



Vniversitas

ISSN: 0041-9060

revistascientificasjaveriana@gmail.com

Pontificia Universidad Javeriana

Colombia

Arcila-Salazar, Carlos Andrés

Derecho comercial: ¿derecho excepcional o derecho especial?

Vniversitas, núm. 114, julio-diciembre, 2007, pp. 31-47

Pontificia Universidad Javeriana

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82511403>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## **DERECHO COMERCIAL: ¿DERECHO EXCEPCIONAL O DERECHO ESPECIAL?**

*Carlos Andrés Arcila-Salazar\**

### **RESUMEN**

Para quienes sostienen que el derecho comercial es un derecho excepcional, ante una laguna de la ley comercial, hay que acudir a las normas del derecho civil, puesto que lo excepcional debe aplicarse estrictamente. Para quienes entienden que el derecho comercial es un derecho especial, la laguna legal se debe integrar con el agotamiento en primer término del sistema de fuentes formales que integran el derecho comercial, por lo cual se acudirá al derecho civil como última *ratio*, pues este no puede ser considerado como fuente del derecho comercial en la medida en que no lo crea, sino que es un ordenamiento común a todas las relaciones de carácter privado que carecen de reglamentación.

**Palabras clave:** derecho civil, derecho comercial, derecho excepcional, derecho especial.

*Fecha de recepción: Agosto 21 de 2007  
Fecha de aceptación: Septiembre 28 de 2007*

---

\* Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre Seccional Pereira, con especialización en Derecho Comercial y en Legislación Tributaria de la Universidad Pontificia Bolivariana. En la actualidad se desempeña como Jefe de la Sección Jurídica de la Red Megabanco Eje Cafetero del Banco de Bogotá S.A. Las opiniones expresadas en el presente documento son consideraciones personales del autor y, por ende, de su exclusiva responsabilidad, no comprometen la posición oficial del Banco de Bogotá S.A. o de cualquier otra entidad o institución respecto del tema tratado. Contacto: carlos.andres.arcila@gmail.com

## COMERCIAL LAW: EXCEPCIONAL OR SPECIAL LAW

### ABSTRACT

*For those who assert that Commercial Law is an exceptional law, because of the gaps within the commercial law, there is a need to refer to the Civil Law to strictly apply its exceptional elements. For those who understand the commercial law as a special law, legal gaps need to be integrated in first place with the system of formal sources that compose the Commercial Law and the referral to the Civil Law should constitute the ultimate ratio; the former cannot be understood as a source of the latter because Civil Law does not create Commercial Law. Instead, it should be considered as a common body of law to every private relationship lacking of any regulation.*

**Key words:** civil law, commercial law, exceptional law, special law.

### INTRODUCCIÓN

De antaño se ha discutido si el derecho comercial es o no es autónomo frente al derecho civil, toda vez que ambos derechos hacen parte del derecho privado, máxime que en nuestro país existen regímenes legislativos separados, pues contamos tanto con un Código de Comercio como con un Código Civil.

La importancia de este tema puede concretarse en la aplicación, por parte de la administración de justicia, del derecho comercial o del derecho civil a la solución de un conflicto mercantil cuando existe un vacío legal, pues si el derecho comercial es un derecho especial, no es una rama jerárquicamente inferior al derecho civil y la solución a sus lagunas se adelantará a través de su sistema de fuentes formales. Por el contrario, si se le considera como un derecho excepcional, ante un vacío en la normativa comercial, deberá acudirse inexorablemente al derecho civil a través del principio de integración normativa.

El presente escrito no tiene por objeto agotar la materia, ni mucho menos es una apretada síntesis de lo expuesto sobre el tema, pues además de ser presuntuoso, sería imposible de hacer. Por el contrario, expondremos la opinión que nos merece este tema, que respaldaremos en un análisis de nuestro ordenamiento jurídico mercantil vigente, que haremos de forma inductiva, así: en primer término ubicaremos el derecho comercial o mercantil dentro del marco general del derecho positivo, para lo cual recurriremos a la socorrida división de este en derecho público y derecho privado. En segundo término, y ubicando el derecho comercial, lo conceptualizaremos

y haremos una breve mención con respecto a su núcleo esencial, su contenido y sus características, para así proponer una definición del mismo que nos permita continuar con la exposición. Hecho lo anterior, en tercer término expondremos las posiciones doctrinarias sobre el tema objeto de estudio. En cuarto término, y expuestas las concepciones doctrinarias, expondremos nuestra posición, la cual argumentaremos en debida forma. En quinto término, y para finalizar, concretaremos las conclusiones que nos permitan terminar los comentarios hechos.

Establecido el derrotero de la exposición, antes de entrar en materia, es pertinente señalar que el valor de los comentarios contenidos en este documento estará en la crítica y el debate que generen, pues ese será su verdadero aporte.

## 1. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

Dentro de la teoría general del derecho existe multiplicidad de divisiones o clasificaciones del derecho<sup>1</sup>, pero para efectos de este escrito recurriremos a la bipartición tradicional del mismo entre derecho público y derecho privado, advirtiendo desde ya, que basta para lo pretendido referir una noción básica de la clasificación en comento.

El derecho público se refiere básicamente (i) a la estructura del Estado, (ii) a las relaciones de sus órganos y organismos y, (iii) en principio, a las relaciones del Estado con los particulares<sup>2</sup>. El derecho privado trata de las normas que regulan (i) las relaciones entre particulares y, por excepción, (ii) las relaciones entre particulares y el Estado, cuando este actúa como particular<sup>3</sup>.

