

EVOLUCION DEL DERECHO COMERCIAL

YUNIS ACEVEDO

EILALJA CHARIS

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1990



EVOLUCION DEL DERECHO COMERCIAL

YUNJS ACEVEDO

EULALJA CHARIS

Trabajo de Grado presentado como  
requisito parcial para optar el  
título de ABOGADO.

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1990

*Nota de Aceptación*

---

---

---

---

*Presidente del Jurado*

---

*Jurado*

---

*Jurado*

*Barranquilla, 1992*

## TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	
1. EVOLUCION HISTORIA DEL DERECHO COMERCIAL	
1.1. AUSENCIA DEL DERECHO COMERCIAL EN LA EPOCA ROMANA	2
1.2. ETAPAS EN LA EVOLUCION DEL DERECHO COMERCIAL	4
1.3. ORIGENES DEL ORDENAMIENTO EN LA EDAD MEDIA	4
1.4. LA COSTUMBRE Y LAS COMPARACIONES DE MERCADERES	5
1.5. LA DOCTRINA	6
1.6. LAS MANIFESTACIONES LEGISLATIVAS	7
1.7. EL CODIGO DE COMERCIO FRANCES Y LAS MODIFICACIONES DEL SISTEMA	8
1.8. EL DERECHO COMERCIAL EN ESPAÑA, ALEMANIA, SUJZA E ITALIA	9
1.9. CONSIDERACIONES SOBRE EL SISTEMA ANGLOSAXON	11
2. HISTORIA DEL DERECHO COMERCIAL EN COLOMBIA	
2.1. EL PERIODO COLONIAL	13
2.2. LOS PRIMEROS AÑOS DE LA NACION INDEPENDIENTE	13

	Pág.	
2.3	CODIGO DEL ESTADO DE LA NUEVA GRANADA	14
2.4	LOS CODIGOS ESTATALES Y EL CODIGO MARITIMO DE LA NACION	15
2.5	UNIFICACION DE LA LEGISLACION NACIONAL	16
2.6	REFORMAS Y ADICIONES	16
2.7	DECRETO 410 DE 1971	17
3.	CARACTERISTICAS DEL DERECHO COMERCIAL	
3.1	IMPORTANCIA DEL TEMA	20
3.2	FORMACION CONSUETUDINARIA	21
3.3	TENDENCIA A LA INTERNACIONALIZACION	22
3.4	CARACTER PROFESIONAL	23
3.5	ORDENAMIENTO ESPECIAL	24
4.	FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO	
4.1	DEFINICION	27
4.2	EL CODIGO CIVIL	28
4.3	LEY, COSTUMBRE, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA	29
4.4	LA LEY MERCANTIL	31
4.5	EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD	32
4.6	LA COSTUMBRE, SUS ELEMENTOS, REQUISITOS, CLASE	34
4.7	PRUEBA DE EXISTENCIA DE LA COSTUMBRE	34
4.8	JERARQUIA DE LAS FUENTES FORMALES	36
4.9	AUXILIARES DEL INTERPRETE	38

	Pág.	
4.10	COSTUMBRE Y ANALOGÍA	39
5.	ANTECEDENTES Y JUSTIFICACION	
5.1	MATRÍCULA Y OBJETO DEL REGISTRO MERCANTIL	41
5.2	REGIMEN PÚBLICO	42
5.3	FUNCIONES	43
5.4	REGISTRO MERCANTIL Y CÁMARAS DE COMERCIO	45
5.5	PROCEDIMIENTO REGISTRAL	46
5.6	LIBROS DEL REGISTRO MERCANTIL	53
5.7	PERSONAS OBLIGADOS A SUSCRIBIRSE	55
5.7.1	Los comerciantes	55
5.7.2	Las Sociedades	56
5.7.3	Los Auxiliares Mercantiles	57
5.7.4	El caso de las Sociedades de Hecho, Irregular y las Comunidades	59
5.8	INSCRIPCIÓN DE LIBROS, ACTOS Y DOCUMENTOS	59
5.9	ASPECTOS COMPLEMENTARIOS	61

CONCLUSIÓN

BIBLIOGRAFÍA

## INTRODUCCION

*El derecho comercial siempre ha existido como una rama totalmente distinta a la común u ordinaria.*

*Lo cierto es que ella obedece a dos situaciones o factores importantes como son el económico y el jurídico que la hacen diferenciar y la constituyen en algo autónomo e independiente. No queriendo esto decir que no pueden existir entre ellas relación, es más existe mucha, dada la naturaleza de las actividades.*

*A lo anterior se le suma el hecho de que como carecemos de jueces mercantiles para dirimir los conflictos que puedan suscitarse en el campo comercial, tenemos que recurrir a la justicia ordinaria o común, sin embargo, ya fueron aprobados estos funcionarios pero no han entrado a laborar por falta de presupuestos.*

## 1. EVOLUCION HISTORIA DEL DERECHO COMERCIAL

### 1.1 AUSENCIA DEL DERECHO COMERCIAL EN LA EPOCA ROMANA

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

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

a) Económicas :

1.- Inicialmente, la actividad del ciudadano romano fue de tipo fundamentalmente agrícola.

2.- La economía estuvo basada en la esclavitud, y es bien sabido que entre amo y esclavo no existieron situaciones jurídicas relevantes.

b) De estructura jurídica :

1.- Durante mucho tiempo, la actividad comercial fue desarrollada por personas que no gozaban de la calidad de ciudadanos romanos: los peregrinos, correspondían al *jus gentium* la reglamentación de sus relaciones.

2.- En la época en que el ciudadano romano se ocupó de aspectos mercantiles, se desarrollaba en el derecho romano en el período específico de la *cognitio extraordinem*, caracterizado por las amplias facultades del pretor, quien en la aplicación del *jus civile* atemperaba sus formas rígidas con un amplio criterio de equidad y reconocimiento de la buena fe.

## 1.2 ETAPAS EN LA EVOLUCION DEL DERECHO COMERCIAL

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

## 1.3 ORIGENES DEL ORDENAMIENTO EN LA EDAD MEDIA

Superadas las dificultades políticas y económicas de la primera parte de la Edad Media, renació el tráfico mercantil, especialmente entre las ciudades del Mediterráneo.

Sin embargo, el desarrollo de las actividades económicas no encontró respuesta adecuada en el ordenamiento común de la época, constituido en parte por el derecho romano, en parte por el derecho canónico. El primero carecía de la flexibilidad de la edad clásica, el segundo era excesivamente formalista.

#### 1.4 LA COSTUMBRE Y LAS CORPORACIONES DE MERCADERES

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

En el desarrollo de esta etapa del derecho comercial merecen mención especial las corporaciones de comerciantes o mercaderes (*Curia mercatorum*). Durante la Edad Media, los profesionales de un mismo arte u oficio se asociaron para defender sus intereses y los de la respectiva profesión.

Estas asociaciones constituyeron las llamadas corporaciones, que cumplían funciones de protección, de disciplina y, en pocos casos, como el de los comerciantes, de verdaderos tribunales ante los que se ventilaban diferencias no sólo de tipo disciplinario sino de derecho sustantivo.

La vinculación del comerciante a la corporación resultaba de la inscripción en el *Liben mercatorum* y en virtud de ella se

adquirirla, ante el naciente ordenamiento, la calidad de comerciante, la cual, a su turno, determinaba el sometimiento a las normas mercantiles y a la jurisdicción de la corporación.

### 1.5 LA DOCTRINA

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

La doctrina precisó los conceptos elaborados empíricamente por los propios comerciantes o reconocidos por la jurisprudencia de los tribunales consulares. Este avance en su presentación técnica adquiere pleno desarrollo con el italiano Benvenuto Stracca (1553) y su tratado sobre comercio y comerciante. A este respecto dice Rehme que es sorprendente que el derecho mercantil, así tan de pronto, en esta obra, que es un primer tratado de conjunto, haya encontrado ya una exposición con trazos sistemáticos y buen método civilístico.

