

**DERECHO COMERCIAL:
ACTOS DE COMERCIO, EMPRESAS,
COMERCIANTES Y EMPRESARIOS***

**COMMERCIAL LAW: ACTS OF
COMMERCE, COMPANIES, MERCHANTS
AND ENTREPRENEURS**

*Alma Ariza-Fortich***

* Marcela Castro de Cifuentes, Uniandes y Temis, Bogotá 2009, 321 pp.

** Alma Ariza Fortich, Profesora Facultad de Derecho, Universidad de La Sabana, Bogotá, Colombia.

Contamos desde el segundo semestre del año anterior con este nuevo texto de Marcela Castro de Cifuentes, abogada de la Universidad de los Andes y máster en Derecho Comparado de la Universidad de Illinois. La Dra. Castro es profesora de la Universidad de los Andes, docente e investigadora de Obligaciones, Contratos y Derecho Comercial; directora de la *Revista de Derecho Privado* y autora del libro *El derecho de retención en las obligaciones civiles y mercantiles*, así como de varios artículos, entre los que se destacan “La responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales: Enfoques del derecho angloamericano y del derecho colombiano” y “Las reformas al Código de Comercio y la desprofesionalización del estatuto subjetivo del comerciante”.

El texto, concebido como manual, tiene el propósito de plantear los problemas de la mercantilidad como base a partir de la cual dar a entender el fundamento del derecho mercantil colombiano, al tiempo que proponer soluciones adecuadas a la interacción del derecho civil y el derecho comercial, a la luz del ordenamiento jurídico vigente (p. XII).

La obra, dividida en dos grandes capítulos, lleva a cabo el estudio del acto de comercio y de las consecuencias que se derivan de asumir la condición de comerciante a través de un detallado recuento doctrinario enriquecido con referencias jurisprudenciales. El texto sin lugar a dudas servirá como apoyo didáctico y herramienta de formación de futuros abogados, al igual que como referencia obligada de quienes ya ejercen la profesión.

En la primera parte, la autora busca delimitar el significado del acto de comercio, partiendo de un interesante y ameno recuento histórico del origen del derecho mercantil y de su ámbito de aplicación. Así, con apoyo de ilustres doctrinantes, señala que más que el comerciante, es el acto de comercio el punto de partida del derecho mercantil. Se detiene en los criterios que tradicionalmente la doctrina ha adoptado como elementos característicos del acto de comercio, acompañando una breve crítica a cada uno de ellos. Al final de este aparte, presenta su propuesta, no definitiva, respecto del elemento que definiría este tipo de actos. La primera tesis se centra en el criterio del ánimo de lucro o intención especulativa, que critica por no constituir realmente un elemento común a todos los actos de comercio y por obligar a acudir a predisposiciones subjetivas del sujeto/actor en el mercado, en aras de determinar la existencia de un acto de comercio. El ánimo de lucro es realmente un requisito de la condición de comerciante y no permite definir el acto como tal. Anticipa que es la onerosidad, y no el ánimo de lucro, lo que caracteriza los actos a los que nos referimos (o a algunos de ellos) y que se presenta en los eventos en que cada contratante se obliga a cumplir su prestación a cambio de la que recibe de su contraparte (p. 11).

La segunda tesis propone el criterio de intermediación como definidor del acto de comercio. Así, un acto mercantil será aquel que se lleve a cabo

para poner en contacto a productores y consumidores. Al respecto, la autora sostiene que si bien existen variados actos que tienen la finalidad de intermediación descrita, lo cierto es que algunos otros no conjugan con dicho objetivo y pese a ello son definidos igualmente como actos mercantiles (nums. 6, 10 y ss. del art. 20 C. de Co.).

La tercera tesis indica que los actos de comercio se realizan con carácter empresarial, es decir que se realizan en desarrollo de una actividad económica organizada, con carácter masivo y reiterado (p. 13). La autora critica esta propuesta por dos razones: por un lado, porque la empresa no se circunscribe exclusivamente a negocios comerciales en tanto se sirve también de actos no mercantiles y de otras disciplinas jurídicas; por otro lado, porque la estructura del artículo 20 del Código de Comercio, aunque expresamente incluye como actos mercantiles actividades relacionadas directamente con la empresa (producción, transformación y circulación de bienes y prestación de servicios [p. 14]), no se limita a ellas. En efecto, el artículo citado contempla también actos aislados pero mercantiles, sin que para ello importe la forma en que se realizan, o el hecho de que sean organizados o reiterados. De allí que la autora concluya que ninguno de estos tres criterios permite definir el acto de comercio.

