen de matrices y subordinadas*, Colección Buen Gobierno, 2013.
- Uribe Lozada, Nicolás. *El régimen general de responsabilidad civil de los administradores de sociedades y su aseguramiento*, Editorial Ibáñez, 2013.
- Ustáriz González, Luis Humberto. “Corporate Governance evolución y reto frente al riesgo operativo”, *Revista Universitas* abril de 2004. Bogotá, D.C.: Editorial Javegraf-Pontificia Universidad Javeriana.





# EVOLUCIÓN DE LAS DISCUSIONES SOCIETARIAS Y SU ARBITRABILIDAD

GUSTAVO ANDRÉS PIEDRAHÍTA FORERO\*

## 1. INTRODUCCIÓN

El Código de Comercio colombiano, y en general el derecho mercantil por su misma esencia y características ha resultado cambiante a lo largo del tiempo. La necesidad de regular conforme con las normas propias del comercio o de las costumbres de los empresarios hace que necesariamente estas sean revisadas y modificadas periódicamente.

Este año, y en honor a su onomástico no podría desconocerse la evolución constante del derecho mercantil tipificado, el cual se abre cada vez más a nuevas instituciones y en busca constante de la protección y promoción del desarrollo empresarial.

Una de esas grandes transformaciones viene de la mano de las controversias que se suscitan respecto de la eficacia, la nulidad o la inoponibilidad de las decisiones que se toman en las reuniones del máximo órgano de una sociedad; entiéndase asambleas de accionistas o juntas de socios, las cuales son susceptibles de resultar impugnadas.

Ejemplo de lo anterior es el transitado debate acerca de la aplicación de la cláusula arbitral a los socios futuros, los cuales como no tuvieron la oportunidad de decidir acerca de la inclusión de esta en los estatutos, cuestionan sobre la procedencia de ser vinculados a un trámite arbitral sobre el que expresamente no se han pronunciado.

En ese mismo sentido figura lo relacionado con el derogado artículo 194 del Código de Comercio, el cual determinaba mantener como no escrita la cláusula arbitral pactada por los asociados en los estatutos sociales, indicando como regla general y juez competente a la jurisdicción ordinaria. Esto podría desconocer la voluntad de las partes de quienes habían

---

\* Abogado. Director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.



pactado el arbitraje precisamente para extraerse de esa justicia, a la cual, la norma está obligándolo a ir.

Se intentará abordar a través de este artículo, inicialmente el avance que en el ordenamiento jurídico colombiano ha tenido la situación de los socios vinculados con posterioridad a la inclusión de la cláusula compromisoria y los pronunciamientos recientes que sobre el particular han expresado entidades como la Superintendencia de Sociedades.

Asimismo, la arbitrabilidad de las decisiones societarias y el devenir de las impugnaciones de estas, determinando si pueden ser adelantadas ante la jurisdicción ordinaria aun en vigencia de la Ley 1563 de 2012 por medio de la cual se expide el estatuto arbitral.

## 2. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y LOS SOCIOS FUTUROS

Para empezar a dilucidar el tema, valdría la pena generar el siguiente interrogante como premisa inicial: ¿La cláusula compromisoria estatutaria resulta vinculante a los socios futuros? Este tema no ha tenido un trasegar pacífico en la doctrina, hemos encontrado que su evolución ha sido cambiante y aunque ahora se puede decir que es un tema superado, cierto es que llegar a este no ha sido sencillo, por decirlo menos.

Inicialmente, la Superintendencia de Sociedades indicaba que para ser obligatoria la cláusula compromisoria, era requerida su aceptación expresa y específica por parte de todos los socios, (incluido los futuros) toda vez que la sola adhesión a los estatutos no conllevaba *per se* su aceptación. En concepto de la entidad y en razón a la autonomía del pacto, este no era un elemento accesorio al contrato de sociedad y por consiguiente la cláusula no vincularía a los socios que ingresaran con posterioridad a menos que estos de manera expresa así lo manifestaran.

Así, en auto del año 2016 el ente de control señaló:

En verdad, si la cláusula compromisoria no tiene el rango de una regla estatutaria en las sociedades anónimas, tampoco puede entenderse que quien adquiere la calidad de accionista en una compañía de esa naturaleza queda vinculado obligatoriamente al pacto arbitral incluido en la escritura pública en la que fueron vertidos los estatutos sociales. (...) Como la cláusula compromisoria no es un elemento del contrato de sociedad anónima, es a todas luces improcedente invocar el mecanismo de habilitación especial a que alude el inciso segundo del artículo 5.º de la Ley 1563 de 2012. (Superintendencia de Sociedades, Auto 800-6687-2016)



Esta postura, en consonancia no solo con la doctrina internacional sino también con la realidad societaria y jurídica ha variado. Es claro que en la actualidad, cuando un asociado decide vincularse a una sociedad que tiene pactada estatutariamente una cláusula compromisoria consiente su vinculación y apego a ella.

Esta es la postura aceptada por la comunidad jurídica internacional. En el año 2007, un pronunciamiento del Tribunal Supremo de España, por ejemplo, establecía que la inscripción en el registro mercantil ya enmarcaba la publicidad y oponibilidad de las reglas societarias, las cuales registrarían no solo para los socios presentes, sino también para los futuros.

Así, a cualquier posible asociado que quisiera vincularse a una sociedad, se le debía presumir la diligencia debida de verificar las condiciones y reglas debidamente inscritas en el registro mercantil de la cámara de comercio en la que la sociedad esté inscrita y por consiguiente su aceptación de todas ellas.

En la segunda edición de la Revista *Arbitrio* del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el Superintendente de Sociedades enfatizó el cambio de postura enmarcado en que, independientemente de si se le considera accidental o no a la cláusula compromisoria, lo que en realidad se debe tener en cuenta es que esta —la cláusula— se encuentra debidamente inscrita en el registro mercantil a voces de los artículos 111, 112 y 113 del Código de Comercio y por consiguiente, cumplida dicha formalidad se cumplen también los deberes de publicidad y oponibilidad de las cláusulas inscritas.

Como postura personal se considera que una interpretación diferente generaría una vasta inseguridad jurídica que abriría la posibilidad de que los asociados se pudieran adherir a los estatutos, pero con la posibilidad de no hacer lo mismo con la cláusula arbitral que también está inmersa en el contrato social.

Esto además permitiría la absurda hipótesis de pretender que una misma controversia se pudiera adelantar ante la justicia arbitral por los socios que participaron en la constitución y ante la justicia ordinaria por quienes ingresaron con posterioridad a esta.

### **3. LA ARBITRABILIDAD DE LA IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES SOCIETARIAS**

Otro importante cambio que ha tenido la normativa comercial es el que tiene que ver con la posibilidad de someter a arbitraje las decisiones socie-



tarias, teniendo en cuenta la disposición que regía hasta la expedición del estatuto arbitral.

En efecto, el ya derogado artículo 194 señalaba lo siguiente:

*“ART. 194.—Acciones de impugnación interposición y trámite. Las acciones de impugnación previstas en este capítulo se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria, y se tramitarán como se dispone en este mismo código y, en su defecto, en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil para los procesos abreviados.”*

Lo anterior indicaba que sin importar la voluntad expresa de las partes de someter al arbitraje sus controversias suscitadas por la impugnación de decisiones societarias, estas debían disponerse ante el juez.

La disposición citada fue posteriormente ratificada por la Corte Constitucional en sentencia del año 2008 que consideró la constitucionalidad del artículo, enmarcada en una clara negativa ante la arbitrabilidad de las controversias, alegando como en efecto lo indicó la honorable Corte no solo elementos de orden público contenidos en las controversias societarias que limitan ser transigidos, sino también advirtiendo el costo de acceder al arbitraje como un menoscabo para su aplicación.

Con posterioridad, la aparición de la ley de las SAS (1258/2008) en la que se regula la posibilidad de pactar estatutariamente el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos —incluida la impugnación de decisiones—, así como la Sentencia C-014 de 2010 en la que la Corte advierte sobre el amplio margen que tiene el legislador para establecer caminos jurídicos distintos en la solución de conflictos permitieron la convivencia pacífica del señalado artículo 194 en el ordenamiento jurídico colombiano.

Luego de esto, pasamos de la pacificidad a la absoluta claridad, gracias a la expedición del citado estatuto arbitral, el cual en su artículo 118 deroga el 194 del Código de Comercio, dejando sin limitación alguna la posibilidad de acudir al arbitraje para la impugnación de las decisiones societarias.

Sin embargo, frente a esta nueva realidad, surgen nuevos cuestionamientos: ¿Puede conocer un tribunal de los pactos arbitrales suscritos antes de la Ley 1563 de 2012? ¿Podría someterse a consideración de un tribunal arbitral una controversia sobre la impugnación de una decisión societaria que se haya ocasionado antes de la vigencia del estatuto arbitral?

Sobre este punto, la Superintendencia de Sociedades ha señalado que entendida la derogatoria del artículo 194 al que se ha hecho referencia, se



deja sin efectos cualquier previsión legal que impida el sometimiento a la justicia arbitral de las acciones de impugnación contra los actos de asambleas, juntas de socios o juntas directivas.

Además —y esto ya es opinión de quien escribe—, si en los estatutos se pacta una cláusula compromisoria independientemente de si es con anterioridad o no a la Ley 1563 de 2012, se entiende que es la voluntad social la de acudir a resolver las controversias al arbitraje y no ante el juez, es decir, los mismos socios son los que han expresado su voluntad de extraer el conflicto de la órbita del operador judicial, por lo que carecería de sentido desconocer dicha indicación.

Existen en todo caso quienes consideran que para esos casos específicos es la justicia ordinaria quien tendría la competencia de conocer estas acciones societarias entendiendo, por sobre todo, la ultraactividad de la norma a la que hace referencia el artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

#### 4. CONCLUSIONES

Los cincuenta años del Código de Comercio nos han traído diversos e importantes cambios en la normativa mercantil. Es evidente que la misma característica consuetudinaria del derecho privado hace que este se adecue constantemente a la realidad del empresario.

La dinámica societaria no es la excepción, cada vez se requieren más y mejores mecanismos que le permitan a los comerciantes resolver rápida, eficaz y céleramente sus controversias, más aun cuando en estas pueden encontrarse inmersa la viabilidad de las decisiones de una sociedad.

Para esto, la evolución de nuestro código nos ha permitido evidenciar de qué manera se pueden traer esas herramientas necesarias para que la labor empresarial sea mayormente aprovechada. Es labor no solo del legislador sino también de aquellos que operan el derecho y las normas, trazar claramente los límites entre la jurisdicción ordinaria y la arbitral, para que debates como el de la aplicación del artículo 194 o el de la cláusula compromisoria para futuros socios no se generen.

Esto, además de ir en detrimento de la resolución pacífica y rápida de las controversias, genera zonas grises que llevan a que los empresarios se vean abrogados a utilizar otros mecanismos como la acción de tutela para prevalecer sus derechos, tal como fue señalado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del año 2016.



## BIBLIOGRAFÍA

- Auto del 26 junio de 2016. Superintendencia de Sociedades. Consecutivo 820-009967. Número del proceso 2015-800-056.
- Auto 820-009967 de la Superintendencia de Sociedades del 27/06/2016.
- Cámara de Comercio de Bogotá. *Revista Arbitrio*, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Disponible en: <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Arbitrio/02>
- Concepto Jurídico 220-037354 de Superintendencia de sociedades de 22 de abril de 2013.
- Concepto Jurídico 220039887, de Superintendencia de Sociedades, de 18 de marzo de 2014.
- Corte Constitucional (2008). Sentencia C-378. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional (2010). Sentencia C-014. M.P. Mauricio González Cuervo.
- Reyes Villamizar, F. (2010a). Responsabilidad de los administradores en la sociedad por acciones simplificada. *Revista panóptica*, año 3, n° 18, marzo-junio, 208-239. Disponible en: [http://www.panoptica.org/2010\\_18\\_pdf/18\\_8.pdf](http://www.panoptica.org/2010_18_pdf/18_8.pdf) [07-09-2010].
- Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. Sentencia 75 del 7 de junio de 1994, M.P. Rafael Romero Sierra.
- Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. 17 de agosto de 2016. Radicado 11001-02-03-000-2016-02240-00, magistrado ponente Álvaro Fernando García Restrepo.
- Sentencia de 5 de diciembre de 2012. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil. Caso Metal Tek S.A.
- Tribunal Supremo Español, STS 5668 de 2007 del 9 de julio de 2007.



# LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA —SAS— ANTE EL CÓDIGO DE COMERCIO

LISANDRO PEÑA NOSSA\*

El régimen jurídico de las sociedades mercantiles encalla en el Código de Comercio, salvo para la sociedad por acciones simplificada, en razón a que el legislador promulgó la Ley 1258 de 2008, destinada a reglar cada uno de los efectos y particularidades de este tipo societario, además de marcar pautas novedosas y disruptivas respecto al régimen societario tradicional.

En ese orden, ha de notarse como principal fuente de disrupción al régimen societario, la expedición de la Ley 222 de 1995, que además de contener figuras jurídicas que propenden por modernizar el régimen societario, mediante aquella incursiona al panorama societario la “empresa unipersonal”, erigiéndose como antecedente directo de la sociedad por acciones simplificada, debido a que posibilitó, entre otros: (i) obviar la constitución de escritura pública como requisito para la inscripción de la sociedad en el registro mercantil; y (ii) la viabilidad de constituir un tipo societario con una persona natural o jurídica; abandonando así las teorías clásicas del contrato societario.

Posteriormente, mediante la Ley 1258 de 2008 se materializa la incorporación en el andamiaje societario, la sociedad por acciones simplificada como respuesta al atraso en la estructura jurídica societaria del país, que de la siguiente forma se describió en el Congreso, en el informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 241 de 2008:

(...) la tipología societaria presenta hoy un fenómeno de rigidez similar al vivido por los franceses a comienzo de 1990. En efecto, el régimen societario sigue sometiéndose a las normas previstas en el Código

---

\* Árbitro y mediador de la Cámara de Comercio de Bogotá. Árbitro de la Superintendencia de Sociedades. Árbitro de la Federación Colombiana de Fútbol. Docente universitario. Autor de los libros *De las sociedades comerciales*; *De los contratos empresariales nacionales e internacionales*; *De los títulos valores*; *Como ser empresario y no fracasar en el intento*. Abogado en ejercicio en el área de derecho comercial.



de Comercio del año 1971 junto a las reglas contenidas en la Ley 222 de 1995. Estas disposiciones mantienen una tendencia excesivamente formalista (...) <sup>1</sup>.

Por consiguiente, pese a que la sociedad por acciones simplificada supuso un nuevo orden respecto a la práctica económica y societaria del país, el legislador prescindió atender las modificaciones que demandó el Código de Comercio con causa a armonizar el contenido de la Ley 1258 de 2008 respecto a sus disposiciones normativas.

Véase a continuación las principales confrontaciones de disposiciones normativas del Código de Comercio que han de ser armonizadas frente a la Ley 1258 de 2008:

#### **Contrato de sociedad:**

El artículo 98 del Código de Comercio conceptúa que la existencia del contrato de sociedad pende de la asociación de dos o más personas naturales o jurídicas. No obstante, el artículo 1.º de la Ley 1258 de 2008 advierte que la sociedad por acciones podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas.

Por lo anterior, resulta necesario que el legislador reconozca en forma de modificación al artículo 98 del Código de Comercio, la existencia del contrato de sociedad constituido por una persona, atendiendo a la evolución doctrinal y jurisprudencial que se ha trazado al respecto. *V. gr.* el Dr. Néstor Humberto Martínez Neira ha sostenido que:

(...) El ánimo de asociarse es una elaboración doctrinal, pero nunca un concepto legal propiamente dicho y, como tal, mal puede de continuarse caracterizando como una de aquellas cosas sin las cuales el contrato de sociedad no existe. Mucho menos puede postularse como elemento esencial si al final con él lo que se pretende caracterizar es el mismo consentimiento, que finalmente es la fuente generadora del negocio jurídico <sup>2</sup>.

#### **Capacidad de la sociedad:**

El artículo 99 del Código de Comercio y el numeral 4.º del artículo 110 prescriben que el objeto social de las sociedades en general ha de ser limitado

---

<sup>1</sup> Congreso de la República. (2008, 13 de mayo). Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 241 de 2008 Cámara, 039 de 2007 Senado. Gaceta del Congreso 248.

<sup>2</sup> Martínez Neira N. H. *Cátedra de derecho contractual societario: regulación comercial y bursátil de los contratos societarios*. Ed. Legis. 2009.





en la medida en que tal limitación circunscribe el marco de la capacidad de la sociedad. Sin embargo, la aludida disposición desconoce que el desarrollo del objeto social de la sociedad por acciones simplificada puede ser indeterminado en virtud del numeral 5.º del artículo 5.º de la Ley 1258 de 2008.

De acuerdo con la Superintendencia de Sociedades, en la sociedad por acciones simplificada

se podrá optar por un objeto indeterminado que bien identifique una o algunas de las actividades a las que especialmente se pretenda aplicar la empresa y, adicionalmente incluya las demás actividades lícitas; o simplemente exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita sin mencionar en particular ninguna, lo que igualmente se entenderá para todos los efectos cuando en el acto de constitución no se diga nada sobre ese aspecto y en estos casos la capacidad de la compañía será de todas formas ilimitada<sup>3</sup>.

Por lo anterior, el Código de Comercio ha de consignar la salvedad descrita en lo precedente: que la sociedad por acciones simplificada no está sujeta a observar la teoría de la especialidad del objeto.

#### **Requisitos para la constitución de la sociedad:**

El artículo 110 del Código de Comercio contiene el mandato de elevar escritura pública para constituir una sociedad comercial. No obstante, el artículo 5.º de la Ley 1258 de 2008 dispone que la sociedad por acciones simplificada puede constituirse por documento privado, salvo que el aporte conste de bienes inmuebles cuya transferencia requiera de escritura pública, pues, en ese caso la constitución de la sociedad deberá hacerse por escritura pública.

En ese orden, la posibilidad de constituir la sociedad por acciones simplificada mediante documento privado ha de plasmarse en el Código de Comercio en forma de excepción a la regla general de constitución de sociedades. De lo contrario, configuraría un yerro la denominación que da el legislador al capítulo II, del título I, del libro segundo del Código de Comercio: Constitución y prueba de la sociedad comercial.

#### **Inscripción de escritura pública de constitución en el registro de la cámara de comercio:**

Siguiendo la línea conceptual tratada en el punto anterior, del Código de Comercio se infiere que una sociedad nace como persona jurídica en

---

<sup>3</sup> Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-023132 de 2011.



el momento en que se constituye mediante escritura pública. Además, los artículos 111 y 112 del Código de Comercio condicionan la oponibilidad del contrato de sociedad a terceros cuando se inscribe en el registro mercantil de la Cámara de Comercio la escritura pública de constitución de la sociedad. Así lo ha conceptualizado la Superintendencia de Sociedades:

Ahora bien, en lo que respecta a los efectos que se producen con la inscripción en el registro mercantil de la escritura de constitución a que alude el artículo 112 *idem*, se ha de señalar que los mismos solo apuntan a que el contrato de sociedad sea oponible frente a terceros, sin que para nada dicha inscripción se constituya en el mecanismo legal que da nacimiento a la persona jurídica, ya que como se manifestó, esta surge única y exclusivamente con el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la sociedad<sup>4</sup>.

En ese sentido, aunque el Código de Comercio concibe como una regla general aplicable a los tipos societarios la obligatoriedad de inscribir en el registro mercantil la escritura pública de constitución de la sociedad, no contempla ninguna excepción a la referida regla. Y tal omisión es extraña por cuanto el artículo 5.º de la Ley 1258 del 2008 permite inscribir en el registro mercantil el documento privado mediante el cual se constituye una sociedad por acciones simplificada.

### **El capital**

En la sociedad por acciones simplificada, de acuerdo con el artículo 9.º de la Ley 1258 de 2008, en los estatutos sociales se puede pactar con absoluta discrecionalidad el pago del capital suscrito, siempre que el término para tal obligación no supere los dos años. De modo que resulta viable que

se constituya una sociedad por acciones simplificada sin que se pague el valor de las acciones al momento de su constitución (...). En otras palabras, se puede constituir una SAS con socios industriales estimados en un valor determinado y estos podrán estipular la época del pago, sin que esta sobrepase los dos años contados a partir del registro en la Cámara de Comercio<sup>5</sup>.

Así, es posible deducir que lo dispuesto por la Ley 1258 de 2008 respecto a la suscripción y pago del capital social, rompe de manera tajante con lo preceptuado en el Código de Comercio para la totalidad de los tipos societarios, pues en estos se exige que el capital sea pagado al momento de la

<sup>4</sup> Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-105691 octubre 15 de 2008.

<sup>5</sup> Peña Nossa, L., *De las sociedades comerciales*, Bogotá: Ecoe, 2017, 273.



constitución de la sociedad, atendiendo las condiciones, forma y término que específicamente regle el Código de Comercio para cada tipo societario.

Así, con el contenido del artículo 9.º de la Ley 1258 de 2008, se evidencia la tendencia flexible del legislador para con los requisitos que han de observarse al momento de constituir una sociedad, facilitando la incursión en el mercado de nuevas organizaciones o empresas.

### **Restricción en la negociación de acciones**

Una de las novedades que incorporó la Ley 1258 de 2008, fue el artículo 24, que trató la restricción de la negociación de las acciones, figura que podrá estipularse en los estatutos por el término de diez años, contados a partir de la emisión de las acciones. Término que podrá ser prorrogado de manera indefinida por periodos no mayores a diez años, si así lo consensan la totalidad de accionistas.

Tal previsión normativa demanda que se examine la viabilidad de contemplar figura semejante para el resto de tipos societarios, pues sin duda serviría como mecanismo estratégico para la organización de la sociedad.

### **‘Quorum’ deliberatorio y decisorio:**

El artículo 22 de la Ley 1258 de 2008 dispone que, en la sociedad por acciones simplificada, la asamblea general de accionistas deliberará y decidirá con uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones suscritas, proscribiendo de ese modo el requisito de pluralidad que impera en el Código de Comercio.

Igual tratamiento se predica para el evento de reformas estatutarias. Véase el artículo 29 de la Ley 1258 de 2008 en contraste con el artículo 161 del Código de Comercio; en el último se exige que las reformas han de ser adoptadas por un número plural de socios u accionistas, mientras que en la Ley 1258 de 2008 es válida la reforma social que se adopte con un accionista que represente, por lo menos, la mitad más una de las acciones presentes en la respectiva reunión.

Por lo anterior, resultaría adecuado que el legislador actualice en el Código de Comercio las reglas relativas al quorum y mayorías para deliberar y decidir en cualquier acto que lo merezca, atendiendo a la realidad que imparte la sociedad por acciones simplificada.

### **Junta directiva**

El artículo 25 de la Ley 1258 de 2008 da carta abierta a la sociedad por acciones simplificada para optar en su organización por junta directiva. En



ese sentido, en caso de prescindir de la conformación de junta directiva, será el representante legal quien ejerza la totalidad de funciones administrativas.

Obviamente, tal disposición normativa consideró el evento en que se constituya la sociedad por acciones simplificada con uno o varios accionistas.

No obstante, no lo mismo puede predicarse de la sociedad anónima, pues en este tipo societario, por expreso mandato del artículo 434 del Código de Comercio, es obligatorio la conformación de junta directiva con sus respectivos suplentes. Ello obsta para que los asociados organicen de forma maleable la dirección de la sociedad. El Código de Comercio ha de revisar sus postulados rígidos y acoger las tendencias que otorguen mayor autonomía a los sujetos que han de atender sus directrices.

#### **Convocatoria y renuncia a convocatoria:**

Contrario a lo que rige para la totalidad de tipos societarios —artículos 422 y 425 del Código de Comercio—, en la sociedad por acciones simplificada el legislador previó que es voluntad de los accionistas plasmar en los estatutos sociales el término y la forma para realizar convocatorias, y, que, si no existe mención alguna en los estatutos sociales sobre el particular, las convocatorias a reuniones tanto ordinarias como extraordinarias han de realizarse de forma escrita, dirigidas a cada accionista con una antelación mínima de cinco días hábiles y con mención del orden del día, so pena de que opere la ineficacia de la reunión por la omisión de no incorporar en la convocatoria el orden del día. (L. 1258/2008, art. 20).

Seguidamente, el artículo 21 de la Ley 1258 de 2008, permite que de manera excepcional

cualquier accionista renuncie a la convocatoria, no como una renuncia permanente al derecho de ser convocado, ni como un mecanismo que pueda pactarse de manera general, sino como un acto individual que se puede ejercer respecto de una reunión específica, para lo cual es indispensable que medie comunicación escrita en tal sentido, expresada antes, durante o después de celebrada la reunión<sup>6</sup>.

En ese orden, si se realiza una búsqueda minuciosa de prerrogativa semejante en el Código de Comercio que aplique para el resto de tipos societarios, se concluye no existe tal disposición. Por lo que el legislador ha de

---

<sup>6</sup> Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-140193 del 13 de julio de 2017.



consignar de manera explícita en el Código de Comercio, en el capítulo que destina a tratar la convocatoria, la facultad excepcional que le asiste a un accionista de una sociedad por acciones simplificada de renunciar a la convocatoria.

### **Supresión de prohibiciones:**

La Ley 1258 de 2008 incursionó una serie de permisibilidades para la sociedad por acciones simplificada que en el Código de Comercio se encuentran absolutamente restringidas, a saber: a) la distribución de utilidades se aprobará por la asamblea o junta de socios con el voto favorable de un número plural de socios que representen, mínimo, el 78 % de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión. (C. Co., art. 155); b) la imposibilidad de que administradores y empleados de una sociedad representen en las reuniones asamblea o junta de socios acciones distintas de las propias, mientras estén en ejercicio de sus cargos. (C. Co., art. 185); c) en las sociedades por acciones, ninguna persona podrá ser designada ni ejercer, en forma simultánea, un cargo directivo en más de cinco juntas, siempre que los hubiere aceptado. (C. Co., art. 202); d) la imposibilidad de que los administradores de una sociedad por acciones puedan enajenar o adquirir acciones de la misma sociedad mientras estén en ejercicio de sus cargos. (C. Co., art. 404); e) la imposibilidad de haber en las juntas directivas de las sociedades anónimas una mayoría cualquiera formada con personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil, excepto en las sociedades reconocidas como de familia. (C. Co., art. 435); y f) la exigencia para las sociedades anónimas de que si la suma de las reservas legal, estatutarias y ocasionales excediere del ciento por ciento del capital suscrito, el porcentaje obligatorio de utilidades líquidas que deberá repartir la sociedad conforme al artículo 155 del Código de Comercio, se elevará al setenta por ciento. (C. Co., art. 454).

En ese orden, el Código de Comercio ha de consignar en sus articulados las excepciones antes expuestas para las sociedades por acciones simplificada, que regla en ordenamiento normativo diferente, en aras de lograr armonizar y dar coherencia de manera óptima entre ambos ordenamientos.

### **Obligatoriedad de revisor fiscal:**

Pese a que el artículo 203 del Código de Comercio exige que las sociedades por acciones deben tener revisor fiscal, esta obligatoriedad no es inexorable para la sociedad por acciones simplificada, pues, únicamente deberán tener revisor fiscal si se encuentra en el supuesto del párrafo 2.º del artículo 13 de la Ley 43 de 1990, es decir, si al 31 de diciembre



del año inmediatamente anterior: a) susactivos brutos igualan o superan el equivalente a cinco mil (5 000) salarios mínimos mensuales legales vigentes —smmlv—; o b) sus ingresos brutos igualan o superan el equivalente a tres mil (3 000) smmlv.

Por lo anterior, resulta necesario que el legislador acote o aclare en el artículo 203 del Código de Comercio la salvedad que reviste a la sociedad por acciones simplificada (L. 1258/2008, art. 28) en cuanto a la exigencia de contar con revisor fiscal.

### **Distribución y pago de utilidades**

Por expresa prohibición del artículo 38 de la Ley 1258 de 2008, no aplica para la sociedad por acciones simplificada lo que rezan los artículos 155 y 156 del Código de Comercio respecto a la distribución de utilidades para las sociedades anónimas, esto es, i) que, en principio, la distribución de utilidades se aprobará por la asamblea o junta de socios con el voto favorable de un número plural de socios que representen, mínimo, el 78 % de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión. Pues, en caso de no configurarse la aludida mayoría, deberá distribuirse por los menos el 50 % de las utilidades líquidas o del saldo de estas.; ii) las utilidades que se repartan se pagarán en dinero efectivo dentro del año siguiente a la fecha en que se decreten, y se compensarán con las sumas exigibles que los socios deban a la sociedad.

Sobre el particular, en la sociedad por acciones simplificada prima la autonomía de la voluntad de los accionistas, reflejada en el clausulado de los estatutos sociales, o en posteriores acuerdos de accionistas, en los que podrán disponer que una vez decretadas y distribuidas las utilidades, aquellos podrán disponer de sus dividendos-derecho *v. gr.* así: i) renuncia al pago de los dividendos; ii) reinvertir los dividendos en la sociedad; iii) percibir un determinado porcentaje y aplazar el pago del saldo; iv) cualquier otra determinación.

De acuerdo con la Superintendencia de Sociedades<sup>7</sup>:

Una vez ha sido decretado un dividendo la determinación es irrevocable, pues las sumas que la asamblea ordenó repartir entran a formar parte del pasivo externo de la compañía, las cuales son reclamable por la vía ejecutiva. (...) Sin embargo, es sabido que todo derecho es renunciabile mientras la renuncia no esté prohibida por ley ni se ejercite en fraude de terceros. Por consiguiente, lo expresado no implica que el

<sup>7</sup> Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-161175 del 5 de diciembre de 2019.



derecho referido no se pueda renunciar o consentir en aplazar el ejercicio del mismo.

Por lo anterior, el Código de Comercio no es coherente con la gama de posibilidades que ostenta la sociedad por acciones simplificada respecto al pago de los dividendos obtenidos fruto de la distribución de utilidades, pues no es imperativo que el pago de estos se deba realizar dentro del año siguiente a su decreto, tal como lo ordena el artículo 156 del Código de Comercio.

### **Exclusión del asociado**

El régimen jurídico de las sociedades comerciales regla de manera taxativa los supuestos en que resulta viable la exclusión de asociados para cada tipo societario, de manera que restringe la libertad contractual de los asociados para pactar en sus estatutos sociales causales de exclusión.

No lo mismo ocurre en la sociedad por acciones simplificada, pues el artículo 39 de la Ley 1258 de 2008 consigna la posibilidad de pactar en los estatutos sociales las causales de exclusión de accionistas que a bien consideren los accionistas. No obstante, se acota que, si los estatutos sociales no determinan el asunto, se hará remisión al régimen de la sociedad anónima que proscribe de manera absoluta la exclusión de asociados.

En concordancia con la Superintendencia de sociedades<sup>8</sup>:

b) En términos generales, se puede decir que, por tratarse de una sanción legal, la exclusión del asociado en principio es restrictiva y en esa medida las causales que determinan su procedencia por una parte son taxativas y por otra, aplican solamente en los tipos societarios y bajo las circunstancias de tiempo modo y lugar previstas por el legislador.

c) Ahora bien, en el caso de la exclusión de un socio o socios de una SAS, hay que poner de presente que una de las características más relevantes en el contexto de la Ley 1258 de 2008 que creó las SAS, es la posibilidad de ejercer la más amplia autonomía contractual en la redacción de los estatutos sociales; en esencia se trata de permitir que los asociados a su discreción definan las reglas bajo las cuales se han de manejar los asuntos relacionados con la organización y funcionamiento de la sociedad, lo que explica que las disposiciones contenidas en la citada ley tengan un carácter eminentemente dispositivo que pueden ser reemplazadas por las reglas que acuerden los asociados.

(...).

---

<sup>8</sup> Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-200929 del 16 de octubre de 2020.



Lo expuesto implica que efectivamente será viable la exclusión, siempre que así se haya estipulado estatutariamente y, que de manera expresa se hallen contempladas las causales que a ella den lugar. *Contrario sensu*, si los estatutos sociales nada han previsto, se ha acudir entonces a las reglas que particularmente rigen a las sociedades anónimas, de donde se colige que no es procedente la exclusión, toda vez que la naturaleza jurídica de estas últimas, según el contexto legal que las concibe, no admite bajo ninguna circunstancia la exclusión de sus socios.

Lo anterior denota la progresividad que en materia societaria ha trazado el legislador con respecto a otorgar amplia autonomía contractual a los asociados de una sociedad por acciones simplificada, para que sean estos quienes demarquen en sus estatutos sociales la organización de la sociedad. Situación que produce que el resto de tipos societarios se desarrollen en un contexto jurídico desarmónico dadas las demandas del comercio actual.

#### **Acciones con dividendo fijo anual y acciones de pago**

La Ley 1258 de 2008 contempló en el artículo 10 la creación de dos clases de acciones que tienen por propósito ampliar el margen organizacional en materia accionaria de la sociedad por acciones simplificada. Particularmente, incluye en el panorama societario dos clases de acciones, a saber, acciones con dividendo fijo anual y acciones de pago.

Las acciones con dividendo fijo anual tienen por objeto establecer que las acciones que así se suscriban, otorguen a su titular un determinado “porcentaje de las utilidades o pactar que quien tenga una participación determinada, perciba un porcentaje previamente acordado”<sup>9</sup>. No obstante, vale acotar que ese porcentaje de dividendos no se garantiza en su percibimiento de manera absoluta, en razón a que “tal como lo establecen las disposiciones legales de aplicación obligatoria, el derecho a percibir los dividendos depende de que en el ejercicio contable respectivo se hubiesen generado utilidades”<sup>10</sup>.

Por su parte, las acciones de pago tienen por objeto permitir a la sociedad “remunerar la actividad de los administradores o de cualquier otra persona que le preste servicios, mediante la emisión de acciones de la compañía”<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-084569 del 31 de julio de 2011.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Superintendencia de Sociedades. (s. f.). *Sociedad por acciones simplificada*. Colección Buen Gobierno.





En ese orden, resulta una vez más evidente el carácter progresista que en materia societaria se refleja en la Ley 1258 de 2008 respecto al atávico régimen societario contenido en el Código de Comercio.

### **Voto múltiple**

El Código de Comercio, en materia societaria, sostiene la premisa según la cual cada acción confiere derecho a un voto. Sin embargo, el artículo 11 de la Ley 1258 de 2008 previó la posibilidad de que cada acción de la sociedad por acciones simplificada confiera a su titular la emisión de más de un voto en las deliberaciones y decisiones de la sociedad.

Por lo anterior, resulta adecuado que se reevalúen las consignas del régimen ordinario societario con el fin de actualizarlas de acuerdo con los conceptos que en materia jurídica se pregonan hoy día.

### **Fraccionamiento de voto**

El artículo 23 de la Ley 1258 de 2008 permite el fraccionamiento del voto para efectos de elección de juntas directivas o cuerpos colegiados, mientras que el Código de Comercio en nada se pronuncia al respecto, existiendo un vacío normativo que únicamente puede suplirse reformando el ordenamiento mercantil.

En conformidad con la propuesta de reforma al Código de Comercio que propuso Francisco Reyes Villamizar en calidad de Superintendente de Sociedades:

comoquiera que en nuestro sistema el fraccionamiento de los votos no está prohibido, consideramos que no puede censurarse ni invalidarse la actividad de quien emite votos con distinto sentido. No obstante, este vacío legislativo debe tenerse en cuenta en cualquier intento de reforma del Código de Comercio, por cuanto lo que se logra por medio de la indivisibilidad de la representación —según lo expuesto— se ve seriamente afectado al no predicarse la unidad de voto— ...<sup>12</sup>.

### **Causal de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha**

Un evento jurídico triunfante en el ámbito de las sociedades comerciales es la incorporación —mediante la Ley 2069 de 2020— de la causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, aplicable a la totalidad de tipos societarios.

---

<sup>12</sup> Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-209595 del 29 de noviembre de 2016.



Esta causal de disolución tiene por objeto reemplazar la causal de disolución por pérdidas que únicamente valoraba el criterio objetivo de disminución del patrimonio líquido social por debajo del 50 % del capital suscrito. Por el contrario, la causal de disolución que crea la Ley 2069 de 2020 entra a valorar criterios financieros, operacionales y legales para determinar si la sociedad se encuentra en estado de negocio en marcha o no.

### **Fusión abreviada**

El artículo 33 de la Ley 1258 de 2008 implementó la modalidad de fusión abreviada, figura que tiene carácter excepcional en razón a que por intermedio de esta se pretende que una sociedad por acciones simplificada se disuelva, para ser absorbida por otra sociedad, que podrá ser de cualquier tipo societario, siempre que esta última detente más del noventa (90 %) de las acciones de la sociedad por acciones simplificada.

De conformidad con la Superintendencia de Sociedades:

El carácter abreviado de la fusión prevista por el artículo 33 de la Ley 1258 de 2008 radica entonces en que puede tratarse de una decisión de tipo administrativo, con lo cual se acorta el tiempo y los requisitos propios de la convocatoria al máximo órgano social, así como en el hecho que, para el perfeccionamiento de la operación, mediante su inscripción en el registro mercantil, no será necesario que previamente se eleve a escritura pública el documento contentivo del acuerdo, siempre que en la fusión no exista transferencia de bienes sujetos a registro.

En ese orden, la incorporación de esta figura jurídica dentro del ordenamiento normativo de la SAS, merece que se examine la viabilidad de extender o incluir en el Código de Comercio figuras jurídicas en el campo de la transformación, fusión o escisión, que también tengan por intención disminuir la carga de trámites administrativos y legales, como la disminución de costos y tiempo a fin de la consecución de operaciones estratégicas que afectan la marcha negocial de las sociedades.

En suma, la sociedad por acciones simplificada se erigió como un tipo societario dentro del régimen de sociedades colombiano que supuso la ruptura en la inalterabilidad de las teorías clásicas en materia societaria que hasta el momento predominaban.

No obstante, pese a la modernización y flexibilidad jurídica que caracterizó a la sociedad por acciones simplificada, el Código de Comercio no se adaptó a los cambios de paradigmas que en materia societaria demandó la Ley 1258 de 2008, y, por el contrario, mantuvo sus disposiciones arcaicas,



ceñidas a un orden jurídico que no reconoce las dinámicas sociales, económicas y empresariales actuales.

## BIBLIOGRAFÍA

- Martínez Neira N. H., *Cátedra de derecho contractual societario: regulación comercial y bursátil de los contratos societarios*. Legis, 2009.
- Peña Nossa, L., *De las sociedades comerciales*, Bogotá: Ecoe, 2017, 273.
- Reyes Villamizar, F., *SAS La sociedad por acciones simplificada*. Legis, 2009.
- Colombia, Congreso de la República. (2008, 13 de mayo). Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 241 de 2008 Cámara, 39 de 2007 Senado. Gaceta del Congreso 248.
- Colombia, Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-105691 octubre 15 de 2008.
- Colombia, Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-023132 de 2011.
- Colombia, Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-084569 del 31 de julio de 2011.
- Colombia, Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-209595 del 29 de noviembre de 2016.
- Colombia, Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-140193 del 13 de julio de 2017.
- Colombia, Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-161175 del 05 de diciembre de 2019.
- Colombia, Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-200929 del 16 de octubre de 2020.
- Colombia, Superintendencia de Sociedades. (s f). Sociedad por Acciones Simplificada. Colección Buen Gobierno.





**PARTE III**  
**BIENES MERCANTILES**





# TÍTULOS-VALORES CINCUENTA AÑOS DESPUÉS

JOSÉ ALBERTO GAITÁN MARTÍNEZ\*

Desde la expedición de la Ley 46 de 1923, antiguo régimen de los instrumentos negociables, al actual Código de comercio, Decreto 410 de 1971, pasaron 48 años, dos menos de los que estamos celebrando en este 2021 en relación con este último y su regulación en torno a los títulos-valores.

Cincuenta años de vigencia de una institución construida gracias a los aportes del derecho alemán, unido a la experiencia anglosajona en la materia, que fueron recogidos de manera admirable por el profesor Raúl Cervantes Ahumada en el famoso Proyecto Intal, acogido en gran medida en nuestros artículos 619 y siguientes. Un régimen que ha soportado el paso del tiempo, que se consolidó a partir de un proceso evolutivo de decantación y asimilación de sus reglas, tanto por la doctrina y la jurisprudencia, como por los aportes realizados por diferentes actores que han participado en este proceso, muchos de ellos vinculados al sector financiero y en los últimos tiempos a los avances de la tecnología y a su influencia en la creación de nuevas formas de transferencia de la riqueza.

En este proceso histórico hemos sido testigos de cómo algunos vacíos o asuntos sin resolver por el novísimo régimen adoptado en el año 1971, dieron pie en las primeras décadas a intensos debates en torno a temas tales como la alternativa de crear títulos-valores por la costumbre, a la posibilidad de que los mismos contengan cláusulas acceleratorias, a los efectos de la letra de cambio no girada, a la regla a aplicar para definir la responsabilidad bancaria por el pago de cheques falsos, ante las aparentes soluciones

---

\* Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Abogado egresado de la Universidad del Rosario, con especialización en la misma universidad en Derecho Financiero, distinguido como colegial de número, profesor durante más de treinta años, tanto a nivel de pregrado, como de posgrado, árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá y litigante, miembro de diversas juntas directivas de empresas del sector real, consultor en derecho privado y de los negocios, expresidente del Colegio de Abogados Rosaristas, autor de diversos escritos, dentro de ellos de la obra *Lecciones sobre títulos-valores*.



diversas previstas en los artículos 732 y 1391 del Código de Comercio, a la oportunidad de llenar documentos en blanco para convertirlos en títulos-valores, entre muchos otros.

Debates que en la medida en que avanzó la economía y se generaron nuevos requerimientos, angustias distintas y avances en los medios de comunicación y de generación de documentos apoyados en el internet y en la computación, dieron paso a otros escenarios de reflexión, en temas tales como la desmaterialización y la inmaterialización de los títulos-valores. De igual manera, el aporte de sus principios consecuenciales a otras operaciones económicas, como los derivados, las opciones y los futuros, cuando hacen parte del mercado de valores, la asimilación de sus reglas a los nuevos documentos que surgen como consecuencia de tales avances, al punto de que hoy se predica la existencia de títulos-valores electrónicos, en buena parte apoyada esta tesis en la equivalencia funcional que le diera a aquellos la Ley de Comercio Electrónico 527 de 1999.

Ante estos interesantes planteamientos voy a dedicar este escrito, que hará parte de la obra destinada a celebrar este quincuagésimo aniversario, a estudiar estos fenómenos, con el fin de proponer algunas conclusiones y lineamientos para su desarrollo y regulación futura.

En esta dirección dividiré el documento en seis grandes capítulos, a saber: En primer lugar, lo que significó el título-valor bajo el Código de Comercio; en segundo, los alcances de la ley de comercio electrónico; en tercero, la regulación en torno a los llamados genéricamente como valores en el seno del mercado público; en cuarto, los alcances de los depósitos centralizados de valores; en quinto lugar, las facturas electrónicas y los nuevos productos ofrecidos en el mercado para la documentación segura de obligaciones, con énfasis en las de contenido crediticio y, finalmente, unas conclusiones y recomendaciones.

## 1. LOS TÍTULOS-VALORES EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

Todos nos hemos aproximado a esta institución a partir de la definición que propone el artículo 619 del Código de Comercio, que más que características y elementos que definan la figura se ocupa de los efectos que surgen del hecho de que un documento pueda ser calificado como un título-valor.

No obstante ello y para los fines de este cumpleaños del código, vale la pena traer a colación algunos de estos elementos y características, estructu-





rados en su momento bajo la concepción de un título físico, conformantes del llamado formalismo o rigorismo cambiario, que se apartó igualmente del principio general de la consensualidad, pilar de nuestro régimen comercial, con apoyo en el cual se dio libertad para que los comerciantes y los hombres de negocios pudieran expresar ampliamente su voluntad de contratar y de obligarse, incluso, a través de conductas y comportamientos de los cuales se derivare un consentimiento tácito, según lo indica el artículo 824, en concordancia con el artículo 854 del régimen mercantil.

En efecto, la seguridad jurídica y la confianza requerida para alcanzar el fin último de los títulos-valores, que no era otro que facilitar el tráfico de la riqueza representada en derechos, hasta ese momento encapsulada y atrapada en el modo clásico conocido como cesión de derechos, con todos sus problemas e incertidumbres, exigía que se cosificará el derecho, de suyo inmaterial, que tomara cuerpo en una realidad física perceptible por los sentidos.

En tal sentido, la documentación, unida a la manifestación del consentimiento de obligarse declarada a través de la firma, autógrafa en ese momento histórico y excepcionalmente colocada por un medio mecánico, y de la entrega mediada por la intención de que el documento circulara, son requisitos indispensables para el nacimiento del título-valor y su eficacia como tal.

Fue así como a partir de estos principios básicos surgieron varios efectos que resultan fundamentales para lo que más adelante se analizará en torno a las nuevas formas de documentar este tipo de riqueza apoyadas en medios tecnológicos. El de la incorporación, en virtud del cual el documento físico y el derecho forman un nuevo concepto inescindible que solo concibe la existencia de este último a partir del medio que lo contiene. También el de la necesidad, según el cual el ejercicio del derecho requiere la exhibición de ese documento y, cuando es pagado, de su entrega al que realiza el pago, para evitar así que siga circulando en el mercado y que genere para el deudor el riesgo de verse abocado a cancelarlo nuevamente.

A ello se suma otra consecuencia, la legitimación, es decir, la unción de aquella persona que reúne las calidades para exigir el derecho, también fincada en una circulación válida, según la ley que se le haya impuesto al documento dentro de las tres alternativas posibles.

En torno a estos principios consecuenciales gravita un presupuesto fundamental e inexcusable, precisamente ligado a esa seguridad y confianza requerida para alcanzar el propósito atrás mencionado, el de reservar el privilegio derivado de esta nueva forma de tradición al documento que



tenga la condición de original, es decir, aquel que siendo único, irrepetible y no susceptible de ser reproducido a través de cualquier procedimiento, le otorga al titular la calidad de tenedor legítimo.

Esta originalidad requerida, después de muchos debates al respecto, solo se puede predicar de aquel documento firmado de esta manera, es decir, autógrafamente por su autor, al margen de la forma en que se haya obtenido el texto, excepción hecha de la impuesta mecánicamente que es admitida tratándose de la firma del creador, como lo señala el artículo 621. Las referidas controversias se dieron a propósito de los problemas que se derivaron de la factura de compraventa o de transporte, ante las varias funciones que, además de la cambiaria, debía cumplir este documento en los ámbitos contable, contractual y fiscal, que precisamente exigieron una nueva reglamentación adoptada a través de la Ley 1321 de 2008.

No puedo dejar de mencionar en esta primera parte, lo que significó la regulación del Código de Comercio en torno a los títulos-valores frente a otros dos principios, tal vez los más disruptivos de cara a la regulación clásica derivada de la cesión de créditos, que pregona que no es posible transferir más ni mejor derecho del que ostente el cedente, y que admite una interpretación amplia de su fuente, ligada más a la voluntad real que a la declarada, a partir de lo dispuesto por el artículo 1618 del Código Civil.

Me refiero a la literalidad, por una parte, que cambia la hermenéutica sobre el alcance del título, para darle preponderancia a lo escrito, que no puede ser desvirtuado por voluntades ocultas, ni por circunstancias externas al documento. Por otra, a la autonomía, que protege al adquirente de buena fe brindándole una posición robustecida, que abandona los vicios o los problemas que hubieren podido afectar al enajenante y a aquellos que lo hayan antecedido, y que deja de lado excepciones o defensas derivadas de las causas que hubieren originado la creación o transferencia del título. Todo ello hasta el punto de que igualmente se superó aquel concepto inherente a la clásica postura según el cual no es posible que de hechos ilícitos o de conductas irregulares puedan derivarse derechos merecedores de protección.

En síntesis, durante los primeros años de vigencia del código y hasta la expedición de las normas y la adopción de los mecanismos de transferencia de riqueza que se analizarán más adelante, para que pudiera predicarse la existencia del título-valor debía tratarse de un documento único y original.

Esta unicidad y original le dieron al título-valor su carácter constitutivo y legitimador, es decir, que se bastará así mismo para la circulación y la realización del derecho, sin más, sin la intervención de una autoridad o



de un tercero, sin que tuviere que estar acompañado de certificaciones o de declaraciones distintas a su propia realidad física, perenne, segura y confiable, como un verdadero bien mueble corporal, tal y como lo ratifica la circunstancia de que su normativa hubiere sido ubicada en aquella parte del código que se ocupa de la hacienda mercantil, no en la que regula las obligaciones y los contratos.

Todo lo que se derivó de este presupuesto es el que, precisamente, como se podrá constatar en la medida en que desarrollemos este escrito, resulta más difícil de alcanzar en otros escenarios, como el virtual, que abandona la realidad física para trasladar todo al mundo de lo digital y electrónico, circunstancia esta última que exige alternativas diferentes dirigidas al mismo propósito: la tranquilidad y seguridad para quienes intervienen en la creación y circulación de los derechos, sobre su alcance, titularidad y realización.

Como lo revisaremos, tales alternativas giran en torno a la intervención de terceros de confianza delegados que puedan controlar la vida y las vicisitudes de tales derechos y, al final, como nuncios o fedatarios, dar cuenta de la identidad de aquel que tiene la legitimación para cobrar, así como de los deudores comprometidos a honrarlos y, últimamente, a la creación de redes encriptadas y seguras, construidas a partir de nodos interdependientes, que aseguran la trazabilidad sobre su origen y transferencia.

## **2. LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO**

Los avances de la tecnología exigieron que se adoptará en Colombia una ley que reconociera, regulara y diera plena eficacia probatoria y legal a los documentos electrónicos, hasta ese momento generadores de toda clase de incertidumbres e inquietudes por su novedad, en cuanto no contaban con una regulación robusta y sistemática, salvo algunas menciones en normas especiales y en el Código de Procedimiento Civil.

Es así como se promulgó la Ley 527 de 1999, que asimiló, por equivalencia funcional, los documentos físicos con los electrónicos, y que de la misma manera le dio toda la fuerza a la firma generada por los mismos medios, para determinar, sin lugar a dudas, que tendría idéntico alcance y valor de aquella colocada de manera manuscrita y autógrafa.

En efecto, en el artículo 6.º de la referida ley se precisó que cuando cualquier norma exija que la información conste por escrito, como sucede



evidentemente con los títulos-valores, este requisito se entenderá cumplido con un mensaje de datos.

Por su parte, en lo relativo a la firma, en el artículo 7.º se señaló que en relación con un mensaje de datos dicho requerimiento se cumpliría si se ha acudido a un método que permita identificar al originador de un mensaje de datos, del cual se derive su consentimiento frente al texto, y que dicho método sea confiable y apropiado.

Finalmente, la ley abordó en el artículo 8.º un asunto que, como se señaló atrás, en materia de títulos-valores es vital para asegurar que tanto deudor como acreedor puedan tener la confianza en su identidad y legitimación, apoyada en la exhibición del documento original. En efecto, en el referido artículo se señaló que cuando cualquier norma requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, siempre que exista una garantía confiable de la integridad y conservación de la información, desde su origen, y que dicha información puede ser mostrada en un lenguaje y forma inteligible a la persona ante la cual se deba exhibir.

Para todos esos fines y dada la circunstancia de que desde el punto de vista del continente de la información (máquinas, sistemas computacionales, nubes, nodos, etc.), como del lenguaje utilizado para almacenarla, que solo puede leerse e interpretarse a partir de la traducción de códigos y algoritmos, la ley se ocupó de regular a las llamadas entidades de certificación, tanto de la integridad de dicha información, como de la identidad de sus intervinientes y de su accesibilidad posterior, para precisamente asegurar la confiabilidad en la firmeza y certeza de los términos sobre los cuales se produjeron los actos jurídicos expresados de esta manera, circunstancia que veremos fue igualmente la solución adoptada frente a los depósitos centralizados de valores y a las nuevas formas de documentación de la riqueza.

En efecto, ley, reformada en lo pertinente por el Decreto 19 de 2012, artículos 160 y siguientes, define a estas entidades como aquellas autorizadas para emitir certificados en relación con las firmas digitales de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales.

Con base en estas disposiciones, que asimilaron los documentos electrónicos a los físicos, se oyeron las primeras voces que propusieron la posibilidad de que se crearan por esta vía títulos-valores, dando cuenta de toda una argumentación dirigida a fundamentar su teoría, que infortuna-



damente dejó de lado las limitaciones tecnológicas imperantes, que hasta ahora empiezan a ver alguna luz a partir de los avances derivados del llamado *blockchain*, y que han hecho imposible que hasta el momento efectivamente se pueda generar un documento único e irrepetible que, como el físico, cumpla una función constitutiva. Lo anterior, por cuanto, como se señaló, la confiabilidad y la accesibilidad en torno a la información originada a través de medios electrónicos hasta ahora han estado mediadas por terceros que con su gestión aseguran su trazabilidad e integridad, de tal manera que pueden certificar frente a los interesados y terceros el alcance de la prestación originada y transada de esta manera, así como la identidad de sus actores.

### 3. REGULACIÓN DE LOS VALORES EN EL MERCADO PÚBLICO

La confianza que generaron los títulos-valores en el mercado a partir de sus principios consecuenciales, particularmente los que involucraron a la prestación y la protegieron de los embates derivados de vicios o problemas en su nacimiento o en su circulación, por una parte, y la circunstancia de que en el mercado público confluyen variados documentos, algunos de ellos arropados por la ortodoxia cambiaria y otros, por el contrario, fuera de ella, exigieron que a partir de las décadas de los ochenta y los noventa se generara una tendencia dirigida a extender tales efectos y consecuencias propios del régimen cambiario a otras formas de documentar la riqueza.

Fue así como, el regulador primero, en ese momento en cabeza de la Comisión Nacional de Valores, luego de la Superintendencia de Valores y hoy en la Superintendencia Financiera, y posteriormente la ley, a partir de los requerimientos de dicho mercado público, entendido como aquel conformado por múltiples activos financieros dirigidos a captar recursos del público ahorrador, a través de fórmulas que evitan la intermediación y que generan ventajas evidentes en costos para quien recibe los recursos y en rendimientos para quien los suministra, vieron necesario asimilar los documentos conformantes de ese mercado a los títulos-valores, en sus efectos y características.

En tal dirección, a partir de previos actos administrativos generales, tales como la Resolución 400 de 1995, la Ley 964 de 2005 reguló en su momento el asunto, dando cuenta de que: “Los valores tendrán las características y prerrogativas de los títulos valores, excepto la acción cambiaria de regreso”.



Nótese, para los fines que se señalarán más adelante, que no es que tales normas hayan otorgado a los valores la condición de títulos-valores, pues es evidente que muchos de ellos se apartan sustancialmente de sus características básicas, incluso algunos están sujetos a hechos futuros e inciertos o están fincados en relaciones contractuales bilaterales, como ocurre con los derivados y los contratos de futuro, que expresamente se incluyen dentro de la referida categoría.

En otras palabras, con buen acierto la solución adoptada para brindarle confianza al mercado, mediante la aplicación de las características y de los efectos de los títulos-valores, tales como la literalidad y la abstracción de la prestación, que se repite, son los que logran esa objetivación del derecho, parte del supuesto de crear un género bajo el rótulo de valores o de activos financieros, dentro del cual caben, tanto los títulos-valores propiamente dichos, como otra clase de documentos que no reúnen las condiciones, pero que igualmente sirven para canalizar recursos en la economía de las unidades superavitarias a las deficitarias.

Importante señalar, como lo menciona la norma comentada, que a pesar de esta asimilación se elimina un aspecto importante de la autonomía inherente a los títulos-valores, el de la acción cambiaria de regreso, es decir, aquel que toca con la posibilidad de demandar o de requerir el pago del derecho a los enajenantes o endosantes.

Esta eliminación no fue deliberada, obedeció a la necesidad de incentivar el mercado de valores a partir de su negociación apoyada principalmente en la información del emisor del título y en la calificación de este último, no en la responsabilidad personal de los vendedores en el mercado secundario, que los coloque a salvo de la responsabilidad cambiaria derivada de su firma, prevista en el artículo 627 del Código de Comercio. Se trata de eliminar la función de garantía natural al endoso, como la que en su momento se permitió por el código por excepción, en el caso del endoso cualificado o sin responsabilidad previsto en el artículo 657, que frente al mercado de valores se hizo la regla general.

De alguna manera, lo que se hace frente a los documentos que conforman ese mercado es darle cabida a una aplicación extensiva del régimen cambiario, como incluso ya había sucedido desde la expedición del Código de Comercio, a partir del reconocimiento de las bondades que surgían del endoso como fórmula de transferencia de riqueza, que reguló la posibilidad de que contratos escritos puedan contener una cláusula de transferencia por endoso, según lo señala el artículo 888.



Desafortunadamente, en la medida en que esta alternativa de transferir una posición contractual por endoso y sin que sea preciso notificar al contratante cedido exige, en aras de asegurar un pago válido de las prestaciones correlativas, la aplicación de otros principios como el de la necesidad, fincado en la exhibición de un documento original, no ha sido de uso extendido en el comercio y se ha limitado a algunos procesos de titularización de contratos, como los de leasing.

Por el contrario, el éxito de la solución adoptada frente al mercado de valores consistió en que no encasilló a los valores dentro de la categoría estricta de los títulos-valores, sino que, reconociendo sus particulares y formas de transferencia, incluso algunas veces ligadas a formalidades como la notificación al deudor cedido, simplemente los abrigó con los efectos propios de los documentos de esa especie, para proteger a los inversionistas y generar la confianza necesaria en la realización de sus derechos al margen de discusiones sobre circunstancias que difícilmente se pueden conocer y controlar en un escenario de negociación rápida como la que ocurre en ese mercado.

#### **4. DESMATERIALIZACIÓN E INMATERIALIZACIÓN**

Los fenómenos de la desmaterialización y de la inmaterialización afectan de manera directa a los títulos-valores, pues fueron regulados, precisamente, para paralizar su circulación física, ante el hecho de que la facilidad inherente a la fórmula cambiaria se convirtió en un riesgo ante las nuevas modalidades de fraude y de usurpación de la propiedad que surgieron y que afectaron la seguridad y confianza en su tráfico. Ello, particularmente frente a los títulos al portador y a la orden, cuya tradición se finca en la entrega física del documento, como corresponde al modo de tradición propio de los bienes muebles corporales, que históricamente marcaron un hito en el desarrollo de las relaciones comerciales.

En efecto, en el país fueron famosos varios casos de robo, sustracción violenta y clonación de títulos físicos, que llevaron a la ruina a varios actores en el mercado, a partir incluso de decisiones adoptadas por jueces pertenecientes a la jurisdicción penal, quienes amparados en el principio clásico de que el delito no puede ser fuente de derecho alguno merecedor de protección, así como en la regla procesal del restablecimiento del derecho, para tratar de volver las cosas al estado anterior a la comisión del ilícito, favorecieron el interés de las víctimas de tales conductas y sacrificaron



el de los tenedores legítimos, al punto que fue preciso que se expidieran normas que reiteraran el principio de la autonomía.

En tal sentido, el artículo 71 de la Ley 510 de 1999, que reformó el artículo 8.º de la Ley 448 de 1998, enfatizó que frente a títulos inscritos en el registro nacional de valores e intermediarios, las medidas previstas en materia de restablecimiento del derecho a la víctima de conductas delictuales solo procederán contra los autores o copartícipes del hecho y contra cualquier tenedor que no sea de buena fe exenta de culpa.

Esta norma, como se evidenció al referirnos al mercado público, fue replicada en la Ley 964 de 2005, que igualmente enfatizó este principio en aras de lograr la protección efectiva de los derechos del tenedor de buena fe exenta de culpa.

Es así como se dio un paso firme en la dirección de crear una nueva modalidad de circulación de la riqueza, consistente en generar para los valores, incluidos lógicamente los títulos-valores, una fórmula de documentación y de transferencia que abandona lo físico y se ubica en lo virtual o electrónico, gracias a los avances de la tecnología y de la comunicación entre personas distantes en virtud de la masificación del internet, a partir de la regulación de los llamados depósitos centralizados de valores contenida en la Ley 27 de 1990 y sus decretos reglamentarios, hoy recogidos en el Decreto 2555 de 2010.

Para ese fin no se acudió a la fórmula de regular unos pretendidos títulos-valores electrónicos, sino de darle estructura a nuevo modo de transferencia de los derechos o créditos, que se suma a la tradicional cesión de derechos y a la transferencia cambiaria regulada por nuestro Código de Comercio, denominada “anotación en cuenta”, que es concebida a partir de la delegación que se hace en unas sociedades profesionales que se constituyen por autorización de la ley con un objeto social exclusivo, para la administración de un depósito centralizado de valores.

Estas sociedades se encargan entonces de recibir los documentos físicos a título de depósito para desmaterializarlos y generar con apoyo en la tecnología un sistema de registro, control y trazabilidad de los derechos, a partir de un proceso de desmaterialización que desincorpora el derecho y lo lleva a ese escenario virtual. Ello a partir de considerar que el depósito es irregular, es decir, que la sociedad puede pagar, cuando aún era posible solicitar por parte del depositante la restitución, con la entrega de un título equivalente bajo el alcance de las prestaciones de género.





La indicada fórmula fue tan exitosa y ha ganado tanto reconocimiento en el mercado, que hoy ya ni siquiera se acude a este proceso inverso, sino que desde su origen el derecho nace, se reconoce y se extingue por medios electrónicos, en lo que se conoce como inmaterialización, apoyada en contratos celebrados entre la sociedad administradora del depósito y los emisores e intermediarios.

De todas maneras, al margen de la estructura operativa, que exige asegurar la identidad de los actores a partir de firmas de respaldo generadas con claves encriptadas y mecanismos de protección que buscan impedir el hackeo del sistema, lo importante de esta regulación es reconocer que hay una nueva forma de transferir los derechos, apoyada en ese registro en cuenta, regulada por el artículo 12 de la Ley 964, tantas veces citada. Esta alternativa no es otra cosa que la inscripción de las órdenes de transferencia, de disposición o de gravamen que hace la sociedad administradora del depósito en el libro destinado para ello, cuando las reciba a través de los canales autorizados. Ese registro tiene carácter constitutivo, pues a partir de su realización el derecho queda en cabeza del adquirente o se formaliza cualquier otro tipo de medida que pueda afectar al derecho.

Este nuevo modo de tradición se complementa con una legitimación que ya no va a estar atada a la exhibición de un documento original que contenga el derecho, pues, se repite vuelve a su estado natural de bien incorporal, controlado en su origen y tradición por un tercero profesional y delegatario de funciones registrales en interés de todas las partes interesadas, que está facultado para certificar el alcance del derecho, los hechos que lo afectan y la identidad de quienes están llamados a pagarlo. En suma, la legitimación entonces se dará mediante el certificado emitido, que no será negociable y que solamente permitirá al titular del derecho ejercer sus prerrogativas ante el emisor y ante terceros.

## **5. LAS FACTURAS ELECTRÓNICAS Y OTROS PRODUCTOS OFRECIDOS EN EL MERCADO**

A partir de los desarrollos derivados de las normas antes reseñadas, en los últimos tiempos han emergido una cantidad importante de alternativas de algunos documentos que se les ha dado el mote de títulos-valores electrónicos, a partir de regulaciones que los acogen o de iniciativas privadas que han experimentado en este campo. Me refiero a las facturas electrónicas, los pagarés electrónicos, así como a los documentos de transporte (conocimientos de embarque y cartas de porte) creados de la misma manera.