## 1.6 LAS MANIFESTACIONES LEGISLATIVAS

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

En el año citado, el rey Felipe II dicta para España las Ordenanzas de Bilbao, que constituyeron la primera manifestación legislativa del derecho comercial que recoge, para esa fecha, un amplio campo mercantil, pues sus normas se extienden al comercio marítimo y al derecho de seguros. De esta obra se hicieron varias ediciones y modificaciones.

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

Aunque subsisten en los ordenamientos citados las caracte

ísticas del periodo subjetivo que comentamos, el tratamiento de las operaciones mercantiles, de las obligaciones del comerciante y demás instituciones, muestran un avance satisfactorio.

### 1.7 EL CODIGO DE COMERCIO FRANCÉS Y LAS MODIFICACIONES DEL SISTEMA

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

En efecto, algunos principios propios de la Edad Media y que se habían prolongado durante la Moderna, tienen un franco rechazo al difundirse las ideas de libertad, igualdad y fraternidad. Para la nueva doctrina, el sistema de las corporaciones se opone fundamentalmente a la libertad en el ejercicio de las profesiones y a la igualdad de todos los ciudadanos afectada por los privilegios que se consagran en favor de los comerciantes. La oposición a las corporaciones se materializa en disposiciones legales, que primero en forma tímida y luego con carácter definitivo, las dan por terminadas en Francia. (Turgot, por edicto de febrero de 1776, las suprime). En noviembre del mismo año, se restablecen para algunas profesiones. Su abolición definitiva la ordena La Chapel

lier, por decreto de 14 de Junio de 1791, cuando unos meses antes se habla decretado la libertad de profesiones).

## 1.8 EL DERECHO COMERCIAL EN ESPAÑA, ALEMANJA, SUJZA E ITALIA

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

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

a) España: En el caso de 1829 se sustituyen las antiguas Ordenanzas de Bilbao por un Código, redactado por don Pedro Sáiz de Andino sobre el modelo francés.

b) Alemania: Luego de muchos intentos para unificar la legislación mercantil, esta solo se logra después de la unifi

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

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

d) Italia: Lograda la unificación, se expide en 1882 un Código de Comercio inspirado en el sistema objetivo. Este Código que tuvo entre sus comentaristas a Cesare Vivante y Alfredo Rocco, rige hasta el año 1942, cuando se expide el Código Civil que debe regular la totalidad de las relaciones privadas. El nuevo estatuto recoge, de una parte, la tendencia doctrinal expuesta años antes sobre la conveniencia de la u

unidad de derecho privado y de otra los principios corporativos del fascismo expuestos en la carta del Trabajo y en materia mercantil exalta la empresa sobre la idea tradicional del comerciante. Al igual que en Suiza el esfuerzo unificador, sin embargo ha dejado por fuera normas exclusivas para aspectos cambiantes, de derecho marítimo y quiebra.

### 1.9 CONSIDERACIONES SOBRE EL SISTEMA ANGLOSAXÓN

Hasta aquí se han recorrido en forma panorámica los aspectos más sobresalientes en la evolución del derecho mercantil dentro del marco del llamado derecho continental, conviene ahora una breve visión de otro gran sistema jurídico universal; el anglosaxón.

La orientación del derecho anglosaxón es muy diferente de la del derecho continental. En él históricamente pueden distinguirse cuatro sistemas que por lo menos coexistieron en un momento de su evolución: el *ceyillaw*, derecho escrito heredado de la última etapa del derecho romano; el *common law*, derecho consuetudinario de origen negativo completado de los precedentes judiciales; el *equity*, constituido por la conducta del Tribunal de la Cancillería para salvar la relativa inequidad eventual del anterior; y el *statute law*, típico derecho es

crítico formado por manifestaciones escritas (Acts) emanadas del Parlamento. De ellos pronto desaparece el primero; luego el common law absorbe al equity ~~queda~~ como fuente excepcional y complementaria del common law. La adaptabilidad del sistema consuetudinario y la agilidad que este adquiere por intermedio del juez por razón de las características del equity absorbido, otorgan al common law la aptitud necesaria para disciplinar las siempre nuevas y cambiantes exigencias del comercio. Sobre el sistema, Radbruch dice que precisamente porque conoció el espíritu del derecho romano y sus métodos jurídicos sin aceptar el contenido del derecho bizantino, la justicia inglesa se ha conservado más afín con el modo jurídico de pensar del gran tiempo clásico del derecho romano, que el derecho continental basado en el Corpus Juris.

## 2. HISTORIA DEL DERECHO COMERCIAL EN COLOMBIA

### 2.1 EL PERIODO COLONIAL

Durante la colonia, las actividades mercantiles en el virreinato de la Nueva Granada estuvieron sujetas a las regulaciones que sobre la materia había dictado la Corona española. De ellas merecen especial mención las Ordenanzas de Bilbao, que tuvieron vigencia en las posesiones españolas a partir de 1737. Otras normas de contenido mercantil especialmente dictadas para las colonias, fueron recogidas en su oportunidad en la Recopilación de Indias y en la Novísima Recopilación.

### 2.2 LOS PRIMEROS AÑOS DE LA NACION INDEPENDIENTE

Este conjunto legislativo fue incorporado a la legislación nacional en virtud de lo dispuesto en el artículo 188 de la constitución de 1821, que al regular lo relativo al eventual conflicto jurídico que suponía el tránsito al nuevo or

den de la Nación independiente, dispuso que "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".

### 2.3. CÓDIGO DEL ESTADO DE LA NUEVA GRANADA

El 10. de Junio de 1853 fué dictado un Código de Comercio (primero en el país) por el Congreso de la Nueva Granada. Este Código recogía en buena parte los términos y las orientaciones del español de 1829, aunque en su artículo 10. se apartaba del criterio mixto adoptado por su modelo. Regulaba tanto las materias de comercio marítimo como las de comercio terrestre y el juicio de quiebra en sus aspectos concursal y penal.

Dicho código, cuya bondad y relativa perfección técnica pone de relieve el profesor Pinzón, tuvo vigencia precaria. La Constitución de 1853 había dejado abierta la puerta a la organización federal al autorizar la creación del Estado de Panamá y facultar al Congreso para proceder en idéntico sentido con respecto a las demás provincias. La proliferación de los estados federales, que no se hizo esperar, llegó con to

das sus consecuencias, en especial la dispensación legislativa.

#### 2.4 LOS CÓDIGOS ESTATALES Y EL CÓDIGO MARÍTIMO DE LA NACIÓN

Tanto la Constitución de 1858 como la de 1863, facultaron a los Estados soberanos para dictar su propia legislación en materias civiles, comerciales y penales, reservando únicamente al gobierno central lo concerniente a comercio marítimo, exterior y costanero.

Aunque en algunos estados subsistió como legislación local la parte correspondiente al comercio terrestre del Código de 1853, otros adoptaron nuevos Códigos, ratificándose así la separación de la materia mercantil terrestre (Estatal) y la mercantil marítima (nacional).

En ejercicio de sus facultades, la Nación dictó el Código de Comercio Nacional Marítimo, en 1870, para remplazar la parte perteniente del Código 1853. Aquel Código, que fue una copia casi exacta de la parte correspondiente del Código de Comercio chileno que había sido dictado en 1866, tuvo algunas reformas, de las cuales la más importante es la de 1874. A su turno, en el año 1869 el Estado de Panamá adoptó, con algunas modificaciones, la parte relativa al comercio terrestre del Cód

digo chileno. Otros Estados, como el de Santander y del Cauca, explicaron sus propios códigos, aunque ninguno de ellos tiene la trascendencia histórica del adoptado por el Estado de Panamá. El Código panameño, de remota ascendencia francesa y española, consagraba un sistema netamente objetivo.