De la anterior división del derecho, nos interesa el derecho privado como género regulador de las relaciones jurídicas entre particulares. Siendo

---

1 Entendemos el derecho desde el doble aspecto en que se manifiesta: como derecho objetivo, es decir, como un conjunto de normas reguladoras que se imponen coercitivamente sobre un determinado grupo social, pues provienen de autoridad; y como derecho subjetivo, o sea, como la facultad de obrar atribuida a una persona frente a los demás o frente a una cosa, facultad que exige al grupo social actuar en la forma requerida por el titular de la atribución.

2 Como ejemplos de Derecho Público podemos citar, entre otros, el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Penal, etc., cuyas normas son imperativas pues se sobreponen las necesidades de orden social sobre las de orden particular, por lo cual no pueden ser modificadas por intereses individuales.

3 Sus normas son predominantemente de orden privado, es decir, prima la voluntad de los particulares, siendo un claro ejemplo el Derecho Comercial, aunque actualmente mediante el fenómeno de la publificación del Derecho Privado, las normas de Derecho Público se imponen en algunas actividades como, por ejemplo, cuando existe intervención estatal en una actividad de iniciativa particular, pues por intereses de orden social se exige el cumplimiento de determinados requisitos, por lo cual la actividad no se deja al libre albedrío de los particulares.

el derecho privado el género, encontramos el derecho civil y el derecho comercial como sus especies<sup>4</sup>.

Con respecto al derecho civil, la doctrina enseña que es el “conjunto de normas jurídicas que regulan en forma especial las instituciones de la *personalidad, de la propiedad y de la familia*”<sup>5</sup>. Decimos nosotros que es un conjunto de normas que regulan (i) a la persona en sus manifestaciones primarias, (ii) a la persona como ser social (familia), (iii) su patrimonio (soporte económico) y (iv) la transmisión de ese patrimonio a los miembros de su familia con ocasión de su muerte.

En cuanto al derecho comercial, nos referiremos a él a continuación.

## **2. DERECHO COMERCIAL**

Es necesario precisar desde ya que el comercio es el núcleo fundamental del derecho comercial o mercantil. Teniendo en cuenta lo anterior, más que entrar a hacer una breve reseña histórica sobre el derecho comercial, consideramos más relevante referirnos someramente con respecto a los siguientes puntos: (i) concepto histórico y económico del comercio, (ii) contenido del derecho comercial, (iii) características del derecho mercantil y, finalmente, (iv) definición de derecho comercial. La evolución histórica del derecho comercial en general y, particularmente en Colombia, puede ser consultada, entre otras, en las obras de los maestros José Ignacio Narváez García<sup>6</sup>, Ramón E. Madriñán de la Torre<sup>7</sup> y Jairo Medina Vergara<sup>8</sup>.

### **2.1. Concepto histórico y económico de comercio**

En un momento de nuestra historia el hombre entiende que debe abandonar su condición individualista para poder integrarse a un grupo, pues el sentido gregario del ser humano lo hace entender que para satisfacer ciertas necesidades requiere lo que otros pueden ofrecerle, por lo que su capacidad productiva con respecto a determinados bienes y servicios, a veces excesiva, puede conjugararse con la de otros individuos del grupo mediante el intercambio o comercio de estos, para satisfacer sus propias necesidades y las de la comunidad de la que ya hace parte.

4 Hay quienes sostienen que el Derecho Comercial no tiene autonomía científica, toda vez que no tiene principios generales que le sean propios, sino que los comparte con la otra rama del Derecho Privado, el Derecho Civil; simplemente regulan distintas materias, siendo el Derecho Civil el “Derecho o Tronco Común”.

5 VALENCIA ZEA, ARTURO Y ORTIZ MONSALVE, ÁLVARO. *Derecho civil, parte general y personas*, Tomo I. Decimosexta Edición. Bogotá, D.C. Temis. 2006, pp. 22 y 23.

6 *Derecho comercial colombiano, parte general*. Tomo I. Novena Edición. Bogotá, D.C. Legis. 2002 (primera reimpresión), pp. 1-37.

7 *Principios de derecho comercial*. Novena Edición. Bogotá, D.C. Temis. 2004, pp. 5-29.

8 *Derecho comercial, parte general*. Tercera Edición. Bogotá, D.C. Grupo Editorial Ibáñez. 2006, pp. 19-55.

Durante ese proceso permanente de intercambio o comercio de bienes y servicios el individuo, no insularmente considerado sino como parte de un grupo, entiende que le es bastante complicado demandar directamente de cada uno de los integrantes del grupo lo que requiere para satisfacer sus necesidades y las de su grupo familiar y, a la vez, ofrecer todos aquellos bienes y servicios que no precisa y que pueden satisfacer las necesidades de otros. Es allí donde surge el intermediario, es decir, un punto medio entre productores y consumidores y que de manera profesional, a cambio de ganancia en la intermediación por intercambio de bienes o de una remuneración por la prestación de servicios, viene a resolver el problema de orden práctico expuesto.

