50 AÑOS DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Cámara de Comercio de Bogotá
#SOYEMPRESARIO

tirant lo blanch
HOMENAJES & CONGRESOS

50 AÑOS DEL CÓDIGO DE COMERCIO

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

María José Añón Roig
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

Ana Cañizares Laso
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

Jorge A. Cerdio Herrán
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México

José Ramón Cossío Díaz
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Owen Fiss
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

José Antonio García-Cruces González
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

Luis López Guerra
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

Javier de Lucas Martín
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

Víctor Moreno Catena
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

Francisco Muñoz Conde
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Angelika Nussberger
Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia

Héctor Olasolo Alonso
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Tomás Sala Franco
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

Tomás S. Vives Antón
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

Ruth Zimmerling
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

50 AÑOS DEL CÓDIGO DE COMERCIO

tirant lo blanch
Bogotá, D.C. 2021

Copyright ® 2021

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

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

---

50 años del Código de Comercio / Ingrid Gueter, coordinadora. – 1. edición. – Bogotá: Tirant lo Blanch, 2021.

399 páginas.

ISBN: 978-84-1113-646-4

1. Derecho comercial – Colombia. 2. Código de Comercio – Historia – Colombia. 3. Cámara de Comercio de Bogotá (CCB) – Publicaciones. I. Gueter, Ingrid, coordinadora. II. Título.

LC-KHH1054.31971

346.86107-DDC

Catalogación en publicación de la Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

---

© VV. AA.

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
Calle 11 # 2-16 (Bogotá D.C.)
TELFS.: 4660171
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.com/co/
ISBN: 978-84-1113-646-4
MAQUETA: Innovatext

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

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

Índice

REVISTA DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ N.º 3..... 17
REVISTA DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ N.º 4..... 219

PRESENTACIÓN

Para la Cámara de Comercio de Bogotá (CCB) es un honor presentar a los empresarios, a las empresarias y a la comunidad jurídica colombiana esta reedición de las revistas números 3 y 4 de nuestra entidad, que fueron publicadas en el año 1971 con el propósito de conmemorar la expedición del Código de Comercio colombiano.

Esta codificación cumple ya cincuenta años de vigencia y ha sido de vital importancia para el desarrollo empresarial y comercial del país y, por lo mismo, ha trazado buena parte del marco normativo en el que la CCB desarrolla sus actividades.

Esta publicación contiene artículos escritos por importantes juristas de nuestro país, algunos hicieron parte de la Comisión Redactora del Código de Comercio y expresan de manera clara las novedades que introdujo esta normativa para el tráfico mercantil y, por supuesto, para las cámaras de comercio.

Por esta razón, esta publicación es un homenaje al Código de Comercio, a sus redactores y doctrinantes que, durante más de cinco décadas, han desarrollado varias de las instituciones jurídicas incorporadas en este estatuto, consolidando en un legado jurídico de alta relevancia para el derecho comercial, para los empresarios, las empresarias y la comunidad en general.

NICOLÁS URIBE RUEDA
Presidente Ejecutivo
Cámara de Comercio de Bogotá

PRESENTACIÓN

El derecho comercial ha sido una pieza fundamental en el crecimiento económico de un país, pues de las normas con que cuenten comerciantes y empresas depende, en gran medida, un adecuado flujo de negocios, la competitividad y el fortalecimiento del tejido empresarial. Por esta razón, contar con un estatuto en materia comercial ha sido siempre un gran reto para cualquier Estado y Colombia no es la excepción.

Antes de que fuera expedido el actual Código de Comercio colombiano, en materia mercantil se contaba con las disposiciones contenidas en la Ley 57 de 1887 y otras innumerables normas dispersas en leyes y decretos posteriores a esta, que pretendían ir resolviendo la dinámica propia de comerciantes y el empresariado, por lo que la primera gran novedad y avance en materia jurídica fue contar con un Código especializado para comerciantes, que atendiera lo propio de su naturaleza y que organizara por libros las temáticas de su entorno negocial.

Este logro se debió a la ardua labor de grandes juristas, catedráticos y tratadistas de nuestro país, quienes se dedicaron a analizar las regulaciones mercantiles modernas para el momento, con el fin de identificar las disposiciones que requerían de su adaptabilidad a las nuevas realidades de comerciantes y aquellas instituciones necesarias para llevar el derecho comercial colombiano a una nueva etapa.

Por eso, esta publicación tiene como objetivo no solo resaltar los cincuenta años del Código de Comercio sino homenajear a aquellos ilustres miembros de la Comisión Redactora que entregaron el insumo necesario para que el Gobierno nacional, mediante el Decreto Extraordinario 410 del 27 de marzo de 1971, expidiera el Código de Comercio que rige a la fecha.

Respecto de las cámaras de comercio, la normativa que nos trajo el Código de Comercio no indicó una mutación significativa a la idea que tradicionalmente ha tenido el legislador al concebir la naturaleza, funciones y finalidad de estos entes camerales, como órganos privados, con la característica especial de ser colaboradores del Gobierno nacional al fungir como órganos consultivos y, además, administrar los registros públicos que le sean delegados. No obstante, se dedicó a regular de manera detallada

y precisa las funciones de estas entidades y el Registro Mercantil como el instituto que las caracteriza por excelencia, siendo este el principal pilar sobre el cual se despliega la función registral de las cámaras de comercio hasta la actualidad.

Para nosotros como entidad cameral, el Código de Comercio ha sido la columna vertebral normativa para la aplicación e interpretación de los actos de comercio sujetos a registro y demás asuntos que por competencia les atañen a las cámaras de comercio.

El Código de Comercio es el estatuto de obligatoria referencia para quienes nos dedicamos a los asuntos relacionados con comerciantes y, por lo mismo, es el principal fundamento legal al momento de realizar cualquier operación mercantil o acto de comercio.

No obstante, como consecuencia natural de la constitucionalización del derecho, que obliga a entender toda institución jurídica a la luz de los preceptos constitucionales de 1991, de la inflación, dispersión y atomización normativa reinante, de las tendencias internacionales de codificación, y del dinamismo y evolución permanente del derecho comercial, es necesario hacer un estudio en beneficio de la unificación normativa en materia de obligaciones y contratos, junto con otras reformas.

Desde la Cámara de Comercio de Bogotá rendimos un homenaje al Código de Comercio y resaltamos con admiración la labor intelectual y jurídica que se encuentra implícita en esta obra.

MANUELITA BONILLA ROJAS
Vicepresidente Jurídica
Cámara de Comercio de Bogotá

PRÓLOGO

Las obras son, casi siempre, producto de la imaginación, el conocimiento, la experiencia y el trabajo de muchas personas que, en diferentes momentos, contribuyen a su creación o a su desarrollo. El Código de Comercio que rige en Colombia hace 30 años no es una excepción.

Por ello, además y con el ánimo de rendirle un homenaje a quienes participaron en su concepción, redacción, revisión y expedición, hemos decidido reimprimir como prólogo de esta reedición el que apareció publicado en la primera edición oficial del Código de Comercio, que fue hecha por el Ministerio de Justicia, previa revisión del Honorable Consejo de Estado, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 2037 del Decreto-Ley 410 de marzo 27 de 1971.

"El Ministerio de Justicia ofrece en este volumen la edición oficial del Código de Comercio, expedido por medio del Decreto-Ley 410 del 27 de marzo de 1971 en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso al presidente de la República en la Ley 16 de 1968, numeral 15. La edición ha sido revisada y corregida por el Honorable Consejo de Estado, como lo dispuso el propio Decreto 410, en aplicación del artículo 28 de la Ley 167 de 1941."

"La expedición de este nuevo Código de Comercio ha sido el fruto de largos y cuidadosos trabajos jurídicos realizados por muy calificados expertos del país en esta rama del derecho privado. En efecto, en febrero de 1953 el gobierno, siendo ministro de justicia el doctor José Gabriel de la Vega, encomendó el estudio de un proyecto de Código a una Comisión que estuvo integrada por los doctores Manuel Barrera Parra, Hernán Copete, Emilio Robledo Uribe, Rafael Ruiz Manrique, Carlos Mario Londoño y Antonio del Castillo M., quienes durante dos años se dedicaron a cumplir su difícil encargo, logrando avanzar en la preparación de un valioso material. Esta comisión fue sustituida a finales de 1954 por otra formada por los doctores Víctor Cock, José Gabino Pinzón, Álvaro Pérez Vives, Efrén Ossa y Emilio Robledo Uribe, la cual trabajó hasta 1958 en la elaboración del proyecto que fue presentado ese mismo año a la consideración del Congreso Nacional por *el* entonces ministro de Justicia, doctor Rodrigo Noguera Laborde. El Senado acometió *el* estudio del proyecto y de la enjundiosa ex-

posición de motivos con que fue acompañado, impartiéndoles finalmente su aprobación en los debates reglamentarios, con algunas modificaciones, al título preliminar y a los libros primero y Segundo. Empero, no fue posible que el Congreso convirtiera el proyecto en ley de la República porque a este cuerpo, tan complejo en su composición y funcionamiento, no le es fácil expedir un Código muy extenso y detallado como el de Comercio. Por ello, el legislador de 1968 optó por el recurso excepcional de revestir al presidente de la República de facultades extraordinarias en el numeral 15 de la Ley 16 de ese año "para que, previa una revisión final hecha por una comisión de expertos en la materia, expida y ponga en vigencia el proyecto de ley sobre Código de Comercio que se halla a la consideración del Congreso Nacional".

"Para cumplir con el mandato legal, el Gobierno constituyó la Comisión encargada de adelantar la revisión ordenada y preparar el proyecto definitivo, adoptando como base el que se encontraba al estudio del Congreso. Esta Comisión, en el curso de los tres años en que se consagró con diligencia y celo ejemplares al cumplimiento de su cometido, estuvo integrada por los eminentes juristas Emilio Robledo Uribe, quien presidió sus trabajos, Álvaro Pérez Vives, José Gabino Pinzón, José Ignacio Narváez, Samuel Finkielsztein, Hernando Tapias Rocha, Gabriel Escobar Sanín, William Villa Uribe, León Posse Arboleda, Humberto Mesa González, Efrén Ossa, Luis Carlos Neira y Daniel Manrique Guzmán, este último como secretario* (1). Durante sus deliberaciones la comisión escuchó las opiniones de los más autorizados voceros y asesores de los diversos gremios mercantiles, afectados en mayor grado por la legislación en estudio, y estuvo asistida por los organismos especializados del Estado, en particular por lo expertos del Ministerio de Desarrollo, del Departamento de Aeronáutica Civil, la Dirección de Marina Mercante y de la Superintendencia de Sociedades, bajo la dirección de los doctores Moisés Prieto y Rómulo González Trujillo. Es justo dar aquí testimonio del reconocimiento del Gobierno a todos los miembros de esta Comisión, sin cuyo concurso y sabiduría acaso no habría sido posible la expedición de este estatuto."

"Desde 1958, cuando presentó a la consideración del Congreso el proyecto de ley respectivo, el Gobierno estuvo consciente en todo momento de la conveniencia y necesidad de expedir un nuevo Código de Comercio, pues las transformaciones producidas por el gran incremento de las relaciones mercantiles hacían urgente dotar al país de normas legales que recogieran las formas modernas de nuestro comercio; y no hay que olvidar que el Código vigente es sustancialmente el mismo que implantó el Estado de Panamá en 1869, adoptado en Colombia por la Ley 57 de 1887 al cons-

tituirse como República Unitaria, complementado en el decurso de los años por una larga serie de leyes y decretos cuya consulta resulta altamente dispendiosa. En este sentido, la sola codificación por materias en un solo cuerpo de disposiciones constituye, por sí misma, un avance importante".

"*(1) Dada la especialidad de las materias, para la preparación de los proyectos sobre propiedad industrial, derecho marítimo, derecho aéreo y seguros, la Comisión se asesoró de sendos comités de expertos integrados por los doctores Manuel Pachón Muñoz, Pedro Castillo Pineda, Jesús Rodríguez Medina, Juan Fernando Cobo, Cap. de Corbeta Guillermo Sarmiento, Juan Uribe Uribe, Arturo Arias Arango, Hernando Herrera Abello, Diego Pardo Tovar, Humberto Ruiz Varela, Cap. Germán García Rico, Ernesto Vásquez Rocha, Álvaro Quiñones y William Salazar.

Actuaron como secretarios de estos comités, que estuvieron siempre presididos por un miembro de la Comisión, Edgar Villamizar, Miguel Ángel García y Lucila Acevedo."

Esta transcripción parcial del citado prólogo recoge los hechos más importantes que precedieron la expedición del Código y creemos es un importante testimonio de la labor de los destacados juristas que participaron en esta obra.

REVISTA DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ N.º 3

Breve Historia de la Reforma del Código de Comercio

El Registro Público de Comercio en el Nuevo Código

Las Sociedades en el Nuevo Código de Comercio. (Primera Parte).
Por J. Gabino Pinzón

La Naturaleza Jurídica de las Cámaras de Comercio en el nuevo Código de Comercio.
Por Jaime Vidal Perdomo

Bibliografía Jurídica Colombiana.
Por Jorge Ortega Torres

El Contrato de Seguro en el Nuevo Código de Comercio.
Por J. Efrén Ossa G.

Un Nuevo Enfoque del Derecho Mercantil Colombiano.
Por José Ignacio Narváez García

La Nueva Legislación sobre Propiedad Industrial.
Por Manuel Pachón Muñoz

El Establecimiento de Comercio.
Por Ramón Madriñán de la Torre

"Los Títulos-Valores" en el Nuevo Código de Comercio.
Por Emilio Robledo Uribe

"Los Títulos-Valores" en el Nuevo Código de Comercio.
Por el Profesor Álvaro Pérez Vives

De los Contratos Bancarios en el Nuevo Código de Comercio.
Por León Posse Arboleda

Los Libros de Comercio.
Por Luis Carlos Neira Archila

El Régimen Penal de Quiebra
Por Servio Tulio Ruiz

Año 1 — BOGOTÁ JUNIO DE 1971 — NÚMERO 3 — PRECIO $20.00

Contenido

El Tema 23

Breve historia de la reforma del Código de Comercio 25

La naturaleza jurídica de las cámaras de comercio en el nuevo Código de Comercio 37

El Registro Público de Comercio en el nuevo Código 51

Las sociedades en el nuevo Código de Comercio (Primera Parte) 59

El establecimiento de comercio 83

Los "Títulos-valores" en el nuevo Código de Comercio 95

Los Títulos-Valores en el nuevo Código de Comercio 101

De los contratos bancarios en el nuevo Código de Comercio 105

Los Libros de Comercio 115

El Contrato de Seguro en el nuevo Código de Comercio (D. L. Nº. 410 de 1971) .. 131

Un nuevo enfoque del Derecho Mercantil Colombiano 145

La Nueva Legislación sobre Propiedad Industrial 149

El régimen Penal de la quiebra 175

Bibliografía jurídica colombiana 205

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ

JUNTA DIRECTIVA

PRINCIPALES	SUPLENTES
Sr. Alberto Galofre Henríquez	Sr. Daniel de Bedout
Sr. Manuel Trujillo Venegas	Sr. Álvaro Barrera Castro
Sr. Darío Vallejo Jaramillo	Dr. Uriel Jaramillo Botero
Sr. Alfonso Restrepo Grillo	Sr. Juan B. Pombo
Sr. José Carulla Soler	Sr. Roberto Pradilla Jaramillo
Sr. Germán Uribe Holguín	Dr. Guillermo Sánchez P.
Sr. Carlos A. Bermúdez	Sr. Emilio Rubio Díaz
Dr. Carlos Ardila Lulle	Dr. Eduardo Camacho Gómez
Sr. Juan Pablo Ortega	Sr. Guillermo Wiesner R.
Sr. Aurelio Ramos Henao	Sr. Diego Robledo U.
Dr. José Gómez Pinzón	Sr. Humberto Vega Lara
Dr. Alberto Díaz Rubio	Sr. Carlos A. Mendoza
Dr. Jorge Pinzón Markous	Sr. Juan Buraglia
Dr. José Mejía Salazar	Sr. Roberto París Gaitán
Sr. Enrique Páez del Río	Sr. Eduardo González C.

Presidente: Sr. Alberto Galofre Henríquez
Vicepresidente: Dr. Jorge Pinzón Markous
Delegado de los vocales: Sr. Germán Uribe H.
Secretario general: Dr. Fernando Santos Silva
Subsecretario: Dr. Delio Gómez Leyva
Director del Centro de Información Económica de Bogotá: Dr. Luis Javier Duarte Riveros.

REVISTA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ

AÑO 1 • BOGOTÁ, JUNIO DE 1971 • NÚMERO 3
LICENCIA EN TRÁMITE EN EL MINISTERIO DE GOBIERNO

DIRECTORES
FERNANDO SANTOS SILVA
GUILLERMO GÓMEZ MONCAYO

COMITÉS ASESORES DE LA DIRECCIÓN

ECONÓMICO
Fernando Sanz Manrique
Hugo Sin C.
Jorge Franco Holguín
Aníbal López Trujillo

CULTURAL
Jaime Duarte French
Fernando Cepeda
Daría Achury Valenzuela
Jaime Jaramillo Uribe

JURÍDICO
Juan Rafael Bravo
Gabriel Melo Guevara
Álvaro Pérez Vives
Gabino Pinzón
Jaime Vidal Perdomo

La Dirección de la Revista advierte que las tesis u opiniones sostenidas por los colaboradores de la misma no comprometen el pensamiento de la Cámara de Comercio de Bogotá, el cual se expresa oficialmente por intermedio de su junta directiva.

El Tema

En marzo de este año el Gobierno nacional, en uso de las facultades especiales que le confiere el Congreso, expidió el Código de Comercio que habrá de regir desde el 1º de enero del año próximo.

A lo largo de todos los tiempos se le ha concedido al comercio especial importancia como factor de riqueza y desde el momento en que comenzó el intercambio de productos se fueron normalizando sus actividades para acrecentarlas y rodearlas de las debidas seguridades.

En el año 1825, en el semanario La Miscelánea, que se editaba en Bogotá, se agitaban los temas de comercio y se afirmaba "que los pueblos sin comercio exterior están reducidos a un estado salvaje, pobre y miserable". De la misma manera, se acentuaba la fuerza de intercambio porque "hace florecer la agricultura, la vida a las artes y anima la industria".

Los periodistas de 1825 insinuaban los temas que debería tener en cuenta el gobierno para fomentar el comercio y señalaban los de las comunicaciones y "aun conceder premios y recompensas a los empresarios. Conceder privilegios igualmente a toda clase de proyectos que hagan productivos los elementos de riqueza que poseemos".

Desde entonces, en nuestro medio se ha estado legislando sobre las varias especialidades que abarca el comercio, hasta llegar al código que regulará sus actividades en el futuro.

Las nuevas disposiciones son materia de análisis y nuestra Revista, por medio de eminentes colaboradores, en esta y futuras ediciones presentará opiniones de expertos que abundarán en el mejor conocimiento de las reglamentaciones de la actividad comercial.

Queremos llamar la atención hacia la reproducción de los comentarios de la miscelánea, insertados en la sección de documentos.

Breve historia de la reforma del Código de Comercio

POR J. GABINO PINZÓN

El Decreto Extraordinario 410, de 27 de marzo de 1971, contiene el tercer Código de Comercio expedido para el país desde cuando se organizó como nación independiente. Y representa la culminación de aspiraciones que empezaron a manifestarse desde principios del siglo, al mismo tiempo que está llamado a determinar el punto de partida de una nueva legislación comercial, no solamente porque deroga íntegramente toda la legislación anterior sobre las materias reguladas en él, sino porque tendrá que iniciarse pronto una serie de reformas que subsanen sus notorias deficiencias.

I

Como introducción al tema central de este comentario, conviene recordar que la legislación comercial anterior al código que acaba de expedirse, se divide en tres etapas muy bien definidas: la primera, la de la legislación española, que se cierra con el Código de Comercio de 1853; la segunda, la que siguió a esta fecha y se cerró por la Ley 57 de 1887 con la adopción de los códigos todavía vigentes; y la tercera, la de los códigos de 1887, con sus innumerables reformas, que quedará clausurada el 1º de enero de 1972, cuando entre a regir el nuevo código.

a) En la primera de las etapas indicadas estuvo rigiendo, en general, la legislación española, tanto en lo civil como en lo comercial. Porque los autores de la Constitución de 1821 –a diferencia de los estadistas modernos y de quienes tienen o se toman su asesoría, que creen que hay que reformar por reformar, aunque sea improvisando– pensaron, como verdaderos **viri prudentes,** que las instituciones jurídicas ya establecidas no pueden ser abolidas de un tajo, por cuanto ellas constituyen la savia que nutre y vigoriza toda sociedad organizada. Por eso en el artículo 188 de la Constitución de aquel año se dijo expresamente 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 expidiera el Congreso".

Dentro de este orden de ideas, la ley de 13 de mayo de 1825, sobre procedimientos civiles, dispuso la prelación con la cual debían ser aplicadas las leyes por todos los tribunales del país, "civiles, eclesiásticos y militares", así: "1º Las decretadas o que en lo sucesivo se decreten por el Poder Legislativo; 2º Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas de gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808, que estaban en observación bajo el mismo gobierno, en el territorio que forma la República; 3º Las leyes de la **Recopilación de Indias;** 4º Las de la **Nueva Recopilación de Castilla;** 5º Las de las **Siete Partidas".** A lo cual debe agregar que, por medio de la ley de 23 de mayo de 1836, se completó en materia comercial lo previsto en la ley de 13 de mayo de 1825, *al* someter las controversias entre comerciantes a los jueces y procedimientos ordinarios, "conforme con lo dispuesto en las **Ordenanzas de Bilbao,** y en su defecto por las leyes comunes". Es decir, que en esta forma se dio prelación en materia comercial a este verdadero y extraordinario Código de Comercio que empezó a ser elaborado desde la época misma en la que se descubrió el continente americano y que fue sancionado por Felipe V en 1737, para que rigiera así en todos los territorios a los cuales se extendía el impero español.

Una ley bastante importante de esta época fue la de 4 de mayo de 1852, sobre tribunales y procedimientos comerciales, que aunque de vida efímera, orientó el derecho del país en el sentido de que, paralelamente a la jurisdicción civil o común, hubiera una jurisdicción especial para los asuntos de comercio. Así fue como el derecho comercial nacional, desde su infancia misma, empezó a tratar de organizar esa jurisdicción especial de comercio, con procedimientos distintos de los comunes, con el fin de proveer a la solución de los conflictos entre comerciantes casi **"sine strepitu et sine figura iudicii",** como se hacía en los primitivos tribunales consulares, es decir, "guardando la justicia a las partes, y conociendo, y determinando la dicha causa por estilo de entre mercaderes, sin libelos, ni escriptos de abogados, salvo solamente la verdad sabia, y al buena fe guardada como entre mercaderos, sin dar lugar a luengas de malicia, ni a plazo, ni a dilaciones de abogados", como se dice en el capítulo I, número 1, de las ya mencionadas Ordenanzas de Bilbao.

b) La segunda etapa se inició el 1º de junio de 1853 con la sanción del primer Código Nacional de Comercio, que comprendía toda la materia que en 1887 se dividió en un Código de Comercio Terrestre y un Código de Comercio Marítimo. Este código de 1853 era, en línea general, el códi-

go de comercio expedido en España el año 1829, no obstante que recibió retoques de alguna importancia, como la adopción del criterio objetivo del código de Napoleón en la determinación de la calidad de comerciante, la supresión del título V, sobre jurisdicción especial del comercio, la fijación de las fuentes del derecho comercial y del orden de su aplicación (artículo 1.107), etc. Con este código terminó la vigencia de la legislación comercial española, pues que su artículo 1.110 fue explícito en que "quedan derogadas las Ordenanzas de Bilbao y todas las disposiciones sustantivas sobre comercio que hasta ahora hayan regido en la República".