Propone entonces, tentativamente, que serían actos de comercio aquellos actos patrimoniales y onerosos. Define lo primero por referencia a aquellos actos que producen modificaciones en el sujeto de derecho, aumentando o disminuyendo sus activos o pasivos (p. 15). Sin embargo, de inmediato reconoce que “existen instituciones típicamente civiles, tales como la sucesión por causa de muerte, el matrimonio y las relaciones de familia, que a pesar de ser extrapatrimoniales *per se*, tienen importantes implicaciones en el campo económico”. Concluye entonces que si bien los actos mercantiles tienen repercusiones patrimoniales, no es ese el elemento que los caracteriza. Lo propio ocurre con la onerosidad, pues aunque ciertamente ésta se incluye como requisito para algunos actos de comercio y un gran número de ellos son naturalmente onerosos, el acto formal de girar, otorgar, aceptar, garantizar o negociar títulos valores, así como la relación cambiaria que se origina con estas operaciones, típicamente mercantiles, no son como tales onerosos. Puede ser oneroso el negocio causal que le da origen al acto citado, pero el numeral 6 del artículo 20 del Código de Comercio hace relación exclusiva a los títulos valores y a la relación cambiaria que se origina de éstos.

Por todo lo puesto, la autora indica que no se encuentran elementos comunes en la descripción del artículo 20 de marras, y sin embargo el mismo, a través de la analogía, permite ampliar la aplicación del derecho mercantil a la realidad de negocios en permanente cambio. Por tanto, para determinar la naturaleza mercantil de un acto deberá observarse la vida económica, la

realidad de los negocios, a efectos de reconocer en ella nuevos actos de comercio, mutantes como el mercado en el que se desarrollan (p. 17).

Luego de analizar uno a uno los numerales del artículo 20 citado, Castro se adentra en la descripción de la empresa. Indica que se trata de una categoría esencialmente mercantil, y resalta que no existen en el derecho colombiano empresas civiles, de forma que la totalidad de las actividades empresariales se deben someter al derecho comercial, pese a reconocerse la existencia de actividades civiles organizadas que no alcanzan el concepto de empresa. Partiendo de este análisis, la autora señala que los actos que realice el empresario para lograr los fines de la empresa serán actos de comercio, y con ocasión de esta definición impone la explicación de los tres elementos estructurales de la empresa: actividad económica organizada (elemento objetivo), empresario mercantil (elemento subjetivo) y establecimiento de comercio (elemento funcional) (p. 41). Es justamente esta enunciación la que sirve de entrada para el análisis del establecimiento de comercio.

Al referirse al establecimiento de comercio, Castro enuncia cuatro teorías que intentan explicar su naturaleza: aquella que lo entiende como un patrimonio de afectación; aquella que lo concibe como un bien incorporal; la teoría atomística, y la acogida por la autora, la de la universalidad de hecho (p. 65).

Ahora bien, para quienes, como Castro, se han dedicado al estudio del derecho mercantil, el análisis adelantado en torno a los actos de comercio conexos explica cómo, a pesar de la inmersión del derecho mercantil en los terrenos del derecho privado, siguen existiendo actos civiles aun cuando sean llevados a cabo por comerciantes. Ello por cuanto “en nuestro sistema sólo (*sic*) los actos jurídicos civiles directa y estrechamente relacionados con la actividad principal del comerciante son conexos subjetivamente” (p. 87), y aquellos ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de las obligaciones comerciales serán conexos objetivamente. No obstante lo anterior, la autora se revela como defensora de la unificación de los regímenes civil y comercial de obligaciones y contratos, advirtiendo que mientras exista la dicotomía, deberá igualmente marcarse la distinción antes citada.

Finaliza esta primera parte guiando al lector a través de la enunciación de los actos de comercio y de los actos que no lo son, de conformidad con el Estatuto Mercantil. Para ello la autora no sólo acude a sus reflexiones personales sino que también se acompaña de doctrinantes y de importantes decisiones jurisprudenciales que aportan claridad al debate, así como de pronunciamientos de las Superintendencias y de la Cámara de Comercio de Bogotá. En este punto debe resaltarse el espacio que se le dedica al análisis del numeral 5 del artículo 23 del citado estatuto, referido a la no mercantilidad de la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales. Apoyada en un concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio y en decisiones del Consejo de Estado, la autora defiende que los sujetos que

prestan servicios inherentes a las profesiones liberales no son comerciantes, justamente por la precisión que a este respecto incluye el Estatuto Mercantil. En consecuencia, a estos actores no les son exigibles los deberes profesionales que la ley mercantil impone a los comerciantes, ni aun en los eventos en que tales actividades sean el objeto social de compañías, pues para estos casos, tales entes deberán calificarse como sociedades civiles. Concluye entonces que, si bien la constitución, funcionamiento, disolución y liquidación de las sociedades civiles se rigen por las normas mercantiles, en tanto no son comerciantes, las mismas no están sujetas a los deberes previstos en el artículo 19 del Estatuto Mercantil (p. 112).