Ese intermediario llamado comerciante, cuya actividad es especial por los actos que realiza, se convierte en el primer aspecto que se va a tratar por parte del derecho comercial, lo cual se puede evidenciar en nuestro Código de Comercio<sup>9</sup>, pues su Libro Primero trata “De los comerciantes y de los asuntos de comercio”, es decir, el “Estatuto personal o profesional”, según ha sido definido por la doctrina<sup>10</sup>. A ese estatuto personal o profesional se agregan por extensión, el estatuto real —bienes de naturaleza mercantil destinados al ejercicio de actividades comerciales—; el estatuto contractual —contratos mercantiles típicos<sup>11</sup>; el estatuto procedural —concordatos, por ejemplo—; el estatuto para la navegación marítima, fluvial y aérea; y otros que por su especialidad son objeto de reglamentación separada —estatuto financiero—.

## 2.2. Contenido

Doctrinariamente se han sostenido diversas concepciones sobre el contenido del derecho comercial<sup>12</sup>, pero todas parten básicamente de dos grandes nociones: la subjetivista y la objetivista. Brevemente expondremos estas posiciones doctrinarias.

La concepción subjetivista enseña que se tienen como mercantiles las actividades realizadas por los comerciantes, que a su turno corresponden a

9 Decreto número 410 de 1971 “Por el cual se expide el Código de Comercio”.

10 VELÁSQUEZ-RESTREPO, CARLOS ALBERTO, *Instituciones de derecho comercial*, Cuarta Edición. Medellín. Señal Editora. 2003, p. 98.

11 Debe entenderse por contrato típico aquel que ha sido regulado y reglamentado por la ley, de manera que entre otras cosas, esta lo reconoce, establece sus efectos y modalidades. Como contrapartida a los contratos típicos, encontramos los contratos atípicos, los cuales son definidos en líneas generales como aquellas “... figuras negociables no reconocidas en forma expresa por la ley, pero sí por la sociedad, siempre y cuando no contraríen normas de orden público o las buenas costumbres” (véase RENGIFO-GARCÍA, ERNESTO, “*Interpretación del contrato atípico a la luz de la jurisprudencia colombiana*”, *Los contratos en el derecho privado*. Primera Edición. Bogotá, D.C. Universidad del Rosario y Legis. 2007, p. 47).

12 Derecho de los comerciantes, de la empresa, de los actos de comercio, de los actos realizados en masa, de los negocios, etc.

quienes aparecen registrados en los libros previstos por las legislaciones para poder ejercer el comercio. De otra parte, la concepción objetivista señala que el carácter mercantil lo determina la repetición en el tiempo de ciertos actos, los cuales comportan la presencia de conductas constantes que conllevaban a que ciertas actividades sean calificadas como mercantiles, aunque quien las realice no sea comerciante<sup>13</sup>.

De combinar las anteriores concepciones surgen los actos de comercio, los cuales se presentan en actos absolutos de comercio y actos relativos de comercio. Los primeros se refieren a aquellos actos naturalmente mercantiles, calificados así sin consideración a las partes. Los segundos corresponden a aquellos que son mercantiles dependiendo de la presencia de un comerciante, por lo cual, el acto se tendrá como comercial para ambas partes o para aquella que tiene dicha calidad. Esta combinación tiene importancia a la hora de administrar justicia, pues en países como el nuestro con legislación comercial y civil separada, los operadores jurídicos, a la hora de desatar las controversias, deberán previamente definir si el acto que origina la *litis* es mercantil o civil.

Lo cierto es que hoy en día el contenido del derecho comercial ha superado las anteriores concepciones y corresponde al resultado de conjugar diversos factores como, por ejemplo, el advenimiento del capitalismo y de la industria, la aparición del crédito y su protección, la actividad aseguradora, el régimen societario, en fin, un sinnúmero de fenómenos que día a día nutren nuestra legislación mercantil y amplían su contenido.

Por lo anterior, sea cual fuere la posición que se adopte, consideramos que siendo nuestro Derecho de aquellos que se denominan legislado y siguiendo al maestro JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ-GARCÍA, el contenido de la materia mercantil es dado por la legislación: “Tal materia tiene su peculiar dinamismo al impulso de las transformaciones económicas, sociales y culturales. Y en la medida en que la ley dota de valor jurídico nuevos hechos, situaciones y relaciones que impone el respectivo grado de desarrollo, sobreviene la mutabilidad de sus linderos”<sup>14</sup>.

---

13 De las concepciones de corte objetivista queremos resaltar una que modernamente está haciendo carrera, es decir, aquella cuyo fundamento son los actos realizados en masa en forma profesional, tendencia que califica el contenido de la materia no desde los actos aislados de comercio, sino en cuanto a la función repetitiva de las actividades de los comerciantes, por lo cual la calidad de las partes que intervienen ha cedido su puesto ante formulaciones de carácter general concretadas en condiciones de contrataciones uniformes que impiden a la larga la discusión de los términos que regularán las relaciones generadas.

14 NARVÁEZ-GARCÍA, JOSÉ IGNACIO, *Op. cit.*, pp. 70.

## 2.3. Características

Las principales características del derecho mercantil son las siguientes:

### Publificación

La publificación o intervencionismo estatal es un fenómeno que se predica del derecho privado y, particularmente del derecho comercial, pues el Estado social de derecho interviene en las actividades de los particulares. Ejemplo de lo expuesto es lo que habíamos mencionado con respecto a la intervención estatal en una actividad de iniciativa particular que, por intereses de orden social, demanda el cumplimiento de determinados requisitos, por lo cual la actividad no se deja al libre albedrío de los particulares. Concretando el ejemplo, podemos mencionar la regulación de las tarifas de los servicios públicos ya sean prestados por un operador estatal o particular.