El código de 1853 fue de corta vigencia, por cuanto al empezar a regir la Constitución de 1858, empezaron los Estados soberanos a expedir o adoptar sus códigos de comercio terrestre. Por eso del código de 1853 solo siguió rigiendo el libro tercero, sobre comercio marítimo, materia sobre la cual no podían legislar los Estados seccionales. Pero esta materia fue posteriormente objeto del Código de Comercio para los Estados Unidos de Colombia, adoptado en 1870, vaciado en el molde del Código de Comercio Chileno de 1866. Así fue, pues, como se produjo la división del derecho comercial en un código nacional de comercio marítimo y en código seccionales de comercio terrestre, que, en su mayor parte, fueron más o menos los libros correspondientes del código de 1853, adoptado directamente o a través del código de Cundinamarca.

c) Abolido el sistema federal por la Constitución de 1886, trató de unificarse inmediatamente la legislación del país, mediante la Ley 57 de 1887, sobre adopción del código, en cuyo artículo 1º se dispuso que "Regirán en la República, noventa días después de la publicación de esta ley, con las adiciones y reformas de que ella trata, los códigos siguientes: el Civil de la Nación, sancionado el 26 de mayo de 1873; el de comercio del extinguido Estado de Panamá, sancionado el 12 de octubre de 1869, y el nacional sobre la misma materia, edición de 1874, que versa únicamente sobre comercio marítimo; el Penal del extinguido Estado de Cundinamarca, sancionado el 16 de octubre de 1858; el Judicial de la Nación, sancionado en 1872, y reformado por la Ley 76 de 1873, edición de 1874; el Fiscal de la Nación, y las leyes y decretos con fuerza de ley relativas a la organización y administración de las rentas nacionales; y el Militar nacional y las leyes que lo adicionan y reforman".

De esta suerte fue como el derecho comercial siguió dividido en dos códigos: el marítimo, que fue el libro tercero del código de 1853 hasta cuando en 1870 se expidió uno nuevo, tomado del código chileno de 1866, del cual se hizo una edición oficial en 1874; y el de comercio terrestre,

esto es, el que se había adoptado en 1869 en el Estado de Panamá, que había sido lomado, a su vez, del código de comercio adoptado en Chile en 1866, que, a su turno, se inspiró especialmente el código español de 1829. Aunque conviene advertir que el código de Panamá no fue una adopción literal del código de Chile, como suele creerse, puesto que fue objeto de numerosos retoques, algunos poco afortunados, como en lo relativo al registro mercantil, y otros bastante acertados, como en cuanto a fuentes del derecho comercial, actos de comercio, agentes de comercio, contrato de preposición, etc.

II

La desarticulación de la legislación comercial en un código de comercio terrestre y un código marítimo, con las numerosas adiciones y reformas de uno y otro, que empezaron a hacerse desde el mismo año en que fueron adoptados, produjo la inquietud de una reforma integral desde la primera década del presente siglo. Fue así como en el artículo 27 de la Ley 18 de 1907 se autorizó al Gobierno "para que contrate la formación de un proyecto del Código de Comercio Nacional, de modo que comprenda en un solo cuerpo los dos adoptados por la Ley 57 de 1887 y todo lo concerniente a la navegación fluvial". Y fue también así como, años más tarde y ante el hecho de que lo previsto en la ley de 1907 no había sido cumplido, se previó en el artículo 1º de la Ley 73 de 1935 la creación de "una comisión encargada de adelantar la revisión general del Código de Comercio, a fin de dotar al país de una legislación completa y moderna sobre la materia".

De estos primeros conatos de reforma del código de comercio quedó solamente un proyecto de ley sobre quiebra, elaborado por la comisión creada en cumplimiento de la Ley 73 de 1935, integrada por Antonio Rocha, Juan de Dios Carrasquilla, Emilio Robledo Uribe, Jesús Restrepo Olarte y Jorge Hernán Latorre. Este proyecto, aprobado en primer debate por la Cámara de Representantes en sus reuniones ordinarias de 1939, fue adoptada por medio del Decreto Extraordinario 750 de 1940, declarado inexequible en 1969 por la Corte Suprema de Justicia, por haber sido expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente por la Ley 54 de 1939, que, conforme con lo decidido por la Corte, no se extendían a esta clase de asuntos.

Fue, pues, en 1952 cuando se inició la labor que culminó con la expedición del Decreto Extraordinario 410, de 27 de marzo de 1971, dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente por

la Ley 16 de 1968. Esta labor o proceso de formación del nuevo código de comercio no fue sencilla ni breve y, por eso merece ser conocida en sus detalles más sobresalientes, toda vez que la historia de las instituciones jurídicas es muchas veces más útil para juzgar de ellas que las exposiciones de quienes las analizan posteriormente.

a) Por medio del Decreto legislativo 1813, de 30 de julio de 1952, expedido por el presidente Urdaneta Arbeláez, se autorizó al Gobierno nacional "para crear comisiones revisoras de los distintos códigos y de las leyes y decretos que adicionan y reforman". En desarrollo de esta autorización, el mismo presidente Urdaneta dictó el Decreto 817, de 18 de marzo de 1953 por el cual se crearon varias comisiones revisoras de los códigos vigentes y, entre ellas, la encargada de la revisión del código de comercio, integrada por Rafael Ruiz Manrique, Hernán Copete, Emilio Robledo Uribe, Carlos Mario Londoño y un miembro más, designado de una terna elaborada por la Cámara de Comercio de Bogotá. Posteriormente, por Decreto 1042, de 20 de abril de 1953, se designó a Manuel Barrera Parra de la terna pasada por la Cámara de Comercio y se dispuso que la Federación Nacional de Comerciantes, la Asociación Nacional de Industriales, la Asociación Colombiana de Pequeños Industriales, la Flota Mercante Grancolombiana y las Empresas Nacionales de Navegación Aérea podrían enviar delegados a la comisión revisora del Código de Comercio, a fin de que, "con voz pero sin voto", expusieran sus conceptos y propusieran sus soluciones sobre las materias objeto del trabajo de la comisión.

Constituida la comisión en la forma indicada, empezó a funcionar y, al iniciar sus labores, definió su criterio o su plan de trabajo en el sentido de que se haría una revisión del código de 1887, "dejando vigente en su ordenamiento y en su parte estructural el código y la legislación actual, y respetando la redacción actual de los artículos que han de conservarse, circunscribir el trabajo a la supresión de artículos que no necesiten, a la edición de las normas que se juzguen deficientes, al complemento de instituciones que no existan y a una codificación y ordenamiento general de toda la legislación mercantil de manera que quede ordenada en un solo cuerpo". Con este criterio, y transcurrido los primeros ocho meses de funcionamiento de la comisión, ésta presentó al Ministerio de Justicia, con su correspondiente exposición de motivos, un título preliminar sobre reglas aplicables a los asuntos de comercio, un título primero del libro primero sobre comerciantes y asuntos de comercio, un título segundo sobre "obligaciones de los comerciantes", un título tercero del mismo libro sobre "bolsas de valores" y otro sobre sociedades anónimas.

La comisión fue prorrogada y reintegrada por decretos sucesivos. En el segundo semestre de 1954, estando funcionando entonces con William Villa Uribe, Emilio Robledo Uribe, Carlos Mario Londoño y Jesús Antonio Guzmán, como miembro de ella, y como el autor de este escrito como secretario, se elaboró y presentó al Ministro de Justicia un proyecto sobre concordato preventivo y quiebras, con su exposición de motivos, elaborado por el secretario de la comisión. En el primer semestre de 1955, estando integrada por William Villa Uribe, Emilio Robledo Uribe, Carlos Mario Londoño, Jesús Antonio Guzmán y J. Gabino Pinzón, como miembros de la comisión y por Filiberto Godoy como secretario, se elaboraron y presentaron dos proyectos: uno sobre contratos y obligaciones mercantiles, elaborado por Álvaro Pérez Vives –concurrente a la comisión por invitación de sus miembros– y un proyecto sobre reglamentación de la contaduría, adoptado por el Decreto Legislativo 2373 de 1956 y elaborado, con su exposición de motivos, por el autor de este comentario. En el segundo semestre de 1955, continuando integrada la comisión en la misma forma, fueron presentados un proyecto sobre compraventa y permuta, elaborado con su exposición de motivos por Álvaro Pérez Vives; un proyecto sobre con trato de suministro, otro sobre cesión de derechos y otro sobre contrato de transporte terrestre, preparados con su exposición de motivos por el mismo autor de este comentario.

Los proyectos indicados, con sus respectivas exposiciones de motivos, fueron publicados por William Villa Uribe en los números 30-31, 34-55, 36-37 y 38-39 de su Revista trimestral de Derecho Comercial. En esta forma fueron divulgándose los proyectos a medida que se iban elaborando; y fueron divulgados con una exposición de motivos que permitía conocer su orientación y las razones justificativas de lo que se cambiaba y de lo que se dejaba. Con lo cual prestó el director de dicha revista una excelente colaboración en los trabajos de la comisión.

b) El sistema de prórrogas y reintegración sucesivas de la comisión no dio resultados satisfactorios; especialmente era inconveniente la frecuente renovación parcial o total de sus miembros, pues que así se rompía la unidad dé orientación. Por eso y por sugerencia del autor de este escrito, el ministro de Justicia de entonces, Pedro Manuel Arenas, cambió el sistema por el de un contrato, que tenía por objeto la elaboración de un proyecto completo de código de comercio. Ese contrato se celebró el 15 de junio de 1956, con término de dos años, y con un seguro de cumplimiento otorgado por una compañía de seguros. Siguiendo la orientación de los trabajos que en el mismo sentido venían adelantándose en Francia desde 1947, el proyecto debía constar de siete libros: I. De los comerciantes y de las cues-

tiones de comercio en general; II. De las sociedades comerciales; III. De los contra tos mercantiles; IV. De los títulos de crédito; V. De las operaciones bancarias y de las bolsas y martillos; VI. De las navegaciones marítimas, fluviales y aéreas; VII. De las quiebras, del arbitramento y de algunos procedimientos mercantiles.

El contrato fue firmado inicialmente por Álvaro Pérez Vives, Emilio Robledo Uribe y J. Gabino Pinzón, porque dos de los miembros escogidos por el Gobierno –Carlos Mario Londoño y Jesús Antonio Guzmán– decidieron no seguir formando parte de la comisión. Ésta empezó a trabajar, pues, con sólo tres de los cinco miembros previstos en el contrato y actuando como secretario Guillermo Barreta Ferro. Fue casi transcurrido un año de iniciadas las labores cuando el Gobierno reintegró la comisión con Víctor Cock y Efrén Ossa.

Según el contrato, el proyecto de código de comercio iría siendo entregado al Gobierno, libro por libro, con su correspondiente exposición de motivos. Y. en efecto, el 15 de junio de 1958, fecha de vencimiento del término del contrato, fue entregado el último libro, con su exposición de motivos y con todas las actas de las discusiones del proyecto. Hizo falla una **revisión final** o de conjunto, para lo cual no quiso otorgar el Gobierno un plazo adicional, por cuanto el 20 de julio se reunía el Congreso, después de varios años de clausura, y el ministro de Justicia de entonces, Rodrigo Noguera, se proponía entregar el proyecto al Congreso tan pronto como se iniciara la legislatura ordinaria de ese año. Sobre la necesidad de esa **revisión final** del proyecto insistió bastante la comisión, al mismo tiempo que sugirió al Gobierno la idea de solicitar al Congreso facultades extraordinarias para adoptar el nuevo código de comercio.

c) Presentado el proyecto en el Senado, se hizo en la Imprenta Nacional una publicación en dos volúmenes, uno con el articulado y otro con la exposición de motivos, que aunque no circulo ampliamente, permitió conocerlo fuera del recinto del Congreso. La Comisión Primera acometió inmediatamente su estudio, actuando como ponente Hernando Carrizosa Pardo, quien consignó en cuarenta y ocho informes sus conclusiones y recomendaciones con una consagración ejemplar. El estudio se contrajo en el Senado a los dos primeros libros del proyecto –Del comerciante y de los asuntos de comercio. De las sociedades comerciales–, que fueron aprobados en sus debates reglamentarios, con la idea de anticipar tales libros, mientras se llevaba a cabo el estudio de los restantes. Por eso se previó en un artículo transitorio, al final del libro segundo, que mientras se concluía el estudio completo del proyecto del código de comercio, el Gobierno que-

daba autorizado "para poner en vigencia total o parcialmente la presente ley que comprende los libros primero y segundo".

El desarrollo del plan de trabajo aprobado por el Senado, los dos primeros libros del proyecto pasaron a la Cámara de Representantes, de donde el proyecto no tuvo la misma suerte. Allí, por insinuación del autor de este comentario, el representante Rafael Núñez Bueno presentó un proyecto de ley de autorización al Presidente de la República, para que hecha una nueva publicación del proyecto y divulgado así suficientemente entre colegios de abogados, asociaciones gremiales de industriales, comerciantes y banqueros, etc., se contratara, su revisión final por una comisión de no menos de tres ni más de seis expertos en legislación comercial a fin de que, cumplió ese proceso de divulgación y de revisión, fuera adoptado por el Presidente en ejercicio de las facultades previstas en dicha ley. Este proyecto de ley fue aprobado por la Cámara con algunas modificaciones, en sus debates reglamentarios. Pero, llegado al Senado, allí terminó opacamente su curso, porque se pretendió modificarlo en el sentido de que la comisión de los seis expertos en derecho comercial estuviera integrada por tres senadores y tres representantes y porque los senadores aspirantes a ser miembros de la comisión fueron informados de que no podrían recibir honorarios o emolumentos especiales, ya que, como miembros del Congreso, tenían una remuneración oficial que les impedía acumular otra u otras.

d) Transcurridos ya diez años desde la presentación del proyecto de código ante el Congreso, el representante Jaime Serrano Rueda, que estaba informado de que *al* proyecto había hecho falta esa "revisión final" sobre la cual se había insistido al ser entregado al ministro Noguera Laborde en 1958, lo mismo que de la suerte que había corrido el proyecto de ley aprobado por la Cámara, sobre autorizaciones al Presidente de la República para adoptar el proyecto de código, intervino eficazmente en la discusión de la Ley 16 de 1968, por medio de la cual se confirieron al Presidente facultades extraordinarias para adoptar las reformas de varios códigos. Fue así como, en forma de apéndice de tales facultades, se autorizó al Presidente para que **"previa revisión final por una comisión de expertos, expida y ponga en vigencia el proyecto de ley sobre código de comercio que se halla a la consideración del Congreso nacional".**

En cumplimiento de la ley mencionada, el Gobierno constituyó un Comisión encargada de esa revisión final del proyecto de código de comercio, integrada por Miguel Moreno Jaramillo, Emiliano Robledo Uribe, Álvaro Pérez Vives, Antonio Rocha, Samuel Syro, Samuel Finkielsztein, Alejandro Bernate y J. Gabino Pinzón. Instalada la comisión en las postrimerías del

año 1968, inició sus labores sin la concurrencia de Miguel Moreno Jaramillo, Antonio Rocha y Samuel Syro, quienes no aceptaron; posteriormente se retiraron de ella Alejandro Bernate y el autor de esta crónica.

Esta comisión así desintegrada, anticipó la revisión de la parte del proyecto relacionado con el concordato preventivo y la quiebra, para que se adoptara por el Gobierno, como se hizo efectivamente mediante el Decreto Extraordinario 2264 de 1969, con el fin de llenar el vacío producido en la legislación comercial al ser declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia el Decreto Extraordinario 750 de 1940, sobre quiebras, Y en las postrimerías del Gobierno de Lleras Restrepo presentó un proyecto de código de comercio, para que fuera expedido entre los varios decretos que, precipitadamente y sin que la opinión pública hubiera tenido oportunidad de conocer los correspondientes proyectos, fueron dictados en las últimas horas de dicho gobierno. No obstante el paroxismo reformista de esos días el Gobierno se abstuvo de expedir el código de comercio proyectado, por cuanto hubo una fuerte reacción contra lo poco que pudo conocerse del mismo, especialmente en lo relacionado con sociedades comerciales, materia en la cual se presentó un proyecto elaborado por José Ignacio Narváez –miembro de la comisión– y Luis Manrique Naranjo –jefe del departamento jurídico de la Superintendencia de Sociedades– que, según se dijo en la carta o mensaje de presentación al Gobierno, seguía los lineamientos de un proyecto de ley argentina, abandonado así el proyecto que se hallaba a la consideración del Congreso, que era el que debía ser revisado por la comisión y adoptado por el Gobierno, según lo previsto en la Ley 16 de 1968.

e) No habiendo sido adoptado el proyecto por el Presidente Lleras Restrepo y estando todavía vigente las autorizaciones dadas en la Ley 16 de 1968, el presidente Pastrana Barrero reintegró la comisión hacia fines de 1970 con Efrén Ossa, Luis Carlos Neira Archila, Humberto Mesa González y León Posse Arboleda. El autor de este escrito se reincorporó a la comisión y con los miembros que acababan de ser nombrados, en forma desinteresada –porque se abstuvieron de cobrar emolumento alguno–, y con la colaboración de Daría Jaramillo y Dionisia Araújo, como subsecretarios nombrados por el Gobierno, acometieron la revisión de los libros primero, segundo y séptimo del proyecto, al mismo tiempo que José Ignacio Narváez, Hernando Tapias Rocha y Samuel Finkielsztein adelantaban también el estudio de los mismos libros primero y segundo. Los demás miembros de la comisión continuaban la revisión de los libros restantes del proyecto.

El primero de los grupos indicados en que se dividió la comisión preparó un proyecto del libro primero y del libro segundo, que lo entregó con

tiempo y que junto con una exposición de motivos, complementaria de la del proyecto de 1958, fue policopiado con la colaboración de la Confederación de Cámaras de Comercio, a fin de que los gremios más representativos de la vida de los negocios lo conociera y opinara sobre el mismo; fue así como la Asociación Nacional de Industriales, la Federación Nacional de Comerciantes, la Asociación Bancaria y otras organizaciones no menos importantes recomendaron dicho proyecto al Gobierno, aunque con algunas reservas. El segundo grupo elaboró otro proyecto de libro primero y de libro segundo, sin exposición de motivos, sobre la base del proyecto de 1970, que tampoco tuvo exposición de motivos; ese proyecto no fue conocido ni siquiera por los demás miembros de la comisión, pues que fue entregado precisamente cuando finalizaban las labores de revisión del proyecto. El tercer grupo adelantó los últimos retoques de los libros tercero, cuarto y quinto, sobre los cuales no hubo sino un solo proyecto. Y finalmente, el primer grupo, con la colaboración en esta parte de Álvaro Pérez Vives, hizo la revisión del libro séptimo del proyecto de 1958 (sexto del proyecto definitivo), que, con una exposición de motivos complementaria de la del proyecto de 1958, fue entregado también como único proyecto.

Todos estos trabajos fueron entregados oficialmente al Gobierno el 8 de marzo de 1971, esto es, pocos días antes de la expiración del término por el cual habían sido conferidas las facultades extraordinarias dadas por el Congreso para la adopción del código de comercio. Sobre los libros **tercero** (establecimiento de comercio, propiedad industrial y títulos valores), **cuarto** (obligaciones y contratos mercantiles), **quinto** (derecho marítimo y aéreo) y **sexto** (concordato preventivo, quiebras, arbitramento, procedimientos mercantiles especiales y regulación por expertos), hubo, pues, un solo proyecto. Sobre los libros **primero** (comerciantes y asuntos de comercio) y **segundo** (sociedades) hubo dos proyectos; uno de mayoría, presentado con una exposición de motivos por Luis Carlos Neira Archila, Humberto Mesa González, León Posse Arboleda y J. Gabino Pinzón, al cual adhirió Efrén Ossa, todos miembros de la comisión; y otro de minoría, presentado sin exposición de motivos por José Ignacio Narváez, Hernando Tapias Rocha y Samuel Finkielsztein, miembros de la comisión, con quienes firmó el proyecto William Villa Uribe, como "asesor" suyo.

Terminada la labor de la comisión y ya expedido el decreto de adopción del nuevo código, fue conocido un decreto de 3 de marzo de este mismo año, por el cual se nombró como miembro de la comisión a Rómulo González Trujillo, ex gobernador del Huila recién nombrado superintendente de sociedades, y a William Villa Uribe, autor de una especie de recetario dominical sobre sociedades que ha venido publicando un importante dia-

rio de la capital. Pero según parece, ese decreto tampoco fue conocido oportunamente por los expertos nombrados en él, pues que el proyecto sobre libros primero y segundo no fue firmado por ellos como miembros de la comisión; aunque, de haber sido, tampoco habría obtenido mayoría numérica.

III

Hecha por la "Comisión de expertos" la "revisión final" del proyecto de 1958, que se hallaba a la consideración del Congreso nacional, conforme con lo previsto en la Ley 16 de 1968, el Gobierno no tenía sino que adoptar o rechazar los proyectos de esa comisión; y en los casos en los que, como en sociedades hubo dos proyectos, podía escoger alguno de ellos o rechazarlos ambos, a falta de un proyecto unificado de la comisión misma. Pero el Gobierno no podía hacer, a su modo, una segunda revisión de la revisión hecha por la comisión prevista por el Congreso al dar las autorizaciones. Si en la Ley dieciséis (16) de 1968 se dijo expresamente que se autorizaba al Gobierno "para que, **previa una revisión final por una comisión de expertos,** expida y ponga en vigencia el proyecto de ley sobre el código de comercio que se halla a la consideración del Congreso nacional", no fue al Gobierno, ni a sus asesores o colaboradores inmediatos, a quienes se encomendó por el Congreso esa revisión; ni se le facultó tampoco para que expidiera libremente el código prescindiendo de la "revisión final" hecha por la "comisión de expertos". Si el trabajo de los expertos era aceptable para el Gobierno, éste podía adoptar el proyecto fruto de ese trabajo; si él no era bueno, el Gobierno podía dejar de expedir el código. Porque el Gobierno no estaba obligado a adoptar el proyecto ya revisado, sino simplemente facultado para adoptarlo, y podía dejar de expedir el código de comercio, si el proyecto definitivo, después de esa revisión final, era todavía deficiente. Pero lo que no podía era elaborar él mismo su propio proyecto o su propio código, aunque tomara para ello parte de los trabajos presentados, ya que, por tratarse de una ley eminentemente técnica, el Congreso quiso, sin lugar a duda, que fuera una comisión de expertos la que hiciera la revisión final o definitiva del proyecto.

No obstante, el Gobierno decidió hacer su propia revisión de ese trabajo de "revisión final" llevado a cabo por la "comisión de expertos" que había nombrado para cumplir la condición impuesta por el legislador al conferirle las facultades extraordinarias; y esa nueva revisión final la hizo el Gobierno con sus propios expertos, prescindiendo de la mayoría de la

comisión –que no estaba integrada solamente por los expertos de última hora– y haciendo a su arbitrio supresiones, adiciones y cambios que numerosísimos puntos rompieron la unidad del proyecto y crearon graves problemas de interpretación. Los miembros de la comisión revisora recibieron indudablemente una distinción del Gobierno al ser considerados "expertos" en la materia y recibir el encargo de hacer esa "revisión final" del proyecto de código de comercio; pero fueron también víctimas de la burla del mismo Gobierno, que prefirió en gran parte la labor de sus improvisados asesores de última hora, como ocurrió especialmente en materia de sociedades, y que permitió a abogados extraños a la comisión imponer sus propios puntos de vista, como ocurrió en materia de arbitramento y de procedimientos mercantiles especiales.