## 2.5 UNIFICACION DE LA LEGISLACION NACIONAL

Al sobrevenir el sistema centralista de 1886, se produjo la necesaria unificación legislativa del país. La Ley 57 de 1887, sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional, dispuso en su artículo 1o. "Regístran en la República, conóvnta días después de la publicación de esta ley, con las adiciones y reformas de que ella trata, los códigos siguientes. El de comercio, de extinguido Estados 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. (En decreto posterior se aclara que la edición de este último es de 1874).

## 2.6 REFORMAS Y ADICIONES

Los ordenamientos adoptados por la ley mencionada, constituye non durante 84 años la columna vertebral de la legislación

mercantil colombiana. Con el paso del tiempo y a causa de la modificación frecuente de la materia mercantil, se hicieron necesarias algunas disposiciones nuevas para adicionarlo y reformarlo. De ellas, las más importantes fueron: las leyes 27 de 1888, 42 de 1898, 134 de 1932 y 58 de 1931, todas cuatro sobre sociedades comerciales y las leyes 111 de 1890 y 28 de 1931, sobre cámaras de comercio y registro mercantil y el Decreto 750 de 1940, sobre quiebra.

## 2.7 DECRETO 410 DE 1971

Con base en tales trabajos, el Día 27 de Marzo de 1971 el Gobierno expidió el Decreto 410, que contiene el Código de Comercio vigente.

Su proclamación fue hecha en el Diario Oficial 33.339, de fecha 16 de Junio y en virtud de lo dispuesto en su artículo 20 38, salvo las excepciones allí consagradas, entró en vigencia a partir del 1o. de Enero de 1972.

Este Código ha sido objeto de fuentes y constantes críticas. Ante todo, se advierte en él, especialmente en el libro segundo, la presencia de un criterio transaccional entre los proyectos presentados por los grupos en que se dividió la comisión

revisoria. Hay disposiciones cuya paternidad intelectual no acepta ninguno de los miembros de la comisión y que parecen haber sido fruto de inyecciones inconsultas de última hora.

No es éste el lugar para tomar partido por una o varias críticas. Pero puede anticiparse que buena parte del proceso de adopción y expedición del nuevo Código constituye una curiosa página de la historia legislativa colombiana, ya que en asunto de tanta importancia se perdió la gran oportunidad de adoptar un Código, en el cual su actualidad debía conjugarse con su criterio jurídico armónico.

El nuevo Código está dividido en seis libros que recogen los siguientes temas fundamentales: "El comerciante y los asuntos de comercio", las sociedades mercantiles, la navegación (acuática y aérea) y los procedimientos mercantiles.

La citada circunstancia de que el Código expedido mediante el Decreto 470 de 1971 no ofrece una unidad conceptual, hace difícil relacionar las fuentes mediatas o inmediatas que informan el espíritu de sus disposiciones. Sin embargo, con las debidas reservas pueden mencionarse los siguientes elementos de interpretación:

a) El texto y la exposición de motivos al proyecto de 1958.

- b) El texto del proyecto de 1970 y las actas de comisión revisoria, hasta la fecha inédita.
- c) La exposición de motivos al proyecto de los libros primeros y segundos, del grupo de expertos conformados por los doctores León Posse Arboleda, José Gabino Pinzón, Luis Carlos Neira y Humberto Mesa.
- d) El proyecto uniforme de títulos - valores para América Latina del Instituto para la Integración de América Latina (IINAL).
- e) Las convenciones de Varsovia, Chicago y los pactos de la Habana y Guatemala, en los aspectos de comercio aeronáutico.
- f) El Código italiano de 1942 en los aspectos relacionados con obligaciones y contratos y el establecimiento de comercio.
- g) La legislación mexicana en materia bancaria.
- h) Las distintas convenciones universales, europeas y americanas sobre propiedad industrial.

### 3. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO COMERCIAL

#### 3.1 IMPORTANCIA DEL TEMA

*El ordenamiento descrito en el capítulo anterior, responde a varias características que deben destacarse para el mejor entendimiento del papel que cumple en la disciplina de la vida social. Por otra parte, esas notas distintivas constituyen inmejorables elementos en la interpretación de las instituciones que lo constituye.*

*Varios son los calificativos que, según los tratadistas, pueden darse al derecho comercial. Sin embargo, por cuanto representa una afortunada síntesis de ellos, debe acogerse la enumeración que trae el profesor José Gabino Pinzón, según la cual resalta en el derecho comercial su formación eminentemente consuetudinaria; su tendencia hacia la internacionalización; su acentuado carácter profesional y su posición como ordenamiento especial frente al derecho civil.*

### 3.2 FORMACION CONSUETUDINARIA

La primera característica del derecho comercial se pone de manifiesto al repasar su evolución histórica. El ordenamiento nace en la Edad Media, de las prácticas de los comerciantes, y adquiere verdadera dimensión jurídica como derecho consuetudinario. La expresión no escrita de sus preceptos, antecediendo, por muchos siglos, las prescripciones expresas del Estado. Es más las primeras manifestaciones legislativas (Ordenanzas de Bilbao y de Luis XIV) no fueron otra cosa que la presentación sistemática, ordenada y si se quiere, más clara y de más fácil acceso de buena parte del derecho mercantil consuetudinario vigente en los siglos XVI y XVII.

No hay duda de que el derecho mercantil contemporáneo, especialmente en los países de sistema continental, tiene su máxima expresión en la fuente escrita; pero no puede negarse que la costumbre, aunque relegada a una función subsidiaria sigue su misión precursora en la disciplina de los nuevos fenómenos hasta los cuales no puede llegar la imaginación del legislador. Muchos ejemplos pueden citarse en el derecho mercantil, de fenómenos que durante mucho tiempo han estado regidos por la costumbre y que, más tarde, al tomar conciencia de ellos el legislador han sido recogidos por el derecho escrito conservando su pristina disciplina consuetudinaria.

### 3.3 TENDENCIA A LA INTERNACIONALIZACIÓN

La segunda calidad señalada al derecho mercantil es también evidente desde el punto de vista histórico. Garrigues en su última lección como catedrático, pronunciaba el día 6 de mayo de 1970, dice: En la Edad Media, la disgregación del poder político subsiguiente a la caída del Imperio Romano de Occidente, favoreció la creación de usos mercantiles uniformes entre los comerciantes de diversos países.

En efecto gran parte de la actividad económica que se desarrolla en el ámbito internacional y cosmopolita, encuentra su disciplina en las costumbres internacionales. El comercio internacional ha exigido la celebración de tratados de contenido jurídico y de la misma manera cada día es mayor la inclinación a la búsqueda de formas comunes, para una normación uniforme de muchos aspectos que, aun que pertenecen en principio al ámbito del derecho interno de cada país, no son ajenos a los intereses generales del comercio. La convención Macanla de Washington, el Tratado de Derecho Comercial Internacional, que forma parte de los tratados de Montevideo y los trabajos de la comisión de las naciones unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCTRAL), y el Tratado de Roma, son claros ejemplos de la manifestación de la tendencia que venimos comentando.

En el nuevo Código de Comercio hay un reconocimiento implícito a esta tendencia internacional del derecho mercantil y muchas de sus instituciones son comunes a las de otros países. La costumbre internacional, la costumbre extranjera y de los tratados internacionales de comercio no ratificados por Colombia, se mencionan en los artículos 70. y 80., en su doble misión de fuentes formales y recurso de interpretación.

### 3.4 CARACTER PROFESIONAL

El derecho mercantil nació y se desarrolló dentro de un marco estrictamente profesional. La calidad de comerciante, lo hemos dicho varias veces, determinaba el criterio de aplicación de sus normas y el ámbito de la jurisdicción estos presupuestos personales por la consideración real del acto de comercio e hizo del derecho mercantil el ordenamiento de un sector de la actividad económica. Sin embargo, la consideración profesional y su influjo en las normas y en la orientación de esta rama del derecho privado, se conservan claramente. Esta nota es evidente, aún para la doctrina que ve en la empresa el sustento contemporáneo del derecho mercantil.