Las primeras surgieron en el escenario tributario y tuvieron su reflejo en el seno de lo comercial, para facilitar el control sobre el impuesto denominado IVA, a partir de fórmulas que permiten llevar a cabo un mejor seguimiento de los hechos que lo causan, apoyadas precisamente en la tecnología, hoy de obligatoria observancia en todos los ámbitos. Su regulación aparece en disposiciones tales como la Ley 962 de 2005, el Decreto Reglamentario 1929 de 2007, la Ley 1231 de 2008, hasta los decretos reglamentarios 2242 de 2015, 1625 y 1394 de 2016, así como la Resolución 294 del 13 de febrero de 2018 de la DIAN, y finalmente el Decreto 115 de 2020.

Estas facturas electrónicas, a las cuales se les han generado reglas de juego similares a las de los títulos-valores tradicionales, en materia de creación y de circulación, parodiando incluso los efectos del endoso, no solo en materia de transferencia, sino también de responsabilidad de los sucesivos enajenantes, al igual que lo analizado en materia de los derechos que se documentan a través de los registros en las sociedades administradoras de los depósitos centralizados de valores, no son autosuficientes para generar los efectos de confiabilidad en cuanto a su integridad y autoría, sino que, al igual que en tales escenarios, exigen la intervención de un tercero, una sociedad administradora, que pueda certificar todos los actos que atañen al derecho, a partir de la información que se almacena de manera centralizada.

En efecto, basta con remitirnos a lo que al respecto señaló el artículo 10 del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, “Todos por un Nuevo País”, que reguló el registro único de facturas electrónicas (Radian), con el objeto de permitir la trazabilidad de aquellas que sean negociadas como títulos-valores y supuestamente para garantizar su unicidad, con un sistema similar a aquel regulado para asegurar dicho propósito frente a los títulos pertenecientes al mercado público de valores.

Por su parte, los llamados pagarés electrónicos resultan de iniciativas y emprendimientos privados que se dieron con base en lo previsto en el Decreto 3960 de 2010, que habilitó a los depósitos centralizados de valores para custodiar y administrar valores de contenido crediticio, de participación, representativos de mercancías e instrumentos financieros, aunque no se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores, y gracias a una interpretación amplia y extensiva que hizo la Superintendencia Financiera en varios conceptos y con apoyo en lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, antes referida, en el Decreto 19 de 2012 y en el Decreto Reglamentario 333 de 2014, que extendió la opción de que se generen



registros y certificaciones de manera amplia por entidades distintas, particularmente por las entidades de certificación digital.

Es en este escenario que se han construido por otros actores distintos del Deceval, como las cámaras de comercio, plataformas y sistemas robustos que les permiten a los comerciantes, financiadores y hombres de negocios acceder a fórmulas de documentación, antes reservadas al mercado público, para la creación y circulación de valores singulares originados en operaciones de venta o de financiación puntuales, así como para su liquidación secundaria a partir de operaciones como el *factoring*.

En cuanto a tales documentos y aquellos ligados a las actividades de transporte, gracias a los aportes de los organismos internacionales, como la CNUDMI, con su ley modelo en materia de documentos electrónicos transferibles (DET), se obtienen beneficios por la posibilidad de bajar costos en las operaciones, de obtener excelentes resultados en materia de seguridad y de eficiencia en el comercio internacional, que exigen evidentemente la armonización de sus reglas de juego.

## 6. CONCLUSIONES

Como conclusión de este recorrido en torno a esta importante institución podemos decir que aunque aún se utilizan los títulos-valores regulados por nuestro código de comercio, entendiéndose por tales aquellos documentos que cumplen estrictamente con los requisitos previstos en esa codificación, que parten de la base de su existencia física y de su originalidad, como documentos únicos y necesarios para la existencia y ejercicio del derecho, cada vez es más pronunciada la tendencia a su reemplazo o sustitución por otro tipo de documentos que, gracias a la tecnología, generan las condiciones propicias para una circulación ágil de los derechos, en materia de seguridad y de confianza de quienes se relacionan a través de ellos.

Lo que arroja el avance de dicha tecnología y de la regulación que la sigue es que tales documentos, bien emitidos serial y masivamente o bien de manera singular, requieren, para efectos de asegurar la identidad de los que intervienen en su origen o en su tradición, así como en el alcance de los derechos, la participación de un tercero mediador, que en interés de todos pueda controlar tales aspectos y generar un certificado físico que permita su accesibilidad. Lo anterior, pues su traducción en lenguaje legible que permite su multiplicidad a través de su reproducción infinita,



imposibilita su necesaria unicidad y la trazabilidad de los endosos o transferencias.

Lógicamente, por los efectos que la ley ha previsto frente a los documentos seriales y masivos, que carecen de acción de regreso, en los singulares, tales como las facturas de venta o los pagarés electrónicos, habrá que extender tales certificaciones a la identidad de las personas que han intervenido en su negociación para permitir el ejercicio de estas acciones de cobro.

De todas maneras, me atrevo a proponer que ante el hecho de que su creación y transferencia están mediadas por la robustez y seguridad que ofrece la tecnología, y por la gestión profesional de entidades de certificación, la posición del titular del derecho y su autonomía frente a circunstancias inherentes a la causa originaria o fundamental es prácticamente absoluta. Se puede partir incluso de una presunción de derecho, difícilmente atacable, respecto de la buena fe exenta de culpa propia de este principio, como una variable dada, ante el escaso y casi nulo margen de maniobra que tienen los actores que participan en el mercado de estos documentos, quienes delegan en el sistema todas las gestiones inherentes a la validez de los actos de transferencia y a la bondad de los derechos, bajo un criterio de confianza y de fe en quienes lo administran.

Frente a esta realidad y al punto en que se encuentra la documentación de la riqueza representada en derechos, considero también que hacia el futuro y para no caer en el error de tratar de explicar nuevos fenómenos con las reglas de juego de instituciones decantadas, como sucede con los títulos-valores, lo ideal es abandonar esos esfuerzos vanos de ajustar las características de aquellos a esos documentos nuevos y mejor optar, como lo hizo el legislador al regular a los valores, por extenderles los efectos que le son propios, particularmente con los que permiten la abstracción y objetivación de los derechos, tales como los de la literalidad y la autonomía, en lo que corresponda.

Igualmente, valdría la pena que en Colombia se estudiara la posibilidad de adoptar como legislación interna la ley modelo uniforme de la Comisión de la Nación Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre documentos transmisibles electrónicos (DTE), que propone una solución neutral desde el punto de vista de la tecnología, apelando al enfoque de la equivalencia funcional. Esto bajo la fórmula de control exclusivo de una persona de la integridad y disponibilidad del documento, el tercero de confianza, o bien a partir de la organización del sistema apoyado en avances tales como los del llamado *blockchain*, que a través de un sistema de nodos



permita que las operaciones sean seguras al tener un registro al alcance de todos los interesados, que no pueda alterarse y que asegure su integridad.

Retornando a lo primeramente expresado, anticipo que los títulos-valores estrictos quedarán destinados a servir a los establecimientos de crédito y otros financiadores como opción rápida y segura que los habilite en el cobro coercitivo de obligaciones incumplidas, gracias a su carácter ejecutivo, a través del conocido título con espacios en blanco. Lo anterior, en cuanto la vocación circulatoria que en su momento fue la causa que los justificó y que le mereció un sitio de honor entre las instituciones mercantiles que contribuyeron al desarrollo del comercio y de las economías, definitivamente ha sido superada por las ventajas que ofrece la tecnología, que permite transacciones seguras y eficientes, con mecanismos de negociación y de pago más rápidos, a los cuales se suman las tarjetas débito y crédito, las pasarelas de pago, los portales digitales, las *apps* y todos aquellos otros que surjan en el futuro.





# **LAS ACTUALES CONCEPCIONES DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO Y SU VISIÓN EN LA LEGISLACIÓN Y REGULACIÓN COMERCIAL: ASIMETRÍAS REGULATORIAS Y NORMATIVAS**

MARIO FERNANDO ÁVILA CRISTANCHO\*

## **INTRODUCCIÓN**

Celebramos 50 años de la promulgación del tercer código de comercio que —como nación centralizada— ha tenido nuestro país en sus doscientos once (211) años de existencia como república independiente.

Tres (3) códigos de comercio en doscientos once años, puede llegar a generar una rápida obsolescencia normativa, más aún, si se tiene en cuenta que ello representa un promedio de actualización de la norma cada setenta (70) años, es decir, un código de comercio por cada dos (2) generaciones, un comportamiento que no es acorde para una norma que es impulsada y definida por las condiciones sociales, económicas, políticas e históricas en la que se desenvuelven los comerciantes (la costumbre y el comportamiento mercantil como fuente que define el derecho) y no como como sucede en cualquier otro escenario, en donde es la norma la que impulsa y marca

---

\* Abogado de la Universidad del Rosario, MBA de la Universidad Francisco Vitoria (Madrid), Magíster en Derecho Privado y Especialista en Derecho de los negocios internacionales de la Universidad de los Andes, es catedrático en materias del Derecho comercial, Legaltech y comercio electrónico en pregrado y posgrado de la Universidad del Rosario, así como asesor de la vicepresidencia de servicios registrales de la Cámara de Comercio de Bogotá, lugar donde se ha desempeñado como coordinador del registro mercantil y director encargado de los registros mercantil y de las entidades sin ánimo de lucro, siendo en la actualidad el líder de varios proyectos relacionados con la evolución y desarrollo digital de los servicios de registro de la citada vicepresidencia (legaltech-govtech).

Las opiniones que manifiesta el autor en el presente artículo representan su posición personal académica y no hablan en nombre de los editores de la presente obra.



la pauta para el comportamiento social, administrativo, político u otro de similar naturaleza.

La anterior situación cobra gran relevancia, si tenemos en cuenta el salto cualitativo que ha tenido la última generación en materia social y económica, gestado en gran medida por la evolución tecnológica, la apertura de fronteras, la globalización, digitalización y la contundente participación en la fuerza laboral y económica de los *millennials* (nacidos entre 1982-1995 aprox.) y *centennials* (nacidos entre 1996-2012 aprox.), hechos que impactan enormemente el comportamiento de las empresas y en general del contexto comercial.

Ahora bien, lo anterior no significa que la legislación comercial se mantuvo estática y sin evolución alguna (nada más alejado de la realidad exponer una afirmación de dicha naturaleza) en algunos aspectos hemos avanzado y actualizado la norma de conformidad como lo ha demandado el mercado y los negocios, como ha sucedido —por ejemplo— con el libro II (del contrato de sociedad) que tuvo un importante aporte a través de la Ley 222 de 1995 y que a su vez fue complementado con una herramienta flexible, moderna y de alto beneficio para los empresarios, cuando se incorporó a nuestra normativa a las sociedades por acciones simplificadas (L. 1258/2008).

Pero por otro lado, aun estamos en mora de algunas adaptaciones normativas a la realidad económica y social de nuestro entorno, aspectos como (i) los actos de comercio que siguen excluyendo algunas actuaciones que en la realidad tienen un alto componente mercantilista, como lo puede ser las actividades relacionadas con el agro descritas en el artículo 25 del Código de Comercio; (ii) la participación en el mercado de particulares (no comerciantes) realizando actividades comerciales —como sucede con las economías colaborativas— que distorsiona el equilibrio competitivo y genera asimetrías regulatorias; hasta (iii) la presencia de más, diversos, nacionales o internacionales intervinientes, participantes, beneficiarios y controlantes de las modernas estructuras empresariales que demandan algo más que un reporte de una situación de control o grupo empresarial, pueden ser algunos ejemplos de lo que esperamos de nuestra norma.

Recordemos que tres (3) años antes de la promulgación de nuestra norma comercial se había logrado la primera manifestación (y conexión) de lo que conocemos hoy como el internet, y mientras nuestro código no ha tenido mayores adecuaciones o actualizaciones, el mundo continuó con su acelerada transformación y evolución, y en la cual ese internet se convirtió en la herramienta fundamental, facilitadora y potencializadora de los





negocios y el crecimiento de la economía, y con la cual nuestra normativa comercial tuvo que empezar a enfrentarse y atender diversas situaciones suscitadas en un mundo hiperconectado, en el cual los comerciantes realizan negocios por intermedio de un clic (sin tintas, papeles y ni siquiera presencialidad) o donde inclusive son las cosas las que entre ellas (sin humanos intervinientes o decididores) en un claro uso de su inteligencia (artificial) generan ofertas, aceptaciones y con ello contratos comerciales para la compra y venta de cosas.

Es importante señalar que al hablar de la normativa comercial no solo debemos concentrarnos en el Código de Comercio como tal —Decreto 410 de 1971— siendo clave entenderlo como todo el sistema jurídico que afecta las relaciones de los comerciantes y de los actos de comercio, contando entre ellos a las leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos, circulares o directrices de las autoridades competentes del Estado, que desarrollan, actualizan, modifican o complementan el Código de Comercio sobre el cual hoy celebramos.

En este escenario social, tecnológico y económico, en el que este artículo se pregunta si con respecto a los nuevos modelos de relacionamiento comercial que utilizan como vehículo a los establecimientos de comercio, siendo estos los bienes del comerciante a través del cual desarrollan sus actividades empresariales, ¿aquella norma de hace 50 años se mantiene aún vigente?, ¿puede mantenerse por 20, 30 o 50 años más? o si teniendo en cuenta la realidad social, económica, tecnológica y comercial de nuestro entorno, ¿dicha norma debe actualizarse? o, —inclusive— ¿está en mora de ser ajustada?

## 1. CONTEXTUALIZACIÓN INICIAL: ENTENDIMIENTO DE LO QUE ES LA EMPRESA Y EL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO DESDE LA ÓPTICA TRADICIONAL

De conformidad con la normativa comercial, empresa es toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios<sup>1</sup>, es decir, para la legislación comercial la empresa se refiere a la actividad *per se*, la cual es desarrollada por sujetos calificados y profesionales en la materia que denominamos empresarios:

---

<sup>1</sup> Artículo 25 del Código de Comercio.



“El empresario puede entenderse como aquella persona natural o jurídica que en nombre propio ejercita una actividad de intermediación en el mercado, con fines de lucro. En tal sentido, puede ser individual (persona natural) o social, mediante la creación de sociedades mercantiles constituidas de acuerdo con la ley.” (Subrayado fuera de texto) – Corte Constitucional. Sentencia C-265-2019.

Siendo como lo expone la Corte Constitucional, el empresario con su actuación organizada participa en la economía y el mercado, en un ambiente de libre competencia que se autorregula de conformidad con las fuerzas económicas que allí se desenvuelven.

Complementa la normativa esta definición, estableciendo que para efectuar dicha actividad la empresa podrá desarrollarla a través de uno o más vehículos, que se convertirán en un bien —material o inmaterial— de su propiedad, denominado establecimientos de comercio.

Me gusta complementar este concepto comercial con el definido por el Código Sustantivo del Trabajo, quien ya no habla de una actividad como tal (una acción), sino como un bien (material o inmaterial) convirtiendo a la empresa de un verbo como lo desarrolla lo comercial a un sustantivo, es decir, la empresa como activo del empresario:

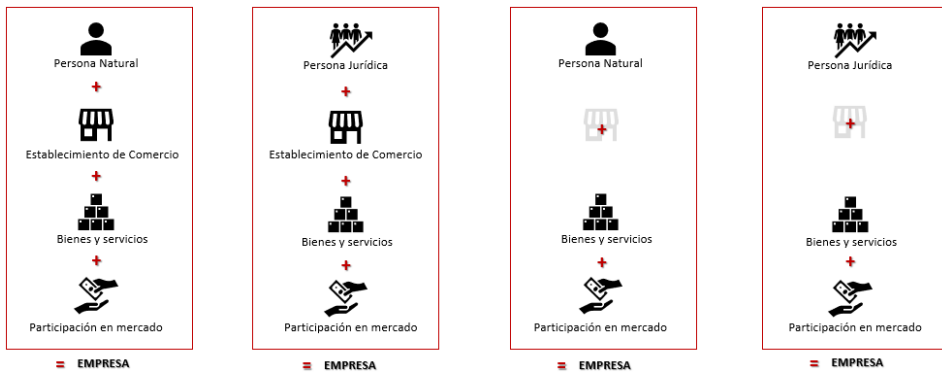
Código Sustantivo del Trabajo. ART. 194.—“1. *Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio. (...)*” (Subrayado fuera de texto).

Fusionando estas dos concepciones —que no son contradictorias sino complementarias— la empresa debe entenderse como un activo del empresario, un bien de su propiedad destinado para desarrollar la actividad comercial, que comprende tanto los bienes (materiales e inmateriales) que la conforman, como los canales de interacción con clientes, medios de producción, actividades organizadas, hasta su método de administración y dirección (a través de un modelo colectivo (contrato de sociedad o sociedad de hecho) o uno individual (ejecución de las actividades por una única persona natural, el comerciante)).

Es decir, todo establecimiento de comercio está vinculado y hace parte integral de la empresa, pero no toda empresa cuenta dentro de sus bienes y haberes con establecimientos de comercio, así mismo, el establecimiento de comercio *per se* o individualmente identificado no es por sí mismo una empresa.



**Gráfico 1. Empresa (concepto tradicional)**



Fuente: Elaboración propia.

Ahora bien, respecto al establecimiento de comercio, entendemos que aquel es un vehículo que permite al empresario cumplir con los fines de la empresa y en ese entendido, dicho establecimiento estará enfocado a cumplir con las labores de producción, comercialización y/o el relacionamiento con los clientes (canal).

**Gráfico 2. Estructura de operación de la empresa (establecimiento de comercio-concepto tradicional)**



Fuente: Elaboración propia.

En el gráfico 2, se exponen los dos extremos de la estructura de gestión que maneja el empresario, en los cuales la mayoría de las ocasiones se utiliza una combinación de las dos en la cual algunos establecimientos se enfocan en una sola actividad de la empresa y en otros se asumen varias tareas que se requieren para cumplir con los fines de la empresa.

Vale la pena aclarar en este punto, algunos conceptos que se han generado en estos 50 años sobre el establecimiento de comercio y en especial la concepción de lo que significa o comprende, pues tradicionalmente se ha entendido que únicamente se refiere a aquel lugar donde se realiza la



gestión o interacción con los clientes, mientras que donde se producen los bienes se tratan de “establecimientos industriales” y si se trata de servicios se desarrollaría bajo la figura de los “establecimientos de servicios”:

Estatuto Tributario (2021). ART. 779.—“*La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá ordenar mediante resolución motivada, el registro de oficinas, establecimientos comerciales, industriales o de servicios y demás locales del contribuyente o responsable, o de terceros depositarios de sus documentos contables o sus archivos, siempre que no coincida con su casa de habitación, en el caso de personas naturales (...)*” (Subrayado fuera de texto).

Es importante aclarar que para la normativa mercantil aquellas menciones que se refieren a establecimientos industriales o de servicios, se tratan de establecimientos de comercio y en cuanto a la referencia que realiza la norma tributaria sobre oficinas o locales, debe recordarse que estos se tratan de componentes que hacen parte y conforman el establecimiento de comercio y la empresa *per se* y no como elementos independientes a este.

El anterior entendimiento, tanto de la estructura tradicional, como de la necesidad de aclarar si es industrial, de servicios o de relacionamiento con el cliente, así como la selección que realice el comerciante sobre el tipo de arquitectura empresarial que se va a desarrollar en su actividad mercantil, se genera en gran medida el concepto que brinda el código de comercio sobre lo que es establecimiento de comercio (art. 515)<sup>2</sup> y, en especial, cuando se aborda lo correspondiente a sus elementos (art. 516), la protección de ellos (como lo pueden ser los derechos sobre los contratos de arrendamiento del local comercial, art. 517 y ss.) y las operaciones que se pueden realizar con el bien (art. 525 y ss.).

Código de Comercio. ART. 516.—“*Salvo estipulación en contrario, se entiende que forman parte de un establecimiento de comercio:*

(...).

4) *El mobiliario y las instalaciones;*

5) *Los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario;*

6) *El derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial, y (...)*”.

<sup>2</sup> Código de Comercio. ART. 515.—“*Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales.*”



En este sentido, la concepción tradicional del establecimiento de comercio lo ha vinculado fuertemente a la existencia de un local comercial, generalmente abierto al público, y mediante el cual se visualice e identifique la actividad mercantil del empresario:

Código de Comercio. ART. 13.—“Para todos los efectos legales se presume que una persona ejerce el comercio en los siguientes casos:

(...)

2) Cuando tenga establecimiento de comercio abierto, y

(...)” (Subrayado fuera de texto).

Concordante con lo anterior y para efectos de cumplir con lo establecido en el artículo 26 del Código de Comercio (matrícula en el registro mercantil de los establecimientos de comercio que tiene el empresario), la Superintendencia de Industria y Comercio como entidad que ha regulado y desarrollado la normativa comercial<sup>3</sup> definió que en el proceso de matrícula de dicho bien se tenía que informar entre varios elementos, el lugar físico donde se desarrollaría o ubicaría el establecimiento de comercio a registrar.

Es así como en el trasegar de estos 50 años de normativa comercial, el empresario ha concluido que su deber radica en informar a la sociedad, el Estado y a los demás comerciantes sobre los establecimientos de comercio que tiene abiertos al público, los cuales serán dados a conocer en la medida que ellos se ubiquen geográficamente en lugares diferentes (cuando se vaya dando apertura a nuevos establecimientos de comercio) y en cuanto a los bienes que son organizados para la producción de los bienes o la prestación de servicios, aun cuando estos se tratan de establecimientos de comercio, lo cierto es que en la práctica no son debidamente matriculados ni estructurados en la arquitectura de la empresa como tal.

Colegimos de lo anterior, que este entendimiento tradicional de la empresa y los establecimientos de comercio a ella vinculados pudo ser muy apropiada para el arquetipo de los negocios de 1971, donde existía una incipiente herramienta tecnológica denominada Arpanet (que posteriormente se convertiría en la actual Internet), y en la cual la seguridad del mercado radicaba en la gestión presencial de los negocios (poder saber

---

<sup>3</sup> Código de Comercio. ART. 27.—“El registro mercantil se llevará por las cámaras de comercio, pero la Superintendencia de Industria y Comercio\* determinará los libros necesarios para cumplir esa finalidad, la forma de hacer las inscripciones y dará las instrucciones que tiendan al perfeccionamiento de la institución.”

\*A partir del 1.º de enero de 2022 dicha función la ejercerá la Superintendencia de Sociedades, Ley 2069 de 2020, artículo 70.



dónde se *ubicaba* el comerciante) y que en la medida que la operación se concentrara en un solo lugar no había necesidad de estructurar una arquitectura más *compleja* para el desarrollo de la empresa.

En este orden de ideas, la pregunta que intuitivamente nos hacemos es si esta concepción es adecuada para la realidad social, económica y tecnológica de la actualidad, donde no solo la inmaterialidad de los negocios sino el dinamismo de los mismos, las nuevas formas de intervenir en el mercado (contratos de franquicia e inclusive el arrendamiento de establecimientos de comercio) o la dinámica flexible que requieren las empresas para poder ser más competitivas a menores costos (separando, tercerizando e inclusive arrendando —como fuente adicional de ingresos— las diferentes etapas de la cadena de producción, distribución y/o venta) pueden llegar a exigir una actualización, adaptación o precisión de la norma comercial, tanto la que abarca al código de comercio como la que se refiere a los demás actores que lo desarrollan como lo son los reguladores.

## 2. LOS NUEVOS MODELOS DE NEGOCIO Y LA APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA

Es importante mencionar preliminarmente que al hablar de nuevos modelos de negocio no debemos enfocarnos únicamente a aquellos en los cuales la virtualización o inmaterialización ha jugado un rol fundamental, no obstante, el avance de las telecomunicaciones nos haría pensar que es allí donde se desarticula la concepción de la norma comercial con las nuevas tendencias.

Tradicionalmente, los modelos de negocio se diseñaban en torno a las necesidades de la empresa a la cual se tenían que adaptar los consumidores o clientes, es decir, se exigía al cliente a buscar al empresario y aceptar (y usar) el modelo de servicio por él dispuesto, sin embargo, la apertura económica, de fronteras y la irrupción en el mercado de una nueva generación de clientes más demandante, difícilmente satisfecha, y quienes no generan con facilidad vínculos o relaciones comerciales en gran medida dada la oportunidad que tienen para levantar vuelo en búsqueda de nuevas oportunidades, ha permitido que incursionen en el mercado más, diversos y frescos competidores, quienes pueden llegar a prestar exactamente los mismos bienes y servicios, pero con miles de factores adicionales que los hacen diferenciarse y generar valores especiales y únicos por los cuales está dispuesto el cliente a pagar lo mismo o inclusive más; esto sin contar la implementación en los procesos de producción, distribución y relaciona-



miento de nuevas tecnologías que no solo facilitan dichas labores sino que alivianan los costos, todo ello sobre lo cual el beneficiario será el cliente final.

Este nuevo escenario exigió la transformación y adopción de nuevos modelos de negocio que les permitieran a las empresas seguir subsistiendo, cambiando la concepción de su origen para pasar a estructurarse en torno a satisfacer las necesidades de los clientes, mitigar sus esfuerzos y eliminar aquellos ítems que le generan insatisfacción, inconformidad e inclusive rechazo, para lo cual pueden apoyarse en las tecnologías tradicionales o emergentes, la rapidez en las telecomunicaciones o simplemente cambiar su arquitectura y estructura empresarial, para ser dinámica y flexible para poder cumplir con las necesidades del cliente.

Por lo expuesto, y dado que podemos hacer un compendio bastante robusto sobre este tema, para efectos prácticos al exponer la problemática (o no) de la normativa, vamos a concentrarnos en dos modelos de negocios, los que se basan en la *movilidad* y los que se basan en el *relacionamiento digital* con los usuarios.

Si el cliente no va a Mahoma...Mahoma va hacia el cliente: El primer modelo (movilidad) por su propia naturaleza rompe el esquema tradicional de lo que se entiende por establecimiento de comercio, los costos de la propiedad raíz, la dificultad para encontrar un lugar fijo en la ciudad donde el usuario esté dispuesto a llegar y en sí, la competencia que cada día toca las puertas del cliente para poner a su disposición productos y servicios, han confluído en la entrada de nuevos actores quienes manejan una estructura de costos, servicios e infraestructura más económica, sencilla y flexible que les permita competir con nuevas propuesta de servicio.

Este concepto va más allá del servicio a domicilio, con el cual se entrega puerta a puerta el bien o servicio del empresario, pues en este la estructura sigue manejando la tradicionalidad de contar con un punto fijo para la producción y/o relacionamiento con clientes, utilizando como canal alternativo (y en algunos casos único canal) para la venta o distribución los domicilios, siendo este último una parte integral que conforma el bloque o unidad denominada como establecimiento de comercio.

De igual forma no estamos hablando de los modelos de negocio donde se expande la presencia de la marca a través de muchos establecimientos de comercio físicos, cuya estructura sencilla y ventas masivas a bajos precios, les permite manejar un margen de ganancia mínimo, pero en masa, pues aquí seguimos con la estructura tradicional del empresario que tiene presencia a través de varios locales abiertos al público.



En este caso, la movilidad se predica inclusive del componente industrial encargado de la producción del bien o servicio y en donde la mayoría (o inclusive todos) los componentes de la cadena encargada de la producción, proveeduría, ventas y/o distribución pueden ser fácilmente transportados y ubicados en cualquier lugar de la ciudad.

**Gráfico 3. Food Truck / Fashion Truck / Coffee Bike / Beauty Truck – Barber Truck**



4



5



6



7

Fuente: Ver pie de página.

En nuestro entorno los conceptos de movilidad y comercio están íntimamente asociados a la informalidad, en especial por el despectivo concepto que hemos dado a la figura de los denominados *vendedores ambulantes*, no obstante, la realidad económica y social ha fortalecido la figura de los negocios móviles, como modelo de relación cercana y al alcance de los clientes.

4 Fuente: [www.unplash.com](http://www.unplash.com) – Ph. Colin Watts

5 Fuente: [www.lefashiontruck.com](http://www.lefashiontruck.com)

6 Fuente: [www.unplash.com](http://www.unplash.com) – Ph. EQTBike <http://www.eqtbike.com/>

7 Fuente: <https://www.beautyonwheels.org.uk/>





En los ejemplos previstos en el gráfico 3 vemos modelos de negocio que a partir de los famosos *Food Trucks* (comida sobre ruedas) han ido migrando otro tipo de negocios, desde la moda (tiendas móviles de venta de ropa), la belleza (peluquerías móviles) hasta la prestación de servicios profesionales de consultoría o asesoría, el límite y el *cómo* se hace reside en la imaginación de los empresarios.

En nuestro país esta es una figura que desde hace años ha entrado a participar en el mercado y cada vez con mayor presencia, más aún si tenemos en cuenta que el cambio del estilo de vida de las personas producto del covid-19 (año 2020) demandó de los nuevos negocios llegar a donde están los clientes, quienes no solo estuvieron confinados en sus hogares, sino que cambiaron su estilo de vida a uno más pasivo con restricción de movimiento tanto obligado como voluntario.

Y aquí empezamos a vislumbrar las primeras asimetrías regulatorias y jurídicas que trae el entendimiento del concepto de establecimiento de comercio para la normativa comercial, desde el registro que le exige estar en un (1) solo lugar (de acuerdo con las instrucciones regulatorias que establece indicar una dirección de ubicación física no móvil) pasando por las obligaciones que tiene el empresario para cumplir algunas normas adicionales complementarias como lo puede ser las del Código de Policía que le exigen al empresario cumplir entre otros con “...las normas referentes al uso del suelo, destinación o finalidad para la que fue construida la edificación y su ubicación...”<sup>8</sup> (Subrayado fuera de texto), hasta la misma tributación distrital o municipal (dependiendo de donde se desarrolle la actividad comercial), ponen en clara desigualdad a los comerciantes que desarrollan su actividad mercantil en puntos fijos, frente a aquellos que han encontrado en la movilidad un modelo exitoso de negocio y generación de riqueza.

Estas asimetrías no pueden configurarse en una suerte de informalidad de los nuevos empresarios móviles, quienes por tecnicismos propios de varias normas que tienden a catalogar a los establecimientos de comercio en una clase de bien *inmueble* y, por ende, no informar a la comunidad

---

<sup>8</sup> Ley 1801 de 2016. ART. 87.—“Es obligatorio, para el ejercicio de cualquier actividad: comercial, industrial, de servicios, social, cultural, de recreación, de entretenimiento, de diversión; con o sin ánimo de lucro, o que siendo privadas, trasciendan a lo público; que se desarrolle o no a través de establecimientos abiertos o cerrados al público, además de los requisitos previstos en normas especiales, cumplir previamente a la iniciación de la actividad económica los siguientes requisitos: 1. Las normas referentes al uso del suelo, destinación o finalidad para la que fue construida la edificación y su ubicación. (...)”.



empresarial sobre todos los establecimientos independientes en los cuales se desarrolla la actividad empresarial, pues como lo estamos viendo no estamos hablando de aquellos profesionales del comercio que por la estructura propia de su negocio tienen ingresos que les alcanza únicamente para su subsistencia (que llamamos vendedores ambulantes), sino de fuertes competidores del mercado, con robustez y una infraestructura empresarial que puede competir en las mismas (e inclusive mejores) condiciones a un empresario tradicional con establecimiento de comercio fijado en un local comercial.

Los clientes al alcance de un clic, de la *web* a la *tienda-app*: La movilidad que vimos previamente fue un rápido ejemplo que nos muestra que la evolución en las dinámicas del mercado no se encuentra estrechamente ligado al auge y crecimiento de las tecnologías y telecomunicaciones, sino al desarrollo propio de los negocios según el contexto histórico y social en que se desenvuelvan, es decir, las prácticas o costumbres como generadoras del derecho.

Sin embargo, debemos ser conscientes que la tecnología es una herramienta facilitadora que conlleva a cambios en el comportamiento humano, desde lo político y social, hasta lo económico, y por ello, los negocios y el rol del empresario no es ajeno a esta evolución y adaptación para atraer más clientes y con ello, seguir capturando la riqueza que ofrece el mercado.

La primera manifestación de un relacionamiento no físico con los clientes se evidencia con la irrupción de la televisión y la telefonía, cuando al unir estas dos tecnologías del momento crearon la famosa figura de las *televentas*, lo cual era el desarrollo de una actividad mercantil de forma remota (oferta, aceptación y contrato comercial remoto para proveer un bien o servicio), sobre el particular la figura del establecimiento de comercio estaba íntimamente ligada a la ubicación física del empresario, quien utilizaba el televisor y teléfono como mecanismos organizados en dicho bien (establecimiento) y que, por ende, hacía parte de sus elementos, dentro de los que contaba con un local desde donde distribuía o despachaba los bienes vendidos telefónicamente<sup>9</sup>.

La problemática tiene sus inicios cuando irrumpe con mayor fuerza el internet y en especial, cuando se masifica el uso de las páginas *web*, como

---

<sup>9</sup> Esta primera manifestación la legislación y regulación comercial la reconoció sin ningún inconveniente, las normas que demandan el registro y la publicidad de los establecimientos de comercio exigen que el empresario indique el número telefónico que se encuentra vinculado al mismo.



tiendas *on-line* en la cual los empresarios podían ofrecer sus productos y servicios y en sí, realizar toda la transacción comercial incluyendo el pago, el despacho del producto y en algunas ocasiones hasta la entrega inmediata del mismo, cuando se trata de un servicio o bien digital o digitalizado.

Sobre esta modalidad de gestión de los negocios la normativa comercial no tuvo adaptación alguna, no obstante, la legislación tributaria reconoció rápidamente esta realidad económica y creciente en nuestro entorno, pero al no tener la respuesta oportuna de la legislación mercantil intervino así:

Ley 633 de 2000. ART. 91.—“*Todas las páginas web y sitios de internet de origen colombiano que operan en el internet y cuya actividad económica sea de carácter comercial, financiero o de prestación de servicios, deberán inscribirse en el registro mercantil y suministrar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, la información de transacciones económicas en los términos que esta entidad lo requiera.*” (Subrayado fuera de texto)

Siendo esta una primera manifestación del establecimiento de comercio electrónico debe tenerse en cuenta que al no tener su equivalente en la normativa comercial (ley, decreto o regulación) se convierte en un dato que se suministra al registro público pero que no identifica la dirección *web* como un establecimiento de comercio independiente o como parte integral de algún establecimiento de comercio que tenga el empresario matriculado.

Esta situación genera por defecto una asimetría regulatoria y operativa en la información comercial y mapa general de la malla empresarial que tenemos en nuestro país, empezando por temas tan sencillos como que en los datos que se ha instruido (vía regulación) debe suministrarse al registro público, no se especifica determinar si el establecimiento de comercio es físico o virtual (asume el regulador por defecto que es físico y demanda indicar una dirección física de ubicación del bien), así como establece que el único dato electrónico para determinar es la dirección de correo electrónico de contacto, sin brindar la posibilidad de establecer una dirección de página *web*.

Pero lo más crítico —por así decirlo— de la asimetría son los costos que tiene que asumir el empresario para dar a conocer sobre sus “establecimientos de comercio virtuales” en el registro público, lo cual explico así:

- Los costos operativos para mantener actualizada la información del registro público han sido reconocidos como *tasas contributivas*



a favor de las cámaras de comercio (L. 1607/2012, art. 182)<sup>10</sup> cuyo objetivo no es solo financiar la administración del mismo, sino ser fuente para cumplir con las demás funciones sociales y empresariales que legalmente le han sido asignadas a los entes camerales.

- Las tarifas de estas tasas contributivas se encuentran reguladas —entre otras normas— en el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio Industria y Turismo (D. 1074/2015), en dicha norma se establece de forma clara y detallada los costos que asume el empresario por informar a la comunidad sobre los establecimientos de comercio mediante los cuales efectúa su operación a través de la matrícula.
- Por otro lado, la Ley 223 de 1995 establece en sus artículos 226 y siguientes que toda *inscripción* en los registros públicos que administran las cámaras de comercio genera un impuesto de registro a favor de los departamentos donde se efectúa el registro y para el caso de las inscripciones realizadas en Bogotá, el Distrito Capital cuenta con una participación de este tributo.

Lo anterior conlleva a:

- La información a la comunidad sobre los establecimientos de comercio con los cuales el comerciante desarrolla su actividad empresarial se materializa con la matrícula de estos, los cuales se mantienen actualizados anualmente a través de la renovación.
- Los costos de dicha matrícula (de establecimientos de comercio) son definidos por el Gobierno Nacional y no implican o llevan inmersos un impuesto de registro.
- La publicación de las páginas *web* de los empresarios, de conformidad al artículo 91 de la Ley 633 de 2000, se materializa con una inscripción en el registro mercantil.
- Al ser una inscripción, por efectos de lo establecido en la Ley 223 de 1995 genera, además de la tasa contributiva en pro de la operación

<sup>10</sup> Ley 1607 de 2012. ART. 182.—“Los ingresos a favor de las cámaras de Comercio por el ejercicio de las funciones registrales, actualmente incorporadas e integradas en el registro único empresarial y social, RUES, son los previstos por las leyes vigentes. Su naturaleza es la de tasas, generadas por la función pública registral a cargo de quien solicita el registro previsto como obligatorio por la ley, y de carácter contributivo por cuanto tiene por objeto financiar solidariamente, además del registro individual solicitado, todas las demás funciones de interés general atribuidas por la ley y los decretos expedidos por el Gobierno Nacional con fundamento en el numeral 12 del artículo 86 del Código de Comercio (...).” (Subrayado fuera de texto).



de las cámaras de comercio, un impuesto de registro a favor de los departamentos del país y si es del caso, una parte para el Distrito Capital.

En este orden de ideas, al no reconocer la legislación comercial (Código de Comercio, leyes, decretos, regulaciones) de forma clara y expresa la existencia de los establecimientos de comercio electrónicos, digitales o virtuales, siendo estos definidos por norma tributaria para ser reportados en el registro mercantil, se genera una asimetría que desencadena en las siguientes situaciones:

- Informar la existencia de páginas *web*, como una mera inscripción en el registro público no refleja la realidad de la arquitectura de la empresa, pues aquella no se identifica como un componente o canal alternativo que conforma al establecimiento de comercio que se encuentra matriculado por el empresario, ni tampoco lo identifica como un establecimiento de comercio independiente *abierto* virtualmente al público.
- Ello genera una discordancia en la información empresarial tan importante para medir el ritmo de la economía, el estado de las empresas, la capacidad para generar valor en el país y en especial, para brindar seguridad jurídica a los negocios y transacciones, pues no se cuenta con la información centralizada y unificada de los empresarios y sus diversos canales con los cuales la comunidad puede tener contacto con ellos.
- Reportar en el registro mercantil los establecimientos de comercio virtuales (páginas *web*) representa para el empresario un sobre costo del 269% a comparación de quienes matriculan sus establecimientos de comercio físicos (2021), lo anterior conlleva por efectos propios, una suerte de *informalidad* e incumplimiento para reportar los establecimientos de comercio virtuales y, por ende, disminuye la capacidad del registro público para dar seguridad jurídica a la comunidad al momento de hacer negocios en estos espacios virtuales.

La anterior conclusión la obtuvimos solo analizando el caso de las páginas *web*, el asunto puede llegar a ser más crítico si entramos en el mundo de las aplicaciones digitales (*apps*)<sup>11</sup> o para no ir más lejos, en el uso de redes

---

<sup>11</sup> Para el 2017 tres de cada diez compras electrónicas se realizaron a través de *apps*. (IAB Colombia y Mercadolibre 2017) <https://www.eltiempo.com/tecnosfera/consumo-de-aplicaciones-en-colombia-81190>



sociales como canales de interacción y relacionamiento con los clientes (a través de la publicidad o abriendo directamente una cuenta de la empresa)<sup>12</sup> los cuales en la actualidad son una realidad invisible para la normativa comercial al reconocerlos como verdaderos establecimientos de comercio dispuestos por el empresario para desarrollar su actividad mercantil.

Esta es una situación que reviste la mayor prioridad para analizar, pues la realidad económica nos muestra una importante migración de la operación empresarial a estos medios digitales, no obstante, el 2020 representó para la región un importante crecimiento en la gestión empresarial vía *on-line* del 66 %, generando negociaciones por más de 66 mil millones de dólares<sup>13</sup>, pero que, como lo hemos expuesto aún necesita madurar y en algunos casos determinar con claridad la respuesta de todos los que intervienen en la normativa comercial.

### 3. CONCLUSIONES. ¿QUÉ PROSPECTIVA SE REQUIERE EN LA LEGISLACIÓN COMERCIAL A FUTURO?

Entender e identificar los nuevos modelos y estructuras de la empresa es fundamental para determinar las necesidades que tienen los empresarios en la normativa y regulación comercial, sobre lo cual hemos dado importantes pasos, pero es necesario tener algo más definitivo, claro y detallado.

En la actualidad hay ejemplos sobre la búsqueda en la adaptación de la legislación comercial en estas vertientes, como la que encontramos en la recientemente emitida Ley de Emprendimiento en la que entre otros componentes interesantes estableció:

Ley 2069 de 2020. ART. 5°—*Mecanismo exploratorio de regulación para modelos de negocio innovadores en industrias reguladas (Sandbox)*. “El Gobierno Nacional en un plazo no mayor de un (1) año posterior a la promulgación de esta ley, deberá establecer una regulación complementaria que permita, en cada uno de los

---

<sup>12</sup> Para ejemplificar esta necesidad, podemos acudir a reconocidas fuentes de gestión digital y de internet de la cual algunos de sus reportes (como la de los reconocidos *blogs* de internet *were are social* y *Hootsuite*) para los años 2019 y 2020 refleja entre otros datos que: el 46 % de los usuarios de internet en Colombia descubren nuevas marcas a partir de la navegación y anuncios en las redes sociales, así como también a través de resultados en motores de búsqueda (41 %), de igual forma entre los usuarios de internet entre los 16 y 64 años, el 60 % de ellos realizaron compra a través de internet.

<sup>13</sup> <https://www.larepublica.co/globoeconomia/el-e-commerce-en-latinoamerica-aumento-66-durante-2020-y-llego-a-us66765-millones-3145702>



*ministerios y sectores administrativos, crear un ambiente especial de vigilancia y control, que facilite el desarrollo de modelos de negocio que apalanquen e impulsen la economía de alto valor agregado y sostenible en distintos ámbitos (...)*”.

Así mismo encontramos en la costumbre —fuente por naturaleza del derecho comercial— una clara intención para resolver la problemática causada por la ausencia de normativa positiva sobre la materia:

**Cámara de Comercio de Bogotá. Costumbre Mercantil (2016):** La página *web* o sitio de internet hace parte del establecimiento de comercio “En Bogotá, es costumbre mercantil que la página web o sitio de internet se considere como parte integrante del establecimiento de comercio del empresario”<sup>14</sup>.

No obstante, y de conformidad con lo que hemos expuesto en este artículo, la anterior definición —que tiene la misma autoridad de la ley comercial (C. Co., art. 3.º)— puede quedarse corta en lo que se refiere a los establecimientos de comercio digitales o virtuales que cuentan con la infraestructura o autonomía suficiente para no ser parte de un establecimiento, sino un bien independiente, lo cierto es que con este reconocimiento vía costumbre la incorporó en el listado de elementos que conforman el establecimiento de comercio y, por lo tanto, le incorporó no solo un deber a los empresarios al momento de enajenar en bloque estos bienes (lo que incluye los nombres de dominio y/o páginas *web*), sino que por efecto propio le irradió la protección especial que tienen estos elementos en la normativa colombiana (C. Co., art. 516 y ss.).

Por otro lado, la estructura actual de los establecimientos de comercio es muy diferente a la realidad económica y social de 1971, su arquitectura y flexibilidad para gestionar los negocios le imprimen componentes claves como la movilidad y digitalización, quedándole al empresario y la legislación algunos retos para resolver sobre su entendimiento, como por ejemplo ¿cuál es la arquitectura empresarial? ¿Cómo definir si el bien hace parte del establecimiento de comercio o es un establecimiento de comercio autónomo e independiente?

Para ello el empresario podrá acudir a temas tales como:

- (i) La flexibilidad con la que quiere articular sus operaciones, para tercerizar, escindir o transferir los bienes que conforman su empresa (como lo pueden ser los establecimientos de comercio) ¿se trata de

---

<sup>14</sup> <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/14476>

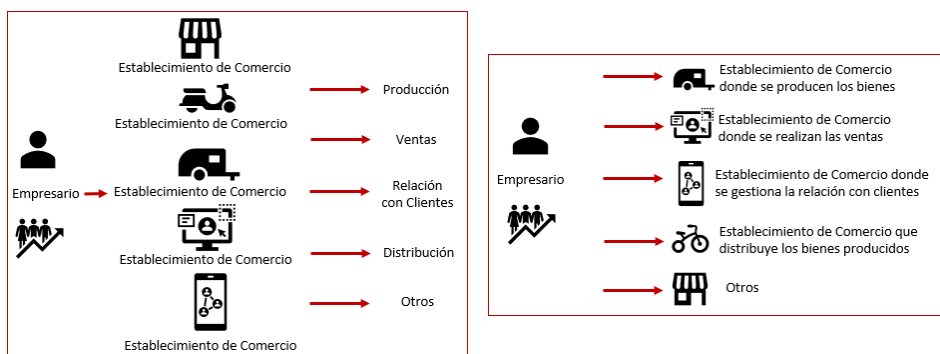


una operación centralizada o difuminada en varios establecimientos?;

- (ii) La estructura de ingresos y costos que tiene la compañía, por ejemplo, al analizar si el establecimiento (fijo, móvil o digital) ¿maneja su propia estructura contable que se integra a la operación general de la empresa o tiene una estructura integrada y que se suma o conforma a otro establecimiento de comercio en operación?;
- (iii) El bien que genera movilidad o relación digital ¿es un simple canal de relacionamiento que cumple los fines u objetivos de un establecimiento de comercio principal o maneja su propia gestión de producción o prestación de servicios?;

Entre otros ítems que se pueden determinar para ayudar al empresario a establecer si los bienes móviles o digitales que se integran al modelo de negocio son establecimientos de comercio independientes o hacen parte integral de un establecimiento y, por ende, de su bloque o unidad económica:

**Gráfico 4. Estructura de operación de la empresa  
(establecimiento de comercio-concepto actual)**



Fuente: Elaboración propia.

Finalmente, cabe mencionar que al reconocer estas nuevas estructuras de establecimientos de comercio en la legislación comercial se empiezan a generar preguntas sobre su manejo, protección, administración, papel de la administración tributaria, entre otros; para dar algunos ejemplos, asuntos tales como si la protección y regulación que tiene el contrato de arrendamiento de los locales comerciales ¿podrían tener un equivalente funcional de protección con el contrato de registro o uso de nombres o sitios de dominio?; si el reconocimiento que hizo la costumbre de los comerciantes de Bogotá ¿aplica también para las redes sociales (Facebook, Instagram y



hasta el mismo WhatsApp —número de teléfono vinculado— entre otros) así como para las aplicaciones o *apps* y con ello irradiarles el régimen de protección que tiene la norma comercial en relación con los elementos que conforman el establecimiento de comercio?; o ¿Qué requisitos especiales deben tener los establecimientos móviles, como por ejemplo los lugares donde podrá desarrollar su actividad o si se trata de vehículos de tracción humana o a motor?

Ello sin dejar a un lado algunas cuestiones administrativas establecidas en el Código de Comercio en las cuales surgen dudas como: ¿cuál debe ser la estructura de registro público para estas manifestaciones de establecimientos de comercio?, ¿deben ser matriculados como establecimientos de comercio independientes?, ¿deben ser integrados a un establecimiento de comercio en operación? ¿Qué costos se deben manejar para reportar y mantener debidamente actualizada esta información en el registro público? ¿Qué datos debe suministrarse al registro público para generar información detallada y adecuada para brindar seguridad jurídica al momento de realizar negocios?

Es importante tener en cuenta que la norma comercial que define lo que es el establecimiento de comercio es más que suficiente y adecuada para las dinámicas actuales del mercado, dada su sencillez y a la vez su amplitud: “Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa”<sup>15</sup> pues con ella se abarca a cualquier clase de bien: fijo, móvil, material o intangible (lo que incluye los asuntos digitales).

Lo que nos lleva a colegir que tal vez la actualización, adaptación y ajuste deba efectuarse en aquellos elementos adicionales que dan a entender que un establecimiento de comercio se refiere únicamente a *locales* abiertos al público, como lo pueden ser los elementos que conforman el establecimiento de comercio (de los cuales puede realizarse un listado actualizado a nuevas tendencias o simplemente establecer un artículo general que no enliste sus elementos), así como definir con mayor amplitud el régimen especial de protección que tienen los elementos que conforman el establecimiento (hoy en día enfocado a la protección cuando se trata de operaciones en locales comerciales).

Sin embargo, la más importante conclusión es que es absolutamente importante y fundamental la actualización, adaptación y brindar un mayor

---

<sup>15</sup> Código de Comercio, artículo 515.



detalle sobre lo que debe entenderse por establecimiento de comercio, teniendo en cuenta las nuevas estructuras empresariales y dinámicas del mercado, pues con ella se podrá coordinar, unificar y armonizar las demás normas y regulaciones que integran todo el trasegar empresarial, como lo hemos citado en este artículo desde los temas tributarios, pasando por los asuntos propios del Código de Policía o del cumplimiento de los deberes administrativos empresariales (permisos o autorizaciones), hasta el mismo rol del registro mercantil, que por disposición comercial se encarga de centralizar y unificar la información de las empresas y sus establecimientos de comercio con los cuales participan en el mercado, con el objetivo principal de brindar seguridad jurídica al momento de generar negocios y realizar transacciones.



**PARTE IV**  
**OBLIGACIONES Y CONTRATOS**





# EL CÓDIGO DE COMERCIO Y LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA\*

Un aporte muy importante del Código de Comercio de 1971 al derecho privado colombiano ha sido la modernización del derecho de las obligaciones y contratos.

En esta materia el Código de Comercio jugó un papel muy importante y todavía puede jugar un papel decisivo.

A continuación, se expondrá, en primer lugar, el papel que cumplió el Código de Comercio como instrumento de modernización del derecho y, en segundo lugar, el que puede cumplir en un futuro en esta materia.

## 1. LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO Y LA EXPEDICIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO

### *1.1. El Código de Comercio un instrumento de modernización*

Si se revisa la historia de las normas mercantiles se encuentra que entre las mismas existen dos tipos de disposiciones, unas que son típicamente comerciales y que, por ello, en principio se justifican solo en la medida en que se trata de una relación comercial y otras que podrían perfectamente aplicarse a las relaciones civiles, pero que comienzan a aplicarse primero en el ámbito mercantil, dada la necesidad de responder a la rapidez propia de las relaciones comerciales. Un ejemplo del primer grupo es la presunción de la solidaridad pasiva en materia de obligaciones mercantiles (C.

---

\* Abogado de la Universidad del Rosario con estudios de especialización en la Universidad de Paris 2. Profesor Emérito de la Universidad del Rosario. Profesor de las Universidades Javeriana y Externado de Colombia. Ha sido arbitro en distintos procesos en materias de derecho público y privado, nacionales e internacionales.



Co., art. 825) y que tiene por objeto proteger el crédito mercantil<sup>1</sup>. Otro del segundo grupo, son las reglas sobre oferta y aceptación, que inicialmente se incluyen en los códigos de comercio, porque son los comerciantes quienes celebran contratos a distancia, pero que sin duda técnicamente pueden aplicarse a relaciones entre no comerciantes.

De esta manera normas que formalmente se consideran mercantiles por la naturaleza de la legislación que las contempla, podrían aplicarse sin dificultad en el ámbito civil.

Lo anterior hace que la legislación mercantil termine convirtiéndose en un factor de modernización del derecho privado. Ese papel puede ser más fuerte cuando el Código Civil se mantiene sin alteraciones durante largo tiempo y se expide un Código de Comercio.

En el caso colombiano, el papel del Código de Comercio en materia de modernización del derecho de obligaciones fue particularmente notable<sup>2</sup>.

Para tal efecto, vale la pena observar que en la exposición de motivos del proyecto de 1958 se expuso claramente dicho propósito. En efecto, allí se dijo que mientras no se unificara la legislación civil y comercial, se podrían regular en el Código de Comercio solo aquellos aspectos del contrato de compraventa cuyas características debían variar para ser amoldados a las especiales exigencias del comercio, pero se agregó “más comoquiera que las normas comunes del Código Civil sobre la compraventa están, en sí mismas, tocadas de bizantinismo, hemos creído conveniente incorporar al proyecto varios textos que podrían ser considerados como propios del referido código, pero que son necesarios dentro de la reforma, para que esta quede a tono con el derecho moderno”<sup>3</sup>. Este propósito de modernización no quedó limitado a la venta, sino que también se aplicó al régimen general de las obligaciones y contratos, y al de otros contratos en especial.

Lo anterior se aprecia en diversos aspectos de la exposición de motivos del Proyecto de Código de Comercio de 1958 (el Proyecto), pues la justificación de diversas normas se aborda desde la teoría jurídica del derecho

---

<sup>1</sup> Esta regla es incluso anterior al Código de Comercio Francés de 1807. Jean Hemard. *Les Contrats Commerciaux en el Traité Theorique et Pratique de Droit Commercial de Escarra y Rault*. Ed Sirey París 1953, 11.

<sup>2</sup> Ver sobre el particular Betty Martínez Cárdenas y Hernando Tapias Rocha. “La transformación del derecho privado en Colombia”. *Revista de Derecho*, n.º 45, Universidad del Norte, Barranquilla, 2016, 32 y ss.

<sup>3</sup> Ministerio de Justicia, Proyecto de Código de Comercio elaborado por la Comisión Revisora del Código de Comercio. Bogotá Julio de 1958 Tomo II, 207.



civil, para precisar nociones del Código Civil<sup>4</sup>, cuestionar algunas de sus soluciones o para indicar los vacíos de este<sup>5</sup>, y no para explicar las normas por razón de la mercantilidad de la operación.

Solo en algunos casos se acude al carácter mercantil de la operación para justificar la regulación que se propone, como es la posibilidad de que se forme una compraventa cuando se entrega la cosa y no se haya pactado precio<sup>6</sup>.

La modernización del derecho privado por el Código de Comercio fue muy afortunada, desde dos puntos de vista: en cuanto se refiere a los temas que cubrió, y en la calidad de las normas que se incorporaron.

Así el Código de Comercio reguló instituciones cuya necesidad era evidente (la representación o la cesión de contrato). Igualmente, procuró corregir reglas que se juzgaron equivocadas en el Código Civil (las reglas de riesgo por la pérdida del cuerpo cierto en la compraventa). Adicionalmente se tipificaron contratos que no estaban regulados en la legislación previa (el suministro).

Por otra parte, la redacción del proyecto de Código de Comercio en materia de obligaciones y contratos fue hecha con particular cuidado por quienes participaron en dicho proyecto tomando en cuenta la doctrina y la jurisprudencia y en algunos casos un excelente modelo, como es el Código Civil italiano de 1942.

## ***1.2. Las principales modernizaciones del derecho de los contratos y obligaciones por el Código de Comercio***

Hay varios aspectos en los que el Código de Comercio realizó una modernización del derecho privado:

En primer lugar, las reglas de la representación. Si bien el Código Civil contiene una definición muy precisa de la representación, este no la reguló en detalle, y en la práctica su régimen derivó del mandato, contrato en el cual según se desprende del Código Civil se entiende incluida la representación (art. 2177). El Código de Comercio, incorporó una regulación detallada de esta materia, incluyendo figuras, que si bien no han tenido mucha aplicación práctica, pueden tenerla en los tiempos modernos, como es el

---

<sup>4</sup> Así, por ejemplo, la definición de compraventa en el Código de Comercio, cuando señala que el vendedor se obliga a transmitir el dominio, que no aparece clara en el Código Civil, Proyecto, 207, 208 y 209.

<sup>5</sup> Por ejemplo, en materia de cesión de contrato, página 77 del Proyecto.

<sup>6</sup> Ob. cit., página 217.



caso de la regulación de la representación abusiva (art. 838 del Código de Comercio), que puede ser un instrumento para luchar contra la corrupción, particularmente en derecho privado, pues en el derecho público el tratamiento requiere tomar en consideración otros intereses en juego.

Otra regulación, que partió de algunas reglas del Código de Comercio de 1887 pero que fue ajustada, desarrollada y modificada por el Código de Comercio de 1971 fue el régimen de oferta y aceptación, que resultó de importantes análisis en la comisión revisora del proyecto de código<sup>7</sup>. Salvo algunas discusiones derivadas de falta de claridad en la redacción de algunos preceptos, el régimen ha funcionado correctamente.

Igualmente, el Código de Comercio consagró figuras que habían sido reconocidas como aplicables por la jurisprudencia y les dio desarrollo legal, como es el abuso del derecho (art. 830), el enriquecimiento sin causa (art. 831) o la teoría de la imprevisión (art. 868).

Así mismo se reguló la cesión de contrato (art. 867 y ss.) que estaba muy escasamente reglamentada en el Código Civil.

También se regularon las causas que pueden afectar la eficacia de un contrato previendo expresamente la inexistencia. Así mismo, se creó una figura nueva, que podría considerarse una forma de inexistencia, que es la ineficacia liminar. Igualmente reguló la conversión del negocio jurídico.

Así mismo, el Código precisó que la buena fe se aplica no solo a la ejecución del contrato, sino también a su formación y al periodo precontractual (arts. 863 y 871).

Por otra parte, el Código de Comercio introdujo modificaciones en ciertas instituciones, haciendo excepción a las reglas civiles, no porque se considerara que la contratación mercantil debía estar sujetas a reglas distintas, sino porque se consideró que la regla civil estaba equivocada. El caso más claro es la regulación de los riesgos del Código Civil para el evento en que el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito o fuerza mayor. El Código Civil (arts. 1607 y 1876) parte de la base que el riesgo es para el comprador desde la celebración del contrato, aunque no se haya entregado las cosa. Esta regulación se consideró equivocada cuando se redactó el Código de Comercio porque se tomó del derecho francés en el cual cuando el contrato de venta versa sobre cuerpos ciertos el título hace las veces de modo y, por ello, el comprador se hace dueño, por lo que es lógico que

---

<sup>7</sup> Ver Martínez Cárdenas y Tapias Rocha, ob. cit., 47 y 48.





en tal calidad asuma los riesgos<sup>8</sup>. El Código de Comercio de 1971 establece que el riesgo en la compraventa mercantil solo pasa al comprador con la entrega, o más exactamente con la tradición (art. 929).

Otro papel muy importante que jugó el Código de Comercio fue la tipificación de algunos contratos. En efecto, el Código de Comercio de 1971 contempla diversos contratos que no estaban regulados por el Código de Comercio de 1887.

Desde esta perspectiva el Código de Comercio regula el contrato de suministro (art. 968), el contrato de fiducia mercantil (art. 1226), el contrato de agencia mercantil (art. 1317), la consignación (art. 1377) y el hospedaje (art. 1192).

Igualmente, el pacto de reserva de dominio que tenía un tratamiento deficiente en el Código Civil, adquiere una regulación completa y detallada (arts. 951 y ss.). Sin embargo, esta regulación en el caso de bienes muebles ha sido sustituida por la del régimen de garantías mobiliarias.

En general la regulación de dichos contratos fue bastante afortunada y ha sido muy útil en su desarrollo. Solo el contrato de agencia, como consecuencia fundamentalmente de cambios introducidos al proyecto a última hora, ha generado muchas controversias.

### ***1.3. La modernización del derecho civil a través de la aplicación de las normas mercantiles***

Ahora bien, el efecto modernizador del Código de Comercio no se ha limitado a las relaciones entre comerciantes, o entre comerciantes y personas no comerciantes, o relacionadas con asuntos de comercio, sino que realmente se ha extendido al campo civil a través de dos grandes instrumentos, la definición del acto de comercio, por una parte, y la analogía, por la otra.

En este punto debe recordarse que el artículo 20 del Código de Comercio que define los actos mercantiles, en su numeral 19 señala que son mercantiles “los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil”.

Esta categoría jurídica implica que cuando exista un acto o contrato que solo está regulado por la ley mercantil, dicho acto o contrato se considera comercial, independientemente de quien lo celebre, para que propósito, o si el mismo está vinculado con otro contrato.

---

<sup>8</sup> Proyecto, páginas 222 y 223.



Un caso paradigmático es el contrato de suministro, que está regulado en el Código de Comercio (C. Co., art. 968 y ss.) pero no en el Código Civil. En efecto, es perfectamente posible celebrar un contrato que reúna los elementos de un suministro, pero que desde cualquier otra perspectiva no sea mercantil. Así, un contrato entre un agricultor o ganadero que se obliga a proveer periódicamente durante un año los frutos de sus ganados en su estado natural a una persona que los adquiere para su consumo doméstico. Dicho contrato en la medida en que es un suministro queda sujeto al régimen de este contrato en el Código de Comercio, pero si se le mirara desde otra perspectiva sería civil, pues de conformidad con dicho código no son mercantiles la “adquisición de bienes con destino al consumo doméstico o al uso del adquirente” así como tampoco las “enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural”.

Por lo que se refiere a la analogía, es claro que las normas mercantiles permiten llenar numerosos vacíos en el Código Civil. Es el caso de la formación del contrato por oferta y aceptación que claramente se puede dar al margen de una operación mercantil, pero que puede regularse por analogía de las normas del Código de Comercio.

Es igualmente el caso de la cesión de contrato, que no se encuentra regulada por el Código Civil, salvo en el contrato de arrendamiento para prever la necesidad de su aprobación por una parte (C.C., art. 2004), pero que sí se encuentra regulada en el Código de Comercio (art. 887 y ss.).

## 2. EL PAPEL DEL CÓDIGO DE COMERCIO EN UNA MODERNIZACIÓN FUTURA

### 2.1. *La importancia de los códigos*

En los tiempos que corren se habla de modernización del derecho y se hace referencia a la expedición de un nuevo código.

A este respecto conviene recordar que los códigos cumplen varios papeles, dos de los cuales son fundamentales para lo que se expondrá a continuación. Por una parte, los códigos son instrumentos de la fijación del derecho<sup>9</sup> y, por la otra, los códigos son instrumentos de modernización.

---

<sup>9</sup> Ver sobre el punto Alejandro Guzmán Brito, *La fijación y la codificación del derecho en Occidente*. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Pontificia Universidad Católica de



La fijación del derecho, tiene por objeto que las reglas estén claramente definidas, reduciendo las dudas sobre su contenido. De esta manera se busca evitar el riesgo que la regla varíe según quien la aplique. La fijación del derecho es muy importante porque lo hace predecible y por ello da la seguridad jurídica para que la autonomía privada pueda desarrollar su papel fundamental.

A lo largo de la historia han existido diversos mecanismos de fijación de derecho. Como ejemplos importantes se pueden citar la codificación de Justiniano y en los siglos XVIII, XIX y XX las distintas codificaciones, como es el caso de la austriaca, la francesa y la alemana.

Al incluir en los códigos las reglas de derecho para resolver los problemas cotidianos se genera seguridad, se permite la rapidez en las transacciones y el desarrollo de la actividad económica.

Pero, adicionalmente, las codificaciones han servido para el desarrollo del derecho. Así la codificación francesa permitió definir un derecho privado que eliminó las reglas propias del feudalismo.