De manera, pues, que el Decreto Extraordinario 410 de 1971, por medio del cual se adoptó el Código de Comercio del país, lo mismo que la mayor parte de los que dictaron con las autorizaciones de la Ley 16 de 1968, han hecho resallar dos cosas: que el Congreso no quiere estudiar las leyes que le corresponde dictar y prefiere convertir casi en ordinario el sistema extraordinario de legislar por medio de decretos; y que los presidentes no saben hacer uso de las facultades que se les confieren para legislar por ese medio, porque se sienten legisladores autónomos que no siempre respetan las limitaciones o condiciones que les fija el Congreso. Aunque es justo reconocer que en cuanto al proyecto de código de comercio fue más acertado el Congreso que el Gobierno, toda vez que los libros primero y segundo que aprobó el Senado eran mejores –por su orientación, desarrollos técnicos y redacción– que lo que hizo el Gobierno con esos mismos libros en el Decreto 410. Por eso dijo con sobrada razón un experto en estas materias que el Decreto 410 es mejor que el proyecto que en 1970 presentó la comisión al presidente Lleras, pero inferior al proyecto sometido en 1958 a la consideración del Congreso nacional.

J. GABINO PINZÓN

La naturaleza jurídica de las cámaras de comercio en el nuevo Código de Comercio

POR JAIME VIDAL PERDOMO

Definir la naturaleza jurídica de las cámaras de comercio es tarea difícil, pues ella evoca la evolución de organismos que existen desde hace siglos y que, al lado de la tensión de intereses gremiales han tomado otros de carácter cívico, de promotores de desarrollo, de consultores de los gobiernos y delegatorios de funciones estatales.

Desde la época en que en Marsella en 1599 se reúnen comerciantes, manufactureros, navieros y marinos mercantes para velar por los intereses locales y gremiales en una sala pequeña o cámara que da el nombre a la institución de las cámaras ele comercio, el paso del tiempo les ha venido asignando distintas tareas y configurándolas jurídicamente unas veces como organismos privados, otras como público, en las legislaciones de los diferentes países, todo ello sin poder evitar que la mezcla de las actividades produzca cierto malestar en quienes consideran que los fenómenos del derecho deben tener la nitidez que ofrece el mundo de lo físico.

A la complicación de clasificar con toda certeza las cámaras de comercio en las casillas de organismos públicos o privados, puesto que casi siempre desempeñan actividades que corresponden a unos y a otros, se suma la de que no en todas las naciones los criterios para distinguir lo público de lo privado son los mismos y aquella otra del gran debate que se ha abierto por las circunstancias de que, si el intervencionismo estatal ha llevado a que el Estado ocupe terrenos que antes correspondían con exclusividad a los particulares, no todas las zonas nuevas de su competencia están sujetas al derecho público, como ocurre con las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta; por otra parte, se hace cada vez más frecuente la participación de los ciudadanos en deberes encomendados al poder público, por lo que también los hemisferios donde reinaba sin contender el derecho público o el privado están sujetos a recíprocas influencias y más puede hablarse hoy día de preferencia de un régimen jurídico que de dominio sin excepciones.

Finalmente, en los últimos años Colombia ha vivido un intenso proceso de revisiones institucionales dentro del cual han adquirido mayor firmeza

nociones jurídicas que presentaban antes vaguedad e imprecisión, y la ley ha admitido conscientemente la interrelación entre regímenes de derecho público y derecho privado, todo lo cual, fuera de lo anterior, debe examinarse para concluir sobre la mejor manera de catalogar las cámaras de comercio.

Estudiaremos las funciones de las cámaras de comercio conforme con la Ley 28 de 1931, la evolución jurídica en cuanto a personas jurídicas, si podían ser llamadas establecimientos públicos de acuerdo con lo que el derecho colombiano entiende como tal y la forma como los contempla el nuevo Código de Comercio contenido en el Decreto Extraordinario 410 del 27 de marzo de 1971, hasta el momento no publicado en el Diario Oficial.

A) FUNCIONES DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO DE ACUERDO CON LA LEY 28 DE 1931

La Ley 28 de 1931 autorizó al Gobierno para crear cámaras de comercio en los centros comerciales o industriales importantes, cuando lo juzgue conveniente, señaló el número de miembros –el cual fue modificado por el Decreto 1458 de 1942– y las condiciones que para tener tal calidad se requerían.

Entre las funciones que les asignó a las cámaras puso la ley del año 31 la de "representar ante toda clase de autoridades los intereses, colectivos del comercio, de las industrias, de la agricultura y promover ante dichas autoridades las medidas que crea convenientes a dichos intereses".

Esta atribución es ejemplo de las de carácter gremial que se estamparon en el año 1931, al lado de las que se pueden denominar públicas y de promoción.

En las funciones de carácter gremial se refleja el origen corporativo de las cámaras de comercio, que nacieron como cuerpos intermediarios entre los ciudadanos y las autoridades del Estado y para fines relacionados primordialmente con las profesiones del comercio, como era propio de las concepciones sobre la sociedad de aquella época anterior a la revolución francesa, ya que, en esta última, por el contrario, se buscó la supresión de los cuerpos intermedios para permitir el juego de la libertad personal.

El acento gremial se advierte en la Ley 28 de 1931 en el encabezamiento, como que declara que "las Cámaras de Comercio tienen por objeto, en términos generales, propender al desarrollo de los intereses colectivos del co-

mercio", y luego en el articulado dentro del cual se dispone que ellas deben servir de órgano oficial de los distintos ramos comprendidos en su objeto ante el Gobierno nacional y pueden presentarle opiniones, conceptos, estudios o iniciativas que tiendan a introducir reformas o mejoras en dichos ramos y en otros campos de legislación que interesen al comercio; rendir a los particulares conceptos o informes sobre puntos técnicos de su ramo; prestar sus buenos oficios a los comerciantes para hacer arreglos entre acreedores y deudores. El mismo criterio de actividades gremiales se expresa en el artículo 24 respecto de las confederaciones de las cámaras de comercio y en el 36 en cuanto a los derechos que poseen los afiliados a las cámaras.

Mas también conforme a la tradición tienen las cámaras el desempeño de ciertas funciones públicas que el Estado les ha atribuido por leyes y que son tan públicas que nadie extrañaría que ellas estuvieran localizadas en un ministerio, departamento administrativo, superintendencia o establecimiento público, para emplear las expresiones con que el Decreto Extraordinario 1050 de 1968 denomina los organismos que forman parte integrante de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional. Su presencia en el catálogo de las actividades de las cámaras de comercio contribuye a dar a ésta ese carácter híbrido de entes públicos-entes privados que dificulta su ubicación en un campo único y les proporciona esa dualidad de regímenes jurídicos que las singulariza más que a cualquier otro tipo de persona jurídica; por lo demás ese cumplimiento de funciones públicas es lo que ha llevado a algunos a pensar que las cámaras son establecimientos públicos.

Dentro de este renglón de funciones públicas se incluye un primer grupo en que se observa más, un propósito de colaboración con las autoridades que una sustitución de éstas como en los casos del artículo 12 de la Ley 28 de 1931 sobre: servir de cuerpos consultivos del gobierno y estudiar los atributos que éste someta a su consideración y rendir los informes que les solicite, dirigir y reglamentar las obras públicas que el gobierno ponga bajo su cuidado lo mismo que los servicios públicos que le recomiende, y prestar su concurso a las autoridades y corporaciones oficiales en los asuntos relacionados con el progreso del comercio y de las industrias en general.

Otras, por el contrario, consisten en la realización de ciertos actos reemplazando organismos o personas públicas, como las tocantes con la recopilación de los usos y costumbres mercantiles, las de servir de tribunal de comercio para resolver como árbitro o amigable componedor de las diferencias que ocurran entre comerciantes, las de registro público de comercio, registro de sociedades, certificaciones sobre existencia y representación legal de sociedades, registro de los libros de comercio.

Este desempeño de funciones públicas atrae ciertos privilegios para las cámaras de comercio, como el de imponer multas y el de que sus resoluciones ejecutoriadas presten mérito ejecutivo, pero a la vez les impone ciertas sujeciones: sus reglamentos deben ser sometidos a la aprobación de la Superintendencia de Industria y Comercio, a ella deben remitir su informe o memoria anual de sus labores y su situación, pueden ser sancionadas con multas, sus actos son revisables por las autoridades gubernamentales de control, su presupuesto debe ser aprobado por la Superintendencia.

A la lista de funciones mencionadas las cámaras de comercio agregan otras que si bien favorecen o pueden favorecer a los comerciantes tienen más bien como destinataria a toda la comunidad dentro de la cual ellas desenvuelven su actividad. El artículo 1º de la Ley 28 de 1931 expresa que las cámaras tienen por objeto, además de lo ya mencionado, fomentar el turismo en beneficio del país y procurar la prosperidad de dichas regiones.

Esta especie de labores que evidentemente desbordan el cuadro de sus propósitos gremiales, vincula a las Cámaras de Comercio al progreso de los lugares donde prestan sus servicios sin que por ello desplacen a las autoridades ordinarias en la impulsión del adelantamiento de las regiones. En términos más modernos se diría que el legislador pide a las cámaras colaborar con el desarrollo de las zonas donde están implantadas pero sin que releven de esta obligación a las autoridades locales a las cuales la Constitución nacional encarga –después de la reforma de 1968 en forma más enfática– de realizar los actos necesarios al progreso regional.

Este cometido que también acompaña a las cámaras desde sus comienzos y que se vuelca sobre el bienestar colectivo ha tomado gran cauce en países como los Estados Unidos donde la iniciativa privada coopera en alto grado en tareas de interés general que no ha asumido el Estado. En Colombia fuera del enunciado general ya indicado del artículo 1º de la Ley 28 está previsto que las cámaras organicen exposiciones comerciales o industriales, servicios de información y museos mercantiles, publiquen periódicos o revistas sobre asuntos comprendidos en el radio de su competencia y fomente directa o indirectamente la enseñanza comercial, industrial, agrícola, marítima o aérea.

B) EVOLUCIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y MEZCLA DE REGÍMENES JURÍDICOS

En el campo de las personas jurídicas y del régimen jurídico a ellas aplicable se han producido movimientos y criterios que conviene tener en

cuenta porque ellos forman parte también del análisis sobre la naturaleza jurídica de las cámaras de comercio.

El derecho clásico había elaborado una tipología de entes jurídicos buscando que a cada categoría o grupo pudiera aplicarse un sistema homogéneo de reglas jurídicas. No obstante, el aumento de intervención estatal que ha cubierto campos otrora del resorte exclusivo de los particulares ha hecho aparecer nuevas figuras de personas morales que no se gobiernan con normas de derecho público, sino a las cuales se aplican a veces en parte y en otras mayoritariamente, principios o disposiciones jurídicas del derecho privado. En dirección contraria se ha acrecentado el fenómeno de la colaboración de particulares en las gestiones estatales, lo que ha conducido naturalmente a trasladar a éstos algunos preceptos concebidos inicialmente para personas públicas.

Por el lado del derecho privado fuera de las figuras tradicionales de la sociedad, las corporaciones y las fundaciones, y como respuesta a la necesidad de asociarse para poder cumplir metas en un mundo cada vez más complejo, surgen nuevas formas que ensanchan los tipos de personas jurídicas; piénsese, por ejemplo, en los sindicatos, cooperativas, juntas de acción comunal y en las distintas variedades de sociedades mercantiles que han florecido en el curso del presente siglo. Si bien algunas de ellas se acomodan con las categorías jurídicas existentes, otras las desbordan.

En las esferas que operan bajo el control del Estado la evolución es igualmente de mucha monta; ella va desde el aumento de colectividades territoriales a la creación y multiplicación de lo que hoy se conoce en derecho colombiano con el nombre de entidades descentralizadas (establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta).

Fuera de lo anterior, en algunos países como Francia aparecieron personas jurídicas cuya clasificación de públicas o privadas se hacían difícil pues, si generalmente estaban integradas por particulares miembros de determinada profesión realizaban funciones propias de las autoridades obrando en cierta forma como delegatarios de ésta. Esta situación, que se presenta particularmente durante la segunda guerra mundial alrededor de los "comités de organización" y las órdenes profesionales, conduce a la jurisprudencia del servicio público funcional según la cual, ante la dificultad de definir si un organismo es público o privado se dice que lo importante es constatar que presta un servicio público y tratarlo en consecuencia.

Igualmente se presenta con mayor frecuencia la colaboración de personas privadas con la administración. En el derecho francés, como en el

nuestro, se conoce el procedimiento de la concesión por el cual se confía a una persona privada el cumplimiento de una actividad de servicio público o de una obra pública mediante contrato, vinculándola a una tarea que de otra manera atendería directamente el Estado. En derecho francés desde 1935 se ha dado cabida a las "empresas privadas de interés general" que por virtud de ley pueden ser beneficiarias de cierto poder de que normalmente son poseedoras las personas públicas, o la administración debe hacer operar en su favor mecanismos como los de la expropiación, servidumbres administrativas, trabajos públicos, etc.

Si la tipificación de personas privadas (corporaciones o asociaciones fundaciones y sociedades) se ha hecho con bastante claridad y de allí se deriva la aplicación de un régimen jurídico de derecho privado, no ha ocurrido otro tanto respecto de las personas públicas o que tienen vinculación con el Estado. El retraso que ha tenido el derecho administrativo en frente del derecho civil, el crecimiento vertiginoso que se ha producido en el campo de los organismos relacionados con la administración pública y la ausencia de criterios firmes en la materia, han dilatado considerablemente la aparición de una tipología de personas jurídicas públicas.

Fue el año 1968, fecha de culminación de los procesos de reforma constitucional y administrativa, en el que mayor esfuerzo se produjo en el sentido de caracterizar los organismos públicos y definir su régimen jurídico.

La reforma constitucional estipula que los establecimientos públicos forman parte de la estructura de la administración nacional, al lado de los ministerios y los departamentos administrativos, autoriza al presidente de la República para distribuir los negocios según su afinidad entre unos y otros y a nombrar libremente los gerentes o directores de establecimientos públicos, remite a la ley para la expedición de los estatutos básicos de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, fuera de prever que estos tipos de personas jurídicas pueden ser creados por los departamentos y municipios, resolviendo así positivamente la controversia que sobre la última hipótesis se había planteado.

Si se parte de la base de que con anterioridad la Constitución nacional no citaba siquiera el término establecimiento público se deduce el interés que la enmienda de 1968 puso en esta materia.

La reforma administrativa del mismo año (Decretos 1050 y 3130 de 1968, dictados con base en las autorizaciones extraordinarias de la Ley 65 de 1967), establece qué organismos integran la rama ejecutiva del poder público en lo nacional y la posición de las empresas industriales y comercia-

les del Estado y las sociedades de economía mixta respecto de esta estructura, para pasar luego a definir, como no se había hecho antes, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta. Este conjunto de entes jurídicos, que se denominaron genéricamente en el Decreto 3130 de 1968 "entidades descentralizadas", se distinguieron allí mismo de las instituciones de utilidad común o fundaciones, y recibieron las reglas de tutela gubernamental y sus principios de organización, y vieron también determinado su régimen jurídico integral en el mismo estatuto.

Empero, no escapa el derecho colombiano, como quizá ningún otro de los tiempos presentes, al fenómeno de la mezcla o dualidad de regímenes jurídicos ya que si existe de preferencia uno de derecho público en los establecimientos públicos y otro de derecho privado en las empresas industriales y comerciales del Estado y en las sociedades de economía mixta, en uno y otro caso no son exclusivos, pues la ley puede contemplar y contempla eventos en que se hace excepción a la regla, por ejemplo, cuando el artículo 31 del Decreto Extraordinario 3130 de 1968 prevé que son administrativos los actos que realicen las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta para el cumplimiento de funciones administrativas que les haya confiado la ley.

Esta dualidad de regímenes jurídicos es el signo jurídico de la época y resulta de la multiplicación de las actividades gubernamentales, algunas no tan disímiles o más bien parecidas a las de los particulares, como en la hipótesis de sociedades y empresas, y, de otro lado, acento de interés general que pueden tener actividades de los particulares o de la delegación o encargo de funciones que les hagan los poderes públicos.

Por lo demás esto no es un hecho nuevo; se ha admitido por la jurisprudencia y la doctrina que en el contrato de concesión extiende una reglamentación de un servicio que, obviamente, cae bajo la órbita del derecho público; es probable, por ejemplo, que en la concesión de emisión de moneda que ha hecho el Estado al Banco de la República se produzcan actos que tienen el carácter de administrativos y cuyo autor es una persona privada. En la Ley 151 de 1959 se reconoce la posibilidad de que personas naturales o jurídicas tengan el recaudo y el manejo de rentas pertenecientes al erario, lo cual conduce a que estos aspectos de una entidad particular puedan estar regidos por normas de derecho público. Igualmente en Colombia tiene lugar la hipótesis de personas privadas a las cuales se les ha encomendado el desempeño de funciones públicas, como lo contempla expresamente el artículo 18 del Decreto Extraordinario 3130 de 1968

respecto de miembros de juntas directivas de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, y en el caso de los notarios antes de la nacionalización.

C) ¿LAS CÁMARAS DE COMERCIO SON ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS?

Las circunstancias de tener a su cargo algunas funciones públicas han llevado a algunas personas a pensar que las cámaras de comercio pueden ser clasificadas como establecimientos públicos. En el evento de que esa denominación hubiera sido adaptable antes de 1968, hoy día es completamente contrario a normas constitucionales y legales dar esa clasificación a las cámaras de comercio, como se pasa a exponer.

Conforme con la Constitución colombiana las características que debe tener un organismo o entidad que se califique de establecimiento público o las consecuencias que de esa categoría jurídica se derivan son las siguientes:

1ª El establecimiento público es parte de la estructura de la administración, al lado de los ministerios y departamentos administrativos; por tanto, integra la rama ejecutiva del poder público;

2ª Su creación debe hacerse por ley no por acto de gobierno, a menos de hacerse con facultades extraordinarias de la ley sujeta a término, y la iniciativa del proyecto de ley correspondiente está reservada al Gobierno;

3ª Los directores o gerentes de los establecimientos públicos son nombrados y removidos libremente por el presidente de la República;

4ª En la junta directiva debe haber representantes de la Nación que son también agentes del presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción;

5ª El presidente de la República puede distribuir negocios administrativos, según su afinidad entre ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos;

6ª Si el establecimiento público es departamental –tiene que definir su pertenencia a determinado nivel administrativo– debe ser creado por ordenanza a iniciativa del gobernador, éste designa libremente su director o gerente y representantes del Departamento en su junta directiva, pero las asambleas departamentales también designan representantes suyos en esa junta directiva;

7ª Si el establecimiento público es de carácter municipal debe ser creado por el Concejo a iniciativa del alcalde;

8ª En los dos casos anteriores su creación está condicionada a la expedición de una ley general sobre la materia.

Es fácil observar la incompatibilidad que existe entre estos textos legales y la naturaleza tradicional de las cámaras de comercio, pues que tales disposiciones constitucionales se han dictado teniendo en cuenta que los establecimientos públicos son, enteramente, compartimientos estatales, parle de la estructura de la administración, integrantes de la rama ejecutiva del poder público, como lo precisa el artículo 1º del Decreto Extraordinario 1050 de 1968.

Habría tal impropiedad jurídica en llamar a las cámaras de comercio establecimientos públicos como denominarlas ministerios o departamentos administrativos. Una y otra denominación repugnan con la condición jurídica, económica y gremial de las cámaras de comercio pues aquellas están hechas para designar secciones de la administración pública, parte de la rama ejecutiva del poder público, porciones de la organización del Estado. Es elemental que riñan tales elementos o consecuencias jurídicas con las que la tradición y el buen sentido jurídico atribuyen a las cámaras de comercio que para que se apelliden así deben seguir siendo entidades gremiales y no agencias estatales, aunque desempeñen por delegación ciertas funciones públicas como lo hacen o pueden hacer muchas otras organizaciones.

La impropiedad jurídica de catalogar como establecimientos públicos a las cámaras de comercio procede del error de pensar que toda institución que cumpla ocasionalmente o parcialmente funciones públicas tiene que ser un establecimiento público y ya se vio cómo la noción de establecimiento público a las cámaras de comercio procede del error de pensar que toda institución que cumpla ocasionalmente o parcialmente funciones públicas tiene que ser un establecimiento público no es genérica sino específica después de 1968 y cómo existen funciones públicas encomendadas a particulares.

En este sitio vale la pena tener en cuenta que ni aun cuando se trata de entes creadores por iniciativa exclusiva del Estado, con recursos suyos, para actividades que han tomado a su cargo, en todos los casos se da la figura de establecimiento público, sino que lo que puede nacer es una empresa industrial y comercial del Estado. Y si no puede serlo cuando en ella intervienen los particulares, como cuando se trata de Cámara de Comercio, y si la naturaleza de sus funciones o actividades la utiliza la ley para distinguir

el establecimiento público de la empresa industrial y comercial (funciones administrativas en el primero, actividades industriales y comerciales en la segunda) también el promedio de actividades gremiales de las cámaras debe servir para distinguirlas de los establecimientos públicos. Porque las entidades con finalidades esencialmente gremiales no pueden ser confundidas con los establecimientos públicos, que son cuerpos puramente administrativos, aunque las primeras tengan en sus manos algunos deberes públicos delegados, como es el caso de ciertas federaciones de productores que han manejado cuotas de fomento decretadas por leyes.

Desde el punto de vista legal tampoco existe compatibilidad entre las normas y la naturaleza de las cámaras de comercio. Es tradicional en éstas la representación colectiva de los intereses del comercio, es decir, la de un gremio o sector económico, y esto no se consigna con la representación de los intereses generales que corre a cargo de los establecimientos públicos y demás engranajes administrativos como parte integral que son de la rama ejecutiva del poder público.

El artículo 5º del Decreto Extraordinario 1050 de 1968 define los establecimientos públicos como entes "encargados principalmente de atender funciones administrativas". Este predominio de funciones estatales es consecuencia obvia de su condición de parte del Estado; las cámaras de comercio, en cambio, son entidades principalmente y por esencia gremiales a las cuales el Estado puede confiar ciertas funciones públicas, pero sin que ello les cambie su naturaleza derivada de la misión que han cumplido en su larga existencia y la que deben tener si se conservan con ese carácter.

Lógico es que si el Estado quiere crear establecimientos públicos para desempeñar las funciones públicas que eventualmente pueden estar confiadas a las cámaras de comercio, puede hacerlo por intermedio de la ley; pero en tales casos tales establecimientos públicos no podrían ejercer las otras actividades gremiales de las cámaras, pues un organismo público no puede dedicarse a tareas particulares de esta índole. Entonces de la misma manera como un establecimiento público típico creado por la ley se desnaturalizaría al ocuparse de los asuntos profesionales de las cámaras, también éstas pierden su razón de ser al convertirse en establecimientos públicos.

Otras inconsecuencias se derivarían de llamar establecimientos públicos a las cámaras de comercio. Habría necesidad de adscribirlas a un ministerio, los presidentes de ellas serían por derecho propio miembros del consejo superior del ministerio respectivo, sus juntas estarían presididas por el ministro del ramo, las personas que trabajan en las cámaras serían empleados públicos por regla general; en este evento, los directores de la

cámara de comercio no podrían obtener préstamos ni con traer obligaciones con los comerciantes, siendo ellos comerciantes y estando en los cargos de dirección por esa circunstancia, ya que incurrirían en una de las prohibiciones de textos de la reforma administrativa de 1968, y tendrían incompatibilidades de los funcionarios lo cual es injusto para personas que no dedican su tiempo a la atención de servicios estatales.