Un ligero repaso de las disposiciones del derecho mercantil colombiano, que al respecto sigue la orientación universal, sirve para demostrar la calidad que comentamos.

La legislación mercantil no solo mira al profesional como sujeto de derechos y cargas específicas, sino que también se ocupa de la profesión en general, cuyos intereses protege mediante normas que tienden a asegurar el normal funcionamiento del comercio sobre bases de agilidad y seriedad. El registro mercantil (artículos 26 y s s) como medio de publicidad de los hechos y circunstancias que interesan a comerciantes y al público en general, las funciones que en defensa de los intereses gremiales se atribuyen a las cámaras de comercio (artículo 86), el proceso de quiebra en sus doble aspecto concursal y penal, en fin, la tipificación de ciertas conductas contrarias a la buena fe y a la lealtad profesional, como formas de comportamiento ilícito dentro de condiciones más exigentes que la simple prudencia y diligencia que debe presidir la vida ordinaria en sociedad (artículo 7.5) son ejemplos evidentes del sólido carácter profesional del derecho mercantil.

### 3.5 ORDENAMIENTO ESPECIAL

Como en las características anteriores, la propia historia del derecho comercial contribuye a demostrar su posición de ordenamiento especial frente al derecho común o civil. Las circunstancias consignadas en el Capítulo II indican como el ordenamiento nace para llenar el gran vacío que el derecho

común dejaba en la disciplina de las nuevas y crecientes relaciones del fenómeno mercantil.

El derecho comercial, como ordenamiento profesional, se manifiesta desde sus orígenes como un complemento del conjunto normativo preexistente. Si bien es cierto que, como afirma Ascarelli, surge como un conjunto de carácter excepcional como reacción a las normas indiferentes y aun adversas del derecho común a la vida mercantil, muy pronto el desarrollo de ésta y la adaptabilidad de las nuevas instituciones dibujan sus claros contornos de ordenamiento especial, con su función específica de normas un conjunto de situaciones nuevas y con matices particulares bien definidos.

La situación del sistema subjetivo por el objetivo incrementó la función especial del derecho mercantil dentro del género del derecho privado, pues, según ya lo hemos dicho, dejó de ser fundamentalmente el ordenamiento de una profesión, para convertirse en el conjunto normativo de buena parte de las actividades económicas, hasta las cuales no llega con la debida precisión del poder disciplinante del derecho civil común.

También puede decirse que entre el ordenamiento especial y el común con el cual se compara, hay las mismas relaciones de es

pecie a género que existen entre los fenómenos regulables por ellos. Así, pues, el ordenamiento especial se presenta como un conjunto de normas que proclaman el género al cual pertenecen y la especie a cuya disciplina se encaminan en su función primordial.

Puede decirse que el derecho mercantil se presenta como un conjunto de normas que, partiendo de principios comunes del derecho civil que invoca o desarrolla, se encamina a regular con la debida precisión el fenómeno mercantil como manifestación particular de las relaciones privadas.

La calidad de ordenamiento especial que tiene el derecho comercial frente al derecho civil, implica dos consecuencias que deben resaltarse: la aplicación preferente de sus normas en la regulación de los fenómenos similares no exactamente contemplados en sus textos.

## 4. FUENTES FORMALES DEL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO

### 4.1 DEFINICIÓN

En términos generales, pueden definirse como fuentes formales del derecho comercial, los medios a través de los cuales se manifiestan los preceptos que regulan las relaciones nacidas de los actos calificados como mercantiles y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos. Sin embargo, para mayor precisión debe decirse que son los signos de expresión externa de la rama especial del derecho que recibe el nombre de derecho comercial, pues en la primera noción, a causa de su generalidad, comprende las normas del derecho civil o común que, a falta o insuficiencia de las disposiciones mercantiles legales o consuetudinarias, pueden regir las situaciones comerciales en cuanto pertenecen al orden privado.

Esta declaración lleva a tratar el tema de la aplicación del derecho civil a la materia mercantil, que ha permitido afirmar que las normas de ese ordenamiento común son fuentes del

derecho comercial, afirmación que ha encontrado respaldo en la invocación genérica que esas normas hacen los códigos de varios países, entre ellos el colombiano, cuyo artículo 20. prescribe que "en las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil".

Esa particular asunción supone que las normas del derecho civil se comercializaran, lo cual implica un desconocimiento de la función que cumplen ambos órganos en la vida jurídica y del carácter especial que tiene el derecho comercial cuya finalidad es regular primordialmente un conjunto de situaciones privadas, hasta las cuales no llega con la precisión requerida el derecho civil.

#### 4.2 EL CÓDIGO CIVIL

Sobre esta aplicación del derecho civil a la materia comercial y especialmente sobre la invocación que de él hacen los Códigos de Comercio, invocación que ha merecido de Ripert el calificativo de inútil, se expresa Rocco en la siguiente forma:

"Este último (el civil) no puede ser fuente de derecho comercial, por no ser medio para la creación del derecho, sino un conjunto de normas ya formadas y promulgadas aunque indudablemente se aplique en materia mercantil, como dice, y dice bien,

el artículo del Código de Comercio, lo que significa que en algunos casos también rige y se aplica a las relaciones mercantiles, que no es lo mismo que contribuir a la formación de preceptos de verdadero y propio derecho comercial.

Es bien claro que el derecho común o civil regula situaciones y relaciones mercantiles, no lo hace en este carácter particular, sino en el suyo propio, como orden común al cual están sujetos, salvo disposición especial, todos los asuntos surgidos entre particulares.

#### 4.3 LEY, COSTUMBRE, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

conforme a la estructura general del derecho privado colombiano, sus fuentes formales son la ley y la costumbre comerciales (artículos 10. del Código Civil y 13 de la Ley 153 de 1887). La primera, en cuanto traduce por medio de la formulación expresa del Estado normas encaminadas a regular la materia comercial, y la segunda, en cuanto manifiesta, en las prácticas generales, uniformes, públicas y reiteradas de los comerciantes, precepto dotados de suficiente ponder vinculatorio para disciplinar muchas de las relaciones que surgen del ejercicio de sus actividades.

Los artículos 1o. y 3o. del Código de Comercio establecen que la ley y la costumbre constituyen las fuentes formales del derecho mercantil, al decir el primero que los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas y al preceptuar el segundo que la costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contradiga manifiestamente o tácitamente.

No son fuentes formales del derecho comercial en Colombia la jurisprudencia y la doctrina, porque en el sistema nacional estas formas carecen de poder vinculativo alguno y además, porque en el caso concreto del derecho comercial en razón de su especial método empírico de formación ajeno a las concepciones abstractas, en el cual los hechos son su más fecunda fuente real, estos tipos de manifestación jurídica le son extraños. La doctrina y la jurisprudencia en materia comercial son sólo auxiliares, apreciables en sí, por el valor intelectual que implican, en la elaboración de las disposiciones legales, y en la actividad del juez y del intérprete, más no tiene el carácter de fuentes independientes que alimenten por sí solas el ordenamiento mercantil.

#### 4.4 LA LEY MERCANTIL

La ley mercantil puede revestir formas que no concuerdan exactamente con la noción de ley formal, puesto que en Colombia la ley en sentido material puede expresarse en forma de decreto legislativo (Constitución Nacional artículo 76, num., 12) decreto legislativo (Constitución Nacional artículo 121), decreto de emergencia económica (ibidem, artículo 122), decretos especiales (ib. artículo 120, ord. 14).