Igualmente, los códigos de comercio han servido para modernizar el derecho privado en materia de obligaciones. A tal efecto, decía el profesor Gilberto Peña<sup>10</sup> que el derecho privado no le debe al derecho comercial una sola institución del derecho de las obligaciones. “Sin embargo, el mérito extraordinario —y en ocasiones artístico— es el trabajo agilizador y simplificador que ha realizado el derecho mercantil en las milenarias estructuras del derecho de las obligaciones, logrando modernizar y hasta informalizar instituciones de derecho civil”.

## 2.2. *La necesidad de unificar*

En Colombia se ha propuesto expedir un nuevo Código Civil que parte del proyecto elaborado por el profesor Arturo Valencia Zea, el cual se ha tratado de modernizar por un grupo de profesores de la Universidad Nacional. Las críticas que se han hecho a dicho proyecto, se refieren tanto al contenido de algunos preceptos que pueden afectar algunos pilares del derecho privado, como también al hecho de que el mismo introduce

---

Valparaíso. 2017.

<sup>10</sup> Gilberto Peña Castrillón. “Factores de unificación o de independencia del derecho civil y del derecho comercial” (El “proyecto de Código Civil”) en Javier Tamayo Jaramillo. *Tendencias modernas del derecho civil*. Ed Temis. 1989, 73.



muchísimos cambios a la regulación actual, sin que desde el punto de vista de la práctica se encuentre la necesidad de modificar las normas que se cambian, pues no han sido cuestionadas por la solución que consagran, la forma como están redactas o como se aplican. Dichos cambios, generarán un esfuerzo muy grande de la doctrina y jurisprudencia para desarrollar las nuevas reglas, y mientras las mismas no se decanten generará inseguridad. Lo anterior no parece necesario.

Ahora bien, cuando se revisa la doctrina colombiana frente al proyecto de código se encuentra que una muy buena parte de este considera que es necesario unificar los códigos Civil y Código de Comercio, particularmente en obligaciones y contratos, porque no se justifica el dualismo, dado que no hay razones claras en muchos casos para que el régimen sea distinto en materia civil y comercial.

Así, por ejemplo, no parece justificado en el tiempo actual la diferencia en términos de prescripción para las acciones de saneamiento por vicios ocultos o saneamiento por evicción o nulidad relativa, que el Código de Comercio denomina anulabilidad.

Igualmente, no es clara la razón de la diferencia entre el mandato mercantil y el civil en muchas de las normas, sobre todo, si se tiene en cuenta que muchas de las disposiciones mercantiles, como por ejemplo, las que regulan el mandato en interés del mandatario o de un tercero fueron creadas originalmente por la jurisprudencia francesa para todos los mandatos.

Incluso en materia de tasas de interés aparecen situaciones que llevan a preguntarse si tiene sentido la diferencia entre el régimen civil y mercantil. Por ejemplo, existe una diferencia sobre la causación de intereses sobre intereses. En efecto, el artículo 1617 del Código Civil dispone que los intereses atrasados no producen intereses, en tanto que el artículo 886 del estatuto mercantil establece que los “intereses pendientes no producirán intereses sino desde la fecha de la demanda judicial del acreedor, o por acuerdo posterior al vencimiento, siempre que en uno y otro caso se trate de intereses debidos con un año de anterioridad, por lo menos”. Ahora bien, debe destacarse que esta norma mercantil tiene como origen el Código Civil Francés (art. 1154), es decir que dicha norma en otros países se aplica a relaciones civiles.

A lo anterior, se agrega que si bien existe una diferencia entre el interés legal del 6 % en el Código Civil y el interés bancario corriente, la jurisprudencia señala que cuando el negocio se anula, sea civil o mercantil, el interés que se debe es civil, y además puede acumularse con la



actualización monetaria<sup>11</sup>. De esta manera la jurisprudencia considera que no hay razón para distinguir en esta materia entre el régimen civil y comercial.

A lo anterior se agrega que existe una fuerte corriente que busca modernizar el derecho para adoptar las tendencias que aparecen consagradas en el texto de las leyes recientes de reforma de algunos destacados países (Francia, Alemania), así como en los de derecho blando (*soft law*), como es el caso de los principios de los contratos comerciales internacionales de Unidroit, o los principios del derecho europeo de los contratos o el marco común de referencia de la Unión Europea.

### 2.3. *El Código de Comercio como herramienta de unificación y modernización*

Ahora bien, para lograr la unificación y la modernización del derecho de las obligaciones y contratos parece existir un camino alternativo a adoptar un nuevo código partiendo de un modelo como el elaborado por el profesor Valencia Zea y los profesores de la Universidad Nacional.

Dicho camino consiste en adoptar como derecho aplicable tanto en materia civil como comercial, las reglas que hoy se aplican en materia mercantil. Es decir, la reforma consistiría en disponer que en materia de obligaciones y contratos el régimen será el que está consagrado expresamente en el Código de Comercio para los contratos mercantiles, el cual incluye las regulaciones civiles que no sean contrarias a las normas mercantiles, las que por mandato del artículo 822 del Código de Comercio se deben aplicar a lo comercial.

De esta manera las reglas civiles que fueran contrarias a normas mercantiles dejarían de aplicarse.

Lo anterior constituiría el núcleo del código en materia de obligaciones y contratos en derecho privado, el cual sería complementado con una ley de modernización que se ocuparía exclusivamente de ajustar el Código de Comercio en aquellos aspectos que han generado controversia e introducir los cambios que se proponen en materia de modernización.

En este sentido no sobra recordar que el profesor Joaquín Garrigues explicaba<sup>12</sup> que “las obligaciones mercantiles no solo dominan el ámbito

---

<sup>11</sup> Ver por ejemplo la Sentencia del 31 de julio de 2015, radicación 11001 31-03-004-2009-00241-01.

<sup>12</sup> Joaquín Garrigues, “Tratado de derecho mercantil”. Tomo III, volumen 1. Ed. *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid 1964, 4 y 5.



del derecho mercantil, sino también el sector entero de la contratación privada. La razón es que en la práctica el número de contratos puramente civiles es reducidísimo”. Agregaba que por ello

cuando se ha tratado de unificar el derecho mercantil y el derecho civil, la unificación se ha planteado como unificación del derecho de obligaciones y siempre que se ha llevado a cabo ha sido sobre la base de las obligaciones mercantiles y no de las civiles.

Agregaba el maestro que esa

realidad explica el resultado paradójico de la reforma italiana de 1942. Por un lado, desaparecían las obligaciones y contratos mercantiles al ser suprimido el Código de Comercio; más por otro lado, las obligaciones y contratos que el nuevo Código Civil recogía eran las que habían integrado el proyecto de reforma de 1940 (reforma del Código de Comercio).

“Los contratos comerciales se han convertido así en contratos civiles o, dicho en otros términos, generales”.

Es pertinente agregar que esta solución de extender el régimen mercantil a negocios civiles ya se ha aplicado entre nosotros en materia de sociedades, pues el Código Civil contenía una regulación del contrato de sociedad y el Código de Comercio otra, y la Ley 222 de 1995 dispuso en su artículo 1.º que modificó el artículo 100 de dicho código que “las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil”.

Dicha unificación podría estar acompañada de algunas disposiciones de modernización que podrían referirse a los siguientes temas:

- Las reglas de oferta y aceptación.
- Los denominados remedios al incumplimiento.
- La posibilidad de declarar la invalidez unilateralmente.
- Ajustes a la teoría de la imprevisión.
- Las reglas aplicables al abuso de la posición de inferioridad o la denominada lesión subjetiva.

Otro tema importante en relación con la modernización del derecho comercial sería la tipificación de los contratos.

En efecto, uno de los grandes aportes del Código de Comercio de 1971 fue la tipificación de distintos contratos. Dicha tarea puede continuarse



dentro de un proyecto de modernización, pero teniendo claro cuáles son las razones que justifican la tipificación de un contrato, y cómo debe hacerse esta, pues existe una tendencia a considerar que cualquier contrato que aparentemente exista en la práctica con una denominación distinta a los legalmente celebrados debe ser tipificado.

A este respecto, lo primero que conviene recordar es cómo se identifica un tipo contractual. Como ha señalado la doctrina la tipificación de los contratos parte de la causa del contrato, entendida como lo hacía la doctrina italiana, como su función económica y social<sup>13</sup>.

El contrato tipificado es el “modelo de una operación económica recurrente en la vida de relación”<sup>14</sup> que el legislador regula y ello con dos propósitos: en primer lugar establecer unas reglas de derecho que permitan regir dicha operación cuando las partes no han convenido determinados aspectos. Se trata entonces de establecer un régimen adecuado a la operación económica de que se trate y que haga innecesario que las partes se sienten a negociar un contrato en todos sus detalles. En este punto la tipificación cumple un papel muy importante en materia de eficiencia económica, pues reduce los costos de transacción. Por otra parte, la tipificación también tiene como propósito establecer reglas imperativas con el fin de asegurar que dicha operación económica se ajuste a ciertos principios que son necesarios bien desde el punto de vista del interés general o de la protección de un contratante.

Desde esta perspectiva es claro que la nominación de un contrato, es decir, el simple hecho de darle una denominación, no tiene por sí sola relevancia jurídica, si no se le dota de un régimen al contrato nominado.

Pero adicionalmente el incluir en un código un nuevo tipo contractual pero sin precisar las reglas aplicables causa confusión pues inmediatamente genera la pregunta acerca del alcance que tiene la tipificación. Es decir, cabe preguntarse si el hecho de que se defina el contrato debe conducir a que se excluya la regulación de los otros contratos tipos, para que sea la práctica la que defina un régimen del contrato típico.

A lo anterior vale la pena agregar que al tipificar debe determinarse qué tipo de tipificación debe hacerse, pues puede haber diversos niveles de tipificación. En efecto, puede haber tipificación de un primer nivel, y

---

<sup>13</sup> Francesco Messineo, *Il Contratto in Genere. Trattato di diritto civile e commerciale de Cicu e Messineo*, vol. 21, tomo I, Milán, 1973, 684 y 689. En sentido semejante su *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo IV, 450.

<sup>14</sup> Bianca Massimo, *El contrato*, Ed. Universidad Externado de Colombia, 494 y 495.



tipificación de subniveles. La tipificación de primer nivel se da cuando se regula un nuevo contrato que en principio solo va a ser regulado por las reglas que le son propias y por las reglas generales del derecho de las obligaciones y contratos. Pero, por otra parte, el legislador puede establecer un régimen general para un tipo contractual, y al propio tiempo crear reglas especiales para ciertos subtipos. Es claro que el contrato de compraventa y de obra se regulan como contratos distintos, es decir, constituyen tipificación en un primer nivel. Cosa distinta ocurre en el arriendo pues hay diversas variedades reguladas con reglas imperativas. En este caso un contrato tipo, como es el arriendo, puede conocer diversas modalidades que corresponden a subtipos, como es arriendo de local comercial, el arriendo de vivienda urbana, el contrato de arriendo de locales para un establecimiento de comercio, etc.

No todo contrato tiene que ser regulado por un tipo propio y particular, sino puede ser simplemente un subtipo y en tal caso lo más importante es precisar las reglas que han de aplicarse en forma particular, permitiendo que en lo demás se aplique el régimen del tipo principal.

### 3. CONCLUSIÓN

El Código de Comercio cumplió un papel muy importante en materia de modernización del derecho de las obligaciones y contratos. Sus normas han permitido que las relaciones jurídicas se desarrollen con claridad y sin mayores tropiezos.

El Código de Comercio puede constituir el núcleo de un esfuerzo de unificación y modernización del derecho privado sin causar las grandes incertidumbres que podría generar un nuevo código.

De esta manera, el esfuerzo debería enfocarse no en cambiar todos los códigos, sino en revisar los aspectos puntuales de nuestro régimen de obligaciones que requieren un ajuste legal.





# INEFICACIA DE PLENO DERECHO Y RESTITUCIÓN. LAS POSTURAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA

JORGE OVIEDO ALBÁN\*

## INTRODUCCIÓN

El artículo 897 del Código de Comercio introdujo la categoría de la ineficacia de pleno derecho de la siguiente forma:

“Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”<sup>1</sup>.

El efecto de esta figura es el mismo de la inexistencia, aunque las diferencias radican en las causales que generan una u otra situación, puesto que en el de la ineficacia de pleno derecho se trata de situaciones especialmente tipificadas como generadoras de dicha sanción negocial, mientras en la primera se trata de la inobservancia de requisitos generales de existencia, como se infiere del artículo 898 del Código de Comercio<sup>2</sup>. Ejemplos

---

\* Director del doctorado en Derecho y de la maestría en Derecho de la Empresa y de los Negocios de la Universidad de la Sabana. Presidente del Colegio de Abogados Commercialistas de Bogotá. Conjuer de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Árbitro.

<sup>1</sup> Según Narváez: “La sanción de ineficacia se circunscribe a ciertos actos jurídicos o a determinadas estipulaciones que carecen de todo efecto por orden expresa de la ley”. Narváez García, José Ignacio, *Derecho mercantil colombiano. Obligaciones y contratos mercantiles*, Bogotá: Legis, 2002, 255. Martínez Neira la ha definido así: “La ineficacia (...) es una sanción de origen legal, esto es, el legislador ha dispuesto *a priori* una consecuencia jurídica sobre los actos jurídicos afectados, que carecen de cualquier tipo de efectos, al haberse celebrado sin sujeción absoluta a los requisitos a los cuales el legislador los ha sujetado para poderse proyectar en el mundo jurídico”. Martínez Neira, Néstor Humberto, *Cátedra de introducción al derecho mercantil*, Bogotá: Legis, 2021, 237.

<sup>2</sup> Ramírez Baquero, Édgar, *La ineficacia en el negocio jurídico*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008, 360.



pueden verse en los siguientes artículos del Código: 150, 198 inciso 3.º, 200 inciso 6.º, 297, 318, 407 inciso 2.º, 433, 435 inciso 2.º, 501, 524, 629, 670, 678, 712, 1055, 1203, 1244 y 1328<sup>3</sup>. Ahora, cabe advertir, como lo hace Álvaro Mendoza, que el Código no emplea de manera uniforme en estas disposiciones la expresión “que un acto no produce efectos”, para referirse a la ineficacia de pleno derecho, sino que también en ocasiones utiliza expresiones diferentes tales como “se tendrá por no escrito”; “será ineficaz” o “no producirá efectos”<sup>4</sup>. Además, aunque la norma no lo establezca, se asume que la ineficacia de pleno derecho no es subsanable ni por ratificación ni prescripción<sup>5</sup>.

El Código de Comercio no reguló las consecuencias derivadas de la ineficacia de pleno derecho. Al asumirse que el acto “no produce efectos” la consecuencia que resulta lógica es que si las partes hubieren ejecutado prestaciones en virtud del mismo, estas deban ser restituidas, aplicando para ello por analogía lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil, relativo al derecho de las partes de un contrato nulo a ser restituidas al estado en que se hallarían si no hubiese existido dicho acto nulo y, por ende, las normas sobre prestaciones mutuas contenidas en el Código Civil entre los artículos 961 a 971. Así lo precisó en una sentencia de 1938 la Corte Suprema de Justicia al señalar:

“Las restituciones recíprocas a que da lugar una declaración judicial de nulidad se rigen por las mismas reglas generales de las prestaciones mutuas consignadas en el capítulo 4 del título 12 del libro 2 del Código Civil, (...)”<sup>6</sup>.

Así lo asume también en la doctrina Álvaro Mendoza al afirmar:

Aun cuando el ordenamiento respectivo no contempla la hipótesis en que no sea posible o resulte altamente inconveniente reversar lo ejecutado, debemos aplicar a este supuesto, por analogía, el texto del artículo 870 del Código de Comercio, que se refiere, como alternativa de la resolución, a terminar lo pactado, es decir, a dejar la ejecución en el estado en el cual se encuentra cuando se percibe o se declara la inexis-

<sup>3</sup> También el estatuto del consumidor, contenido en la Ley 1480 de 2011, adopta en el artículo 43 la categoría de la “ineficacia de pleno derecho” de cláusulas abusivas.

<sup>4</sup> Mendoza Ramírez, Álvaro, *Obligaciones*, Bogotá: Universidad de La Sabana, Temis, 2020, 475.

<sup>5</sup> Martínez Neira, ob. cit., 241.

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1º de diciembre de 1938, M.P. Hernán Salamanca, G.J. XLVII, 452.



tencia, procediendo a liquidar en tal caso aquello que el Código Civil (arts. 961 y ss.) denomina “prestaciones mutuas”, esto es, a establecer las compensaciones entre las partes para devolverlas, al menos en términos económicos, al estado anterior<sup>7</sup>.

No obstante, y como se verá en los puntos siguientes, en épocas recientes la jurisprudencia de la Corte Suprema no ha sido coherente en cuanto a la consecuencia derivada de la declaración de ineficacia de pleno derecho. El objetivo de este breve escrito es analizar las posturas diversas que ha asumido la jurisprudencia y evidenciar el error de interpretación contenido en uno de los fallos de la Corte Suprema de Justicia.

## 1. LA SENTENCIA DE 9 DE AGOSTO DE 2018

En sentencia de 9 de agosto de 2018 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia asumió la postura conforme a la cual, si el contrato es declarado ineficaz de pleno derecho, las partes deben ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si el mismo no se hubiese celebrado. El caso se refirió a una demanda de ineficacia de una venta de acciones. La Superintendencia de Sociedades declaró la ineficacia de pleno derecho de la transferencia de acciones entre dos sociedades, por presentarse el fenómeno de la *imbricación*, prohibido por el artículo 262 del Código de Comercio<sup>8</sup>, ordenando la devolución de lo pagado por los dividendos recibidos por la adquirente. La sentencia de apelación confirmó parcialmente el fallo y ordenó que a la demandada se le devolviera lo que había pagado como precio de las acciones. La Corte Suprema, en casación, consideró:

“Una vez declarada la ineficacia jurídica del contrato de venta de acciones, la consecuencia que hay que imponer es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto o negocio no hubiera existido jamás, es decir, con ineficacia *ex tunc* (desde siempre).

Lo anterior es así por cuanto el Código de Comercio no prescribe los efectos específicos para cada una de las formas de invalidez en él mencionadas; lo que hace necesario acudir a las reglas que rigen esa materia en el

---

<sup>7</sup> Mendoza Ramírez, ob. cit., 475.

<sup>8</sup> El artículo 262 del Código de Comercio, modificado por la Ley 222 de 1995, artículo 32, dispone: “Las sociedades subordinadas no podrán tener a ningún título, partes de interés, cuotas o acciones en las sociedades que las dirijan o controlen. Serán ineficaces los negocios que se celebren, contrariando lo dispuesto en este artículo”.



campo civil, en aplicación del principio de remisión previsto en el artículo 822 de la codificación mercantil, según el cual

los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

Luego, por aplicación extensiva del artículo 1746 del Código Civil, es preciso aplicar a los casos de ineficacia comercial los efectos que la ley consagró para la nulidad:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita... En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz (como el artículo 897 del Código de Comercio), la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás; lo cual tiene la aptitud de producir acción contra terceros poseedores. Así lo consagra expresamente el artículo 1748: “La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales”.

Como el vicio invalidante se produce en el origen o conformación del negocio, es natural que la invalidez se retrotraiga a ese instante, desapareciendo todos los efectos que pudo haber producido desde entonces. Esta retroactividad se da en las relaciones de los contratantes entre sí, o bien respecto de terceros, siempre que hayan sido parte en el proceso... Entre las excepciones está lo concerniente al objeto o causa ilícita, casos en los cuales no es posible repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud (1525); como tampoco lo que se haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de haberse hecho este más rico (1747). Tampoco hay lugar a



la restitución material del bien cuando ello no sea posible por motivos de utilidad pública o interés social, casos en los cuales se dará una reivindicación ficta o compensatoria (art. 58 de la Constitución Política)...”<sup>9</sup>.

## 2. LA SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 2019

La posición descrita en el punto anterior fue variada en sentencia de 30 de octubre de 2019, fallo en el que se determinó que con base en el artículo 822 del Código de Comercio que remite al Código Civil, debe aplicarse lo establecido en el artículo 1525 del mismo, de tal manera que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas. Esta sentencia fue dictada a propósito del recurso de casación interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, relativo a la ineficacia de pleno derecho de una adquisición de acciones basado en el artículo 14 de la Ley 226 de 1995. En el fallo de primera instancia, confirmado en apelación, se declaró la ineficacia de pleno derecho de la compra de acciones cuestionada, y que el adquirente no podía repetir lo que hubiera dado por ellas, al no haberlas adquirido ni ser poseedor de estas de buena fe. La Corte no casó la sentencia. En las consideraciones del fallo se afirmó:

(...) no le asiste razón al recurrente cuando invoca violación de la ley sustancial, por haberse reconocido las consecuencias del artículo 1525 del Código Civil por analogía, pues por el reenvío mandado en el precepto 822 del estatuto comercial, se dio cabida a esta regla civil en un asunto mercantil, en desarrollo del elenco normativo sobre las secuelas de la nulidad, entre esas el artículo 1746 del mismo régimen civil, que como ya se anotó, prevé en su primer párrafo el derecho de las partes a que en la sentencia sean “restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”.

Precisión de uso del régimen normativo de la nulidad a la ineficacia porque, itérase, para las restituciones mutuas procedentes del reconocimiento de los presupuestos de esta última, cuando el negocio ineficaz respectivo ha conllevado intercambio de prestaciones, no hay reglas especiales en la ley comercial, de tal manera que deben aplicarse las del derecho civil para

---

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 9 de agosto de 2018, M.P. Ariel Salazar Ramírez, SC 3201-2018.



la nulidad que, por cierto, son las únicas para sanciones relacionadas con la validez del negocio jurídico<sup>10</sup>.

### 3. APRECIACIONES CONCLUSIVAS

Tal como se señaló e la introducción a este artículo, la consecuencia que debe predicarse de los actos que se declaran ineficaces de pleno derecho, es que las partes deben ser restituidas al estado en que se encontraban al momento de contratar.

Ahora, en cuanto a la sentencia de 30 de octubre de 2019, cabe señalar que esta incurre en los siguientes errores: el primero, en asumir que, para tal situación, son aplicables las normas civiles por la remisión directa que a ellas hace el artículo 822 del Código de Comercio. Esta disposición lo que hace es un llamado directo a las reglas del Código Civil sobre obligaciones y contratos para que rijan los asuntos mercantiles, “a menos que la ley establezca otra cosa”. Es decir: se trata de una incorporación directa de las disposiciones del Código Civil que, por ende, adquieren naturaleza mercantil, lo cual es diferente de la aplicación analógica de las normas, recurso al que se debe acudir en caso de vacíos normativos<sup>11</sup>.

Por otro lado, como bien se señaló en un salvamento de voto al fallo de 30 de octubre de 2019, la sanción del artículo 1525 del Código Civil está consagrada para la nulidad absoluta por objeto ilícito y no para la ineficacia de pleno derecho, que es una categoría distinta. A su vez, como también lo señala el mencionado salvamento de voto, debe recordarse que las normas de carácter sancionatorio son de aplicación restrictiva y no pueden interpretarse por analogía o extensión. Así precisó dicho salvamento de voto:

(...) no era aplicable al caso la sanción del artículo 1525 del código civil, porque, como repetidamente lo ha dicho la Corte, las normas que establecen sanciones o castigos son de aplicación restrictiva y no pueden interpretarse en forma analógica o extensiva. Pero además, en la conducta del demandado no hay demostrado un objeto ni una causa ilícita, sencillamente, se aceptó a posteriori, y fue con la decisión de la justicia laboral, que no estaba habilitado para comprar porque al fin resultó que

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de octubre de 2019, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, SC 4654-2019.

<sup>11</sup> En este sentido: Arrubla Paucar, Jaime Alberto, *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil*, Bogotá: Legis, 2012, 30.



no era trabajador de la empresa cuyas acciones adquirió, pero no están probados los vicios que el artículo 1525 acoge para la imposición de la sanción<sup>12</sup>.

Sería, por ende, de esperar que la jurisprudencia corrija la postura que ha adoptado en uno de los fallos reseñados y adopte la posición que resulta lógica: las prestaciones que se hubieren ejecutado en virtud de un contrato que se declara ineficaz de pleno derecho, deben restituirse.

## BIBLIOGRAFÍA

Arrubla Paucar, Jaime Alberto, *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil*, Bogotá: Legis, 2012.

Martínez Neira, Néstor Humberto, *Cátedra de introducción al derecho mercantil*, Bogotá: Legis, 2021.

Mendoza Ramírez, Álvaro, *Obligaciones*, Bogotá: Universidad de La Sabana, Temis, 2020.

Narváez García, José Ignacio, *Derecho mercantil colombiano. Obligaciones y contratos mercantiles*, Bogotá: Legis, 2002.

Ramírez Baquero, Édgar, *La ineficacia en el negocio jurídico*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008.

### Sentencias citadas

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1.º de diciembre de 1938, M.P. Hernán Salamanca, G.J. XLVII, 447 a 468.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 9 de agosto de 2018, M.P. Ariel Salazar Ramírez. SC 3201-2018.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de octubre de 2019, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, SC 4654-2019.

---

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 30 de octubre de 2019, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, SC 4654-2019, salvamento de voto de Álvaro Fernando García Restrepo. También apartándose del sentido del fallo, en el salvamento de voto del magistrado Luis Alonso Rico se destacó la autonomía de la ineficacia de pleno derecho frente a las otras formas de “frustración del negocio jurídico”, como las denominó.







# LA TEORÍA DE LOS RIESGOS. PANORAMA Y PROBLEMÁTICAS

CARLOS EDUARDO BERMÚDEZ MUÑOZ\*

Todo contrato debe echar raíces en una causa real y lícita, su propósito es crear obligaciones<sup>1</sup>, y toda obligación tiene por objeto la prestación que recae sobre las cosas que se dan, que se entregan o sobre los hechos que se comprometen, bien para realizarlos, ora para omitirlos.

Cuando el cuerpo cierto<sup>2</sup> sobre el cual recae el objeto de la prestación de dar o de entregar perece por fuerza mayor, la obligación se extingue.

Hasta ahí no hemos pasado del artículo 1625-7 del Código Civil, es decir, estamos en el campo de la extinción de las obligaciones, pero aun ahí, la perspectiva es limitada, porque no hemos evaluado la consecuencia del caso fortuito que afecta un género ilimitado, ni uno limitado, ni idéntico efecto cuando la prestación que se torna imposible es de hacer o no hacer y, obviamente, no hemos saltado al terreno de la teoría de los riesgos.

La llamada teoría de los riesgos o teoría general de los riesgos —la distinción vale en cuanto que podría entenderse que en sentido estricto e histórico estuvo referida a la solución del problema de la pérdida fortuita del cuerpo cierto y no de la extinción de cualquier obligación por caso fortuito— trata de responder la pregunta acerca de quién debe sufrir las consecuencias de la pérdida fortuita del cuerpo cierto o, más bien, de la extinción de la obligación de entregarlo, obviamente, aparte del gravamen natural que representa para el acreedor la insatisfacción de su derecho.

La cuestión se torna problemática desde su mismo planteamiento.

---

\* Abogado egresado de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho Tributario de la misma Universidad, ha sido profesor de introducción al Derecho en la Universidad del Rosario y en la Universidad de la Sabana, de Teoría general de los contratos comerciales, de impuesto de timbre y de contratos garantía en cursos de especialización de la Universidad del Rosario, y de contratos de tecnología en el ICESI de Santiago de Cali. Se desempeña como consultor privado desde hace más de treinta años.

<sup>1</sup> Colombia, Congreso de la República, Decreto 410 de 1971, artículo 864.

<sup>2</sup> Los géneros no perecen.



Un breve recorrido histórico parece dar a entender que el asunto estaba circunscrito a definir qué debería ocurrir, en un contrato bilateral, con el vínculo que no resultaba afectado por la pérdida fortuita del cuerpo cierto. Si ese otro vínculo, es decir, si esa otra obligación donde el destinatario del cuerpo cierto ya no era acreedor, sino deudor de una contraprestación, generalmente de pagar dinero, debía o no subsistir, vale decir, si perdido el cuerpo cierto del cual era acreedor, encima de todo, debía honrar su obligación.

La doctrina tradicional, recogida lúcidamente por Luis Claro Solar<sup>3</sup>, se trenzó en un debate relativo a la identificación de la regla que se desprendía de las soluciones romanas, luego transferidas al derecho español en el Fuero Real y en las Siete Partidas y finalmente recogidas en los códigos francés, español, chileno y colombiano.

Pero esa discusión estaba referida a una teoría de los riesgos circunscrita a la pérdida fortuita del cuerpo cierto. Eso se refleja en una disposición metodológica de los códigos decimonónicos: las normas sobre la extinción de las obligaciones solo tratan la pérdida de la cosa que se debe, tal cual el 1625-7, desarrollado por los artículos 1729 y siguientes del Código Civil que conforman el título XIX del libro IV, dedicado a la pérdida de la cosa que se debe como causa de extinción de las obligaciones. Por excepción el 1184 del Código Civil Español de 1889 extendía el supuesto a las obligaciones de hacer: “También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible”.

Y no es que esa disposición metodológica conlleve la negación de la consecuencia extintiva de la fuerza mayor en las obligaciones de hacer, porque de hecho surge de las reglas que disponen sobre el efecto de las obligaciones<sup>4</sup>, sino que el asunto se mira, de manera general, desde la perspectiva del nacimiento de la obligación y, de manera particular, solo para la pérdida de la cosa que se debe, desde la óptica de la extinción. Nadie es responsable del caso fortuito, desde que se contrata el alcance de la obligación se limita por la previsibilidad, “(...) la culpa civil, es la omisión en la previsión de lo que en efecto era previsible”<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Claro Solar, Luis, *Derecho civil pbligaciones tomo I*, Imprenta Universal de Chile, Santiago, 1986, 224 y ss.

<sup>4</sup> El deudor no es responsable del caso fortuito, dice el artículo 1604 del Código Civil.

<sup>5</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 9 de diciembre de 2010, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva, expediente D-8146: Intervención de la profesora Marcela Castro en representación de la Universidad de los Andes.



Dice el maestro Hinestrosa<sup>6</sup> que normativas más recientes: el BGB, el Código italiano de 1942, el argentino, el de la provincia de Quebec y el de los países bajos, se refieren a la imposibilidad sobrevenida, que la distinguen de la existente al momento de contratar, en la cual el efecto es la nulidad o la inexistencia del contrato. En ese sentido la pérdida del cuerpo cierto se refiere a la extinción de una obligación, posible cuando se contrató, cuando nació, que se torna inejecutable después de contraída, lo cual en nada cambia el hecho de que los contratantes solo se obligan a lo previsible, a reparar lo que previeron o debieron prever y, salvo pacto en contrario, no se obligan a prever los efectos dañinos del caso fortuito.

Por otra parte, entiendo que la razón que está detrás de esa perspectiva estricta radica en que se entendía que solo en el caso de la pérdida de cosas ocurría una afectación patrimonial. La actuación comprometida que se tornó imposible no demandó una pérdida para el deudor, porque no la había realizado.

Eso es lo que pasa cuando se mira el reflejo contable de la situación: el deudor de una obligación de hacer que ha recibido el precio convenido de manera anticipada genera el ingreso en el activo y registra la deuda en el pasivo, de manera que, extinguiéndose su obligación por el acaecimiento del evento fortuito, puede devolver el pago sin afectación patrimonial, porque lo que tenía que hacer no lo había hecho. Cosa diferente ocurre, en idéntico supuesto, con el deudor del cuerpo cierto o del género limitado: si bien la devolución del pago recibido por anticipado no afecta su patrimonio, en cuanto al recibirlo registró el ingreso y el pasivo correlativo, la desaparición de la especie o del género limitado sí lo merma porque retira un activo sin contrapartida en el pasivo.

Esa explicación, así sea simplista, me parece que fue la que justificó la perspectiva que surge del análisis de normas ancestrales. Y la reconozco simplista, porque de entrada se me ocurre pensar en los daños que sufre el deudor de la obligación de hacer por la pérdida de las inversiones de aprestamiento y en los que impactan al acreedor más allá del resarcimiento que se supone obtendría si no tiene que pagar lo que nunca recibió.

En ese escenario limitado se indagaba: ¿Para quién se perdía la cosa? Por eso los debates doctrinarios acerca de cuál fue el principio que acogió el derecho Romano y si ese principio se modificó cuando se expidió el Có-

---

<sup>6</sup> Hinestrosa Forero, Fernando, *Tratado de las obligaciones. Tomo I. Concepto, estructura, vicisitudes*, segunda edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2002, 126-130.



digo Civil francés y se eliminó la distinción entre título y modo o cuando menos se dispuso que el solo título transfería el dominio, discurren entre el *res perit creditori*, el *res perit debitori* y el *res perit domino*, es decir, son discusiones sobre la *res*, sobre cosas, no sobre hechos.

Sin embargo, por lo menos una parte de las explicaciones para identificar la solución que adoptó uno y otro derecho, desbordan el campo de la cosa propiamente dicha.

Digo que parte de esas explicaciones, porque, en efecto, van desde las más elementales que se refieren a una especie de compensación entre el beneficio por los acrecimientos y la pérdida: quien se beneficia de los acrecimientos sin pagar más por ellos debe sufrir las pérdidas; pasando por otras que tocan la posición frente a la cosa: se es dueño, se es acreedor del derecho de que le hagan la tradición, se es propietario y acreedor del derecho de que le restituyan la tenencia o se es dueño interesado en recuperar la posesión; hasta llegar, finalmente, a análisis más complejos, que son los que desbordan el ámbito de la *res*, donde se sostiene que desde la celebración del contrato bilateral cada parte tiene en su haber un derecho personal o crédito, y así como son suyos los beneficios, debe sufrir las afectaciones que se deriven del acaecer fortuito. Desde esta última óptica no sería dislate pensar, cuando se lee el artículo 670 del Código Civil, que en últimas el principio siempre fue el *res perit domino*, referido al propietario del derecho personal o crédito.

Esa tradición se expresa elocuentemente en la Ley XXIII del Fuero Real que trata sobre “[a] *quién pertenesce el pro ó el daño de aquello que es vendido, si se mejora ó se empeora*”<sup>7</sup>. No me resisto a transcribir algunos apartes que los invito a leer con despacio, como pedía el maestro Carrizosa Pardo, porque me parece que ponen en evidencia que el asunto de la teoría de los riesgos fue, para la legislación tradicional, un problema limitado en su alcance, tal cual lo destacan en nuestro medio Ospina Fernández y Suescún Melo<sup>8</sup>.

Refiriéndose a las dos formas de compraventa, la solemne y la consensual, disponía la Ley XXIII del fuero regio que después de celebradas el daño era del comprador, aunque la cosa no hubiera pasado a su poder

<sup>7</sup> España, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Edición Antonio Pérez Martín, Leyes históricas de España: Fuero Real de Alfonso X El Sabio, Madrid, 2015.

<sup>8</sup> Ospina Fernández, Guillermo; Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Editorial Temis, Bogotá, D.C., 2000, 578; Suescún, Jorge, *Derecho privado, estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, segunda edición*, Legis, Bogotá, D.C., 2003, 16-35.



*“como si hobiese comprado algunt siervo ó otra cosaqualquier, et despues quelavéndida fuese complida enfermase deguisa que perdiesealguntmiembro, ó se moriese sin culpa del vendedor (...)”<sup>9</sup>.*

Y el efecto se justificaba en cuanto:

(...) que la proque despues veniese á la cosa comprada serie del comprador, maguer lacosa non fuese pasada á su poder. Et esto serie como si hobiese comprado algunt campo ó viña, et despues que la vëndida fuese fecha avenidas de ríos acresciesen á la cosa comprada alguna partida de tierra en que veniesen árboles ó otra cosa por que se mejorase (...) <sup>10</sup>.

La regla expresaba un mecanismo de compensación básico, si no debes pagar por los acrecimientos, debes sufrir los daños: *“como á él pertenesce el daño segunt deximos si la cosa se pierde ó se empeora, quel pertenesca otrosi la mejoría que en ella veniere”<sup>11</sup>.*

Lo que nos trae aquí es, entonces, otra cuestión: saber si se puede identificar, como en el pasado lo intentó la doctrina con la teoría de los riesgos en sentido estricto o limitado, una regla que solucione, de manera general, justa y lógica, el problema de los riesgos cuando la fuerza mayor imposibilita la prestación de hacer comprometida antes de comenzar a ejecutarla o en el camino de su cumplimiento, y en este último caso, de manera definitiva o meramente temporal.

La proposición misma de teoría de los riesgos solo se puede entender cuando se reconoce que la obligación es un vínculo, una atadura, que por lo tanto conforma una relación de contenido patrimonial que liga a dos, un acreedor y un deudor y, más importante que todo lo anterior, que en los contratos bilaterales nacen dos vínculos distintos, en cada uno de los cuales los contratantes actúan en papeles que se intercambian, son acreedores y deudores recíprocos en las dos relaciones.

No se entiende la cuestión si se tratan como sinónimos el vínculo y su extremo pasivo, cosa por demás corriente. Eso propone una enorme dificultad lexicográfica para el entendimiento de la teoría. De hecho y como muy bien lo destaca el profesor de la Universidad de Medellín Carlos Fer-

---

<sup>9</sup> España, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Edición Antonio Pérez Martín, Leyes históricas de España: Fuero Real de Alfonso X El Sabio, Madrid, 2015.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.*



nando Gómez Vásquez<sup>12</sup>, todos los análisis de la doctrina tradicional estuvieron afectados por esta confusión cuando se debatían entre las tesis del *res perit creditori* y el *res perit debitori*, porque cuando se decía que el riesgo era del acreedor, realmente lo era del deudor, y cuando se decía que el riesgo era del deudor, se estaba queriendo significar, en verdad, todo lo contrario, que al que se le perdía fortuitamente el cuerpo cierto, perdía el derecho personal o crédito (la acreencia) que le permitía cobrar el precio.

Entonces, también desde la terminología, no solo desde el alcance de la teoría, la cosa es complicada.

La pregunta con la que comienza la teoría de los riesgos se debe formular indagando ¿Qué pasa con el otro vínculo, con el que no resultó afectado por el evento de fuerza mayor?: subsiste o desaparece. Si subsiste, el riesgo de la pérdida de la cosa debida es del deudor del precio, si se extingue, el riesgo de la pérdida de la cosa es del acreedor del mismo precio.

No se puede soslayar otra precisión: que la teoría de los riesgos no se limitaba a los cuerpos ciertos. Dicho de otra forma, el significado de que los géneros no perecen, que conducía a sostener que el problema de los riesgos no surgía sino en las obligaciones de dar especies, tampoco es tan cierto, porque cuando el género es limitado, tal cual el granel transportado en un buque, sí se extingue la obligación del porteador, y entonces hay que ver qué ocurre con el otro vínculo, con la obligación de pagar el flete que, como lo destaca el profesor Jorge Suescún<sup>13</sup>, suele preservarse en cabeza del dueño de la carga.

De lo anterior, menos se puede pasar por alto que la solución varía dependiendo del momento en que se materializa el riesgo de la pérdida y, por lo tanto, del instante en que se extingue la obligación del deudor del cuerpo cierto.

Una cosa ocurre si la obligación está sujeta a condición suspensiva y la pérdida ocurre cuando aún no ha sucedido el hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento del débito, evento donde hay que distinguir entre pérdida y deterioro, y otra distinta, en las obligaciones puras y simples o en las sujetas a plazo. Más allá, otro es el resultado si la condición es resolutoria, aunque para algunos el efecto es el mismo porque el 1543 del Código Civil no discriminó el trato, y, en esa medida, se oponen a la

---

<sup>12</sup> Gómez Vásquez, Carlos Fernando, “Riesgo contractual y extinción del contrato”, *Revista Opinión Jurídica* de la Universidad de Medellín, 2009, 5 (10) 123-140.

<sup>13</sup> Suescún, Jorge, *Derecho privado estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Legis, Bogotá, D.C., 2003, 18.



doctrina más tradicional conforme con la cual el artículo está referido a la condición suspensiva<sup>14,15</sup>.

Por último, y para acabar de darle la vuelta al entuerto, parte de la doctrina afirma que el problema que aborda la teoría no tiene aplicación en los contratos unilaterales, por la potísima razón de que la fuerza mayor extingue el único vínculo y, por lo tanto, el contrato. Sin embargo, para algunos queda por resolver el asunto de los contratos sinalagmáticos imperfectos que, recordando alguna precisión de mi profesor Hernando Tapias Rocha, parece ser un problema menor, porque la causa del reclamo del titular del derecho nacido del contrato no es el negocio, se trata de una responsabilidad típicamente extracontractual derivada del daño que producen las cosas. Por ejemplo, cuando en el depósito civil gratuito se pierde la cosa, pero su destrucción causa daños al depositario.

Esta variante de la teoría de los riesgos con alcance restringido fue la que se reflejó en las normas que quedaron en la parte general de nuestro Código Civil, idénticas a las del Código Civil chileno, y consecuentemente en la parte general del Código de Comercio, por disposición del artículo 822, que hizo comerciales por la vía de la remisión directa las disposiciones sobre contratos y obligaciones del Código Civil y que impone su aplicación a los asuntos de comercio aun antes de acudir al recurso de la analogía.

Sin embargo, esas normas que quedaron en la parte general, perdóneme el circunloquio, son de una generalidad limitada, en cuanto que solamente regulan los efectos respecto del vínculo supérstite en el contrato bilateral, cuando se extingue por fuerza mayor la obligación que tiene por objeto *entregar* un cuerpo cierto. Se trata de reglas referidas exclusivamente al “(...) riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba (...)”<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Son idénticas las soluciones de los artículos 1543, referido a las obligaciones condicionales y 1876 de la compraventa, ambas del Código Civil, para el caso del cuerpo cierto que se debe bajo condición suspensiva que se cumple, cuando el mismo perece, se deteriora o mejora durante la pendencia. Sin embargo, mientras la norma de la compraventa está referida a la condición suspensiva, el 1543 no precisa si se aplica solamente a la suspensiva o también a la resolutoria. No encuentro razón para que la solución no se aplique en los contratos sujetos a condición resolutoria, donde la posición del adquirente es idéntica a la de quien enajena bajo condición suspensiva. Es dueño y la condición que resuelve su derecho, es la misma que suspende el nacimiento del enajenante, son las dos caras de una misma moneda.

<sup>15</sup> Claro Solar, Luis, *Derecho civil obligaciones tomo I*, Imprenta Universal de Chile, Santiago, 1986, 244 y 243.

<sup>16</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 84 de 1873, artículo 1607.



Por eso, la primera conclusión a la que creo necesario llegar es que no hay en el derecho privado colombiano una regla general que resuelva el problema de los riesgos en las obligaciones de hacer: “(...) nuestro Código, siguiendo la inveterada tradición latina, consagra la teoría de los riesgos, limitando su campo de acción al de las obligaciones de dar o entregar especie o cuerpo cierto (...)”<sup>17</sup>. La hay para regular la consecuencia de la extinción de la obligación de entregar una especie o un género limitado que se pierde fortuitamente, con alcance discutido en cuanto a su *justicia* y restringido por un sinnúmero de excepciones contenidas en las reglas particulares que regulan las obligaciones de custodia y cuidado. Solo basta citar, a manera de ejemplo y siguiendo al profesor Hinestrosa<sup>18</sup>, el caso del aporte regulado en los artículos 127 y 128 del Código de Comercio, donde el riesgo de la pérdida corre por cuenta del aportante, es decir, del deudor de la obligación de entregar el aporte, y no de la sociedad, que es la acreedora de esa obligación, pero la deudora de la participación bien que esté representada en cuotas o en acciones<sup>19,20</sup>.

---

<sup>17</sup> Ospina Fernández, Guillermo; Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, D.C.: Editorial Temis, 2000, 578.

<sup>18</sup> Hinestrosa Forero, Fernando, *Tratado de las obligaciones. Tomo I. Concepto, estructura, vicisitudes*, Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2003, 136-137.

<sup>19</sup> La nota a pie de página número 19 del artículo denominado “*El riesgo contractual en los códigos civil y de comercio colombianos*.”, publicado por el profesor Carlos Fernando Gómez Vásquez en la *Revista Opinión Jurídica* de la Universidad de Medellín cuenta lo siguiente a este mismo respecto: Análisis dogmático de la normativa vigente ibíd. *Vid.*, Tamayo Lombana, Alberto. *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005, 426-428, quien afirma que tampoco se aplica la regla del artículo 1607 C.C. en tratándose de ventas a término, de obligaciones alternativas y de obligaciones facultativas; Suescún Melo, op. cit., 30-31. La misma precisión ha sido señalada por la doctrina chilena, que interesa en el contexto colombiano en la medida en que los artículos 1550 C.C. chileno y 1607 C.C. tienen idéntico contenido. “El artículo 1550 del Código Civil dice que “el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se debe, es siempre a cargo del acreedor...” lo que parece indicar que ello constituye la regla general en el derecho chileno. Sin embargo, un examen atento de las diversas disposiciones de nuestro Código Civil nos permite llegar a la conclusión de que la regla general en el C.C. chileno es de que la cosa perece para su dueño, y que en el contrato bilateral la pérdida es para el acreedor solo por excepción, y que la regla del artículo 1550, constituye un principio de carácter excepcional aplicable únicamente a los contratos de venta y permuta. Veamos las disposiciones del código [arts. 1950, 1996, 2000, 1486, 1547, 1673 [2], 1590 [1], 1672, 1550 [3] y 1676] para ver que el alcance del artículo 1550 no es tan amplio como allí parece indicarse”. Alessandri Rodríguez, Arturo. *Derecho civil. Teoría de las obligaciones*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1983, 249. *Cfr.* Abeliuk Manasevich, René. *Las obligaciones*. Tomo II. 4ª ed. Bogotá: Temis, 1993, 1068-1069, 1605.

<sup>20</sup> Ospina Fernández refiere los casos de las ventas a prueba, de cosas de género que deben ser contadas o pesadas o medidas, los supuestos de la venta bajo condición suspen-





Entonces ¿Qué pasa cuando el objeto de la obligación afectado con el evento fortuito es una prestación de hacer? ¿Se advierte una regla en la casuística legal, se puede extraer un principio o la solución hay que buscarla en otro lado? ¿Cabe acá una suerte de analogía *iuris*, en la que, “(...) a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada”<sup>21</sup>?

El desánimo podría cundir leyendo<sup>22</sup> la nota al pie número 187 del Tratado de Obligaciones del maestro Hinestroza, referida al recorrido que realizó en busca de la casuística de las obligaciones de custodia y de cuidado, que guardan directa relación con la obligación de entregar: “(...) examinando uno a uno aquellos preceptos se pueden apreciar cómo, no obstante empeños vanos de imponer reglas generales absolutas, y a pesar de estas, la solución particular es ineludible por lo sensata y justa”<sup>23</sup>.

Sin embargo, resulta que la disección del maestro no está referida a las obligaciones de hacer, sino a la de entregar, en la mayoría de los eventos a la de restituir una cosa, pues cuando alguien se libera de responsabilidad por la custodia a su cargo dada la ocurrencia de un acaso que destruye la cosa, lo que ocurre en la práctica es que se libera de la obligación de entregar, o de restituir, tal cual pasa con el depositario, el comodatario, el arrendatario, el transportador, el consignatario, el mandatario que recibe la tenencia de lo que se le encarga vender o arrendar, y el artífice en relación con la materia entregada por el dueño de la obra. Eso es precisamente lo que reza el artículo 1605 del Código Civil: “La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega (...)”<sup>24</sup>.

---

siva y el de la asunción del riesgo por el deudor, como otros ejemplos más en los que la regla del 1607 se invierte y entonces el riesgo ya no es del acreedor de la obligación de entregar, sino de quien la debe y tiene o suele tener la condición de dueño.

<sup>21</sup> Colombia, Corte Constitucional, sentencia del 1 de marzo de 1995, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, expediente D-665.

<sup>22</sup> Hinestroza Forero, Fernando, *Tratado de las obligaciones. Tomo I. Concepto, estructura, vicisitudes*, Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2003, 129-130, nota 187.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> En las páginas 64 y 65 de “*Riesgo contractual - La teoría de los riesgos en el derecho privado colombiano*”, primera edición de abril de 2009, donde se recoge el valioso trabajo de investigación liderado por los profesores Carlos Gómez Vásquez y Andrés Felipe Aguilar Aguirre, publicado bajo el sello editorial de la Universidad de Medellín, para evidenciar la aplicación general de la regla *res perit debitori* en las obligaciones de hacer se citan los artículos 2008, 2072, 2073, 2179, 2203, 2254 y 2566 del Código Civil. Sin embargo, se trata de reglas referidas a la obligación de custodia de la especie debida



Por otra parte, lo que surge de ese recorrido no es nada distinto de la aplicación de la regla general del Código Civil conforme con la cual la obligación de entregar un cuerpo cierto se extingue por fuerza mayor<sup>25</sup>. De manera que las normas referidas tampoco tratan la materia de la teoría de los riesgos, sino de la extinción por fuerza mayor de la obligación, asunto que antecede la cuestión por cuya solución indaga la socorrida teoría.

Tengo la idea de que el tratamiento casuístico de los riesgos en materia de obligaciones de hacer está contenido en otras normas, en las que disponen sobre lo que ocurre cuando el acaso impide comenzar a ejecutar la acción, en las que tratan de los efectos retardantes de la fuerza mayor en la ejecución de quehaceres continuos y, finalmente, en las que se refieren a los sucesos en curso que no pueden seguir desarrollándose porque el acaso los torna imposibles.

Cuando se miran esas normas se identifican elementos sobresalientes: la posibilidad de desistir del negocio, la consideración de efectos dañinos muy propios de las obligaciones de hacer, como los que tocan con gastos de aprestamiento, o los relacionados con los esfuerzos invertidos en las ejecuciones parciales, pero, sobre todo, se evidencia el silencio frente a muchas consecuencias dañinas, lo cual conduce, materialmente y en últimas, a una distribución en la atribución, es decir, a la ausencia de una regla que permita afirmar que todos los daños debe soportarlos una u otra parte.

Todas esas soluciones normativas revelan, además, un afán de justicia, de hallar una solución, si se quiere, *considerada*. En este sentido son normas guiadas por una forma muy particular de aplicación de *res perit domino* a los quehaceres, acogiendo una perspectiva moral o, si se quiere meramente ética, según la cual los efectos de lo que no es culpa de nadie los tiene que soportar *mayormente* quien percibiría el beneficio más duradero de la acción, el dueño del negocio, el que demanda la prestación del mercado para concluir un asunto propio. También advierto en esas disposiciones un trato preferente hacia el trabajo humano: merece mayor protección que los restantes factores de producción.

Las reglas de los artículos 1983 y 1984 del Código Civil, referidas a la demora o a la imposibilidad de conceder la tenencia de la cosa arrendada, y las de los artículos 1592, 1607 y 1882 del Código de Comercio sobre im-

---

que está contenida en la de entregar, de manera que no creo que se puedan invocar para inferir el principio de asignación de riesgos cuando el acaso extingue o dilata la ejecución de la obligación de hacer.

<sup>25</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 84 de 1873, artículos 1625-7, 1729 y ss.



posibilidad fortuita de ejecutar la obligación del transportador en el transporte aéreo y marítimo de personas y en el marítimo de cosas, proveen una solución equivalente a la imposibilidad de ejecutar la obligación de hacer contratada: la terminación del contrato.

Si se mira con cuidado, se trata de la imposibilidad de comenzar la ejecución en el tiempo convenido, no de la “imposibilidad sobrevenida” que propone el problema del cumplimiento parcial.

En tales casos, repito, donde celebrado el contrato no puede comenzar la ejecución por fuerza mayor, bien porque se conceda el derecho de desistir al acreedor de la obligación de hacer o porque la propia ley disponga la extinción del contrato, la solución mira al negocio como un todo, desde la misma perspectiva de la teoría de la causa que antecede su celebración como motivo real y lícito, y opta por su desaparición: no debe ejecutar el hecho quien no pudo hacerlo debido al acaso y, obviamente, no debe indemnizar porque la obligación no nació. De otro lado, y por la misma razón, no debe cumplir la obligación correlativa el acreedor del servicio.

Eventualmente se reconocen obligaciones de resarcir efectos dañinos en beneficio del deudor de la obligación de hacer, es decir, del transportador: “Si la terminación del contrato sobreviniere después del embarque, el remitente soportará los gastos de descargue”, dice el artículo 1607 del Código de Comercio.

Los gastos que demanda el descargue, que son un daño porque suponen un movimiento adicional, generalmente onerosos en el transporte marítimo, como que comportan el empleo del equipamiento y la prestación de los servicios del operador portuario, que el remitente no tendría que haber asumido en caso de haberse ejecutado el contrato, corren por su cuenta, en un ejemplo claro de asignación del efecto derivado de la materialización del riesgo al acreedor de la obligación extinguida.

Evidentemente el acreedor de la obligación de hacer puede sufrir otros daños: quedan más despojos en el camino. Piénsese en un mayor costo del nuevo transporte, en la indemnización del cumplimiento tardío al destinatario, en los gastos de reproceso de los productos transportados, en los deterioros asociados a la oportunidad de uso, en fin, en muchos otros. Su problema no se soluciona simplemente eximiéndole de la obligación de pagar el servicio que no recibió.

Y lo mismo le pasa al transportador, a manera de ejemplo, con los gastos de aprestamiento, los preparativos que hizo el obligado a hacer, precisa-



mente para poder hacer en tiempo y forma, cuando lo invertido no es reutilizable, cuando esos gastos no son recuperables total o parcialmente.

En la solución que extingue el contrato, el riesgo de realización de esos daños se distribuye entre el deudor de la obligación que muere por el acaso y el deudor de la obligación que desaparece ante la ausencia de la causa real y del contrato.

Esa distribución del riesgo se parece a lo que se dice de los riesgos conaturales a la vida en sociedad. Ambas partes, en últimas, tienen que correr, en mayor o menor medida, con los efectos perjudiciales de la materialización del riesgo que impidió ejecutar la prestación de hacer —objeto de la obligación de una de las partes—, y que condujo a la extinción del negocio automáticamente o fruto del derecho de desistir, puesto en cabeza del acreedor de la deuda extinguida por el acaso.

Esa solución: la de la desaparición del contrato, aparece recogida en las legislaciones modernas como lo narra el profesor Gómez Vásquez<sup>26</sup>, y se expresa como una aplicación concreta de la teoría de la causa que mira el contrato integralmente, sin dejarse confundir en el enjambre de los vínculos obligacionales nacidos de su celebración.

Muy de la mano de Betti se concluye que desaparece la razón de existir del negocio, su función social, y entonces el derecho opta por la liberación de ambas partes, aunque, como se vio en el caso del transporte de carga marítimo, provee soluciones a las consecuencias de hecho, que es el problema que en últimas propone la inexistencia: qué hacer con lo que materialmente ocurrió no obstante que para el derecho no existe la razón de su ocurrencia: el contrato.

Vale la pena destacar otra cosa. En la mayoría de los casos la ley reconoce el derecho de desistir del contrato en cabeza del acreedor de la obligación de hacer afectada por el acaso. La extinción no opera de pleno derecho, depende de su voluntad, con lo cual se resuelve otro asunto: el de la imposibilidad temporal de cumplimiento que no ocurre con la pérdida del cuerpo cierto materia de la teoría tradicional de los riesgos. El deber constitucional de solidaridad<sup>27</sup> no alcanza para imponer la obligación de

---

<sup>26</sup> Gómez Vásquez, Carlos Fernando, “Riesgo contractual y extinción del contrato”, *Revista Opinión Jurídica de la Universidad de Medellín*, 2009, 5 (10), 123-140.: “Esta solución es acogida en varios ordenamientos jurídicos nacionales: Alemania (art. 323 [1] BGB), Italia (art. 1463 cc), Bolivia (art. 577 cc) y Argentina (art. 895 cc)”.

<sup>27</sup> Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Colombia, artículos 1.º y 95.



esperar el próximo tren, el acreedor puede perseverar en el negocio o desistir según le resulte conveniente, vale decir, según subsista la causa que lo motivó a contratar, o en palabras de Betti, según pueda satisfacerse aún, con el cumplimiento tardío, el *commodum obligationis*.

Los artículos 1590 y 1591 del Código de Comercio para el caso del transporte marítimo de pasajeros y el 1607 en el transporte marítimo de carga, ofrecen esta solución para los eventos de cancelación y retardo excesivo del zarpe<sup>28</sup>. Igual ocurre con el derecho del arrendatario de desistir del contrato cuando en la fecha convenida para que el arrendador cumpla su obligación de empezar a concederle el derecho personal de tenencia ocurra una fuerza mayor que le impida hacerlo.

Qué bueno sería que ahí terminara la cosa. Pero no hay tal. Queda por examinar la imposibilidad sobrevenida, con su lastre de la ejecución parcial: más daños.

Parece que el criterio acá depende de si la imposibilidad sobrevenida es temporal o definitiva.

La temporal significa la posibilidad de cumplir, pero tarde, después de lo convenido, y entonces ocurre la ejecución tardía que no genera responsabilidad en cuanto se echa de menos la relación causal entre la conducta del deudor y el atraso. En ese sentido el artículo 1616 del Código Civil reza que “La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios”.

Pero más allá de eso, significa que la fuerza mayor con efectos impeditivos transitorios no conlleva, por regla general, la extinción del vínculo. Las reglas sobre el cumplimiento tardío a consecuencia de la imposibilidad temporal de ejecución son otra evidencia del principio de preservación del negocio jurídico en cuanto favorecen la conclusión, así sea tardía, de lo que ya estaba encaminado. Y decimos que se trata de normas generales, porque la legislación suele dejar abierta la posibilidad de que el acreedor de la obligación cuyo cumplimiento se retarda por el acaso, pueda desistir del contrato, pero no señalan como principio la extinción automática del negocio jurídico.

Obviamente, el retraso, aun derivado del acaso, produce consecuencias dañinas: se encarece la ejecución para el deudor y el acreedor padece los daños de la conclusión inoportuna. El ejemplo típico lo ofrecen las recla-

---

<sup>28</sup> Entiendo que, ante la ausencia de distinción, la norma es aplicable cuando dichos eventos ocurren por fuerza mayor.



maciones por lo que se conoce como mayor permanencia en obra o *stand by*.

En todos esos eventos, donde la noción de riesgo cobra vida, la asignación de los riesgos no sigue un criterio muy claro. Tiendo a creer que sugiere poner a cargo del acreedor los mayores costos y gastos incurridos por el deudor de la obligación de hacer cuya ejecución se prolongó en el tiempo. Pero con ese alcance limitado, es decir, no se reconoce un aumento del precio, sino solamente de los costos y gastos, lo cual implica un traslado de la materialización del riesgo: la pérdida, que no es una indemnización, porque no guarda relación con la conducta del acreedor ni se reconoce el lucro cesante, y que tampoco se explica con la teoría del enriquecimiento sin causa, porque el acreedor no se enriquece, también pierde: además del gravamen connatural que supone la satisfacción tardía, asume los costos y gastos adicionales en que tuvo que incurrir el deudor para cumplir.

Por otra parte, subsistiendo inalterada la obligación de pagar, es decir, la que no se vio afectada por el evento fortuito, las consecuencias dañinas que experimenta el deudor en ese vínculo quedan en su cabeza, son, por decirlo de manera gráfica un riesgo de su negocio. En ese sentido, si se siguiera la terminología tradicional, con todo y lo confusa que resulta, el riesgo es del demandante de la prestación de hacer, del acreedor.

A manera de ejemplo se puede traer a colación el caso del transporte. Conforme con el artículo 992 del Código de Comercio el transportador se exonera de su responsabilidad por la ejecución tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño le fue extraña y “(...) que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación”.

Si la imposibilidad fortuita es temporal, la ejecución tardía es lícita, no nace responsabilidad a cargo del transportador, vale decir, no debe indemnizar la mora, lo cual significa que no ocurre la extinción de la obligación sino la modificación de la oportunidad para su cumplimiento. En este caso la fuerza mayor que afecta al obligado no extingue el vínculo obligacional, lo modifica, por eso, en estrictísimo rigor, no debería hablarse de los riesgos, es decir, de lo que ocurre con la otra obligación nacida del contrato de transporte, la de pagar el flete.

Sin embargo, lo cierto es que de la modificación de la obligación de hacer (ejecutar el transporte) pueden derivarse consecuencias dañinas para ambas partes, los costos del transporte serán mayores y tanto el remitente como el destinatario pueden terminar afectados por los efectos del retraso sobre las mercancías o sobre el destino al que pretendían aplicarlas.



¿Podría el transportador demandar un ajuste del flete? ¿O es un riesgo que corre por su cuenta siguiendo la perspectiva de otra teoría que habla de los riesgos, la del riesgo creado que se aplica en materia de responsabilidad extracontractual?

Parece que la respuesta la da el artículo 1009 del Código de Comercio cuando dice que los demás gastos que ocasione la cosa deben ser pagados por el remitente. Por ejemplo, aquellos que tengan relación con la mayor duración del transporte como consecuencia de una fuerza mayor que imposibilitó temporalmente el cumplimiento de la obligación de hacer. De acuerdo con esta disposición “El precio o flete del transporte y demás gastos que ocasione la cosa con motivo de su conducción o hasta el momento de su entrega son de cargo del remitente”, lo cual, en el supuesto que nos ocupa, significa que son de cargo del acreedor de la obligación de hacer que comporta el traslado de mercancías, todos los gastos en que hubiere incurrido el transportador ante una fuerza mayor que demoró la prestación, para adoptar “(...) las medidas razonables” orientadas a “(...) evitar el perjuicio o su agravación”.

Jaime Arrubla Paucar indica que

**Al lado de los fletes, también puede encontrarse una serie de gastos que ocasione la cosa transportada**, bien conocidos de antemano y causados durante el transporte. Decimos sobre estos lo mismo que señalamos para los fletes; dichos gastos pueden tener un contenido muy diverso, pueden ser, por ejemplo, los ocasionados para una buena conservación de la carga, para evitar su deterioro, para cumplir con impuestos aduaneros, **los ocasionados por un cambio de ruta** etc.<sup>29</sup>

e incluso también los de destrucción de las cosas corruptibles referidos en el artículo 1014 *ibidem*, los de disposición de las cosas entregadas para el transporte como reza el 1023 que carga al remitente, en tal caso, “(...) la obligación de reembolsar los gastos que motive”.

Todas esas consecuencias dañinas derivadas del efecto de la fuerza mayor que, en el presente caso no es la extinción, sino la dilación en el cumplimiento, corren por cuenta del acreedor de la obligación que sigue debiendo el mismo precio o flete convenido, pero además tiene que pagar los daños materiales asociados al retraso fortuito. Se ofrece razonable la asunción de los relacionados con la protección de la carga, porque la

---

<sup>29</sup> Arrubla Paucar, Jaime Alberto, *Contratos mercantiles, contratos típicos*, Bogotá, D.C.: Legis, 2015, 56-57.



obligación de entregarla es de resultado y porque traslucen cumplimiento del deber de diligencia en la preservación del activo del acreedor. No me parece que ocurra lo propio con otros costos y gastos adicionales que bien podrían considerarse un riesgo propio del negocio de transporte, por ejemplo, los gastos de estadía del conductor o los administrativos incurridos para sortear el evento.