Toda la confusión jurídica se generaría al llamar establecimientos públicos a las cámaras de comercio, como las denominaba un proyecto del Código de Comercio, tiene origen –se repite– en el error de pensar que toda entidad que atienda funciones públicas es establecimiento público, lo cual es contrario a la realidad jurídica colombiana y del derecho comparado; de otra parte ella se inspira en el buen propósito de sujetar al control a las cámaras de comercio en cuanto al cumplimiento de sus funciones públicas.

D) LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO SEGÚN EL DECRETO EXTRAORDINARIO 410 DE 27 DE MARZO DE 1971 (NUEVO CÓDIGO DE COMERCIO)

Hemos hecho un recorrido de antecedentes legales y de criterios jurídicos destinados a precisar la naturaleza de las cámaras de comercio en el nuevo código. Sin estos antecedentes, que los hemos tomado en buena parte de estudios anteriores, hubiera sido muy difícil llegar a las conclusiones que vamos a adoptar en este ensayo, para lo cual, en esta especie de introducción al tratamiento que el nuevo Código de Comercio da a las cámaras de comercio, es necesario tomar en cuenta algunas disposiciones legales de ese nuevo estatuto.

Las cámaras de comercio siguen siendo organizaciones de carácter gremial integradas por los comerciantes inscritos en el respectivo registro mercantil, con funciones de esa índole que destaca el artículo 85 al encomendarles: "Servir de órgano oficial de los intereses gremiales del comercio ante el Gobierno y ante los comerciantes mismos".

También, continúan desempeñando funciones públicas, como son las de llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos y sobre la existencia de costumbres mercantiles recopiladas. Al lado de ésas unas de promoción cuyo detalle no es del caso en esta oportunidad.

Las cámaras tienen como ingresos ordinarios el producto de los derechos autorizados por la ley para las inscripciones y certificados, las cuotas

anuales que el reglamento señale para los comerciantes afiliados e inscritos y lo que produzcan sus propios bienes y servicios, y están sujetas a la vigilancia de la Contraloría General de la República, en el recaudo, manejo e inversión de sus ingresos.

Por último, se establece, entre otros controles, que la Superintendencia de Industria y Comercio conocerá de las apelaciones interpuestas contra los actos de las cámaras de comercio y que surtido este recurso quedará la vía gubernativa.

Ya dijimos que existió una propuesta que declaraba a las cámaras de comercio establecimientos públicos. Tal propuesta no fue aceptada y en su lugar se las definió como "instituciones de orden legal, con personería jurídica, creadas por el Gobierno nacional, de oficio o a petición de los comerciantes del territorio donde hubieren de operar". Es decir, se mantuvo la definición de la Ley 28 del año 1931.

La circunstancia histórica ya mencionada del rechazo a la propuesta de calificación de las cámaras de comercio como establecimientos públicos sería suficiente para ilustrar el deseo del legislador de 1971; sin embargo, confirman este punto de vista los términos de la definición de institución de orden legal que no es propiamente establecimiento público y las consideraciones de carácter constitucional y legal que se han hecho en otras partes del estudio, las cuales no están afectadas por norma alguna del Código nuevo.

Se pude concluir, entonces, afirmando que las cámaras de comercio siguen siendo organizaciones gremiales de carácter privado que desempeñan ciertas funciones públicas y que se hallan sujetas al control estatal que la ley señala.

En cuanto a este control estatal –que no va a examinarse en este escrito– tiene ciertas manifestaciones excesivas e impropias, como es el caso de las apelaciones contra los actos de las cámaras de comercio; no se distingue qué actos son, luego se tiene la tendencia a creer que son todos. Y entonces se puede afirmar que si es lógico sujetar a apelación los actos cumplidos en ejercicio de funciones públicas considerándolos administrativos, es absurdo someter al mismo tratamiento actos que no tienen ese carácter, como son los de carácter gremial o de pura organización interna. El artículo 94 del Código que tal provee va a dar lugar a conclusiones que hubieran podido evitarse empleando mayor cuidado y técnica jurídica porque además del error ya anotado tiene el de callar sobre la persona que produce los actos apelables; en frente de este vacío no faltará quien piense que el acto de cualquier empleado de una cámara de comercio es apelable ante la Superintendencia de Industria y Comercio, lo cual es excesivo e impropio.

Cerramos este artículo poniendo de presente que tal disposición es contraria a la naturaleza de organismo privado de las cámaras de comercio; en esa condición, no puede dárseles el trámite de actos administrativos a los suyos que en la mayor parte de las cosas no tienen ese carácter. Bogotá, junio 5 de 1971.

JAIME VIDAL PERDOMO

JAIME VIDAL PERDOMO es abogado, especializado en Derecho Administrativo *y* Derecho Constitucional. Es catedrático de dichas materias en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario *y* Externado de Colombia. Ha publicado los siguientes libros: Derecho Administrativo, Derecho Constitucional General, Historia de la reforma Constitucional de 1968 *y* sus alcances jurídicos. Ha desempeñado los siguientes cargos: secretario general del Ministerio de Agricultura, Subgerente Jurídico del Incora y Secretario jurídico de la Presidencia de la República.

El Registro Público de Comercio en el nuevo Código

POR J. GABINO PINZÓN

El registro público de comercio es una de las instituciones más antiguas del derecho comercial. No obstante, su evolución ha sido lenta, desde cuando surgió para determinar la calidad de comerciante o la vinculación a las corporaciones de comerciantes, mediante la matrícula en un **liber mercatorum,** hasta cuando ha llegado a ser, ante todo, un medio legal de publicidad de esa calidad y de actos y documentos cuyo conocimiento es útil para seguridad de terceros. Pero, decantada ya suficientemente la teoría de dicha institución y con desarrollos técnicos concretados y bien definidos en las legislaciones modernas, no podía faltar un título sobre el particular en el nuevo código del país.

Consciente de la importancia de estas instituciones, la comisión que elaboró el proyecto de código de comercio presentado en 1958 al estudio del Congreso –integrada por Víctor Cock, Efrén Ossa, Álvaro Pérez Vives, Emilio Robledo Uribe y el autor de este comentario– destinó a ella un título especial del libro primero, que afortunadamente se salvó en lo sustancial en la revisión hecha por toda clase de expertos cuando expiraban las facultades dadas al Presidente en la Ley 16 de 1968 para adoptar el proyecto. Así es como una de las reformas más importantes que se introducen en el nuevo código es la relativa al registro público de comercio, que, a pesar de varias diferencias en sus desarrollos y otras tantas incongruencias con las que se desmejoró el proyecto de 1958, tiene una orientación definida que consulta las tendencias modernas del derecho comercial y las conveniencias de la vida de los negocios.

I

Sobre esta materia es muy clara y precisa la exposición de motivos del proyecto de 1958, elaborada en esta parte por el autor de este escrito, al cual debe darse toda su justa importancia, no tanto para reivindicar esta forma a favor de sus verdaderos autores –los miembros de la comisión de

entonces– cuanto para que no se pierda de vista un documento que ha sido subestimado y hasta ignorado en la última etapa del proceso de reforma de la legislación comercial y que contiene y explica las orientaciones o el espíritu de muchas de las innovaciones de importancia introducidas con el nuevo Código de Comercio.

a) La finalidad principal o esencial de la institución del registro público de comercio es la de servir de medio legal de publicidad de algunos actos o documentos cuyo conocimiento debe facilitarse a terceros, para certeza y seguridad de los derechos y obligaciones derivadas de ellos. "La comisión –se dice en el documento antes mencionado– se aparta, pues, de la concepción del registro como requisito necesario para la validez de determinados actos y lo concibe como un simple requisito de publicidad a tono con una tendencia ya muy bien definida en el derecho comercial moderno y de la que son muestras elocuentes el sistema de registro del Código italiano de 1942 y el del decreto francés de 9 de agosto de 1953. Con esto se da unidad al sistema y se corrige el del derecho escrito del país, en el que el registro mercantil cumple a veces una función sustantiva de elementos esenciales de la validez de determinados actos jurídicos, y en otras ocasiones cumple simplemente una función de publicidad. Que es lo que ocurre, por ejemplo, respecto de las sociedades comerciales, porque el extracto de la escritura de constitución debe ser inscrito en la Cámara de Comercio, so pena de nulidad absoluta del contrato, mientras que el extracto de las escrituras de reforma del mismo pacto social deben ser inscritas simplemente para que sean oponibles a terceros".

En desarrollo del criterio anterior se previeron expresamente las normas recogidas en el inciso segundo del artículo 26 y en el ordinal 4º del artículo 29 del nuevo Código. La primera, para prever que, por ser público el registro mercantil, cualquier persona puede consultar y examinar los libros en los cuales sea llevado, lo mismo que tomar anotaciones de sus asientos o actas u obtener copias de los mismos; y la segunda, para disponer que, en cuanto en las leyes no se exija el registro dentro de un término fijo, podrá hacerse en cualquier tiempo, aunque "los actos y documentos sujetos a registro no producirán efectos respecto de terceros sino a partir de la fecha de su inscripción". Con lo cual se sanciona con una simple inoponibilidad a terceros la falta de publicidad que implica la omisión de registros en los casos prescritos por la ley. "Porque –como se dijo en la exposición de motivos–, si el registro se limita exclusivamente a ser un medio legal de publicidad, la sancionada a esa finalidad debe ser la simple inoponibilidad, esto es, que si lo que se pretende es facilitar el conocimiento de determinados actos o documentos, lo lógico es que, a falta de dicha publicidad los

terceros puedan prevalecerse de esa falta de conocimiento, para no ser afectado con ellos... Lo cual quiere decir que, tratándose de actos jurídicos sujetos a registro mercantil, tales actos son válidos desde el momento en que se cumplan los requisitos de fondo de todo negocio jurídico y los de forma que para algunos casos establezcan las leyes, pues que el registro no afecta dicha validez, sino su eficacia ante terceros. Los efectos de dichos actos se producen solamente entre las partes directamente interesadas en ellos, mientras no se lleve a cabo la inscripción, para que sea adecuada o proporcionada la sanción de tal formalidad con la finalidad que con ella se persigue".

b) Las definiciones anteriores sobre la finalidad del registro y la sanción legal de su omisión determinan lo esencial de la reforma en esta materia. Con sujeción a tales definiciones es, pues, como ha de entenderse la exigencia de inscripciones para todos los actos y documentos que se indican en el artículo 28 del nuevo Código, que amplía notablemente el ámbito de esta institución, llevándola más allá de la simple matrícula del comerciante, para cumplir la función esencial de medio de publicidad de una serie de actos y contratos cuyo conocimiento resulta de interés para seguridad de los terceros y de los comerciantes mismos, así como para cumplir funciones adicionales no menos importantes, como las relacionadas con los libros de comercio, prueba de los actos inscritos, conservación de los documentos sujetos a inscripción, etc.

Esta relación de los actos y documentos sujetos a registros es taxativa en cuanto son solamente aquellos respecto de los cuales se exija expresamente en la ley su inscripción; pero, a su vez, el artículo 28 del nuevo Código no indica todos esos actos y documentos de obligatorio registro y, por eso, se prevé en su ordinal 10 que deberán registrarse así mismo "los demás actos y documentos cuyo registro mercantil ordena la ley". Lo importante es, ante todo, la orientación orgánicamente estructurada en la forma indicada, a fin de que el legislador la vaya utilizando con sus funciones esenciales del medio legal de publicidad en todos los actos y documentos para los cuales esa función resulte de evidente utilidad o convivencia.

Más, pues, por vía de ejemplo que para relacionarlos todos. los actos y documentos sujetos a registro en el nuevo Código son de diversa índole, como los siguientes: los que modifican la capacidad para ejercer el comercio, como la interdicción judicial, la prohibición para ejercer el comercio, la declaración de quiebra, la posesión de cargos públicos que inhabiliten para el comercio; los que alteren el patrimonio de un comerciante o modifique su sistema de administración, como las capitulaciones matrimoniales,

las liquidaciones de sociedades conyugales o comerciales, las declaraciones de quiebra, los concordatos celebrados con los acreedores; los relativos a la mera administración de los bienes del comerciante, como el otorgamiento y la revocación de poderes de administración, los nombramientos de gerentes, liquidadores, síndicos de quiebra; los relativos a establecimientos de comercio, como enajenación, prenda, administración, usufructo; la constitución, reforma, disolución y liquidación de sociedades comerciales, lo mismo que las resoluciones de la Superintendencia de Sociedades por las cuales se otorga, suspende o cancela el permiso de funcionamiento de una compañía sometida a su control.

Además de las inscripciones anteriores, deben mencionarse dos registros de especial importancia, previsto en el mismo artículo 28: el de los libros de comercio y la matrícula del comerciante y de establecimientos de comercio. El primero, el de los libros de comercio, que se conserva como el que se lleva actualmente respecto de los libros de contabilidad y que se extiende a los libros de actas de reuniones de asambleas generales y de juntas directivas, no propiamente con una medida de publicidad legal, sino como un medio de facilitar la autenticidad de los asientos o anotaciones de los mismos. Y el segundo, la matrícula propiamente dicha del comerciante, que también se conserva más o menos como está regulada en la legislación todavía vigente, que se adiciona con una matrícula de todos los establecimientos de comercio, cuya apertura y clausura debe inscribirse, al igual que los nombramientos o remociones de los factores o representantes del empresario frente a los mismos, con el fin de que por medio de este registro puedan conocer los terceros en cualquier tiempo quién es el propietario de un establecimiento de comercio y cuáles son las personas facultadas para obrar en nombre de esa propiedad. A lo cual debe agregarse que el registro está llamado en estos casos de matrícula de un comerciante o de un establecimiento de comercio a cumplir una función de protección del nombre comercial y que ese es el sentido del artículo 35 del nuevo Código, que prohíbe inscripciones con nombres de comerciantes o de establecimientos ya inscritos y que regulan el caso de la homonimia de personas naturales.

c) La organización de las instituciones del registro público de comercio –examinada o descrita así en lo sustancial– se completa con algunas medidas o previsiones importantes, a fin de que dicha institución cumpla también funciones de autenticidad, de prueba y de conservación de los actos y documentos sujetos a su registro. Por eso se ha previsto (artículo 40) que los actos y documentos que no sean auténticos por su naturaleza, o que no hayan sido previamente reconocidos por las partes, deben ser presentados personalmente para su registro, con el fin de que en esta forma adquieran

la calidad de auténticos, para que solamente sean dotados de publicidad comercial actos o documentos que posteriormente no puedan ser desconocidos por los interesados. Por eso se ha previsto también (artículo 44) que, en caso de pérdida o de destrucción de un documento registrado, la Cámara de Comercio puede expedir un certificado, que desde que se expida con inserción del texto del documento inscrito, tendrá los mismos efectos legales del documento inicialmente registrado. Y se ha previsto así mismo (artículo 43) que los archivos de registro público de comercio podrán conservarse por cualquier medio técnico que asegure una reproducción exacta de los documentos que lo integran, siempre que el presidente y el secretario de la cámara de comercio respectiva certifiquen en acta especial sobre la autenticidad o fidelidad de la reproducción.

ch) Finalmente, el registro público de comercio será llevado por las cámaras de comercio conforme a lo que se prevé en el artículo 29 del nuevo Código, que regula en forma clara y completa la manera de hacer las inscripciones. Esta es indudablemente la más importante de las funcione que se atribuyen a las cámaras de comercio, que en sus orígenes, bajo la forma de tribunales consulares, introdujeron esta institución en el derecho comercial, aunque en la forma rudimentaria de simple matrícula del comerciante. Y la delegación de esta función pública en las cámaras tiene una amplia justificación, dada la experiencia ya acumulada por ellas desde la vigencia de la Ley 28 de 1931. Porque, como se dijo en la exposición de motivos de dicha ley, "si las cámaras hacen las veces de tribunales de comercio en determinados casos, es lógico que algunas funciones atribuidas a los jueces ordinarios en relación con el comercio y que pueden ser ejercidas sin inconveniente alguno por las cámaras de comercio se confíen a éstas. Si el registro de los libros de comercio puede hacerse en las cámaras de comercio, el registro de las sociedades de comercio también debe hacerse por esas entidades. Las cámaras de comercio son más accesibles que los juzgados, y deben tener más control en lo que a registros y a informaciones de comercio se refiere, que lo que interesa a los jueces". (**Historia de las leyes,** t. XX. p. 10).

II

Expuestos en los términos anteriores los lineamientos sustanciales de la institución del registro público de comercio, que son, como ya se dijo, los que se propusieron en el proyecto de 1958, aprobado en esta parte del Senado de la República, es útil advertir que los retoques hechos a ese

proyecto por los expertos de última hora desmejoraron en su parte técnica o de forma la concepción inicial, para crear algunos problemas de orden práctico y de interpretación que van a dificultar el desarrollo completo de las instituciones. Sería, pues, incompleto este breve estudio si se limitara a ser resaltado lo bueno que representa en la legislación comercial del país título tercero del libro del nuevo Código, sin anotar algunas de las deficiencias más graves que produjo en esta institución el afán de hacer cambios improvisados y, sobre todo cambios cuyo alcance no fue previsto o que excedieron los alcances de sus autores.

a) Conforme al artículo 27, "la Superintendencia de Industria y Comercio determinará los libros necesarios para cumplir esa finalidad, la forma de hacer las inscripciones y dará las instrucciones que tiendan al perfeccionamiento de la institución". Sin embargo, en los artículos 29, 32 y siguientes se indica claramente cómo debe hacerse el registro, en cuanto a los libros que deben llevarse y a la forma de hacer las inscripciones, según el caso. Es decir, que el artículo 27 sobra realmente y que no podrá entenderse que las resoluciones o instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio pueden prevalecer sobre las disposiciones del Código que quedan indicadas. Fuera de que sería absurdo que una cuestión de tanta importancia, como que a ella está subordinada la seguridad de los terceros, quedara al arbitrio de todos esos funcionarios que el gobierno improvisa permanentemente para hacer cada vez más inoperante el servicio público.

b) En el numeral 2º del artículo 32, al tratar de las matrículas de establecimientos de comercio, se prevé que "se presumirá como propietario del establecimiento quien así aparezca en el registro". Esta adición quita a dicha matrícula su verdadera función y utilidad. Porque, como se dijo en la exposición de motivos del proyecto de 1958 sobre establecimientos de comercio, "los terceros pueden tener o tienen de hecho interés en conocer de manera cierta quién es en un momento determinado el propietario de un establecimiento... En la práctica de las diligencias de embargo y secuestro es, por ejemplo, necesario disponer de esa certeza". Pero, en la forma como se adicionó el proyecto original, la inscripción sólo crea una presunción que, por ser susceptible de desvirtuarse por prueba en contrario elimina esa certeza y seguirá abierta la puerta a toda clase de fraudes de los derechos de los terceros, especialmente con la libertad de medios de prueba y la libre apreciación de esos medios que se prevén en las nuevas leyes de procedimiento civil.

c) En el artículo 33 se prevé que la matrícula del comerciante "se renovará anualmente, dentro de los tres primeros meses de cada año... Lo mis-

mo se hará respecto de sucursales y establecimientos de comercio y demás actos y documentos sujetos a registro". Lo cual, entendido en su sentido natural y obvio, quiere decir que anualmente hay que renovar el registro de las escrituras de constitución de las sociedades, los documentos de prenda sin desapoderamiento, los libros de contabilidad, los permisos de funcionamiento de las sociedades anónimas, etc. Esto, que es evidentemente absurdo, no puede subsanarse por un simple decreto reglamentario, ni va a poder resolver la doctrina en sentido contrario sin violentar el texto claro de la ley. Va a ser difícil que la doctrina llegue a la conclusión de que los autores de esa enmienda no supieron distinguir entre la matrícula de un comerciante o de un establecimiento de comercio y el registro de ciertos actos o documentos.

ch) En original del artículo 40 tenía previsto que los documentos que no fueran auténticos por su naturaleza o que no estuvieran autenticados ante notario o ante juez deberían presentarse personalmente ante la Cámara de Comercio y que, presentados en esta forma, previa identificación de los otorgantes, se tendrían como auténticos. Lo cual era lógico, por cuanto los funcionarios de la Cámara obran como funcionarios públicos en cumplimiento de la función de llevar el registro mercantil; y era necesario, por cuanto, como se dijo en la exposición de motivos, sólo deben registrarse, esto es, dotarse de publicidad obligatoria los documentos auténticos, como medida elemental de seguridad para los terceros y para las partes mismas. Pero los expertos de la hora de nona suprimieron la última parte, para limitarse a exigir la presentación personal de los documentos no auténticos ni autenticados, sin reconocer esa autenticidad y habiendo conservando la norma según la cual el documento suplido por un certificado de la Cámara "tendrá el mismo valor probatorio del original" (artículo 44). De esta suerte se creó un problema de interpretación que, aunque debe resolverse a favor de la autenticidad del documento presentado personalmente, por la función pública que cumplen entonces las cámaras y los antecedentes de la reforma, no va a dejar de prestarse a soluciones distintas en la práctica.

d) Finalmente, en el proyecto de mayoría se había previsto que el gobierno fijara el importe o tarifa de los emolumentos que causaran las inscripciones y certificados de las cámaras de comercio, como se hace respecto de muchos servicios públicos y como se hizo concretamente en el estatuto del registro de instrumentos públicos. Con lo cual se facilitaba la actualización o reajuste de esas tarifas en su oportunidad, sin todas las dificultades que implica una regulación directa por la ley. Pero en los retoques finales se cambió el sistema, para prever en el artículo 45 del nuevo Código que cada inscripción o certificación causará los emolumentos que

fijare la ley", para dejar sin resolver el problema de la inactualidad de las tarifas de dichos servicios y crear, además, un problema de interpretación frente al artículo 2033, que deroga todas las leyes y decretos anteriores que versan sobre las materias contempladas en el nuevo código. Problema que habrá que resolver en el sentido de que, por haber quedado sin regular la materia de los emolumentos relativos al registro público de comercio, los últimos decretos dictados con tal fin siguen vigentes mientras el Congreso no expida una nueva ley, para dejar vigente también la dificultad de revisar y reajustar oportunamente las tarifas de dichos emolumentos.

Las glosas anteriores se limitan a los 21 artículos destinados a la institución del registro público de comercio. ¿Cuántas podrán hacerse a los 2038 que constituyen el nuevo Código, especialmente en los libros primero, segundo y sexto, que fueron los más afectados por el brío de los expertos de última hora?

J. GABINO PINZÓN

Las sociedades en el nuevo Código de Comercio (Primera Parte)

POR J. GABINO PINZÓN

El libro segundo del nuevo código –destinado todo al régimen de las sociedades comerciales– fue tal vez el más desafortunado en su largo proceso de elaboración y de discusión. Presentado al Congreso en 1958 el proyecto inicial, con una amplia exposición de motivos, el Senado lo aprobó sin modificaciones de importancia y lo pasó a la Cámara, con la recomendación hecha en el sentido de que se anticipara la adopción de los dos primeros libros del proyecto mientras se adelantaba el estudio de los demás libros. Pero ese proyecto –aprobado por el Senado y divulgado y comentado por los profesores de derecho comercial durante más de diez años– fue abandonado por la comisión creada en 1968, que en 1970 presentó el proyecto Manrique-Narváez, inspirado en un proyecto de ley argentina sobre sociedades, como se dijo en el mensaje o nota de presentación o entrega al Gobierno.