Al tratar de la ley mercantil, para el sólo efecto de estimar su valor vinculatorio dentro de la jerarquía de normas que regular los fenómenos comerciales, hay que incluir algunas disposiciones del Código Civil que han sido expresa y claramente invocadas por el Código de Comercio para regular algunos aspectos de importancia, como la capacidad de las personas para ejercer el comercio, la formación interpretación y prueba de los contratos mercantiles, la cesión de algunas especies de crédito y otros de no menor trascendencia. Sin Embargo, deben destacarse que esta inclusión no implica de ninguna manera una calificación de mercantilidad de esas normas, que, lo mismo que el resto de las que informan el derecho civil, conservan su carácter de comunes a todo el ordenamiento privado; la inclusión tiene por objeto reconocer el régimen excepcional de que gozan en cuanto a su aplicación, pues la circunstancia

de haber sido adoptadas expresamente por la ley comercial, les confiere una jerarquía igual a ésta, y superior al resto de las otras civiles, adopción sin la cual solo estarían llamadas en último término, después de la ley comercial y la costumbre.

#### 4.5 EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

De la ley mercantil no puede predicarse un poder vinculatorio igual, como ocurre en el derecho público (Constitución Nacional artículos 20 y 63), puesto que sus disposiciones deben conjugarse con el principio de la autonomía de la voluntad, según el cual, las partes siempre pueden acordar cuanto a bien tengan con tal que su expresión de voluntad no contrarie el orden público y las buenas costumbres. Este principio, reconocido en los artículos 1602 del Código Civil y 40. del Código de Comercio, exige una clasificación de la ley mercantil, según la función que cumpla en desarrollo o como consecuencia de este principio.

En la ley mercantil, por consiguiente, hay que distinguir tres tipos de normas:

a) Normas imperativas, que contienen disposiciones de orden

público, relacionadas con la seguridad del Estado, los intereses de los terceros, las buenas costumbres y la moralidad de la profesión de los comerciantes y que establecen obligaciones y fijan las sanciones correlativas a su violación. Son por lo mismo normas de aplicación restrictiva y su campo de acción no puede superar el objeto claramente regulado en ellas "son siempre obligatorias y no pueden posponerse ni a las reglas convencionales ni a las consuetudinarias y aparecen siempre en textos expresos e inequívocos de la ley.

b) Normas dispositivas, que tienen por objeto regular ciertos fenómenos ajenos a la voluntad de las partes, por vía principal o exclusiva. Dentro de esta clase se cuentan las que enumeran los actos estimados como comerciales y aquellos que carecen de tal carácter.

c) Normas supletivas, cuya finalidad es regular las situaciones y relaciones comerciales cuando los contratantes, en uso de la libertad que la ley les concede de determinar las reglas a que van a someter su actividad, no lo han hecho o lo han hecho o lo han dispuesto en forma insuficiente. Tanto estas normas como las anteriores, constituyen el mayor volumen de la legislación comercial, volumen que se amplía si se tiene en cuenta que ellas son de aplicación analógica (artículo 1o. y 4o. del Código de Comercio).

#### 4.6 LA COSTUMBRE, SUS ELEMENTOS, REQUISITOS, CLASES

La costumbre, fuente tradicional y de cardinal importancia en la Edad Media, desempeña un papel importante en la disciplina de las relaciones jurídico - mercantiles. En efecto como lo dijimos anteriormente, el artículo 30. del Código de Comercio le reconoce su carácter de fuente formal, en la misma forma como lo hace el artículo 13 de la Ley 153 de 1887 para todo el campo del derecho privado.

La costumbre puede definirse como el uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio y su conjunto el llamado derecho no escrito, no promulgado, tácito o consuetudinario, como aquél que se ha introducido por medio de la costumbre en la aplicación práctica de las mismas reglas reputadas jurídicamente obligatoria.

#### 4.7 PRUEBA DE EXISTENCIA DE LA COSTUMBRE

La costumbre, como fuente formal del derecho, trae consigo el problema de su prueba, pues su misma naturaleza impide exigir al juez su pleno conocimiento, como si se le exige de la ley. Esto constituye una excepción al principio de que el derecho no se prueba (*jus novit curia*), por que a causa

de la circunstancia de que la costumbre no se manifiesta en un acto de tanta trascendencia pública, como es para la ley su promulgación, sino en una serie de hechos que a pesar de ser públicos, uniformes y reiterados por largo espacio de tiempo, no alcanzan una notoriedad que permite presumir su conocimiento por el magistrado.

Con la costumbre comercial sucede lo mismo que con el derecho extranjero, que es desconocido por el juez y su existencia a hay que probarla; pero probada ésta, no puede desconocerse su eficacia y el juzgador debe reconocerla.

En términos generales, la existencia de la costumbre puede probarse con documentos auténticos o con un conjunto de testimonios (artículo 189 del Código de Procedimiento civil). Además para el caso concreto de la costumbre mercantil, son admisibles la copia auténtica de dos decisiones judiciales de finitivas que aseveren su existencia y la certificación de la cámara de comercio correspondiente al lugar donde naja (artículo 190 del Código de Procedimiento Civil).

El Código de Comercio, con muy buenas razones, precisa las condiciones y características de la prueba fundada en un conjunto de testimonios y de la que puede ofrecerse a través de

decisiones judiciales. Su artículo 60. prescribe que el conjunto de los testimonios debe configurarse en las declaraciones de por lo menos cinco comerciantes hábiles, inscritos en el registro mercantil, que deben dar cuenta razonada de que las prácticas en las cuales se funda la costumbre son públicas, uniformes y reiteradas.

En cuanto a las costumbres mercantiles extranjeras, el artículo 80. del Código de Comercio prescribe como medio específico para probar su existencia y su vigencia, la certificación del respectivo consul colombiano o de una nación amiga, basada en las constancias que el efecto expidan las cámaras de comercio locales o la entidad que haga sus veces, y a falta de una y otra, la de dos abogados del lugar, de reconocida honorabilidad y especialistas en derecho comercial. Las modalidades de esta prueba modifican para la costumbre comercial extranjera, lo prescrito en el último inciso del artículo 188 del Código de Procedimiento Civil.

#### 4.8 JERARQUÍA DE LAS FUENTES FORMALES

El grado superior que posee la fuente escrita, la diversa naturaleza de sus disposiciones, la presencia de la costumbre, la invocación genérica que se hace de las normas civiles y

el principio de la libertad contractual que ha exaltado el valor de la voluntad de las partes en los actos en que intervienen, exigen una graduación de su eficacia normativa, para determinar un orden de aplicación para un caso dado. A fin de llegar a ello debe atenderse al valor de cada una de las fuentes, a la función que cumplen en cada ocasión y en algunos casos, al ámbito geográfico de su aplicación.

Sobre la oportunidad de recurrir a la costumbre comercial antes que a la disposición manifiesta analógicamente en la ley, Ascanelli sostiene que antes de recurrir a la analogía es necesario recurrir a los usos (tomados en sentido de costumbre). Cuando los usos contengan una disposición hay, en efecto, una disposición expresa de la materia comercial, que como tal, debe pasar adelante de la argumentación analógicamente.

Agotada la ley directa o indirectamente (artículo 10. del Código de Comercio), tiene amplio campo la costumbre, a la cual el artículo 30. del Código le ha reconocido el valor de la ley comercial, y por lo tanto, lugar preponderante frente al Código Civil. Ella actúa en subsidio de la voluntad del legislador de acuerdo con el orden de prelación que su ámbito de aplicación geográfica le confiere. Así en primer lugar la local y luego las generales de la Nación (artículo 30.). Este diverso grado está fundado en la especialidad de cada una de

ellas, porque las locales se acercan más al fenómeno regulable que las generales. Al respecto señala Vivante que la formación y la persistencia de un uso especial o local demuestra que el uso general no responde a las peculiares necesidades de la plaza o del ramo de comercio al que se refiere.

A falta de todas estas manifestaciones vienen el Código Civil y las leyes de esta índole en las condiciones y con las características antes mencionadas (artículo 20. del Código de Comercio).

#### 4.9 AUXILIARES DEL INTERPRETE

Comentario especial merece el artículo 70. del Código de Comercio, que a la letra dice: Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 30., así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no pueden resolverse conforme a las reglas precedentes.