### Profesionalismo

La calidad de comerciante determina el criterio de aplicación de sus normas. Lo anterior se concreta en la capacidad y habilidad para ejercer el comercio, las inhabilidades, la pérdida de la calidad de comerciante, las obligaciones de los comerciantes, la responsabilidad en el ejercicio del comercio, etc.

### Carácter consuetudinario

El derecho comercial es el producto de un proceso de evolución que nace de la realidad de las actividades comerciales, con el propósito de adecuar las normas que regulan la materia a las necesidades de sus destinatarios, es decir, es un derecho de formación inductiva, pues aunque existen unos principios generales, se fundamenta primariamente en la realidad que lo circunda para derivar de ella su permanente actualidad.

### Internacionalización

El dinamismo que fue adquiriendo ese proceso elemental de intercambio o comercio de bienes y servicios a nivel de pequeñas comunidades en el ámbito local y nacional, trascendió las fronteras y pasó a niveles internacionales, borrando estas y haciendo a las naciones cada vez más permeables a todo cuanto sucede en otros ámbitos geográficos. Esto comportó la formulación de nuevas figuras que permitieran resolver los problemas en principio locales y nacionales, ahora de orden internacional. Como ejemplo puede traerse el proyecto sobre títulos-valores elaborado a petición del Instituto para la Integración de América Latina “INTAL”,

por el profesor mexicano RAÚL CERVANTES AHUMADA, el cual permitió establecer en su momento las tendencias legislativas en que se movían nuestros países<sup>15</sup>.

### **Formalismo**

Aunque en derecho mercantil existe la preponderante tendencia a la libertad de formas contractuales, pudiendo las partes exteriorizar su voluntad sin requisitos solemnes para el efecto, lo cierto es que también se ha hecho necesario dejar constancia escrita de las transacciones comerciales, para evitar la inexistencia o nulidad del acto o contrato. Para ejemplificarlo lo dicho, piénsese en los títulos-valores, los cuales nacen a la vida jurídica, previo el cumplimiento de requisitos esenciales y taxativos señalados por la ley comercial, regulaciones que tienen como propósito dar protección al crédito.

### **Ordenamiento especial**

El derecho comercial regula aspectos diferentes, novedosos y cambiantes que no son tratados por el derecho civil, pues demandan principios particulares que parten de la realidad dinámica del comercio.

#### **2.4. Definición**

ROBERTO MANTILLA-MOLINA, citado por RAMÓN E. MADRIÑÁN DE LA TORRE<sup>16</sup>, entiende que el derecho comercial es “el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, y regulan estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos”. A su turno, ALFREDO ROCCO, citado por JAIRO MEDINA-VÉRGARA<sup>17</sup>, entiende que el “derecho mercantil es el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones nacidas en la industria comercial”.

Compartimos las anteriores definiciones, pero para el caso de nuestro ordenamiento jurídico mercantil, consideramos que un concepto de derecho comercial debe partir de los estatutos que regula, por lo cual, proponemos la siguiente definición: el derecho comercial o mercantil corresponde a un conjunto de normas jurídicas obligatorias que regulan (i) a las personas que habitual y profesionalmente realizan actos de comercio; (ii) los bienes de naturaleza mercantil destinados al ejercicio de actividades comerciales; (iii) los contratos mercantiles típicos; (iv) los aspectos procedimentales como, por ejemplo, los concordatos; y (v) lo relacionado con la navegación marítima, fluvial y área. Téngase presente que

15 En cuanto al Proyecto de ley uniforme del INTAL sobre títulos-valores, concretamente una comparación ilustrativa con el Código de Comercio colombiano, véase el siguiente texto: NARVÁEZ-GARCÍA, JOSÉ IGNACIO, *Derecho comercial colombiano títulos-valores*, Tomo VI. Segunda Edición. Bogotá, D.C. Legis. 2002, pp. 9-42.

16 MADRIÑÁN DE LA TORRE, RAMÓN E., *Op. cit.*, p. 3.

17 MEDINA-VÉRGARA, JAIRO, *Op. cit.*, p. 89.

existen estatutos que, aunque no aparecen regulados expresamente en el Código de Comercio, no significa que no sean de orden mercantil, pues su especialidad demanda regulación separada. Como ejemplo tenemos la reglamentación sobre instituciones financieras y los monopolios.

### 3. POSICIONES DOCTRINARIAS

#### 3.1. El derecho comercial es un derecho excepcional

Sea lo primero advertir que, cuando se hace referencia a un derecho excepcional, se quiere significar que existen normas de mayor alcance y jerarquía a las cuales se les introducen derogaciones o modificaciones en aspectos parciales, por lo cual el *ius singulare* en cuanto contradice el derecho común constituye una excepción a este.

Los partidarios de esta tesis sostienen que el derecho comercial forma parte del derecho privado, pero que como tal no puede considerarse que el mismo sea junto con el derecho civil especies del género derecho privado, pues tal división supondría una igualdad que en realidad no existe; pues el derecho civil constituye el derecho o tronco común de las relaciones jurídicas entre particulares, y el derecho comercial corresponde al conjunto de reglas de excepción que surgen con ocasión del comercio.