No habiendo sido adoptado por el Gobierno de Lleras Restrepo el proyecto Manrique-Narváez –que fue objeto de un rechazo unánime tan pronto como la Superintendencia de Sociedades lo dio a conocer– y habiéndose reintegrado y dividido hacia fines de 1970 la comisión creada en cumplimiento de la Ley 16 de 1968, se presentaron dos proyectos sobre sociedades al presidente Pastrana Borrero: uno, sin exposición de motivos, que tenía como base el proyecto Manrique-Narváez, y otro, con su exposición de motivos, que era una actualización o "revisión final" del proyecto de 1958. En tales condiciones, el Presidente debió adoptar el segundo de dichos proyectos, por cuanto era el que se ceñía a las facultades dadas en la Ley 16 de 1968, que eran para que «previa una revisión final por una comisión de expertos», expidiera el proyecto de código de comercio que se hallaba al estudio del Congreso, es decir, el proyecto de 1958; o debió rechazarlo y dejar de expedir el código o, por lo menos, esa parte del código, si esa «revisión final» hecha por un grupo de los expertos» escogidos y nombrados por el mismo gobierno no era un trabajo aceptable. Sin embargo, aunque se adoptó en su mayor parte la orientación general del proyecto de 1958, con los retoques que se le hicieron en esa revisión final,

se cambió su formulación técnica y se pretendió hacer una precipitada refundición de los dos proyectos, no por la comisión de expertos que había previsto la Ley 16, sino directamente por el gobierno, con la colaboración de expertos de la hora nona, para romper la unidad orgánica del proyecto de 1958 y adoptar un sinnúmero de normas mal concebidas y peor redactadas que han hecho del segundo libro la parle técnicamente más deficiente del nuevo Código.

I

Limitando este comentario a la orientación general del nuevo Código en materia de sociedades y prescindiendo de la forma como, deliberada o inconscientemente, se desmejoró el proyecto de 1958, tal como quedó después de su revisión final, deben hacerse resaltar las siguientes reformas con las cuales se mejora notoriamente el sistema de la legislación vigente, aunque ésta se halla redactada con mayor claridad y precisión.

a) Conforme con la orientación del proyecto de 1958 y en contra de la del proyecto Manrique-Narváez de 1970, el nuevo Código conserva la noción contractualista de la sociedad, prescindiendo de la noción institucionalista, a la que todavía le quedan algunos adeptos, tal vez porque, como anotan Ripert y Savatier, es una noción demasiado vaga. En esta forma no solamente se mantiene el criterio que inspira las instituciones jurídicas todavía vigentes en el país, sino que puede seguirse aprovechando el acervo doctrinal y jurisprudencial que ha logrado acumularse y depurarse en más de siglo y medio de estar vigentes los códigos de comercio que vienen conservando y enriqueciendo la noción contractualista de la sociedad.

Como ya lo ha escrito el autor de este comentario, "es evidente, desde luego, que ese acuerdo de las voluntades de las varias personas que se asocian se sale del estrecho marco determinado por la noción de contrato de los códigos primitivos. Mas por eso no es necesario repudiar una estructuración técnica que ha permitido al derecho de las sociedades satisfacer adecuadamente, sin dificultades insalvables, todas las exigencias del crecimiento de las distintas formas de asociación comercial en la vida moderna, especialmente cuando las concepciones con las cuales se pretende sustituir la noción contractual del acto de formación de la sociedad no han adquirido la claridad y el vigor lógicos de la doctrina tradicional. Es, pues, preferible revitalizar la noción de contrato, para hacerla comprender no sólo los contratos de contraprestación sino también los de colaboración, esto es, los acuerdos de voluntad enderezados a conseguir la colaboración de va-

rias personas en la persecución de un mismo fin, con la utilización de unos mismos medios, como lo están haciendo la mayoría de los comercialistas modernos y aun los civilistas mismos, en una empresa de reivindicación del contrato que ha recibido ya la sanción de códigos tan completos como el italiano de 1942" **(Sociedades Comerciales,** vol. 1, Teoría general, No. 17).

Revitalizando la noción del contrato, como queda dicho, es como se ha previsto en el nuevo Código, siguiendo la idea del derecho italiano, que "el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial" (artículo 866). Con lo cual se supera la noción del Código Civil, según el cual "contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa" (artículo 1495), para dar cabida a los contratos de colaboración, que pueden ser plurilaterales, como se dice expresamente en el artículo 867 del nuevo Código y no simplemente bilaterales, como en el derecho actual, al tenor de la definición ya transcrita. Así es como pueden resolverse sin dificultad problemas propios de las sociedades, como el de la subsistencia de una sociedad, aunque el contrato se declare nulo para alguno o algunos de sus socios (artículo 104 del nuevo Código), la exclusión de la resolución del contrato por incumplimiento de sus obligaciones por alguno o algunos de los socios (artículo 857 *id.*), la posibilidad de aportes desiguales y hasta de privilegios patrimoniales para algunos socios, etc.

b) Conservando también la orientación del proyecto de 1958, se destina el primer título del libro segundo del nuevo Código a regular el contrato de sociedad, en general, es decir, a fijar los principios y reglas que son comunes a todas las formas de sociedad. Con lo cual se supera técnicamente la legislación actual, ya que, como se dijo en la exposición de motivos del proyecto inicial, preparada en esta parte por el autor de este escrito, «el Código de Comercio se ha limitado a regular las distintas formas de sociedad, sin hacer esa separación, con carácter de normas generales, de los principios de derecho que son y deben ser comunes a todas ellas. Por eso se halla regulada, en forma más o menos completa, la sociedad en nombre colectivo, cuyas normas se invocan por el mismo Código de Comercio, al regular los demás tipos de sociedad, a veces mediante una referencia concreta a determinadas disposiciones legales, que deben aplicarse en su integridad, como en los artículos 568, 569, 585 y 604; y a veces con una referencia relativamente abstracta a determinadas normas propias de la sociedad colectiva que han de aplicarse a otras formas de sociedad, «en cuanto lo resista su naturaleza especial», como en los artículo 551, 590, 598 y 613. Lo cual quiere decir que en esas normas aparentemente especiales hay latentes verdaderos principios generales de derecho susceptibles de

aplicarse a todos los tipos de sociedad». Y con lo cual –como se agrega en la misma exposición de motivos–"se crea un problema de interpretación cuya solución supone un criterio muy bien formado sobre cada tipo de sociedad, que no siempre es dable conseguir en los funcionarios de las distintas ramas del poder. De modo que lo que la comisión se propone es fijar con claridad los principios que sirven como de común denominador a todas las reglamentaciones previstas para las sociedades comerciales».

Con el criterio anterior se previó en el proyecto de 1958 un título general dividido en varios capítulos destinados a regular el contrato de sociedad, en general. Ese título, después de la revisión final que se le hizo en cumplimiento de la Ley 16 de 1968, está desarrollado en los artículos 98 a 265 del nuevo Código, con los siguientes capítulos: I, Disposiciones generales; II, Constitución y prueba de la sociedad comercial; III, Aportes de los socios; IV, Utilidades sociales; V, Reformas del contrato social; VI, De la fusión y transformación de las sociedades; VII Asamblea de socios y administradores; VIII, Revisor fiscal; IX, Disolución de la sociedad; X, Liquidación del patrimonio social; XI, Matrices, subordinadas y sucursales. En estos once capítulos se desarrolla, pues, lo que ya puede llamarse teoría general de las sociedades, no sólo en un plano meramente doctrinal, sino también en el campo del derecho comercial escrito.

c) Concebida la sociedad como obra de un contrato, se introduce en el nuevo código una reforma de especial importancia en cuanto a la celebración de dicho contrato, propuesta desde el proyecto de 1958 y parcialmente iniciada con el estatuto del registro de instrumentos públicos, que suprimió las inscripciones del libro segundo, entre las cuales estaba la del contrato de sociedad. Conforme al nuevo sistema, el contrato de sociedad sigue siendo solemne, con el fin de que sea auténtico, de que sea dotado de una publicidad comercial adecuada y de que la sociedad que se forme sea regular. Pero ya no será, como en el derecho vigente, el más solemne de todos los contratos de derecho privado, sujeto a varias solemnidades distintas, cada una de las cuales debe ser cumplida, so pena de nulidad absoluta entre los socios, como se establece en el artículo 472 del Código actual. Porque de tales formalidades solamente se conservan dos, aunque con modificaciones sustanciales: la escritura pública y la inscripción de ésta en el registro público de comercio.

l) La escritura pública no sólo está llamada a dotar de autenticidad el contrato social, sino que constituye un elemento esencial de toda sociedad **regular,** es decir, una formalidad sin la cual una compañía comercial es irregular o de hecho, pues que, según el artículo 500

del nuevo Código, «la sociedad comercial será de hecho cuando no se constituyere por escritura pública»; y constituye también el modo de facilitar la prueba de la sociedad, por cuanto el certificado de la Cámara de Comercio destinado a servir de medio legal de prueba de la existencia de la sociedad y de las cláusulas del contrato no puede ser expedido si la escritura no ha sido otorgada e inscrita en la misma Cámara de Comercio. Pero lo que constituye realmente la función esencial de la escritura es la de hacer **regular** la sociedad, para que, además de tener existencia y de ser válida, encuadre en algunas de las formas regulares de asociación comercial, ya que es importante que el régimen de las relaciones derivadas del contrato entre los socios y frente a terceros se ajuste a las normas que determinan o configuran la estructura o sistema de cada tipo de compañía comercial. Por eso mismo la sanción de la falta de la escritura no es la nulidad entre los socios, para ir por esta vía de la nulidad a la sociedad de hecho, como en el derecho vigente, sino la falta de forma regular para la sociedad, su colocación al margen o fuera de las formas o tipos de asociación comercial, como sociedad atípica o amorfa.

2) La inscripción de la escritura en el registro público de comercio está esencialmente concebida como una forma legal de dar publicidad al contrato social, con el fin que se persigue en el derecho todavía vigente con el registro de un extracto de dicha escritura en la Cámara de Comercio y una publicación del mismo extracto en algún periódico. Pero se hacen modificaciones de especial importancia y utilidad al sistema actual, como las siguientes: la inscripción será de todo el contrato, no de un mero extracto, y, por eso, es una copia completa de la escritura la que ha de ser registrada, según el artículo 111 del nuevo Código; la inscripción podrá hacerse en cualquier tiempo, con la sola consecuencia de que, mientras no se haga el registro, el contrato social será inoponible a terceros (artículo 112) y la sociedad no podrá iniciar sus operaciones (artículo 116); hecho en debida forma el registro, el contrato social no podrá ser impugnado sino por vicios de fondo (artículo 115), es decir, por falta de capacidad o de pleno consentimiento de los contratantes o ilicitud del objeto o de la causa de las obligaciones contraídas por ellos como parte o elemento esencial del contrato. La inscripción de la escritura social cumple, pues, una función extraordinariamente útil: al mismo tiempo que hace producir al contrato social todos sus efectos respecto de terceros, por la publicidad de que se dota

> por este medio, da también a los terceros la seguridad de que ese contrato es perfecto en cuanto a su forma, porque solamente puede ser impugnado por causales de nulidad provenientes de vicios de fondo. Y por cuanto la función esencial del registro público de comercio es la de dar publicidad a los actos inscritos en él, como se dijo en la exposición de motivos del proyecto de 1958, la sanción por la omisión de la inscripción no es la nulidad absoluta del derecho aún vigente, sino la simple inoponibilidad del contrato a terceros, por cuanto solamente por ese medio se pone legalmente en su conocimiento.

ch) En materia de aportes –uno de los elementos cuya concurrencia configura la *affectio societatis* y que, como tal, es elemento esencial del contrato de sociedad– se introducen varias reformas, algunas de las cuales mejoran indudablemente el sistema del derecho vigente, mientras que otras representan un retroceso o, por lo menos, un estancamiento de ese mismo derecho. Limitando en esta parte el comentario a las primeras, deben hacerse resaltar algunas de las más importantes.

1) Para obviar las dificultades que inspiran la resistencia de la doctrina y de las legislaciones modernas a los aportes de industria en las sociedades de capitales, se propuso desde 1958 y se acogió en el nuevo Código una solución bastante acertada. Porque, aunque es verdad que en las sociedades en las que la única prenda común de los acreedores la constituyen los activos sociales debe asegurarse la integración efectiva del capital y su protección adecuada, es también verdad que, como se ha aceptado desde la época de los romanos, el trabajo vale tanto como el dinero y no hay por qué excluir su aportación a cualquier forma de sociedad comercial. Por eso se hace en el nuevo Código una distinción entre el aporte de industria estimado en un valor determinado, es decir, destinado a redimir cuotas del capital, y el aporte de industria hecho sin esa destinación, que confieren –uno y otro– la calidad de socio: el primero con todos los derechos de cualquier socio, inclusive el de participar en el remanente de los activos al tiempo de la liquidación del patrimonio social; y el segundo con los demás derechos, incluyendo la participación en cualquier superávit formado durante su vinculación a la sociedad, pero exceptuado al derecho a participar en el remanente de los activos.

Con esta distinción podrá ya aceptarse sin discusión el aporte de industria a la sociedad de responsabilidad limitada, siempre que no sea hecho por un valor determinado que forme parte del capital, ya que se mantiene la exigencia del pago total del capital al formarse la sociedad, que excluye

naturalmente la otra modalidad del aporte de industria. Pero en la sociedad anónima, en cambio, sigue siendo posible la liberación de acciones con la industria o trabajo personal, con la modificación muy importante que introduce el artículo 139 del mismo código, es decir, con la obligación de que el aporte de industria sea en tal caso amortizado con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias en la parte proporcional que corresponda a cada ejercicio social. Con lo cual se elimina la dificultad que ha inspirado el rechazo del aporte de industria en las sociedades de capitales, en general, porque, según se dijo en la exposición de motivos el proyecto de 1958, como en esta hipótesis «lo que ocurre, en el fondo, es que se pagan anticipadamente y con parte del capital los servicios del socio industrial, el capital va disminuyéndose en la misma proporción en que se va prestando el servicio, porque se trata de un simple activo diferido; por lo demás, si se reparten todas las utilidades obtenidas sin amortizar ese activo diferido, con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias y en la proporción en que se vaya prestando el servicio dentro de cada ejercicio social, se irá repartiendo una utilidad ficticia en parte, que compromete la integridad del capital».

2) Con el criterio de proteger la integridad del capital en interés de los terceros se halla prohibida la reducción del capital en la sociedad anónima; pero esta es una medida de valor muy relativo en ese sentido y, por eso, las leyes modernas más avanzadas, como el código italiano de 1942, la ley alemana de 1965, sobre sociedades por acciones, y la ley francesa de 1966, sobre sociedades, en general, han reaccionado contra esa prohibición. Así es como en el nuevo Código (artículo 145) se permite la reducción del capital en toda clase de sociedades, aunque con restricciones exageradas, de las cuales es la mayor la necesidad de que la Superintendencia de Sociedades autorice previamente la medida, aun en las sociedades no sometidas a su control, sobre todo con el concepto que ha tratado de imponer últimamente en el sentido de que ese control no es «conforme a la ley", como lo previene la Constitución nacional, sino más o menos al arbitrio del superintendente.

También con la idea de asegurar la integración efectiva del capital no solamente se mantiene el sistema de la aprobación previa por la Superintendencia de Sociedades del avalúo de los aportes en especie a las sociedades controladas por ese despacho administrativo –todas las sometidas a dicho control y no solamente las anónimas–, sino que se hace extensiva a todas las demás sociedades no sometidas a dicho control la obligación que rige hoy para los socios de las compañías de responsabilidad limitada de responder solidariamente por el valor atribuido a los aportes en especie, sea que se hagan al formar la compañía o que se hagan posteriormente

para pagar aumentos del capital (artículo 135). Pero con la aclaración de que esa responsabilidad se contrae al valor de las especies aportadas en la época en la cual se consumen las aportaciones de las mismas.

d) En relación con la participación en las utilidades –el otro elemento que, con el aporte configura la *affectio societatis* y que, consecuencialmente, es de la esencia del contrato de sociedad– el nuevo código se inspira en la idea de proteger el derecho del asociado a las utilidades sociales y de estimular en esta forma la inversión de capitales, especialmente en las sociedades anónimas, cuya importancia económico-social ha sido subestimada por el Estado, que sólo quiere mirar en ellas buenos contribuyentes. Con esta finalidad y siguiendo el criterio del proyecto de 1958, completado en la revisión final del mismo, se introducen dos reformas de especial importancia, que indudablemente van a suscitar la resistencia de los administradores, acostumbrados a propiciar el robustecimiento y el ensanche de las empresas sociales a costa del derecho de los socios a las utilidades de cada ejercicio social.

1) La primera de las reformas indicadas es la que impone la obligación de repartir a título de dividendo o participación no menos del cincuenta por ciento de las utilidades de cada ejercicio social (artículo 155), con la aclaración de que este porcentaje se eleva al setenta por ciento en las sociedades anónimas cuando la suma de las apropiaciones hechas para reserva legal, reservas estatutarias y reservas ocasionales cubran el ciento por ciento del capital suscrito (artículo 454), y con la salvedad de que para dejar de repartir el porcentaje indicado de las utilidades es necesario el voto del 70% del capital representativo (artículo 155). Porque la asociación comercial tiene por fin esencial la obtención de una utilidad económica repartible entre todos los socios; este es el móvil que induce al con trato social y es para eso para lo que se hacen los aportes al fondo social destinado al desarrollo de la empresa social productora de esa utilidad. Por eso todo asociado tiene derecho a que se le haga partícipe en todas las utilidades justificadas por los balances de fin de ejercicio, hechas solamente las reservas que por ley, por el contrato o por decisión de la junta general deban hacerse en cada tipo de sociedad. Y, para una más fácil efectividad de ese derecho esencial del socio, la medida anterior se completa con la aclaración de que las sumas debidas a los asociados por concepto de utilidades constituyen un pasivo externo de la sociedad, es decir, un crédito del socio contra la sociedad, que puede hacerse efectivo por las vías judiciales, mediante copia del balance o del acta en que conste la aprobación de

la distribución de las utilidades, que son documentos con mérito ejecutivo para tales efectos (artículo 156).

2) La segunda medida enderezada directamente a la protección del derecho a las utilidades es la que limita la creación de reservas distintas de las legales y de las estatutarias, que deben tener una destinación especial, además de ser aprobadas con la mayoría decisoria prevista en los estatutos o en la ley, y que deben justificarse ante la Superintendencia de Sociedades (artículo 154). Porque los socios mismos, que, como dueños de las utilidades, son los llamados a disponer de ellas, han de tener un control sobre las utilidades que dejan de repartirse para cubrir o incrementar reservas especiales, conociendo o fijando el fin o destino de dichas reservas y reservándose el derecho a que esa destinación no sea variada sino por ellos mismos, con la mayoría de votos necesaria para su creación (artículo 154). Con esto se pretende que las reservas no se desvirtúen o desvíen de sus verdaderas funciones de medidas de previsión, ante todo, a fin de que, al salvar la diferencia técnica que hay entre las reservas y el capital, se salve también ese derecho del socio y no se le obligue en esta forma indirecta o irregular a aumentar su contribución al fondo social.

Lo cual no impide desde luego, que el total o parte de las utilidades reparables se capitalice, es decir, se destine a pagar aumentos del capital decretado regularmente por la junta general de socios. Porque es una forma de distribución o pago de las utilidades y porque este procedimiento –que se acomoda a la diferencia entre el capital y las reservas y a las funciones de uno y otras– resulta más ventajoso para la sociedad, para los terceros y para los asociados: para la sociedad, pues que cambia un pasivo externo exigible por un pasivo interno que sólo es exigible al tiempo de la liquidación del patrimonio social; para los terceros, por cuanto, por la razón aquí indicada, se incrementa el fondo social y se mejora la prenda común de sus créditos; y para los socios, toda vez que la utilidad capitalizada puede producirles un dividendo o ganancia exigible que por lo menos contablemente no les pueden producir las reservas.

e) Una cuestión de especial importancia dentro del régimen de las sociedades es la relacionada con las juntas o asambleas generales de socios y con los administradores de la empresa social. En la vida práctica son múltiples las dificultades que suelen ocurrir al respecto y, por eso, los autores de la revisión final del proyecto de 1958 propusieron algunas medidas enderezadas a la solución de los más graves y frecuentes de esos problemas,

que afortunadamente fueron acogidas por los expertos de la hora de nona y adoptadas como normas del nuevo Código, a pesar de que perdieron su claridad y precisión originales. De esas medidas solamente pueden mencionarse en un comentario de esta clase las más importantes, para exponer su sentido o intención.

1) Conforme con el artículo 188, las minorías ausentes o disidentes solamente quedan sujetas a las decisiones de la asamblea que se adopten con sujeción a las leyes y a los estatutos y que tengan carácter general, es decir, que versen sobre cuestiones de interés común para todos los socios, para limitar en esta forma los abusos de las mayorías. Lo cual no excluye, como se prevé en el mismo artículo 188, que en virtud de privilegios pactados conforme con las leyes con el contrato social puedan no aprovechar o perjudicar las decisiones por igual a todos los asociados, como en el caso de las acciones privilegiadas con derecho a un dividendo preferencial. Pero sí se persigue con la exigencia de esa **generalidad** de las decisiones de la asamblea que éstas consulten el interés de lodos los socios, dentro de la igualdad jurídica propia de un contrato de colaboración en el que los socios han de ser voceros de ese interés común de todos los asociados a fin de que pueda considerarse razonablemente que la mayoría interpreta y custodia mejor ese interés común que la simple minoría.

2) La exigencia anterior, paralela a las reglas sobre convocación de la asamblea, quórum y mayorías decisorias, sirven de fundamento al artículo 190, en el cual se distingue claramente entre existencia de la asamblea, validez de las decisiones y oponibilidad de las mismas. Porque cuando la asamblea no es convocada debidamente, o no se reúne el número de socios constitutivos del quórum previsto en los estatutos o en la ley, las decisiones «serán ineficaces», es decir, carentes de todo efecto, por cuanto no son decisiones de una asamblea, ya que ésta no tiene existencia sino cuando, además de ser convocada regularmente, se reúne el quórum pactado en el contrato social o exigido en las leyes; cuando, habiendo asamblea y la consiguiente posibilidad de adoptar decisiones, éstas no se aprueban con el número de votos que constituya la mayoría decisoria prevista también en los estatutos o en la ley, o exceda los límites del contrato social, son absolutamente nulas; y cuando las decisiones no son nulas –porque se han adoptado con la mayoría del caso y en reuniones de una asamblea debidamente convocada y con el quórum estatuta-

rio o legal–, pero no tienen carácter general, son inoponibles a las minorías ausentes o disidentes.