En cuanto a los principios generales del derecho mercantil, que no son otra cosa que los supuestos filosóficos del mismo, puede citarse, entre otros: el principio de la autonomía de la

luntad, que es común al género derecho privado, el principio de la libertad de formas contractuales, el principio de la onerosidad de los contratos, el principio de la solidaridad de los deudores, el principio de la profesionalidad del conderamiento, el principio de sus especialidad.

#### 4.10 COSTUMBRE Y ANALOGÍA

Para cerrar este capítulo debemos mencionar algunos aspectos que tienen relación con la costumbre y que no deben dejarse de lado porque en su momento pueden revestir especial interés. Son ellos: la posibilidad de aplicación analógica de la costumbre y la relación entre esta y los usos convencionales o contractuales.

## 5. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACION

El registro mercantil, o registro público de comercio como es llamado en gran parte de las legislaciones comerciales, no ha existido siempre. El surgimiento de esta institución vino paralelo con el desarrollo del comercio y de personas dedicadas profesionalmente a las actividades mercantiles. El Mar mediterráneo fue escenario de las grandes civilizaciones y de las más importantes instituciones y figuras mercantiles. Allí por las invasiones bárbaras y la incursión del islam, se origina lo que en la historia universal se conoce con el nombre de la edad media o feudalismo, pero a la vez constituyó el despegue comercial más impulsivo que conozca la humanidad. Recondemos que la entrada del Islam en Europa y el Mediterráneo hizo desaparecer la mayor parte del tráfico comercial, pero no todos los mares interiores del Mediterráneo habieron sucumbido de la misma forma. La parte Oriental del Mediterráneo, sobre todo el sector correspondiente al antiguo imperio Bizantino, tampoco habia sido sometido en su totalidad y que en estas regiones las prácticas de comercio prosiguieron aunque en una escala menor.

## 5.1 MATRÍCULA Y OBJETO DEL REGISTRO MERCANTIL

La matrícula es la inscripción que hacen los comerciantes de sus nombres, libros, actas y documentos en el registro mercantil. Matrícula y registro van paralelos, juntos, ligados, pues el primer término indica la inscripción, la voluntad, la manifestación y el segundo es el instrumento, el medio para ejecutar la matrícula, para llevarla a cabo, es la materialización de la inscripción.

La publicidad del comerciante y de sus actos como finalidad fundamental del registro mercantil descansa en el principio de buena fe en el desarrollo del comercio, en el tráfico mercantil, la ley ha querido que el ejercicio del comercio por parte de los comerciantes, que las actividades a las cuales se dedica sean lo menos ocultas posibles, que al contrario puedan ser conocidas por cualquier persona que desee información de un comerciante, de los actos y negocios a que se ocupa, para poder estar seguro de la que ofrece y poder contratar con toda libertad y certeza.

El Código de Comercio entre los artículos 26 a 47 regula lo relativo al registro mercantil, el primero de estos artículos establece que el registro mercantil tiene por objeto

llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos de las cuales la ley exige esa formalidad. En materia de inscripción, el artículo 10. de la Resolución 1353 de 1983 emanada de la Superintendencia de Industria y Comercio dispone en su inciso final: Así mismo, se entenderá por inscripción el Registro de Cámaras de Comercio de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigirá tal formalidad. Podríamos observar que son objeto de inscripción los libros, los actos y los documentos, según las normas citadas.

## 5.2 REGIMEN PUBLICO

Al tenor del inciso segundo del artículo 26 del registro mercantil es público, lo cual implica que cualquier persona podrá examinar los libros y archivos en que sea llevado, tomar anotaciones de sus asientos o actos y obtener copias de los mismos.

A los comerciantes bien sea estas personas naturales o jurídicas lo mismo que a las sucursales y establecimientos de comercio matriculados, se les abre un expediente, en el cual se archivarán por orden cronológico de presentación, las co

pias de los documentos que se registran, como lo ordena el artículo 43. Toda inscripción, sin especificar qué debe contener dicho registro ni el certificado. Por otra parte, el artículo 44 contempla que en el caso de pérdida o destrucción de un documento registrado podrá suplirse con un certificado de la Cámara de Comercio en donde hubiere sido inscrito, en el que se insertará el texto que se conserve.

### 5.3 FUNCIONES

Però además de su función pública o de información, el registro cumple con otras como la declarativa, la constitutiva y la de autenticidad.

Por la primera, el documento o hecho registrable solo produce efectos respecto de terceros a partir de la fecha de su inscripción. Por la segunda, solo hay una perfección del hecho o documento una vez que se ha cumplido con la formalidad de la inscripción. Y la tercera de sus funciones se presenta cuando en determinados documentos, donde las firmas no se presumen auténticas, ni se ha hecho autenticar por juez o notario, al presentarse en forma personal a la secretaria de la Cámara de Comercio respectiva, por sus suscriptores, se consideran auténticos. De la organización dada por el legis

lador en el actual Código se desprenden los siguientes objetivos perseguidos: Dotar al registro mercantil de la función de publicidad con el establecimiento de su correspondiente sanción, la llamada inoponibilidad y complementaria de aquella publicidad, garantizan la autenticidad y conservación de determinados instrumentos.

A la primera se fijan como campo de aplicación, las consecuencias que, frente a terceros produce o puede producir la inscripción de un acto o contrato, que una vez efectuada lleva implícita una verdadera presunción de conocimiento, es decir, que todo lo inscrito es conocido por todos. Desde este punto se estaría hablando de una publicidad material positiva, reconocido por la ley colombiana, aunque en términos que sólo se refieren al fenómeno contrario, el negativo, cuando dispone que los actos y documentos sujetos a registro no producen efectos respecto de terceros sino a partir de la fecha de su inscripción.

El alcance que se ha dado al concepto de publicidad formal no es otro que el derecho que asiste a todo interesado para examinar los libros y archivos de que habla el artículo comentado.

Otro de los principios que dan piso a la institución del Registro Mercantil es el de la legalidad, principio cuya guarda se confía a funcionarios especiales a quienes se les atribuye la facultad de analizar la legalidad del acto que va a ser sometido a registro. Entre nosotros no existe esta institución, que apenas si tiene un asomo de vida, bastante incipiente por cierto, en materia de registro de instrumentos públicos, conforme lo menciona el Decreto 1250 de 1970.

#### 5.4 REGISTRO MERCANTIL Y CAMARAS DE COMERCIO

Siendo el registro mercantil un sistema, una oficina, una institución encargada de llevar la matrícula de los comerciantes y de inscribir los documentos cuya publicidad es exigida por la ley, obvio es, suponer que tal institución está encuadrada en una determinada entidad.

Diversos sistemas de registro conoce el Derecho Mercantil comparado, siendo los más importantes el italiano, francés, el suizo y el alemán. En Italia recibe la denominación de Registros de Empresas, donde el pequeño empresario y las empresas agrícolas no están obligadas a inscribirse. En Suiza el control del registro es llevado por los cantones y supervigilados por los organismos federales. En Francia el

registro es controlado por los Tribunales de Comercio y en Alemania adquiere una característica judicial y son encargados de llevarlo los tribunales de primera instancia.

En nuestro país, la organización del registro y su funcionamiento es llevado por las Cámaras de Comercio, es decir instituciones de orden legal con personería jurídica, creadas por el gobierno donde vaya a operar.

#### 5.5 PROCEDIMIENTO REGISTRAL

El procedimiento del registro mercantil cubre desde la solicitud de inscripción o petición de matrícula, las formalidades de la inscripción, la renovación y la prueba de la inscripción. Toda persona que tenga necesidad y que esté obligada a inscribirse en el registro mercantil tiene que elevar la respectiva petición a la Cámara de Comercio del respectivo lugar, llenando los formatos que para tal efecto entregan estos organismos.