Esta misma regla opera en el transporte marítimo<sup>30</sup>, tal como se infiere de las normas que regulan las averías gruesa o común y la particular, dentro de las cuales se incluyen los gastos incurridos en beneficio de la carga que pueden hallar fuente en una imposibilidad temporal sobrevenida<sup>31</sup>.

Debo cerrar esta consideración sobre la imposibilidad temporal y fortuita de ejecución, diciendo que sería válido reprochar el análisis recién hecho, si se asume la teoría de los riesgos bajo el criterio más tradicional en el cual se indaga por lo que ocurre a la obligación subsistente en el negocio bilateral, cuando el otro vínculo nacido del mismo contrato se extingue por fuerza mayor, pues es claro que la imposibilidad temporal por regla general conduce a una ejecución dilatada en el tiempo y no a una extinción de la obligación y porque cuando conduce a la extinción lo que ocurre es que se extingue todo el negocio jurídico porque se le concede al acreedor de la obligación de hacer el derecho de desistir del negocio, tal cual sucede, a manera de ilustración, con la posibilidad de retirar la mercancía transportada a mitad del recorrido que se encuentra entrampado en un evento de fuerza mayor retardante del cumplimiento.

Sin embargo, me parece que la perspectiva de una teoría de los riesgos que abarque las obligaciones de hacer, solo es posible considerando estas particularidades, porque a diferencia de lo que acontece con los cuerpos ciertos que se extinguen de manera definitiva, la fuerza mayor en relación con las obligaciones de hacer puede tener efectos impeditivos temporales o definitivos; esa es su naturaleza.

Finalmente, aparecen los hechos fortuitos sobrevinientes que hacen imposible la ejecución y ahí la solución es la única posible: la extinción del negocio jurídico, con el inconveniente de que las obligaciones de hacer aten-

---

<sup>30</sup> Colombia, Congreso de la República, Decreto 410 de 1971, artículo 1610: “Los cambios razonables de ruta, como el que se efectúe para salvar vidas o bienes en el mar, o para intentar su salvamento, no constituirán infracciones de las obligaciones del transportador, quien no será responsable de ningún daño que de ello resulte”.

<sup>31</sup> Colombia, Congreso de la República, Decreto 410 de 1971, artículos 1514, 1517, 1529 y 1542: en el caso de que el origen del gasto sea la arribada forzosa.





didias de forma parcial, regularmente no satisfacen el *commodum obligationis*. Dicho de otra manera, que sirven al acreedor de la obligación de hacer, tanto como si no se hubiera hecho nada, y que solo representan daños, nada más, esfuerzos cumplidos de buena fe que no alcanzaron a lograr el objetivo, que supusieron incurrir en costos y gastos para quien los hizo, pero que no se traducen en un beneficio para el acreedor de la obligación de hacer.

En estos casos el deudor de la prestación de hacer se libera de completarla, pero ha sufrido un daño: la inversión en los esfuerzos que se tradujeron en una ejecución parcial, y la tendencia general de la ley es que el deudor eximido de acabar de ejecutar, tiene derecho de percibir un pago parcial, vale decir, que el riesgo lo termina sufriendo el acreedor del servicio en cuanto tiene que pagar parte del precio, en muchos casos sin obtener la satisfacción de la necesidad colaborativa que lo motivó a contratar.

En esta línea, por ejemplo, el artículo 1674 del Código de Comercio sobre el contrato de fletamento por tiempo determinado, cuando la nave se pierde, obliga al fletador a pagar “(...) hasta el día de la pérdida”. Igual respuesta propone el artículo 1882 *ibidem* cuando el transporte aéreo se suspende y el pasajero opta por no seguir adelante, solo tiene derecho de obtener “(...) el reembolso de la parte del precio proporcional al trayecto no recorrido”, vale decir, tiene que pagar por el trecho trasegado, aunque no le sirva de nada porque retorna al puerto de partida o aterriza en sitio distinto de su destino.

Igual regla se consagra en el artículo 1240 numeral segundo *ibidem* referente al contrato de fiducia: termina por imposibilidad absoluta de cumplir los fines demarcados por el fiduciante, pero este no se exime de pagar las comisiones fiduciarias causadas hasta la fecha de terminación. Lo mismo sucede en el contrato de obra cuando se pierde la materia proveída por quien la encarga debido a circunstancias extrañas al comportamiento del artífice: el artículo 2057 del Código Civil dispone el pago del trabajo realizado. Igual dispone el artículo 1264 para “Cuando el mandato termine antes de la completa ejecución del encargo” lo cual puede ocurrir como consecuencia de una fuerza mayor que imposibilita de manera definitiva la ejecución: “(...) el mandatario tendrá derecho a un honorario que se fijará tomando en cuenta el valor de los servicios prestados y la remuneración total del mandato”. Estas reglas también se aplican a los contratos de agencia y comisión<sup>32</sup>. En fin, la fórmula se replica en el transporte marítimo de

---

<sup>32</sup> Colombia, Congreso de la República, Decreto 410 de 1971, artículos 1308, 1330 y 1332.



pasajeros: “(...) La restitución del precio se hará con una deducción proporcional a la parte del contrato que se haya ejecutado”.

En conclusión, el riesgo es del acreedor, el deudor de la prestación de hacer se exime de pagar: de ejecutar “la prestación de lo que se debe”<sup>33</sup>, pero el deudor de la contraprestación dineraria debe cumplir, pagar, no todo, pero sí empobrecerse erogando caja, sin contraprestación patrimonial alguna, asumiendo la pérdida, es decir, el resultado de la materialización del riesgo.

Pareciera estar detrás una regla de equidad: la actividad se cumple en interés ajeno, de la obra de propiedad de otro, del negocio del mandante o del fiduciante, de las mercancías del remitente, en fin. Pero lo cierto es que la actividad que se frustra es la ordinaria del prestador, y también podría decirse que el riesgo connaturalmente corresponde al giro de su negocio.

Ese es, a mi modo de ver las cosas, el panorama de esta cuestión y, en el objetivo de arribar a conclusiones vale afirmar unas cuantas obviedades.

La primera es que la especie desaparece para siempre. Pero el hecho que no se pudo realizar en un momento, seguramente se podrá cumplir en otro: cuando la fuerza mayor, el evento *impeditivo*, desaparezca. En una tesis de grado de la Universidad de Chile se hace énfasis en este mismo punto desde otra óptica:

**La imposibilidad actual de ejecución de una obligación que no siempre se extingue**, junto con la modificación de los costos de las obligaciones, también versan sobre la distribución y asignación de los riesgos contractuales y, por lo tanto, su exclusión de esta teoría es, en mi opinión, un error en el estudio de este escenario<sup>34</sup>.

La segunda es que no es lo mismo que desaparezca un activo sin cambio del pasivo y que, por lo tanto, se aminore el patrimonio, a que se extinga la posibilidad de obtener un ingreso cuya exigibilidad depende de incurrir en costos, gastos y esfuerzos que no se han realizado, que es lo que ocurre cuando no se puede ejecutar el contrato y desaparece la causa real que determinó su celebración y, por lo tanto, entra el juego del concepto de la

<sup>33</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 84 de 1873, artículo 1626.

<sup>34</sup> Papic Vargas, Cristián Andrés, “Análisis crítico de la teoría de los riesgos general en las obligaciones de hacer, Universidad de Chile, Santiago, 2017, en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146376/An%C3%A1lisis-cr%C3%ADtico-de-la-teor%C3%ADa-de-los-riesgos-general-en-las-obligaciones-de-hacer.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, consulta del 11 de junio de 2021.



causación que ahora se llama devengo, en cuanto la obligación de hacer que se extingue sin ejecución no produce una disminución en el patrimonio del deudor liberado, a diferencia de lo que ocurre con el deudor de la obligación de dar o entregar un cuerpo cierto que se libera de la deuda, pero ve afectado materialmente su patrimonio, el acaso se le lleva la especie.

Este segundo aspecto conduce a lo que la doctrina moderna, que revitaliza el concepto de la causa, siguiendo en esencia a Betti, denomina la condicionalidad de los débitos o de las obligaciones recíprocas, doy en tanto das, si no das desaparece la razón que motivó el negocio y su función social como institucionalización jurídica de los propósitos económicos de intercambio, de colaboración a los que se refiere el profesor italiano.

Capitant, al acometer el estudio de la *exceptio non adimpleti contractus* en los contratos sinalagmáticos, sección segunda, de su obra *De la causa de las obligaciones*, señala que:

(...) la causa influye sobre la suerte del contrato cuando el fin a que aspiraban las partes no se ha alcanzado; es decir, cuando las prestaciones recíprocas no han tenido ejecución completa y regular (...). Sin esa noción es imposible explicarse las tres reglas siguientes que constituyen las partes esenciales del mecanismo del contrato sinalagmático. Esas reglas que en suma son: a) si no se ha fijado un orden para el cumplimiento, deben cumplirse simultáneamente, por eso no puede exigir el cumplimiento sin estar listo a cumplir la suya; b) si una de las partes incumple por fuerza mayor o caso fortuito, la otra queda liberada de cumplir la suya; y, c) si una parte no cumple, la otra puede exigir el cumplimiento o resolver el contrato<sup>35</sup>.

La tercera es que no hay una norma general que regule la distribución de los riesgos cuando se extingue una obligación de hacer por fuerza mayor, ni menos una que disponga para cuando su prestación se dilata para las mismas razones. Con Ospina Fernández es válido decir que el efecto de la extinción de las obligaciones de hacer en el vínculo no impactado por el caso fortuito, es materia que interesa a la teoría de los riesgos, pero que no fue regulada de forma sistemática, como sí ocurrió con el mismo efecto cuando la que se extingue es la obligación de entregar un cuerpo cierto y que, por lo tanto, se impone hallar la solución particular que el legislador dio para muchos casos en concreto o acudir a la analogía, que, me atrevo a creer, permite extractar unas reglas generales, latentes tanto para la im-

<sup>35</sup> Capitant, Henry, *De la causa de las obligaciones*, Madrid: Casa Editorial Góngora, 1922.



posibilidad de comenzar a ejecutar el contrato, como para las temporal y absoluta sobrevenidas.

La cuarta es que queda mucho por andar. Preguntarse si a estas alturas se justifica el tratamiento separado que propone la teoría de la imprevisión en materia comercial o si todo debía considerarse con la *sindéresis* de una misma materia que trata de hallar soluciones justas a los efectos indeseados, producidos por fenómenos extraños a las dos partes. Averiguar si el asunto no debía considerar también los impactos en el disfrute del derecho, en la limitación al goce de un producto de las situaciones fortuitas, no obstante que las obligaciones se pueden cumplir, la del que presta el servicio y la del que paga el precio. Considerar si las soluciones deben ser equivalentes cuando las obligaciones son de medios y no de resultados. Indagar por la consecuencia cuando el compromiso es *intuitu personae*. Ver qué tan novedoso y cuán aplicable constitucionalmente es el artículo cuarto de la Ley 1150 sobre la distribución de riesgos en los contratos estatales. En fin, debatir si el carácter dispositivo de las normas sobre atribución de los riesgos tiene cabida en los estatutos particulares que se dirigen a proteger partes débiles, que ya no solamente son los consumidores, sino crecientemente los proveedores.

La quinta, que daría pie a un trabajo con un punto de mira distinto del que concluye en estas líneas, propone indagar por los criterios *prejurídicos* que deben guiar las soluciones para la distribución de los riesgos, por las nociones de justicia, de equidad, que deberían orientar cualquier solución en ausencia de convenio válido que modifique las reglas legales.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arrubla P., Jaime Alberto, *Contratos mercantiles, contratos típicos*, Bogotá, D.C.: Legis, 2015, 56-57.
- Capitant, Henry, *De la causa de las obligaciones*. Madrid: Casa Editorial Góngora, 1922.
- Cediel Ángel, Ernesto, *Ineficacia de los actos jurídicos*, Bogotá, D.C.: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2018.
- Claro Solar, Luis, *Derecho civil obligaciones. Tomo I*, Santiago: Imprenta Universal de Chile, 1986, 224 y ss.
- Constitución Política de Colombia, (arts. 1.º y 95).
- Congreso de la República, Decreto 410 de 1971.
- Congreso de la República, Ley 84 de 1873.



- Corte Constitucional, sentencia del 1 de marzo de 1995, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, Expediente D-665.
- Corte Constitucional, sentencia del 9 de diciembre de 2010, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva, Expediente D-8146: Intervención de la profesora Marcela Castro en representación de la Universidad de los Andes.
- España, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Edición Antonio Pérez Martín, Leyes Históricas de España: Fuero Real de Alfonso X El Sabio, Madrid, 2015.
- Gómez Vásquez, Carlos Fernando, “Riesgo contractual y extinción del contrato”, *Revista Opinión Jurídica*, 2006, 5 (10).
- Gómez Vásquez, Carlos Fernando, “El riesgo contractual en los códigos civil y de comercio colombianos”, *Revista Opinión Jurídica de la Universidad de Medellín* 6 (12), 105-121.
- Gómez Vásquez, Carlos Fernando; Aguilar Aguirre, Andrés Felipe, *Riesgo contractual, la teoría de los riesgos en el derecho privado colombiano*, Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2009.
- Hinestrosa Forero, Fernando, *Tratado de las obligaciones. Tomo I. Concepto, estructura, vicisitudes*, Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Ospina Fernández, Guillermo, *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, D.C.: Editorial Temis, 2008.
- Suescún, Jorge, *Derecho privado, estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, segunda edición*, Legis, Bogotá D. C., 2003.
- Ospina Fernández, Guillermo; Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, D.C.: Editorial Temis, 2000.
- Papic Vargas, Cristián Andrés, “Análisis crítico de la teoría de los riesgos generales en las obligaciones de hacer”, Universidad de Chile, Santiago, 2017, en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146376/An%C3%A1lisis-cr%C3%ADtico-de-la-teor%C3%ADa-de-los-riesgos-general-en-las-obligaciones-de-hacer.pdf?sequence=1&isAllowed=y> consulta del 11 de junio de 2021.
- Suescún, Jorge, *Derecho privado estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Bogotá, D.C.: Legis, 2003.





**PARTE V**  
**INSOLVENCIA**







# VIGENCIA DEL DEBER DE DENUNCIAR LA CESACIÓN DE PAGOS

DIANA RIVERA ANDRADE\*

El Código de Comercio colombiano ha sido calificado por la doctrina y la jurisprudencia como un código de naturaleza mixta, de un lado reconoce los actos de comercio y la actividad empresarial que puede ser realizada por cualquier persona y, del otro, establece un estatuto para aquellos que ejecutan ese tipo de actividades de manera profesional y que el código denomina comerciante. Es conforme a este estatuto que se ha generado un debate sobre la vigencia o no del numeral 5° del artículo 19 contentivo de las obligaciones del comerciante, según el cual, este tiene la obligación de denunciar la cesación en el pago corriente de las obligaciones mercantiles ante el juez competente, que para efectos de este documento denominamos como *denuncia de la cesación de pagos*.

Dado lo anterior, el presente documento pretende dilucidar si la obligación referida se encuentra vigente o no, para lo cual tendremos en cuenta diferentes posiciones doctrinales: la evolución legislativa de la obligación de denunciar la quiebra y la correspondencia del deber con los diferentes sistemas concursales que han existido en Colombia.

## 1. CONSAGRACIÓN DE LA OBLIGACIÓN

*Artículo 191.—Obligaciones de los comerciantes. Es obligación de todo comerciante:*

---

\* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en resolución de conflictos de la misma universidad (1999), en Derecho Comercial (2003) y Legislación Financiera (2011) de la Universidad de los Andes y Derecho Procesal Civil de la Universidad Externado de Colombia (2007), con maestría en derecho privado de la Universidad de los Andes (2013). Profesora universitaria de pregrado y posgrado. Miembro de INSOL III, Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal e Instituto Colombiano de Derecho Concursal. Profesora de pregrado y posgrado en varias universidades. Socia Rivera Andrade Estudio Jurídico.

<sup>1</sup> Código de Comercio, Decreto 410 de 1971



“(...) 5) Denunciar ante el juez competente la cesación en el pago corriente de sus obligaciones mercantiles, y (...)”.

## 2. PRINCIPALES POSTURAS DOCTRINALES

El profesor José Ignacio Narváez, en su obra *Introducción al derecho mercantil*, se refiere a la obligación en cuestión como abolida, pues la

(...) Ley 222 de 1995 instituyó un nuevo régimen de procedimientos concursales y derogó los concordatos preventivos, potestativo y obligatorio, así como la quiebra. En la actualidad rige lo dispuesto en el régimen de insolvencia regulado en la Ley 1116 de 2006<sup>2</sup>.

Por su parte el tratadista Jairo Medina Vergara, en su libro *Derecho comercial parte general*, advierte simplemente que este deber “se desarrolla en el régimen de insolvencia empresarial, Ley 1116 de 2006”<sup>3</sup>. De lo cual se colige que el deber está vigente en los términos de dicha ley y dentro de sus límites.

La profesora Marcela Castro en su obra *Derecho comercial* considera que estas obligaciones configuran el estatuto profesional del comerciante y, por ello, el que es comerciante tiene unos derechos y unas obligaciones, refiriéndose a estas últimas como deberes.

Dentro de estas, la profesora se refiere a deberes en caso de insolvencia o crisis económica y considera que el deber en cuestión,

(...) se transformó más bien en un sistema que prevé unos mecanismos de recuperación de la empresa cuando ella es financieramente viable, y si ello no es posible, se ordena liquidación para el pago ordenado de los créditos, respetando los principios jurídicos sustantivos del patrimonio como prenda general de los acreedores, la *par conditio creditoris* y la prelación legal (...).

Por lo cual, a nuestro juicio, desde la Ley 222 de 1995 el deber de denunciar la cesación de pagos siguió vigente pero no solo para los comerciantes, sino para todos los deudores que se encontraran en dificultades

---

<sup>2</sup> Narváez, José Ignacio. *Introducción al derecho mercantil*, Bogotá: Legis, 2008, 193.

<sup>3</sup> Medina Vergara, Jairo, *Derecho Comercial, Parte General*, Bogotá: Temis, 2013, 148.



para el pago de sus obligaciones, operándose una evidente “desprofesionalización de dicho deber (...)”<sup>4</sup>.

Finalmente, Néstor Humberto Martínez, en *Cátedra de introducción al derecho mercantil*, advierte que esta obligación está derogada, toda vez que “(...) la Ley 222 de 1995 y la Ley 1116 de 2006 no mantuvieron realmente esta obligación y, por el contrario, le dan derecho al deudor de solicitar o no el concurso de acreedores”<sup>5</sup>.

Podemos ver como se encuentran posiciones a favor y en contra de la vigencia del deber objeto de este escrito, pues, efectivamente, este deber no ha sido derogado expresamente por ninguna norma y las disposiciones concursales que lo concretan han variado a través de los años respecto de ese punto.

### 3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

#### 3.1. Ordenanzas de Bilbao

El artículo 188 de la Constitución de 1821, consagró la vigencia de las normas que regían en ese momento en Colombia, dentro de las cuales estaban las Ordenanzas de Bilbao, que contenía las normas relativas a la quiebra del comerciante.

Las ordenanzas regularon de forma detallada la crisis del comerciante, pues era necesario proceder con la mayor claridad y brevedad en la administración de justicia, reconociendo que existían atrasados, fallidos y quebrados o alzados, los cuales a su vez podían ser inocentes pero desafortunados y culpables, leves o gravemente<sup>6</sup>.

En cuanto a la denuncia de la quiebra, el capítulo XVII, numeral V, menciona la que se deriva del mismo insolvente y la consagra como obligatoria, así:

---

<sup>4</sup> Castro de Cifuentes, Marcela. *Derecho comercial Actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*, Bogotá: Universidad de Los Andes y Temis, 2016, 293-302.

<sup>5</sup> Martínez Neira, Néstor Humberto. *Cátedra de introducción al derecho mercantil*, Bogotá: Legis, 2021, 312.

<sup>6</sup> Montilla Martínez, Jesús. “Las Ordenanzas del Consulado de Bilbao interesante fuente histórica del Derecho Mercantil [versión paleográfica y notas sobre fragmentos del texto]”, en Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, 1983, 189-219. En <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/15/pr/pr10.pdf>, consulta de 28 de mayo de 2021



(...) *cualquier comerciante* que se considere *hallarse precisado a dar punto a sus negocios*, estará obligado a formar antes un extracto, o memorial puntual de todas sus dependencias, donde con individualidad exprese sus deudas, y haberes, mercaderías existentes, alhajas, y demás bienes que le pertenezcan, citando los libros con sus folios, y números debidos; *y entregarle por sí, o por otra persona en manos del prior y cónsules*<sup>7</sup>.

Una vez recibida dicha notificación, establecía el numeral VI siguiente del mismo capítulo, que conocida la noticia por el prior o cónsules de que algún comerciante de su jurisdicción estaba en estado de falencia o quiebra, pasaban con escribano a la casa y aseguraban a la persona.

En cuanto al supuesto, la norma no es clara pues se refiere solamente “a dar punto a sus negocios” como situación que amerita el denuncia.

De la anterior consagración se entiende que la denuncia de la falencia o quiebra por parte del comerciante, implicaba la apertura de la quiebra y existía en función del sistema concursal establecido en las Ordenanzas de Bilbao en el capítulo XVII, pero no como un deber general<sup>8</sup>.

### 3.2. Código de Comercio de 1853

Inspirado en el Código Español de Pedro Sainz de Andino de 1829, fue el primer código de comercio del país, en su artículo 935 del libro IV establecía “De las quiebras” y contemplaba cinco clases de quiebras:

<sup>7</sup> 2 Entendiendo *dar punto*, según la definición de la RAE: “Cesar en cualquier estudio, trabajo u ocupación”. En cuanto el prior y cónsules, dentro de los consulados que fungían como tribunales mercantiles, ambos cargos cumplían el rol de autoridad judicial dentro de las controversias suscitadas al interior de las actividades comerciales, decidiendo sobre cuestiones como, la existencia de los contratos, las quiebras, los seguros marítimos, las formas de pago, entre otras. Igualmente, cabe resaltar, que tanto el prior como los cónsules tenían la misma categoría y capacidad decisoria en el momento de la administración de justicia, aunque al prior se le reconoce, por el resto de los miembros, una cierta autoridad moral. Marta Milagros del Vas, *Los consulados en el tráfico indiano* (Ciudad: Editorial, 2000), consulta el 6 de junio de 2021, <https://core.ac.uk/download/pdf/292989384.pdf>. 189-219.

<sup>8</sup> Montilla Martínez, Jesús. “Las ordenanzas del consulado de Bilbao interesante fuente histórica del derecho mercantil [versión paleográfica y notas sobre fragmentos del texto]”, en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 1983, 189-219. En <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/15/pr/pr10.pdf>, consulta de 28 de mayo de 2021. Por otra parte, cabe anotar que en el capítulo IX al consagrar la obligación de los comerciantes de llevar libros de cuentas, en el numeral XIII se ordena al comerciante hacer balance y sacar razón del estado de sus dependencias, de tal forma que, si padeciere quiebra o atraso, se venga a conocer con facilidad el modo en que ha procedido.



suspensión de pagos, insolvencia fortuita, insolvencia culpable, insolvencia fraudulenta y alzamiento.

En cuanto al deber de denunciar la quiebra ante la autoridad competente, este se encontraba previsto en el título II de la Declaración de Quiebra, artículo 949, así:

Es obligación de todo comerciante que se encuentre en estado de quiebra, ponerlo en conocimiento del tribunal de comercio de su domicilio, dentro de los tres días siguientes al en que hubiere cesado en el pago corriente de sus obligaciones, entregando al efecto en la secretaría del mismo tribunal una exposición en que se manifieste en quiebra, y designe su habitación y todos los escritorios, almacenes y otros cualesquiera establecimientos de su comercio.

A su vez, el artículo 14 establecía en relación con las obligaciones de los comerciantes, las de registro, contabilidad y conservación de la correspondencia, sin hacer mención alguna a la denuncia de la quiebra o de la cesación de pagos<sup>9</sup>.

Respecto del supuesto, se refiere a la cesación en el pago corriente de sus obligaciones.

Teniendo en cuenta que es en el capítulo de la declaración de quiebra y, no en el artículo 14 de las obligaciones comunes, donde se consagraba la obligación del comerciante de denunciar la quiebra, al igual que en las Ordenanzas de Bilbao, esta obligación solo existía en función de las quiebras y no como deber general. Así mismo, la denuncia implicaba la apertura de la quiebra.

### 3.3. Código de Comercio de 1887<sup>10</sup>

En cuanto a este código se advierte por la doctrina que

---

<sup>9</sup> “(...) Todos los que precisen el comercio contraen por el mismo hecho la obligación de someterse a los actos establecidos por la ley, como garantías contra el abuso que pueda hacerse del crédito en las relaciones mercantiles. Estos actos consisten: 1. En la inscripción en la oficina de registro de cada canon, de los documentos cuyo tenor y autenticidad deben hacerse notorios. 2. En un orden uniforme y riguroso de la cuenta y razón. 3. En la conservación de la correspondencia que tenga relación con el giro del comerciante”.

<sup>10</sup> Ley 57 de 1887, artículo 1.º—Regirán en la República, noventa días después de la publicación de esta ley, con las adiciones y reformas de que ella trata, los códigos siguientes: (...) El de Comercio del extinguido Estado de Panamá, sancionado el 12 de octubre de 1869; y el Nacional sobre la misma materia, edición de 1884, que versa únicamente sobre comercio marítimo (...).



presentaba características particulares muy cercanas al Código Español de 1829, (...) para los efectos civiles el artículo 122 distinguió cinco clases de quiebras: 1.º Suspensión de pagos, 2.º Insolvencia fortuita, 3.º Insolvencia culpable, 4.º Insolvencia fraudulenta y 5.º Aplazamiento”<sup>11</sup>.

Respecto de la obligación de la denuncia de la quiebra, el artículo 137 del código, la establecía en el capítulo II Declaración de quiebra, del título V, así:

*Es obligación de todo comerciante que se encuentre en estado de quiebra, ponerlo en conocimiento del juez de comercio de su domicilio, o del que haga sus veces, dentro de los seis días siguientes al en que hubiere cesado en el pago corriente de sus obligaciones, por incapacidad de cubrirlas, entregando el efecto en la secretaría del juzgado una exposición, en que se manifieste la quiebra, y designe su habitación y todos los escritorios, almacenes y otros cualquier establecimientos de su comercio.*

En cuanto a las obligaciones del comerciante, el artículo 24, establecía que

Todo comerciante está obligado: 1º. A denunciar a sus acreedores la liquidación de toda sociedad, sea legal o convencional, en que puedan intervenir como partes; 2º. A llevar un orden uniforme y riguroso de cuenta y razón, y 3º. A conservar la correspondencia que tenga relación con su giro.

Por lo tanto, al igual que en las Ordenanzas de Bilbao y el Código de 1853, el Código de Comercio de 1887 no preveía la obligación de denunciar la quiebra dentro de los deberes generales del comerciante, de tal forma que la obligación de denunciar existía solo en función de la quiebra e implicaba la apertura de esta.

### 3.4. Decreto 750 de 1940<sup>12</sup>

Conocida como la Ley de Quiebras, reconoció la quiebra inculpable y la culpable y estableció la obligación al comerciante de denunciarla en su artículo 7º, así:

<sup>11</sup> Cuberos Gómez, Gustavo Alberto. “Insolvencia: evolución de un concepto”, *Revista de Derecho Privado* de la Universidad de Los Andes, 2005, (34), 27-54.

<sup>12</sup> Este decreto derogó el título V del libro I del Código de Comercio, el cual correspondía al régimen de quiebras.



*Es obligación de todo comerciante que se encuentre en estado de quiebra ponerla en conocimiento del juez de su domicilio dentro de los seis días siguientes a aquel en que hubiere cesado en el pago corriente de sus obligaciones, entregando al efecto en la secretaría del juzgado una exposición en que manifieste su quiebra y designe su habitación, almacenes y demás establecimientos de su comercio.*

Se mantiene como supuesto la cesación en el pago corriente de las obligaciones.

Teniendo en cuenta que el Decreto 750 rigió en el marco del Código de Comercio de 1887 y, que dentro de los deberes del comerciante del artículo 24 ya citado, no estaba incluido el denunciar la quiebra, nuevamente la obligación de denunciar existía solo en función de esta y tenía como efecto su apertura.

### **3.5. Decreto 2264 de 1969**

Este decreto se ocupó del régimen de quiebras ante la inexecutable del Decreto 750 de 1940, consagrando como régimen concursal el título de concordato preventivo y quiebra del proyecto de Código de Comercio de la comisión redactora de 1958. Este decreto supuso la división legal del sistema de quiebras en uno preventivo de la quiebra y en esta. Por ello, acompañada con esa distinción, la obligación que ahora nos ocupa, tenía una doble manifestación, así:

En el escenario del concordato preventivo, no se había materializado aun la cesación, pero se temía, por ello el artículo 2º preveía que: “El comerciante que tema cesar en el pago corriente de sus obligaciones podrá dirigirse al juez competente para conocer del proceso de quiebra en solicitud de tramitación de concordato preventivo con sus acreedores”<sup>13</sup>.

En el escenario de la quiebra, según el artículo 22, “El comerciante que se encuentre en cesación de pagos deberá ponerla en conocimiento del juez competente dentro de los quince días siguientes a la fecha de tal cesación”.

---

<sup>13</sup> El comerciante deberá acompañar a su exposición un balance general de sus negocios, con el correspondiente estado de pérdidas y ganancias, autorizado por un contador público y el inventario valorado de todos los bienes que le pertenezcan y de todas sus deudas, incluidas las que solo afecten indirecta o eventualmente su patrimonio, y una memoria razonada sobre las causas de su estado”.



Se reitera como supuesto la cesación en el pago corriente.

Este decreto también rigió en el marco del Código de Comercio de 1887 y toda vez que dentro de los deberes del comerciante del artículo 24 ya citado, no estaba incluido el denunciar la cesación, nuevamente la obligación de denunciar existía solo en función del concordato y de la quiebra. En ambos escenarios la denuncia se materializaba a través de la solicitud y se abría paso por primera vez la discrecionalidad del comerciante para solicitar el concordato ante el temor de una cesación de pagos futura o próxima.

### 3.6. Código de Comercio de 1971

En este acápite se analizará el Código de 1971, en su versión original para entender ese deber general previsto por el legislador en el artículo 19, numeral 5.º en conjunción con las normas del concordato y la quiebra del título II libro VI.

En cuanto a la denuncia de la cesación de pagos, teniendo en cuenta que se mantiene la división en recuperatorio y liquidatorio, el legislador estableció en el artículo 1910 para el escenario del concordato que:

*El comerciante que haya suspendido o tema suspender el pago corriente de sus obligaciones mercantiles, podrá solicitar se le admita a la celebración de un convenio o concordato con sus acreedores, si concurren en su favor las siguientes condiciones (...).*

Sin embargo, en el artículo 1912 establecía que la solicitud debía presentarse antes de la cesación en los pagos o dentro de los quince días siguientes a la fecha del sobreseimiento en los mismos, a diferencia del Decreto 2264 de 1969 que no establecía término o hito alguno para el comerciante. De tal forma que esa discrecionalidad de comerciante en el recuperatorio no es cierta, pues el decreto establecía un término máximo.

Además, el legislador incluyó otros verbos, pues no se refiere exclusivamente a cesación sino también a suspensión<sup>14</sup> y sobreseimiento<sup>15</sup>, lo cual no tiene un efecto trascendental pues los tres verbos (cesar, suspender y

---

<sup>14</sup> Suspensión de pagos: situación en que se coloca ante el juez el comerciante cuyo activo no es inferior al pasivo, pero que no puede temporalmente atender al pago puntual de sus obligaciones. Consultado 6 de junio de 2021. <https://dle.rae.es/suspensi%C3%B3n>

<sup>15</sup> Sobreseimiento: De sobreseer, que es cesar en el cumplimiento de una obligación pecuniaria. Consultado 6 de junio de 2021. <https://dle.rae.es/sobreseer?m=form>





sobreseer) se refieren al mismo fenómeno de no pago o incumplimiento de las obligaciones a cargo del comerciante.

En cuanto al trámite de quiebra, el artículo 1938, consagraba que: “(...) El comerciante que se encuentre en cesación de pagos deberá ponerla en conocimiento del juez competente dentro de los quince días siguientes a la fecha de tal cesación”.

Analizados los artículos relativos a la denuncia en el libro VI y la obligación general del comerciante del numeral 5.º del artículo 19, es evidente que *son consistentes* pues se corresponden, toda vez que (i) la denuncia siempre era obligatoria, (ii) el comerciante debía efectuarla a más tardar 15 días después de la cesación en los pagos y (iii) se materializaba mediante la solicitud la apertura del trámite respectivo.

Es decir, que la obligación de denunciar existía tanto en el ámbito del estatuto profesional del comerciante, como en el régimen concursal.

### 3.7. Decreto 350 de 1989<sup>16</sup>

Este decreto solamente se ocupó del trámite recuperatorio, derogando el acápite del Código de Comercio de 1971 correspondiente al concordato preventivo, como consecuencia de la insuficiencia de esas normas y luego de 17 años de vigencia<sup>17</sup>. En efecto, continuó vigente el artículo 19 y el régimen de la quiebra del código. Por lo tanto, debemos analizar la correspondencia de este decreto con el deber de denunciar.

En cuanto a la obligación de denunciar en el nuevo esquema concordatario, el Decreto 350 la consagró así: (i) artículo 1.º Todo empresario sujeto a la ley comercial que se encuentre imposibilitado para cumplir sus obligaciones mercantiles, o tema razonablemente llegar a dicho estado, podrá solicitar la admisión a trámite de un concordato preventivo potestativo, y (ii) artículo 4.º La solicitud debe ser presentada por el empresario o por su apoderado ante el juez civil del circuito del domicilio principal del

---

<sup>16</sup> “Por el cual se expide un nuevo régimen de los concordatos preventivos.” ART. 61.—El presente decreto entrará en vigencia el primero de mayo de 1989, y deroga los artículos 1916-1917-1918-1920-1921-1922-1923-1924-1925-1926-1927-1928-1929-1930-1931-1932-1933-1934-1935y1936del Decreto 410 de 1971, así como todas las disposiciones que le sean contrarias

<sup>17</sup> Cuberos Gómez, Gustavo Alberto. “Insolvencia: evolución de un concepto”, *Revista de Derecho Privado* de la Universidad de Los Andes, 2005, (34), 27-54.



empresario, antes del incumplimiento de sus obligaciones mercantiles de contenido patrimonial o dentro de los sesenta días siguientes a este.

Lo primero que se debe destacar es que el legislador introdujo como sujeto concursal al empresario, pero como decía el profesor Rodrigo Uría “el empresario de hoy es el comerciante de ayer”, de tal forma que el empresario subsume la calidad de comerciante y, por tanto, está sujeto a las mismas obligaciones del segundo.

En cuanto al supuesto, dejó de lado el concepto de cesación de pagos que estaba presente desde el Código de 1853, sustituyéndolo por la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones mercantiles o el incumplimiento y amplió el término para denunciar hasta los 60 días siguientes al incumplimiento. La denuncia se materializa mediante la solicitud de apertura del concurso.

Así las cosas, la obligación del comerciante —ahora empresario— de denunciar la cesación de pagos según el artículo 19 numeral 5.º y la obligación de denunciar el incumplimiento en el esquema concordatario según el artículo 4.º citado, si bien no correspondían totalmente no eran excluyentes, especialmente porque el incumplimiento podía comprender la cesación.

Por lo tanto, bajo el Decreto 350 de 1989, consideramos que coexistían tres obligaciones: la obligación de denunciar la cesación de pagos en el concordato (art. 19. núm. 5.º), la obligación de denunciar la cesación de pagos en la quiebra (arts. 19 y 1938) y la obligación de denunciar el incumplimiento en el concordato (art. 4.º D. 350/89).

### 3.8. Ley 222 de 1995

La Ley 222 de 1995 derogó el Decreto 350 de 1989 y el título II del libro VI de 1971 relativo a la quiebra, unificando el régimen concursal en esta ley y preservando los escenarios recuperatorio y liquidatorio.

En cuanto al sujeto y el supuesto para solicitar el concurso recuperatorio o liquidatorio, el artículo 91 estableció:

La autoridad competente admitirá la solicitud del trámite concursal cuando *el deudor* se encuentre en los siguientes eventos:1. *En graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de las mencionadas obligaciones.*2. Si se teme razonablemente que llegue a cualquiera de las dos situaciones anteriores.

De este artículo se coligen dos cambios fundamentales que introdujo la Ley 222, el primero, en cuanto al sujeto, pues la norma no se refirió ni al



comerciante ni al empresario sino al deudor en general, pero en ese concepto obviamente cabe el comerciante. El segundo, respecto del supuesto del concurso, al pasar de la cesación de pagos al de graves y serias dificultades en el cumplimiento oportuno de las obligaciones, no obstante, esas dificultades podían llegar a tipificar la cesación del deber general.

En cuanto a la obligatoriedad de la denuncia de la cesación de pagos o del nuevo supuesto, examinados especialmente los artículos 96 y 149 de la Ley 222, que regulan lo referente a los requisitos para el concordato y la liquidación respectivamente, es evidente que el legislador no la consagró y por el contrario delegó en el deudor la decisión de solicitar el concurso.

Es precisamente esta discrecionalidad del deudor para solicitar el concurso, lo que lleva a una parte de la doctrina a pensar que esta ley derogó el numeral 5.º del artículo 19, pues si el deudor estaba habilitado para decidir si solicitaba o no el concurso, cuando la ley advertía que *podría* solicitarlo, evidentemente la denuncia ya no era obligatoria y, por ende, el numeral 5.º del artículo 19 había sido derogado tácitamente en los términos del artículo 242 de la Ley 222 de 1995, al ser ese numeral contrario al nuevo régimen concursal.

Consideramos que este análisis se queda corto, pues recordemos que el régimen mercantil es especial, y la norma especial prevalece sobre la general, por eso, como la Ley 222 de 1995 aplicaba a comerciantes o no comerciantes, sería viable entender que aunque el deudor no tenía la obligación de denunciar su grave situación y pedir su concurso, el deudor comerciante si tenía esa obligación cuando esas graves y serias dificultades se materializan en la cesación de pagos, debiendo solicitar el concurso correspondiente. Solamente queda pendiente por responder, en qué momento debía cumplir dicha obligación pues la ley no señaló término alguno para ello.

Como sustento adicional a la posición planteada, encontramos los artículos 117 y 118 de la Ley 222, que se refieren a la remoción de los administradores y del revisor fiscal respectivamente, "(...) cuando no denunciaron oportunamente la situación que impone la apertura del trámite concursal", y "(...) cuando compruebe que no denunció oportunamente la situación de crisis del deudor". Si bien los artículos no se refieren a una obligación en cabeza del comerciante, al consagrar la obligación en cabeza de los órganos de administración y fiscalización de las personas jurídicas comerciantes, es porque el legislador de la Ley 222 consideraba que el numeral 5.º del artículo 19, hacía parte del marco legal de la ley, que la obligación



de denunciar estaba vigente y, por ello, estableció unas sanciones adicionales ante su incumplimiento.

Por ende, ni el sujeto que no es el comerciante, ni la discrecionalidad de la solicitud en cabeza del deudor, ni el nuevo supuesto, tienen la entidad para entender que la Ley 222 de 1995 haya derogado el numeral 5.º del artículo 19 del Código de Comercio. De tal forma, se mantiene el deber de denunciar la cesación, pero no en virtud del régimen concursal, sino del estatuto del comerciante.

### 3.9. Ley 550 de 1999

Esta ley suspendió temporalmente la vigencia de la Ley 222 de 1995 en lo referente al concordato por el término inicial de cinco años y consagró el denominado acuerdo de reestructuración como mecanismo recuperatorio desjudicializado, como instrumento de contención y solución de la crisis de finales del siglo XX.

En cuanto al sujeto del procedimiento de reestructuración, la ley consagró a la empresa<sup>18</sup>, independientemente que su titular fuera comerciante o no<sup>19</sup>. Respecto del supuesto para solicitar el concurso recuperatorio estableció uno nuevo, objetivo y basado en el incumplimiento plural de obligaciones, por más de 90 días y que representaran el 5 % del pasivo corriente de la empresa.

En cuanto a la obligación de denunciar la cesación de pagos del artículo 19 numeral 5.º en función del mecanismo del acuerdo de reestructuración, debemos tener en cuenta que, si bien el sujeto era la empresa, consideramos que cuando esta estuviera radicada en cabeza de un comerciante, estaba obligada a denunciar la cesación de pagos a través de la solicitud respectiva y, por ende, no aplicaba lo relativo a la discrecionalidad de la solicitud.

Con relación al supuesto, mientras la obligación del artículo 19 numeral 5.º parte de la cesación, la Ley 550 de 1999 establece un incumplimiento plural que fácilmente puede tipificar la cesación de pagos en cuestión.

---

<sup>18</sup> Artículo 25 del Código de Comercio.

<sup>19</sup> ART. 1.º—Ámbito de aplicación de la ley. La presente ley es aplicable a toda empresa que opere de manera permanente en el territorio nacional, realizada por cualquier clase de persona jurídica, nacional o extranjera, de carácter privado, público o de economía mixta, (...).



Al igual que en la Ley 222 de 1995, la Ley 550 de 1999 tampoco señaló término para el cumplimiento de la obligación.

Por tanto, bajo la Ley 550 de 1999, se mantenía vigente la obligación de denunciar la cesación de pagos en los términos referidos, pero nuevamente por cuenta del estatuto del comerciante del Código de Comercio.

### 3.10. Ley 1116 de 2006

Al final de este recorrido nos encontramos con la Ley 1116 de 2006 o Régimen de Insolvencia Empresarial, que comprende el sistema concursal actualmente vigente para el comerciante en general y para todas aquellas personas jurídicas que no tengan mecanismo concursal especial. Esta ley nuevamente unificó el sistema en un solo cuerpo normativo, como lo hizo la Ley 222 de 1995 en su momento. Igualmente estableció dos mecanismos, uno recuperatorio denominado reorganización empresarial y otro liquidatorio, designado como liquidación judicial<sup>20</sup>.

Respecto del sujeto, el sistema está estructurado en torno del comerciante, bien sea persona natural o jurídica, al señalar que “(...) Estarán sometidas al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación de este, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto (...)”<sup>21</sup>. En cuanto a los supuestos, la ley prevé dos supuestos, la cesación de pagos y la incapacidad de pago inminente<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Respecto del abanico de procedimientos concursales, a la fecha de elaboración de este documento, encontramos también los previstos en los decretos de pandemia 560 y 772 de 2020.

<sup>21</sup> Artículo 2.º Ley 1116 de 2006.

<sup>22</sup> Artículo 9.º Ley 1116 de 2006. Supuestos de admisibilidad. El inicio del proceso de reorganización de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente. 1. Cesación de pagos. El deudor estará en cesación de pagos cuando: incumpla el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones. En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del diez por ciento (10 %) del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la presente ley. 2. —Ver notas del editor— Incapacidad de pago inminente. El deudor estará en situación de incapacidad de pago inminente, cuando acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razo-



Para verificar la vigencia del artículo 19 numeral 5.º con relación al esquema concursal vigente, al igual que se hizo en los anteriores regímenes concursales colombianos, adelantaremos el análisis teniendo en cuenta especialmente el sujeto, los supuestos y la discrecionalidad.

Como lo anotamos, el sujeto es el comerciante y toda persona jurídica que no tenga régimen especial, lo cual implica que este *tampoco es un sistema exclusivo* para el comerciante, al igual que el de la Ley 222 de 1995 y la Ley 550 de 1999. En cuanto a los supuestos, esta ley retoma el descrito en la Ley 550 de 1999<sup>23</sup>, aunque lo bautiza como cesación de pagos y lo acompaña con el de la incapacidad de pago inminente, que no es nada diferente al *temor* al que se refería el legislador colombiano desde el Decreto 2264 de 1969. Finalmente, en cuanto a la discrecionalidad, al igual que la Ley 222 de 1995, permite que el comerciante decida si solicita su concurso o no.

Consideramos que el deber en cabeza del comerciante se mantiene, pues al no ser la Ley 1116 exclusiva del comerciante, la discrecionalidad de la solicitud solo se predica a favor del no comerciante, y, por ende, si un comerciante sujeto a la Ley 1116 de 2006 está incurso en el supuesto de cesación de pagos, tiene la obligación de solicitar el concurso que corresponda. Aunque, al igual que la Ley 222 de 1995 y Ley 550 de 1999, no existe término para su cumplimiento.

#### 4. CONCLUSIONES

Luego del examen minucioso de las normas mercantiles del concurso, desde las Ordenanzas de Bilbao hasta el actual régimen de insolvencia en función del artículo 19 numeral 5.º, es evidente que ni el cambio de sujetos (todos subsumen al comerciante), ni la discrecionalidad (que reposa en cabeza de los no comerciantes), ni la forma de la denuncia (bien fuera la entrega de la información o la solicitud), ni el supuesto (pues todos sin excepción pueden materializar la cesación), ni la ubicación legislativa del deber en cuestión (pues el comerciante siempre está sujeto a su *estatuto*), han afectado la vigencia del deber de denunciar ante el juez competente la cesación en el pago corriente de las obligaciones mercantiles. Aunque puede ser anecdótico, lo que hemos planteado ha sido positivizado por el

---

nablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año.

<sup>23</sup> Salvo lo referente al porcentaje que deben representar las obligaciones incumplidas en relación con el pasivo y el tipo de pasivo.



legislador de emergencia, quien en el Decreto 560 de 2020 ya citado, suspendió expresamente la obligación en comento<sup>24</sup>, lo cual solo es posible si está vigente.

Quizá lo único que puede cuestionar la exigibilidad de esta, es la falta de término para denunciar la cesación, sin embargo, si advertimos que de quien se predica esa obligación es un comerciante<sup>25</sup>, el cual es un profesional, encontramos que consciente y conocedor de esa obligación (pues el desconocimiento de la ley no sirve de excusa), deberá cumplirla oportunamente so pena de ser responsable de los perjuicios que cause, conforme al esquema de responsabilidad de profesional y sin perjuicio de las sanciones propias del Código de Comercio y de la Ley 1762 de 2015, artículo 28<sup>26</sup>.

Por último, debemos mencionar que si esta obligación es reconocida por todos los actores de la economía como vigente y a su vez, su cumplimiento es exigido por las autoridades, se incentivaría la solicitud oportuna del concurso por el comerciante y se contribuiría a delimitar la denominada zona de insolvencia<sup>27</sup> a partir de la configuración de la cesación de pagos, entre otros.

---

<sup>24</sup> Artículo 15, Decreto 560 de 2020.

<sup>25</sup> ART. 10.—Código de Comercio-comerciantes-concepto-calidad.Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles.

<sup>26</sup> ART. 28.—Sanciones por violaciones a las prohibiciones sobre los libros de comercio, a las obligaciones del comerciante y otras. Modifíquese el artículo 58 del Código de Comercio, el cual quedará así: “ART. 58.—Sanciones por violaciones a las prohibiciones sobre los libros de comercio, a las obligaciones del comerciante y otras.Sin perjuicio de las penas y sanciones establecidas en normas especiales, la violación a las obligaciones y prohibiciones establecidas en los artículos 19, 52, 55, 57, 59 y 60 del Código de Comercio, o el no suministro de la información requerida por las autoridades de conformidad con las normas vigentes, o el incumplimiento de la prohibición de ejercer el comercio, profesión u oficio, proferida por autoridad judicial competente, será sancionada con multa entre diez (10) y mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, atendiendo criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. La multa será impuesta por la Superintendencia de Sociedades o del ente de inspección, vigilancia o control correspondiente, según el caso, de oficio o a petición de cualquier persona.

<sup>27</sup> Época o periodo de tiempo anterior a cualquier procedimiento concursal o de insolvencia, durante el cual el empresario puede avizorar o advertir la proximidad de una crisis, experimentando, en mayor o menor grado, dificultades de diferente naturaleza, bien sea, externas o internas, económicas, comerciales y/o políticas, entre otras. (definición del autor).



## BIBLIOGRAFÍA

- Castro de Cifuentes, Marcela. *Derecho comercial Actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*, Bogotá, D.C.: Universidad de los Andes y Temis, 2016, 293-302.
- Cuberos G., Gustavo A. “Insolvencia: evolución de un concepto”, *Revista de Derecho Privado de la Universidad de Los Andes*, 2005, (34), 27-54.
- Del Vas Mingo, Marta Milagros. “Los consulados en el tráfico indiano”, España, 2000, 19-24, en <https://core.ac.uk/download/pdf/292989384.pdf>, consulta 10 de junio de 2021.
- Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, España, 2020, consulta 6 de junio de 2021.
- Martínez N., Néstor H. *Cátedra de introducción al derecho mercantil*, Bogotá, D.C.: Legis, 2021, 312.
- Medina Vergara, Jairo, *Derecho comercial, parte general*, Bogotá, D.C.: Temis, 2013, 148.
- Montilla Martínez, Jesús. “Las ordenanzas del Consulado de Bilbao interesante fuente histórica del derecho mercantil [versión paleográfica y notas sobre fragmentos del texto]”, en *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 1983, 189-219. Consulta de 28 de mayo de 2021. En <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/15/pr/pr10.pdf>
- Narváez, José Ignacio. *Introducción al derecho mercantil*, Bogotá, D.C.: Legis, 2008.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1116 de 2006.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1762 de 2015.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 222 de 1995.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 550 de 1999.
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto 350 de 1989
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto 750 de 1940.
- Colombia, Congreso de la Republica, Ley 57 de 1887.
- Colombia, Congreso de la Nueva Granada, Código de Comercio 1853.
- Ordenanzas de la Ilustre Universidad y casa de contratación de la M.N: y M.L: Villa de Bilbao aprobadas y confirmadas por el Rey nuestro señor Don Felipe Quinto, año 1737.





# EL CONCURSO PREVENTIVO: UNA CONQUISTA DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1971

GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ\*

## INTRODUCCIÓN

El Código de Comercio de 1971 representó grandes avances para el país en el ámbito del derecho mercantil, por ser un estatuto unitario y propio sobre la materia. Unitario y propio, en la medida en que, por una parte, aglutinó temática que se encontraba dispersa en diversos estatutos, como los títulos valores, el arbitraje y la quiebra, para citar solo algunos de los más destacados, y por la otra, propio, por cuanto la anterior regulación —como se sabe— estaba contenida en el Código de Comercio Terrestre, heredado del soberano Estado de Panamá de 1869, según lo dispuesto por la Ley 57 de 1887.

## 1. ANTECEDENTES

En cuanto a los concursos, los antecedentes inmediatos eran, en orden inverso, el Decreto 2264 de 1969, el Decreto 750 de 1940, el Código de Comercio Terrestre ya citado y el Código de Comercio de 1853, destacando que estos últimos habían adoptado —realmente copiado— lo que al respecto establecía el Código español de 1829.

Los concursos anteriores al Decreto 2264 de 1969 eran solo de carácter liquidatorio, representados, para lo comercial, en la institución medieval de la quiebra, con pocas variantes de fondo en los diversos sistemas jurídicos, comoquiera que a través de ella se buscaba liquidar el patrimonio del comerciante que se había sobreesido en el pago corriente de sus obliga-

---

\* Doctor en Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, profesor de Derecho Comercial en diversas universidades, Árbitro de las listas de las cámaras de comercio de Bogotá y Medellín y de la Superintendencia de Sociedades y Abogado en ejercicio.



ciones o, simplemente, cuando aquel se declaraba —o era declarado— en incapacidad actual para atender el total de la deuda que pesaba sobre sus activos<sup>1</sup>.

Para entonces, el proceso de quiebra podía revestir diversas formas o particularidades, pero lo cierto es que, de manera resumida y genérica, se caracterizaba por: (i) ser de naturaleza jurisdiccional; (ii) estar orientado, sin miramientos, a la liquidación efectiva del patrimonio; (iii) implicar desapoderamiento del deudor; (iv) radicar el manejo de las masas activa y pasiva en cabeza de un tercero, denominado síndico, y (v) pagar el pasivo, hasta concurrencia del activo, respetando la prelación de créditos legalmente establecida.

Tal vez fue el maestro Morales Molina quien acuñó el término de que los juicios de quiebra eran *procesos inmortales* y alguna vez dijo que no había visto terminar ninguno —lo cual era tal vez una exageración—, pero lo cierto es que, de verdad, en la práctica, la quiebra no solía concluir de manera natural, como deben terminar los procesos, con una sentencia conclusiva sino que, casi siempre, finalizaba por un acuerdo entre deudor y acreedores —a veces, incluso, solo de estos últimos— para repartir el remanente de los activos entre los acreedores con mejor derecho, esto es, según la prelación del Código Civil. Estos acuerdos se denominaban —y aún se denominan— concordato resolutorio. Concordato, utilizada la expresión como sinónimo de acuerdo y resolutorio, por cuanto tenía como propósito resolver la situación de quiebra.

## 2. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1853

Como es natural, desde el comienzo de su vida republicana Colombia aspiró a tener su propia legislación. Para el efecto, la Constitución de 1821 dispuso en el artículo 188:

Se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución, ni a los decretos y leyes que expidiere el Congreso<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Código de Comercio Terrestre, artículo 121.

<sup>2</sup> Restrepo Piedrahíta Carlos, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Constitución Política de Colombia de 1821, artículo 188.



Por consiguiente, y, en esencia, se mantenía en vigencia la legislación española, hasta cuando el Congreso colombiano dispusiera lo conducente en cada materia.

El 29 de mayo de 1853 se expidió por el Congreso el primer Código de Comercio el cual, de un lado, derogó expresamente las Ordenanzas de Bilbao<sup>3</sup> hasta entonces vigentes y, del otro, en la materia objeto de estas líneas, mantuvo básicamente los preceptos del Código Español de 1829<sup>4</sup> con cinco clases de quiebras: 1ª, suspensión de pagos; 2ª, insolvencia fortuita; 3ª, insolvencia culpable; 4ª, insolvencia fraudulenta y 5ª, alzamiento<sup>5</sup>.

El título X, denominado “Del convenio entre los acreedores y el quebrado”, estableció: “Desde la primera junta general de acreedores en adelante puede el quebrado, en cualquier estado del procedimiento de quiebra, hacerles las proposiciones de convenio que a bien tenga sobre el pago de sus deudas”<sup>6</sup>. Dicho acuerdo debía ser aprobado por la mitad más uno de los acreedores concurrentes al proceso, siempre que representaran al menos tres quintas partes del pasivo del quebrado, caso en el cual era obligatorio para todos los intervinientes.

Más adelante, el Código reguló la rehabilitación del quebrado culposo, esto es, no aplicable cuando hubiere alzamiento o quiebra fraudulenta, siempre y cuando se acreditará el pago de todas las acreencias contenidas en el convenio.

Este estatuto mercantil de 1853 fue de corta vigencia, solo cinco años, pues la Constitución dictada de 1858 estableció el sistema federal, en razón del cual el gobierno de la Confederación se reservó “todo lo concerniente a la legislación marítima y a la de comercio exterior y costanero” y “la legislación civil y penal respecto de las materias que conforme a este artículo son de la competencia del Gobierno de la Confederación”<sup>7</sup>. Por tanto, la regulación mercantil quedó a cargo de cada uno de los estados.

De esta manera, se reitera, lo que se reguló fue el convenio resolutorio, orientado a hacer cesar los efectos personales de la quiebra sobre el comerciante, concretamente la inhabilidad, por cuanto en el ámbito patrimonial,

---

<sup>3</sup> Código de Comercio de 1853, artículo 1110.

<sup>4</sup> Código de Comercio de España de 1829, libro cuarto, título I, artículos 1001 y ss.

<sup>5</sup> Código de Comercio de 1853, artículo 935.

<sup>6</sup> *Idem*, artículo 1075.

<sup>7</sup> Restrepo Piedrahíta Carlos, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Constitución Política para la Confederación Granadina, 1858, artículo 13.



como se vio, carecía de mayor significación, pues implicaba el pago del total de lo adeudado o el cumplimiento íntegro del convenio, por supuesto en el mismo sentido.

### 3. EL CÓDIGO DE COMERCIO TERRESTRE

A raíz de la Constitución de 1886, cuyo artículo 1.º dispuso “La Nación Colombiana se reconstituye en forma de República unitaria”<sup>8</sup>, resultaba indispensable también la adopción de códigos nacionales. Por tal razón, la Ley 57 de 1887 en su artículo 1.º, dispuso que regirían en la República, entre otros “El de Comercio del extinguido Estado de Panamá, sancionado el 12 de octubre de 1869, y el Nacional, sobre la misma materia, edición de 1884, que versa únicamente sobre comercio marítimo”<sup>9</sup>.

Este estatuto de Panamá, en materia de quiebras, era casi idéntico al de 1853 y, por ende, al español de 1829 y en tal sentido, comprendía las mismas cinco clases de quiebra arriba mencionadas.

En cuanto a convenios, no tenía un capítulo específico para estos, como en dichas normas, pero al tratar la rehabilitación del quebrado señalaba también:

A los quebrados de 1ª y de 2ª clase, bastará para que obtengan rehabilitación, que justifiquen el cumplimiento íntegro del convenio aprobado que hubieren hecho con sus acreedores. Si no hubiere mediado convenio, estarán obligados a probar que, con el haber de la quiebra, o por entregas posteriores si este no hubiere sido suficiente, quedarán satisfechas todas las obligaciones reconocidas en el procedimiento de quiebra<sup>10</sup>:

Por consiguiente, la celebración de convenios constituía un privilegio que únicamente procedía ante la suspensión de pagos y la insolvencia fortuita, pues para la culpable, la fraudulenta y el alzamiento, el régimen era más estricto, al punto que, en los dos últimos casos, los deudores no podían obtener la rehabilitación sino después de diez años de la calificación de la quiebra<sup>11</sup>. Los quebrados incurso en culpa tenían un régimen intermedio, en la medida en que podían ser rehabilitados, acreditando el pago íntegro

---

<sup>8</sup> Restrepo Piedrahíta, (...) *Idem*, Constitución Política de la República de Colombia, 1886, artículo 1.º

<sup>9</sup> Ley 57 de 1887, artículo 1.º

<sup>10</sup> Código de Comercio Terrestre, artículo 178.

<sup>11</sup> Código de Comercio Terrestre, artículo 176.



de todas las deudas liquidadas en la quiebra, y el cumplimiento de la pena que se les hubiera impuesto<sup>12</sup>.

Entonces se trataba, por una parte, de un mecanismo de favorecimiento para ciertas clases de quiebras, las de primera y segunda clase, como cuestión accesoria a la rehabilitación y, de todas maneras, carecía de efectos resolutorios, pues solo procedía después de la conclusión definitiva del expediente de calificación de la quiebra<sup>13</sup>.

#### 4. EL DECRETO 750 DE 1940

Desde comienzos del siglo pasado el país evidenció la necesidad de contar con un estatuto mercantil propio y atemperado a la época, y en tal sentido se expidió la Ley 18 de 1907, que aunque referente a la navegación fluvial, en el artículo 27 autorizó al Gobierno para que contratara la elaboración de un código de comercio nacional que integrara el terrestre y el marítimo, pero no hay constancia de que se hubiera producido logro alguno al respecto, al punto que en 1935, mediante la Ley 73, se creó una comisión encargada de efectuar una revisión general del Código de Comercio, cuya integración y funcionamiento reglamentó en sus primeros cinco artículos. Dicha comisión no elaboró un proyecto completo y sistemático de código, pero entregó al Gobierno un proyecto de ley sobre quiebras, pues finalizada la fatídica década de los años treinta, cuando el mundo estaba escasamente superando la gran crisis, comenzó la Segunda Guerra Mundial y Colombia consideró que sobrevendría otra y de grandes proporciones, que para los comerciantes estaría representada por quiebras o bancarrotas.

Con el proyecto aludido el gobierno decidió, por un lado, presentar al Congreso un proyecto de ley para regular estas y, por el otro, dictar normas en el mismo sentido, al amparo de facultades extraordinarias conferidas al ejecutivo mediante la Ley 54 de 1939. Ese fue, entonces, el origen del Decreto 750 de 1940, llamado en su época, coloquialmente, *la ley de quiebras*.

La definición de la legislación anterior no tuvo mayores cambios en dicho decreto, pues en él se estableció: “Se halla en estado de quiebra todo comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones”<sup>14</sup>;

---

<sup>12</sup> Código de Comercio Terrestre, artículo 177.

<sup>13</sup> *Idem*, artículo 175.

<sup>14</sup> Decreto 750 de 1940, artículo 1.º



sin embargo, el decreto suprimió las diversas categorías de quiebras del código precedente, con su régimen pormenorizado, pero de su texto se desprende que, por supuesto, subsistieron los conceptos de quiebra culpable, quiebra fortuita y quiebra fraudulenta, categorías establecidas para asignar, a unas o a otras, determinadas particularidades o consecuencias.

En este estatuto tampoco aparece regulada específicamente la celebración de concordato, no obstante, lo cual, de manera similar al código anterior, estableció:

Los quebrados inculpables deben ser rehabilitados cuando prueben el cumplimiento del concordato que hicieron con sus acreedores o, si no hubo concordato, que con el haber de la quiebra o con entregas posteriores se cubren las deudas reconocidas en el procedimiento de quiebra<sup>15</sup>,

esto es, una fórmula muy similar a la ya reseñada del código anterior,

De nuevo, entonces, como en el derogado estatuto, aunque se daba como *salida* el concordato, la figura carecía de un objetivo específico y de reglamentación y, por supuesto, no era una institución de carácter preventivo.

## 5. LA INEXEQUIBILIDAD DE 1969

El Decreto 750 de 1940 fue demandado por distintas razones y mediante sentencia del 22 de mayo de 1969 fue declarado inexecutable por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia —en ese entonces no existía aún la Corte Constitucional— por estimar, fundamentalmente, que se encontraban violados el artículo 55 de la Carta —la de 1886— que determinaba la separación de funciones de cada una de las ramas del poder público, y el 76, en sus numerales primero y segundo, que atribuían al Congreso la facultad de “interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes y expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones”<sup>16</sup>.

La Corte arribó a esa conclusión luego de señalar, entre diversas consideraciones, que “no se ve cómo en relación con ellas (las facultades extraordinarias) pueda dictarse un estatuto de características esencialmente jurídicas y no económicas o fiscales, para reformar los procedimientos ju-

---

<sup>15</sup> Decreto 750 de 1940, artículo 48.

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia, Acta 42 del 22 de mayo de 1969.



diciales”<sup>17</sup>. Señaló, además: “Pero por mayores esfuerzos dialécticos que se realicen, no se encuentra conexión entre ese propósito de la ley de autorizaciones y un estatuto sobre quiebras”<sup>18</sup>. Estimó adicionalmente el alto tribunal que el legislador por decreto había invocado la facultad concedida por la ley comentada “para fomento y defensa de las industrias, especialmente la de café y consecución de los recursos necesarios para tales fines”, cuando, por una parte, comercio e industria eran temas diferentes y, por la otra, que no veía relación entre dicho numeral y su alcance con una norma fundamentalmente de carácter procesal.

De esta manera, después de veintinueve años de vigencia pacífica, el país quedó, inopinadamente, sin régimen concursal alguno.