3) Las decisiones ineficaces no requieren impugnación judicial que las prive de efectos, pues que la ineficacia consiste precisamente en la carencia de todo efecto, por no haber decisión, dada la inexistencia de la asamblea. Lo mismo ocurre respecto de las decisiones inoponibles a las minorías ausentes o disidentes, respecto de las cuales tampoco es necesaria acción alguna que las prive de efectos contra tales minorías, aunque sí tienen derecho a pedir que se restablezca el orden lesionado con tales decisiones, en cuanto hayan tenido ejecución o cumplimiento. Pero cuando las decisiones están viciadas de nulidad, por no haber sido adoptadas con la mayoría decisoria del caso, o excediendo los límites de los estatutos, esa nulidad debe ser declarada judicialmente, con el fin de que se retrotraigan las cosas a su estado anterior, es decir, para que desaparezcan los efectos ya producidos y dejen éstos de producirse en el futuro. Para estas dos últimas hipótesis es para las que han sido previstas las acciones de impugnación que se regulan en los artículos 191 y siguientes del nuevo Código, que han de ser propuestas por los administradores, los revisores fiscales o los socios ausentes o disidentes, ante los jueces comunes, aunque se haya pactado cláusula compromisoria, y por los trámites del procedimiento abreviado previsto en el nuevo Código de procedimiento civil. Pero esta medida, que se endereza no solamente a la protección de las minorías, sino que tiende a salvaguardar el cumplimiento del contrato social, en su contenido de empresa de colaboración, regida por un criterio de igualdad jurídica, no puede degenerar en fuente de inestabilidad para el desarrollo de la actividad directiva de una sociedad y, por eso, se prevé un tiempo corlo para el ejercicio de las acciones de impugnación, que sólo pueden ser intentadas dentro de los dos meses siguientes a la adopción de las mismas o de su inscripción en el registro público de comercio cuando, como en el caso de las reformas de los estatutos, han de someterse a dicha formalidad (artículo 191).

4) La administración de los negocios sociales sigue sometida, como en el derecho vigente, a lo que se estipule en el contrato social, ya que son los socios mismos los que mejor pueden apreciar en cada caso las modalidades de la gestión de la empresa social. Solamente a falta de esas estipulaciones del contrato social operan las reglas que determinan el sistema de la administración en cada tipo de sociedad, entre las cuales debe hacerse resaltar la del artículo 196 del nuevo

Código, según el cual ha de entenderse que los representantes de una sociedad pueden celebrar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen con la existencia y el funcionamiento de la sociedad, porque las limitaciones a dichas facultades han de ser expresas en el contrato social inscrito en el registro público de comercio, para que sean oponibles a terceros. Esta no es propiamente una reforma del sistema vigente –que es, en el fondo, el mismo–, sino la adopción como norma legal de una conclusión doctrinal y jurisprudencia, que deja de estar expuesta a cambios, porque adquiere la certeza, la generalidad y la estabilidad que tienen las reglas del derecho escrito.

5) También en relación con la administración deben mencionarse, como de especial importancia, dos reglas que consagra el nuevo Código y que no son supletivas, sino imperativas, es decir, que no son susceptibles de pacto o estipulación en contra: la que prohíbe a una misma persona ejercer simultáneamente un cargo directivo en más de cinco compañías de capitales (artículo 202). y la que priva a los administradores de toda acción contra la sociedad por las sanciones que les sean impuestas por delitos, contravenciones u otras infracciones (artículo 201). La primera –cuya conveniencia es discutible– está llamada a operar en las sociedades de capitales, es decir, en las limitadas, anónimas y comanditarias por acciones y no excluye, desde luego, la posibilidad de que una persona se vincule a la dirección de más de cinco compañías, como principal o como suplente, si no ejerce simultáneamente más de cinco de esos cargos, porque la limitación se refiere al ejercicio del cargo, no al nombramiento, y así hay que interpretar esa norma que, por ser restrictiva, no puede aplicarse sino de manera estricta o restringida. Y la segunda norma indicada trata de obtener que las sanciones impuestas a los administradores, por faltas de que ellos mismos sean los responsables, no se desvíen sobre el patrimonio de la sociedad, para que ésta no comparta, aunque sea económicamente, una responsabilidad que no puede ser suya, por cuanto dentro del mandato de los administradores no pueden quedar comprendidas esas infracciones del orden legal general o del orden legal especial de cada sociedad.

f) Uno de los capítulos sobre los cuales fue especialmente cuidadosa la revisión final del proyecto de 1958 fue el relativo a la revisión fiscal de las sociedades comerciales. Este capítulo –según se dijo en la exposición de motivos de la revisión final– «es, en términos generales, un proyecto de ley que el Instituto Nacional de Contadores Públicos presentó a la Superinten-

dencia de Sociedades (en su penúltima época), como fruto de experiencias recogidas después de más de treinta años de vigencia de la Ley 73 de 1935, que, aunque bien orientada en esta materia, contiene normas anacrónicas, como la que exige los arqueos semanales de caja». Con la salvedad de que en esta parte también se hicieron retoques de discutible conveniencia que más bien desmejoraron el proyecto presentado al gobierno, como ocurrió con la inmensa mayoría de los retoques de última hora. Pero en esta parte el nuevo código contiene innovaciones importantes y numerosas como las que se indican a continuación:

1) Conforme con el artículo 203, hay una revisoría obligatoria para las sociedades anónimas y para las sucursales de compañías extranjeras; y hay una revisoría simplemente potestativa para «las sociedades en las que, por ley o por los estatutos, la administración no corresponda a todos los socios, cuando así lo disponga cualquier número de socios excluidos de la administración que representen no menos del veinte por ciento del capital». En el primer caso, por tratarse de una exigencia de la ley misma, las funciones que han de cumplir los revisores son las que se prevén expresamente en el mismo código (artículo 207), y en el segundo caso, por ser potestativa la revisoría, los mismos socios que pueden provocar la creación del cargo pueden señalar las funciones de los revisores y solamente a falta de señalamiento expreso de tales funciones han de cumplirse las de orden legal. Como se dijo en la exposición de motivos, «esta revisoría potestativa puede ser especialmente útil para que los socios no administradores ejerzan algún control sobre las personas que tengan a su cargo la administración, sea por ley, como en el caso de las comanditarias, sea por razón del contrato social mismo, como cuando se delega la administración en algunos socios o en extraños, con exclusión de algunos o de todos los socios». Y con la libre fijación de sus funciones en estos casos, «puede facilitarse –se agrega en la misma exposición de motivos– la creación de revisores llamados a controlar determinados ángulos de la administración o de la actividad social, con libertad entonces para elegir para el cargo a personas que sean idóneas para los fines concretos que se persigan, aunque no sean contadores legalmente habilitados para ser revisores y aunque si carecen de esta calidad no podrán autorizar o certificar balances».

2) En el artículo 207 se indican las funciones de los revisores fiscales obligatorios, tratando de hacer de éstos unos funcionarios más dinámicos. Esas funciones tienen ángulos de acción más variados que

en la legislación todavía vigente, que pueden sintetizarse así: en relación con el funcionamiento de la sociedad, porque los revisores tienen que cerciorarse de que las operaciones sociales se ajustan a los estatutos y a las decisiones de la asamblea general y de la junta directiva, en su caso, y tienen que informar por escrito a la asamblea, a la junta directiva o al gerente, según los casos, de cualquier irregularidad que ocurra en el funcionamiento de la sociedad y en el desarrollo de los negocios sociales, con facultad para convocar la asamblea general para informarle de esas irregularidades; en relación con los bienes sociales, porque los revisores deben inspeccionar asiduamente tales bienes y velar por que se tomen oportunamente las medidas de seguridad o de conservación que sean aconsejables, lo mismo que practicar inspecciones, impartir instrucciones y solicitar las informaciones que consideren necesarias para un permanente y adecuado control de los valores sociales; en relación con los libros de comercio de la sociedad, por cuanto los revisores deben velar por que sea llevada regularmente la contabilidad de la sociedad, por que sean llevadas debidamente las actas de las reuniones de la asamblea general o de la junta directiva y porque se conserven adecuadamente la correspondencia de la sociedad y los comprobantes de las cuentas; en relación con las cuentas de fin de ejercicio, porque los revisores deben autorizar con su firma los balances correspondientes, con un dictamen completo sobre los mismos (artículo 208), y rendir a las asambleas generales un informe sobre los principales ángulos cubiertos con su vigilancia (artículo 209); y en relación con el gobierno, por cuanto los revisores deben colaborar con las autoridades administrativas encargadas de la inspección y vigilancia de las sociedades comerciales, rindiendo ante ellas los informes a que haya lugar o que les sean solicitados.

3) Las funciones anteriores comprometen la responsabilidad del revisor fiscal por los perjuicios que cause a la sociedad, a los socios o a terceros por negligencia o dolo en el cumplimiento de las mismas (artículo 211). Lo cual quiere decir que, como responsable de la vigilancia ejercida sobre los ángulos mencionados de la vida y organización de una compañía comercial, debe tener permanentemente la oportunidad de conocer el desarrollo y el estado de las actividades sociales, con la facultad de «inspeccionar en cualquier tiempo los libros de contabilidad, libros de actas, correspondencia. comprobantes de las cuentas y demás papeles de la sociedad» (artículo 213), y puede organizar la revisoría de cada sociedad no solamente

con «colaboradores nombrados y removidos libremente por él, que obrarán bajo su dirección y responsabilidad», autorizados expresamente por la asamblea general, para ser remunerados por la sociedad vigilada, sino también con auxiliares contratados y remunerados libremente por el revisor. En esta forma se hace más funcional la revisoría, porque la persona encargada de la misma puede, «bajo su dirección y responsabilidad», es decir, con planes previos de trabajo o con simples instrucciones ocasionales suyas, encomendar determinadas labores de la revisoría al personal idóneo para cada una de esas labores. Lo cual quiere decir que no es necesario que el revisor cumpla personalmente todas y cada una de las funciones propias de su cargo, pues que puede utilizar colaboradores y basta entonces que ellos obren «bajo su dirección y responsabilidad».

4) Estos vigilantes de la actividad y del patrimonio de la sociedad quedan sujetos, a su vez, a una vigilancia oficial que se encomienda o atribuye a la Superintendencia de Sociedades y a la Superintendencia Bancaria, según los casos, por cuanto son éstas las que pueden imponer las sanciones previstas en el mismo código para cuando los revisores no cumplan regularmente sus funciones o violen la reserva a que están obligados respecto de los actos o hechos de que tengan conocimiento en ejercicio de su cargo (art. 216). Esas sanciones pueden imponerse de oficio, o por denunciase de cualquier persona, y pueden consistir no solamente en multas, sino en la suspensión y hasta en la interdicción definitiva o permanente para el ejercicio del cargo de revisor fiscal. Con lo cual queda resuelto un problema creado por la junta Central de Contadores, que ha pretendido asumir el control de la actividad de los revisores fiscales, para sancionar la infracción de las normas legales que organizan la institución de la revisoría fiscal y rebasar así, sus atribuciones legales. Porque la revisoría es una institución que forma parte del régimen de las sociedades comerciales y que, consiguientemente, debe ser ejercida bajo el control de los funcionarios gubernamentales encargados de hacer cumplir las leyes que rigen la formación y el funcionamiento de tales sociedades.

g) Cuestiones bastante complejas en el régimen de las sociedades comerciales son las relativas a la disolución y a la liquidación, que en la práctica no suelen ser adecuadamente reguladas en los estatutos de las compañías y sobre las cuales es deficiente la legislación actual, por cuanto se regula la disolución y la liquidación de las sociedades en nombre colectivo, para aplicar, en general, ese mismo régimen a las demás formas de sociedad. Por

eso en el proyecto de 1958 se estructuraron dos capítulo completos, bien orientados y muy claros sobre el particular, que infortunadamente fueron muy desfigurados con los retoques hechos por los expertos de última hora. A pesar de ello, el nuevo Código introduce reformas bastante importantes en relación con la legislación vigente, de las cuales vale la pena destacar solamente las de mayor contenido o alcance.

1) En el artículo 218 se establecen las diversas causales de disolución propias de todas las especies o tipos de compañía comercial, que operan independientemente de las causales de disolución propias de cada forma de sociedad. Pero la importancia de la reforma en este punto no estriba solamente en esa fijación de las causales de disolución comunes a todas las especies o formas de sociedad, sino en que ellas se dividen en dos grupos distintos: las que producen la disolución, sin la posibilidad de evitarla con medidas de los socios; y las que, aunque producen la disolución, pueden ser desvirtuadas con esas medidas de los socios. Las primeras son la expiración del término de duración de la sociedad, la decisión o acuerdo de los socios y la declaración de quiebra de la sociedad; en tales casos no pueden ser desvirtuados los efectos de la ocurrencia de la causal de disolución y debe procederse a la liquidación del patrimonio social. Las segundas son las demás, como la imposibilidad de seguir desarrollando la empresa social, por terminación de la misma o extinción o pérdida de las cosas cuya explotación constituye la empresa, la reducción del número de socios por debajo del mínimo exigido en la ley o el aumento por encima del máximo legalmente permitido, etc. En estos casos es posible reformar los estatutos, para ampliar el objeto social, por ejemplo, o tomar cualquier otra medida que permita continuar la sociedad (artículo 220). Esto especialmente con el fin de proteger esas formas de actividad económica organizada, que son más útiles no solamente para los socios mismos, sino para la economía general de un país.

2) Contra la tendencia de los procesalistas a sacar de toda situación o relación jurídica un proceso judicial, el nuevo código mantiene el sistema de la liquidación del patrimonio social como un proceso privado de realización de los activos, para cubrir en dinero el pasivo social. Lo cual implica una reforma del Código de Procedimiento Civil que ha de entrar a regir en fecha inmediata, que al regular los procesos de liquidación incluye el patrimonio de las sociedades comerciales. «Porque la comisión considera –se dice en la exposición de motivos del proyecto de 1958– que las vías judiciales han de te-

ner siempre el carácter de medidas subsidiarias, esto es, de recursos o remedios destinados a operar cuando la actividad del ciudadano se sale de los cauces jurídicos, mas nunca el de únicas medidas de regulación de las situaciones jurídicas creadas en desarrollo de la actividad privada, que es más lógico y hasta más moralizador que se desarrollen y se regulen en forma privada mientras ello se haga dentro del orden legal. La acción del Estado que se cumple por medio de las autoridades jurisdiccionales y con sujeción a los códigos de procedimiento no puede dejar de ser de simple tutela de los derechos comprometidos en el libre desarrollo de la actividad privada del ciudadano, y no puede, consiguientemente, degenerar en una función que convierta la tutela de los derechos privados en intervención absorbente en el ejercicio de éstos».

3) Con el criterio de que lo que se liquida es el patrimonio social, éste debe ser establecido como base de la liquidación, en la forma prevista en el derecho vigente. Esa es y sigue siendo la función esencial del inventario que deben hacer los liquidadores. Pero en las sociedades por acciones el inventario debe ser presentado a la Superintendencia de Sociedades, para que allí se corra traslado por diez días a los socios y a los acreedores, a fin de que unos y otros puedan formular objeciones en caso de error grave, que serán decididas por la Superintendencia, con las rectificaciones a que haya lugar. Aprobado así el inventario por el Superintendente, ha de ser devuelto al liquidador, para que haga la liquidación con sujeción al mismo y para que con la cuenta final de la liquidación protocolice las diligencias administrativas indicadas (artículos 233, 234, 236 y 237). Y, hecha la liquidación conforme con el inventario aprobado por la Superintendencia, "los terceros no podrán impugnar la liquidación" (artículo 258). Con esa salvedad en cuanto al inventario del patrimonio social de las compañías por acciones, en lo demás la liquidación es igual para todas las formas de sociedad en cuanto al modo de disponer de los activos y de hacer los pagos a los terceros y a los socios; pero se regula el proceso de liquidación de una manera bastante completa, para prever situaciones especiales, como los casos de insuficiencia de los activos sociales en las sociedades de personas, con las acciones de liquidador contra los socios para recaudar las sumas necesarias para cubrir el déficit del activo social.

h) El último capítulo del título general que se viene comentando se destina a fijar algunas nociones y reglas sobre "matrices subordinadas y sucursales". Es un capítulo que, en cinco artículos no más, contiene normas de

unas proyecciones bastante complejas, que indudablemente van normas de unas proyecciones bastante complejas, que indudablemente van a ofrecer dificultades permanentes en la práctica y que van a prestarse a fáciles desviaciones de poder por parte de esos funcionarios que frecuentemente ocultan su incompetencia detrás de la autoridad que ejercen. Porque en los artículos 260 y 261 se establecen unos criterios demasiado elásticos para tipificar una sociedad como filial o como subsidiaria, que son las dos especies en que se dividen las sociedades que genéricamente se califican de subordinadas.

Si, conforme con la legislación fiscal vigente, que adopta en esto el criterio del proyecto de código de comercio presentado al Congreso en 1958, se considera filial la sociedad en la cual otra (la matriz) tenga más del cincuenta por ciento del capital, sea por suscripciones iniciales o por adquisiciones posteriores de cuotas o de acciones (artículo 20 de la Ley 81 de 1960), en el nuevo Código "se considerará filial la sociedad que esté dirigida o controlada económica, financiera o administrativamente por otra, que será la matriz"; y se considerará "subsidiaria la compañía cuyo control o dirección lo ejerce la matriz por intermedio o con el concurso de una o varias filiales suyas, o de sociedades vinculadas la matriz o a las filiales de ésta" (artículo 260). A lo cual debe agregarse que, conforme con el inciso final del artículo 261, "se entenderá que hay vinculación de dos o más sociedades cuando existan intereses económicos, financieros o administrativos entre ellas, comunes o recíprocos, así como cualquier situación de control o dependencia". Con estas nociones, completadas con los casos de subordinación puestos como ejemplos en el artículo 261, va a ser más fácil definir qué sociedades no son subordinadas, que cuáles son filiales o subsidiarias; es decir, la regla general va a ser la de la subordinación y se van a multiplicar considerablemente las filiales y subsidiarias: las corporaciones financieras van a tener como subordinadas todas las sociedades a las cuales financien; las sociedades manufactureras van a ser subordinadas de las sociedades que les suministren materias primas o que distribuyan productos suyos, etc.

La reglamentación de esta clase de fenómenos que cada día va creando en mayor escala el desarrollo de la vida comercial es necesaria, desde luego, para evitar los abusos y hasta atentados con el orden público económico que pueden cometerse con lo que galicadamente se ha llamado la "imbricación" de sociedades. Por esto no puede decirse que el nuevo Código está mal orientado; pero la forma tan amplia y tan vaga o imprecisa como han quedado formulados los artículos 260 y 261 va a ser un semillero de dificultades de esas que tanto entorpecen el natural dinamismo de la vida comercial. Porque la noción de las sociedades subordinadas resulta de especial importancia para la aplicación del artículo 262, según el cual

"las sociedades subordinadas no podrán tener, a ningún título, partes de interés, cuotas o acciones en las sociedades que las dirijan o controlen"; y del artículo 265, que prevé que "el Gobierno podrá comprobar, por medio de los respectivos organismos de control, la realidad de las transacciones sobre bienes que se negocien a cualquier título entre una sociedad y sus subordinadas, filiales o subsidiarias".

II

Este comentario sobre el primer título del libro segundo del nuevo Código de Comercio no puede alargarse más y, por eso, se limita a las observaciones anteriores la presentación que la reforma en cuanto atañe a los principios y reglas comunes a todas las especies o formas de sociedad; y, por eso mismo, no pueden hacerse todas las anotaciones procedentes sobre las deficiencias técnicas de que adolece la parte comentada del régimen de las sociedades. Porque, paralelamente a las innovaciones que se han hecho resaltar como adelantos en la legislación del país, hay muchos vacíos, muchas incongruencias y muchas faltas de precisión que, como ya se dijo, hacen del libro segundo precisamente respecto de la materia sobre la cual abundan más los expertos de todas las horas la parte técnicamente más deficiente del nuevo Código de Comercio. Por vía de ejemplo van a mencionarse algunas de esas deficiencias de fondo, sin tomar nota de la forma o redacción de este libro y de la mayor parte del código, sobre lo cual sólo podría decirse que es una vergüenza que en el país de Caro, Cuervo y Suárez se carezca ahora de la noción de la función y uso de los modos y tiempos de los verbos, por ejemplo. Porque los que se han formado en las disciplinas jurídicas estudiando el Código Civil redactado por Andrés Bello no pueden menos de lamentar que tengan que acostumbrarse ahora a manejar códigos tan lamentablemente redactados, como el de procedimiento civil y el de comercio.

a) En el proyecto de 1958 se hacía una distinción técnica entre las sociedades de personas y las de capitales, para definir como de la primera clase las colectivas a las cuales se asimilaba la comanditaria simple y como de la segunda clase las limitadas y las anónimas, asimilando a las de esta clase las en comandita por acciones. Esta distinción fue descartada por los expertos de última hora, pero seguirá teniendo vigencia, aunque sea meramente doctrinal, toda vez que ella es de cardinal importancia en un buen régimen de las sociedades. Porque, si en las sociedades de personas es menos importante la función del capital, por la responsabilidad de los socios frente a

terceros, en las sociedades de capitales, en las que la prenda común de los acreedores está representada exclusivamente por los activos sociales, es de extraordinaria importancia la integración efectiva y la protección adecuada del fondo social. Pero, descartada la distinción, se rompió el sistema del proyecto de 1958, que era armónico en materia de aportes, de vigilancia o control y de liquidación del patrimonio social. Y lo más grave de todo, se conservaron algunas referencias importantes a las sociedades de personas y de capitales que van a crear la necesidad de seguir definiendo por vía simplemente doctrinal cuáles son esas sociedades, sin la certeza y estabilidad que daba su definición legal. Tales son los siguientes casos: el del artículo 139, que exige para las sociedades de capitales la amortización de los aportes de industria; el del artículo 146, sobre reducción del capital en las sociedades de personas; el del artículo 202, sobre prohibición de ejercer el cargo de director en más de cinco sociedades de capitales.

b) Al eliminar la distinción entre las sociedades de personas y las de capitales se desfiguró totalmente el sistema de la liquidación del patrimonio social. Porque en el proyecto de 1958, como fórmula transaccional entre el sistema del derecho privado vigente, de la liquidación como proceso íntegramente privado, y la tendencia de los procesalistas a darle carácter judicial en todos los casos, se había previsto que ese proceso netamente privado siguiera siendo el de liquidación de las sociedades de personas, ya que en ellas tienen los terceros, además de la garantía representada por los activos sociales, la que constituye la responsabilidad de los socios, y que respecto de las sociedades de capitales se hiciera un inventario judicial de los activos y pasivos, con emplazamiento de los socios y de los acreedores, para que se definiera con la aprobación del juez la verdad del patrimonio social y para que, hecha la liquidación con sujeción a ese inventario, se consolidaran definitivamente las situaciones creadas en desarrollo de la empresa social y no pudiera ser impugnada la liquidación, ni por los socios, ni por terceros. Se pretendía, pues, que el juez competente definiera en forma obligatoria para unos y otros su posición ante la sociedad y sus consiguientes derechos y obligaciones dentro del patrimonio social.

A cambio de lo propuesto entonces y, por ignorancia excusable o culposa de la importancia de la distinción entre esas dos clases de sociedades, que obedece a la diferencia de la posición jurídica de los socios ante las resultas de los negocios sociales, se hizo una distinción entre sociedades por cuotas, partes de interés y acciones, que no se relaciona con esa posición jurídica de los socios ante terceros, sino con la forma del interés social de cada socio. Y, con el prurito de desbordar por todas partes los poderes del

superintendente de Sociedades, se cambió la intervención del juez por la de dicho funcionario de la rama ejecutiva o administrativa, sin precisar en qué forma va a citarse a los socios y acreedores para que puedan hacer uso de un traslado del inventario hecho en la secretaría de ese despacho y por diez días comunes; y sin pensar que la aprobación del inventario por el superintendente no puede impedir la impugnación de la liquidación por parte de terceros, ya que ningún superintendente ha tenido hasta ahora ni podrá tener la facultad de definir con eficacia de cosa juzgada los conflictos de derecho que pueden ocurrir respecto de la existencia, cuantía, intereses y orden de pago de los créditos, por ejemplo.

c) No es esta la oportunidad de hablar de cómo se desfiguró la concepción de la vigilancia de las sociedades, concebida y regulada en forma unitaria y congruente al hacer la revisión final del proyecto de 1958, por cuanto esa vigilancia ejercida por los revisores fiscales y por la Superintendencia de Sociedades quedó desintegrada al incluir la revisoría fiscal en la parte general y hacer para la vigilancia oficial un título nuevo. Título nuevo que se dividió en dos capítulos: uno sobre la Superintendencia de Sociedades y otro sobre balances, como si éstos no cumplieran otras funciones más importantes dentro del sistema de todas las sociedades y fueran apenas instrumentos de vigilancia oficial, por la sola razón de que las sociedades sometidas al control de la Superintendencia tengan que enviar a ésta copia de los balances de fin de ejercicio.