#### 3.2. El derecho comercial es un derecho especial

Por derecho especial se quiere referir a un derecho que regula una materia propia, toda vez que no contradice el derecho común sino que aparta categorías, actos y cosas del ámbito de este con el objeto de someterlos a un régimen específico.

Los defensores de esta tesis indican que en cuanto el derecho comercial es especial, su interpretación y lagunas pueden resolverse por extensión analógica, toda vez que esta es fuente formal de primer orden por disposición expresa del Código de Comercio<sup>18</sup>.

Afirman los cultores de esta posición que si el sistema de fuentes formales no se agota, incluida la aplicación analógica, se daría preferencia al Código Civil, lo cual comporta un alejamiento de la materia comercial de su disciplina legislativa más congruente y específica, tal cual le es dada por el Código de Comercio.

<sup>18</sup> En materia civil sucede todo lo contrario, pues la analogía es una fuente secundaria y subsidiaria, según el tenor del artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

### **3.3. Posición ecléctica**

Como posición intermedia, la posición ecléctica asume que el derecho comercial es a su vez especial y excepcional, toda vez que hay materias del derecho mercantil que solo se regulan en ese derecho como, por ejemplo, los títulos-valores; y otras materias que están reguladas en derecho comercial, pero constituyen un apartamiento excepcional de normas del derecho civil, siendo ejemplo de ello la regulación de las obligaciones o de los contratos, materias sobre las cuales encontramos una regulación completa en el derecho civil; pero el Código de Comercio también las disciplina, incorporando ciertas normas diferentes que se justifican por su aplicación en el campo de las actividades mercantiles.

## **4. NUESTRA POSICIÓN**

### **4.1. Prolegómenos**

Negar la especialidad del derecho comercial o mercantil es sencillo, porque el argumento que permite atacarlo es que ninguna rama del derecho puede jactarse de tener independencia frente a las demás, menos el derecho mercantil, el cual nace dentro del derecho civil y como una desviación suya en forma de excepción. Las razones de las excepciones que el derecho comercial introduce a las reglas comunes del derecho civil son de diferente índole, y basta para estos comentarios mencionar solo algunas de ellas.

Una es la necesidad de un refuerzo del crédito, pues este corresponde a la base misma de la vida de los negocios, toda vez que el comerciante no puede prescindir del crédito, tanto del que él necesita como del que él confiere, instituyéndose así normas excepcionales en materia de contratos y de obligaciones como, por ejemplo, los mecanismos de tutela del crédito —el concordado—. Otra es la rapidez que exigen las operaciones de comercio, pues el tiempo es precioso, por lo que conviene eliminar todos los factores de discusión y vacilación. Ejemplo de lo anterior es el aligeramiento de las pruebas de los contratos<sup>19</sup>.

Para quienes niegan la especialidad del derecho comercial, las diferencias entre este y el derecho civil no son de principios sino de caracteres, de rasgos en la formación de los contratos y de peculiaridades de las obligaciones comerciales, por lo cual no puede existir la independencia defendida por algunos.

Defender, en cambio, la especialidad del derecho comercial, es más complejo, mas no imposible. Es claro que el derecho comercial no es una rama jerárquicamente

---

19 Contratos verbales, aun cuando se obliga a asentar en los libros tales operaciones.

inferior al derecho civil, ni mucho menos un apéndice de este, máxime que el derecho civil es el producto de una decantación histórica bastante antigua de principios generales abstractos, los cuales son reconocidos universalmente, pudiendo estudiarse mediante la aplicación de estos principios en forma deductiva. El derecho comercial, *contrario sensu*, tal y como lo dijimos anteriormente, “es el producto de un proceso de evolución que nace de la realidad de las actividades comerciales, con el propósito de adecuar las normas que regulan la materia a las necesidades de sus destinatarios, es decir, es un derecho de formación inductiva, pues aunque existen unos principios generales, se fundamenta primariamente en la realidad que lo circunda para derivar de ella su permanente actualidad”.

#### 4.2. Posición adoptada

El derecho comercial en la actualidad, luego de seguir un proceso de integración similar al de otras ramas del derecho, ha adquirido sustantividad propia, toda vez que se ha emancipado de las otras ramas del derecho positivo; pero es necesario advertir que todas ellas se prestan mutuo auxilio, aunque tal servicio, como ya lo mencionamos, no significa que ellas no sean autónomas las unas de las otras.

La especialidad del derecho comercial parte de los primeros artículos del Código de Comercio, pues consagran las fuentes formales de este derecho y una jerarquía en el orden de aplicación de las mismas. Los asuntos mercantiles se rigen por las normas mercantiles. Si no encontramos solución allí, se debe recurrir a la analogía interna, es decir, a la regulación de casos semejantes; pero de orden mercantil, no civil. Si por analogía interna tampoco se puede dar solución, la costumbre mercantil, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos para su validez, será el siguiente paso a seguir, pues esta tiene la misma fuerza normativa de la ley mercantil. Lo anterior implica que no siendo el derecho civil creador del derecho mercantil, se podrá acudir a sus normas en forma subsidiaria y, siempre y cuando no se hubiere podido encontrar la solución en el sistema de fuentes mercantiles. Sin embargo, cuando es la propia ley mercantil la que invoca la regulación civil, esta ya no será de aplicación subsidiaria sino principal, dándose allí el denominado reenvío de normas.