La solicitud de inscripción debe contener entre otros los siguientes datos e informaciones:

- a) Nombre, identificación y nacionalidad del comerciante .
- b) Negocios o actividades a los cuales se dedica, señalando la dirección y domicilio de sus establecimientos y los suyos propios, así como el lugar donde desarrolla tales actividades de manera permanente.
- c) Indican su patrimonio líquido, relacionando los bienes en especial inmuebles, que posea.
- d) Determinan el valor o monto de su inversión para el desarrollo de las actividades mercantiles a los cuales se dedica.
- e) Señalan qué persona se encarga y autoriza para que administre sus negocios, enunciándole sus facultades.
- f) Presentar referencias de personas comerciales inscritas en el registro mercantil, así de entidades donde haya celebrado operaciones bancarias.
- g) Indican la denominación, actividad nombre y dirección del propietario, informes sobre propiedad o no del local, en tratándose de solicitud de matrícula mercantil para un

*establecimiento de comercio.*

*Las inscripciones se sujetarán al siguiente procedimiento :*

*a) El documento recibido para inscripción será radicado con anotación de la hora, el día, el mes y el año correspondiente*

*b) La Cámara expedirá al interesado un recibo de documento con anotación por separado de lo pagado por inscripción y publicaciones de la noticia, los recibos serán numerados.*

*c) Los documentos se inscribirán mediante extracto de su texto en los libros respectivos, tratándose de actos o documentos que se refieren a una misma persona deberá observarse estricto orden cronológico.*

*d) En los documentos registrados en las Cámaras de Comercio se insertará una constancia firmada por el secretario o quien haga sus veces debidamente autorizados por la Junta Directiva que deberá contener :*

*- Fecha de Inscripción*

*- Número de inscripción y libro correspondiente.*

e) Sin perjuicio de lo dispuesto en los literales a, c, de enunciados anteriores, las escrituras correspondientes a las sociedades mercantiles se inscribirán con especificación del nombre y tipo de sociedad, domicilio social, número de las escrituras, la fecha y notaría de su otorgamiento. En las escrituras de constitución se exigirá el nombre y apellido del representante legal, así sea provisional.

f) En relación con los libros de comercio, en la primera hoja del libro respectivo se firmará por el secretario o quien haga sus veces, una constancia de su registro, con indicación de la fecha, folio de registro, de la persona a quien pertenezca, del uso a que se destina y el número de hojas útiles las que serán rubricadas por dicho funcionario.

La solicitud de registro de los libros de comercio se elevará a la respectiva Cámara de Comercio, mediante comunicación suscrita por el representante legal, por el revisor fiscal o por el comerciante interesado; en ella se indicará el nombre del propietario de los mismos, el nombre de los libros, el número y fecha de la matrícula mercantil y el número de hojas útiles de que está compuesto cada uno. Los folios de los libros que se presentan deberán llevar numeración continua. Inscritos los libros, el secretario o quien haga sus

veces ordenará el archivo de la petición en la carpeta del comerciante.

g) Cuando un mismo documento contenga dos o más actos sujetos a registro en diferentes libros, dichos actos se registrarán en el respectivo libro y causarán los derechos que por cada inscripción dispone la ley.

h) Copia de los documentos, sujetos a inscripción quedará en poder de la Cámara de Comercio, con excepción de aquellos que la ley ordena devolver.

i) La inscripción de licencias de representantes y agentes viajeros se hará en forma de extracto que dé razón de lo sustancial del acto expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio.

La petición de los registros de documentos se negará mediante acto motivado con la firma del presidente y secretario de la respectiva Cámara de Comercio o en su defecto por el secretario y el jefe de registro mercantil autorizado por la Junta Directiva.

La cámara de Comercio donde haya doce miembros en la Junta

*Directiva, podrán autorizar la firma del director jurídico y al jefe de registro mercantil.*

*Documentos otorgados en el exterior.*

*los documentos suscritos en el exterior, que de acuerdo con la ley se deban inscribir en el registro mercantil deberán presentarse a la correspondiente Cámara debidamente autenticados por el respectivo agente consular de la República y en su defecto por el de una nación amiga. La firma del agente consular se abonará por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y si se trata de agentes consulares de un país amigo se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo, todo sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.*

*Para que los documentos extendidos en idioma distinto al castellano puedan ser registrados se requiere que la respectiva Cámara de Comercio se alleguen con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores o por un intérprete debidamente autorizado (artículos 3, 5, 7, 14, 15 res. 1353 de 1983, Superindustria).*

*Recibida la solicitud por parte de la Cámara de Comercio es*

ta responderá al comerciante en dos formas: manifestándole que ha quedado inscrito y que por lo tanto le otorga un determinado número, el que le corresponda en la siguiente enumeración del registro mercantil y el cual constituye su identificación para los efectos del caso. Pero también la Cámara de Comercio puede no admitir la solicitud del comerciante y este fenómeno negativo se presenta en los siguientes casos, evento en el cual la Cámara le plantea al comerciante cumplir con las observaciones y volver a hacer la petición.

1.- Cuando el comerciante no ha presentado los anexos que le legalmente exige la Cámara de Comercio, como por ejemplo la copia de la escritura pública de constitución de una sociedad mercantil.

2.- Cuando el comerciante o establecimiento que solicita inscripción se presenta con un nombre o denominación igual a la de otro que ya está matriculado y tal nombre no ha sido cancelado ni ha mediado autorización de la persona ya inscrita. Pero en tratándose de personas naturales que presenten casos de homónimos, la Cámara de Comercio solo pide al comerciante que utilice cualquier distintivo con miras a evitar confusión con otro ya inscrito.

3.- Cuando la Cámara de Comercio crea necesario que el comer

*ciente demuestre, aunque sea de manera sumaria los informes y datos presentados en la solicitud.*

## *5.6 LIBROS DEL REGISTRO MERCANTIL*

*El artículo 27 del Código de Comercio al determinar que las Cámaras de Comercio son las encargadas de llevar el registro mercantil, indica que corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio fijar los libros necesarios para el cumplimiento de tal finalidad, la forma de hacer las inscripciones y de más instrucciones complementarias. El artículo 20. de la Resolución 1353 de 1983 emanado de dicha Superintendencia, preceptuó que para efectos del registro mercantil se llevan los siguientes libros:*

*Libro J. De las capitulaciones matrimoniales y liquidaciones de sociedades conyugales. Se registrarán en este libro:*

*a.- Copia de la escritura pública o del documento privado mediante el cual celebren, modifiquen o revocuen capitulaciones matrimoniales, cuando el marido o la mujer o alguno de ellos sea comerciante.*

*b.- Copia de la providencia judicial de la escritura pública*

por medio de la cual se liquide la sociedad conyugal o se protocolice la sentencia que apruebe la liquidación de la misma, siempre que el marido y la mujer o alguno de ellos sea comerciante.

Libro JJ. De las incapacidades e inhabilidades. Se registrarán en este libro:

a.- Copia de la providencia por medio de la cual se declare o determine la inhabilidad o incapacidad para ejercer el comercio.

b.- Copia de la providencia por medio de la cual se suspende, revoque o dé por terminada la inhabilidad o incapacidad.

c.- Copia del acta o diligencia de posesión de un comerciante que lo inhabilite para ejercer el comercio, así como el documento que acredite la cesación de la inhabilidad.

Libro JJJ. Del Concordato y de la quiebra. Se registrarán en este libro.:

a.- Copia de la providencia que admite la solicitud del con

*condato preventivo potestativo.*

*b.- Copia del auto por medio del cual la Superintendencia de Sociedades autorice o convoque a la celebración del condato preventivo obligatorio.*

## *5.7 PERSONAS OBLIGADAS A INSCRIBIRSE*

*El principio general es que toda persona, natural o jurídica, que ejerza actividades mercantiles está obligada a inscribirse en el registro mercantil.*

### *5.7.1 Los Comerciantes*

*Cuando mencionamos a los comerciantes hacemos referencia al sujeto activo de las relaciones jurídicas mercantiles, enmarcadas éstas dentro de todo el contexto de las llamadas relaciones sociales que toman los hombres por el sólo hecho de vivir en sociedad, en comunidad, concretamente son relaciones sociales que adquieren los comerciantes en el amplio mundo de los negocios, de las transacciones, del mercado. Desde luego que el derecho comercial sólo atiende, sólo se ocupa y regula los casos que son de su competencia, que están bajo su órbita y por ello cuando cualquier tipo de relaciones so*

ciales obliga a regularlos, estaremos frente a relaciones jurídicas comerciales están encaminadas a producir efectos también jurídicos o de contenido mercantil.