## **6. LA COMISIÓN REDACTORA DE 1958 Y EL DECRETO 2264 DE 1969**

Esta repentina inexequibilidad obligó al gobierno a adoptar medidas de emergencia. De esta manera, se decidió acudir a los trabajos de la comisión que había sido creada por la Ley 73 de 1935, que aunque había tenido diversas vicisitudes en su integración y en su funcionamiento, con suspensiones, prórrogas, reconstitución, etc., había presentado en 1958 un proyecto unificado de Código, el cual estaba siendo objeto de amplia publicidad en los medios jurídicos y gremiales, no obstante lo cual, en 1968 el Gobierno había integrado una nueva comisión de expertos para la revisión del proyecto y aunque este terminó escindido en varias materias, el tema concursal se encontraba prácticamente concluido, por lo cual el Gobierno decidió expedir el régimen de quiebra con carácter de urgencia y por decreto. Se trató, entonces, del Decreto 2264 de 1969, el cual, como lo dice su epígrafe, anticipó lo que habría de ser el régimen concursal en el Código de Comercio de 1971.

La anterior es la razón del título de estas líneas según el cual, el concurso preventivo, bajo la modalidad de concordato —obligatorio y potestativo— es realmente una conquista del Código de Comercio de 1971, pues, aunque era su destino formar parte de este, terminó siendo adoptado dos años antes de manera independiente anticipándose así, brevemente, al estatuto general que desde entonces nos rige en materia mercantil, el cual empezó a regir en Colombia a partir del 1.º de enero de 1972.

---

<sup>17</sup> *Idem.*

<sup>18</sup> *Idem.*



## 7. ¿VERDADERA CONQUISTA?

El hecho de que se aluda a una *conquista* no significa, en modo alguno, que establecer del concordato preventivo haya sido una novedad jurídica o una creación del legislador colombiano. Evidentemente no lo fue, porque la institución existía de tiempo atrás en otras latitudes e incluso, su posible implantación había sido estudiada para Colombia de vieja data.

La *conquista* se refiere al hecho de que la normativa nacional al fin hubiera logrado adoptar esa institución superando los razonables temores que hasta entonces habían impedido su consagración.

En primer término, debe destacarse la antigüedad de la figura. En efecto, el convenio o concordato resolutorio —se reitera— puede ser casi tan añejo como la quiebra misma y aunque el preventivo es considerablemente más joven, se remonta también a varios o, de pronto, a muchos siglos.

Como sucede con la mayoría de las instituciones del derecho privado, hay autores que buscan los orígenes del concordato preventivo en el mismo derecho romano. En efecto, sobre el particular, Isabel Candelario señala:

De hecho, su fundamentación aparece en el derecho romano donde encontramos los orígenes de la *cessio bonorum*, entendido como un acuerdo tendente a solucionar la situación de desequilibrio patrimonial del deudor, consistente en que este hace entrega de sus bienes a sus acreedores para que se cobren y, a su vez, se esquiven los perjuicios irrogados de la situación de insolvencia (prisión, indignidad, etc.)<sup>19</sup>.

Sin embargo, aunque se trata de una interesante referencia histórica, parece bastante alejada de la institución del acuerdo preventivo de que se viene tratando, pues en la *cessio bonorum* el deudor simplemente acordaba con sus acreedores la dejación voluntaria de sus bienes a éstos, es decir, una liquidación pacífica de su patrimonio, para evitar los efectos personales que para entonces acarreaba el incumplimiento, en tanto que con el convenio preventivo se persigue que el deudor en falencia se mantenga en posesión de sus bienes y en desarrollo de su actividad con el fin de pagar sus acreencias en condiciones diferentes a las originalmente pactadas.

Un antecedente más reciente, en cambio, parece ser el de los estatutos italianos medievales representado en

---

<sup>19</sup> Candelario Macías, Isabel, *El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales*, editorial Comares, 119.





...la necesidad de un acuerdo que permita una satisfacción de los acreedores más ventajosa que la que cabría esperar de la liquidación del activo de la quiebra. Esta influencia estatutaria se vi[o] reflejada en la Ordenanza francesa de 1673, que en su título IX trata de las defensas y cartas de espera; el X, de la cesión de bienes y el XI, de las quiebras y bancarrotas. Las cartas de espera concedidas por el Rey, producían la suspensión inmediata de las persecuciones contra el deudor, por el término de seis meses; los acreedores, por mayoría de tres cuartas partes, podían ampliar el plazo o acordar una quita<sup>20</sup>.

En efecto, esta figura sí parece ser un sucedáneo de la quiebra, en la medida en que daba respiro al deudor respecto de las acciones en su contra.

Sobre esta época anota Cámara:

La legislación estatutaria conoció el concordato preventivo, y en ese sentido se menciona el estatuto de los mercaderes de Luca del año 1610, con un capítulo especial, *di quelli che dessero lo stato per non fallire*, por el cual el deudor antes de la declaración de falencia podía dirigirse personalmente al magistrado demandando la convocación de sus acreedores para proponer un concordato: para su aprobación bastaba tres cuartas partes de los acreedores que representase al menos la mitad de los créditos<sup>21</sup>.

Este autor, en el capítulo XII de la obra citada, hace referencia a otros importantes antecedentes del concurso preventivo en diversas legislaciones, lo que lleva a concluir que, en efecto, la *conquista* quedó representada solo en la implantación de un sistema ya probado en diversas épocas y en distintos países.

Ahora, viniendo a lo contemporáneo y para citar solo algunos casos que podrían considerarse los antecedentes más inmediatos de la regulación colombiana, merecen citarse y tenerse en cuenta la ley, la jurisprudencia y la doctrina de las legislaciones más destacadas al respecto o más cercanas a la colombiana, anteriores a la regulación del concordato preventivo en este país, que podrían ser:

- Bélgica: Escuti y Junyent consideran que el país pionero en el concurso preventivo fue Bélgica, a finales del siglo antepasado; primero, de manera provisional en 1883 y posteriormente, con carácter definitivo. Señalan que

---

<sup>20</sup> Candelario, *Idem.*, 122.

<sup>21</sup> Cámara, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, Depalma, 1982.



Este presenta una modalidad concursal distinta de la quiebra, por cuanto se permite la continuación de la actividad de quien se encuentra en el estado de insolvencia; se apuntaba a favorecer única y exclusivamente al deudor honesto y desventurado (que se había inscripto en término y llevaba la contabilidad en forma) para que continuara su actividad y pudiera llegar a un acuerdo con los acreedores”<sup>22</sup>.

- Argentina: Con posterioridad a la legislación española, representada para el caso por las Ordenanzas de Bilbao, la Ley de 10 de septiembre de 1862 adoptó el Código de Comercio de 1859, elaborado por Dalmacio Vélez Sarsfield y Eduardo Acevedo, que solo contemplaba el concordato resolutorio. Luego, en 1902, se expidió la Ley 4156 sobre quiebras, que introdujo la noción de concordato preventivo y adjudicación de bienes, que eran soluciones alternativas para la quiebra<sup>23</sup>.
- Italia: El 16 de marzo de 1942 se dictó en Italia el Decreto Real 267 que regula la materia concursal, compuesta por la quiebra, el concordato preventivo, la administración controlada y la liquidación coactiva administrativa. El concurso preventivo se encuentra regulado a partir del artículo 160.<sup>24</sup>
- España: La tradición del convenio en España es ya bicentenaria, pues se remonta incluso a las Ordenanzas de Bilbao, que preferían buscar la continuidad de la actividad de la empresa en lugar de perseguir su liquidación. Bajo la figura de la *suspensión de pagos* se permitía al deudor y sus acreedores pactar un plazo adicional a las condiciones iniciales de la deuda para satisfacer sus acreencias, y hace un siglo, el 26 de julio de 1922 se dictó la ley que distinguía entre insolvencia provisional e insolvencia definitiva, según la cual la primera era simple iliquidez y la segunda, verdadero desfase entre activos y pasivos, esto es, insolvencia.<sup>25</sup>
- Estados Unidos: Desde 1938 se introdujo en los Estados Unidos el régimen preventivo a través del Chandler Act, dirigido

a reestructurar o reorganizar las sociedades por acciones ferroviarias en crisis, con la intención de mantenerlas en vida, en vez de liquidarlas.

<sup>22</sup> Escuti, Ignacio A. y Junyent Bas Francisco, *Derecho concursal*, Astrea, 7.

<sup>23</sup> Míguez, Héctor José, *El concepto de estado de cesación de pagos en el derecho concursal argentino*.

<sup>24</sup> Codice Civile, Hoepli, Milano, 1987.

<sup>25</sup> Garrigues, Joaquín, *Tratado de derecho mercantil*, tomo II, 476.



En esta legislación se establece un nuevo procedimiento especial de reorganización para sociedades capitalistas, que resulta ser el antecedente inmediato de la actual versión de la reorganización empresarial, introducida el 6 de noviembre de 1978, bajo la Ley de Reforma a la Ley de Quiebras, denominado Bankruptcy Code... ”<sup>26</sup>,

antecedente, por supuesto, del muy famoso *chapter eleven* de la legislación norteamericana.

Desde luego, casi todas las legislaciones comentadas han tenido modificaciones de importancia con posterioridad, pero el objetivo de estas notas es señalar que existían suficientes precedentes legislativos, incluso con mucha antelación a la regulación sobre la materia de 1969, para que se hubiera podido contemplar la figura en la legislación positiva nacional desde muchos años atrás.

Los intentos de reforma del Código de Comercio a que antes se ha hecho referencia, habían generado entonces un proyecto sobre quiebras, que terminó siendo el Decreto 750 de 1940. Resulta curioso tener en cuenta que treinta años antes de que nuestra legislación contemplara el concordato preventivo, los juristas colombianos ya lo habían considerado y desechado. En efecto, en la Comisión Revisora del Código de Comercio que entregó los trabajos que sirvieron de base para esta regulación, en la exposición de motivos, se planteó: “En vista de las grandes dificultades que se presentan, la Comisión decidió prescindir de ocuparse de concordato que puede celebrarse antes de la iniciación del juicio de quiebra, siguiendo en el particular el camino trazado por eminentes tratadistas franceses. Desde que se principió a considerar ese concordato previo, se tropezó con la dificultad de saber cuándo podía concederse al deudor el derecho de proponerlo: antes de cesar en el pago de sus obligaciones o dentro de un término contado desde la cesación. Si lo primero, fatalmente se lleva al deudor al estado de quiebra y nada práctico se consigue con la propuesta de concordato; y si lo segundo, se introduce un motivo de demora y aplazamiento, y se destruye en realidad la obligación impuesta al comerciante de manifestar al juez su estado de quiebra, obligación que no solo mira los intereses del deudor sino los generales del comercio. Bastaría este solo tropiezo para justificar la prescindencia del concordato fuera del juicio<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Dasso, Ariel Gustavo, *Código de quiebras de los Estados Unidos de América*, xiv.

<sup>27</sup> *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, Proyecto de ley sobre quiebras, año 1940, 42.



Es que, para entonces, como se evidencia en dicho documento, la Comisión aún estaba permeada del espíritu punitivo, represivo, desconfiado del código de Napoleón con respecto a la institución de la quiebra.

A pesar de estar concluidos los trabajos y en conocimiento de la opinión el texto completo del proyecto, mediante la Ley 16 de 1968 el Congreso le otorgó facultades extraordinarias al Gobierno del presidente Lleras Restrepo “...Para que previa una revisión final hecha por una comisión de expertos en la materia, expida y ponga en vigencia, el proyecto de ley sobre Código de Comercio que se halla a la consideración del Congreso Nacional” (art. 20, num. 15).

El 31 de diciembre de 1969, en ejercicio de esas facultades extraordinarias —que se referían al código en su integridad— para superar el abrupto vacío normativo sobre la cuestión concursal, el gobierno colombiano dictó el Decreto 2264, cuyo epígrafe señala: “Expídase el título primero del libro VII del Proyecto de Código de Comercio, conforme al siguiente tenor:”.

Entonces, aunque evidentemente el propósito de la legislación que se dictaba era proveer la normativa requerida para sortear la carencia de regulación concursal derivada de la inexequibilidad arriba comentada, el título primero del libro sexto del Código de Comercio que dos años después se expidió, mediante el Decreto 410 de 1971, sobre Concordato Preventivo, terminó siendo un poco diferente al que se había anticipado sobre el tema, aunque no en aspectos de trascendencia. Lo verdaderamente importante es que allí se crearon dos instituciones distintas, aunque paralelas: una para prevenir la quiebra y otra para regularla y dentro de esta última, la posibilidad de terminarla, también por el viejo mecanismo del concordato resolutorio. De esta manera, aunque tardíamente, Colombia se puso a tono con las tendencias contemporáneas en cuestiones de insolvencia.

Así las cosas, resulta que el giro en la materia fue de ciento ochenta grados al sustituir un acuerdo encaminado a superar la quiebra por otro totalmente diferente, orientado a evitar siquiera su iniciación. El primero, de carácter eminentemente procesal, terminar el juicio de quiebra anticipadamente, una vez agotados los bienes de la masa y el segundo, de naturaleza contractual, para regular la relación crediticia del deudor en crisis, permitiéndole la conservación de su patrimonio y el manejo de sus bienes.

Esta evolución del sistema, sin embargo, no ha tenido siempre el mismo hilo conductor, pues el norte ha venido cambiando de manera lenta pero inexorable. Recuérdese que en la Roma antigua, a través de la *manus injectio* se pasó de las acciones que podían concluir con la ejecución física del deudor, su descuartizamiento o cuando menos esclavitud, a la simple,



—si cupiere el término— calificación de infame para el afectado; cómo varios siglos más tarde, en la edad media, se sometía al deudor insolvente al escarnio en la picota pública, que consistía en exhibir el cuerpo o la cabeza del delincuente en lo alto de una columna especial, a manera de escarmiento, para luego llegar al Código napoleónico de 1807 donde el deudor era considerado un reo que debía ser apresado de inmediato, pues no existía el concepto de la quiebra fortuita, ni meramente culpable, sino tan solo fraudulenta.

Hoy la perspectiva es totalmente diferente. Afortunadamente los sistemas modernos ya no buscan pagarse con el cuerpo del deudor, ni infamarlo públicamente, sino, tan sólo, mirar el asunto como lo que es, un negocio fallido en que cualquiera podría incurrir y que si el fracaso está revestido de actuaciones de buena fe, transparencia, iliquidez transitoria, viabilidad empresarial, etcétera, el deudor y su negocio son dignos de nuevas oportunidades pero que, en el caso contrario, aquel debe ser tratado con el máximo rigor en lo civil y sin ninguna clase de contemplaciones a nivel punitivo y la empresa debe tratar de conservarse en provecho de sus trabajadores y como prenda para sus acreedores.

Desde luego, el esquema preventivo no busca siquiera proteger al buen comerciante, a quien ha sido víctima del infortunio o incluso, a quien haya incurrido en algún grado de culpa. La tendencia moderna, aun en Colombia, apunta a despersonalizar el proceso; quitarle sus características supuestamente antagónicas de prodeudor o proacreedor para, simplemente, centrarse en la protección del ente, en la salvaguarda del crédito, al punto tal que existe incluso la figura del salvamento, mediante la cual los acreedores que capitalizan desplazan al deudor y lo sustituyen, en aras de proteger la actividad económica y la función social de la empresa.

Es una lástima que hoy no puedan diferenciarse, e incluso objetivarse, como antaño, conceptos tan básicos como la iliquidez y la insolvencia, para asignar para el primero el trámite recuperatorio y para el segundo el proceso de liquidación.

## BIBLIOGRAFÍA

Cámara, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, 2ª reimpresión, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982.

Candelario Macías, Isabel, *El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales*, 1ª edición, Editorial Comares, Granada, 1999.



- Colombia, Congreso de la Nueva Granada, Código de Comercio de 1853.
- Colombia, Congreso de la República, Código de Comercio de Terrestre.
- Colombia, Congreso Nacional, Proyecto de ley sobre quiebras, *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, 1940.
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto 750 de 1940.
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia del 29 de mayo de 1969, M.P. Luis Sarmiento Buitrago, ID: 484304.
- Dasso, Ariel Gustavo, *Código de quiebras de los Estados Unidos de América*, Buenos Aires: Editorial Erreius, 2014.
- Escuti, Ignacio A., Junyent Bas Francisco, *Derecho Concursal*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006.
- España, Casa Real, Código de Comercio de España de 1829.
- Garrigues, Joaquín, *Tratado de derecho mercantil*, Madrid: Imprenta Aguirre, 1976, Tomo II.
- Italia, Rey Vittorio Emanuele III, *Codice Civile di 1942*.
- Miguens, Héctor José. “El concepto de estado de cesación de pagos en el derecho concursal argentino”, en Universidad Austral de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina, 2012, en <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/488/El%20concepto%20de%20estado%20de%20cesacion%20de%20pagos....pdf?sequence=1>.
- Restrepo Piedrahíta Carlos, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Rodríguez Piñeres, Eduardo. *Constitución y códigos de Colombia*, Bogotá: Librería Americana, 1935.



**PARTE VI**  
**EL DERECHO PROCESAL COMERCIAL**  
**Y LOS JUECES DE ASUNTOS**  
**COMERCIALES**







# TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PROCESAL CON IMPACTO EN EL DERECHO COMERCIAL

ULISES CANOSA SUÁREZ\*

A partir de la Carta Política de 1991 se produjeron significativas transformaciones en el derecho procesal del país, con especial impacto en la resolución de controversias de naturaleza civil y comercial. Resplandece, dentro de la constelación de innovaciones, la expedición de la Ley 1564 del año 2012 o Código General del Proceso (CGP), que reemplazó el Código de Procedimiento Civil (CPC) de 1970 en la regulación de la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios y que, según el artículo primero, además se aplica a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes<sup>1</sup>.

En diez aspectos se pueden resumir las principales novedades de los últimos años en el derecho procesal y probatorio, que inciden en el derecho comercial:

---

\* Abogado de la Universidad Libre de Colombia. Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Colegio de Abogados Comercialistas y de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Miembro de la junta directiva de la Corporación Excelencia en la Justicia. Profesor en varias facultades de derecho y en cursos de especialización y maestría en las universidades Externado, de los Andes, Libre y Nacional, entre otras. Premio a la docencia de excelencia Juan Agustín Uricochea y Navarro del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario en el 2005. Formó parte de la comisión redactora del Código General del Proceso y de la comisión del ICDP para el Decreto 806 de 2020. Actualmente es vicepresidente ejecutivo jurídico y secretario general de BBVA Colombia. Las opiniones no comprometen a las entidades a las que se encuentra vinculado. La comisión redactora estuvo integrada por miembros del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, bajo la presidencia de Jairo Parra Quijano, hoy presidente emérito del ICDP.



## 1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO CIVIL Y COMERCIAL

Es una de las importantes tendencias supranacionales de los procesos judiciales a partir de la segunda mitad del siglo XX, que sigue el faro del derecho internacional humanitario y que fue acogida por el CGP al armonizar las instituciones procesales con la Constitución de 1991 que protege los derechos fundamentales y da prevalencia al derecho sustancial, con el fin de garantizar la dignidad de la persona en su dimensión individual y social, dentro de un marco de libertad e igualdad (CGP, art. 4.º).

Se destaca, entre los derechos protegidos, el del debido proceso, integrado por las garantías mínimas para toda persona dentro de un proceso judicial, que debe ser humano y justo, como presupuesto del bienestar, la equidad social y la paz que reclaman las nuevas generaciones de colombianos. Se complementa el debido proceso con la salvaguardia del acceso a la justicia, con exclusión de excesos rituales manifiestos, en un proceso dúctil o flexible, sin formalidades innecesarias (CGP, art. 11), además con la observancia diligente de los términos procesales enfocada a lograr menor distancia entre la demanda y la sentencia, para evitar la justicia tardía que es denegación de justicia (CGP, art. 121).

El formalismo extremo es de los peores males de la administración de justicia, porque atenta contra el debido proceso y hace difícil entrar y actuar ante el órgano jurisdiccional. La tutela judicial efectiva se manifiesta en el CGP con el destierro de obstáculos excesivos o irrazonables que transgreden derechos fundamentales y obstaculizan el derecho sustancial. En estos nuevos tiempos un requisito formal solo es constitucionalmente válido cuando guarda la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida<sup>1</sup>.

El apropiado funcionamiento del aparato jurisdiccional de los Estados se refleja hoy en la posibilidad de hacer efectivos los derechos que reconoce la ley sustancial. Para hacer realidad la tutela judicial efectiva, uno de los pilares fundamentales del Estado de derecho, en las normas rectoras del CGP (arts. 1.º a 14), que orientan la interpretación ante dudas o vacíos, se incorporaron principios que, siguiendo a Eduardo J. Couture, permiten

---

<sup>1</sup> Pico I Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona: José María Bosch editor, 1997, 49 y ss.

Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional Español, enseña que los requisitos formales deben ser esencialmente subsanables.



“tutelar el proceso para que él a su vez pueda tutelar el derecho”<sup>2</sup>. El horizonte del CGP, que armoniza con la Carta Política del 1991, consistió en alcanzar un proceso civil y comercial que reemplace la garantía meramente formal, por la garantía real de los derechos fundamentales<sup>3</sup>.

## 2. LA ORALIDAD EN LOS PROCESOS CIVILES Y COMERCIALES

A partir del siglo XVIII, la ineficiencia y demora de los procesos escritos, hizo surgir un movimiento de reflexión impulsado en 1816 con el descubrimiento de las *Instituciones* de Gayo por el Cardenal Ángel Mai en la ciudad de Verona, que reveló la oralidad del proceso clásico romano y desvirtuó la idea según la cual el proceso escrito se ajustaba mejor a la tradición latina de nuestros códigos<sup>4</sup>. Se inició así una transición hacia la oralidad con el Código de Procedimiento Civil de Hannover de 1850, el de Procedimiento Civil alemán de 1877, el japonés de 1890 y el austríaco de Franz Klein de 1895, entre otros, que abandonaron el arcaico sistema escrito del proceso común, tendencia que después se difundió en toda Europa y más tarde en América<sup>5</sup>.

Hasta la expedición del CGP en el año 2012 el proceso colombiano, al igual que el de varios países de Iberoamérica seguidores del derecho español que fue escrito hasta el año 2000, cuando se expidió la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de ese año que reemplazó la anterior de 1881, se caracterizó por el rígido principio de inexistencia para lo que no constaba en un acta (*quod non est in actis non est in mundo*), la distancia entre los sujetos que se comunicaban por memoriales, el exorbitante tributo a las formas, rezagos de tarifa legal y la duración indefinida en los trámites.

---

<sup>2</sup> Couture, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires, 1981, 149.

<sup>3</sup> Morello, Augusto Mario, *El proceso justo, del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*. Buenos Aires Librería Editora Platense, Abeledo Perrot S.A., 1994, 657.

“El proceso justo es el pequeño gran sol del Estado de derecho que, como garantía efectiva de la defensa, apuntala y reasegura la vigencia de las demás y hace cierto el mandato de afianzar la justicia. La tutela real de los derechos depende de que ese sol alumbré cada vez con mayor luminosidad y fuerza —y para todos— el camino que, con tantos obstáculos y dificultades, ha de transitarse con el fin de hacer cierto el acceso a la jurisdicción”.

<sup>4</sup> Chiovenda, Giuseppe. *Instituciones derecho procesal civil*. Madrid: Editorial Revista Derecho Privado, tomo III, 1954, 180.

<sup>5</sup> Cappelletti, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1972, 51.



Como en Colombia, en el año 2012, era evidente la necesidad de modernizar el proceso escrito, ineficiente y demorado del CPC, que no armonizaba con los progresos de los sistemas procesales y probatorios del derecho comparado en materia civil y comercial<sup>6</sup>, ni con los avances de la ciencia y, en general, de la sociedad, en el CGP se estructuró un proceso verbal con tres etapas: a) La primera introductoria o preparatoria, de demanda y contestación, esencialmente escrita; b) La segunda o intermedia de audiencia inicial, para buscar la conciliación y aplicar medidas de saneamiento. También para practicar interrogatorios de oficio y exhaustivos a las partes, encaminados a lograr la aceptación del mayor número de hechos y, de esa manera, disminuir la práctica de pruebas para los hechos controvertidos; c) Una etapa final o audiencia de instrucción y juzgamiento donde se practican las pruebas, se escuchan los alegatos de conclusión y se emite el fallo.

Para que la estructura del proceso oral funcione eficazmente, se requiere<sup>7</sup>: a) Presencia de los sujetos en la audiencia, con posibilidad de excusa por una vez; b) Predominio de la palabra hablada sin la alternativa de reemplazar la actuación oral con escritos; c) Un juez con amplios poderes de dirección y partes que cumplen estrictamente sus deberes; y d) Inmediación y concentración, con un juez atento que desarrolle el mayor número de actuaciones en el menor tiempo posible.

Desde el ICDP siempre se advirtió que para la beneficiosa transformación del servicio de justicia civil y comercial no es suficiente cambiar el código de procedimiento hacia la oralidad. Son necesarios elementos adicionales: apropiada selección y justa remuneración del personal judicial,

---

<sup>6</sup> Banco Mundial, “informe Doing Business 2020: mantener el ritmo de las reformas para mejorar el clima de los negocios”, en Banco Mundial Birt – Aif. octubre, 2019. en <https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2019/10/24/doing-business-2020-sustaining-the-pace-of-reforms>. Consulta de julio 20 de 2021.

A manera de ejemplo, en los marcadores de competitividad del Doing Business del Banco Mundial correspondientes al año 2013, Colombia obtuvo el puesto 42 entre 185 países, en el ponderado de todos los indicadores analizados. Específicamente, en el indicador de cumplimiento judicial de contratos que refleja el funcionamiento de su aparato jurisdiccional civil, Colombia ocupó en el año 2013 el puesto 157 entre 185. Para el 2020 el resultado fue similar, porque Colombia, en el mismo indicador, obtuvo el puesto 177 entre 190 países. Los efectos del CGP en la administración de justicia apenas se empiezan a percibir, porque apenas entró en vigor integralmente en el año 2016.

<sup>7</sup> Canosa Suárez, Ulises. *El proceso civil por audiencias*. Libro Colectivo de memorias del XVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Coord. Parra Quijano Jairo, Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1997.



continua capacitación y pedagogía, presupuesto suficiente y adecuadamente administrado, revisión del mapa judicial, infraestructura, tecnología, posibilidad de acceso a la información y de realizar todas las actuaciones por medios virtuales, trabajo en equipo en los juzgados, salas de audiencias modernas y sistematizadas para las actuaciones que excepcionalmente deban ser presenciales, imparcialidad y credibilidad del órgano jurisdiccional, estímulo a las formas alternativas de solución de conflictos, renovación de los sistemas de enseñanza del derecho y cambio de mentalidad de abogados y jueces para que los procesos puedan materializar derechos sustanciales sin afectar derechos fundamentales.

### 3. LA UNIFICACIÓN EN EL DERECHO SUSTANCIAL Y PROCESAL

El CGP aplicó otra de las transformaciones más sobresalientes del derecho comparado, tanto sustancial como procesal, civil y comercial, que es la unificación o, como afirma Michelle Taruffo, siguió ...una tendencia de transformación o superación de la distinción hacia una *recomposición* y unificación del derecho procesal civil. De esta manera, el CGP se edificó sobre la base de un género humano cosmopolita e interdependiente, fruto del desarrollo jurídico posterior a la Revolución Francesa de 1789, cuando surgió una avasalladora corriente de renovación procesal, con numerosos puntos de encuentro entre los sistemas del *common law* y los del *civil law*, que de antaño transitaban en direcciones contrapuestas<sup>8</sup>.

La unificación, que difumina diferencias jurídicas y culturales, no es exclusiva de los procesos; también se percibe en el derecho sustancial, en las nuevas normas de derecho civil, comercial, de medio ambiente, hábeas data, financieras, de las telecomunicaciones, de títulos valores, etc. En esta dirección, en materia procesal y probatoria el CGP incorporó un único proceso declarativo, que sustituyó la trilogía de antaño de procesos ordinario, abreviado y verbal y estableció el mismo trámite para el ejecutivo de cobro de obligaciones civiles y comerciales, incluidos los de recaudación de créditos cuando el deudor propone excepciones. También se aplicó la unificación con la adopción de figuras previstas en el Código Modelo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en la legislación europea

---

<sup>8</sup> Taruffo, Michelle. *Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil*, Bogotá: Ed. Temis, 2006, 57-85.



como el proceso monitorio (CGP, arts. 419, 420 y 421); y en el sistema anglosajón, como por ejemplo el dictamen pericial (CGP, arts. 226 a 235).

#### 4. EL PROCESO CIVIL Y COMERCIAL COMO COMUNIDAD SOLIDARIA DE TRABAJO

El CGP, siguiendo la preceptiva constitucional, utiliza el proceso como una *comunidad solidaria de trabajo* para el averiguamiento de la verdad y propende por la igualdad real mediante la prueba de oficio y la distribución de la carga de la prueba, orientadas a exigir la demostración de los hechos a quien esté en mejores condiciones de aportar las evidencias.

De esta manera, el CGP, en los procesos civiles y comerciales, en cuanto a la carga de la prueba, abandonó la concepción clásica y estática, para adoptar la teoría dinámica de Goldschmidt, que permite exigir probar a quien esté en mejores condiciones de demostración del hecho en el caso concreto, cuando las reglas tradicionales de repartición probatoria no se acompasan con el principio de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el acopio del material de convicción<sup>9</sup>.

Por este derrotero el primer inciso del artículo 167 del CGP, al recordar el compromiso que cada parte tiene de llevar al juez el conocimiento sobre los hechos que sirven de supuesto a las normas cuya aplicación solicita, consagra la noción clásica de la carga de la prueba. El segundo inciso agrega: no obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Peyrano W., Jorge y otros. *Cargas probatorias dinámicas*, Argentina: Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, 20.

<sup>10</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 472 de 1998.  
“ART. 30.—Carga de la prueba. La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiere ser cumplida, el



Para evitar sorprender a la parte en la sentencia con el sucedáneo o reemplazante de la prueba, esto es, con una decisión adversa por incumplir un compromiso que no se le había advertido, el tercer inciso del artículo 167 CGP estatuye: cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Aplicando la misma idea, en el artículo 170 del CGP se fortaleció el decreto de pruebas de oficio reemplazando la expresión podrán decretarse pruebas de oficio que traía el CPC, por una imperativa: El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia. El decreto de pruebas de oficio se convirtió así en los procesos civiles y comerciales en un deber de averiguación de la verdad para la administración de la justicia.

Estas instituciones reflejan la corriente ideológica preponderante en el nuevo ordenamiento. Se destierra la concepción del proceso como “juego de partes”, esto es como el “estéril y árido juego de fuerza y de destreza” que censuraba Calamandrei<sup>11</sup>, por un método donde se tiene que averiguar la verdad para aplicar a los hechos las normas sustanciales pertinentes y, de esta manera, alcanzar la justicia.

## 5. EL PROCESO EJECUTIVO PARA EL COBRO DE OBLIGACIONES CIVILES Y COMERCIALES

El proceso ejecutivo persigue la satisfacción de un derecho cierto contenido en un título ejecutivo: *nulla executio sine titulo*. La palabra *ejecución*

---

*juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella. En el evento de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva, en virtud de lo establecido en el inciso anterior, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.*

<sup>11</sup> Canosa Suárez, Ulises, “Nuevo Código General del Proceso de Colombia Ley 1564 de 2012”, *Libro Jurista y Maestro*, homenaje a Arturo Valencia Zea, Universidad Nacional de Colombia, tomo II Bogotá. 2014, ISBN: 978-958-775-145-1 rústica, ISBN: 978-958-775-146-8 digital.



alude a la acción y efecto de ejecutar, esto es, realizar, cumplir, satisfacer, hacer efectivo y dar realidad a un hecho<sup>12</sup>.

Las etapas de la jurisdicción se representan en la clasificación de los procesos en de conocimiento y ejecutivos: la cognición que se dirige a la declaración de certeza de un derecho incierto o controvertido, momento en que el Estado *dicit ius*; y la ejecución forzada dirigida a modificar el mundo exterior y a hacerlo corresponder a la voluntad de la ley donde, ante un derecho cierto pero insatisfecho, se expide un mandato concreto que debe ser cumplido, si es necesario, con el empleo de la fuerza<sup>13</sup>.

Eduardo J. Couture, acudiendo al saber, querer y obrar del proceso humano<sup>14</sup>, ilustra las diferencias: en el proceso de conocimiento el juez inicia con el debate probatorio para saber o conocer los hechos y luego decide o quiere en sentido jurídico y al final obra cuando ejecuta la sentencia; en el ejecutivo, con la plena prueba de la certeza del derecho, el juez decide al librar la orden de pago, después oye las excepciones del demandado y practica pruebas para conocer, de tal forma que desde el primer momento obra, incluso decretando medidas cautelares<sup>15</sup>.

Hoy se reconoce que el proceso ejecutivo se inspira en determinados principios o fundamentos valorativos de una concepción político-filosófica<sup>16</sup>,

<sup>12</sup> Couture. *op. cit.*

<sup>13</sup> Calamandrei, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, trad. de Santiago Sentís Melendo, 1973, 141 y ss.

“No se debe a la casualidad el que la justicia se presente simbólicamente provista de la balanza y de la espada. La defensa del derecho que el Estado realiza a través [*sic*] de la jurisdicción, no se agota en los razonamientos del juez; y a fin de que estos puedan traducirse en realidad, es necesario que, detrás de la balanza del juzgador, vigile la espada del ejecutor. Pero, viceversa, la espada del ejecutor no puede moverse si antes el juez no ha pesado imparcialmente las razones de la justicia”.

<sup>14</sup> Couture, *op. cit.*, 439.

<sup>15</sup> Baptista da Silva, Ovidio. “Racionalismo y tutela preventiva en el proceso civil”, Segundo Congreso Internacional de Derecho Procesal, Traducción: Juan José Monroy Palacios, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, núm. v, Lima, 2002, 285 y ss.

“La gran revolución ocurrida en el derecho moderno no se debió al lento y pesado procedimiento ordinario, sino a una gloriosa tutela sumaria, representada por el título ejecutivo, instrumento ofrecido por los juristas para la construcción del capitalismo industrial. La concepción del título ejecutivo, en el derecho medieval, es el testimonio más elocuente de esta verdad elemental. Pero lo que debe recalcarse con la consagración del título ejecutivo, es el rompimiento de la exigencia de un contradictorio previo (*audiatur et altera parte*), para consagrar el contradictorio diferido. Eso implicó romper toda una tradición”.

<sup>16</sup> Villamil Portilla, Edgardo, *Teoría constitucional del proceso*, Santa Fe de Bogotá: Doctrina y Ley, 1999.





los cuales, al tenor del artículo 230 de la Constitución Política, son criterios auxiliares de la actividad judicial. Esos principios pueden resumirse en cinco<sup>17</sup>: a) El de la satisfacción máxima de la pretensión del acreedor; b) El de respeto de los derechos del deudor<sup>18</sup>; c) El de garantía a los derechos de terceros; d) El de precaución a los derechos de otros acreedores; e) El de observancia a los intereses públicos<sup>19</sup>.

Desde siempre la posibilidad de ejecución es una característica fundamental de la obligación, que le da categoría, tanto en el campo moral, como en el jurídico<sup>20</sup>. El cumplimiento, además de imperativo legal, se reconoce actualmente tiene importancia económica, como lo explica Galgano:

[C]uando mayor sea el porcentaje de obligaciones cumplidas, tanto mayor será el beneficio para todo el sistema económico, ya que cumplir las obligaciones significa incrementar la circulación de la riqueza, aumentar la producción de bienes y servicios, en una palabra, contribuir al desarrollo económico<sup>21</sup>.

La posibilidad de cumplimiento mediante un eficiente sistema de ejecución alcanza especial jerarquía en el mundo actual y, en esta dirección, desde el año 2012, en Colombia se fortalecieron las alternativas extrajudiciales de ejecución de obligaciones civiles y comerciales mediante el pago directo con los bienes dados en garantía y la ejecución especial ante notarios y cámaras de comercio.

Para el efecto, en la Ley 1676 de garantías mobiliarias de Colombia del año 2013, fue necesario restablecer el pacto de comiso<sup>22</sup> que permite al

---

<sup>17</sup> De la Plaza, Manuel, *Derecho procesal civil español*, t. I, 3ª ed., Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1943.

<sup>18</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), entre otros.

<sup>19</sup> Morales Molina, Hernando, *Curso de derecho procesal civil*, Bogotá: ABC, 1983, 157.

<sup>20</sup> La posibilidad de ejecución es un derecho normal del acreedor de una obligación civil, llamada así por estar provista de todos sus efectos legales, por dar “derecho para exigir su cumplimiento”. No tiene la misma prerrogativa el acreedor de una obligación apenas natural, que no confiere derecho para exigir su cumplimiento, según los claros términos del artículo 1527 del Código Civil, “pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas”.

<sup>21</sup> Hinestrosa, Fernando, *Tratado de obligaciones*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, 562.

<sup>22</sup> Gorla, Gino, *La garanzie reali dell'obbligazione*, Parte general, Milano, Giuffrè, 1935, 26. “El pacto comisorio nace en época antiquísima como negocio ligado a varias operaciones contractuales, mediante el cual, convencionalmente se atribuía al acreedor una



acreedor adueñarse de la garantía<sup>23</sup>, en su modalidad de Pacto Marciano<sup>24</sup>, previo avalúo y con restitución del exceso, con el fin de proscribir los abusos de los acreedores<sup>25</sup> que obligaron prohibirlo a partir del 324 d. C. con un edicto del emperador Constantino en el que se dispuso:

Por cuanto entre otros engaños crece especialmente la aspereza de la ley comisorio de las prendas, ha parecido bien invalidarla, y que para lo sucesivo quede abolido todo su recuerdo. Así pues, si alguno padeciera por tal contrato, respire por virtud de esta disposición, que rechaza juntamente con los pasados, los casos presentes y prohíbe los futuros. Porque mandamos que los acreedores, habiendo perdido la cosa, recuperen lo que dieron<sup>26</sup>.

Los pactos comisorios fueron repudiados también en el código de Napoleón<sup>27</sup>. Uno de los redactores del Código Civil de 1804, el jurista Berlier, censuró estos convenios al decir que no conviene que la miseria sea explo-

---

posibilidad de satisfacción privilegiada, a través de la transferencia de la propiedad de uno o más bienes determinados”.

<sup>23</sup> Feliú Rey, Manuel Ignacio, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid: Civitas, 1995, 33.

A esta etapa se llegó después de una evolución que empezó con la atribución al acreedor de un incipiente “derecho de retención” que le daba derecho a vender el bien si se había convenido expresamente. Solo con posterioridad al siglo III “se reconoce al acreedor el poder de vender el bien, aunque en el contrato de prenda no se hubiese previsto y, además, aunque en dicho contrato se hubiera excluido tal poder (*pactum de vendendo*)”.

<sup>24</sup> Villamil Portilla, Edgardo, *Algunas garantías civiles*, Bogotá: Universidad Javeriana, Colección Ensayos, Editorial Ibáñez, 2013, 85.

<sup>25</sup> Reglero Campos, Fernando, *El pacto comisorio*. Congreso sobre Garantías Mobiliarias en Europa, Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2005. <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/doctrina> (consulta: 10 agosto 2007). “La razón principal por la que se ha sancionado de antiguo la interdicción del pacto comisorio reside precisamente en la necesidad de impedir que el deudor sufra un perjuicio patrimonial desproporcionado como consecuencia de encontrarse en una situación económica más o menos angustiosa, de la que pueda valerse el acreedor cuyo crédito está protegido con una garantía real”.

<sup>26</sup> Feliú Rey, *op. cit.*

<sup>27</sup> Planiol, Marcel, Ripert, Georges, *Derecho civil*, México: Oxford University Press, 1999, 980. “El Código Civil es, sobre un punto, más severo que el derecho antiguo. En este se autorizaba a las partes a convenir que la prenda quedase en poder del acreedor, no en un precio fijado con anterioridad, sino en el que fijaran los peritos después del vencimiento. Aunque esta convención sea menos peligrosa para el deudor, está prohibida por el Código, quien [*sic*] no hace ninguna distinción y quien exige que la atribución de la prenda al acreedor sea ordenada por los tribunales”.



tada por la codicia<sup>28</sup>. En el año 2006 se restituyeron en Francia cuando se modificó el régimen de garantías, surgiendo una tendencia de unificación con el derecho anglosajón que se está acogiendo por todos los países iberoamericanos.

Fue a partir del derecho germánico en el siglo V d. C., cuando se conoció el Pacto de Wadiatio<sup>29</sup>, una primera aproximación a la posibilidad de ejecución sin juicio declarativo previo y se instituyó el proceso de ejecución como hoy lo conocemos, a partir de un derecho incuestionable contenido en un documento con mérito ejecutivo, como un título valor.

En la Italia del siglo XII se dio otro paso hacia la consolidación del proceso ejecutivo cuando se introdujeron reformas a los estatutos de las ciudades mercantiles para conceder mérito a los documentos que probaran una obligación, así no mediara el pacto ejecutivo, ni la previa sentencia condenatoria<sup>30</sup>.

Son estos antecedentes históricos los que cimientan la aparición del juicio ejecutivo en la España del siglo XIV, inicialmente en ordenamientos regionales unificados en la *lex toletana* de 1480 de los Reyes Católicos, que estatuyó además: a) mérito ejecutivo para documentos distintos de las sentencias declarativas; b) rápida emisión de una orden de pago (*mandatum de solvendo*); c) agilidad en la sustanciación y en cautelas; d) plazos preclusivos para las excepciones; e) facultades al juez para rechazar actuaciones imperitinas o dilatorias<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Jossierand, Louis, *Derecho civil*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, t. II, vol. II, 1993, 456.

<sup>29</sup> Prieto-Castro Ferrandiz, Leonardo, *Derecho procesal civil*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, 189.

Dicha declaración se formalizaba en presencia de testigos con la entrega de un objeto simbólico (wadia o pequeña rama).

<sup>30</sup> Soberanes y Fernández, José Luis, *Historia del juicio ejecutivo*, México: Universidad Nacional Autónoma México, 1977, 7.

<sup>31</sup> *Ibid.*, 8.

Estas disposiciones no fueron producto del azar. Se pueden encontrar sus antecedentes en las leyes que con alcance regional promulgó el Rey Enrique III de Castilla para Sevilla: “Sépades que los Cónsules de los Genovesos y otros mercaderes se me quexaron y dixeron, que ellos venden sus mercaderías y fazen sus contratos a Cristianos y moros y judíos por ciertas cuantías de madrís, que se obligan deles dar y pagar por ellas a plazos ciertos [...] y que los dichos deudores maliciosamente por les non pagar las dichas deudas los traen a pleytos y contiendas allegando, que les han hecho paga dellas, o que han hecho aveniencia con ellos o pacto o postura de no les demandar o que gelo han quitado, o allegan qualesquier excepciones, de que dizen, que tienen los testigos en otros reynos o en Hierusalem, no seyendo las pagas o excepciones puestas



En estos aspectos continúa profundizándose en los códigos modernos, reconociendo que, si bien ningún sistema de ejecución puede precaver los incumplimientos, ni brindar plena satisfacción a los acreedores, el funcionamiento del aparato jurisdiccional de los Estados se trasluce en la posibilidad real de hacer efectivos los derechos ciertos reconocidos por el derecho sustancial<sup>32</sup>.

## 6. EL PROCESO MONITORIO, UNA NUEVA ALTERNATIVA PARA LOS COMERCIANTES

En el siglo XIII los juristas italianos idearon esta alternativa para los acreedores que no contaban con un título ejecutivo, posibilidad que se extendió por toda Europa y está adoptándose ocho siglos después por los países iberoamericanos, entre ellos Colombia, a partir del Código General del Proceso de 2012<sup>33</sup>.

Los artículos 419 a 421 del CGP lo incorporaron para el cobro de obligaciones en dinero, de naturaleza contractual, determinadas y exigibles, que sean de mínima cuantía, civiles o comerciales, con el fin de garantizar un fácil acceso a la justicia para los acreedores que no documentan sus créditos en títulos ejecutivos, circunstancia que antes les impedía acceder a la justicia por las dificultades prácticas del declarativo o el interrogatorio de parte como prueba anticipada, opciones complicadas, ineficientes y demoradas.

---

y verdaderas, por la cual razon les fazen facer cosas y les aluegan los pleitos, piedron me pro merced, que cuando algunas personas allegasen pagas o excepciones, como dicho es, contra los tales recaudos, no se recibiesen, salvo si mostrasen luego por otra tal escritura a tal alvalá que según derecho deva ser recibida, o por testigos, que fuesen en el arzobispado de Sevilla, o por confesión de la parte”.

<sup>32</sup> Mayer, Ernesto “El antiguo derecho de obligaciones español según sus rasgos fundamentales”, *Revista de Historia del Derecho*, 11ª ed., Cáceres: Universidad de Extremadura, 2005, 11-317.

“[...] cuanto más culto es un derecho, tanto más se desarrolla en él la tendencia a proporcionar una satisfacción económica al acreedor”.

<sup>33</sup> Nieva-Fenoll, Jordi, otros, *El procedimiento monitorio en América Latina. Pasado, presente y futuro*, Bogotá: Editorial Temis, 2013, 5 y ss.

Autores como Jordi Nieva-Fenoll afirman que son dispersos los antecedentes del proceso monitorio, que “no es fácil hallar vestigios del procedimiento monitorio antes del siglo xiv y mucho menos fuera de Italia”. Agrega que “no debió constituir procedimiento especial alguno en sus inicios” y que “no es más que una fase del procedimiento declarativo ordinario de la época, que en caso de deudas de dinero se debía de sustanciar más rápidamente, sobre todo cuando dichas deudas aparecían documentadas”.



En una demanda por formato, con la sola declaración del demandante, sin documentos, en forma rápida y sencilla, se podrá lograr un requerimiento de pago. El demandado debe ser notificado personalmente y podrá: a) pagar, en cuyo caso termina el proceso; b) guardar silencio, evento en el que se dictará sentencia; c) oponerse para que se abra la fase declarativa.

## 7. LAS NOVEDADES EN MEDIDAS CAUTELARES

El derecho de garantía general le confiere al acreedor medidas para salvaguardar su derecho, conservar o reintegrar el patrimonio del deudor o ejecutar la prestación, que se clasifican en: a) medidas de conservación del patrimonio del deudor (derechos auxiliares); b) medidas de reintegración del patrimonio del deudor; y c) medidas de satisfacción o ejecución que buscan la realización de los bienes, para que con el producto se pague al acreedor. Con este fin son indispensables las medidas cautelares de embargo y secuestro que, aunque no son exclusivas del proceso ejecutivo, sí lo caracterizan de manera especial<sup>34</sup>.

El Código General del Proceso del año 2012 estableció un sistema mixto de medidas cautelares. El sistema del Código de Procedimiento Civil era taxativo, porque el legislador determinaba la procedencia de cauteles en cada proceso. Desde la vigencia del CGP el artículo 590 autoriza al juez para decretar en los procesos declarativos, incluido el monitorio, cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión, teniendo en cuenta la apariencia de buen derecho, la necesidad, efectividad y proporcionalidad.

Tres requisitos deben reunirse para la medida cautelar<sup>35</sup>: a) *fomus boni iuris*, *humo del buen derecho* o verosimilitud del derecho, que en el ejecutivo

---

<sup>34</sup> Bejarano Guzmán, Ramiro *Procesos declarativos*, Bogotá: 3ª ed., Editorial Temis, 2005, 67. En efecto, las medidas cautelares no son exclusivas del proceso ejecutivo, porque también proceden en ciertos declarativos y en algunos procesos especiales. “Nuestra legislación procesal no es ajena a la tendencia universal de autorizar el decreto y práctica de medidas cautelares en todo tipo de proceso”.

<sup>35</sup> Hernández Villarreal, Gabriel, “Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿taxatividad o enunciación de las cauteles?”, *Estudios socio jurídicos*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2007, 190.

“Adicionalmente, en algunas legislaciones se incluye como requisito para la procedencia de las medidas cautelares el hecho de que la persona que ha de soportarlas de



se establece por la presencia del título ejecutivo que justifica la práctica de cautelas previas; b) *periculum in mora* o posibilidad de daño para el acreedor por el riesgo de disminución del patrimonio del deudor durante el proceso; c) procedencia de las cautelas, regulada en el artículo 599 del CGP para el proceso ejecutivo<sup>36</sup>.

## 8. LAS ACCIONES DE GRUPO

Son una de las grandes transformaciones del derecho procesal en los últimos tiempos. En el pasado los esquemas procesales estaban diseñados para vincular a un demandante y un demandado, con limitación de los efectos de la sentencia y de los poderes del juez. A partir de la Carta Política de 1991 y luego con la Ley 472 de 1998 se consagraron en Colombia las acciones para los derechos colectivos, que son instituciones revolucionarias que albergan un proceso jurisdiccional de corte social, con impacto protector, que abandona la estructura meramente individualista. El actor ahora se legitima respecto de todo un grupo de personas, el juez cuenta con poderes especiales y la sentencia está investida de un efecto ejemplarizante y disuasorio de nuevas infracciones<sup>37</sup>.

Como enseña Mauro Cappelletti sobre este tipo de acciones ...nosotros debemos darnos cuenta, y también estar orgullosos, que una grandiosa transformación está en curso; que vivimos en una época fascinante de cambios radicales gigantescos de corte social, los cuales, más allá de tener que preocuparnos, deberían encender nuestros espíritus de entusiasmo, pues se trata de construir una sociedad más rica y más justa<sup>38</sup>.

---

la impresión de que se sustraerá del cumplimiento de la sentencia y es ahí cuando se habla de la *suspectio debitoris*".

<sup>36</sup> Entre las características de las medidas cautelares están las de ser accesorias a un proceso, provisionales o mutables, porque permanecen mientras está presente la situación de peligro y pueden cambiar o modificarse dependiendo si se mantienen las circunstancias que se consideraron para decretarlas. Deben limitarse a lo necesario y resolverse rápidamente.

<sup>37</sup> Canosa Suárez, Ulises. "Acciones populares y de grupo", *Temas de derecho financiero contemporáneo*, Bogotá: Universidad del Rosario, ISBN: 958-8225-96-55, 2006.

<sup>38</sup> Cappelletti, Mauro, "La protección de los intereses colectivos o difusos" en XIII Jornadas Iberoamericanas De Derecho Procesal, México, 1993, en <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9560> consulta de julio 20 de 2021.



## 9. LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Es otra de las tendencias que en buena hora se han venido profundizando en Colombia en los últimos años para la resolución de conflictos de naturaleza civil y comercial, entre ellas la conciliación y el arbitramento, el aumento de las facultades jurisdiccionales a las autoridades administrativas, por ejemplo a las superintendencias, que en Colombia están funcionando eficazmente, la desjudicialización y atribución de ciertos trámites a notarías y cámaras de comercio y los ODR, RLL o RDL, novedosos procedimientos *on-line* de resolución de disputas, especialmente en el ámbito del comercio electrónico o *e-commerce*, que están revolucionando el derecho de acceso a la justicia y el derecho procesal, porque rompiendo esquemas tradicionales y aplicando inteligencia artificial, amplían la oferta de justicia, facilitan, agilizan, economizan, desformalizan y ayudan a superar barreras geográficas, sin merma de los derechos de las personas.

## 10. LA CUARTA REVOLUCIÓN EN EL PROCESO CIVIL Y COMERCIAL

En los tiempos en que vivimos la beneficiosa transformación del servicio de la justicia civil y comercial demanda la máxima utilización de los adelantos tecnológicos. La justicia digital, además de ser moderna, innovadora, eficiente, rápida, fácil y económica, garantiza el acceso de las personas a sus jueces y permite la eficacia de los derechos sustanciales, con plena garantía de los derechos fundamentales.

Concluyen los estudios de las Naciones Unidas que, por sus especiales características, las tecnologías de la información y de las comunicaciones pueden ayudar a que nuestro mundo sea más justo, pacífico y equitativo<sup>39</sup>. La tecnología digital, reconoce la ONU, es la innovación que avanzó más rápidamente en toda la historia, porque en apenas veinte años transformó la forma de vivir y de hacer las cosas y, por otra parte, alcanzó una cobertura asombrosa y mayoritaria en la sociedad en desarrollo. Todos debemos poder aprovechar la era digital como una época para el bien común<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Naciones Unidas. “Influencia de las tecnologías digitales”, en Naciones Unidas, 1918255S.#New Technologies, en <https://www.un.org/es/un75/impact-digital-technologies> consulta de mayo 23 de 2021.

<sup>40</sup> Naciones Unidas, “¿Qué puede hacer la tecnología en beneficio del desarrollo?”, en Noticias ONU, Mirada Global Historias Humanas, en <https://news.un.org/es/>



No obstante, si bien los avances tecnológicos pueden apoyar el logro de los objetivos del milenio, desde el fin de la pobreza extrema, pasando por el acceso a la salud, la consecución de trabajo decente y la alfabetización universal, hasta el acceso y la mejora en la justicia, con un efecto igualador y beneficioso, no dejan tener riesgos que deben disminuirse, entre ellos algún grado de limitación y de desigualdad por la falta de acceso de cierto sector de la población, ciertas amenazas a la privacidad y la seguridad, y algunos peligros de su indebida utilización<sup>41</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- Banco Mundial, “informe Doing Business 2020: mantener el ritmo de las reformas para mejorar el clima de los negocios”, en: Banco Mundial Birf – Aif. Octubre, 2019. en <https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2019/10/24/doing-business-2020-sustaining-the-pace-of-reforms>. Consulta de julio 20 de 2021
- Baptista Da Silva, Ovidio, “Racionalismo y tutela preventiva en el proceso civil”, Segundo Congreso Internacional de Derecho Procesal, Traducción: Juan José Monroy Palacios, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, núm. v, Lima, 2002, 285 y ss.
- Bejarano Guzmán, Ramiro, *Procesos declarativos*, Bogotá: Editorial Temis, 2005, 67.
- Calamandrei, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, trad. de Santiago Sentís Melendo, 1973, 141 y ss.
- Canosa Suárez, Ulises. “Acciones populares y de grupo” *Temas de derecho financiero contemporáneo*, Bogotá: Universidad del Rosario, ISBN: 958-8225-96-55, 2006,
- Canosa Suárez, Ulises. *El proceso civil por audiencias. Libro colectivo de memorias del XVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Parra Quijano Jairo (coord.), Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.
- Canosa Suárez, Ulises, “Nuevo Código General del Proceso de Colombia Ley 1564 de 2012”. *Libro Jurista y Maestro*, Homenaje a Arturo Valencia Zea, Universidad Nacional de Colombia, tomo II Bogotá, 2014, ISBN: 978-958-775-145-1 rústica, ISBN: 978-958-775-146-8 digital
- Cappelletti, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1972, 51.

---

story/2019/06/1457461 consulta de mayo 23 de 2021.

<sup>41</sup> Estos riesgos fueron considerados por el ICDP como aparece en la redacción de los tres primeros artículos del Decreto 806 de 2020.





- Cappelletti, Mauro, “La protección de los intereses colectivos o difusos” en XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, México, 1993, en <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9560> consulta de julio 20 de 2021
- Colombia, Congreso de la República, Ley 472 de 1998.
- Couture, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires, 1981, 149.
- Chiovenda, Giuseppe. “Instituciones derecho procesal civil”. Tomo III. Madrid: Editorial Revista Derecho Privado, 1954, 180.
- De la Plaza, Manuel, *Derecho procesal civil español*, tomo I, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1943.
- Feliú Rey, Manuel Ignacio, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid: Civitas, 1995, 33.
- Gorla, Gino, *La garanzie reali dell’obbligazione*, Parte general, Milano, Giuffrè, 1935, 26.
- Hernández Villarreal, Gabriel, “Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿taxatividad o enunciación de las cautelas?”, *Estudios socio jurídicos*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2007, 190.
- Hinestrosa, Fernando, *Tratado de obligaciones*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, 562.
- Josserand, Louis, *Derecho civil*, t. II, vol. II, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1993, 456.
- Mayer, Ernesto “El antiguo derecho de obligaciones español según sus rasgos fundamentales”, *Revista de Historia del Derecho*, 11ª ed., Universidad de Extremadura, Cáceres, 2005, 11-317.
- Morales Molina, Hernando, *Curso de derecho procesal civil*, Bogotá: ABC, 1983, 157.
- Morello, Augusto Mario, *El proceso justo, del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*. Buenos Aires: Librería Editora Platense, Abeledo Perrot S.A., 1994, 657.
- Naciones Unidas. “Influencia de las tecnologías digitales”, en Naciones Unidas, 1918255S.#New Technologies, en <https://www.un.org/es/un75/impact-digital-technologies> consulta de mayo 23 de 2021.
- Naciones Unidas, “¿Qué puede hacer la tecnología en beneficio del desarrollo?”, en Noticias ONU, Mirada Global Historias Humanas, en <https://news.un.org/es/story/2019/06/1457461> consulta de mayo 23 de 2021.
- Nieva-Fenoll, Jordi, otros, *El procedimiento monitorio en América Latina. Pasado, presente y futuro*. Bogotá: Editorial Temis, 2013, 5 y ss.
- Parra Quijano, Jairo, *Derecho procesal civil*, t. II, *Parte especial*, Santa Fe de Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 1995, 256 a 262.
- Peyrano W., Jorge y otros. *Cargas probatorias dinámicas*, Argentina: Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, 20.



- Pico I Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona: José María Bosch editor, 1997, 49 y ss.
- Planiol, Marcel, Ripert, Georges, *Derecho civil*, México: Oxford University Press, 1999, 980.
- Prieto-Castro Ferrandiz, Leonardo, *Derecho procesal civil*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, 189.
- Reglero Campos, Fernando, *El pacto comisorio*. Congreso sobre garantías mobiliarias en Europa, Barcelona: Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, 2005.
- Soberanes y Fernández, José Luis, *Historia del juicio ejecutivo*, México: Universidad Nacional Autónoma México, 1977, 7.
- Taruffo, Michelle. *Sobre las fronteras, Escritos sobre la justicia civil*, Bogotá: Ed. Temis, 2006, 57-85.
- Villamil Portilla, Edgardo, *Algunas garantías civiles*, Bogotá: Universidad Javeriana, Colección Ensayos, Editorial Ibáñez, 2013, 85.
- Villamil Portilla, Edgardo, *Teoría constitucional del proceso*, Santa Fe de Bogotá: Doctrina y Ley, 1999.



# ¿ES NECESARIA UNA JURISDICCIÓN DE COMERCIO EN COLOMBIA?

NICOLÁS PÁJARO MORENO\*

## INTRODUCCIÓN

Los cincuenta años de la entrada en vigencia del Código de Comercio es una oportunidad importante para reflexionar sobre algunas instituciones de nuestro derecho privado que se encuentran, de una u otra manera, relacionadas con la mercantilidad. En especial vale la pena regresar sobre aquellas cuestiones que han sido materia recurrente de propuestas y debates.

La posibilidad de implementar una jurisdicción de comercio en Colombia no es una idea novedosa en nuestra comunidad jurídica. A lo largo de nuestra historia reciente no han sido pocas las veces que han ansiado la existencia de jueces especializados en materias mercantiles, que las sepan abordar con criterios distintos de los que aplican los jueces civiles, lejos de la congestión y dilaciones que aquejan a la justicia ordinaria.

En las páginas que siguen estudiaremos algunos aspectos relacionados con la idea de implementar una jurisdicción mercantil en Colombia, con el fin de responder si se trata de una institución necesaria, conveniente o adecuada para resolver las necesidades del comercio en nuestro país.

## 1. ¿PARA QUÉ UNA JURISDICCIÓN DE COMERCIO?

La historia de los tribunales de comercio está íntimamente ligada con la historia y el origen del derecho mercantil, hasta el punto en que el mismo objeto del derecho comercial en ocasiones llegó a definirse en función de la competencia de los tribunales de comercio<sup>1</sup>.

---

\* Profesor adjunto de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en derecho comercial y magíster en derecho privado de la Universidad de los Andes. Ex superintendente delegado para procedimientos de insolvencia en la Superintendencia de Sociedades.

<sup>1</sup> Broseta Pont, Manuel. *La empresa, la unificación del derecho de las obligaciones y el derecho mercantil*. Madrid: Tecnos, 1965, 33.



En sus inicios, la *lex mercatoria* surgió como un derecho gremial, que pretendía establecer una alternativa eficiente y eficaz al derecho civil para regular la actividad comercial. Quienes acudían a una determinada plaza a hacer negocios no podían darse el lujo de esperar los tiempos que tomaba la justicia ordinaria en resolver sus disputas. Las operaciones mercantiles requerían el despliegue de auténticas aventuras, una inversión considerable de tiempo, desplazamientos y dinero, y la asunción de riesgos relacionados con la seguridad de los comerciantes; sin embargo, ninguna de estas cuestiones parecía ser compatible con las formalidades del derecho común.

Los estatutos mercantiles buscaron, en la medida de lo posible, tomar distancia de las ritualidades ordinarias, de las prácticas de los abogados y del derecho ordinario, y remitirse a principios más flexibles, ateniéndose a la averiguación de la verdad y a la aplicación del principio general de buena fe. Un ejemplo paradigmático de lo anterior se encuentra en las Ordenanzas de Bilbao de 1737, donde se establecía que

en dicho Consulado deben determinarse los pleytos, y diferencias de entre las partes, breve, y sumariamente, la verdad sabida, y la buena fé guardada por estilo de los Mercaderes, sin dár lugar á dilaciones, Libelos, ni Escritos de Abogados, como, y por las razones que se previene, y manda por dichos Privilegios, y Ley Real, ni guardar la forma, y orden del Derecho (...) Y procurando en quanto á esto evitar malicias, si se presumiere, que la demanda, respuesta ú otra Peticion, y Libelo fuere dispuesta de Abogado, no la admitirán hasta que baxo juramento declare la parte no haverla hecho, ni dispuesto Abogado<sup>1</sup>.

La existencia de jueces especializados, versados en las costumbres de los mercaderes, capaces de resolver controversias de manera masiva y expedita, era un requisito básico para el desarrollo de la plaza. Existía una indudable ventaja en hacer negocios en una plaza que no solo ofreciera mercaderías de calidad, sino que además dispusiera de mecanismos para que, ante una eventual controversia, se lograra obtener una respuesta adecuada, en términos de fondo y de forma. Poco a poco, la justicia consular fue convirtiéndose en uno de los pilares fundamentales del desarrollo del comercio, en especial en aquellas ciudades que contaban con puertos principales, o

---

<sup>1</sup> Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la M. N. Y. M. L. Villa de Bilbao (insertos sus reales privilegios) aprobadas y confirmadas por el rey nuestro señor Don Phelipe Quinto (que Dios guarde). Año de 1737. Madrid, D. Pedro Marín, 1787, 28.



con grandes plazas de intercambio, tal como se evidencia de la historia de los puertos de las grandes ciudades italianas, francesas y españolas.

## 2. LOS TRIBUNALES DE COMERCIO: UN PROYECTO INCONCLUSO EN LA HISTORIA DE NUESTRO DERECHO MERCANTIL

Durante la época de la Colonia es innegable la importancia que tuvo el comercio con las Indias Occidentales para la madre patria. Aparejado con él, surgió la necesidad de establecer tribunales de comercio, bajo la forma de consulados, para resolver las eventuales controversias que pudieran llegar a surgir entre los comerciantes. Ya desde el tardío siglo XVI, y a lo largo de los dos siglos posteriores, la corona española constituyó consulados de comercio en las ciudades de México (1592), Lima (1593), Santa Fe de Bogotá (1695), Caracas (1793), Guatemala (1793), Buenos Aires (1794), La Habana (1794), Veracruz (1795), Santiago de Chile (1795), Guadalajara (1795), y Cartagena (1795)<sup>2</sup>.