Establecidos los pilares de la especialidad del derecho comercial, el punto neuralgico de la discusión radica en si esta rama del derecho es o no es autónoma. La autonomía que el derecho mercantil en sí mismo considerado tiene con respecto a otras ramas del derecho, inclusive el derecho civil, se manifiesta en tres aspectos, a saber: (i) autonomía legislativa, (ii) autonomía jurídica<sup>20</sup> y (iii) autonomía didáctica. Analizaremos a continuación en forma resumida este punto.

20 Es también llamada dogmática o científica.

Nuestro derecho mercantil tiene autonomía legislativa, pues sus normas corresponden a un conjunto orgánico con independencia formal, toda vez que tal y como lo dijimos desde la introducción a estos comentarios, “en nuestro país existen regímenes legislativos separados, pues contamos tanto con un Código de Comercio como con un Código Civil”.

A su turno, la autonomía jurídica de nuestro ordenamiento jurídico mercantil se evidencia por un conjunto de principios<sup>21</sup> que le son propios, es decir, puede ser interpretado a través de estos. Baste con citar unos ejemplos para comprobar lo dicho. El principio de la celeridad, el cual es expuesto por los detractores de la especialidad del derecho comercial con otro alcance, no como principio sino como característica o rasgo excepcional en la formación de las obligaciones y contratos comerciales, es en realidad un principio del derecho mercantil que se evidencia en la prontitud en las transacciones y el establecimiento de procedimientos expeditos o exentos de ritualidades pesadas, sin arriesgar, por supuesto, la seguridad de las partes, pero es más importante la voluntad declarada que la voluntad interna; por el contrario, no es de la naturaleza del derecho civil tal celeridad, pues este prefiere la seguridad de los contratantes con pesados formalismos y, aunque reconoce la libertad contractual, persigue siempre establecer lo querido por estos, antes que la voluntad declarada. También podemos mencionar el principio de la primacía de los usos, prácticas y costumbres como factores propios del ámbito de las relaciones mercantiles y con la misma autoridad que la ley comercial, según las voces del artículo 3º de nuestro Código de Comercio, situación que es ajena al derecho civil, pues este se manifiesta mediante norma escrita, por lo cual la costumbre ha cedido su lugar a la ley, es decir, es una fuente supletiva y subordinada a esta<sup>22</sup>. Existen

21 Cuando hablamos de un sistema de normas como las que corresponden al Derecho Comercial, es común que empecemos a considerar su estructura, por lo que indefectiblemente nos vemos abocados a revisar las múltiples distinciones teórico-estructurales de las normas. Para el caso que ocupa nuestra atención, la más importante es la distinción entre reglas y principios, importando para tal efecto los últimos, los cuales determinan la autonomía que defendemos. Existen diferentes criterios para diferenciar una regla de un principio, aunque son utilizados indistintamente. Teniendo en cuenta el alcance de estos renglones, citaremos solamente algunos criterios a manera de ejemplo que sirven a este propósito, sin antes advertir que existen otros más. La generalidad ha servido para distinguir los principios de las reglas, enseñando que los primeros son normas de un grado de generalidad alto, mientras las segundas tienen un nivel de generalidad bajo. Existe también el criterio de la especialidad, opuesto a la generalidad, por lo que principio será una norma relativamente general y la regla es una norma relativamente especial. Ambas posiciones tienen como punto de partida el grado. Existen otros criterios como son el de la determinabilidad de los casos a los que se aplican unos y otros, por la forma de su génesis (normas creadas y normas desarrolladas), por su contenido valorativo, etc. Cada quien establecerá qué criterio diferenciador se ajusta más a sus necesidades, aunque ninguno es lo suficientemente completo para tipificar unos u otros. Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos decir que los principios son aquellas normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro las posibilidades jurídicas y fácticas que el medio donde se pretende hacer cumplir permite, por lo que los mismos pueden ser cumplidos en diferente grado. Las reglas son normas que son o no son cumplidas, es decir, son válidas si puede hacerse lo exactamente en ellas exigido, ni más ni menos.

22 Sobre la costumbre en materia civil debe revisarse el artículo 13 de la Ley 153 de 1887, el cual establece que “La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva”. Respecto de esta norma, la Corte Constitucional mediante fallo de efectos condicionados, sentencia

muchos otros principios como, por ejemplo, el principio de la internacionalidad, el cual se explica por sí mismo; el principio de la preferencia por las soluciones propiamente mercantiles, el cual se sustenta en las reglas contenidas en los artículos 1° a 4° inclusive del Código de Comercio, por lo cual el apoyo en la legislación civil será la última *ratio* y, siempre y cuando, agotado el sistema de fuentes del derecho comercial, no se encuentre en ellas la solución buscada al caso concreto; el principio de la preservación de la empresa comercial, pues el derecho mercantil, entre otras normas, establece reglas para su protección como las consagradas para establecimientos de comercio contenidas en los artículos 515 y siguientes y los procedimientos en casos de crisis económicas —L. 222/95<sup>23</sup>, L. 550/99<sup>24</sup> y L. 1116/2006<sup>25</sup>—.

La autonomía jurídica del derecho mercantil es evidenciable a partir de su contenido, pues es allí donde descansan sus principios. Esta autonomía y, arriesgándonos a ser redundantes en ese punto, se prueba básicamente con su sistema de fuentes formales, el cual difiere sustancialmente del que tiene el derecho civil<sup>26</sup>.