Pero en relación con el título primero que se viene examinando sí deben formularse las siguientes preguntas, sin dar su respuesta, para no alargar más este comentario: ¿la nulidad de que se habla en el inciso segundo del artículo 108 no será más bien por falta del número de socios necesario para formar la sociedad que por la incapacidad o falta de consentimiento de algunos de los socios?; la escritura de constitución de la sociedad habrá que inscribirla todos los años en el registro público de comercio, como se dice claramente en el artículo 33?; ¿será lo mismo el objeto de las obligaciones contraídas por los socios y el objeto social o empresa social, para que se los equipare en la forma en que se hace en el artículo 104; ¿los socios individualmente considerados podrán reservase facultades especiales en orden a la administración, distintas de las que se reserven en junta o asamblea general, como se prevé en el numeral 6º del artículo 110?; ¿el aporte de títulos valores quedará comprendido dentro de la arcaica concepción de que el aporte de un crédito no se entiende pagado mientras no se haga efectivo el crédito, como se prevé en el artículo 129?; ¿se justificará la erección en solemnidad necesaria para la validez de la constitución de la sociedad la inserción en la escritura social de la providencia de la

Superintendencia que apruebe los avalúos en especie en las sociedades sometidas a su control, como se prevé en el artículo 133?; ¿será justificable o conveniente que toda sociedad, aun las de personas no sometidas a control oficial, tengan que ser autorizadas para reducir el capital, como se prevé en el artículo 145?; ¿será conveniente que en toda sociedad, aun las de solo familiares asociados para precautelar e incrementar su patrimonio, no baste la aprobación unánime de reservas y tengan que justificar ante la Superintendencia la creación de reservas distintas de las legales y estatutarias, como se establece en el artículo 154?

Bastarían las preguntas anteriores, sacadas de sólo cincuenta artículos seguidos, para pensar que es más fácil improvisar expertos que códigos. Pero es bueno considerar otro medio centenar de artículos seguidos y formular otras preguntas, como las siguientes: ¿se justificará la prohibición de que las personas jurídicas, representen a socios ausentes en las deliberaciones de las juntas generales, para excluir así hasta las sociedades habilitadas para tener negocios fiduciarios, como se prevé en el artículo 184?; ¿será lógico que, como se establece en el artículo 189, solamente a los administradores se les impida probar por medios distintos de las actas hechas que no consten en ellas, para dejar esa posibilidad a los socios y a terceros, especialmente con la libertad de medios de prueba y de apreciación de las pruebas del nuevo Código de Procedimiento Civil?; ¿cómo se determinará ese "parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, primero civil o segundo de afinidad", de que se habla en el artículo 205?; ¿se justifica la previsión del artículo 213 en el sentido de que el revisor fiscal sólo tiene derecho a intervenir en las deliberaciones de las asambleas y juntas directivas, aunque sin voto, cuando sea citado a dichas reuniones, para que los administradores se reserven la facultad de citar a su arbitrio a ese vigilante de su conducta establecido para controlar en interés de los socios el ejercicio del mandato que éstos confieren a dichos administradores?; ¿qué sentido tienen los artículos 233 y 235, en los cuales se prevé, por una parte, que cuando los liquidadores estén de acuerdo el superintendente aprobará el inventario del patrimonio social, al mismo tiempo que se prevé la posibilidad de que los acreedores objeten dicho inventario?; ¿los socios gestores de una sociedad en comandita por acciones no podrán ser perseguidos por los terceros para el pago de sus créditos no pagados en la liquidación, como se prevé en la primera parte del artículo 252 para todas las sociedades por acciones?; ¿cuál es el sentido del artículo 258, en el cual se habla de un inventario aprobado por el juez que fue reemplazado por el inventario aprobado por el superintendente?; ¿tendrá el inventario aprobado por

el superintendente eficacia suficiente para impedir la impugnación de la liquidación por terceros cuando la liquidación se ajusta a ese inventario?

¿Y qué tal si el comentario se ampliara en relación con el aspecto meramente formal o gramatical del nuevo código? Porque la formulación de las leyes, que deben ser claras y precisas, para evitar problemas de interpretación, no puede ampararse fácilmente en la advertencia de que *"qui bene legit multa mala tegit"*.

(Continuará con el régimen de cada tipo de sociedad).

J. GABINO PINZÓN

NOTA: El examen anterior se ha hecho sobre una fotocopia del Decreto 410, de 27 de marzo de 1971, ya firmado por el Presidente, que fue obtenida en el Ministerio de Justicia recién expedido dicho decreto. Quedan, pues, a salvo las inexactitudes que resulten de correcciones que se hayan hecho y que no figuren en tal fotocopia.

JOSÉ GABINO PINZÓN es abogado, especializado en Derecho Comercial y catedrático de dicha materia en la Universidad Javeriana. Ha publicado los siguientes libros: Introducción al Derecho Comercial, Teoría General de las Sociedades Comerciales y un tomo sobre sociedades, parte especial.

El establecimiento de comercio

POR RAMÓN E. MADRIÑÁN DE LA TORRE

Recorrer por primera vez los caminos de una nueva ley no es tarea fácil, así se haya seguido con particular interés el proceso de su formulación. En efecto, las nuevas leyes, que son el fruto de las experiencias recogidas por la Doctrina y la Jurisprudencia, requieren el tiempo y de un decantamiento natural en nuevas experiencias, formadas a la luz de sus prescripciones, para poder juzgar con seguridad su bondad y sus efectos. Sería por ello, al menos, un exceso de vanidad pretender alcanzar en este artículo una primera manifestación doctrinal. Cuando más, hay que ver en él la impresión que causa una primera lectura y el planteamiento de las sugerencias e inquietudes que ella suscita.

DEFINICIÓN

El establecimiento de comercio, el fondo o la hacienda mercantil cualquiera que sea su denominación doctrinal o legal, es un fenómeno que se confunde con el origen mismo de las primeras prácticas mercantiles organizadas; sin embargo, su consideración jurídica es posterior. Tal vez, su natural correlación con la empresa no exigió la imaginación de los primeros tratadistas y legisladores y puede decirse que, sólo recientemente, unos y otros comenzaron a ocuparse del fenómeno que planteaba la presencia de ese conjunto de cosas materiales e inmateriales que constituye el sustento de la actividad organizada del comerciante. Solo en esta centuria aparecen un acervo doctrinal importante y algunas precisiones legislativas, muchas de las cuales vienen del campo fiscal, desde donde parece que la hacienda pública presintió, primero que los códigos mercantiles, la existencia de los establecimientos de comercio (1).

Mientras el antiguo Código se limitaba a mencionar los establecimientos de comercio, confundiéndolos en algunas ocasiones con las empresas (2), el nuevo ordenamiento define y precisa las diferencias y relaciones entre uno y otro fenómenos. El artículo 25 (3) define la empresa como "toda actividad organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servi-

cios", agregando al final "dicha actividad se realizará a través de uno más establecimientos de comercio".

El criterio recogido en este precepto corresponde al concepto universal vigente, adoptado y difundido entre nosotros por el profesor Gabino Pinzón en su obra (4). En él es importante resaltar la relación de medio a fin que existe entre establecimientos y empresas. Esta responde a la idea jurídico-económica de realización ordenada y armónica de diversos actos de comercio para la obtención de un efecto en el mundo del derecho con sus consiguientes consecuencias económicas en el campo industrial, comercial o de los servicios, aquél, a la de elementos que facilitan o permiten la empresa. Las palabras "a través de" fundamentan esta apreciación. Por otra parte, el artículo 517, que sigue casi textualmente al artículo 2555 del Código Civil Italiano (5), ratifica el papel del establecimiento en relación con la empresa en los siguientes términos: "Se entiende por establecimiento de comercio el conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa". Conviene anotar en este punto, que parece más precisa la definición italiana, pues si bien es cierto que en relación con el empresario la empresa no es fin en sí misma, su propia definición exige, como elemento esencial a ella, la búsqueda de un resultado jurídico-económico. A nuestro juicio, al decir el Código Italiano "el ejercicio de la empresa" se sobrentienden los fines de ésta.

FORMACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO

Desde el punto de vista económico, el establecimiento se presenta como un conjunto de bienes corporales e incorporales dispuestos por el empresario hacia el fin preestablecido, en consideración al cual todos sirven según su naturaleza y calidad. Mediante la organización dada a ellos por el empresario se desdibujan muchas veces algunas de sus características esenciales, pero adquieren otras, no menos importantes, que se ponen de relieve en cuanto contribuyen al desarrollo del establecimiento. "En virtud de la conexión teleológica que encuentra su necesario sustento en la organización técnica, los bienes y servicios fundidos en la hacienda adquieren no sólo una utilidad mayor, sino una utilidad distinta de la que sería propia de cada uno de ellos; una utilidad que presupone y genera por –así decirlo– su combinación". (6).

En la formación del establecimiento surgen dos elementos fundamentales: el conjunto **variado y heterogéneo de bienes y la organización** impresa a ellos por el empresario. Estos dos elementos están consignados como par-

te sustancial de la definición (artículo 517). La variedad y heterogeneidad de los bienes resalta del texto descriptivo del artículo 518.

Es bueno advertir, que la unidad impuesta a los distintos bienes por la voluntad organizadora del empresario no destruye la esencia de cada uno de ellos y se conserva la posibilidad de su circulación separada. "El carácter unitario, por tanto se traduce en una consideración unitaria de los bienes, que manteniéndose distintos serán considerados como integrando una unidad en el campo contractual (y sucesoral)". (7).

No se estima acertada la disposición contenida en el numeral 6º del artículo comentado ni se ve su presunta utilidad. El derecho a impedir la desviación de la clientela y la protección de la fama comercial no son realmente cosas que formen parte del establecimiento de comercio. La mayoría de los autores (8) sostiene que la clientela y la fama comercial son calidades del establecimiento que siempre, en mayor o menor grado, le acompañan, al igual que el aviamiento o *good will* que es otra de sus cualidades en forma tan íntima que, generalmente, nacen y mueren con él. Podrá decirse que se menciona la clientela en razón de la similitud que tiene con la enseña y el nombre comercial que acompañan tan de cerca al establecimiento. Sin embargo, enseña y nombre son objeto de un derecho de propiedad, obviamente adecuado en el ejercicio de sus facultades a la naturaleza de su objeto, derecho que, además, tiene acciones específicas que lo protegen independientemente de las generales de la represión de la competencia desleal (artículo 611).

Igualmente, se considera inútil su mención pues la posibilidad jurídica que tiene el empresario de oponerse a la desviación de la clientela o a la difamación está ampliamente consagrada y regulada en el título V del Libro Primero del Código, con claro sustento en principios éticos y jurídicos que presiden el ejercicio de toda profesión y no en circunstancias específicas como la disposición legal que se viene comentando, o, dígase de paso, en la no menos original de elevar a la categoría de obligación profesional del comerciante al abstenerse de realizar actos de competencia desleal (9), como si este deber moral y legal fuera exclusivo de la profesión de comerciante y como si las formas de competencia desleal fueran extrañas a otras profesiones. En general, los numerales 2º y 4º del artículo 75 del ordenamiento sustituyen con éxito la pretensión del 6º del 518 (10).

Mención especial exige el numeral 5º que consagra, como elemento del establecimiento, el derecho del empresario a la renovación de arrendamiento del local en el cual se desarrolla la empresa. Consideraciones basadas en principios jurídicos como el enriquecimiento sin causa o el

abuso del derecho, conforman las diversas leyes que protegen al empresario frente a actos torpes o maliciosos que le causen agravio notorio en las condiciones de funcionamiento de su establecimiento. El nuevo Código siguiendo el ejemplo de otras legislaciones, en sus artículos 520 a 526, regula los derechos de las partes interesadas, elevando a la categoría de normas imperativas los preceptos correspondientes.

PROTECCIÓN DE LA UNIDAD ECONÓMICA MANIFESTADA EN EL ESTABLECIMIENTO

Consideraciones elementales de tipo económico y social han llevado a los comentadores de Derecho Mercantil a sostener la necesidad de amparar el establecimiento en su estado de unidad económica y a algunas leyes a protegerlo expresamente.

El viejo sistema (Código Civil y Código Judicial) preveía la circunstancia de que, en caso de liquidaciones de comunidades o en la partición de sucesiones, el liquidador o partidor prefiriera, en cuanto a ello fuere posible, conservar la unidad de ciertas cosas a una división material que les ocasionara demérito. Se estimó, acertadamente, que esas normas se extendían al establecimiento de comercio para protección de su unidad económica.

El nuevo Código es explícito en su artículo 519 al disponer, "siempre que haya de procederse a la enajenación forzada de un establecimiento de comercio se preferirá la que se realice en bloque o en su estado de unidad económica", y al prescribir en su inicio, "en la misma forma se procederá en caso de liquidaciones de sociedades propietarias de establecimientos de comercio y de particiones de establecimientos de que varias personas sean condueñas". Por su parte, el nuevo Código Judicial (decretos Nos. 1400 y 2019 de 1970), en su artículo 182 numeral 6º, exige al secuestre que continúe administrando los establecimientos de comercio según el sistema de administración vigente al momento de verificarse la diligencia, sin perjuicio de que su propietario pueda ejercer funciones de asesoría y vigilancia bajo la dependencia del secuestre.

La protección no sólo se limita a los casos mencionados en los que se evidencia el peligro próximo de la disgregación de los elementos que constituyen el establecimiento, la ley, como se verá más adelante, extiende su protección en los actos voluntarios en que el conjunto es objeto de relaciones contractuales, conserva o amplía las acciones que amparan el derecho sobre cada uno de los elementos y, finalmente, define y reprime las conduc-

tas desleales de los competidores del empresario que atenta directamente contra la unidad. (artículo 75, numerales 1º, 2º, 3º y 4º) o indirectamente contra ella, a través de ataques a sus elementos fundamentales (artículo 75, numerales 1º en fin, 6º, 7º y 8º).

OPERACIONES SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO

El antiguo Código mencionaba en su artículo 20 la enajenación de un establecimiento de comercio como uno de los actos mercantiles. Reconocía así a la voluntad de las partes, creadora de derechos y obligaciones, la responsabilidad de expresión sobre el todo y no sobre la suma casi aritmética de los componentes del establecimiento. La realidad de una unidad como concepto implícito en él, con todas sus consecuencias sociales y económicas, justificaba, al menos para la doctrina, que el consentimiento de los contratantes se manifestase no sólo para transferir su titularidad sino también para afectarla con gravámenes o limitaciones. Sin embargo, el desarrollo del consentimiento expresado para un acto simple exigía su atomización en la realización de tantos actos particulares como elementos contribuían a la formación del establecimiento material de enajenación, limitación o gravamen. La ausencia de preceptos adecuados al querer de las partes y a la realidad económica suponía, desde un punto simplemente legal, la destrucción de la unidad. Surgían entonces, contratos sobre muebles e inmuebles, cesiones de derechos, notificaciones, solemnidades, etc. Puede decirse que un acto sobre un establecimiento de comercio llevaba consigo un recorrido sobre todas y cada una de las normas que disciplinan la enajenación o gravamen de los bienes en nuestro sistema jurídico. La ausencia de reglamentación positiva hacía, por lo demás, imposible la constitución de ciertos gravámenes sobre el establecimiento. La voluntad de las partes no era suficiente para constituir en relaciones acreedor-deudor ciertos derechos reales accesorios a favor de aquel, que debía contentarse con la tradicional hipoteca, con las prendas comunes o con las formas especiales de prenda industrial o agraria que tímidamente se acercaban en su concepción a la prenda sobre la totalidad del establecimiento de comercio.

El nuevo Código viene a llenar muchos de estos vacíos y a dar respuesta adecuada a requerimientos económicos evidentes, encauzando efectivamente el contenido de la voluntad de los particulares. Los artículos 527 a 535 consagran los preceptos respectivos. Para comentarlos se agrupan la mayoría de las operaciones posibles por su género:

a) **Enajenaciones.** Conforme con el artículo 527 la enajenación del establecimiento, a cualquier título, se presume hecha en bloque o en estado de unidad económica, sin que sea necesario especificar detalladamente los elementos que lo constituyen. Para determinar su contenido bastará a las partes acudir al criterio expresado en el artículo 518 y a los libros de contabilidad del enajenante, en los cuales debe aparecer un balance a la fecha de la operación acompañado de un anexo con la relación discriminada de las obligaciones pendientes. Ambos documentos deben estar certificados por un contador público (artículo 529).

Conforme con el texto del artículo 518 es posible excluir de la operación uno o más elementos. La naturaleza de cada establecimiento es, al respecto, el único criterio que puede indicar a los contratantes la importancia de cada uno de sus componentes y la posibilidad de excluirlo de la operación sin que se afecte su organización básica que es, obviamente, supuesto fundamental en la operación en bloque o en estado de unidad económica.

La enajenación de un establecimiento de comercio es un acto solemne (artículo 528). El contrato debe constar por escrito, en escritura pública o privada reconocida por los otorgantes ante funcionario competente.

El contrato así celebrado requiere una publicación adecuada. El nuevo sistema ha hecho al establecimiento de comercio, en razón de la importancia que en el ordenamiento se le reconoce, objeto de un registro mercantil similar al que las leyes civiles establecen para los inmuebles. El artículo 26 al definir el objeto del registro mercantil menciona como parte principal del mismo la matrícula del establecimiento de comercio, la cual se cumple en los términos del artículo 28 numeral 6º que exige la inscripción de la "apertura de establecimientos de comercio y de sus sucursales y de los actos que modifiquen o afecten la propiedad de los mismos o su administración". La exigencia del registro del documento en el cual consta la enajenación tiene consecuencias importantes en relación con terceros y acreedores, para quienes son inoponibles los efectos del Contrato no registrado (artículo 903). Además, la presunción de propiedad que conlleva, conforme con la ley, la matrícula del establecimiento, no se altera sin registro posterior (artículo 32 numeral 2º).

El texto definitivo del artículo 528 del Código no reproduce el inciso final del artículo 44, su antecedente en el proyecto de 1958. No obstante, se estima que cuando el establecimiento incluye inmuebles es indispensable la solemnidad de la escritura pública y su tradición requiere registro conforme con las normas civiles, y entrega material según los términos del artículo 924.

El Código se ocupa en regular los extremos de las obligaciones que contraen, en torno al establecimiento, enajenante y adquirente:

1. Uno y otro son solidariamente responsables de todas las obligaciones que constan en los libros obligatorios de contabilidad y que se hayan contraído, hasta el momento de la enajenación, en desarrollo de las actividades a que se encuentra destinado el establecimiento, salvo las que provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al enajenante. (artículo 530 y artículo 518 numeral 7º). Sin embargo, la responsabilidad del enajenante cesará transcurridos dos meses desde la fecha de inscripción de la enajenación en el registro público de comercio, siempre que se haya dado aviso a cada uno de los acreedores en particular por cualquier medio escrito y en general a todos, en diarios de amplia circulación. (Artículo 530).

La sustitución definitiva del adquirente al enajenante no tendrá lugar si el acreedor se ha opuesto a tal sustitución y si su oposición se inscribe en el Registro Público de Comercio dentro del término antes mencionado. (artículo 530 numeral 3º y parágrafo). Tampoco habrá sustitución y el adquirente no se hace solidario con el enajenante, si las obligaciones no constan en los libros de comercio o en el documento de la enajenación y aquel ha demostrado buena fe, exenta de culpa. De no haberlo hecho, quedará solidariamente responsable junto con el enajenante hasta la extinción de las respectivas obligaciones. (Artículo 531).

2. El adquirente, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la operación, tiene acción contra el enajenante para exigir, sin perjuicio de la indemnización a que haya lugar, la restitución del menor valor del establecimiento que resulte de inexactitud en los libros de contabilidad, cuando éstos hayan sido base de la operación. (Artículo 523).

3. Por ministerio de la ley, y en esto resalta la consideración unitaria que se da al establecimiento, el adquirente sustituye el enajenante en las obligaciones que no resulten de una consideración estrictamente personal. Sin embargo, se atemperan las consecuencias de esta norma, en atención al criterio generalmente aceptado de que no es indiferente al acreedor la persona del obligado. En consecuencia, se permite al acreedor oponerse a la sustitución en el término de dos meses, contados a partir de la inscripción del acto de enajenación y se le reconoce la facultad para exigir la garantía o seguridades del caso o para exigir el pago de sus créditos si tales garantías o seguridades no se otorgan oportunamente. (Artículo 532).

Este último punto sugiere una breve consideración en relación con el artículo 69 del Código Laboral. El carácter excepcional de esa norma, en-

marcada obviamente dentro de los principios del llamado derecho social, no autoriza que se estime derogada por los preceptos del Código de Comercio que se acaban de comentar. Sin embargo, sería conveniente una reforma al respecto, con el fin de unificar el tratamiento de las obligaciones relacionadas con el establecimiento, siguiendo los lineamientos del Código de Comercio que no demeritan en nada el espíritu de protección implícito en la norma laboral y, por el contrario, consultan la realidad económica y social.

b) **Prenda de un establecimiento de comercio.** La posibilidad de dar en garantía un establecimiento de comercio constituyó una de las primeras preocupaciones de los tratadistas y para algunas legislaciones llegar a admitir esta posibilidad constituyó en sus países, por primera vez, el reconocimiento normativo de su unidad; tal fue el caso de Bélgica con la Ley 25 de febrero de 1919. En Colombia esta posibilidad aparece como una de las más importantes innovaciones del Código. El artículo 543 califica tal garantía como prenda y admite que podrá ser otorgada sin desapoderamiento del deudor. Este tipo de prenda sin modificación de la tenencia del objeto materia de la garantía, se justifica ampliamente por las circunstancias en que se desarrolla la vida comercial y tiene antecedentes entre nosotros en las formas de prenda agraria e industrial. De otra parte, la tenencia de la cosa por parte del acreedor prendario, que en la prenda común se explica en la circunstancia de que constituye la única forma de asegurar a éste los derechos de persecución y preferencia, se sustituye, con ventaja, con la publicidad mercantil del contrato.

En sus incisos finales el artículo define un punto que ha sido controvertido en la doctrina: la situación de los activos circulantes. Según esas normas, a falta de estipulación expresa, se entienden excluidos de la prenda, más, si se incluyen expresamente, se establece la subrogación legal de los bienes nuevos, adquiridos o producidos a los enajenados o consumidos en el curso de las actividades del establecimiento.

La posibilidad de pignorar los establecimientos de comercio en bloque o en estado de unidad económica no elimina de nuestro ordenamiento las formas de prenda sobre partes del mismo o algunos de sus componentes. Los artículos 1209 a 1222 consagran y regulan estas formas de pignoración.