Luego de referirse, uno a uno, a los casos en que se aplica y a aquellos a los que no alcanza el derecho comercial, siguiendo el orden fijado por el propio Código de Comercio, Castro se detiene en las implicaciones que tal estudio comporta, explicando así las fuentes del derecho comercial. Llamará el interés de los estudiantes de derecho y aun de los profesionales abogados el cuadro resumen de los criterios de delimitación entre derecho civil y derecho mercantil con el que termina el primer capítulo de la obra (p. 145) y que sirve de marco explicativo del mismo.

La segunda parte se refiere a las personas que habitualmente se dedican a la actividad de comercio: los comerciantes. Importante precisión inicia este acápite del texto, al introducir el estudio del régimen de comerciantes y empresarios: el régimen comercial se aplica a los actos mercantiles, sin paramientos en quién los realice, y de la misma manera, todas las personas, sean o no comerciantes, cuando lleven a cabo negocios jurídicos de naturaleza civil estarán sometidas, en cuanto al régimen de los mismos, al derecho común (p. 153).

Inicia la segunda parte del texto con la asimilación del comerciante con la persona que celebra y ejecuta actos de comercio como desarrollo de la actividad económica organizada, es decir, el empresario. Así, la autora hace extensiva la aplicación del Estatuto Mercantil a unos y otros. Y dentro de las particularidades del comerciante/empresario, en concordancia con lo manifestado en el primer capítulo, la autora reitera que la única distinción entre las sociedades civiles y las mercantiles reside en el objeto social para el que fueron creadas. En definitiva, en tanto realicen actos civiles, serán sociedades civiles, mientras que cuando el objeto social incluya la realización de actos mercantiles, será éste el elemento que identifique a la sociedad como mercantil (p. 164). Para que no quede duda sobre el argumento, se reitera que la Ley 222 de 1995, al derogar el régimen civil de las sociedades, no las hizo desaparecer. Por manera que si bien las sociedades civiles deben someterse al régimen del Estatuto Mercantil en cuanto al régimen societario, tal unificación no hace extensivas a las primeras las obligaciones del comerciante.

Tras explicar el concepto de comerciante y realizar las precisiones antes mencionadas, Castro se inserta en el estudio de las obligaciones derivadas de la condición de comerciante, y aprovecha tal exposición para detenerse en aspectos que giran en torno a las antedichas obligaciones, *v. gr.*, consecuencias jurídicas del incumplimiento, personas jurídicas sin ánimo de lucro, naturaleza de las cámaras de comercio, eficacia probatoria de los libros de comercio. Introduce, con ocasión de este último aspecto, ejercicios prácticos que permiten comprender los debates que pueden presentarse en torno a la reserva de los libros de comercio, incluyendo la solución que de este asunto diera la justicia (p. 209).

La autora reafirma el carácter didáctico del texto objeto de esta reseña, y luego de exponer el tema del empresario/comerciante, acompañada de debates y reflexiones que produce su traslado a la práctica, promueve el estudio de casos conducidos a través de la respuesta judicial de los mismos.

Ahora bien, sorprende que luego de explicar la condición de comerciante/empresario, tema que parecía haber sido comprendido en su totalidad en el capítulo anterior, casi al final del segundo capítulo la autora decida abrir un espacio para referirse nuevamente al empresario, ahora en sus diferentes acepciones jurídicas. Aprovecha, eso sí, este escenario para presentar importantes explicaciones en torno a las obligaciones tributarias del empresario. Castro se vale de la referencia al empresario constitucional para destacar que el ánimo de lucro es un elemento esencial para adquirir la calidad de comerciante, y para indicar que las personas jurídicas sin ánimo de lucro son empresarios en la acepción constitucional, pero no comerciantes o empresarios según el concepto mercantil (p. 277).

Para finalizar debe mencionarse que la división temática del texto resulta original respecto de las obras tradicionales de derecho mercantil colombiano. Lleva al lector de la mano a lo largo de los temas que va abordando e invita a su estudio, no sólo al recoger el debate que históricamente se ha planteado alrededor del acto de comercio, sino gracias al rigor de su escritura, sumando las referencias doctrinarias y jurisprudenciales con la solución de casos concretos, de común ocurrencia. De esta manera, la obra constituye un juicioso estudio de una temática que a pesar de no estar resuelta aún, sigue tocando a los profesionales y estudiosos del derecho privado, particularmente en lo que refiere a la solución de problemas jurídicos concretos.

Puede decirse, en conclusión, que este libro constituye una referencia obligada para cualquier estudio del tema, pero también puede resultar muy provechoso para quienes pretenden una aproximación a las cuestiones relativas al sujeto y el objeto de la actividad mercantil.

Público: académicos de la ciencia jurídica; público general interesado en derecho comercial.