Con respecto a la autonomía didáctica, aunque no tiene la relevancia de las anteriores, consideramos pertinente traerla a colación, pues esta es una prueba más de la autonomía del derecho comercial. La extensión e importancia teórico-práctica del derecho comercial, así como su codificación de fondo y forma, justifican la autonomía de su enseñanza universitaria. En nuestras facultades de derecho existen al lado de las cátedras tradicionales de derecho civil (general y personas, bienes, obligaciones, contratos y sucesiones), cátedras de derecho comercial (parte general, títulos-valores, sociedades parte general, sociedades parte especial, etc.), por lo que si el derecho mercantil fuese excepcional, no tendría razón de ser su enseñanza separada, toda vez que simplemente la intensidad horaria se ampliaría para que dentro de las asignaturas de derecho civil se enseñasen “las normas excepcionales de derecho comercial”. La realidad de las facultades de derecho de nuestras universidades muestra otra cosa.

---

C-224 del 5 de mayo de 1994 MP JORGE ARANGO MEJÍA, la declaró exequible en el sentido que la expresión “moral cristiana” significa “moral general” o “moral social”.

23 Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.

24 Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley.

25 Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones.

26 En materia comercial, la analogía es fuente formal de primer orden por disposición expresa del Código de Comercio, artículo 1°; en materia civil sucede todo lo contrario, pues la analogía es una fuente secundaria y subsidiaria, según el tenor del artículo 8° de la Ley 153 de 1887.

Ahora bien, establecida la autonomía del derecho comercial o mercantil y por ende, su especialidad, es necesario mencionar que nuestro ordenamiento sustantivo mercantil permite a los partidarios de la posición ecléctica afirmar el carácter excepcional del Derecho Comercial en materia de obligaciones y contratos, posición que, si bien es cierto puede tener sustento legal, su fundamento debe ser analizado con detenimiento. En efecto, el artículo 822 del Código de Comercio a la letra reza:

“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.

La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley”.

Una lectura rápida y desprevenida de la norma transcrita permitiría concluir que nuestro derecho comercial o mercantil, al menos con respecto al régimen de las obligaciones y de los contratos, es excepcional, por manera que aquello no regulado expresamente por el Código de Comercio se rige por el derecho civil en los asuntos señalados en el artículo 822 *ídem*.

No obstante lo anterior, una lectura más concienzuda de la norma muestra que si bien en materia de obligaciones y contratos mercantiles la norma en comento permite pensar que las normas civiles tienen el mismo rango de las normas comerciales, es indefectible tener en cuenta la salvedad referida al final del primer inciso del pluricitado artículo: “...a menos que la ley —entiéndase ley mercantil— establezca otra cosa”. Esta salvedad demanda la obligada verificación de reglas mercantiles que inexorablemente desplazan el ordenamiento civil. Tal situación es verificable a través de una la lectura del Título I del Libro IV del Código de Comercio, la cual permite establecer que existen materias que, aunque tienen regulación en ambos regímenes por principios y no por “características o rasgos excepcionales en la formación de las obligaciones y contratos comerciales”, difieren ostensiblemente las unas de las otras, por lo cual la reglamentación comercial no es excepcional. Analícese, por ejemplo, la teoría de la imprevisión en contratos de trácto sucesivo consagrada en el artículo 868 *ejusdem*, la cual en derecho civil es rechazada para los contratos bajo el principio de *pacta sunt servanda* consagrado en el artículo 1602 del Código Civil. En la materia en comento, la seguridad jurídica es valorada bajo parámetros sustancialmente disímiles, pues en derecho civil los jueces no pueden variar la forma de ejecutar los contratos, inclusive, los de ejecución diferida, pues el contrato es ley para las partes y, aunque existe la fuerza mayor, la misma también difiere de la imprevisión

en la medida que esta requiere que los hechos imprevisibles e insuperables no permitan bajo ninguna circunstancia el cumplimiento del contrato, mientras en aquella, los hechos imprevisibles, bajo los parámetros del artículo 868 del estatuto sustantivo mercantil, no comportan imposibilidad absoluta en la ejecución del contrato sino que lo dificultan de tal manera que su realización se vuelve demasiado onerosa, lo cual amerita su revisión<sup>27</sup>.

Así como la teoría de la imprevisión existen otras muchas materias en las condiciones anotadas en el párrafo que antecede. Piénsese, por ejemplo, en la cesión del contrato consagrada en los artículos 887 a 896 del Código de Comercio que supone, entre otras cosas, la autorización de la cesión salvo estipulación en contrario, pues se excluye la autorización del contratante cedido. La figura en comento es extraña al derecho civil, pues este lo que permite es la transferencia del vínculo obligatorio a título singular —crédito—, por acto entre vivos, mediante la cesión de créditos y el pago con subrogación, mecanismos que requieren el cumplimiento de requisitos *sine qua non*, sin los cuales no se pueden perfeccionar<sup>28</sup>.

Existen, por otro lado, materias reguladas en forma diferente tanto en derecho comercial como en derecho civil. Por mencionar solo una, recordemos la solidaridad pasiva, la cual en materia comercial es la regla general —artículo 825 del Código de Comercio—, mientras que en materia civil constituye la excepción —artículo 1568 del Código Civil—.