No todos los consulados tuvieron el mismo grado de desarrollo ni la misma suerte. En especial, se destacan por su corta vida y rápido desmonte los dos consulados de comercio establecidos en lo que hoy es el territorio de la República de Colombia.

El Consulado de Santa Fe de Bogotá fue constituido mediante real cédula de 26 de mayo de 1695, y fue velozmente suprimido menos de veinte años después, mediante cédula de 11 de abril de 1713, al parecer debido a malos manejos administrativos y a las quejas de los mismos comerciantes de la zona<sup>3</sup>.

Casi un siglo más tarde habría de crearse el Consulado de Cartagena de Indias, mediante Real cédula de erección expedida en Aranjuez el 14 de junio de 1795<sup>4</sup>. Dicho consulado, sin embargo, tuvo una existencia igual-

---

<sup>2</sup> Smith, Robert S. "A Research Report on Consulado History", en *Journal of Inter-American Studies*, enero 1961, vol. 3, n.º 1, 41-52.

<sup>3</sup> Lucena Salmoral, Manuel, "Los precedentes del Consulado de Cartagena : el Consulado de Santafé (1695-1713) y el Tribunal del Comercio Cartagenero", *Estudios de historia social y económica de América*, 1986, n.º 2, 179-198; Smith, Robert S. "The Consulado in Santa Fe de Bogotá" en *The Hispanic American Historical Review*, agosto 1965, vol. 45, n.º 3, 442-451.

<sup>4</sup> Sobre el punto, ver también McFarlane, Anthony: *Colombia Before Independence. Economy, society and politics under the Bourbon rule*, Nueva York, Cambridge University Press,



mente efímera, aunque por razones distintas. En efecto, dicho establecimiento no subsistió al fragor de la independencia y al chauvinismo que siguió al establecimiento de la República. Los tribunales de comercio eran vistos como un rezago de la Colonia, así como un privilegio establecido a favor de los comerciantes españoles, que constituían sus principales beneficiarios<sup>5</sup>. Por consiguiente, a la hora de establecer las reglas sobre la organización de los tribunales y juzgados de la naciente República de Colombia, la Ley de 12 de octubre de 1821 previó la extinción de los tribunales especiales de comercio<sup>6</sup>.

La figura fue rápidamente echada de menos, y menos de tres años después de su derogatoria se buscó revivir la figura de los tribunales de comercio a través de la Ley 168 de 10 de julio de 1824, “en que se determina el modo de conocer las causas de comercio, de sustanciarlas y determinarlas”. Dicha norma ordenó el establecimiento de un tribunal de comercio, como mínimo en cada una de las capitales de departamentos y provincias<sup>7</sup>, y dispuso el catálogo de actos de comercio y asuntos en los que ellos tendrían competencia, así como un procedimiento para encauzar los pleitos “*á estilo llano, verdad sabida, y buena fe guardada*”<sup>8</sup>.

A esta ley siguieron otras normas que incorporaron nuevos desarrollos sobre la materia. Sendos decretos del presidente Simón Bolívar de 1.º de agosto de 1829 y de 3 de febrero de 1830 establecieron juzgados de comercio en las plazas de Guayaquil y Cartagena, con arreglo a la cédula de constitución del consulado de Cartagena de 14 de junio de 1795, y con ju-

1993, 181 y ss.; Means, Robert C.: *Desarrollo y subdesarrollo del derecho. Corporaciones y derecho corporativo en Colombia del siglo XIX* (Alberto Supelano, Trad.), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, 186.

<sup>5</sup> McFarlane, Anthony: *Colombia Before Independence. Economy, society and politics under the Bourbon rule*, Nueva York: Cambridge University Press, 1993, 183.

<sup>6</sup> Ley de 12 de octubre de 1821 “Sobre organización de los tribunales y juzgados”, ART. 73.—“*Quedan extinguidos los tribunales especiales de comercio. Los jueces y tribunales ordinarios conocerán de estos negocios en la forma y términos que lo hacían antes de la creación de los consulados*”. *En cuerpo de leyes de la República de Colombia*, 118.

<sup>7</sup> En la práctica, dicha norma previó el establecimiento de 37 tribunales de comercio en la Gran Colombia.

De acuerdo con la Ley de 25 de junio de 1824, “sobre división territorial de la República”, dichas ciudades correspondían a 12 capitales de departamento (Cumaná, Caracas, Barinas, Maracaibo, Tunja, Bogotá, Cartagena, Popayán, Panamá, Quito, Cuenca y Guayaquil), y otras 25 ciudades que se fijaron como capitales de provincia (Santo Tomás de Angostura, Barcelona, La Asunción, Valencia, Achaguas, Coro, Mérida, Trujillo, Pamplona, El Socorro, Pore, Antioquia, Honda, Neiva, Santa Marta, Riohacha, Quibdó, Pasto, Iscuandé, Veragua, Ibarra, Riobamba, Loja, Jaén y Puertoviejo).

<sup>8</sup> Ley de 10 de julio de 1924, artículo 18.



jurisdicción en el distrito del sur de la República, el primero, y en los departamentos de Boyacá, Cundinamarca, Cauca, Magdalena e Istmo, el segundo<sup>9</sup>. Tras la disolución de la Gran Colombia, la Ley de 29 de mayo de 1833<sup>10</sup> “consultando los medios de que la justicia se administre con la brevedad posible en los negocios contenciosos de comercio, y que los individuos de esta útil profesión no experimenten demoras y perjuicios en sus contratos, viajes y especulaciones”, ordenó la creación de tribunales especiales de comercio en todas las capitales de provincia<sup>11</sup>, en términos semejantes a los previstos en la legislación de 1824.

Sin embargo, la Ley de 23 de mayo de 1836, “sobre juicios de comercio”<sup>12</sup> derogó las normas que creaban tribunales y procedimientos especiales para las controversias mercantiles. Estimó que su establecimiento “no ha llenado el objeto que se propuso, viniendo a ser más difícil y complicada su ejecución que el procedimiento en las demás causas civiles”, y que, por el contrario, el establecimiento de tribunales de comercio generaba perjuicios a los comerciantes por imponerles una función adicional, que los llevaba “a ser distraídos de sus ocupaciones”. En su lugar, defirió el conocimiento de este tipo de asuntos a “los jueces letrados, y en su defecto a los que hayan de reemplazarlos en primera instancia”, conforme a los procedimientos civiles previstos para los juicios ordinarios.

Un nuevo intento por establecer tribunales de comercio ocurrió con la Ley 4<sup>a</sup> de mayo de 1852 “sobre establecimiento de tribunales de comercio y sobre el modo de proceder en los juicios mercantiles”<sup>13</sup>. En dicha norma se estableció que en algunas cabeceras de circuito, a elección de las cámaras de provincia, habrían de establecerse tribunales de comercio, entre

---

<sup>9</sup> Decretos de 1.º de agosto de 1829, “que crea un juzgado de comercio en Guayaquil”, y de 3 de febrero de 1830 “que establece en Cartagena un consulado de comercio”, en Codificación nacional, tomo IV, 69 y 161, respectivamente.

De acuerdo con el artículo 8.º de la Ley de 12 de octubre de 1821 (en cuerpo de leyes de la República de Colombia, 111), el Distrito del Sur de la República de Colombia correspondía al departamento del Cauca y a los departamentos que se formarían de las provincias de Quito; sin embargo, dada la previsión especial del Decreto de 3 de febrero de 1830, el departamento del Cauca quedó excluido de la competencia del juzgado de Guayaquil.

<sup>10</sup> En Codificación Nacional, tomo V, 17.

<sup>11</sup> Para el momento de la expedición de esta ley, ello implicaba 18 capitales de provincias, en las ciudades de Barbaças, Bogotá, Cali, Cartagena, Mariquita, Medellín, Neiva, Pamplona, Panamá, Popayán, Pore, Quibdó, Riohacha, San Juan de Pasto, Santa Marta, Santiago, Socorro y Tunja.

<sup>12</sup> En Codificación Nacional, tomo VI, 97.

<sup>13</sup> En Codificación Nacional, tomo XV, 97.



jueces elegidos entre los comerciantes de la provincia. Dicha ley mantuvo la competencia de los jueces del circuito en aquellos lugares donde no se hubiese establecido un tribunal de comercio<sup>14</sup>. Poco más de un año después, mediante Ley de 16 de junio de 1853 “sobre tribunales y juicios de comercio”<sup>15</sup>, se estableció un nuevo régimen integral sobre estos asuntos, en términos parecidos a los previstos en la ley anterior, y con una cláusula de remisión a los jueces ordinarios idéntica a la establecida en la norma que le sirvió de antecedente<sup>16</sup>. En ambas leyes se preveía el establecimiento de tribunales de comercio, con competencia privativa para conocer de los negocios mercantiles, que serían establecidos en las cabeceras de circuito que decidiese la respectiva cámara o legislatura provincial<sup>17</sup> elegido de la asamblea de comerciantes de la localidad<sup>18</sup>. Ambas leyes previeron que donde no hubiese jueces de comercio, los negocios comerciales serían repartidos a los jueces (civiles) de circuito<sup>19</sup>. Cabe anotar que el primer código de comercio colombiano de 1853 había tomado como base el Código Español de 1829, salvo por los asuntos concernientes a los jueces y tribunales de comercio, que se habían dejado por fuera.

La reforma constitucional de 1886 abrió nuevamente las puertas al establecimiento de una jurisdicción mercantil en Colombia. El artículo 163 de la Carta Política de ese año, estableció, genéricamente, que podrían crearse tribunales de comercio<sup>20</sup>.

Sin embargo, el mismo Código de Comercio Terrestre hizo innecesaria la creación de estos tribunales, pues defirió a los jueces comunes el conocimiento de los asuntos mercantiles en los territorios donde aquéllos no se hubieren creado<sup>21</sup>. Así, la mayor parte del siglo XX no vio ningún avance

---

<sup>14</sup> Artículo 28.

<sup>15</sup> En Codificación Nacional, tomo XV, 544.

<sup>16</sup> Artículo 39.

<sup>17</sup> Artículo 1.º de la Ley de 4ª de mayo de 1852 y artículo 1.º de la Ley de 16 de junio de 1853.

<sup>18</sup> Artículo 2.º de la Ley de 4ª de mayo de 1852 y artículo 4.º de la Ley de 16 de junio de 1853.

<sup>19</sup> Los artículos 28 de la Ley de 4ª de mayo de 1852 y 39 de la Ley de 16 de junio de 1853 contienen una misma fórmula para referirse al tema: “En los lugares donde no haya establecido Tribunal de Comercio, el Juez de circuito conocerá de los negocios ejecutivos i contenciosos de Comercio, observando las disposiciones de esta lei”.

<sup>20</sup> La versión original del artículo 163 de la Carta Política de 1886 establecía de manera simple que “podrán crearse Tribunales de Comercio”; en su versión reformada por el Acto Legislativo 1 de 1945, estableció “La ley establecerá y organizará la jurisdicción del trabajo, y podrá crear Tribunales de Comercio. / La ley podrá instituir jurados para causas criminales”.

<sup>21</sup> Artículo 7.º del Código de Comercio Terrestre, implementado a nivel nacional por medio de la Ley 57 de 1887.





hacia la creación de una jurisdicción especializada, ni a la implementación de juzgados especiales en comercio. Los jueces civiles mantuvieron una competencia general para conocer de los asuntos de derecho privado, e incluso para resolver sobre cuestiones típicamente comerciales, como los concordatos y la quiebra<sup>22</sup>. El Código de Comercio de 1971 no intentó cambiar esta realidad, ni insistió en la creación de una jurisdicción mercantil; por el contrario, en algunas de sus disposiciones incluso se refirió a las decisiones de los jueces civiles<sup>23</sup>.

A finales de los años ochenta el Congreso de la República revistió al Gobierno Nacional de facultades extraordinarias para reformar diversos aspectos relacionados con la administración de justicia<sup>24</sup>. Producto de dicho ejercicio, en 1989 se expidió el Decreto 2273, que previó la creación de 23 juzgados del circuito especializados en asuntos de comercio, que operarían en ocho ciudades capitales del país<sup>25</sup>. De ellos tan solo entraron en operación unos pocos, a manera de prueba piloto; pero el experimento culminó muy poco tiempo después, con su reconversión en juzgados civiles de circuito ordinarios<sup>26</sup>. A raíz de esta inoperancia, finalmente en el año 2012 el Código General del Proceso decidió derogar el Decreto que creó la figura<sup>27</sup>, y cerrar otro capítulo más en la historia de la jurisdicción especializada en comercio en Colombia.

### 3. EL RECURSO A LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS CON FUNCIONES JURISDICCIONALES

Una tendencia distinta en el conocimiento de las causas comerciales tuvo su origen en los trabajos preliminares del Código de Comercio de

---

<sup>22</sup> Cfr. artículos 1084 y siguientes de la Ley 105 de 1931, 18 y 25 del Decreto 2264 de 1969, 1912 y 1941 del Decreto 410 de 1971, 16 numeral 8.º del Decreto 1400 de 1970 y 4.º del Decreto 350 de 1989.

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, los artículos 14, 64, 554, 1346, y 1941 del Código de Comercio, entre otros.

<sup>24</sup> Ley 30 de 1987, artículo 1.º

<sup>25</sup> El Decreto 2273 de 1989 previó la creación de 23 juzgados civiles del circuito especializados en comercio, así: 4 en Barranquilla, 8 en Bogotá, 2 en Bucaramanga, 4 en Cali, 1 en Cartagena, 1 en Cúcuta, 1 en Ibagué y 4 en Medellín.

<sup>26</sup> Los acuerdos 96 y 125 de 1995, 146 y 246 de 1996 y 417 de 1998 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura dispusieron la conversión de los cuatro juzgados civiles del circuito especializados en comercio de Medellín y del juzgado único civil del circuito especializado en comercio de Cúcuta en juzgados civiles del circuito.

<sup>27</sup> Ley 1564 de 2012, artículo 626 literal c).



1971. La inexecutable, por vicios de forma, de la regulación sobre quiebras contenida en el Decreto 750 de 1940<sup>28</sup>, dejó un vacío en el ordenamiento jurídico, que debió ser rápidamente llenado con la expedición del Decreto 2264 de 1969, “por el cual se expide y pone en vigencia el Título de Concordato Preventivo y Quiebra del Proyecto de Código de Comercio”. Su vigencia fue efímera, pues cerca de un año y medio después fue sustituido y derogado orgánicamente por el Código de Comercio (D. 410/1971). No obstante, dicho decreto habría de cambiar la forma en la que concebimos la solución de las controversias comerciales en Colombia. En efecto, el artículo 17 de dicho decreto introdujo en escena a las Superintendencias Bancaria y de Sociedades, a las que asignó, en única instancia, el trámite de los concordatos y de la liquidación de las sociedades sometidas a su inspección o vigilancia.

La expedición del Código de Comercio se desarrolló sobre la base de las anteriores reglas, y otorgó funciones aún más detalladas a la Superintendencia de Sociedades. El trámite de los concordatos preventivos debía adelantarse ante dicha entidad en todas aquellas compañías que estuviesen sujetas a control de dicha entidad, con pasivo externo superior a cinco millones de pesos o más de cien trabajadores permanentes, salvo algunas excepciones<sup>29</sup>. Se trataba de una competencia exclusiva y excluyente, y el Superintendente podría promover la nulidad de lo actuado cuando el asunto hubiese sido repartido a los jueces ordinarios<sup>30</sup>. Con todo, los jueces ordinarios serían los llamados a resolver las controversias que llegasen a presentarse sobre la existencia, cuantía, naturaleza, garantías, intereses y exigibilidad de los créditos, así como de la homologación de los acuerdos concordatarios que se hubiesen celebrado ante la Superintendencia de Sociedades<sup>31</sup>.

En uno y otro caso, la comisión redactora del Código de Comercio estuvo motivada por razones de orden práctico. En su momento, se consideró que podía “ser más eficiente la intervención de ese organismo administrativo, que conoce o puede conocer fácilmente el estado patrimonial de la sociedad, que la de un juez que tiene que empezar por informarse de todos esos detalles”<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 29 de mayo de 1969, M.P. Luis Sarmiento Buitrago, G.J. CXXXVII, 69-79.

<sup>29</sup> Artículo 1928 del Código de Comercio.

<sup>30</sup> Artículo 1929 *ibidem*.

<sup>31</sup> Artículo 1930 a 1932 y 1936 *ibidem*.

<sup>32</sup> Comisión redactora del Código de Comercio, Acta de 5 de marzo de 1971, integrantes: Humberto Mesa González, José Gabino Pinzón, Luis Carlos Neira Archila y León



Sin embargo, no es claro si la idea original era la de otorgar funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades o tan solo se buscaba descongestionar al juez de los aspectos procedimentales relacionados con la negociación del concordato. La misma jurisprudencia fue vacilante respecto de cómo debía entenderse la concurrencia de funciones entre dicha autoridad administrativa y los jueces ordinarios. Inicialmente, el Consejo de Estado consideró que, en ciertas decisiones proferidas por la Superintendencia de Sociedades, como las relacionadas con el decreto de medidas cautelares, dicha entidad actuaba como un juez de la República, y excluía sus decisiones del control ante lo contencioso-administrativo<sup>33</sup>. Posteriormente, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia estimó que no se trataba de auténticas funciones jurisdiccionales, sino de “*policía económica*”, asociadas a la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, y que dejaban al juez ordinario la decisión de controversias<sup>34</sup>.

Sea cual haya sido la intención de los autores del Código de Comercio respecto del papel que debía cumplir la Superintendencia de Sociedades en los procedimientos concordatarios, las funciones que inicialmente se habían asignado a la Superintendencia de Sociedades resultaron fortalecidas. El Decreto 350 de 1989 asignó a dicha autoridad el conocimiento de los concordatos preventivos obligatorios, para las sociedades comerciales sometidas a la supervisión de la Superintendencia de Sociedades, en las que el valor del pasivo externo superase la tercera parte de los activos, o contase con más de cien trabajadores permanentes a su servicio, las empresas industriales o comerciales del Estado, o a las sociedades de economía mixta con más del 50 % de participación estatal. Dicha norma establecía amplias facultades a la Superintendencia para adelantar dicho trámite, decretar y practicar pruebas y medidas cautelares, y en general para dirigir el proceso y lograr sus finalidades; sin embargo, también preveía que sus decisiones solo serían de trámite que solo el acto aprobatorio del concordato sería demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo<sup>35</sup>.

---

Posse Arboleda, citada por la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 18 de agosto de 1981, M.P. Óscar Salazar Chaves, G.J. CXLIV, 296.

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, autos de 3 de febrero de 1977, C.P. Humberto Mora Osejo, expediente 2577, Actor: Aserradero Covadonga Ltda., y de 22 de enero de 1981, C.P. Carlos Galindo Pinilla, expediente 3446, Actor: Banco Real de Colombia.

<sup>34</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencias de 18 de agosto de 1981, M.P. Óscar Salazar Chaves, G.J. CXLIV, 293-298; y de 28 de enero de 1988, M.P. Jesús Vallejo Mejía, G.J. CXCIV 1er. semestre, 78-84.

<sup>35</sup> Decreto 350 de 1989, artículo 60.



El Decreto 350 de 1989 fue objeto de varias demandas por su constitucionalidad; sin embargo, la Corte Suprema consideró, al igual que lo había hecho con las disposiciones originales del Código de Comercio, que en ellas no se había establecido una real atribución jurisdiccional, y que en tal medida no existía un reparo de fondo al respecto<sup>36</sup>. Esta última posición terminaría por ser acogida también por el Consejo de Estado en providencias posteriores, aunque de manera algo ambigua. En efecto, si bien compartió la postura de la Corte Suprema sobre las funciones de la Superintendencia de Sociedades, solamente lo hizo respecto del Decreto 350 de 1989, y mantuvo su postura sobre la naturaleza jurisdiccional de las decisiones proferidas de acuerdo con el régimen concordatario del Código de Comercio<sup>37</sup>.

La Reforma Constitucional de 1991 elevó a categoría constitucional la posibilidad de que el Congreso confriese funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas, dentro de las materias concretas que expresamente se indiquen en la ley. El artículo 116 de la Carta Política dispuso al respecto, en su inciso tercero, que “[e]xcepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos”<sup>38</sup>. Por su parte, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia incluyó, en términos semejantes, que

[e]xcepcionalmente la ley podrá atribuir funciones jurisdiccionales a ciertas y determinadas autoridades administrativas para que conozcan de asuntos que por su naturaleza o cuantía puedan ser resueltos por aquellas de manera adecuada y eficaz. En tal caso la ley señalará las com-

---

<sup>36</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencias de 31 de agosto de 1989, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein y Dídimo Páez Velandia, G.J. CXCVII primera parte, 241-255; y de 15 de abril de 1991, M.P. Fabio Morón Díaz, G.J. CCIX, 169-185.

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de febrero de 1995, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, expediente 4094, actor: Aerovías Cónдор de Colombia S.A. (en liquidación), que contiene referencias a las providencias de 5 de junio de 1992, expediente 1998, y 11 de junio de 1992, expediente 1850, ambas con ponencia de Miguel González Rodríguez. Esta postura fue confirmada posteriormente, en sentencia de la sección primera de esa misma corporación de 12 de marzo de 1998, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez, expediente 4751, actor: Comercial de Rodamientos Indumotriz Ltda.

<sup>38</sup> Si bien el artículo 116 de la Constitución Política ha sido reformado en varias ocasiones, mediante Actos Legislativos 3 de 2002 y 1 de 2015, ninguna de tales modificaciones ha cambiado la redacción de este tercer inciso, que se ha mantenido inalterado hasta la fecha.



petencias, las garantías al debido proceso y las demás condiciones necesarias para proteger en forma apropiada los derechos de las partes<sup>39</sup>.

A partir de estas disposiciones, la Corte Constitucional ha establecido algunos requisitos y condicionamientos para la atribución de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas<sup>40</sup>. De acuerdo con reiterada jurisprudencia, dichas funciones deben tener origen en una ley en sentido material, que expresamente las atribuya<sup>41</sup>; si bien pueden ser permanentes, deben ser excepcionales y no pueden convertirse en la regla general<sup>42</sup>; por tanto, deben ser definidas de manera precisa<sup>43</sup>, asignadas en procura de la mayor eficiencia<sup>44</sup>, e interpretadas restrictivamente<sup>45</sup>; no pueden versar sobre asuntos penales; y exigen que la misma autonomía, independencia e imparcialidad que se predica de los jueces de la República<sup>46</sup>, lo cual supone que la estructura orgánica de la entidad asegure que los funcionarios que las ejercen mantengan distancia, sea de quienes detentan funciones típicamente administrativas<sup>47</sup>, sea del superintendente o de quien esté a la cabeza de la entidad administrativa<sup>48</sup>.

---

<sup>39</sup> La transcripción corresponde al artículo 3.º de la Ley 1285 de 2009, que subrogó el artículo 8.º de la Ley 270 de 1996. La norma original contenía una regla relacionada con la procedencia de recursos contra las decisiones de las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, que fue derogado expresamente por el Código General del Proceso, y que, por tanto, no transcribimos en la referencia.

<sup>40</sup> Sobre el punto, nos remitimos a nuestro trabajo “Reflexiones sobre la autonomía e independencia del juez del concurso” En Derecho Procesal #NuevasTendencias - Memorias del XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá (Colombia), ICDP/Unilibre, 2020, 353-387.

<sup>41</sup> Cfr. sentencias C-592 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz; C-212 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-649 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; y C-145 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

<sup>42</sup> Cfr. sentencias C-384 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-1071 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; y C-156 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

<sup>43</sup> Cfr. sentencias C-212 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y C-436 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo, entre otras.

<sup>44</sup> Cfr. sentencias C-1143 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-896 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo, entre otras.

<sup>45</sup> Cfr. sentencias C-649 de 2001, C-415 de 2002, y C-1071 de 2002, todas con ponencia de Eduardo Montealegre Lynett, entre otras.

<sup>46</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1641 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>47</sup> Cfr. sentencias C-649 de 2001 y C-1071 de 2002, ambas con ponencia de Eduardo Montealegre Lynett; C-117 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-896 de 2012 y C-436 de 2013, ambas con ponencia de Mauricio González Cuervo; y C-156 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

<sup>48</sup> Cfr. sentencias C-558 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-1641 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.



Con fundamento en los preceptos constitucionales, legales y jurisprudenciales reseñados, los últimos veinticinco años han visto una proliferación de normas que habilitan a diversas autoridades administrativas a conocer de asuntos jurisdiccionales en materia mercantil, más allá de los asuntos concursales a los que se habían circunscrito con anterioridad.

La Superintendencia de Sociedades ha sido un receptor frecuente y abundante de este tipo de atribuciones jurisdiccionales. Así, la Ley 222 de 1995 asignó a la Superintendencia de Sociedades el conocimiento de procesos de concordato y liquidación obligatoria y de algunos procesos paralelos a dichos concursos<sup>49</sup>; la Ley 446 de 1998, por su parte, le permitió reconocer presupuestos de ineficacia, conocer de los procesos de designación de peritos, así como algunos asuntos en materia societaria, como los de impugnación de decisiones sociales y las controversias relacionadas con la ocurrencia de causales de disolución<sup>50</sup>; la Ley 550 de 1999 le asignó la competencia para conocer de las controversias originadas en la negociación, celebración y ejecución de acuerdos de reestructuración<sup>51</sup>; la Ley 1116 de 2006 le otorgó funciones de juez del concurso en procesos de reorganización, validación de acuerdos extrajudiciales de reorganización y liquidación judicial, así como algunos procesos verbales y de ejecución relacionados con ellos<sup>52</sup>; el Decreto 4334 de 2008 le otorgó funciones jurisdiccionales en los procedimientos jurisdiccionales de toma de posesión y liquidación judicial, así como en la negociación y ejecución de planes de desmonte como medidas de intervención por captación masiva e ilegal<sup>53</sup>; la Ley 1258 de 2008 le asignó funciones jurisdiccionales para los asuntos relacionados con la ejecución de acuerdos de accionistas, con la desestimación de la personalidad jurídica, con el abuso del derecho de voto, y en general con las controversias surgidas en el seno de las sociedades por acciones simplificadas<sup>54</sup>, que luego la Ley 1450 de 2011 y el Código General del Proceso extendieron a todos los demás tipos societarios<sup>55</sup>; y la Ley

---

<sup>49</sup> Artículo 90 y siguientes de la Ley 222 de 1995.

<sup>50</sup> Artículos 133 a 140 de la Ley 446 de 1998.

<sup>51</sup> Artículos 37 a 39 de la Ley 550 de 1999; Ley 1173 de 2007, artículo 1.º

<sup>52</sup> Artículo 6.º de la Ley 1116 de 2006.

<sup>53</sup> Artículo 4.º del Decreto Legislativo 4334 de 2008, reglamentado por el Decreto 1910 de 2009. La naturaleza jurisdiccional de estos procedimientos fue objeto de aclaración tanto por parte de la Corte Constitucional (Sentencia C-145 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla) como por parte del Consejo de Estado (sentencia de 9 de diciembre de 2009, expediente 11001-03-15-000-2009-00732-00(CA), C.P. Enrique Gil Botero), que realizaron el control posterior y automático de las referidas normas.

<sup>54</sup> Artículos 24, 40, 42, 43 y 44 de la Ley 1258 de 2008.

<sup>55</sup> Ley 1450 de 2011, artículo 252; Código General del Proceso, artículo 24 numeral 5.º



1676 de 2013 le otorgó competencias en materia de garantías mobiliarias respecto de las sociedades sujetas a su vigilancia<sup>56</sup>; finalmente, la legislación de emergencia expedida por el Gobierno Nacional en el año 2020 le asignó a el conocimiento de los procesos de negociación de emergencia de acuerdos de reorganización (NEAR)<sup>57</sup>, así como los de reorganización simplificada y liquidación abreviada para las pequeñas insolvencias<sup>58</sup>.

Con el paso del tiempo, también otras superintendencias y entidades han sido destinatarias de este tipo de atribuciones. La Superintendencia de Industria y Comercio fue investida de jurisdicción para conocer de controversias relacionadas con la competencia desleal<sup>59</sup> y la protección al consumidor<sup>60</sup>, que primero le asignó la Ley 446 de 1998, y luego compiló el Código General del Proceso, junto con el conocimiento de las cuestiones relacionadas con los derechos de propiedad industrial<sup>61</sup>. La Superintendencia Financiera de Colombia, por su parte, recibió competencias para el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia, la designación de peritos y la protección de accionistas minoritarios en las sociedades sujetas a su supervisión<sup>62</sup>, en materia de protección al consumidor financiero de que trata la Ley 1328 de 2009, según lo dispuesto en la Ley 1480 de 2011<sup>63</sup>, y recogido luego en la codificación general del proceso<sup>64</sup>. El Instituto Colombiano Agropecuario ha sido investido también con funciones jurisdiccionales en los asuntos de propiedad industrial relacionados con la protección de las variedades vegetales<sup>65</sup>.

Incluso algunas materias no comerciales han sido objeto de asignación de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas, como ocurre con las controversias sobre derechos de autor asignadas a la Dirección Na-

---

<sup>56</sup> Artículos 57 y 91 de la Ley 1676 de 2013.

<sup>57</sup> Decreto Legislativo 560 de 2020, artículo 8.º

<sup>58</sup> Decreto Legislativo 772 de 2020, artículos 11 a 13.

<sup>59</sup> Artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998, y 24 numeral 1.b del Código General del Proceso.

<sup>60</sup> Artículos 145 de la Ley 46 de 1998 y 57 a 58 de la Ley 1480 de 2011, y 24 numeral 1.a del Código General del Proceso.

<sup>61</sup> Código General del Proceso, artículo 24 numeral 3.a.

<sup>62</sup> Ley 446 de 1998, artículos 133 a 136 y 141 a 142, estos últimos referidos a la entonces Superintendencia de Valores. No se incluyen las atribuciones contenidas en el artículo 146 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 51 de la Ley 510 de 1999, que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-1641 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>63</sup> Ley 1480 de 2011, artículo 57.

<sup>64</sup> Código General del Proceso, artículo 24 numeral 2.º

<sup>65</sup> Código General del Proceso, artículo 24 numeral 3.b.



cional de Derechos de Autor<sup>66</sup>, y con los asuntos atribuidos a la Superintendencia Nacional de Salud<sup>67</sup>.

#### 4. ¿SE NECESITA UNA JURISDICCIÓN DE COMERCIO?

La idea de implementar una jurisdicción de comercio en Colombia siempre ha sido tentadora; no en vano la historia ha regresado pendularmente sobre ella. Detrás de esta idea se encuentra la promesa de un juez especializado, más hábil en los asuntos sujetos a su conocimiento, que produciría más decisiones, de mejor calidad y en menos tiempo que un juez ordinario.

Se trata de algo sugestivo, pero que no debe analizarse de manera irreflexiva ni intempestiva. Como mínimo, debe analizarse la validez de las premisas principales que están a la base de dicha promesa, es decir, si una jurisdicción de comercio ofrece el grado de especialidad que se necesita para representar una ventaja respecto de la situación actual.

Así las cosas, observamos que, en primer término, un juez de comercio no es, en realidad, un juez especializado. Bajo la rúbrica de “derecho comercial” hoy en día se cobija un listado de asuntos tan extenso como disímil. Cada uno de ellos ha reivindicado, poco a poco, un alto grado de autonomía, con un nivel técnico y de sofisticación que hace tan solo algunas décadas era insospechable. En ello han concurrido otras profesiones y disciplinas, como la economía, las finanzas, la contabilidad, la administración, las diversas ingenierías y el diseño, que han contribuido al desarrollo de estas ramas aportando sus distintas dinámicas, principios, lógicas, conceptos y terminología.

Las diferencias entre las varias ramificaciones del derecho comercial hoy en día se han hecho sumamente profundas. Algunas de ellas, incluso, tienen muchos más vasos comunicantes con el derecho civil que con las demás subespecialidades mercantiles. Cuesta pensar que los asuntos relacionados con el control de la libre competencia, la protección de los obtentores de variedades vegetales y las crisis empresariales hacen parte de una misma categoría especialidad del derecho; y que un mismo juez pueda resolver con un grado deseable de pericia sobre cada una de las referidas cuestiones.

---

<sup>66</sup> Código General del Proceso, artículo 24 numeral 3.c.

<sup>67</sup> Ley 1122 de 2007, artículo 41 y Ley 1438 de 2011, artículos 126 y 127.





Los desarrollos del propio comercio han conducido a que el derecho comercial contemporáneo haya crecido y se haya transformado en un enorme universo, y por consiguiente haya dejado de ser una simple especialidad. Así, un juez que se dedique a conocer de asuntos comerciales no puede considerarse un juez especializado.

Pero, además, el establecimiento de una jurisdicción de comercio no representaría una ventaja respecto del panorama actual de la solución de controversias mercantiles. En efecto, el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades administrativas ha llevado a una mayor especialización en el conocimiento y decisión de las causas mercantiles de lo que podría ofrecer un juez mercantil, al punto que algún sector de la doctrina ha identificado en dichas entidades “un verdadero tribunal de comercio”<sup>68</sup>.

Si tomásemos como referencia las competencias que, en su momento, el artículo 3.º del Decreto 2273 de 1989 había asignado a los jueces de comercio, encontraríamos que un solo funcionario estaría llamado a conocer, indistintamente, de una miríada de asuntos variados y conceptualmente muy distantes, que hoy en día son repartidos a cuatro entidades administrativas: la Superintendencia de Sociedades (en sus varias delegaturas), la de Industria y Comercio y la Financiera de Colombia, además del Instituto Colombiano Agropecuario.

Así las cosas, si hoy en día se llegase a implementar una jurisdicción de comercio como la planteada en dicho decreto, el resultado no ofrecería un juez más especializado, sino todo lo contrario, pues concentraría en un mismo despacho el conocimiento de una gran cantidad de temáticas, que hoy en día son estudiados y resueltos por numerosas autoridades separadas. Hoy en día, en lugar de mejorar el sistema vigente, una eventual jurisdicción de comercio podría implicar un retroceso con respecto a los desarrollos de nuestro ordenamiento de los últimos 25 años.

Lo anterior no significa que no deban hacerse cambios importantes para mejorar la forma en que se administra justicia en las causas comerciales. El modelo actual aún se encuentra muy lejos de ser un sistema perfecto para la solución de controversias. La estructura orgánica de las autoridades administrativas pone serios riesgos para la independencia y autonomía del

---

<sup>68</sup> Olivieri Mejía, Miquelina. “Las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades. De juez de insolvencia a juez societario” en Rodríguez Mejía, Marcela y Bejarano Guzán, Ramiro (eds.), *Estudio de la delegación de funciones jurisdiccionales en la rama ejecutiva: una revisión global y particular*. Bogotá, Externado, 2018, 248.



funcionario que ejerce jurisdicción; la naturaleza de libre nombramiento y remoción de muchos de quienes se encargarán de ejercer jurisdicción, así como la vaguedad de los manuales de funciones, no aseguran la especialización de quienes lleguen a ser nombrados; la alta rotación de los servidores públicos, cuyo nombramiento depende directa o indirectamente del gobierno de turno, no se acompasa con la necesidad de afianzar líneas jurisprudenciales, ni con la seguridad jurídica que requiere la vida mercantil<sup>69</sup>; la dependencia de las sedes centrales, ubicadas en la capital del país, o en algunas pocas sedes regionales, genera barreras geográficas de acceso a la justicia; los modelos fuertemente jerarquizados, que asignan las funciones jurisdiccionales a unos pocos superintendentes delegados, directores o jefes de grupos internos de trabajo, favorecen cuellos de botella, represamientos de casos y congestión judicial<sup>70</sup>.

Si hoy en día, como ocurre, la jurisdicción de comercio se ejerce por parte de las autoridades administrativas, el debate sobre su futuro debe enfocarse en cómo construir sobre lo que en ellas ya se ha construido, corregir sus defectos y asegurar que sus decisiones ofrezcan la celeridad, imparcialidad, seguridad jurídica, calidad y nivel técnico que requiere la práctica mercantil, con la menor cantidad de barreras de acceso a la justicia.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

Ascarelli, Tullio: *Iniciación al estudio del derecho mercantil* (Evedio Verdera y Tuells, Trad.). Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia-Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1964.

Bejarano Guzmán, Ramiro. “Perspectivas sobre la atribución de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas”, en Rodríguez Mejía, Marcela y Bejarano Guzmán, Ramiro (eds.), *Estudio de la delegación de funciones jurisdiccionales en la rama ejecutiva: una revisión global y particular*. Bogotá: Externado, 2018.

<sup>69</sup> Algunas de estas preocupaciones son planteadas en nuestro trabajo “Reflexiones sobre la autonomía e independencia del juez del concurso” En Derecho Procesal #Nuevas-Tendencias - Memorias del XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá (Colombia), ICDP/Unilibre, 2020, 353-387.

<sup>70</sup> Sobre la congestión judicial en las autoridades administrativas, ver Bejarano Guzmán, Ramiro. “Perspectivas sobre la atribución de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas”, en Rodríguez Mejía, Marcela y Bejarano Guzmán, Ramiro (eds.), *Estudio de la delegación de funciones jurisdiccionales en la rama ejecutiva: una revisión global y particular*. Bogotá, Externado, 2018, 47.



- Broseta Pont, Manuel. *La empresa, la unificación del derecho de las obligaciones y el derecho mercantil*. Madrid: Tecnos, 1965.
- Castro de Cifuentes, Marcela: *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*, Bogotá: Universidad de los Andes - Temis, 2010.
- Escobar Sanín, Gabriel: “Reestructuración del derecho privado”, en Devis Echandía, Hernando et al., *Las transformaciones del derecho mercantil moderno*. Medellín: Cámara de Comercio de Medellín-Colegio de Abogados de Medellín - Biblioteca Jurídica Diké, 1998.
- Ferri, Giuseppe: *Diritto Commerciale*, 4.<sup>a</sup> ed., UTET, Turín, 1976.
- Galgano, Francesco: *Historia del derecho mercantil* (Joaquín Bisbal, Trad.), Barcelona: Laia, 1981.
- Lucena Salmoral, Manuel, “Los precedentes del Consulado de Cartagena : el Consulado de Santafé (1695-1713) y el Tribunal del Comercio Cartagenero”, *Estudios de historia social y económica de América*, 1986, n.º 2, 179-198.
- McFarlane, Anthony: *Colombia Before Independence. Economy, society and politics under the Bourbon rule*, Nueva York: Cambridge University Press, 1993.
- Means, Robert C.: *Desarrollo y subdesarrollo del derecho. Corporaciones y derecho corporativo en Colombia del siglo XIX* (Alberto Supelano, Trad.), Bogotá: Externado, 2011.
- Mendoza Ramírez, Álvaro, “Campo de aplicación del derecho mercantil”, en Quinceno Álvarez, Eduardo (Ed.), *Instituciones de derecho comercial colombiano*, Medellín: Diké, 1987.
- Narváez García, José Ignacio: *Introducción al derecho mercantil* (10<sup>a</sup> ed.). Bogotá: Legis, 2011.
- Olivieri Mejía, Miquelina. “Las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades. De juez de insolvencia a juez societario”, en: Rodríguez Mejía, Marcela y Bejarano Guzmán, Ramiro (eds.), *Estudio de la delegación de funciones jurisdiccionales en la rama ejecutiva: una revisión global y particular*. Bogotá: Externado, 2018.
- Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la M. N. Y. M. L. Villa de Bilbao (insertos sus reales privilegios) aprobadas y confirmadas por el rey nuestro señor Don Phelipe Quinto (que Dios guarde). Año de 1737. D. Pedro Marín, Madrid, 1787.
- Pájaro Moreno, Nicolás. “Reflexiones sobre la autonomía e independencia del juez del concurso” En Derecho Procesal #NuevasTendencias - Memorias del XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. ICDP/Unilibre, Bogotá, 2020, 353-387.
- Pinzón, Gabino: *Introducción al derecho comercial*, Bogotá: Edit. Temis, 1985.
- Puyo Vasco, Rodrigo: *Independencia tardía. Transición normativa mercantil al momento de la Independencia de la Nueva Granada*, Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT, 2006.



- Ripert, Georges: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (José Quero Morales, Trad.), Comares: Granada, 2001.
- Robledo del Castillo, Pablo Felipe. “Funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas”, en *Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. ICDP / Universidad Libre, Bogotá, 2013, 49 a 67.
- Smith, Robert S. “A Research Report on Consulado History”, en *Journal of Inter-American Studies*, enero 1961, Vol. 3, n.º 1, 1961, 41-52.
- Smith, Robert S. “The Consulado in Santa Fe de Bogotá” en *The Hispanic American Historical Review*, agosto 1965, Vol. 45, n.º 3, 1965, 442-451.
- Vivante, César: *Tratado de derecho mercantil*, (César Silió Belena, Trad.), Madrid; Reus, 1932.
- Wiesner, Luis Roberto: “Los Códigos de Comercio de la Colombia decimonónica: la migración de un ideal igualitario”, en *Revista de Derecho Privado*, n.º 7, 1990.

### **Legislación**

- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de 1886.
- Constitución Política de 1991.
- Colombia, Congreso de la República,
- Ley de 12 de octubre de 1821.
- Ley de 25 de junio de 1824.
- Ley de 10 de julio de 1924.
- Ley de 4 de mayo de 1852.
- Ley de 16 de junio de 1853.
- Código de Comercio Terrestre (Ley 57 de 1887).
- Ley 105 de 1931.
- Acto Legislativo 1 de 1945.
- Ley 30 de 1987.
- Ley 222 de 1995.
- Ley 446 de 1998.
- Ley 510 de 1999.
- Ley 550 de 1999.
- Acto Legislativo 3 de 2002.
- Ley 1173 de 2007.
- Ley 1116 de 2006.



- Ley 1122 de 2007.
- Ley 1258 de 2008.
- Ley 1285 de 2009.
- Ley 1450 de 2011.
- Ley 1480 de 2011.
- Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso).
- Ley 1676 de 2013.
- Acto Legislativo 1 de 2015.
- Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, acuerdos 96 y 125 de 1995.
- Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, acuerdos 146 y 246 de 1996.
- Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Acuerdo 417 de 1998.
- Colombia, Presidencia de la República, Decreto de 1 de agosto de 1829.
- Decreto de 3 de febrero de 1830.
- Decreto 2264 de 1969.
- Decreto 1400 de 1970 (Código de Procedimiento Civil).
- Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio).
- Decreto 350 de 1989.
- Decreto 2273 de 1989.
- Decreto Legislativo 4334 de 2008.
- Decreto 1910 de 2009.
- Decreto Legislativo 560 de 2020.
- Decreto Legislativo 772 de 2020.

### **Jurisprudencia**

- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, autos de 3 de febrero de 1977, C.P. Humberto Mora Osejo, expediente 2577, Actor: Aserradero Covadonga Ltda.; y de 22 de enero de 1981, C.P. Carlos Galindo Pinilla, expediente 3446, Actor: Banco Real de Colombia; y sentencia de 12 de marzo de 1998, C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez, expediente 4751, Actor: Comercial de Rodamientos Indumotriz Ltda.; Sección Tercera, sentencia de 3 de febrero de 1995, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, expediente 4094, Actor: Aerovías Cóndor De Colombia S.A. (en liquidación); Sala Plena



- de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 9 de diciembre de 2009, expediente 11001-03-15-000-2009-00732-00(CA), C.P. Enrique Gil Botero.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencias C-592 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz; C-212 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-558 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-384 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-1143 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-1641 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-649 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; C-415 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; C-1071 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; C-117 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-145 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-896 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo; C-156 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-436 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.
  - Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencias de 29 de mayo de 1969, M.P. Luis Sarmiento Buitrago, G.J. CXXXVII, 69-79; de 18 de agosto de 1981, M.P. Óscar Salazar Chaves, G.J. CXLIV, 296; de 28 de enero de 1988, M.P. Jesús Vallejo Mejía, G.J. CXCIV 1er. semestre, 78-84; de 31 de agosto de 1989, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein y Dídimo Páez Velandia, G.J. CXCVII Primera Parte, 241-255; de 15 de abril de 1991, M.P. Fabio Morón Díaz, G.J. CCIX, 169-185.



**PARTE VII**  
**DERECHO MARÍTIMO**







# BASES DE LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR MARÍTIMO EN LA CODIFICACIÓN MERCANTIL

FERNANDO JIMÉNEZ VALDERRAMA\*

## 1. INTRODUCCIÓN

Una vez entendidas las diversas prestaciones que hacen parte de la relación jurídico-obligatoria que nace a la vida jurídica por el hecho de la celebración entre un porteador y un cargador de un contrato de transporte marítimo de mercancías, resulta procedente entrar a analizar todos aquellos aspectos relativos a la distribución de los riesgos por incumplimiento de las obligaciones que han nacido de esta tipología de contratos.

Así, para la determinación de quien debe asumir los riesgos por incumplimiento de las obligaciones contractuales, tradicionalmente se han establecido algunos ciertos criterios que permiten determinar la existencia o no de la responsabilidad del deudor de una prestación ante un comportamiento no coincidente con el proyecto establecido en la relación obligatoria.

De este modo, generalmente se procede primero a verificar la existencia de los distintos supuestos de hecho cuya verificación constituye incumplimiento de la obligación que le antecede, para, posteriormente, una vez establecido el incumplimiento de la obligación, aplicar los distintos criterios para la distribución del riesgo por dicho incumplimiento. En este punto se consideran los criterios que provienen de la voluntad de las partes en el contrato, en ausencia de los cuales operan los criterios legales, entre ellos la culpa y el caso fortuito.

Ante todo, es necesario tener claridad sobre un punto que nos ayudará a delimitar el tema sobre el cual trataremos. Dentro de la clasificación tra-

---

\* Abogado de la Universidad del Rosario, Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca (España), conjuer de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, profesor de planta de la Universidad de la Sabana. Correo electrónico: fernando.jimenez@unisabana.edu.co.



dicional de responsabilidad civil en contractual y extracontractual, nuestro estudio versará exclusivamente sobre la responsabilidad contractual del porteador, es decir, referida a los eventos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones asumidas por el porteador por el hecho de la celebración de un contrato de transporte marítimo. De esta forma prescindimos del estudio de todos aquellos eventos en los que el porteador sea responsable frente a terceros o frente al mismo cargador por haber generado un hecho dañoso el cual no tiene como antecedente o presupuesto la existencia de una obligación nacida en el marco de un contrato de transporte marítimo de mercancías.

Por otro lado, continuando en una labor delimitadora del tema, entendemos el concepto de responsabilidad contractual en un sentido amplio, integrador en su contenido no solo de los supuestos de incumplimiento de las obligaciones principales del contrato, sino también la violación de deberes accesorios. Es decir, que, en nuestro concepto, la responsabilidad civil contractual comprende todos los eventos de incumplimiento de obligaciones contenidas en lo que se denomina una “relación jurídico-obligatoria”, noción bajo la cual se agrupan el conjunto de obligaciones recíprocas nacidas entre las partes por el hecho de la celebración de un contrato, con la finalidad de satisfacer unas determinadas necesidades de las partes.

## **2. ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL PORTEADOR MARÍTIMO**

La actividad comercial marítima actual tiene características especiales que la hacen sustancialmente diferente del comercio marítimo en épocas precedentes. Específicamente, en materia de responsabilidad contractual existen dos tipos de normas reguladoras de la materia. En primer lugar, podemos encontrar una serie de disposiciones generales de la responsabilidad que son aplicables a todos los eventos de la misma y que aspiran a constituirse en principios generales sobre los cuales se construye todo el instituto jurídico de la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones previamente constituidas.

Por otro lado, para el caso particular de responsabilidad contractual del porteador, existen disposiciones especiales plasmadas expresamente, tanto en los convenios internacionales como en las normas nacionales, que constituyen ley aplicable a los supuestos que se produzcan en la realidad. En este caso la relación norma general-norma especial no refleja simplemente el principio de interpretación en virtud del cual una norma especial



se aplica con preferencia a una norma general por cuanto esta última es subsidiaria de la primera, sino que tiene implicaciones más importantes, en cuanto a la posibilidad de articular el conjunto de normas que regulan la responsabilidad contractual en un sistema propio.

De esta manera, en referencia a la relación económica de transporte, el gran dinamismo de la actividad comercial mundial, ha venido incluyendo otros sujetos interesados en una relación jurídico-económica que tradicionalmente incumbía exclusivamente al naviero y al cargador. La aparición de nuevos agentes económicos interesados en la relación contractual de transporte, implica la consideración de nuevos y diversos intereses en la posible solución que se dé a los problemas que puedan surgir en la ejecución del contrato de transporte.

De esta forma, de manera preliminar, podríamos incluir todos aquellos sujetos que, aunque no habiendo sido parte en la relación contractual, están interesados en la realización exacta del transporte, en cuanto que son titulares de conocimientos de embarque que les otorgan derecho a obtener la restitución de las mercancías en el puerto de destino.

Igualmente, no podemos negar la existencia de un interés público, en cuanto la actividad de transporte constituye un renglón fundamental en la economía de cualquier nación. Este hecho ha sido fundamento para permitir la injerencia estatal en la regulación del transporte, con la finalidad de reforzar la posición cargadora frente a un poderoso sector naviero, mediante la implantación de una reglamentación imperativa que establezca contractualmente bases más equitativas.

Finalmente, dentro de este abanico de intereses que coexisten en cualquier relación de transporte marítimo de mercancías, debemos mencionar al sector asegurador, que como frecuente garante de la realización del transporte tiene interés en que se favorezca a tal o cual parte ante un posible conflicto de intereses.

Ante la verificación de un supuesto de incumplimiento contractual que genera consecuencias patrimonialmente perniciosas para una de las partes, se desencadenan una serie de consecuencias jurídica arbitradas en las llamadas reglas de responsabilidad contractual, con el fin de determinar quién y bajo qué circunstancias debe asumirlas. Para tal fin, la ley, como fuente primordial de los ordenamientos jurídicos continentales, establece un sistema para resolver los posibles conflictos jurídicos. En unos casos, atendiendo a las necesidades de nuestro tiempo, optará por un sistema de asunción total del riesgo de incumplimiento para la parte deudora a través de un sistema de responsabilidad objetiva. Por el contrario, en otros



supuestos, el ordenamiento establece un sistema subjetivo de responsabilidad, en el cual el acreedor para obtener el cumplimiento de la prestación o la indemnización de los perjuicios causados por parte del deudor, además de probar el hecho del incumplimiento, debe constatar la negligencia o culpa de este en la no ejecución de la prestación.

Si bien las normas generales de la responsabilidad contractual establecidas en el Código Civil español (arts. 1101 y ss.) y colombiano (arts. 1604 y concordantes), consagran un sistema de responsabilidad basado en la culpa, no se puede negar la existencia de otros sistemas que se apartan de la estructura general en la solución de supuestos de hecho concretos<sup>1</sup>. Específicamente, en materia de responsabilidad contractual existen dos tipos de normas reguladoras de la materia. En primer lugar, una serie de disposiciones generales de la responsabilidad que son aplicables a todos los eventos de la misma y que aspiran a constituirse en principios generales sobre los cuales se construye todo el instituto jurídico de la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones previamente constituidas. Por otro lado, para el caso particular de responsabilidad contractual del porteador, existen disposiciones especiales plasmadas expresamente tanto en los convenios internacionales como en las normas especiales con categoría de ley que rigen el ámbito nacional. En este caso la relación norma general-norma especial no refleja simplemente el principio de interpretación en virtud del cual una norma especial se aplica con preferencia a una norma general por cuanto esta última es subsidiaria de la primera, sino que tiene implicaciones más importantes, en cuanto a la posibilidad de articular el conjunto de normas que regulan la responsabilidad contractual en un sistema propio<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Carrasco Perera, Ángel, “Artículo 1101 del Código Civil”, en: Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigido por M. Albadalejo, Ed. *Revista de Derecho Privado*, Tomo XV, Vol. 1.º: Artículos 1088 a 1124, Madrid, 1983, págs. 374 y ss.; Delgado Echeverría, Jesús, “La culpa contractual”, en: Lacruz Berdejo, José Luis y otros: *Derecho de obligaciones - elementos de derecho civil II*, Bosch, Vol. I (pte. general - teoría general del contrato), 3ª ed., Barcelona, 1994, 172 y ss.; Pantaleón, Fernando. “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, octubre - diciembre de 1993, Ministerio de Justicia, tomo XLVI, Fascículo IV, 1727; Jordano Fraga, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Madrid: Civitas, 1ra. ed., 1987, 26; Díez Picazo, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial - Las relaciones obligatorias*, Madrid: Civitas, Vol. II, 4 ed., 1993, 579 y ss.; Mendoza, Álvaro, *Obligaciones*, Bogotá: Editorial Temis – Universidad de La Sabana, 2020 y Jimenez Valderrama, Fernando, *Curso de obligaciones*, Bogotá: Editorial Legis, 2019, 181.

<sup>2</sup> En materia de responsabilidad contractual, cada parcela del ordenamiento jurídico está, en ocasiones y en puntos concretos, gobernada por principios propios, así sucede



De esta manera se puede afirmar que la responsabilidad del porteador por incumplimiento del contrato tiene un doble nivel de regulación. Por un lado, existen normas que enuncian principios generales con clara vocación unificadora de la materia de responsabilidad contractual, que sirven de base llenando los vacíos y orientando la interpretación del ordenamiento jurídico, y, por otro lado, tenemos normas específicas que otorgan un particularismo a la institución<sup>3</sup>. La existencia de este doble nivel normativo gráficamente se ha denominado *estratificación de la materia de responsabilidad*<sup>4</sup> cuya comprensión es fundamental al momento de desarrollar un tratamiento organizado de la materia.

Históricamente la institución de la responsabilidad del naviero ha seguido una evolución desde unos postulados que consagraban un sistema riguroso hacia otro basado en la culpa y que por lo tanto se traducían en un

---

por ejemplo en el tema de arrendamientos urbanos o en el ámbito laboral. A pesar de esta diversidad existen normas con clara vocación general, como es el caso del artículo 1101 del Código Civil, que establece las fuentes de la obligación indemnizatoria tanto si se trata de una obligación de dar como de hacer o de no hacer. Cfr. Carrasco Perera, Ángel, “Comentario al artículo 1101 del Código Civil”, en: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XV, Vol. 1.º, cit., 378.

<sup>3</sup> Para Díez Picazo el origen de esta superposición es histórico, pudiéndose distinguir claramente tres etapas: el Derecho Romano Clásico, en el cual se conocieron varios supuestos de responsabilidad (responsabilidad por custodia, responsabilidad del deudor por un acto positivo suyo —*factum promisoris*— y responsabilidad por falta a los deberes de fidelidad —*dolus*— o del empleo de medios que entrañan una falta de corrección), cada uno de los cuales tenía una regulación particular. La regulación de la materia de responsabilidad en Roma era puramente casuística. Posteriormente, en una segunda etapa, con el derecho justinianeo se intentó buscar una responsabilidad objetivada fundada en la idea de distribución de los riesgos entre las partes, dependiendo del tipo de contrato y la distribución de beneficios y cargas de cada contrato. Luego, en una tercera, los reelaboradores posteriores intentaron acabar con la pluralidad de regímenes estableciendo reglas que permitiesen tratar unitariamente el tema de la responsabilidad por incumplimiento en los contratos. Para ello era necesario encontrar un principio sobre el cual girara toda la responsabilidad derivada de incumplimiento del contrato, aparece así la culpa como criterio moralizador sobre el cual se edifica toda la estructura de la responsabilidad, que significaba por otro lado una mayor flexibilidad de los rígidos esquemas que hasta entonces habían gobernado el instituto de la responsabilidad contractual. Cfr. Díez Picazo, Luis, Ob. cit., Madrid: Civitas, Vol. II, 4 ed., 1993, 579 y ss.

<sup>4</sup> En materia de responsabilidad existe una superposición de estratos, por un lado, en la superficie se encuentran reglas o máximas concebidas abstractamente, generadas por inducción, lógicas y en otro nivel existe un rico casuismo, un pluralismo de regímenes jurídicos, Cfr. Díez Picazo Luis, ob. cit., 579.



aligeramiento de la responsabilidad de quien debía realizar el transporte<sup>5</sup>. Bajo otra perspectiva, podríamos afirmar que este cambio significa el paso de la concepción de la prestación de transporte como garantía de ejecución del traslado de la mercancía hacia otro concepto en el cual el contenido de la prestación se integra con la debida diligencia, que debe realizar el deudor para obtener un determinado resultado.

La rigurosidad que caracterizaba la responsabilidad *ex recepto* en el Derecho Romano<sup>6</sup> no permaneció intangible con el paso del tiempo, sino

<sup>5</sup> Cfr. Ignacio Arroyo. “La distribución del riesgo en el derecho marítimo”, *Revista de Derecho Mercantil*, nums. 143-144, enero-junio 1977, 40 y ss.; Righetti, Giorgio. *La responsabilità del vettore marittimo nel sistema dei pericoli eccezionali*, Cedam, Padova, 1960, 33; Fernando Jiménez Valderrama. “Contratos de transporte marítimo de mercancías: del Harter Act norteamericano de 1893 a las Reglas de Rotterdam de 2008 y los tratados de libre comercio de Colombia con los Estados Unidos de América y la Unión Europea”, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte (Barranquilla-Colombia), n.º 38, 2012, 109 a 141; Fernando Jiménez Valderrama. “Sistema de contratos de explotación del buque en el Código de Comercio Colombiano”, *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana (Colombia), n.º 123, julio-diciembre 2011, 411-440; Jiménez Valderrama, Fernando, “La armonización de legislaciones en materia de responsabilidad contractual del porteador marítimo. El caso del derecho español y del derecho colombiano”, en: *La unificación del derecho privado en Europa y América Latina: un estudio conjunto de problemas, desafíos y proyecciones*. A cura di John Alberto Tito-Añamuro, Univesità degli Studi di Perugia - ISEG, Roma-Perugia-México, 2017, 241 a 266.

<sup>6</sup> En derecho romano, las acciones *in factum* se refieren a relaciones de asunción no formal de responsabilidad, dentro de las cuales encontramos las acciones *in factum* por los *recepta*, y particularmente el *receptum nautarum cauporum et stabulariorum*, de creación pretoria, que constituía un factor de especialización en el régimen de las relaciones mercantiles marítimas. Para los romanos la institución de la *locatio conductio* agrupaba diversos contratos, cuya semejanza no estaba en la función económica que cumplían. Su verdadero eje central, una vez integrado por vía pretoria el *receptum*, era la existencia de un acto de entrega de mercancías, hecho que daba nacimiento a la obligación de restitución. Así constituido, si el contrato era gratuito los romanos lo asimilaban al contrato real de depósito, con la variante de que la cosa depositada se devolvería en un lugar distinto y normalmente a persona que no era la misma del depositante. Dentro del *ius honorarium*, los pretores orientaron sus directrices hacia una mayor simplificación de la cuestión, estableciendo una acción con menor complicación probatoria que la surgida en la *locatio-conductio* o del depósito. Así el *iudicium* del pretor no exigía más que la entrega de la mercancía como causa para la obligación posterior de restitución en su punto de destino, salvo los casos de culpa del cargador o de absoluta *vis maior*. La entrega en materia probatoria se facilitaba al aceptar la existencia de una especie de talón que se entregaba al cargador por haberse recibido las mercancías. Cfr. D’ors, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Ed. Univ. de Navarra, Pamplona, 1968, 476. Para otros autores la responsabilidad que surgía para el capitán de navío por el edicto pretorio y que tenía su base en el *receptum*, era rigurosa; no correspondía exactamente a la responsabilidad del depositario, pero tampoco a la del arrendatario, en virtud de



que con el devenir histórico fue transformándose, atendiendo a las nuevas necesidades y planteamientos del derecho. En este sentido, podríamos afirmar que la responsabilidad del porteador se ha ido modificando, perdiendo rigurosidad a lo largo de la historia desde su consagración en el Derecho Romano hasta un criterio basado en la culpa que gobierna la institución en nuestros días y que es más benévolo para el porteador<sup>7</sup>.

En el ámbito espacial, esta evolución coincide a su vez con la paulatina internacionalización de las normas que regulan el transporte de mercancías por mar. A pesar del contenido esencialmente internacional de las normas que regulan el transporte marítimo, estas tenían inicialmente un origen local y estaban destinadas a regular contratos de transporte a ejecutarse en ámbitos que hoy en día podríamos considerar regionales. Normalmente estas normas consagraban un sistema riguroso de responsabilidad que contrastaba con el sistema establecido posteriormente en los instrumentos internacionales destinados a regular la relación de transporte. A medida que prospera el movimiento que tiende hacia la unificación

---

ella debía repararse cualquier daño que ocurriese a las mercancías recibidas aún en caso de ausencia de culpa, siendo factor liberatorio la fuerza mayor. Cfr. Bonfante, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, Instituto Editorial Reus, Traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa, Madrid, Quinta ed., 1979, 535. La responsabilidad especial que el derecho honorario otorgó a los navieros (*navita* o *exercitor navis*) tuvo su origen en la costumbre de comprometerse de palabra o en anuncios, aquellas personas a cuidar tales cosas al celebrar el contrato. Como ya lo habíamos mencionado, la responsabilidad de estas personas era de carácter absoluto, por cuanto no presuponía culpa, rigor que se ha justificado en la notoria desconfianza que inspiraba “esta clase de gente”, Labeón consideraba que se debía conceder una excepción al naviero cuando la cosa se hubiese perdido por golpe de mar o naufragio, que en la práctica significa la exclusión de responsabilidad en los casos de fuerza mayor, como era regla en la custodia. Cfr. Jors, Paul y Kunkel, Wolfgang, *Derecho Privado Romano*, Ed. Labor, Barcelona, 1.ª ed., Traducción por L. Prieto Castro 1965, 342. También: Eduardo Polo. “Alcance de la responsabilidad del fletante y del porteador por falta de navegabilidad inicial del buque”, *Revista Jurídica de Cataluña*, sep.-dic. de 1969, 887 y ss., Brunetti, Antonio, *Derecho Marítimo Privado Italiano*, Bosch, Versión española anotada por R. Gay de Montellá. Barcelona, Tomo III: Las obligaciones, 1ra. parte: De los transportes marítimos, 1950, 267 y ss.

<sup>7</sup> En criterio de Brunetti la responsabilidad del porteador por incumplimiento del contrato de transporte marítimo de mercancías se agrupa dentro de los casos que se han denominado responsabilidad *ex recepto*. En este punto existe una diferencia estructural entre fletamento y transporte, en cuanto en el primero de estos contratos no opera bajo estos esquemas. Para este autor el concepto esencial establecido en el Derecho Romano se ha mantenido sustancialmente. La garantía del *receptum* se relaciona con la culpa, pero está subordinada a la demostración del caso fortuito, en la medida que cuando este no concurre, el transportista viene obligado a soportar las consecuencias. Cfr. Brunetti, Antonio, ob. cit., 268 y ss.



de estas reglas jurídicas, la necesidad de conciliar distintos intereses, no solo particulares sino también estatales, hace que la base de la responsabilidad del porteador se desplace desde esquemas rigurosos (aunque no imperativos en cuanto los particulares podían pactar en contrario) hacia un esquema basado en la diligencia del porteador. En el análisis del articulado de la Ley de Navegación Marítima española, el Código de Comercio colombiano, así como de los instrumentos internacionales reguladores de la materia, se podrá descifrar la evolución mencionada.