Nuestra legislación comercial indica, señala, establece en diversas normas y disposiciones un sinnúmero de actos, de actividades en unos casos simples, en otros complejos que por establecenlo de manera taxativa, las somete a su disciplina, a su órbita, a su control. Si se piensa en actividades también puede deducirse en ellas la existencia de un número determinado de personas que intervienen, un derecho subjetivo atribuido a cada uno de esos sujetos, un deber jurídico que correlativo a cada persona interviniente y un objeto sobre el cual recae el interés de toda relación.

### 5.7.2 Las Sociedades

Las sociedades más que nadie ejecutan actividades mercantiles. Estas antes son en últimas comerciantes en la modalidad de personas jurídicas. La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social, se tienen por sociedades comerciales las forma

das para la ejecución de actos o empresas mercantiles.

### 5.7.3 Los auxiliares mercantiles.

Por ejercer actividades de comercio, por catalogarse como comerciantes, los auxiliares mercantiles, tales como corredores comisionistas, representantes de firmas nacionales y extranjeras, etc.

Tienen la obligación legal de inscribirse en el registro mercantil. Cuando nos referimos a estos auxiliares lo hacemos desde un punto de vista autónomo o independiente, porque también existen auxiliares subordinados o diferentes vinculados al comerciante por medio de un contrato de trabajo o nexos laborales.

Muchos auxiliares autónomos tienen por finalidad la intermediación, la colaboración, la promoción de productos, artículos y servicios del comerciante y cumplen en la mayoría de los casos funciones de mediación entre el público y los establecimientos comerciales.

Los auxiliares autónomos, en desarrollo de la ejecución de los actos mercantiles, pueden obrar de dos maneras: en el nombre

propio o por representantes por cuenta de si mismo o por cuenta de sus mandantes.

Las principales modalidades de agentes auxiliares autónomos o independientes son los seguros, los agentes comerciales, los comisionistas, los corredores, los agentes de seguros, los agentes de aduana, los mastilleros, los expedicionistas y los representantes.

Una modalidad de agentes auxiliares autónomos casi desconocidos en nuestro medio es la de los expedicionistas, cuya finalidad es la de encargarse de concluir con uno o varios portadores los contratos de transporte necesarios, pero sin asumir bajo su propio nombre y riesgo la ejecución del transporte, por cuenta de su comitente y mediante el pago de una remuneración.

En lo que hace a los agentes de aduana, tienen por objeto la gestión, el trámite aduanero respecto de importación y exportación de mercancías, al igual que el resto de operaciones que tengan relación con el mismo objeto. Diferente resulta la actuación de los agentes de cambio, quienes se encargan de la compra y venta de divisas y títulos - valores de contenido crediticio.

#### 5.7.4 El caso de las Sociedades de Hecho, irregular y las Comunidades

La sociedad es de hecho cuando no se constituye por escritura pública.

La sociedad de hecho es un contrato mediante el cual varias personas se asocian con el ánimo de hacer un aporte y distribuirse el producto obtenido con ocasión de la empresa formada, o como dice el artículo 98 del Código de Comercio por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo de sociedad o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad.

#### 5.8 INSCRIPCIÓN DE LIBROS, ACTOS Y DOCUMENTOS

Es obligación del comerciante inscribir en el Registro mercantil todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad. Se consagra en esta segunda obligación dos aspectos bien diferentes. Por un lado la inscripción de libros y por otra parte la inscripción de los actos y documentos. Observemos las dos situaciones.

A fin de tener un mejor control sobre las actividades mercantiles de los comerciantes la ley ha establecido una obligación de inscripción sobre determinados libros que los comerciantes tengan es ilimitado y cada cual puede determinarlos de acuerdo a sus necesidades. No todos sus libros se inscriben, pues legalmente sólo está obligado a unos tantos. En nuestro medio los comerciantes tienen de inscribir los siguientes:

a.- Libros de contabilidad.

b.- Libros de Registro de accionistas.

c.- Libros de actas de las asambleas.

d.- Libros de actas de junta de socios, y

e.- Libros de actas de las Juntas Directivas de las sociedades comerciales, sólo se obliga a inscribir los anteriores libros pero sólo en lo que cada uno le corresponde por ley. Los libros referidos tienen limitación y cuando se enumeran no significan que sean todos ellos los que deban inscribirse, pues existirán casos, como cuando se trata de un comerciante individualmente considerado, como persona natural, que sólo está obligado a inscribir sus libros de contabilidad pues los de

más no son de su esencia.

## 5.9 ASPECTOS COMPLEMENTARIOS

Además, de lo señalado en los numerales anteriores, algunos aspectos especialmente prácticos y de ocurrencia permanente, son necesarios aclarar, utilizando criterios debidamente sustentados por la Cámara de Comercio de Bogotá.

a.- En materia de adjudicación de bienes sucesorales es improcedente su inscripción cuando se deriva de una partición judicial llevada a cabo al amparo de leyes extranjeras.

b.- Las autorizaciones que conceden las sociedades mercantiles para actos jurídicos específicos no requieren inscripción en el registro mercantil. Si la función propia y característica del mencionado registro radica en la oponibilidad de los actos en él inscritos, lo cual sólo puede predicarse respecto de aquellos que no intervienen en la citada relación, debe concluirse entonces que el acta materia de los presentes comentarios cumple su función de acreditar la facultad de sociedad contratante, con su sola presentación frente a otra parte de la relación jurídica, sin que medie requisito de publicidad alguno.

c.- El hecho que las cooperativas utilicen algunas abreviaturas propia de una sociedad mercantil no implica que deban inscribirse en el registro mercantil, ni que corresponda a la Cámara de Comercio llevar su registro.

d.- No es viable el registro de embargo de bienes gravados con prenda sin tenencia cuando procede respecto de bienes cuya mutación no está sujeta a inscripción mercantil.

Debe entenderse que desde ese mismo momento se encuentra en el deber de registrar sus libros. Por ello se puede afirmar que, inscrita la sociedad en el registro mercantil, en forma inmediata debe presentarse a éste sus libros de comercio con el fin de que sean registrados.

De las actas de Juntas Directivas, se registrarán las correspondientes a los nombramientos de representantes legales, cuando se trata de un asunto de su competencia.

## CONCLUSION

Al finalizar nuestro trabajo vemos que el derecho comercial no ha existido siempre como rama diferenciada del derecho común pues su existencia depende de circunstancias especiales en la organización jurídica de cada nación y la más importante de que su contenido y características están determinados por el progreso y modificación constante de los factores económicos.

En la época en que el ciudadano romano se ocupó de aspectos mercantiles, se desarrollaba en el derecho romano en el período específico de la *cognitio extraordinem*, caracterizado por las amplias facultades del pretor, quien en la aplicación de *jus civile* atemperaba sus formas rígidas con un amplio criterio de equidad y reconocimiento de la buena fe.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De Responsabilidad Extracontractual en el derecho civil chileno. Imprenta Universitaria Santiago 1943.

DE SOLA CAÑIZARES, Felipe. Tratado de Derecho Comercial. Compu-  
nado, Montaner y Simón S. A. Barcelona 1963.

GAVIRJA GUTIERREZ, Enrique. Lecciones de Derecho Comercial Bi-  
blioteca Jurídica Dike Medellín 1987.

NARVAEZ, José Ignacio. Régimen Legal de las Sociedades Civiles  
y mercantiles. Legis Editores S. A. Bogotá 1980.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil Tomo I. Editorial Temis,  
Bogotá 1966.