Ahora bien, aunque no aparezcan consagrados expresamente en materia civil el abuso del derecho y el enriquecimiento sin causa, no quiere decir que le sean ajenos a esta, pues su elaboración a partir de la jurisprudencia y la doctrina permiten afirmar sin dubitación y hesitación alguna su existencia. En derecho comercial corresponden a materias expresamente consagradas en los artículos 830 y 831, respectivamente. Aunque estas materias, cuyo nombre más apropiado es el de principios, son desarrollados a partir del derecho civil por circunstancias que escapan a estos párrafos, consideramos que los mismos corresponden a principios generales del derecho que comparten todas las ramas —penal, administrativo, laboral, constitucional, etc.—, por lo cual no puede predicarse su exclusividad en cuanto al derecho civil.

27 Al respecto puede verse la siguiente obra: SUESCÚN MELO, JORGE, “Un análisis comparativo de algunos aspectos del régimen de obligaciones y de contratos en general del Código de Comercio y del Código Civil”, Derecho Privado Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo I. Segunda Edición. Bogotá, D.C. Universidad de los Andes y Legis. 2005 (segunda reimpresión), pp. 11-70.

28 Ibíd.

El derecho comercial surge de circunstancias especialísimas<sup>29</sup> que la rigidez y anacronismo del derecho civil o “común” no pueden regular, por lo cual es posterior a este y aunque parte de una deficiencia de este, hoy en día ha alcanzado lo que párrafos atrás llamamos “sustantividad propia”, pues se ha emancipado de las otras ramas del derecho positivo, concretamente del derecho civil, adquiriendo autonomía tanto jurídica como legislativa y didáctica, según se ha expuesto, lo que lo convierte en un derecho especial y no excepcional, como sostienen algunos.

## **CONCLUSIONES**

Uno de los rasgos más descollantes del derecho comercial radica en que es un derecho global/internacionalizado; pues como tuvimos la oportunidad de mencionarlo, las relaciones económicas son cada vez más internacionales, por lo que este derecho ha tenido que serlo también, para lo cual diversos organismos trabajan en su normativización internacional<sup>30</sup>.

La especialidad del derecho comercial tiene sus pilares en su sistema de fuentes formales, el cual puede verificarse en los primeros artículos del Código de Comercio, sistema con respecto al cual nuestros operadores jurídicos por cuestiones de hermenéutica jurídica ignoran, pues tienen la proclive tendencia a apelar al derecho civil o “común” para resolver los temas mercantiles que se les plantean, sin tener en cuenta lo preceptuado por los artículos en comento, particularmente, el 1º y el 3º.

El derecho comercial tiene un conjunto de principios propios, por medio de los cuales puede ser interpretado, principios que le dan la autonomía jurídica —científica o dogmática— que los detractores de su especialidad niegan, los cuales descansan sobre el contenido mismo de la materia mercantil.

En nuestro medio, afirmar de entrada y categóricamente que el derecho comercial es excepcional en lo que respecta a obligaciones y contratos, es apresurado, pues la norma que sustenta esa afirmación —artículo 822 del Código de Comercio—, contiene a la vez una salvedad que, tal y como lo comentamos, “... demanda la obligada verificación de reglas mercantiles que inexorablemente desplazan al ordenamiento civil”.

De lo comentado pudiera parecer que la adopción de una u otra posición o una posición intermedia no afecta mayormente; pero lo cierto es que esto importa cuando estamos frente a la aplicación, por parte de la administración de justicia, del derecho comercial o del derecho civil a la solución de un conflicto mercantil cuando existe un vacío legal.

29 Entre otras, formación empírica.

30 Como ejemplo podemos citar los Principios Unidroit en las Relaciones Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

## BIBLIOGRAFÍA

- MADRIÑÁN DE LA TORRE, RAMÓN E., *Principios de derecho comercial*, Novena Edición. Bogotá, D.C. Temis. 2004.
- MEDINA-VERGARA, JAIRO, *Derecho comercial, parte general*, Tercera Edición. Bogotá, D.C. Grupo Editorial Ibáñez. 2006.
- NARVÁEZ-GARCÍA, JOSÉ IGNACIO, *Derecho comercial colombiano, parte general*, Tomo I. Novena Edición. Bogotá, D.C. Legis. 2002 (primera reimpresión).
- NARVÁEZ-GARCÍA, JOSÉ IGNACIO, *Derecho comercial colombiano, títulos-valores*, Tomo VI. Segunda Edición. Bogotá, D.C. Legis. 2002.
- RENGIFO-GARCÍA, ERNESTO, “*Interpretación del contrato atípico a la luz de la jurisprudencia colombiana*”, *Los contratos en el derecho privado*. Primera Edición. Bogotá, D.C. Universidad del Rosario y Legis. 2007.
- SUESCÚN-MELO, JORGE, “*Un análisis comparativo de algunos aspectos del régimen de obligaciones y de contratos en general del Código de Comercio y del Código Civil*”. *Derecho privado estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Tomo I. Segunda Edición. Bogotá, D.C. Universidad de los Andes y Legis. 2005 (segunda reimpresión).
- VALENCIA-ZEA, ARTURO y ORTIZ-MONSLAVE, ÁLVARO, *Derecho civil, parte general y personas*. Tomo I. Decimosexta Edición. Bogotá, D.C. Temis. 2006.
- VELÁSQUEZ-RESTREPO, CARLOS ALBERTO, *Instituciones de derecho comercial*. Cuarta Edición. Medellín. Señal Editora. 2003.