### 3. LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR MARÍTIMO EN LA CODIFICACIÓN

Para comprender e interpretar acertadamente las disposiciones de las normas codificadas en materia de responsabilidad es indispensable observar su normativa a la luz de las circunstancias históricas en que fue elaborado. El mundo occidental, a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, había ya atravesado un periodo de transición económica desde unos esquemas liberales clásicos, en los cuales la actividad del comerciante, como intermediario en la circulación de productos terminados, era el centro de la actividad mercantil, hacia otros en los cuales la actividad productora (industrial) y financiera empezaban a adquirir protagonismo y a marcar una nueva etapa en el desarrollo del capitalismo moderno.

El Código español de 1829 había sido elogiado ampliamente tanto por la doctrina nacional como extranjera porque en su criterio era el instrumento codificado de ese momento que con mejor técnica había sabido interpretar las necesidades económicas de su tiempo<sup>8</sup>. No ocurrió lo mismo en cuanto al Código de Comercio de 1885, el cual casi simultáneamente desde su promulgación sufrió críticas por no haber sabido interpretar el momento histórico en el que se hallaba y muy especialmente por no haber previsto los desarrollos futuros en el terreno económico que le dieran un mayor margen de actualidad a su normativa. Particularmente, en lo que se refiere al tema marítimo, el Código español de 1885 reprodujo casi en su totalidad, la normativa del Código de Comercio de 1829<sup>9</sup>, que a su vez

---

<sup>8</sup> Cfr. Rubio, Jesús: *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1950, 209; Duque Domínguez, Justino, *El Código de Comercio de 1885 en el marco de la codificación mercantil de su época*, 90 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. Muñoz Planas, José María, “Código de Comercio y Derecho Marítimo”, en: Centenario del Código de Comercio, Ministerio de Justicia, Madrid, Vol. I, 1986, 397.





tenía una influencia directa de las Ordenanzas de Bilbao de 1837, la Ordenanza de la Marina Francesa de 1681 y el *Code de Commerce* Francés<sup>10</sup>.

A pesar de que ya en esa época existe un cierto desarrollo<sup>11</sup> de la navegación, utilizando buques de vapor que operan bajo criterios de navegación en línea (periodicidad, tarifas preestablecidas, utilización de las mismas rutas), la legislación mercantil continuaba anclada en los viejos criterios del viaje-empresa como unidad de la navegación<sup>12</sup>.

La normativa depositada en el Código de Comercio de 1885, vigente en España hasta la promulgación de la actual Ley de Navegación Marítima de 2014, acusó por el paso del tiempo un marcado desfase con la realidad de la práctica mercantil marítima. Si bien la regulación establecida en el Código no se ajustaba, especialmente en tiempos recientes, a la realidad del momento en su prolongada vigencia, si podemos afirmar que se produjo una importante adaptación por la doctrina y la jurisprudencia española en su permanente esfuerzo por adecuar estas instituciones a las nuevas realidades que se iban produciendo<sup>13</sup>.

#### 4. LA FIGURA DEL CAPITÁN EN LA CONTRATACIÓN DEL TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS

Las normas codificadas, al regular la responsabilidad en los contratos de transporte marítimo de mercancías, se referían particularmente a la figura del capitán de buque. El desarrollo del comercio marítimo, según la estructura trazada en los códigos decimonónicos, giraba en torno a aquellos individuos que, actuando en representación del naviero, le obligan en las transacciones que deba realizar durante la travesía marítima. Su importante papel nos obliga a detenernos en el análisis de la función que sus actuaciones tienen en materia de responsabilidad.

La extraordinaria relevancia que los Códigos de Comercio decimonónicos atribuían al capitán en la realización de la actividad comercial del buque, tiene igualmente una explicación histórica. Dentro de una estructura

<sup>10</sup> Cfr. Rubio, Jesús, *Sáinz de Andino y codificación mercantil*, 211 y ss.

<sup>11</sup> En 1870 la flota mercante española se componía de aproximadamente 3000 veleros, 150 vapores con registro de medio millón y 72000 toneladas respectivamente. Vencida la primera mitad del siglo se constituyen las dos primeras sociedades navieras con servicios regulares de línea. Cfr. Muñoz Planas, José María: ob. cit., 395.

<sup>12</sup> Cfr. Muñoz Planas, José María, ob. cit., 395.

<sup>13</sup> Cfr. Duque, Justino, *Sáinz de Andino y codificación mercantil*, 92 y ss.



de viaje-empresa, en la cual se presentaba un aislamiento del buque durante la realización de la expedición marítima, era patente la imposibilidad de comunicación entre la persona del naviero y la del capitán. A fin de que el capitán pudiese desarrollar exitosamente la expedición marítima era entonces necesario revestirlo de amplios poderes y facultades no solo en lo que se refiere al comercio marítimo sino también en aspectos de derecho público, en congruencia con su posición de máxima autoridad pública en la expedición marítima. Desde una perspectiva de derecho privado, quienes negociaban con el naviero en los puertos de tránsito o de destino no tenían otra posibilidad que entenderse con el capitán, jefe de la expedición marítima, en el desarrollo de sus actividades comerciales.

Esta situación es la que explica que en derecho se consagrara una representación legal<sup>14</sup> de los actos realizados por el capitán y respecto de los cuales quien resultaba realmente obligado era el naviero (arts. 586, 587, 588, 590, 610-4, 618 y 655 del Código de Comercio 1885 y arts. 1477 a 1483 del Código de Comercio colombiano)<sup>15</sup>. Por otro lado, respecto al tema de responsabilidad que tratamos, esta idea nos permite comprender por qué las normas de responsabilidad del naviero<sup>16</sup> van vinculadas a las que esta-

<sup>14</sup> Cfr. Gamechogicoechea y Alegría, Francisco de, *Tratado de derecho marítimo español*. Bilbao, tomo V: fletamento - transporte marítimo, 207.

<sup>15</sup> En este punto existen algunas diferencias con el Código de Comercio español de 1829. Para entender la regulación del Código de Comercio español de 1829 debe distinguirse entre actos lícitos e ilícitos del capitán. En los primeros entra en juego la representación (vincula al naviero por las obligaciones y contratos asumidos por el capitán en el ámbito de sus atribuciones), así como en los supuestos de obligaciones y deudas contraídas por el capitán para habilitar, aprovisionar o reparar el buque, el naviero no se libera si se prueba que la cantidad que se reclama se invirtió en el buque. Respecto de los actos ilícitos la responsabilidad del naviero se limitaba a actos que infrinjan las obligaciones de custodia de los efectos cargados (*ex recepto*). De los demás actos ilícitos respondía solo el capitán. En criterio de Rubio, la regulación en este punto se explica en la evolución interna del derecho de la navegación, en la cual puede observarse el progresivo desplazamiento de las responsabilidades desde el capitán al naviero. Existe una paulatina reducción de las funciones del capitán a las estrictamente profesionales. Cfr. Menéndez, Aurelio, “La responsabilidad del naviero por actos del capitán en nuestro Código de Comercio”, en: *Revista Española de Derecho Marítimo*, fasc. 5, 1966/67, 70; Rubio, Jesús, “El capitán del buque —notas sobre su figura en derecho español—”, en: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Madrid: Tecnos, Vol. II, 1976, 629.

<sup>16</sup> Por su parte el concepto de naviero también ha seguido una evolución histórica en la cual han venido definiéndose sus características y particularmente su responsabilidad por incumplimiento de los negocios jurídicos integradores de la actividad comercial y la actividad de navegación. El transporte se realizaba a través de medios generalmente asociativos en la modalidad de viaje-empresa, en la cual cada viaje, por el riesgo que implicaba y por la irregularidad con que se efectuaba, constituía una unidad, sin



blecen la responsabilidad del capitán, ya que, en criterio del código, este era quien realmente realizaba la contratación mercantil.

Posteriormente a la elaboración de los códigos de comercio, este esquema subjetivo de realización de la empresa comercial marítima va sufriendo modificaciones. Con la instauración de los buques fabricados en metal e impulsados con máquinas se adquiere una mayor seguridad en la navegación y se inicia un periodo en el cual va a prevalecer la navegación en línea, congruente con el desarrollo económico del sistema capitalista que exigía la intensificación de los intercambios comerciales a nivel mundial.

Igualmente, los avances tecnológicos permiten una mejora sustancial en la comunicación entre el naviero y su buque bajo las directrices del capitán. Se inicia así un descenso en la importancia del papel que el capitán tiene en la expedición marítima, y paulatinamente se convierte en un empleado más del naviero al que le corresponden exclusivamente las actividades técnicas de la navegación. Simultáneamente, aparece la figura del agente marítimo o consignatario moderno, que asume la representación del naviero en la realización de toda la contratación de la empresa naviera en cada puerto, y cuyas órdenes y directrices debe seguir el capitán<sup>17</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arroyo, Ignacio. “La distribución del riesgo en el derecho marítimo”, *Revista de Derecho Mercantil*, nums. 143-144, enero-junio 1977, 40 y ss.
- Bonfante, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, Instituto Editorial Reus, Traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa, Madrid, 1979, 535.

---

poderse distinguir el propietario del naviero. Gradualmente se van separando ambas actividades principalmente por las modificaciones que experimentaron las nuevas técnicas de realización del transporte marítimo además de los esfuerzos realizados doctrinalmente para separar ambos conceptos. La aparición de las líneas regulares hace que, en los siglos XVII y XVIII, la prestación de un puro servicio de transporte sea común en Europa. La vieja asociación va dejando paso a sectores interesados solo en la titularidad y explotación del buque. Hoy en día existe un mercado de fletes a escala mundial, continuo y permanente en el cual desaparece el viaje empresa. Se produce una independización de la actividad naviera. Paralelamente se distingue claramente entre el propietario y el naviero como titular de la empresa de navegación, siendo en adelante cada uno responsable independientemente del otro. A partir del siglo pasado el naviero empieza a responder no en cuanto a propietario del buque sino como principal. Cfr. Girón Tena, José, “El naviero: directrices actuales de su régimen jurídico”, Publicaciones Universidad de Deusto, Bilbao, 1959, Introducción - XXIII.

<sup>17</sup> Cfr. Rubio, Jesús: *El capitán del buque – notas sobre su figura en derecho español*, 616.



- Brunetti, Antonio, *Derecho marítimo privado italiano*, Bosch, Versión española anotada por R. Gay de Montellá. Barcelona, Tomo III: Las obligaciones, 1.ª parte: de los transportes marítimos, 1950, 267 y ss.
- Carrasco Perera, Ángel, “Artículo 1101 del Código Civil”, en: *Comentario al Código Civil y compilaciones forales*, dirigido por M. Albadalejo, Ed. Revista de Derecho Privado, Tomo XV, Vol. 1: artículos 1088 a 1124, Madrid, 1983, 374 y ss.
- D’ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, Ed. Univ. de Navarra, Pamplona, 1968, 476.
- Delgado Echeverría, Jesús, “La culpa contractual”, en: Lacruz Berdejo, José Luis y otros: *Derecho de obligaciones - elementos de derecho civil II*, Bosch, Vol. I. Barcelona, 1994, 172 y ss.
- Díez Picazo, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial - Las relaciones obligatorias*, Madrid: Civitas,, Vol. II, 1993, 579 y ss.
- Duque Domínguez, Justino, *El Código de Comercio de 1885 en el marco de la codificación mercantil de su época*, 90 y ss.
- Gamechogoicoechea y Alegría, Francisco de, *Tratado de derecho marítimo español*. Bilbao, Tomo V: fletamento-transporte marítimo, 207.
- Girón Tena, José, “El naviero: directrices actuales de su régimen jurídico”, Bilbao: Publicaciones Universidad de Deusto, 1959, Introducción - XXIII.
- Jiménez Valderrama, Fernando. “Sistema de contratos de explotación del buque en el Código de Comercio colombiano”, *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana (Colombia), n.º 123, julio-diciembre 2011, 411-440.
- Jiménez Valderrama, Fernando. “Contratos de transporte marítimo de mercancías: del Harter Act norteamericano de 1893 a las Reglas de Rotterdam de 2008 y los tratados de libre comercio de Colombia con los Estados Unidos de América y la Unión Europea”, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte (Barranquilla-Colombia), n.º 38, 2012, 109 a 141.
- “La armonización de legislaciones en materia de responsabilidad contractual del porteador marítimo. El caso del derecho español y del derecho colombiano”, en: *La unificación del derecho privado en Europa y América Latina: un estudio conjunto de problemas, desafíos y proyecciones*. A cura di John Alberto Tito-Añamuro, Univesità degli Studi di Perugia - ISEG, Roma-Perugia-México, 2017, 241 a 266.
- *Curso de obligaciones*, Bogotá: Editorial Legis, 2019, 181.
- Jordano Fraga, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Madrid: Civitas, 1987, 26.
- Jors, Paul y Kunkel, Wolfgang, *Derecho privado romano*, Barcelona: Ed. Labor, Traducción por L. Prieto Castro, 1965, 342.
- Mendoza, Álvaro, *Obligaciones*, Bogotá: Editorial Temis – Universidad de La Sabana, 2020.



- Menéndez, Aurelio, “La responsabilidad del naviero por actos del capitán en nuestro Código de Comercio”, en: *Revista Española de Derecho Marítimo*, fasc. 5, 1966/67, 70.
- Muñoz Planas, José María, “Código de comercio y derecho marítimo”, en: *Centenario del Código de Comercio*, Madrid: Ministerio de Justicia, Vol. I, 1986, 397.
- Pantaleón, Fernando. “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre de 1993, Ministerio de Justicia, Tomo XLVI, Fascículo IV, 1727.
- Polo, Eduardo. “Alcance de la responsabilidad del fletante y del porteador por falta de navegabilidad inicial del buque”, *Revista Jurídica de Cataluña*, septiembre-diciembre de 1969, 887 y ss.
- Righetti, Giorgio. *La responsabilità del vettore marittimo nel sistema dei pericoli eccezionali*, Cedam, Padova, 1960, 33.
- Rubio, Jesús: *Sainz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1950, 209.
- Rubio, Jesús, “El capitán del buque —notas sobre su figura en derecho español—”, en: *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Madrid: Tecnos, Vol. II, 1976, 629.





**PARTE VIII**  
**DERECHO COMERCIAL**  
**Y TECNOLOGÍA**







# INCIDENCIA DE LA TECNOLOGÍA EN EL DESARROLLO JURÍDICO MERCANTIL

ERICK RINCÓN CÁRDENAS\*

## 1. EL COMERCIANTE Y LA TECNOLOGÍA

La tecnología ha jugado un papel protagónico en la transformación del derecho comercial, a partir de ella han surgido diversas oportunidades las cuales han permitido que los comerciantes a través de medios digitales logren expandir sus negocios alrededor del mundo, facilitando de este modo su internacionalización.

El uso de nuevas tecnologías se ha convertido en una herramienta para promover la eficiencia y productividad en la venta y prestación de servicios, convirtiéndose en un factor importante para mantener a las empresas a un nivel competitivo respecto del mercado.

Entre las diversas ventajas que ha traído consigo la implementación de la tecnología en el área comercial, encontramos, que además de incrementar el alcance y acceso de productos y servicios, también ha proporcionado una mayor eficiencia en las operaciones.

La ampliación de los canales de comunicación ha permitido agilizar y optimizar los procesos de comercio. A su vez, la tecnología ha impulsado al desarrollo de ideas modernas e innovadoras que van acorde con las constantes transformaciones del sector empresarial.

Sin embargo, actualmente no todos los comerciantes están preparados para adaptarse a las nuevas modalidades del mercado y se resisten a los cambios que representan de algún modo una amenaza a los modelos comerciales tradicionales.

El crecimiento exponencial de la tecnología ha venido manifestando una inminente transformación en el derecho comercial. Esta transición

---

\* Abogado de la Universidad del Rosario, Doctor en Derecho de la Universidad Europea de Madrid. Profesor Asociado de la Universidad del Rosario.



se ha venido desarrollando a través de la implementación de modelos disruptivos que han servido de incentivo para dar un paso importante hacia el futuro.

En este sentido, la tecnología se ha vuelto una herramienta vital para los comerciantes en la actualidad, gracias a ella se ha reformulado en muchos aspectos la manera de hacer negocios y crear **nuevos mercados**. Esto sin duda ha beneficiado a las empresas que han logrado acoplarse a estos cambios, así como también afectó a quienes no se interesaron en involucrar medios tecnológicos dentro de sus organizaciones.

Colombia ha sido uno de los países que ha demostrado mayor receptividad en cuanto a la aplicación de estrategias comerciales basadas en tecnología, esto ha reflejado un panorama bastante positivo respecto de la adaptabilidad y confianza depositada por las personas en experiencias virtuales.

## 2. LA LEY 527 Y SU DESARROLLO COMPLEMENTARIO EN LA ACTIVIDAD MERCANTIL

Buscando otorgar al sector empresarial del país esa seguridad, las cámaras de comercio impulsaron la expedición de la Ley 527 de 1999 <sup>1</sup>llamada Ley de Comercio Electrónico.

El objetivo central de esta ley es otorgar pleno valor probatorio a los mensajes de datos, como denomina la ley a la información digital. Hoy en día no se le pueden negar efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a información alguna por el solo hecho de estar en forma de mensaje de datos.

Es importante recordar el ámbito de aplicación de la ley:

*ART. 1°—Ámbito de aplicación. La presente ley será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, salvo en los siguientes casos: a) En las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales; b) En las advertencias escritas que por disposición legal deban ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos en razón al riesgo que implica su comercialización, uso o consumo.*

De la redacción de este artículo se desprende fácilmente que la Ley 527 es una simple ley de aplicación general. El artículo establece que se aplica a

---

<sup>1</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 527 de 1999.



todo tipo de información que se encuentra en forma de mensaje de datos, estableciendo solamente dos excepciones: obligaciones pactadas en tratados internacionales y las advertencias escritas que deben ir impresas en los productos para cumplir con los objetivos de protección al consumidor. Las excepciones son obvias y bastante razonables, pero lo importante de destacar es que son restrictivas. La Ley 527 de 1999 pretendió cerrar el problema del uso de medios electrónicos como medio de prueba para cualquier tipo de transacción, contrato, actuación, operación o similar.

El criterio para determinar el ámbito de aplicación es que se trate de información que se encuentra de cierta forma (mensaje de datos), independientemente del tipo de información o del contenido de esta. La interpretación del artículo 1.º debe respetar este propósito y no restringirse ilegítimamente. Esta posición fue adoptada expresamente por la Corte Constitucional, en Sentencia C-831 de 2001.

Una última reflexión confirma estas conclusiones. Los artículos 6.º, 7.º, 8.º, y 12 son los artículos que desarrollan el criterio del equivalente funcional.

La ley consta de cuatro partes principales, que se pueden resumir así:

**Primera parte o parte general.** Definición de conceptos básicos usados en la ley, dentro de los que cabe destacar los de mensaje de datos, comercio electrónico, firma digital y entidad de certificación. A continuación se establecen los principios básicos que rigen el uso de medios electrónicos, los cuales se pueden describir como sigue:

- La ley se aplica de manera general a todo tipo de relaciones jurídicas, y no solo a las relaciones jurídicas comerciales. Por ejemplo, se aplica a las relaciones jurídicas entre los particulares y el Estado, incluyendo los trámites administrativos ante autoridades públicas.
- Si un mensaje de datos cumple con los mismos objetivos y tiene las mismas funciones que un medio tradicional o físico de transmisión de información, dicho mensaje tendrá las mismas consecuencias jurídicas que el medio tradicional al que reemplaza. Este principio se conoce en la doctrina como el *principio del equivalente funcional*, y existen cuatro manifestaciones expresas de este en la ley: escrito, original, firma y archivo. Se reconoce expresamente la posibilidad de que los documentos se firmen digitalmente.
- Se deja a la libertad contractual la posibilidad de establecer las reglas que rijan la comunicación de los mensajes de datos entre las partes. No obstante, se establecen reglas supletivas para determinar



cuándo un mensaje de datos ha sido enviado o recibido, y cuál es su contenido.

**Segunda parte.** Se reconoce la posibilidad de utilizar medios electrónicos en materia de transporte de mercancías.

**Tercera parte.** En la tercera parte se le reconoce un valor jurídico especial a la firma digital, que es aquella que utiliza la infraestructura de llave pública para su generación y que basa su confiabilidad en las certificaciones que expiden las entidades de certificación.

**Cuarta parte.** Establece que estas normas deben interpretarse sin perjuicio de las normas existentes en materia de protección al consumidor.

### 3. LA EMPRESA DIGITAL

Una empresa digital es aquella que usa la tecnología en sus procesos y la utiliza para crear nuevos productos y modelos de negocios. Estas empresas se caracterizan por su alta productividad y por su capacidad de ahorrar tiempo y costos.

La Ley 527 de 1999 es la expresión de un proceso creciente de uniformización del derecho privado a instancias de los trabajos preparatorios de instrumentos internacionales con énfasis en la estandarización de categorías y textos legales. En ese sentido, la lógica de regulación del comercio electrónico se inserta en la creciente globalización del derecho. Lo anterior en la medida que se evidencia una globalización de los mercados digitales como resultado de la estandarización de la tecnología informática y de las redes digitales de comunicaciones.

El comercio electrónico es una categoría relativamente nueva para el comercio internacional en comparación con el comercio tradicional de bienes y servicios. La consolidación de mercados digitales de bienes y servicios digitales se encuentra en pleno proceso de desarrollo. Los contenidos, por ejemplo, aparecen como una forma nueva que engloba todas las expresiones de cultura, entretenimiento y divulgación de información. La publicidad en línea, otro rubro importante en el crecimiento digital ha venido desarrollando nuevos modelos de negocio en el campo de la personalización, con interactividad y mayor opción de medir el público.

El comercio electrónico tiene como objetivo ampliar los mercados tradicionales. La libre circulación de bienes digitales está enmarcada en valores supremos como la libertad de expresión, de opinión y en la necesidad



de consolidar la sociedad de la información y el conocimiento. No como una sociedad mercantilista sino como una nueva fase del desarrollo humano en la cual la tecnología está al servicio del ser humano.

Lo anterior no obstante debe partir de una constatación inicial: la producción de contenidos digitales presenta un desbalance evidente entre países desarrollados y países con economías emergentes. Esta situación es la continuación de una relación asimétrica que se ha consolidado en los últimos años en relación con los contenidos audiovisuales tradicionales.

La búsqueda de la reestructuración de las reglas y paradigmas tradicionales del comercio internacional encuentra en el comercio electrónico una opción sin precedentes para la consolidación del comercio de mercancías intangibles y de servicios digitales. Toda la cadena logística de transporte de bienes tangibles, así como los esquemas de pago también se benefician con la desmaterialización documental.

La facilidad y eliminación de las barreras de entrada para los comerciantes y el crecimiento sin precedentes en el acceso a servicios de internet —para casi una tercera parte de la población mundial— son elementos estructurales que permiten augurar un aumento considerable en el volumen de las transacciones en comercio electrónico en el porvenir.

El crecimiento del comercio electrónico corresponde a tres décadas de avance tecnológico sin precedentes. El mundo ha cambiado de manera evidente por el influjo de las tecnologías de la información y en particular, el entorno empresarial de manera paulatina viene adoptándolas para mejorar la competitividad y la eficiencia. Las grandes y medianas empresas se benefician de manera más rápida y directa de los logros del sector tecnológico, pero el mayor reto lo constituye la inserción de las pymes en el ambiente del *e-business*, más aun cuando esta clase de empresas son un factor predominante de desarrollo social y corporativo, en particular en los mercados emergentes.

Para nuestro análisis, sin embargo, ese aumento cuantitativo en el uso de la tecnología no basta. Por el contrario, el comercio internacional tiene un contenido axiológico, es decir, está cargado de valores que lo justifican y enaltecen como una herramienta de intercambio de mercancías y servicios que redundan en justicia social y mejor distribución del ingreso a escala global. No es simplemente intercambio comercial sino la construcción de un entramado social, cultural y ecológico. Para estos fines, el sistema multilateral de comercio debe ser permeado de avances tecnológicos que permitan, por ejemplo, la eliminación completa del papel con el evidente beneficio ambiental. Además, la tecnología puede propiciar que personas de las regio-



nes más apartadas del mundo puedan ingresar de manera formal al sistema internacional de comercio. Una cantidad de empresarios de África, América Latina y Asia encuentran una oportunidad para ingresar a los mercados internacionales en los cuales pueden ampliar la frontera de sus negocios.

El reto actual del sistema internacional de comercio es lograr que los atributos del comercio electrónico no sirvan únicamente para el despliegue de las multinacionales tradicionales sin que sus efectos mejoren las perspectivas comerciales y económicas de los países en desarrollo, y en particular de las pymes. Es decir que el comercio electrónico contribuya a mejorar las condiciones de participación de los países en desarrollo en el sistema multilateral de comercio y al estímulo de creación de modelos de negocios propios en la relación sur-sur.

La premisa fundamental de este ensayo es que si bien es cierto que en la apropiación de la tecnología para los negocios hasta ahora la supremacía ha sido de los países desarrollados, el comercio electrónico es una herramienta dinamizadora del comercio internacional que, bien utilizada y regulada, puede redundar.

Fenómenos multitudinarios en las redes sociales como Facebook, Twitter, LinkedIn y grandes conglomerados del comercio electrónico como eBay y Amazon surgieron en el mundo desarrollado sin par aparente en los mercados emergentes. No son muy claras las razones: falta de conocimiento, de espíritu de emprendimiento o ausencia de infraestructura tecnológica o educativa. En todo caso, de importadores de tecnología nuestros países se encuentran en la encrucijada de lograr la manera de no repetir su condición de meros receptores de modelos ajenos.

En una reciente estadística se da cuenta de la población colombiana que utiliza Facebook<sup>2</sup> y las principales redes sociales, lo cual es relevante para efectos de entender que las nuevas generaciones del país se han incorporado de manera significativa a las redes sociales pero no es tan claro si ese hecho en sí mismo contribuye a avances tecnológicos o al desarrollo simplemente de nuevos canales de comunicación.

Es menester recordar que el comercio electrónico surge en la década de los noventa del siglo pasado en medio de la euforia por el crecimiento

---

<sup>2</sup> Según la página web <http://www.facebookcolombia.com/> consultada el 12 de enero de 2012 existen aproximadamente 15 799 320 usuarios de Facebook en Colombia (Enero 2, 2012), siendo así el cuarto país Latinoamericano con mayor número de usuarios en Facebook, superado solo por Brasil (351 millones), México (309 millones) y Argentina (175 millones).



exponencial de nuevos actores o sujetos económicos y modelos de negocios. Tal huracán prometía revolucionar el comercio internacional y ser el nuevo paradigma del intercambio económico.

Con un fenómeno de esa magnitud proliferaron las iniciativas regulatorias para definir el alcance y rol de los estados y las organizaciones internacionales. En el caso de las reglas contractuales y probatorias, el papel de la CNUDMI ha sido fundamental con la elaboración de leyes modelos y convenios internacionales.

El impacto en la agenda del comercio internacional por su parte entró en los cronogramas de trabajo de la Organización Mundial del Comercio, que elaboró en sus diferentes conferencias ministeriales un programa de trabajo encaminado a definir los aspectos relacionados con el comercio de servicios.

La idea de justicia y la garantía de los derechos humanos y económicos deben ser una realidad, y no una mera aspiración teórica y abstracta. La responsabilidad de los gobiernos y de la sociedad civil frente a esos fines es fundamental. No puede ser el simple devenir del mercado a quien se le atribuyan todos los males ni las posibilidades de un milagro que solucione de manera mesiánica todos los problemas.

Solo un comercio justo y equitativo puede contribuir a la disminución del malestar social que se ha venido apoderando del mundo luego de sucesivas y marcadas recesiones económicas. No es explicable cómo la humanidad haya tenido avances tecnológicos significativos, pero no se haya logrado mayor distribución del ingreso, empleo y avances en los imperativos de capital social.

El uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones como herramienta para los negocios es cada vez más frecuente. El crecimiento de las actividades de comercio electrónico ha sido exponencial. Como consecuencia del acceso a internet de casi 2000 millones de personas, cualquier iniciativa comercial tiene como referente la red global. Según la compañía de tecnología Cisco, se percibe un aumento considerable del tráfico que se cuadruplicará para el año 2015, alcanzando los 966 exabytes por año. Este incremento del tráfico, según Cisco, será motivado por el mayor número de dispositivos y por el incremento del número de usuarios de internet. “En el 2015 habrá casi 3000 millones de usuarios de internet, más del 40 % de la población mundial proyectada”<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Consultado en <http://newsroom.cisco.com/press-release-content?type=webcontent&articleId=324003> el 12 de enero de 2012.



El comercio electrónico se enmarca dentro de los servicios de la sociedad de la información y el conocimiento. Es decir, un proceso más profundo en la sociedad que la actividad mercantil propiamente dicha, Más bien la transformación de una sociedad cuyo centro es la circulación libre de información sin mayores barreras geográficas.

El comercio electrónico facilita el intercambio internacional de bienes y servicios. Sin embargo, su potencial transformador depende de su capacidad para evitar ser una mera replica de las desigualdades tradicionales norte-sur. Esta aproximación conservadora del comercio electrónico se ve reforzado por la amplia desigualdad que existe en la apropiación tecnológica entre el norte y el sur.

De hecho, el comercio electrónico tendría dos elementos que ahondarían la desigualdad tradicional en el comercio internacional. Las brechas entre aparatos productivos se verían aún más reforzadas por la brecha tecnológica existente. La esperanza de una mayor equidad reposa en lograr que el comercio electrónico sirva para apalancar las iniciativas actuales y del porvenir relacionadas con el comercio justo. En este sentido, la relación entre ambos tipos de comercio debe partir de un incentivo a las actividades comerciales por medios electrónicos que contribuyan a un intercambio entre las naciones con criterios de equidad.

Entre los fundamentos que han contribuido a la consolidación del comercio justo está el respeto y protección del medio ambiente. En ese sentido, las tecnologías de la información contribuyen de manera evidente a la menor utilización del papel en las actividades comerciales. Este logro propio de las comunicaciones electrónicas constituye un avance innegable en las prácticas comerciales.

La aplicación del derecho a los medios tecnológicos ha propiciado la aparición de principios jurídicos que han permitido la disminución del uso del papel en las actividades mercantiles de una manera más segura y confiable. El principio de equivalencia funcional, por ejemplo, presente en muchas legislaciones permite que los mensajes de datos cumplan la misma función jurídica que el soporte tradicional en papel.

El comercio electrónico permite la consolidación de los nichos específicos de mercado como viables desde el punto de vista de tasa de retorno a la inversión. Por ejemplo, la venta mediante martillo de productos o los servicios hechos a la medida proliferan en internet, cuando ya no tenían lógica en el comercio internacional. Este es el efecto de la disminución de los costos o barreras de entrada y de la globalización del mercado. No





importa ahora tanto el volumen de ventas como la existencia de consumidores fieles para lograr el éxito de una iniciativa comercial.

La construcción de empresas comerciales a partir de nichos es fruto del comercio electrónico y es fundamental para el futuro del comercio justo. La distribución de productos con características específicas, de regiones apartadas o con condiciones de producción determinadas pueden ser puestos a disposición de individuos en cualquier parte del mundo. La información sobre los productos también puede ser presentada de manera más amplia sin las restricciones de canales tradicionales de comercialización. Los costos de mantenimiento de una página web son irrisorios en relación con los costos tradicionales de arrendamiento de lugares físicos o de mantener inventarios. Las redes sociales permiten avizorar un futuro promisorio para la actividad de divulgación y publicidad de productos propios de actividades de comercio justo.

### ***3.1. Oportunidades de la empresa digital***

La constante transformación económica y social del país, representa una oportunidad para el desarrollo de actividades que impliquen experiencias virtuales. En este contexto, es importante considerar la integración de soluciones digitales, no solo como un medio alternativo sino como un factor indispensable en la actualidad.

Gracias al uso de la tecnología, las empresas han realizado sus operaciones de manera innovadora y eficiente, además han logrado descubrir nuevos canales de información y aumentar su rendimiento. No obstante, este tipo de empresas para lograr mantenerse a flote requieren de una buena estrategia de *marketing* que permita adquirir y retener clientes de forma constante.

La posibilidad de globalizar una empresa se suma a las ventajas de la digitalización, los empresarios pueden ahorrar costos al automatizar sus procesos y los negocios se pueden ejecutar desde cualquier lugar.

La tecnología ha impulsado el desarrollo del comercio electrónico y el incremento del comercio internacional. Teniendo en cuenta su importancia, es necesario que las empresas incentiven el uso de medios electrónicos, garanticen la seguridad informática y promuevan la eliminación de fallas de mercado y barreras de acceso a este.

Otro aspecto relevante, es que estas empresas no se encuentran limitadas por un espacio físico. En este sentido, la eliminación de barreras geográficas significa una gran oportunidad para captar clientes y expandir el negocio.



El comercio electrónico ha tenido constantes avances respecto de su regulación. Gracias a esto la reversión o devolución de pagos en este campo es posible. Por ejemplo, el Decreto 587 de 2016<sup>4</sup>, “por el cual se adiciona un capítulo al libro 2 de la parte 2 del título 2 del Decreto Único del sector Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1074 de 2015, y se reglamenta el artículo 51 de la Ley 1480 de 2011”, ha reglamentado las condiciones y el procedimiento para la reversión de los pagos solicitado por los consumidores, cuando la adquisición de los bienes o servicios se hubiere realizado a través de mecanismos de comercio electrónico y, para tal efecto, se hubiere utilizado tarjetas de crédito, débito o cualquier otro instrumento de pago electrónico.

De esta manera, la transformación digital permite ofrecer una experiencia de compra de alto impacto y una atención al cliente muy satisfactoria. Esto hace que todo el proceso de ventas fomente la fidelización por parte de los consumidores<sup>5</sup>.

### ***3.2. Retos de la empresa digital***

Si bien la sociedad está cada vez más familiarizada con la digitalización de productos y servicios, la adaptación a estos nuevos modelos empresariales sigue siendo un desafío.

Colombia aun siendo un país abierto a los procesos de transformación digital, continúa enfrentándose a una serie de barreras que abarcan temas como la débil percepción sobre la eficiencia del comercio electrónico, las vulnerabilidades en materia de seguridad jurídica, y la reducida oferta de servicios en la cadena de valor del comercio electrónico.

En principio, para combatir los diversos retos que implican adaptarse a estas nuevas modalidades empresariales, será necesario alimentar y reforzar la cultura del comercio electrónico.

Asimismo, los temas concernientes a la protección de datos personales, confidencialidad, autenticidad e integridad de los sistemas informáticos, debe manejarse con especial cuidado para garantizar la seguridad de cada proceso y ganar la confianza de los consumidores.

---

<sup>4</sup> Colombia, El Presidente de la República de Colombia, Decreto 587 de 2016.

<sup>5</sup> Cognodata, “Empresa Digital “cómo será el futuro de tu organización?”, en Cognodata, 13 de junio 2019, en <https://www.cognodata.com/wp-content/uploads/2019/06/Screenshot-2019-07-18-at-13.20.21-min.png> consulta de junio 2021.



Sobre este particular, la Superintendencia Financiera de Colombia con el objetivo de garantizar la eficiencia en la prestación de los servicios financieros expide la Circular Externa 29 de 2019<sup>6</sup>, la cual realiza una modificación de la Circular Básica Jurídica en materia de requerimientos mínimos de seguridad y calidad, para la realización de operaciones y acceso e información al consumidor financiero, y uso de factores biométricos

En lo relativo a la promoción de la seguridad informática, se expidió la Ley 1581 de 2012<sup>7</sup>, “por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”. Esta ley desarrolla el derecho constitucional que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bases de datos o archivos, y los demás derechos, libertades y garantías constitucionales a que se refiere el artículo 15 de la Constitución Política<sup>8</sup>; así como el derecho a la información consagrado en el artículo 20 de la misma.

Esta ley es reglamentada parcialmente por medio del Decreto 1377 de 2013<sup>9</sup>, el cual desarrolla autorización del titular, políticas de tratamiento de los responsables y encargados, ejercicio de los derechos de los titulares, transferencias de datos personales, responsabilidad demostrada.

Por su parte, la Ley 1266 de 2008<sup>10</sup>, dicta las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones.

Hay que tener en cuenta que el uso de la tecnología también implica riesgos relativos a la ejecución de delitos informáticos, para ello, la Ley 1273 de 2009<sup>11</sup>, mediante la cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado —denominado “de la protección de la información y de los datos”— y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, regula dichos delitos y establece las sanciones respectivas.

Por último, se determina que la digitalización de las empresas conlleva a la necesidad de renovación y actualización en la rama legislativa, respecto del tema, la Corte Constitucional, ha señalado lo siguiente:

---

<sup>6</sup> Colombia, Superintendencia Financiera de Colombia, Circular Externa 29 de 2019.

<sup>7</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley Estatutaria 1581 de 2012.

<sup>8</sup> Colombia, El pueblo de Colombia, Constitución Política de Colombia 1991.

<sup>9</sup> Colombia, Presidente de la República de Colombia, Decreto 1377 de 2013.

<sup>10</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 1266 de 2008.

<sup>11</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 1273 de 2009.



...este cambio tecnológico ha planteado retos de actualización a los regímenes jurídicos nacionales e internacionales, de modo que puedan eficazmente responder a las exigencias planteadas por la creciente globalización de los asuntos pues, es indudable que los avances tecnológicos en materia de intercambio electrónico de datos ha propiciado el desarrollo de esta tendencia en todos los órdenes, lo cual, desde luego, implica hacer las adecuaciones en los regímenes que sean necesarias para que estén acordes con las transformaciones que han tenido lugar en la organización social, económica y empresarial, a nivel mundial, regional, local, nacional, social y aún personal<sup>12</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

La ley de comercio electrónico es un complemento al Código de Comercio de 1971, que aparece 28 años después de la expedición del ordenamiento mercantil con el fin de copar la regulación de los avances y desafíos tecnológicos propios de las actividades digitales.

La Ley 527 es el ejemplo de una ley que ha complementado de manera temática el contenido inicial del Código de Comercio. No lo deroga ni lo abroga, sino que permite llenar un vacío que se produce con el paso del tiempo y con la evolución tecnológica que no era predecible en 1971.

La ley de comercio electrónico aparece en Colombia en un momento de euforia sobre el impacto y relevancia del tema en la sociedad y en el sector económico de las telecomunicaciones, así como en el mercadeo de bienes y servicios. En la década de los noventas, las empresas punto com fracasaron, pero los negocios electrónicos continuaron como nuevo paradigma de las empresas tradicionales.

El impacto de una ley vigente en un sector económico naciente y en constante evolución como el comercio electrónico es difícil de medir. No obstante, en el presente artículo se evidencia que la Ley 527 es un instrumento habilitante para el desarrollo del comercio electrónico y, más que servir como incentivo para las actividades electrónicas, permite aumentar la confianza de los usuarios y consumidores en los mercados digitales.

La Ley 527 es usada por los empresarios y por el gobierno para diseñar los esquemas de seguridad informática.

---

<sup>12</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-662 de 2000, magistrado ponente Fabio Morón Díaz.



De manera paulatina las categorías tradicionales del derecho mercantil se permean de los avances tecnológicos: las fronteras propias de los actos de comercio se expanden para incluir los modelos de comercialización de aplicaciones y de bienes virtuales; el establecimiento de comercio se virtualiza, total o parcialmente con la predominancia de los nombres de dominio frente a nociones tradicionales como la enseña comercial; las redes sociales expanden su forma de comunicación a un híbrido que incluye lo mercantil; el propio comercio electrónico da paso al comercio móvil.

Los avances y retos tecnológicos del porvenir en almacenamiento y procesamiento de información, en los perfiles de clientes y consumidores, en contenidos y pagos en redes móviles y en la penetración comercial a las redes sociales avizoran un futuro promisorio para las discusiones del derecho mercantil y las tecnologías de la información.

## BIBLIOGRAFÍA

Colombia, Congreso de la República, Ley 527 de 1999.

<http://www.facebookcolombia.com/> consultada el 12 de enero de 2012.

Consultado en <http://newsroom.cisco.com/press-release-content?type=webcontent&articleId=324003> el 12 de enero de 2012

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 587 de 2016.

Cognodata, “Empresa Digital “cómo será el futuro de tu organización?”, en Cognodata, 13 de junio 2019, en <https://www.cognodata.com/wp-content/uploads/2019/06/Screenshot-2019-07-18-at-13.20.21-min.png> consulta de junio 2021.

Colombia, Superintendencia Financiera de Colombia, Circular Externa 029 de 2019.

Colombia, Congreso de la República, Ley Estatutaria 1581 de 2012.

Colombia, Constitución Política de Colombia 1991.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1377 de 2013.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1266 de 2008.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1273 de 2009.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-662 de 2000, magistrado ponente Fabio Morón Díaz.





# LAS NUEVAS TIC Y EL DERECHO PRIVADO: LOS RETOS FRENTE A SU REGULACIÓN

IRMA RIVERA RAMÍREZ<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN

La utilización de las nuevas tecnologías en todos los ámbitos de la vida cotidiana y de los negocios es una realidad y cada vez va en aumento. Los recientes desarrollos de las tecnologías de la información (en adelante TIC) han resuelto necesidades y han contribuido a la eficiencia en la solución de problemas existentes en las sociedades contemporáneas y en el desarrollo del comercio. Lo anterior no es, ni puede ser, ajeno al derecho y, mucho menos, a las especialidades relacionadas con el derecho comercial y de los negocios.

En este contexto, el objeto de este capítulo es exponer algunos de los impactos y retos que las nuevas tecnologías han generado en el derecho privado y comercial, así como analizar el papel que esta área del derecho debería tomar de cara a su regulación normativa. Para el efecto, en primer lugar, se hará una breve exposición del contexto actual del desarrollo de las nuevas TIC y su evolución. En segundo término, se hará referencia a los retos y problemas que este desarrollo de las TIC ha generado, resaltando la figura de los contratos inteligentes y los desafíos de cara al derecho contractual. En tercer lugar, se estudiarán las soluciones que desde el derecho se ha dado a estos retos, tanto desde el derecho internacional privado con-

---

<sup>1</sup> Abogada de la Universidad Sergio Arboleda. Especialista en métodos alternos de solución de conflictos y estrategia de negocios del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Profesora de Métodos alternativos de solución de conflictos en la Facultad de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Con una experiencia mayor a 20 años en arbitraje, litigio e insolvencia. Arbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., Medellín y Cali; así como del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y del Centro de Arbitraje de AmCham Perú. Miembro de WWA Latam.

Un especial agradecimiento a los doctores Natalia Gallego Acosta y José Cano Valencia por su colaboración para la elaboración de este artículo.

Este artículo constituye una opinión de carácter personal y con fines eminentemente académicos.



tenido en las normas de *soft law*, como en Colombia a través del Código de Comercio. Finalmente, se ofrecerá un panorama de algunos de los desarrollos que podría ser conveniente que el derecho comercial colombiano contemplara.

## 1. EL CONTEXTO ACTUAL: LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SU EVOLUCIÓN

Las TIC forman hoy en día parte del desarrollo cotidiano de la práctica del derecho. Dentro de estas, el internet, de la mano con las tecnologías más recientes que se desarrollan en él, juega un papel fundamental para la comunicación en tiempo real, lo cual ha tenido un enorme impacto en la realidad social.

La profesora Luciana Scotti se ha referido a este asunto, de la siguiente forma:

La nave insignia de las TIC, sin dudas, es Internet, que ha cambiado la forma de comunicarnos, de negociar, de comprar, de educarnos y de buscar un espacio de recreación habitual, lugar de comisión del delito, lugar de producción del daño, etcétera). O bien, se vinculan al conflicto entre la naturaleza inmaterial de Internet y las normas que exigen o presuponen soporte papel<sup>1</sup>.

El internet contribuye y, a su vez, nace en el contexto de la globalización y, como consecuencia, tiene un impacto directo en la forma en que se globalizan o mundializan las relaciones jurídicas, en especial en el derecho privado y de los negocios en el ámbito internacional. En efecto, el

Internet representa el modo más depurado, hasta ahora, de mundializar y globalizar las situaciones privadas: incrementa el número y variedad de situaciones privadas internacionales. Ello hace del derecho internacional privado el protagonista principal del impacto del Internet en el mundo jurídico<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Scotti, Luciana, *Incidencias de las nuevas tecnologías en el derecho internacional privado*. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Universidad Nacional de La Plata. UNLP, 2020, 410-411.

<sup>2</sup> Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier., "Problemas de extraterritorialidad en la contratación electrónica", en: *El comercio electrónico*, Madrid: Edisofer, 2001, 145-217, 147.





Por lo anterior, se ha venido generando una digitalización de las relaciones contractuales y jurídico-negociales, es decir, las relaciones comerciales que previamente se daban en un contexto material y físico, cada vez más se desarrollan por completo sin la necesidad de un contacto material. Este hecho, por supuesto, genera múltiples retos en el derecho privado, por los cambios disruptivos que genera el avance tecnológico<sup>3</sup> y, además, pone al derecho comercial frente a grandes problemas y necesidades para responder a la realidad actual, como se pasa a exponer.

## 2. LOS RETOS DERIVADOS DE LAS NUEVAS TIC DE CARA AL DERECHO PRIVADO

Algunos de los principales retos para el derecho privado y comercial respecto de las nuevas TIC y el internet radican en su naturaleza digital, cambiante, desmaterializada y necesariamente deslocalizada.

Para la profesora Luciana Scotti, estos

... problemas jurídicos surgidos con motivo de la aparición de Internet tienen relación con el conflicto entre su naturaleza deslocalizada y la índole territorial de ciertas normas que se basan en la noción de *lugar* (lugar de celebración de un contrato, lugar de ejecución o cumplimiento de un contrato, lugar del establecimiento de una de las partes, lugar de su domicilio o residencia...<sup>4</sup>.

Y es que, en efecto, el internet constituye un escenario diverso y cambiante que puede generar muchas oportunidades, pero, por esta condición, puede generar un gran nivel de incertidumbre jurídica y múltiples vacíos jurídicos ante el intento de ser regulado<sup>5</sup>.

En particular, dentro de estas nuevas tecnologías que se fundamentan en el internet, llama la atención lo relacionado con los contratos inteligentes o *smart contracts*. Para tener unas luces sobre esta figura, es ilustrativo tomar en cuenta la definición del profesor Farshad Godhoosi:

*¿Qué es lo inteligente de los contratos inteligentes? La respuesta reposa en la posibilidad de una ejecución automática a través de algoritmos y códigos. Los con-*

<sup>3</sup> Arroyo Amayuelas, Esther y Cámara, Sergio, *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*. Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, 2020, 536.

<sup>4</sup> Scotti, Luciana, *Incidencias de las nuevas ...* ob. cit., 2020, 410.

<sup>5</sup> Scotti, Luciana, *Incidencias de las nuevas* ob. cit., 434.



*tratos inteligentes se refieren a obligaciones que son programables y operan en una red distribuida*<sup>6</sup>.

Igualmente, el doctrinante Luis Felipe García ofrece otra definición similar y que brinda varios elementos de análisis:

... es un acuerdo automatizable a través de un computador que puede ser ejecutado a través de un código predeterminado y a prueba de manipulaciones. Así, una vez el contrato se perfecciona, su ejecución es garantizada por un código, lo cual en principio elimina la necesidad de acudir ante la justicia en caso de incumplimiento para la ejecución forzosa de las obligaciones<sup>7</sup>.

Como puede observarse con las anteriores definiciones, uno de los elementos esenciales de un contrato inteligente radica en su carácter automático, es decir, en que puede ser ejecutado a través de algoritmos y códigos predeterminados. En ese sentido, las obligaciones contractuales que surgen de estos acuerdos pueden programarse y operar de manera autónoma.

La complejidad de esta nueva figura permite evidenciar claramente el gran reto que para el derecho privado tienen la tecnología. Al tratarse de un fenómeno reciente y dinámico, puede existir una incertidumbre ya que no existe una norma expresa que lo regule y en muchas ocasiones es necesario realizar interpretaciones analógicas que no brindan tanta seguridad jurídica<sup>8</sup>.

Además, la digitalización de los contratos está modificando el acto de contratar y los fenómenos legales que surgen a su alrededor. En especial, el proceso automatizado matiza un poco el recíproco reconocimiento de la voluntad y la conducta de las partes contractuales. Sobre este asunto, el profesor Ghodoosi ha resaltado lo siguiente:

---

<sup>6</sup> Farshad Ghodoosi, *Contracting in the Age of Smart Contracts* Wash L Rev 51, 2021, 51-92. 58. Traducción libre. Cita original: “What is smart about smart contracts? The answer lies in the possibility of automatic execution using algorithm and codes. Smart contracts refer to obligations that are programmable and operate on a distributed network.”

<sup>7</sup> García Rubio, Luis Felipe. *Contratos inteligentes en blockchain. Una propuesta de lege data para el derecho privado colombiano en materia contractual. Anuario de Derecho Privado 02* — Universidad de los Andes— Facultad de Derecho 9-45. 25.

<sup>8</sup> García Rubio, Luis Felipe. *Contratos inteligentes en blockchain. Una propuesta de lege data para el derecho privado colombiano en materia contractual. Anuario de Derecho Privado 02* — Universidad de los Andes— Facultad de Derecho 9-45.

García Rubio, Luis Felipe. *Contratos inteligentes en blockchain*. Ob. cit., 9-45. 25.



“Esta digitalización de los contratos está cambiando el acto de contratar de la mano con las dinámicas socio-legales que la rodean. En primer lugar, este proceso automatizado no permite el reconocimiento recíproco que se encuentra en la contratación tradicional. El derecho contractual ortodoxo establece que las obligaciones contractuales surgen porque son “inmediatamente escogidas” y los contratos son exigibles porque “el respeto a [las contrapartes] como libres y racionales” requiere considerar sus promesas seriamente. En los contratos inteligentes, de cualquier forma, las interacciones que ocurren a través de la negociación, el intercambio de promesas y aceptación mutua al momento de contratar están ampliamente ausentes<sup>9</sup>.

Teniendo en cuenta la complejidad de los retos en mención que surgen en virtud del internet, las nuevas TIC y, en especial, con los contratos inteligentes, ¿cuál ha sido y podría ser la solución desde un punto de vista normativo?

### 3. ALGUNAS SOLUCIONES DESDE EL DERECHO PRIVADO FRENTE A LAS NUEVAS TIC

#### 3.1. Los desarrollos del derecho internacional privado

El derecho internacional privado ha venido ofreciendo algunas herramientas útiles que pueden solucionar estos retos generados por las nuevas TIC. Especialmente, las normas de *soft law* que se han construido en la comunidad internacional, con el fin de uniformizar y armonizar el derecho comercial en los diferentes países del mundo, bajo la premisa del reconocimiento de la autonomía de la voluntad y la libre contratación.

Sobre este asunto, el profesor Moreno Rodríguez ha indicado lo siguiente: “se encuentra en desarrollo un nuevo derecho internacional privado que supera el conflictualismo clásico, a través de un amplio recono-

<sup>9</sup> Farshad Ghodoosi, *Contracting in the Age of Smart Contracts* Wash L Rev 51, 2021, 51-92. 54. Traducción libre. Cita original: “Such digitization of contracts is changing the act of contracting along with the socio-legal dynamics surrounding it. For one, this automated process does not allow for the reciprocal recognition found in traditional contracting. Orthodox contract law states that contractual obligations come into existence because they are “immediately chosen” and contracts are enforceable because “respect for [counterparties] as free and rational” requires taking their promises seriously. In smart contracts, however, interactions that occur through negotiations, an exchange of promises, and mutual assent at the time of contracting are largely absent.”.



cimiento de la autonomía de la voluntad y de la utilización de técnicas de derecho uniforme (...)”<sup>10</sup>.

En este contexto, el derecho internacional privado adquiere relevancia, toda vez que puede permitir el crecimiento exponencial de las relaciones jurídicas internacionales al ser un vehículo y referente útil para las partes contractuales al momento de regular sus relaciones mediante mecanismos que usen las nuevas TIC.

En esta línea, la profesora Luciana Scotti ha resaltado lo siguiente:

El derecho internacional privado puede jugar un rol destacado, en tanto y en cuanto este medio es eminentemente internacional y tiene la suficiente virtualidad para permitir un crecimiento exponencial de las relaciones jurídicas transfronterizas entre particulares. Nuestra disciplina cuenta con una pluralidad de fuentes, de origen nacional, internacional, regional, y transnacional, de carácter vinculante (*hard law*) y no vinculante (*soft law*), que de modo coordinado y coherente están suficientemente capacitadas para dar respuestas idóneas a los problemas que se presentan en el ciberespacio<sup>11</sup>.

Dentro de estas normas de *soft law* es interesante resaltar los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (en adelante los “principios Unidroit”) y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante la CISG).

### 3.1.1. Los principios Unidroit

Para empezar, de conformidad con su preámbulo, los principios Unidroit tienen como objeto establecer reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales<sup>12</sup>.

Dentro de estas reglas generales, en primer lugar, los principios Unidroit reconocen la libertad de contratación en un sentido amplio, al establecer en su artículo 1.1 que “Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido”.

En segundo término, establecen la libertad de forma, al señalar en su artículo 1.2 que “nada de lo expresado en estos principios requiere que un

<sup>10</sup> Moreno Rodríguez, Jose Antonio, *Derecho aplicable y arbitraje internacional*. Cedep, Asunción, 2013. 230.

<sup>11</sup> Scotti, Luciana, *Incidencias de las nuevas ...* ob. cit., 2020, 435.

<sup>12</sup> Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2004, Preámbulo.



contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio...”.

Este expreso reconocimiento a la libertad de forma constituye justamente uno de los puntos más ventajosos de cara a las nuevas TIC, pues es el reconocimiento de que el contrato pueda ser probado por medios digitales y desmaterializados.

En tercer lugar, los principios regulan de manera amplia el perfeccionamiento del contrato, al señalar que este se perfecciona “mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo.”<sup>13</sup> En esta misma línea, el artículo 2.1.2 de los principios establece una definición de oferta bastante amplia según la cual “una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación”. Y, a su vez, el artículo 2.1.6 establece que “constituye aceptación toda declaración o cualquier otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta...”.

De esta manera, estas normas relativas al perfeccionamiento del contrato, al ser amplias y contemplar que tanto la oferta como la aceptación pueden ser realizadas de formas variadas, no necesariamente por escrito y con ciertas formalidades específicas. En este sentido, fenómenos contractuales que se celebren con el uso de las nuevas TIC estarían comprendidos dentro de los parámetros generales de los principios Unidroit.

### 3.1.2. CISG

Otro de los instrumentos de derecho internacional privado que conviene mencionar es la CISG. En particular, su artículo 11 establece que el contrato de compraventa “... no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos.”

Adicionalmente, la CISG establece en su artículo 24 que la oferta y la aceptación del contrato “‘llega’ al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual.”

---

<sup>13</sup> Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2004, artículo 2.1.1.



En este sentido, esta amplitud en la concepción de la formación del contrato también permite cobijar los fenómenos tecnológicos que tienen lugar a través del internet, en particular los relacionados con la formación y celebración de un contrato de compraventa internacional de mercaderías.

### ***3.2. El Código de Comercio colombiano: un cuerpo normativo que sigue respondiendo a las realidades actuales***

A nivel de Colombia, es importante resaltar que el Código de Comercio sigue ofreciendo parámetros normativos útiles y que responden a las nuevas necesidades y retos de las nuevas TIC.

En efecto, para empezar, el Código contempla una amplia concepción del contrato como fenómeno jurídico. El artículo 864 lo define como "... un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...", es decir, es una visión omnicomprendensiva que se basa en la existencia de un mero acuerdo de voluntades y en una relación jurídica patrimonial que no es restringida sino abierta a la libre voluntad de las partes que la constituyen, regulan y/o extinguen.

En una misma línea, en el artículo 845 del Código de Comercio se establece una visión amplia de la oferta, según la cual consiste en "el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra". Este reconocimiento parte de una concepción abierta del negocio jurídico, pues reconoce plenamente que se genera a partir de una oferta, de ninguna manera restrictiva o taxativa, de una persona a otra.

Las dos anteriores normas, integradoras del régimen contractual del derecho privado en Colombia, parten entonces del reconocimiento pleno de la libre voluntad de las partes para regular su relación jurídica de forma diversa y amplia. En este sentido, estas normas otorgan parámetros generales que permiten abarcar los nuevos fenómenos contractuales dinamizados por los desarrollos tecnológicos. Es decir, con fundamento en estas normas del Código de Comercio, este cuerpo normativo ha reconocido, aún desde 1971, la libre autonomía de la voluntad de las partes, con el fin de que regularan sus relaciones patrimoniales, sin sujetarlas a unas formalidades específicas.

Asimismo, este artículo 845 del Código contempla cuándo se entiende comunicada la oferta, al señalar que "se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario." La expresa mención a "cualquier medio adecua-



do” brinda una amplitud suficiente como para contemplar los diferentes desarrollos tecnológicos vía mensaje de datos o a través de plataformas web, por ejemplo.

En un mismo sentido, el artículo 850 del Código de Comercio contempla la posibilidad de que la oferta y su aceptación puedan ser verbales y/o vía telefónica. Igualmente, de acuerdo con el artículo 851 del Código, la propuesta y su aceptación pueden ser por escrito, lo que sirve como base para entender válidas las que sean formuladas por mensajes de datos y medios digitales.

De forma más reciente, mediante la Ley de Comercio Electrónico, Ley 527 de 1999, se definieron e intentaron regular nuevos fenómenos, como el comercio electrónico<sup>14</sup>, los mensajes de datos<sup>15</sup> y la firma digital<sup>16</sup>.

En especial, cabe resaltar el artículo 14 de esta ley, según el cual “en la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos.”

En este sentido, la Ley 527 de 1999 contempló expresamente las figuras de la oferta y aceptación por medios electrónicos. Sin embargo, es importante resaltar que, teniendo en cuenta las normas del Código de Comercio previamente mencionadas, desde que se profirió este cuerpo normativo ya estaban las bases jurídicas para el reconocimiento expreso que realizó la Ley de Comercio Electrónico: esta última ley lo que hizo fue reafirmar la consensualidad y el reconocimiento a la autonomía de la voluntad contemplados en el Código de Comercio.

En todo caso, es importante resaltar que la interpretación, alcance y aplicación de estas normas se verá reflejada ya sea en las sentencias o laudos que profieran los jueces de la relación jurídica.

De acuerdo con lo expuesto, puede indicarse que las normas de derecho internacional que buscan la uniformidad del derecho privado ofrecen parámetros útiles para los nuevos fenómenos de desarrollo de las TIC, al contener principios y normas que reconocen de forma amplia la libertad contractual y las diferentes maneras del perfeccionamiento del contrato. Lo propio ha hecho, desde 1971, el Código de Comercio, en donde se han

---

<sup>14</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 572 de 1999, artículo 2.º, literal b).

<sup>15</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 527 de 1999, artículo 2.º, literal a).

<sup>16</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 527 de 1999, artículo 2.º, literal c).



contemplado normas que reconocen la libre voluntad contractual y que no restringen las formas contractuales y negociales contempladas por las partes. Igualmente, el Código de Comercio concibe de forma amplia las diferentes formas de la oferta, la aceptación y celebración del contrato, cobijando situaciones como antes, a las cuales nos enfrentamos hoy con las nuevas formas de contratación a través del internet.

#### 4. LA PROSPECTIVA DE LA REGULACIÓN DE LAS NUEVAS TIC EN EL DERECHO PRIVADO

Sin perjuicio de todo lo anterior, debe señalarse que las dinámicas tecnológicas siguen y seguirán siendo un reto para el derecho privado.

La contratación digital parte, cada vez más, de una menor intervención del ser humano y una mayor automatización de la ejecución de las obligaciones contractuales<sup>17</sup>. Este hecho impone una necesidad y es la de reconocer la dificultad de que legalmente sean regulados por completo estas nuevas formas de contratación. Ello conduce a que, en lugar de pretender regular en detalle diversas tipologías contractuales, pueda ser más conveniente establecer normativamente unos principios generales que deban fundamentar las relaciones contractuales.

Asimismo, puede ser conveniente brindar cada vez más un mayor reconocimiento a la libre autonomía de la voluntad, para que sean las partes las que determinen las particularidades de su relación contractual. Esto constituye una enorme ventaja en dos sentidos: de una parte, permite que en la actualidad las partes no se vean atadas al momento de pactar la forma de sus obligaciones y, de otra parte, permitirá que en el futuro tampoco existan trabas para evoluciones tecnológicas posteriores. Para tal fin, un punto de referencia importante que puede tener el Código de Comercio para su evolución son los principios Unidroit y las CISG.

Sin embargo, como lo ha señalado el profesor Robert Herian, la evolución y reforma del derecho contractual y su teoría para responder a los desafíos de las prácticas de la contratación nunca cesa<sup>18</sup>. De esta manera,

---

<sup>17</sup> Farshad Ghodoosi, *Contracting in the Age of Smart Contracts* Wash L Rev 51, 2021, 52.

<sup>18</sup> Herian, Robert, *Information & Communications Technology Law. Smart contracts: a remedial analysis*. Information & Communications Technology Law, 2021. 18. Traducción libre. Cita original: “[e]volution and reform of contract law and theory to meet the shortcomings of contracting practices never ceases.”





ante el desarrollo constante de la tecnología y las relaciones económicas humanas, el derecho privado tendrá que seguirse desarrollando y evolucionando, con el fin de brindar herramientas más que obstáculos para la sociedad.

## BIBLIOGRAFÍA

- Arroyo Amayuelas, Esther y Cámara, Sergio, *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*. Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, 2020, 536.
- Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier, “Problemas de extraterritorialidad en la contratación electrónica”, en: *El comercio electrónico*, Madrid: Edisofer, 2001 145-217.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 527 de 1999, artículo 2.º, literal a).
- Colombia, Congreso de la República, Ley 527 de 1999, artículo 2.º, literal c).
- Colombia, Congreso de la República, Ley 572 de 1999, artículo 2.º, literal b).
- Farshad Ghodoosi, *Contracting in the Age of Smart Contracts* Wash L Rev 51, 2021, 51-92.
- García Rubio, Luis Felipe. *Contratos inteligentes en blockchain. Una propuesta de lege data para el derecho privado colombiano en materia contractual*. Anuario de Derecho Privado 02 - Universidad de los Andes - Facultad de Derecho, 9-45.
- Herian, Robert, *Information & Communications Technology Law. Smart contracts: a remedial analysis*. Information & Communications Technology Law, 2021.
- Moreno Rodríguez, Jose Antonio, *Derecho aplicable y arbitraje internacional*. Asunción: CEDEP, 2013.
- Scotti, Luciana, “Incidencias de las nuevas tecnologías en el Derecho Internacional Privado”. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Universidad Nacional de La Plata. UNLP, 2020, 434
- Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2004, preámbulo Unidroit.
- Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2004, artículo 2.1.1.





# CRIPTOMONEDAS

JUAN MENDOZA GÓMEZ

La invención del *dinero* surgió en algún punto de la historia en el que *alguien* se apropió de *algo*, le dio valor y convenció a otros que recibieran ese *algo* a cambio de otra cosa. Si bien con el tiempo otros replicaron la misma operación, la *magia* del *dinero* nació cuando comenzó a popularizarse como método de intercambio y su uso se profesionalizó e incluso se institucionalizó<sup>1</sup>.

La *magia* del *dinero*, sin embargo, no ha sido del todo espontánea. Ha requerido de tiempo y *método*, de ahí que, durante siglos, haya sido necesario acudir a representaciones físicas e incluso gráficas que apelan a la cultura, la historia y la religión, así como a todo tipo de materiales, codiciados como el oro, la plata y el cobre, o corrientes como la madera y el papel<sup>2</sup>. La finalidad no ha sido otra que generar confianza y seguridad en los usuarios del *dinero*.

Es de esta forma en la que el *dinero* ha logrado convertirse con el paso del tiempo en un poderoso instrumento económico, político e incluso cultural<sup>3</sup>.

A pesar de las innovaciones y los avances de la era tecnológica, pocos creíamos posible que el *mito* del *dinero* pudiera ser de alguna forma desa-

---

\* Socio en *Dret*, firma de abogados con sede en Bogotá. Abogado de la U. del Rosario y LL. M. de *McGill University*. Profesor de arbitraje de la U. del Rosario, conferencista de la Cámara de Comercio de Bogotá, codirector del Club Español del Arbitraje – 40 y Arbitro del Centro de Arbitraje de la Superintendencia de Sociedades. Ha estado vinculado a los equipos de arbitraje y litigios de diferentes firmas de abogados en distintas jurisdicciones.

<sup>1</sup> Ver Harari, Yuval Noah, *Sapiens: A brief history of humankind*, Harper Collins, New York, 2015, 27. También en Williams Jonathan y Eagleton, Catherine, *Historia del dinero*, Barcelona: Paidós, 2008, 11 y ss.

<sup>2</sup> Ver Piglia, Ricardo. *Roberto Arlt: La ficción del dinero. Hispanamérica*, vol. 3, n.º 7, 1974, 25-28. *JSTOR*, [www.jstor.org/stable/20541222](http://www.jstor.org/stable/20541222) consulta del 24 de junio de 2021.

<sup>3</sup> Ver Muñoz, Ángel. “Aproximación de la teoría de los juegos a una función de dinero”, *Revista Ciencias Estratégicas*. vol. 16 – n.º 20, julio a diciembre de 2008, [https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/7439/Art%  
c3%adculo%207.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/7439/Art%c3%adculo%207.pdf?sequence=1&isAllowed=y) consulta del 24 de junio de 2021.



fiado. Muchos confiábamos, de hecho, en que ese vínculo intrínseco que había logrado históricamente con los países, las sociedades y el individuo no se podría ver afectado. La revolución tecnológica, sin embargo, ha sido el punto de inflexión para esta creencia, al punto que nos está haciendo regresar al *mito* fundacional del *dinero*.

Hace poco más de una década, *alguien* (un tal Satoshi Nakamoto, quien de hecho no se sabe si es real o solo un *mito*), propuso una *idea* en un *foro de Internet*, escribió un *paper* semanas después y lanzó luego un *software*. La idea, el *paper* y el *software* giraban en torno a la posibilidad de darle valor a *algo* que pudiera ser utilizado como *dinero*, pero que no estuviera bajo el control de los Estados ni del sector financiero. *Algo* que simplemente estuviera en Internet a disposición libre de los usuarios y que pudiera servir como medio de pago<sup>4</sup>.

Ese *algo* es lo que hoy conocemos como *bitc in*. Una *moneda* que no está representada físicamente en oro ni en papel. En teoría, solo la componen *bits* (de ahí su nombre), que es la unidad de medida o de memoria más pequeña de un computador<sup>5</sup>.

El *bitc in*, de esta forma, y como la mayoría de las cosas en la era digital, *vive* en Internet y, pese a que no podemos verlo ni tocarlo, de ahí que sea imposible asociarlo con los tipos tradicionales de *dinero* físico, existe como medio de pago y millones de usuarios en el mundo lo est n utilizando todos los días en millones de transacciones.

Es más, la idea detrás de *bitc in* se ha ido popularizando a tal punto que, hoy por hoy, es solo una de las tantas *criptomonedas* que circulan en el mundo o, mejor, que est n en Internet a disposición de cualquier persona.

Pero lo interesante no es solo que las *criptomonedas* se hagan cada vez más populares y más utilizadas en el mercado. La clave está en los retos que comporta el solo hecho de que existan. Estos retos que existen no solo para la economía, sino para el derecho ya que, al ser desafiada la idea clásica del *dinero*, se afecta todo el entorno transaccional de una sociedad y, por consiguiente, reevalúa desde la forma de extinción de las obligaciones, hasta la forma de ejecución contractual.

---

<sup>4</sup> Ver Lewis, Antony, *Basics of Bitcoins and Blockchains*, Mango Media, Coral Gables, 2018.

<sup>5</sup> A manera de referencia, un *byte* está compuesto por 8 *bits*. Un kilobyte equivale a 1 000 bytes mientras que un megabyte son 1 000 000 bytes. Un gigabytes, por su parte, son 1 000 millones de bytes y un terabyte son 1 000 gigabytes. Ver American Heritage Dictionaries, *High Definition: An A-to-Z Guide to Personal Technology*, Houghton Mifflin Company, Boston, 2006, 35 y 44.



Debo decir que no sé mucho de *criptomonedas*. Fue con ocasión de la invitación que me hicieron para este proyecto que me di a la tarea de estudiar algunos aspectos técnicos. El propósito no es, sin embargo, explicar técnicamente las *criptomonedas* ni su funcionamiento. La idea es revisar, con ocasión de los 50 años del Código de Comercio, hasta qué punto la legislación mercantil colombiana podría entenderlas y en cierta medida explicarlas.

La intención, por consiguiente, no es promover un cambio en la legislación ni tampoco criticar las aproximaciones que han existido sobre el tema. Mucho menos hacer pedagogía para explicar para dónde van o deberían ir las *criptomonedas* en Colombia o para dónde va o debería ir Colombia con las *criptomonedas*.

Con todo lo anterior en mente, dividiremos este escrito en dos secciones. En la primera, trataremos de responder a la pregunta: ¿Qué podrían ser a la luz del Código de Comercio las criptomonedas? En la segunda, dejaremos planteados algunos debates que podrían surgir del entendimiento que propondremos al responder la anterior pregunta.

Ofrezco de antemano disculpas ya que la *idea* de las *criptomonedas* ha sido tan etérea para mí, como compleja y nueva, por lo que muchas de las reflexiones que presentaré son, en el mejor de los casos, simples ideas preliminares. Pido, por lo tanto, al lector su indulgencia y tenerlas como simple borrador para construir con lo poco que sabemos hasta ahora y desde los muchos interrogantes que todavía quedan por resolver.

## 1. ¿QUÉ PODRÍAN SER A LA LUZ DEL CÓDIGO DE COMERCIO LAS ‘CRIPTOMONEDAS’?

### 1.1. Las ‘criptomonedas’ y el ‘dinero’ físico

Clasificar las *criptomonedas* bajo la ley mercantil colombiana pasa por entender cómo nacen. Intentaré, para esto, una explicación breve de lo que he entendido hasta el momento que es una *criptomoneda* y, en la medida de lo posible, propondré una suerte de ejercicio comparativo con lo que conocemos hoy como el *dinero* físico, esto es, las monedas de curso legal.

El proceso de creación del *dinero* físico comienza con la decisión de la autoridad monetaria de un Estado o de un grupo de Estados (ej. el banco central o quien por ley ha sido designado para esto) de *imprimir* billetes o acuñar monedas. Una decisión que no es (o no debería ser) arbitraria y



que usualmente está precedida de un análisis o una necesidad macroeconómica de un Estado o de un grupo de Estados<sup>6</sup>.

Los billetes los imprime (y las monedas las acuña) la respectiva autoridad monetaria del Estado o del grupo de Estados, o quien este o estos designen. Más importante, lo hace(n) bajo ciertos estándares de seguridad y calidad para evitar falsificaciones ya que, en últimas, el *dinero* busca producir confianza entre sus usuarios. Luego, los billetes impresos o las monedas acuñadas, son distribuidos a través de agentes especializados en el mercado (*i.e.* los bancos) quienes introducen a través de operaciones activas y pasivas el *dinero* físico.

Una vez en el mercado, los billetes o *dinero* físico permiten a quienes los tengan pagar por bienes y servicios. Es indiferente si una obligación es pagada con el primero o el último billete de la serie que se imprime. Es la tenencia del billete o del *dinero* físico lo que determina quién lo puede usar para pagar por *algo*. Lo importante en todos los casos es que el *dinero* (*i.e.* el que hoy aparece expresado y representado en papel moneda) entre al circuito económico y sea usado en él para sustentar el intercambio de bienes y servicios<sup>7</sup>.

Las *criptomonedas* no nacen de la voluntad exclusiva y soberana de los Estados, sino por la decisión de *cualquiera* con una computadora y algunos conocimientos técnicos. Todo dependerá, en buena medida, de la confianza que ese *alguien* logre imprimir a su *criptomoneda* frente a los usuarios, es decir, a quienes la utilizarán para intercambiarla con otros para comprar, por ejemplo, desde una cerveza hasta un carro, una casa o cualquier otro bien y servicio<sup>8</sup>.

El funcionamiento de las *criptomonedas*, o al menos lo que entiendo, puede ocurrir con varias de ellas, requiere, sin embargo, de la interacción

<sup>6</sup> Ver Bernal, Manuel, “¿Cómo se crea el dinero en Colombia?”. Documento 88. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad de la Salle. También en Meisel-Roca, Adolfo, “Antecedentes del Banco de la República, 1904-1922”, Cuaderno de Historia Económica y Empresarial Número 37, Banco de la República. 2015. En [https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/chee\\_37.pdf](https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/chee_37.pdf) consulta de 8 de junio de 2021.

<sup>7</sup> Ver Peyrefitte, Alain, *La sociedad de la confianza*, Barcelona: Andrés Bello, 1995, 92.

<sup>8</sup> Ver Satoshi, Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System* Desconocido, En <https://www.debr.io/article/21260.pdf> consulta de 5 de junio de 2021. También en Huberman, Gur, Leshno, Jacob y Moallemí, Ciamac C., *Monopoly without a Monopolist: An Economic Analysis of the Bitcoin Payment System* Columbia Business School Research Paper n.º 17-92 septiembre de 2020, En [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3025604](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3025604) consulta de 2 de junio de 2021.



de tres tipos de *agentes* aparte del que idea la *criptomonedas* como tal. Estos son, (i) los que las producen, (ii) quienes las validan y (iii) los que las usan<sup>9</sup>.

Los primeros (*i.e.* los que las producen) son personas con una serie de equipos con los que bien se podría ensamblar un computador personal (ej.: tarjetas de video, tarjetas de memoria, etc.) donde se descarga un *software* o programa (bien diseñado por quien creó la *criptomonedas* o compatible con esta) a través del cual podrá, dentro del mismo programa o *software*, obtener una *secuencia* o *código*, único e irreplicable, que solo funcionará en el mismo ecosistema creado para la respectiva *criptomonedas* y que, en últimas, es lo que conoceremos como la *criptomonedas* en sí o al menos la *bóveda virtual* en la que estará esa *criptomonedas*<sup>10</sup>.

Existiendo ese nuevo *código* o *secuencia*, esto es, la *criptomonedas*, el mismo quedará a disposición de los segundos actores, esto es, de quienes validan las *criptomonedas*. Los *validadores* son igualmente personas con equipos de cómputo dentro del mismo *ecosistema* de la *criptomonedas* y quienes justamente tienen como función dar una suerte de *certificación* de que efectivamente ese *código* o *secuencia* es único dentro del sistema de la *criptomonedas*. En otras palabras, confirmar que es un *algo* con valor y que es diferente al resto que pueda existir dentro del mencionado *ecosistema* de la *criptomonedas*. Una suerte de verificación para la seguridad de todos los usuarios<sup>11</sup>.

Luego de haber sido creada y validada la *secuencia* o *código* que hemos identificado como la *criptomonedas* en sí y que podría ser asociada o equivalente a una especie de *archivo digital* compuesto por un *código* o *secuencia* que es única, es puesta a disposición de los usuarios quienes la pueden adquirir comprándola con *dinero* físico (ej. dólares, euros, pesos, etc.) y para utilizarla con otros usuarios en el mismo *ecosistema* de la *criptomonedas* con lo cual podrán adquirir en él bienes o servicios. Por ejemplo, y como ya lo decíamos, para comprar desde un café o una cerveza, hasta un apartamento, siempre y cuando la otra persona esté dispuesta a realizar la transacción en esa específica *criptomonedas*<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Ver Arango, Carlos, Barrera, María, Bernal, Joaquín y Boada, Alberto, “Criptoactivos”. Documento técnico. Banco de la República. En <https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/documento-tecnico-criptomonedas.pdf> consulta de 12 de junio de 2021. También *Op. cit.*, nota 9 anterior.

<sup>10</sup> Ver Márquez Solís, Santiago, *Bitcoin. Guía completa de la moneda del futuro*, Madrid: Rama, 2016, 337 y ss.

<sup>11</sup> *Op. cit.* nota 9 anterior.

<sup>12</sup> *Op. cit.* nota 9 anterior. También en D. Vujičić, D. Jagodić and S. Randić, “Blockchain technology, bitcoin, and Ethereum: A brief overview,” *International Symposium INFO-*



El mecanismo para hacer posible una transacción con *criptomonedas* entre usuarios es relativamente simple. Similar a lo que hacemos cuando pagamos una cuenta por Internet desde la sucursal virtual de nuestro banco o descargamos una aplicación en nuestros teléfonos, es decir, basta con seleccionar el valor a intercambiar y autorizar la transferencia al otro usuario mediante una contraseña y en pocos segundos ese otro usuario recibirá la confirmación de *pago* con la *criptomoneda*. Desde ese momento se convertirá en su tenedor y titular y estará disponible para él en una *billettera virtual* de la que es titular. Más importante, podrá seguir utilizándola en adelante como medio de pago para otras transacciones.

Intentando una comparación con el sistema tradicional del *dinero* físico podría decirse que, quien crea la *criptomoneda* asume por decirlo de alguna forma el rol que tiene el Banco Central con el *dinero* físico, el *software* o programa que la crea vendría a ser quien imprime los billetes o acuña las monedas y los *códigos* o *secuencias* son los billetes físicos (que en la práctica traen también *números de serie* que nos permiten diferenciarlos entre sí). El resto, son los actores que ya conocemos en el mercado, es decir, nosotros los usuarios.

La figura de los *validadores* no es fácil de identificar en el ecosistema de *criptomonedas* para hacer la comparación con el sistema tradicional del *dinero* físico ya que, como decía arriba, no hay ningún banco intermediario sino que son los propios usuarios (*i.e.* personas como usted o como yo) quienes tienen el control de las *criptomonedas*.

Hay otros elementos igualmente importantes para considerar en este ecosistema de las *criptomonedas*.

Por ejemplo, las *criptomonedas* no son, como tal, lo que los usuarios están buscando adquirir, sino que son el medio que utilizan para comprar algo más. Por supuesto puede haber excepciones. Mi punto, sin embargo, es que el sistema no está pensado para que alguien adquiriera el *código* o la *secuencia* X o Y solo por adquirirlo y tenerlo, sino que lo hace para luego obtener algo a cambio. En otras palabras, lo hace para sostener una transacción e intercambiarla por algo más<sup>13</sup>.

Por supuesto, nada impide de que existan coleccionistas que quieran, por ejemplo, guardar la primera serie de una *criptomoneda*, lo que de hecho

---

TEH-JAHORINA (INFOTEH), 2018. En <https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/8345547> consulta de 10 de junio de 2021.

<sup>13</sup> Asensio Borellas, Víctor. “El bitcón: una primera aproximación jurídica en derecho civil español”, en *El Derecho.com*, Madrid, 5 de julio de 2019, 3.





sucede también con los coleccionistas de billetes físicos, pero este fenómeno de numismática física o virtual no le quita la condición o característica fundamental a las *criptomonedas* o al *dinero* físico de ser medios de pago en sí mismo que facilita transacciones en el mercado<sup>14</sup>.

De otra parte, el propio *ecosistema* lleva consigo una especie de balance de cuenta o de registro de operaciones, por lo que cada usuario tiene la posibilidad de conocer su saldo y las transacciones que ha realizado dentro del sistema. Aunque esto podría llevar a considerar que el ecosistema en el que está la respectiva *criptomoneda* cumple un rol de intermediación quizá cercano al que tendrían los bancos en el sistema tradicional del *dinero* físico, como lo decíamos atrás, no sería correcta tal comparación ya que, como tal, no existe dicha actividad o rol *intermediador* o de *custodia* que tienen los bancos en el sistema tradicional ya que en las *criptomonedas* son los mismos usuarios y el propio sistema quienes se encargan de llevar el balance y registro transaccional sin que exista un costo (al menos evidente) como el que sí podría existir en la actividad bancaria<sup>15</sup>.

Por último, las *criptomonedas* usualmente están asociadas o pueden ser liquidadas tomando como base una moneda de curso legal, las cuales a su vez vienen funcionando desde hace algún tiempo como una especie de mecanismo de valoración de las transacciones que se realicen con las respectivas *criptomonedas*. Por ejemplo, que un *bitc in* equivalga a “X” cantidad de dólares o que un Ethereum valga “Y” cantidad de euros. De hecho, la mayoría de programas se identifican con una moneda de curso legal equivalente para que los usuarios puedan tener una fácil referencia de cuánto vale o sobre cuánto puede utilizar la respectiva *criptomoneda*.

## 1.2. Las ‘criptomonedas’ en Colombia y el Código de Comercio

Teniendo en cuenta la anterior explicación, intentaremos ahora algunas aproximaciones de lo que son o no son las *criptomonedas* desde la legislación colombiana y, en particular, desde el Código de Comercio y el Código Civil.

La primera tentación es considerar a las *criptomonedas* como una *moneda* de curso legal, no solo por su nombre sino fundamentalmente por que cumplen con funciones en apariencia similares. Esto es, son *medios de pago*,

---

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> *Op. cit.* nota 9 anterior.



de *depósito de valor* y funcionan como *unidad de cuenta*<sup>16</sup>. A pesar de esto, ha sido una posición casi generalizada hasta ahora en una buena parte de los países del mundo rechazar la equiparación de las *criptomonedas* a las *monedas* de curso legal, de ahí que se prefiera el término *criptoactivo* a *criptomonedas*. Colombia, no es la excepción a esto<sup>17</sup>.

Desde el Banco de la República hasta la Superintendencia Financiera, pasando por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) e incluso el Consejo de Contaduría Pública, han rechazado la idea de que las *criptomonedas* puedan ser equivalentes a *monedas* en sentido estricto, es decir, a las denominadas *monedas de curso legal*. Las razones para esta negativa son varias, pero existe una fundamental y es que, de acuerdo con la Constitución y la ley colombiana, el único autorizado para definir y determinar cuál es la *moneda* en Colombia es el Banco de la República<sup>18</sup>.

En efecto, el artículo 371 de la Constitución es categórico en asignar como una de las funciones del Banco de la República la de “(...) regular la moneda [y] (...) emitir la moneda legal (...)”, por lo que la función o cualidad *descentralizadora* que tendrían las *criptomonedas* (*i.e.* la de quitarle a una entidad la responsabilidad de emitir la moneda) definitivamente no tiene cabida en Colombia.

Ahora, aunque la Ley 31 de 1992 se refiere a *moneda* física cuando alude a las facultades del Banco de la República y no a otro tipo de *monedas* (inmateriales o digitales como lo serían las *criptomonedas*), bastaría en todo caso con una simple lectura del mencionado artículo 371 de la Constitución para concluir que efectivamente es el Banco de la República quien debe definir el curso legal de cualquier tipo de moneda en el país, sea física, inmaterial, digital o cualquier otra.

Más importante aún, y reproduciendo el mismo texto de la ley, la única “(...) unidad monetaria y unidad de cuenta del país es el peso emitido por el Banco de la República (...)” que, además, es “(...) el único medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado.”<sup>19</sup> Por consiguiente, a

---

<sup>16</sup> Ver Krugman, Paul, Wells, Robin y Olney, Martha, *Fundamentos de economía*, Barcelona: Reverté, 2008, 455. También en *Op. cit.*, nota 9 anterior.

<sup>17</sup> *Op. cit.*, nota 9 anterior.

<sup>18</sup> Ver Arango, Carlos, Barrera, María, Bernal, Joaquín y Boada, Alberto, “Criptoactivos”. Documento técnico. Banco de la República. En <https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/documento-tecnico-criptomonedas.pdf> consulta de 12 de junio de 2021.

<sup>19</sup> Ver Colombia, Congreso de la República. Ley 31 de 1992 artículos 6.º y 8.º, respectivamente.



parte del peso colombiano, no podría existir otra moneda circulando en el país.

Lo anterior parece encontrar sustento incluso en las reglas que sobre el pago trae el Código de Comercio ya que, al referirse a *estipulaciones en moneda extranjera*, dice no solo que, a falta de acuerdo, el pago se hará “(...) en moneda legal Colombiana. [y que l]a moneda nacional que tenga poder liberatorio al momento de hacer el pago se tendrá como equivalente de la pactada, cuando [e]sta no se halle en circulación al tiempo del pago.”., sino, además, que

(...) [l]as obligaciones que se contraigan en monedas o divisas extranjeras, se cubrirán en la moneda o divisa estipulada, si fuere legalmente posible; en caso contrario, se cubrirán en moneda nacional colombiana, conforme a las prescripciones legales vigentes al momento de hacer el pago<sup>20</sup>.

Así las cosas, el debate no es si las *criptomonedas* en Colombia son *monedas de curso legal* o no, porque, como venimos de indicarlo, de acuerdo con la constitución y la ley colombianas, incluso con el Código de Comercio, no lo son.

Pero, ¿podría una *criptomoneda* servir de algo en Colombia o tener otra condición o calidad bajo la ley colombiana? Y la respuesta, desde el propio Código de Comercio, pareciera ser sí, como parece desprender de la equivalencia que el propio código hace en algunas partes a la palabra *dinero*.

Aunque la palabra *dinero* debería entenderse equivalente a la de *moneda* (entre otras cosas porque en 1971, cuando fue expedido el Código de Comercio, el *peso* era, como hoy, la *moneda de curso legal* en Colombia y, además, era impensable entonces la idea de una *criptomoneda*), al definir la compra-venta el Código de Comercio hace una equiparación que hoy, 50 años después, pareciera tener todo el sentido frente al fenómeno de las *criptomonedas*.

Puntualmente, el Código de Comercio dice que

(...) [p]ara los efectos de este artículo [*i.e.* el que define la compra-venta] se equiparán a dinero los títulos valores de contenido crediticio y los créditos comunes representativos de dinero<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Ver Colombia, Presidencia de la República. Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) artículo 874.

<sup>21</sup> Ver Colombia, Presidencia de la República. Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) artículo 905.



Volviendo a la explicación del comienzo sobre la operatividad de las *criptomonedas*, vamos a diferenciar dos momentos en las *criptomonedas* para explicar este punto. El primero es desde que nace la *criptomoneda* como tal y hasta que es verificada y, el segundo, cuando finalmente la *criptomoneda* es utilizada en una transacción para que un usuario pueda intercambiarla por *algo* más (*i.e.* por un bien o servicio).

En el primer momento, estaríamos frente a un activo que podría tener una valoración en *moneda legal*, sobre esto volveremos más adelante<sup>22</sup>. En el segundo momento, esto es, cuando es transferida la *criptomoneda* a otro usuario del sistema, estamos frente a un *documento*<sup>23</sup> con un *balance* del sistema que, al ingresarse en él las claves de acceso del respectivo *código* o *secuencia* (que hemos identificado como la *criptomoneda* propiamente dicha), debería encontrarse el *activo* (o al menos el valor representativo de este) que puede ser valorado en alguna moneda legal de referencia (ej.: euros, dólares o pesos) y que, como tal, es exigible dentro del sistema o en contra de quien lo transfirió.

Siendo esto así, en el segundo momento (*i.e.* al utilizar la *criptomoneda* para intercambiarla por un bien o servicio), quien la transfiere está, en los términos del mencionado artículo del Código de Comercio, entregando un activo con un *crédito común representativo* que podría ser equiparable al *dinero* cuando estamos frente a una compraventa. Dicho de otra forma, partiendo de la base que una *criptomoneda* podría contener un crédito (*i.e.* de quien la recibe contra quien la entrega) representado en *dinero* (*i.e.* en una valoración en moneda de curso legal), esa *criptomoneda* sería, de nuevo, de acuerdo con las reglas de la compraventa del Código de Comercio, equiparable a un valor específico en pesos colombianos.

En consecuencia, en los términos del Código de Comercio colombiano, una transacción en la que una persona transfiera a otra la propiedad de un bien o contrate un servicio y pague al propietario o prestador con *criptomonedas*, podría ser eventualmente considerada como una compraventa en la medida en que la *criptomoneda* trae consigo una relación de crédito entre comprador y vendedor ya que el primero entrega con las *criptomonedas* un valor que puede ser representado en pesos colombianos para que este lo reclame para sí.

---

<sup>22</sup> Ver *Op. cit.*, nota 14 anterior.

<sup>23</sup> El Código General del Proceso define los documentos, entre otras cosas, como “(...) mensajes de datos (...) cupones (...) y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo (...)”. Ver Colombia, Congreso de la República. Ley 1564 de 2021 artículo 243. También *Op. cit.*, nota 9 anterior y 14 anterior.



Considerando lo anterior, y al menos para la compraventa mercantil, las *criptomonedas* tendrían la condición de *medio de pago* y en ese orden de ideas la posibilidad de extinguir obligaciones<sup>24</sup>.

Pero, además, de la anterior conclusión surgiría una adicional, las *criptomonedas* son cosas muebles, fungibles y géneros<sup>25</sup>.

Son muebles, no solo porque no estamos frente a bienes raíces como tal, sino, además, porque una *criptomoneda* en estricto sentido podría ser transportada de un lugar a otro, lo que hace que tengan la condición de *mueble*<sup>26</sup>. Son fungibles, porque, al ser transferidas, *perecen* para su titular<sup>27</sup>. Género, ya que, quien se compromete al pago con una *criptomoneda*, no se obliga en sentido estricto a hacerlo con una determinada *criptomoneda* (*i.e.* con la *criptomoneda* X que tiene el *código o secuencia* Y) sino con cualquier *criptomoneda* de su clase (ej.: con *bitc in*), por lo que le bastará al deudor entregar cualquier *criptomoneda* (por supuesto, del específico sistema en el que hubiera sido creada) para extinguir de esa forma la obligación<sup>28</sup>. Por supuesto, a menos que la adquisición de la *criptomoneda* se hubiera dado como cuerpo cierto como podr a suceder, por ejemplo, y como ya hicimos referencia arriba, en el caso de un coleccionista<sup>29</sup>.

## 2. POSIBLES DEBATES

La anterior aproximación, sin embargo, no estar a exenta de problemas. A continuación, me referir  solo a algunos de los que podríamos alcanzar a identificar con ocasión de este escrito y que creo podr an eventualmente darse en el futuro.

En primer lugar, no parece haber referencia en el Código de Comercio a alguna norma o regla que, de manera similar a como se hace en la com-

---

<sup>24</sup> *Op. cit.*, notas 9 y 14 anteriores. Ver igualmente sin referencia. “La obligación dineraria y las criptomonedas como instrumento sustitutivo de pago”, en *Blog de Derecho de los Negocios* de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, en: <https://dernegocios.uexternado.edu.co/negociacion/la-obligacion-dineraria-y-las-criptomonedas-como-instrumento-sustitutivo-de-pago/> consulta de junio 7 de 2021.

<sup>25</sup> Ver *ibidem* y *op. cit.*, notas 9 y 14 anteriores.

<sup>26</sup> Ver Colombia, Congreso de la República. Ley 57 de 1887 (Código Civil) artículos 655 y 656.

<sup>27</sup> Ver Colombia, Congreso de la República. Ley 57 de 1887 (Código Civil) artículo 663.

<sup>28</sup> Ver Colombia, Congreso de la República. Ley 57 de 1887 (Código Civil) artículos 1565 a 1567.

<sup>29</sup> *Op. cit.*, nota 14 anterior.



praventa mercantil, equipare el *dinero* físico a “(...) títulos valores de contenido crediticio y los créditos comunes representativos de dinero”, tampoco a cualquier otra forma de pago, por lo que en principio sería difícil poder comprender o extender esa misma regla del contrato de compraventa a los contratos en general o a alguna otra tipología contractual en particular.

Una posible solución o aproximación para este tipo de casos podría ser darle un alcance por vía de analogía a las demás normas o referencias que se hagan en el Código de Comercio a la palabra *dinero*<sup>30</sup>. Es decir, entender que, cada vez que el Código de Comercio hable de *dinero*, no lo está haciendo en el sentido lato (*i.e.* como *moneda de curso legal*), sino en el contexto de la equiparación que se debería hacer con las reglas de la compraventa mercantil para de esa forma entender que dinero, también son los “(...) títulos valores de contenido crediticio y los créditos comunes representativos de dinero”.

Esta solución, sin embargo, no creo que esté libre de críticas. Si bien uno podría decir que, al menos en la mayoría de los casos en los que el Código de Comercio utiliza la palabra *dinero* parece estarse refiriéndose a un método transaccional de pago con el cual pueda extinguirse una obligación (que es precisamente lo que se pretende con la referencia de la regla de la compraventa mercantil que equipara el *dinero*), no necesariamente ello implica tal equivalencia o equiparación *per se*, por lo que la sola referencia en algún otro aparte del Código de Comercio no debería ser necesariamente la misma a la de las reglas de la compraventa mercantil.

En otras palabras, la equiparación que se hace para la compraventa a “(...) títulos valores de contenido crediticio y los créditos comunes representativos de dinero, a moneda de curso legal” debería estar limitada y restringida a la compraventa y no extenderse por analogía a otros contratos.

Lo anterior cobra una mayor relevancia al profundizar en tipologías como, por ejemplo, la del arrendamiento o la del mutuo, en las que tanto en el Código de Comercio como en el Código Civil se hacen referencias a la palabra *dinero* sin hacer en ninguna de ellas la equiparación a la que nos hemos venido refiriendo se hace en las reglas de la compraventa. El problema, como resultaría apenas evidente, es que estas dos tipologías contractuales son totalmente distintas a la compraventa, por lo que sería apenas cuestionable el que pudiera hacerse una interpretación por analogía.

---

<sup>30</sup> Ver Colombia, Presidencia de la República. Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) artículo 1.º



De otra parte, suponer, como lo estamos haciendo, que las *criptomonedas* son una suerte de títulos valores o al menos un documento que incorpora un crédito (en referencia al último aparte del artículo citado de equiparar el *dinero* a “(...) los créditos comunes representativos de dinero” que podría acercarse a la condición de título ejecutivo, desconocería la mecánica de las *criptomonedas*<sup>31</sup>.

En efecto, bien podría decirse que, al transferirse la *secuencia* o *código* (*i.e.* la *criptomoneda* en sí) por su titular a la persona a la que está comprando con la *criptomoneda*, se está, en los términos de la ley colombiana de comercio electrónico, produciendo un documento. Además, que en la medida en que dicha transferencia solo es posible con una contraseña que tiene cada persona y que la identifica dentro del ecosistema de la *criptomoneda*, en sentido estricto, estaríamos frente a una firma<sup>32</sup>. En consecuencia, que existe un documento proveniente del deudor en el cual se incorpora un *bien* apreciable en la moneda de curso legal (*i.e.* pesos colombianos)<sup>33</sup>.

De nuevo, aunque pareciera convincente la aproximación, creo que en todo caso no escapa a debates. Para comenzar, siendo la más obvia, porque sería discutible que la *criptomoneda* encajara en alguna de las tipologías de títulos valores ya que, no es una orden de pago como tal, tampoco una promesa de hacerlo, definitivamente no es un cheque y, dudo mucho, que pueda considerarse como representativo de una mercancía por más que se trate de un bien mueble. Además, e intentando encuadrarlo en los títulos ejecutivos, porque aunque puede decirse que proviene del deudor, no creo que sea clara su exigibilidad<sup>34</sup>.

Ahora, aun asumiendo que estamos frente a un título valor, que lo dudo por lo dicho atrás, los desafíos no serían menores si, por ejemplo, llegue a ser necesario invocar algún procedimiento de cancelación y reposición cuando el titular de la *criptomoneda* haya perdido su contraseña o hubiere sido víctima de algún ataque cibernético. La razón de mis dudas no son ya jurídicas sino operativas dado que el procedimiento especial que trae la ley procesal colombiana no parece apropiado para el desafío que podría

---

<sup>31</sup> *Op. cit.*, nota 9 anterior. También en Cosin, José, “Naturaleza jurídica del Bitcoin”, en Blog Territorio Bitcoin, Madrid, 2016, en <https://www.territoriobitcoin.com/naturaleza-juridica-del-bitcoin/> consulta de junio 7 de 2021.

<sup>32</sup> Ver Colombia, Congreso de la República. Ley 527 de 1999 artículos 7.º, 16, 17 y 28.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> *Op. cit.*, nota 33 anterior.



implicar la destrucción, pérdida o robo de un activo inmaterial como lo es una *criptomoneda*<sup>35</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- American Heritage Dictionaries, *High Definition: An A-to-Z Guide to Personal Technology*, Boston: Houghton Mifflin Company, 2006.
- Arango, Carlos, Barrera, María, Bernal, Joaquín y Boada, Alberto, “Criptoactivos”. Documento técnico. Banco de la República. En <https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/documento-tecnico-criptomonedas.pdf> consulta de 12 de junio de 2021.
- Asensio Borellas, Víctor. “El *bitcoin*: una primera aproximación jurídica en derecho civil español”, en *El Derecho.com*, Madrid, 5 de julio de 2019.
- Bernal, Manuel, “¿Cómo se crea el dinero en Colombia?”. Documento n.º 88. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad de la Salle.
- Colombia, Congreso de la República. Ley 1564 de 2021.
- Colombia, Congreso de la República. Ley 31 de 1992.
- Colombia, Congreso de la República. Ley 527 de 1999.
- Colombia, Congreso de la República. Ley 57 de 1887 (Código Civil).
- Colombia, Presidencia de la República. Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio).
- Cosin, José, “Naturaleza jurídica del Bitcoin”, en Blog Territorio Bitcoin, Madrid, 2016, en <https://www.territoriobitcoin.com/naturaleza-juridica-del-bitcoin/> consulta de junio 7 de 2021.
- D. Vujičić, D. Jagodić and S. Randić, “Blockchain technology, bitcoin, and Ethereum: A brief overview,” *International Symposium Infoteh-Jahorina (Infoteh)*, 2018. En <https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/8345547> consulta de 10 de junio de 2021
- Harari, Yuval Noah, *Sapiens: A brief history of humankind*, New York: Harper Collins, 2015.
- Huberman, Gur, Leshno, Jacob y Moallemi, Ciamac C., *Monopoly without a Monopolist: An Economic Analysis of the Bitcoin Payment System* Columbia Business School

---

<sup>35</sup> Ver Colombia, Presidencia de la República. Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) artículos 802 y ss. También en Colombia, Congreso de la República. Ley 1564 de 2021 artículo 398.





- Research Paper n.º 17-92 septiembre de 2020, En [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3025604](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3025604) consulta de 2 de junio de 2021.
- Krugman, Paul, Wells, Robin y Olney, Martha, *Fundamentos de economía*, Barcelona: Reverté, 2008.
- Lewis, Antony, *Basics of Bitcoins and Blockchains*, Mango Media, Coral gables, 2018.
- Márquez Solís, Santiago, *Bitcoin. Guía completa de la moneda del futuro*, Ra-Ma, Madrid, 2016.
- Meisel-Roca, Adolfo, “Antecedentes del Banco de la República, 1904-1922”, *Cuaderno de Historia Económica y Empresarial* Número 37, Banco de la República. 2015. En [https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/chee\\_37.pdf](https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/chee_37.pdf) consulta de 8 de junio de 2021.
- Muñoz, Ángel. “Aproximación de la teoría de los juegos a una función de dinero”, *Revista Ciencias Estratégicas*. Vol. 16, n.º 20, julio a diciembre de 2008, <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/7439/Art%c3%adculo%207.pdf?sequence=1&isAllowed=y> consulta del 24 de junio de 2021.
- Peyrefitte, Alain, *La sociedad de la confianza*, Barcelona: Andrés Bello, 1995.
- Piglia, Ricardo. *Roberto Arlt: La ficción del dinero*. *Hispanamérica*, vol. 3, n.º 7, 1974, 25-28. *JSTOR*, [www.jstor.org/stable/20541222](http://www.jstor.org/stable/20541222) consulta del 24 de junio de 2021.
- Satoshi, Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System* Desconocido, En <https://www.debr.io/article/21260.pdf> consulta de 5 de junio de 2021.
- Sin referencia. “La obligación dineraria y las criptomonedas como instrumento sustitutivo de pago”, en *Blog de Derecho de los Negocios* de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, en <https://dernegocios.uexternado.edu.co/negociacion/la-obligacion-dineraria-y-las-criptomonedas-como-instrumento-sustitutivo-de-pago/> consulta de junio 7 de 2021.
- Williams Jonathan y Eagleton, Catherine, *Historia del dinero*, Barcelona: Paidós, 2008.





# LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR ELECTRÓNICO EN COLOMBIA-DESARROLLOS DEL DERECHO COMERCIAL DESDE SU EXPEDICIÓN

SEBASTIÁN SALAZAR CASTILLO\*

## INTRODUCCIÓN

En el marco del presente escrito se propone la realización de un análisis del desarrollo del derecho de protección al consumidor y su importancia y efectos frente al empresario y el derecho comercial.

En el marco de dicho análisis, resulta por supuesto relevante identificar la forma como dicho aspecto específico (aunque, como se verá, de tan amplias ramificaciones en el comercio) no fue regulado en nuestro actual código de comercio, teniendo un desarrollo posterior para inicios de la década de 1980 y llegando a nuestros días con la expedición de la Ley 1480 de 2011, nuestro actual estatuto de protección al consumidor. Por supuesto, a lo largo de tal trasegar, han surgido numerosas otras normas de toda índole regulando aspectos más específicos, por lo que es importante aclarar que no es el propósito del presente escrito hacer un análisis comprensivo de dichos desarrollos sino únicamente exponer la relevancia del tema, su desarrollo e impacto dentro de situaciones específicas del derecho comercial y de la actividad de los comerciantes en la práctica.

Así las cosas, en un primer momento (i) se expondrá el enfoque principalmente paritario de las relaciones contractuales que toma el Código de Comercio desde su expedición, (ii) procediendo entonces a exponer como los desarrollos nacionales de protección al consumidor fueron posteriores

---

\* Abogado y especialista en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster en Derecho Internacional - Inversiones, Comercio y Arbitraje – de la Universidad de Heidelberg y la Universidad de Chile. Socio de Rincón Cuéllar & Asociados. Miembro de la Junta Directiva del Colegio de Abogados Comercialistas. Árbitro nacional e internacional. Docente de la Universidad Nacional de Colombia y diversas otras universidades a nivel nacional y regional.



a la expedición del código y vienen, desde entonces, suponiendo importantes cambios en las relaciones contractuales por su volumen y relevancia frente al mercado. Continuando, (iii) se realizará un breve análisis de los derechos especiales que se concede a los consumidores, específicamente en materia de comercio electrónico y la forma como (iv) estos mecanismos de protección suponen modificaciones muy relevantes de las relaciones entre comerciantes y entre los comerciantes y los consumidores. Para finalizar, (v) se realizarán algunos comentarios críticos sobre la regulación actual de protección al consumidor en materia de comercio electrónico en Colombia y las perspectivas hacia el futuro.

## 1. EL DERECHO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO

En primer lugar, vale la pena resaltar que nuestro código de comercio<sup>1</sup> no se refiere específica y directamente a las relaciones no paritarias entre comerciantes y consumidores. Lo anterior no supone necesariamente que todas las relaciones contractuales contempladas o previstas se entiendan en el marco de situaciones paritarias o similares en el poder de negociación.

Como ejemplo de lo anterior, encontramos diversas normas que dependen por la protección de partes débiles en la relación contractual, sea por la disparidad de poder de negociación en ciertas circunstancias o por la importancia que encontraron los redactores de la norma en proteger ciertos intereses particulares.

Tales circunstancias pueden verse en la protección especial que se concede al arrendatario de locales comerciales, a quienes se otorgan derechos de estabilidad reforzada en el arriendo de locales comerciales, así como preferencia en el arriendo tras la realización de remodelaciones o nuevas construcciones en este, entre otras<sup>2</sup>.

Igualmente, puede entreverse tal protección especial en la regulación que se da al contrato de agencia mercantil, con prerrogativas como la aplicación de la legislación nacional cuando se ejecutan en Colombia y el pago

---

<sup>1</sup> Colombia, Presidente de la República de Colombia, Decreto 410 de 1971, “por el cual se expide el Código de Comercio”.

<sup>2</sup> *Ibid.*, artículos 518 y ss.



de la denominada “cesantía mercantil” cuando el contrato finaliza, sin importar la causa de su terminación<sup>3</sup>.

Sin embargo y pese a la posibilidad de contemplar y proteger intereses específicos en situaciones o relaciones contractuales particulares, nuestro Código de Comercio no atendió la situación que se presenta cuando, sin importar el tipo de contrato que se esté realizando, existe una disparidad clara de poderes y conocimientos como los que ocurren cuando un extremo de la relación contractual es un consumidor, como inexperto o lego en la materia y, por tanto, merecedor de protección especial<sup>4</sup>.

Vale la pena resaltar lo dicho por Jiménez Valderrama, al afirmar que

La debilidad del consumidor frente a la gran empresa y la necesidad de reforzar su posición para que cumpla con su papel de árbitro en el mercado exigió al Estado intervenir mediante el establecimiento de una legislación imperativa que crease condiciones para la corrección del desequilibrio en contratos, protegiendo los intereses de los consumidores<sup>5</sup>.

## 2. SURGIMIENTO Y DESARROLLO DEL DERECHO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN COLOMBIA

La relevancia de la protección al consumidor encuentra su fundamento en la necesidad de otorgar seguridad y garantías a los consumidores, de tal forma que la intención de adquirir bienes o servicios no se vea truncada por la desconfianza en estos sobre las dificultades futuras que puede encontrar en el goce del bien o servicio adquirido.

En otros términos

Si bien siempre existió mercado y consecuentemente consumidores, la necesidad de brindar protección especial a estos se tornó necesaria en el ámbito de una sociedad de consumo y de un mercado complejo, altamente diversificado. Combinación que solo se dio en el mundo una vez que em-

---

<sup>3</sup> *Ibid.*, artículos 1318 y ss.

<sup>4</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, “Protección al consumidor en Colombia”, Colombia, 2017, en [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra\\_Entidad/Publicaciones/Proteccion\\_al\\_Consumidor\\_en\\_Colombia\\_julio27\\_2017\(1\).pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017(1).pdf), consulta 2 de julio de 2021, p.p. 28

<sup>5</sup> Jiménez Valderrama, Fernando, *Introducción al derecho comercial*, Legis, 2019, 15.



pezaron a verse los frutos de la etapa de reconstrucción de la posguerra (II Guerra Mundial) (...) <sup>6</sup>.

En Colombia, la expedición del Decreto 3466 de 1982<sup>7</sup> marcó el inicio de una estructura formal centrada en la compilación y protección de los derechos de los consumidores.

Dicho decreto supuso un cambio muy importante al incluir protecciones especiales para los consumidores y aplicables en las relaciones de consumo, estableciendo criterios de idoneidad, garantías y calidad de los productos y servicios adquiridos y, por tanto, generando un grupo importante de obligaciones y restricciones para los comerciantes en sus relaciones con el mercado y los consumidores.

Dentro de los elementos más relevantes para tener en cuenta en este primer estatuto de protección al consumidor en Colombia, se encuentran elementos como las definiciones de consumidor, productor y proveedor, las obligaciones de garantizar la idoneidad y calidad de los productos y servicios, y la protección contra la publicidad engañosa, entre otras.

Desde el punto de vista de las definiciones, es clara la forma como los conceptos de productor/proveedor o expendedor se comprenden dentro de la definición de comerciante, como persona natural que profesionalmente desarrolla actos de comercio, bajo el criterio objetivo de la realización de actos de comercio<sup>8</sup>.

Las definiciones mencionadas en la norma rezan:

a) Productor: toda persona natural o jurídica, que elabore, procese, transforme o utilice uno o más bienes, con el propósito de obtener uno o más productos o servicios, destinados al consumo público. Los importadores se reputan productores respecto de los bienes que introduzcan al mercado nacional.

b) Proveedor o expendedor: toda persona natural o jurídica que distribuya u ofrezca al público en general, o a una parte de él, a cambio de un

---

<sup>6</sup> Beliña Herrera Tapias, Jassir Amín Álvarez Estrada, “Desarrollo normativo del derecho del consumo en Colombia” *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, 2019, 7, (2), 506, en [www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/index](http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/index)

<sup>7</sup> Presidente de la República de Colombia, Decreto 3466 de 1982, “por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores, y se dictan otras disposiciones”.

<sup>8</sup> Jiménez Valderrama, Fernando, *Introducción al derecho comercial*, Legis, 2019, 41.



precio, uno o más bienes o servicios producidos por ella misma o por terceros, destinados a la satisfacción de una o más necesidades de ese público<sup>9</sup>.

De la misma forma, continúa definiendo al consumidor como la persona natural o jurídica que adquiera, use o disfrute de un bien o servicio para la satisfacción de necesidades<sup>10</sup>. Esta definición fue posteriormente complementada, como se verá a continuación, dando mayores especificaciones a un punto que se torna central al momento de definir si se está o no en el marco de una relación de consumo, criterio que se hace prevalecer actualmente sobre tipos contractuales determinados<sup>11</sup>.

Por otro lado, el artículo 2.º del decreto en comento dio libertad a los productores para adoptar las normas y tecnologías de producción que estime pertinentes, con la notable responsabilidad de asegurar que el producto o servicio cumple con estándares de calidad y “absoluta idoneidad”.

Finalmente (dentro del limitado análisis propuesto para los efectos de este escrito), se incluyeron en los artículos 14 y siguientes del decreto regulaciones sobre responsabilidad por la información y publicidad (en sentido amplio), comprendiendo información sobre precios máximos, propaganda y similares.

No sobra aclarar que, evidentemente y por el estado de desarrollo de la tecnología en la época, el Decreto 3466 de 1982 no se ocupó en forma alguna del consumidor en materia de comercio electrónico.

Como segundo gran hito en materia de protección al consumidor, y sin desconocer la expedición de numerosas otras normas y decisiones que propenden en diversos aspectos por la protección de los consumidores y el mercado (entre las que puede claramente incluirse la Ley 246 de 1996<sup>12</sup> sobre competencia desleal<sup>13</sup> y diversas decisiones jurisdiccionales<sup>14</sup>), surge

---

<sup>9</sup> Colombia, Presidencia de la República, Decreto 3466 de 1982, artículo 1.º

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Jiménez Valderrama, Fernando, *Teorías del contrato y del negocio jurídico*, Legis, 2015, 120.

<sup>12</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 256 de 1996.

<sup>13</sup> La relación entre el consumidor y la competencia desleal se evidencia en diversas de las conductas consideradas como *desleales* en la norma. Al respecto, ver De la Cruz Cargado, Dionisio Manuel, *La competencia desleal en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, 2014, 91.

<sup>14</sup> Al respecto ver Colombia, Corte Constitucional, Sentencia 1141 de 30 de agosto de 2000, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia 973 de 3 de diciembre de 2002, magistrado ponente Álvaro Tafur Gálvis.



sin lugar a duda la Ley 1480 de 2011<sup>15</sup>, el actual estatuto de protección al consumidor.

Es de anotar que en el interregno entre las dos normas analizadas se expidió la Constitución Política de 1991<sup>16</sup>. A diferencia de su antecesora, en dicha norma se incluyeron preceptos que de forma específica otorgan condiciones especiales de protección a los consumidores.

Específicamente, debe notarse el artículo 78 de la Constitución, cuyos primeros dos incisos rezan:

La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

Ahora, ya en vigencia de la Constitución de 1991, la expedición de la Ley 1480 de 2011 ha tenido importantes repercusiones en materia de la creación y regulación de restricciones en el comercio, como manifestación de la importante misión del Estado de intervenir en la economía para proteger a la parte débil, en este caso el consumidor.

Muchos y muy variados elementos resultan relevantes al analizar las provisiones que buscan proteger a los consumidores en el marco de la Ley 1480 de 2011, más para los efectos del presente escrito nos centraremos en los relativos a la solidaridad entre los productores y proveedores por la garantía de los productos ofrecidos en el mercado, la protección contra las cláusulas abusivas (de gran relevancia directa en materia de contratación) así como en la especial regulación sobre la protección de los consumidores en materia de comercio electrónico. Tal enfoque se asume como consecuencia de ser, tanto un aspecto no abarcado en el Decreto 3466 de 1982 (por el evidente motivo ya explicado) y por la importante relevancia que el comercio electrónico tiene a hoy, con claras expectativas de crecimiento exponencial hacia el futuro.

Así las cosas, las definiciones de la Ley 1480 de 2011 complementan (respecto de la definición dada en el Decreto 3466 de 1982) en materia de

---

<sup>15</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 1480 de 2011.

<sup>16</sup> Colombia, El Pueblo, Constitución Política de 1991.





productores y proveedores el carácter habitual con el que deben realizarse las actividades en el mercado<sup>17</sup>.

Igualmente, la definición de consumidor contiene en la Ley 1480 especificaciones que son de gran utilidad al momento de determinar la existencia de una relación de consumo, pues hace claridad en que las necesidades que busca suplir el consumidor son las propias, privadas, familiares o domésticas<sup>18</sup>. En el caso de las personas jurídicas, aclaró también que para considerarse consumidores debían suplirse necesidades que no estuviesen ligadas “intrínsecamente a su actividad económica”<sup>19</sup>.

En materia de solidaridad, el artículo 10 de la ley en comento establece:

**Responsables de la garantía legal.** Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía legal recae solidariamente en los productores y proveedores respectivos.

Como se analizará más adelante, esta solidaridad que se establece en la norma tiene importantes efectos en la contratación entre comerciantes intervinientes en la cadena a los consumidores, así como en materia de protección al consumidor en comercio electrónico.

En materia de cláusulas abusivas, el artículo 42 de la ley las define como aquellas en donde se produzca un desequilibrio injustificado en contra del consumidor, y procede el artículo 43 a listar, con efectos de ineficacia de pleno derecho, los escenarios que son considerados en sí mismos abusivos.

En sí misma, la regulación especial sobre cláusulas abusivas en materia de protección al consumidor supone claramente una modificación a la prohibición de cláusulas de esta naturaleza en materia del derecho comercial. Por tomar un ejemplo, las cláusulas de *irresponsabilidad* han sido consideradas como nulas absolutas cuando resultan en una condonación del dolo futuro<sup>20</sup>. Sin embargo, hace notar también Gil Echeverry que cuando nos encontramos frente a una relación de consumo la situación ante la que nos encontraremos será la de la ineficacia de pleno derecho (consecuencia que no podría aplicarse analógicamente a los contratos que no son de

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, artículo 5.º literales 9.º y 11.

<sup>18</sup> Esta definición en consonancia con la interpretación que ya había dado la Corte Suprema de Justicia en 2005. Al respecto ver Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 3 de mayo de 2005, magistrado ponente César Julio Valencia Copete.

<sup>19</sup> *Ibid.*, artículo 5.º numeral 3.º

<sup>20</sup> Gil Echeverry, Jorge Hernán, *La nulidad absoluta en la contratación mercantil*, Legis, 2018, 173.



consumo), por expreso mandato del artículo 43 numeral 1.º de la Ley 1480 de 2011<sup>21</sup>.

### 3. DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES EN COMERCIO ELECTRÓNICO

Como materialización directa de los profundos cambios que el desarrollo económico y la influencia de la tecnología en el mercado y el derecho, surge claramente la necesidad de crear previsiones específicas y directas para regular el comercio electrónico y proteger a los participantes del mismo. El fortalecimiento del comercio electrónico supone un rompimiento de los esquemas tradicionales del ejercicio del comercio en general<sup>22</sup>.

Por esto, la Ley 1480 de 2011 incluyó previsiones especiales para crear escenarios de protección a los consumidores electrónicos.

En primer lugar, el derecho de retracto, contemplado en el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011, establece a favor del consumidor la facultad de resolver unilateralmente un contrato válidamente celebrado, sin deber alegar cosa diferente que su deseo de ejercer dicho derecho, mientras se cumpla con algunos requisitos básicos. En materia de comercio electrónico, son relevantes en estos requisitos que la venta haya sido hecha por medios no tradicionales o a distancia (lo que cubre claramente los contratos celebrados por internet), que el retracto haya sido ejercido dentro de los cinco días hábiles siguientes a la celebración del contrato y que no se trate de un bien o servicio excluido (por haber sido hecho a la medida, por haberse empezado a ejecutar el servicio con la celebración del contrato, entre otros).

Es evidente, entonces, como este derecho de retracto, que se entiende pactado en los contratos de consumo que cumplan con los anteriores requisitos, constituye una excepción a la regla general de la obligatoriedad y firmeza de los contratos<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> *Ibid.*, 174.

<sup>22</sup> Escobar Mora, Camilo Alfonso, Sepúlveda Henao, José David. *La protección al consumidor electrónico en el transporte de mercancías*, Legis, 2018, 25.

<sup>23</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, “Protección al Consumidor en Colombia”, Colombia, 2017, en [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra\\_Entidad/Publicaciones/Proteccion\\_al\\_Consumidor\\_en\\_Colombia\\_julio27\\_2017\(1\).pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017(1).pdf), consulta 2 de julio de 2021, 259.



Por otro lado, encontramos el derecho de reversión del pago, figura creada con el propósito específico de otorgar protección adicional a los consumidores que realicen o celebren contratos a través de canales de comercio electrónico y realicen el pago a través de tarjetas de crédito, débito o cualquier otra herramienta de pago electrónico<sup>24</sup>.

Esta figura, contemplada en el artículo 51 de la Ley 1480 y reglamentada en el Decreto 587 de 2016<sup>25</sup>, obliga a los comerciantes y a todos los intervinientes en la cadena de pago electrónico a retrotraer la operación de pago y devolver al consumidor el dinero debitado, cuando este alegue la ocurrencia de una causal (entre las que se incluye el fraude en la operación, la no entrega del producto, el estado defectuoso del producto, entre otras<sup>26</sup>).

Cabe anotar que si bien el proceso para ejercer la reversión del pago incluye una queja ante el proveedor del bien o servicio, el consumidor tiene derecho a que se devuelva el dinero pagado aun bajo objeción del proveedor, pudiendo oponer únicamente en contra de la solicitud la inexistencia de la operación, la inexistencia de fondos o la omisión al deber del consumidor de informar la causal bajo la cual reclama la reversión del pago<sup>27</sup>.

En caso de controversia sobre la procedencia de la reversión del pago, el proveedor deberá acudir ante la autoridad jurisdiccional o administrativa a buscar la declaración de haber sido usada la reversión del pago de forma indebida, buscando en tal caso perseguir del consumidor la devolución del dinero que le fue retornado previamente, más la posible imposición de una sanción de hasta cincuenta (50) salarios mínimos en caso de probarse mala fe por parte del consumidor<sup>28</sup>.

Existen, por supuesto, otros derechos particulares dados a los consumidores en materia de comercio electrónico, como deberes especiales de información y de seguridad en las transacciones.

### 3.1. Efectos de la protección al consumidor en las relaciones contractuales

Claramente, el surgimiento del consumidor como sujeto especial de protección (aunado al consumidor electrónico), ha supuesto el desarrollo

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, 262.

<sup>25</sup> Colombia, Presidencia de la República, Decreto 587 de 2016.

<sup>26</sup> Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1074 de 2015, artículo 2.2.2.51.2, capítulo 51 añadido por el Decreto 587 de 2016.

<sup>27</sup> *Ibid.*, artículo 2.2.2.51.8.

<sup>28</sup> *Ibid.*, artículo 2.2.2.51.13.



de normas especiales que tienen profundas repercusiones en el marco de la contratación mercantil y el mercado.

Como fue anunciado anteriormente, la solidaridad entre proveedores y productores por la garantía de los productos o servicios supone cambios importantes en la distribución contractual de los riesgos en el mercado. Así, la asignación de riesgos en un contrato entre un productor y un distribuidor pierde eficacia frente al consumidor, quién podrá reclamar la totalidad de la prestación a cualquiera de estos, independientemente de si dicho riesgo o responsabilidad estaba en cabeza de uno o de otro.

Así, en los contratos mercantiles entre proveedores y productores se hace necesario atender el riesgo adicional derivado del ejercicio de los derechos de los consumidores, así como los específicos a los consumidores electrónicos. Cabe resaltar que una de las dificultades que se encuentra en la protección al consumidor son las bajas cuantías de las reclamaciones individuales (aunque por el volumen de las mismas estas puedan significar cuantías más elevadas). Esta dificultad se traslada a las relaciones contractuales, en donde las controversias entre los productores y proveedores por el ejercicio de derechos como el retracto o la reversión del pago suponen igualmente análisis de situaciones específicas de bajas cuantías, haciendo poco eficiente el acudir a instancias judiciales para resolverlas.

Como alternativa a tal circunstancia el derecho procesal nos otorga diversas soluciones, entre las que se resalta el llamamiento en garantía, que permitiría resolver la controversia ante el consumidor y, con el propósito de la economía procesal, también la de la responsabilidad entre productor y proveedor.

No obstante, la Superintendencia de Industria y Comercio (autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales contempladas en el artículo 24 del Código General del Proceso<sup>29</sup> y a quien se dirigen un número importante de las reclamaciones de consumo por su especialidad en la materia) ha afirmado no ser competente para conocer de las controversias a resolverse por la vía del llamamiento en garantía<sup>30</sup>. Esto aun tras la decisión de la Corte Suprema de Justicia<sup>31</sup> que afirma que en efecto son competentes como una forma de aumentar la protección a los consumidores.

---

<sup>29</sup> Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2016.

<sup>30</sup> Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales, Auto 40831 de 31 de marzo de 2021.

<sup>31</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC 6760-2019, magistrado ponente Luis Alonso Rico Puerta.



#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

Resulta evidente como, del breve recuento hecho en páginas anteriores, el surgimiento y desarrollo de la protección al consumidor ha supuesto una importante modificación en el tiempo de las dinámicas contractuales predominantes en el Código de Comercio para los tiempos de su expedición.

Aún antes de la inclusión constitucional en 1991 de la protección expresa a los consumidores, a inicios de los años 80 ya se expedían normas especiales con el propósito de proteger a los consumidores y asegurar el rol del Estado en intervenir en la economía para lograr la protección de las partes débiles en las relaciones contractuales.

Si bien solo algunas muy particulares fueron analizadas en el marco del presente escrito, es innegable el efecto que la expedición de estas normas de protección a los consumidores ha tenido, y continuarán teniendo, en el mercado y las relaciones de los comerciantes con sus pares y con los consumidores.

Las prácticas contractuales han sido llamadas a revisión por la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas. La distribución de los riesgos entre los comerciantes que colaboran para llevar productos o servicios al mercado mediante esquemas de intermediación han debido ser modificadas para atender los riesgos añadidos que supone la protección al consumidor.

Incluso, dado el desarrollo de la tecnología y el comercio electrónico, especiales regulaciones han debido expedirse en donde ya no solo las relaciones comerciales y contratos son analizadas, sino que debe incluirse a las entidades bancarias, los mecanismos electrónicos de pago, las pasarelas de pago electrónico y muchos otros nuevos intervinientes en el funcionamiento de esta creciente forma de comercio.

El futuro, sin embargo, depara muchos y mayores retos en materia de protección al consumidor y su efecto en el derecho comercial. El comercio electrónico encuentra menos barreras nacionales y, por tanto, se expande aceleradamente hacia el comercio electrónico internacional, en donde los consumidores no solo adquieren productos y servicios con proveedores o productores locales, sino que lo hacen crecientemente con extranjeros.

Esta circunstancia supone dificultades añadidas sin duda. La ley aplicable a los contratos de consumo internacionales supone una gran dificultad hacia el futuro, como lo anota Lima Marques al tiempo que propone la



necesidad de la creación de convenciones internacionales que atiendan esta circunstancia<sup>32</sup>. La solución de responsabilizar al intermediario o representante local en Colombia por los actos del productor o fabricante extranjero (por la vía de la solidaridad antes comentada) cada vez más motiva la desaparición de dichas figuras o la ubicación de las mismas también en el extranjero, imposibilitando el ejercicio de los derechos del consumidor hacia el futuro.

Estas, y muchas otras dificultades, deberán ser abordadas por el derecho de protección al consumidor hacia el futuro, con grandes nuevos impactos en el derecho comercial.

## BIBLIOGRAFÍA

Beliña Herrera Tapias, Jassir Amín Álvarez Estrada, “Desarrollo normativo del derecho del consumo en Colombia” *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, 2019, 7, (2), 506, en [www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/index](http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/index)

Claudia Lima Marques, *La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una convención interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo*, en: Curso de Derecho internacional, Washington/Río de Janeiro, 2001, en [https://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII\\_home\\_temas\\_cidip-vii\\_proteccionalconsumidor\\_leyaplicable\\_apoyo\\_propuestabrasil.pdf](https://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf), consulta de julio 3 de 2021.

Colombia, Congreso de la República, Ley 256 de 1996.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1480 de 2011.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2016.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia 1141 de 30 de agosto de 2000, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia 973 de 3 de diciembre de 2002, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.

---

<sup>32</sup> Claudia Lima Marques, *La insuficiente protección del consumidor en las normas del derecho internacional privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo* en Curso de Derecho internacional, Washington/Río de Janeiro, 2001, en [https://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII\\_home\\_temas\\_cidip-vii\\_proteccionalconsumidor\\_leyaplicable\\_apoyo\\_propuestabrasil.pdf](https://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf), consulta de julio 3 de 2021.



Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 3 de mayo de 2005, magistrado ponente César Julio Valencia Copete.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 29 de mayo de 2019, magistrado ponente Luis Alonso Rico Puerta.

Colombia, El Pueblo, Constitución Política de 1991.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 410 de 1971.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 3466 de 1982.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 3466 de 1982.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 587 de 2016.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1074 de 2015.

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura de asuntos jurisdiccionales, Auto 40831 de 31 de marzo de 2021.

De la Cruz Camargo, Dionisio Manuel, *La competencia desleal en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, 2014, 91.

Escobar Mora, Camilo Alfonso, Sepúlveda Henao, José David. *La protección al consumidor electrónico en el transporte de mercancías*, Legis, 2018.

Gil Echeverry, Jorge Hernán, *La nulidad absoluta en la contratación mercantil*, Legis, 2018.

Jiménez Valderrama, Fernando, *Introducción al derecho comercial*, Legis, 2019.

Jiménez Valderrama, Fernando, *Teorías del contrato y del negocio jurídico*, Legis, 2015.

Superintendencia de Industria y Comercio, “Protección al Consumidor en Colombia”, Colombia, 2017, en [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra\\_Entidad/Publicaciones/Proteccion\\_al\\_Consumidor\\_en\\_Colombia\\_julio27\\_2017\(1\).pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Proteccion_al_Consumidor_en_Colombia_julio27_2017(1).pdf) , consulta 2 de julio de 2021, 259.