En relación con las solemnidades del contrato, estimamos que cuando del establecimiento pignorado forman parte inmuebles es indispensable la escritura pública y, además, debe cumplirse, con la exigencia de registro, conforme con las disposiciones civiles.

c) **Anticresis.** El contrato de anticresis que se confirma como real en el artículo 1223, tiene en relación con el establecimiento de Comercio algunas normas especiales. El artículo 535 que, por excepción, lo hace solemne al exigir para él los requisitos del 528. El 1216 que exige al deudor un permanente control sobre las actividades del establecimiento y el 1227 que hace solidarios al deudor y acreedor anticréticos respecto a los negocios del establecimiento.

No sobra anotar que, aun cuando por el contrato de anticresis se modifica el derecho a la administración del establecimiento, el deudor, de acuerdo con los términos del artículo 1226, no pierde su calidad de comerciante.

e) **Usufructo y constitución de otros derechos reales.** Aunque el artículo 535 menciona solamente el contrato como fuente del usufructo, se estima que el derecho correspondiente sobre un establecimiento puede constituirse por cualquiera de las formas mencionadas en el artículo 825 del Código Civil. En todo caso cuando la constitución del usufructo se efectúe por acto entre vivos y entre los elementos del establecimiento haya inmuebles, se requiere escritura pública conforme al artículo 826 del Código Civil. Lo dicho es aplicable a la constitución de fideicomiso.

e) **Modificaciones al derecho de administrar el establecimiento.** No se ve a primera vista qué actos, distintos del de arrendamiento, la anticresis o las constituciones de usufructo o prenda con desapoderamiento puedan alterar, conservándose la titularidad del establecimiento, el derecho a administrarlo. No se trata, tampoco, del contrato de preposición porque en virtud de él no se afecta el derecho a administrar, que simplemente se ejerce a través del factor. Además, es este un contrato consensual.

NATURALEZA DEL ESTABLECIMIENTO

Los comentarios anteriores permiten ensayar unas cuantas conclusiones que, a su turno, pueden ir despejando el camino a la respuesta que exige el interrogante que se plantea tácitamente a lo largo de este artículo: ¿qué es el establecimiento de comercio desde un punto de vista jurídico?

El establecimiento ha sido contemplado como **objeto** y no como sujeto de derechos. El Código en los diversos textos transcritos y mencionados, reconoce en la persona del empresario el sujeto jurídico que, en desarrollo de la empresa, tiene la titularidad de los componentes del establecimiento y queda vinculado por las obligaciones que surgen de aquella. El empre-

sario es el que puede enajenar, gravar o limitar su titularidad sobre el establecimiento; de su voluntad dependen el número, clase y orden de los elementos; con su patrimonio responde de las obligaciones en que no haya sido sustituido por el adquirente y en algunas circunstancias es solidario con éste. Él es titular de las acciones que protegen el todo y a las partes.

El conjunto de bienes organizados para el desarrollo de la **empresa no constituye un patrimonio autónomo,** separado del resto de relaciones activas y pasivas del empresario. El patrimonio del empresario es único. Los distintos bienes vinculados voluntariamente a actividades civiles o mercantiles pueden ser perseguidos indistintamente en la ejecución de obligaciones de uno y otro género.

El Código protege expresamente y recoge la protección que otorgan otros ordenamientos a los distintos componentes individualmente considerados, los cuales, es bueno recordarlo, no pierden en virtud de la organización su régimen esencial ni las reglas de su circulación.

El Código protege el establecimiento como unidad vinculada a una actividad organizada en los casos de enajenación voluntaria, pignoración, usufructo, arrendamiento, enajenación forzada, transmisión por causa de muerte, competencia desleal, etc., sin consideración inmediata por los elementos que la integran.

De lo dicho aparece claramente que la unidad económica trasciende con caracteres específicos al campo jurídico, en el cual, se combinan la consideración por el conjunto y el respeto por la individualidad de las partes. La síntesis de tales caracteres ha llevado a los autores que comentan leyes semejantes a nuestro nuevo Código a afirmar que el establecimiento de comercio constituye una universalidad de hecho (11), que sugiere la idea de una titularidad en cabeza del empresario, antes que un derecho de propiedad sobre el conjunto de bienes, superpuesto al particular que se tiene sobre cada uno de ellos o al derecho personal que asegura del disfrute o utilización de otros, igualmente vinculados a la organización (12).

Conclusión similar habían anticipado los redactores del primer proyecto (1958) y era válida para el modificado de 1970. Refiriéndose al punto, el Profesor Gabino Pinzón anotaba: "En esta materia la Comisión ha adoptado un criterio un tanto ecléctico, pues, sin quedarse en la simple universalidad de hecho, tampoco ha ido hasta la universalidad de derecho en todos sus desarrollos". (13).

A priori puede aceptarse esta interpretación pues los textos de las disposiciones acogidas por el legislador no varían sustancialmente de los del

proyecto inicial. Sin embargo, hay en la estructura del Código un cambio importante en relación con la distribución de materias propuestas originalmente pues el establecimiento de comercio ya no aparece regulado en un título del Libro Primero que se ocupa de los comerciantes y de los asuntos de comercio, sino en el Libro Tercero que trata de los bienes mercantiles.

La inclusión del establecimiento de comercio entre los bienes mercantiles, junto con los títulos valores y las formas de propiedad industrial supone un cambio importante en su concepción, hasta tal punto que, constituye la definición legal que no encuentran los tratadistas en otras legislaciones y que les ha dejado el campo abierto para ensayar muchas explicaciones. El establecimiento es para el derecho colombiano en virtud de esta definición legal un **bien,** con lo cual parece se ha acogido la teoría de Francisco Ferrara (15) puesto que para el Código la **organización** de los distintos elementos es lo que se tiene en cuenta para diferenciar en la definición el establecimiento de cualquier otro conjunto de bienes; **la organización** es lo que protege en circunstancias como las enajenaciones forzadas, los embargos, etc.; es, la **organización,** en fin, lo que justifica un tratamiento contractual especial y lo que se defiende en la competencia desleal.

El establecimiento viene a ser un **bien incorporal** vinculado en cierto modo a cosas corporales, lo cual explica algunas de sus posibilidades como objeto de ciertos contratos y al tratamiento diferente que puede exigirle la ley según haya muebles o inmuebles.

La objeción de Ascarelli en contra del carácter de bien inmaterial que tiene la **idea organizadora** del establecimiento fundada en la ausencia de reconocimiento similar al que existe sobre ciertas formas de propiedad industrial (16), se salva con la definición que conlleva la inclusión del establecimiento en el Libro Tercero del Código. En consecuencia, podrá reconocerse sobre él, derecho de propiedad y no simple titularidad. Derecho de propiedad que, finalmente, se advierte, tiene su disciplina expresa en los capítulos I y II del Título Primero del libro de los bienes y su protección, igualmente especial, en las acciones que configuran la represión de la competencia desleal y en las particulares que, para defensa del derecho sobre cada uno de los bienes o servicios que lo componen, establecen otras disposiciones legales.

RAMÓN E. MADRIÑÁN DE LA TORRE

1. Ley francesa del 28 de febrero de 1872. En Colombia las normas sobre Impuestos de Industria y Comercio.
2. Artículo 20.

3. Las citas corresponden a una numeración provisional, pues hasta la fecha se desconoce texto y publicación oficiales.
4. Introducción al Derecho Comercial, Editorial Temis, Bogotá 1966.
5. "conjunto de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa".
6. **Casanova,** Mario. Estudios sobre la teoría de la Hacienda Mercantil R. D. P., Madrid, p. 59.
7. **Ascarelli, Tulio;** Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil, Boch. Barcelona, p. 257.
8. **Ferrara, Ascarelli, Satanowsky, Mantilla Molina.**
9. Artículo 19 numeral 6º
10. Constituyen competencia desleal los siguientes hechos:
    - 2º Los medios o sistemas tendientes a desacreditar a un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios;
    - 4º Los medios o sistemas encauzados a obtener la desviación de la clientela siempre que sean contrarios a las costumbres mercantiles.
11. **Satanowsky,** Marcos; Derecho Comercial tomo III, Editorial Tea, Buenos Aires 1957, p. 101.
12. **Ascarelli;** Opus cit., p. 283.
13. Opus cit., pág. 256.
14. Teoría Jurídica de la Hacienda Mercantil. Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 163.
15. Opus cit., pág. 279.

RAMÓN E. MADRIÑÁN DE LA TORRE, es abogado, catedrático de Derecho Mercantil en la Pontificia Universidad Javeriana. Su tesis de grado versó sobre "La Costumbre Comercial". Ha sido gerente del Banco Comercial Antioqueño, funcionario de la Superintendencia Bancaria, secretario general del Ministerio de Hacienda y vicepresidente de Asecolda.

Los "Títulos-valores" en el nuevo Código de Comercio

POR EMILIO ROBLEDO URIBE

Por medio del Decreto Extraordinario No. 410 de marzo 27/71, publicado en el Diario Oficial No. 33.339, de 16 de junio de 1971, se adoptó, el **CÓDIGO DE COMERCIO,** que entrará a regir el 1º de enero de 1972.

Entre las reformas más fundamentales que el nuevo CÓDIGO DE COMERCIO trae está la relativa a los "TÍTULOS-VALORES, que constituye el Título III del Libro II del Código de Comercio, desde el artículo 619 hasta el artículo 821 de dicho CÓDIGO.

Me voy a permitir hacer una exposición, de carácter general, sobre la historia de este título y dar algunas indicaciones, también de carácter general, acerca de la estructura y función inmediata, de este capítulo, dejando para otra ocasión el análisis minucioso de las modificaciones que implica respecto de la legislación anterior o sea de la Ley 46 de 1923 sobre INSTRUMENTOS NEGOCIABLES.

HISTORIA

Sabido es que todo lo relativo a instrumentos negociables, letras de cambio, pagarés, cheques, etc., se han venido rigiendo, fundamentalmente, en Colombia, por la Ley 46 de 1923, la cual fue una implantación por la famosa Misión Kemmerer, del tiempo del general Pedro Nel Ospina, de The Negociable Instruments Law, que regía en los Estados Unidos de Norteamérica.

La Ley 46 de 1923 está, pues, inspirada en los principios del derecho inglés y norteamericano y sigue, en su estructura normal, la organización de la Ley Uniforme de los Estados Norteamericanos al respecto.

De los pueblos latinoamericanos solamente Panamá y Colombia habían adoptado este sistema.

Con motivo de las tendencias hacia la integración latinoamericana, el "PARLAMENTO LATINOAMERICANO" consideró que uno de los factores más necesarios para dicha integración era la legislación comercial y,

dentro de ésta, el relacionado con la **letra de cambio, el pagaré negociable, el cheque,** etc., o sea con los llamados efectos de comercio, títulos negociables, títulos valores o títulos circulatorios o **instrumentos negociables.**

EL PARLAMENTO LATINOAMERICANO puso esta iniciativa, en octubre de 1965, en manos del INTAL, o sea, el "INSTITUTO PARA LA INTEGRACIÓN DE AMÉRICA LATINA". Este Instituto es un organismo especializado del BID o sea del "BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO".

El INTAL, sabedor de que el profesor Raúl Cervantes Ahumada, de la Universidad nacional Autónoma de México, había sido el autor de un proyecto de ley sobre "TÍTULOS-VALORES" para la SIECA, o sea para la Secretaría Permanente de Integración Económica Centroamericana, le encargó a este distinguido profesor la elaboración del anteproyecto de "LEY UNIFORME DE TÍTULOS-VALORES PARA AMÉRICA LATINA".

Este anteproyecto fue analizado en Buenos Aires, del 13 al 15 de octubre de 1966, por eminentes juristas especializados en derecho cambiario, así como por representantes de institutos de derecho comparado y de la totalidad moral de los bancos centrales de los países de Latinoamérica.

Teniendo en cuenta estos estudios el doctor Raúl Cervantes Ahumada elaboró el proyecto definitivo, que fue entregado al PARLAMENTO LATINOAMERICANO en marzo de 1967.

Este proyecto es el que ha servido de base a la **Comisión Revisora del Código de Comercio** para la elaboración del Título III del Libro III, que estamos comentando.

ESTRUCTURA DEL TÍTULO III

Se divide en seis capítulos así:

Capítulo I – GENERALIDADES

Capítulo II – TÍTULOS NOMINATIVOS

Capítulo III – TÍTULOS A LA ORDEN

Capítulo IV – TÍTULOS AL PORTADOR

Capítulo V – DISTINTAS ESPECIES DE TÍTULOS-VALORES

Capítulo VI – PROCEDIMIENTOS

El capítulo V, que es muy extenso, se divide a su vez, en las secciones y subsecciones siguientes:

SECCIÓN 1 – LETRA DE CAMBIO

Subsección 1 – Creación y forma de la letra de cambio

Subsección 2 – La aceptación

Subsección 3 – El pago

Subsección 4 – El protesto

SECCIÓN 2 – EL PAGARÉ

SECCIÓN 3 – EL CHEQUE

Subsección 1 – Creación y forma del cheque

Subsección 2 – Presentación de pago

Subsección 3 – Cheques especiales

SECCIÓN 4 – PAGOS

SECCIÓN 5 – CERTIFICADO DE DEPÓSITO Y BONO DE PRENDA

SECCIÓN 6 – CARTA DEPORTE Y CONOCIMIENTO DE EMBARQUE

SECCIÓN 7 – FACTURAS CAMBIARIAS

El capítulo VI se divide en las siguientes secciones:

SECCIÓN 1 – ACCIONES

SECCIÓN 2 – COBRO DEL BONO DE PRENDA

SECCIÓN 3 – REPOSICIÓN, CANCELACIÓN Y REIVINDICACIÓN DE "TÍTULOS VALORES".

COMENTARIOS GENERALES

Como se ve, el tema es muy vasto y su estudio detenido da para verdaderos ensayos sobre la materia y para un verdadero Tratado sobre "TÍTULOS-VALORES", en cuya elaboración nos estamos empeñando.

Bástame indicar al presente estos dos puntos:

A) Que el propósito inmediato de este Título, –dentro de la finalidad última de la integración latinoamericana–, fue la integración de los varios géneros y de las múltiples especies de títulos negociables, en una regulación general, bajo la denominación "TÍTULOS-VALORES", y

B) Que la razón de ser de esta integración es que los diversos "TÍTULOS-VALORES" se unifican en la propiedad fundamental de **incorporar un valor.**

Sintéticamente estudiaré cada uno de estos dos puntos:

A – UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE TÍTULOS NEGOCIABLES

Actualmente los varios géneros y las múltiples especies de **títulos negociables** se regulan por leyes separadas, así:

Los instrumentos negociables: por la Ley 46 de 1923, la Ley 8ª de 1925; El Código de Comercio; y los cheques por la Ley 75 de 1916;

Los certificados de depósito y bonos de prenda: por la Ley 20 de 1921; el Decreto 1.821 de 1929; el Decreto 356 de 1957; el Decreto Extraordinario No. 50 de 1958;

Las cartas de porte y conocimiento de embarque: por el Código de Comercio Terrestre; el Código de Comercio Marítimo y las leyes sobre Transporte Aéreo;

Las acciones: por el Código de Comercio, la Ley 58 de 1931 y el Decreto 2.521 de 1950;

Los bonos: por el Decreto 1.521 de 1950 y la Ley 45 de 1923.

El Título III del Libro III del Código de Comercio integra toda esta legislación bajo la denominación "TÍTULOS-VALORES".

Por esto la expresión "TÍTULOS-VALORES" comprende no sólo la letra de cambio, el pagaré negociable, el cheque o sea todos los que se llaman por las leyes, por los comerciantes, por los jueces y abogados, **instrumentos negociables** y que son y siguen siendo los clásicos "TÍTULOS-VALORES" sino que comprenden otros géneros de "TÍTULOS-VALORES". Estos se dividen así: los títulos valores de carácter crediticio; los corporativos o de participación, y los títulos de tradición o representativos de mercancías.

Los típicos TÍTULOS-VALORES DE CARÁCTER CREDITICIO son los INSTRUMENTOS NEGOCIABLES, como lo determina el artículo 821, artículo del Código que entró en vigencia inmediata, y que dice:

"Artículo 821. Cuando en la ley o en los contratos se emplea la expresión "instrumentos negociables" se entenderá por tal los títulos-valores de contenido crediticio que tengan por objeto el pago de moneda. La protec-

ción penal de estos títulos seguirá rigiéndose por las normas respectivas del Código Penal y disposiciones complementarias".

El característico TÍTULO-VALOR CORPORATIVO o de PARTICIPACIÓN es la acción de sociedad anónima; y el característico TÍTULO-VALOR DE TRADICIÓN o REPRESENTATIVO DE MERCANCÍAS es el certificado de depósito en los Almacenes Generales de Depósito.

Creo que ha sido un acierto de la COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO DE COMERCIO el hacer esta integración, para facilitar el estudio de la ley a los comerciantes, a los abogados y a los jueces.

B – RAZÓN DE SER DE LA INTEGRACIÓN

La razón de ser de esta regulación en un solo título de todos estos diversos documentos ha sido el que existe un factor, y factor muy importante, idéntico en todos ellos, a saber: que todos estos instrumentos **incorporan en sí un valor.** No son simples documentos que sirven para probar créditos, los cuales se puedan demostrar por medios **alliunde,** sino que son en sí mismos y por sí mismos el derecho, el **valor.**

A la manera que en un billete de banco o en una moneda de papel está incorporado el derecho, o a la manera que en una piedra preciosa está incorporado el valor económico de la misma, de igual manera, en todos estos instrumentos está incorporado su valor económico. Por eso se les ha dado el nombre de "TÍTULOSVALORES". Por esto también se ha colocado este título no en el Libro IV, relativo a los contratos, sino en el Libro III, relativo a los bienes. Porque esos instrumentos, que incorporan en sí mismos su valor económico son, no simples créditos, sino verdaderas cosas, verdaderos bienes.

Esta noción de bienes, de instrumentos que incorporan valores, o sea, de TÍTULOS-VALORES, tiene no sólo la consecuencia indicada de que exija una legislación integrada en relación con todos los instrumentos que tengan dicha propiedad de incorporar un valor, sino que también trae las consecuencias que se suelen denominar: solemnidad, literalidad, negociabilidad, legitimación y autonomía, consecuencias que se desarrollan con buena lógica en el curso de todo el articulado y que no es del caso en este momento analizar detenidamente.

Bástame manifestar que la propiedad de que en el instrumento mismo se incorpore el valor es la propiedad fundamental de los TÍTULOS-VALORES y originaria de todas las demás propiedades.

EMILIO ROBLEDO URIBE

EMILIO ROBLEDO URIBE es abogado. Ha sido profesor de Derecho Comercial especial en la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, en la Pontificia Universidad Javeriana y en la Universidad Nacional; de Derecho Constitucional en la Universidad Gran Colombia y en la Universidad Tomista. Ha sido director o codirector de numerosas publicaciones de Derecho de Estudios Sociales. Es autor de "Instrumentos Negociables". Pertenece a varias entidades culturales y jurídicas. Fue presidente de la Comisión Revisora del Código de Comercio.

Los Títulos-Valores en el nuevo Código de Comercio

POR EL PROFESOR ÁLVARO PÉREZ VIVES

La nueva legislación comercial, cuya vigencia se iniciará el próximo 1º de enero, trae un cambio notable, entre los muchos que el Código promulgado por medio del Decreto 410 de 1971 implica, en materia de lo que hasta hoy se ha llamado genéricamente "Derecho cambiario" y más concretamente "efectos de comercio" o "instrumentos negociables", expresión esta última que introdujo a nuestro léxico jurídico la Ley 46 de 1923, de origen estadounidense.

Es así como el nuevo Código de Comercio regula en el Libro III, dedicado a los bienes del comerciante, lo atinente a "títulos-valores", locución de reciente origen que, junto con su gemela "valores-mobiliarios", enuncia una materia cuya amplitud apenas si puede entreverse cuando se lee la vieja definición del creador de esta teoría, el italiano Vivante, quien los caracterizó como "los documentos necesarios para el ejercicio de la obligación literal y autónoma que en ellos se consigna".

De igual forma a como se varió la denominación de los efectos o instrumentos negociables, se cambió el nombre de la relación, a la que se llama hoy indistintamente "cambiaría" o "cartularia", surgiendo la idea de un "Derecho cartulario" que comprende una zona más extensa de la que regía el "Derecho cambiario".

El nuevo Código sigue el concepto del maestro italiano, pero complementa su definición al expresar que "los títulos-valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora" (artículo 619). De este modo se precisan en la definición los cuatro elementos esenciales de los títulos-valores, a saber: la literalidad, la incorporación, la legitimación y la autonomía.

El mismo precepto divide los títulos-valores en tres grandes categorías: corporativos o de participación, reales o de tradición (llamados también representativos de mercaderías) y de contenido crediticio. Estos corresponden a los actuales instrumentos negociables.

Son los primeros las acciones de las sociedades anónimas; los segundos están formados por los conocimientos de embarque, cartas de porte y certificados de depósito en almacenes generales; en cuanto a los últimos, no son otros que los instrumentos negociables: letra, cheque, pagaré, a los que se suman los bonos o "debentures", las facturas cambiarias de transporte y de compraventa y los bonos de prenda.

En una primera parte, se reúnen las reglas comunes a todos estos títulos, relativas a su contenido literal, a la forma de incorporación del derecho en el título y sus efectos, a la autonomía de los derechos y de las obligaciones de las diversas partes en el título y a la legitimación, tanto por activa como por pasiva. Allí se trata igualmente lo atinente a la firma, a la representación, al aval, a los espacios en blanco y a la negociación, y se precisa que toda obligación cambiaría deriva su eficacia de una firma puesta en un documento que reúna los requisitos para ser título-valor y de su entrega para que sea efectivo conforme con su ley de circulación (artículo 625), variando el fundamento que a la relación cartular da el proyecto de ley uniforme sobre Títulos-valores para América Latina, elaborado por el Intal, que la Comisión Redactora tomó como guía de sus trabajos. Proyecto que sigue la teoría de la creación, del germano Kuntze.

Pone fin el nuevo Código a los insolubles problemas que originaron los artículos 215 a 217 del vigente, al acoger la teoría según la cual toda entrega de un títulovalor de contenido crediticio se efectúa a guisa de pago sujeto a condición resolutoria, el no descargo del título a su vencimiento, pues se recibe "salvo buen cobro"; lo que significa que no hay ni absorción de la obligación preexistente o fundamental, ni novación de ésta, ni extinción por dación en pago, sino que, salvo que de la inequívoca intención de las partes surja otra cosa, esa entrega se hace "pro solvendo", permaneciendo la obligación preexistente en estado de latencia hasta que se cumpla la condición resolutoria del pago, o extinguiéndose definitivamente con el descargo del título.

De esta manera, el acreedor que recibe un título-valor de contenido crediticio debe esforzarse por hacerlo efectivo a su vencimiento y si no es pagado, tiene que escoger –dentro de los plazos de prescripción de la acción cambiaria– entre ejercitar ésta o devolver el instrumento para hacer efectivas las acciones que nacen de la obligación preexistente o fundamental. Pudiendo, en vez de la devolución, prestar caución suficiente que garantice al deudor los perjuicios que se le deriven del hecho de conservar el acreedor o un tercero el título exigible y no pagado (artículos 643 y 882).

La caducidad o la prescripción del título extinguen no sólo las acciones cambiarias sino también las derivadas de la obligación preexistente o fundamental (artículo 882, inciso 3º).

Terminada la parte común, en capítulos separados regula el título III del libro III todos y cada uno de los diversos títulos-valores. Y finaliza con lo relativo a las acciones y a las excepciones, a la cancelación y reposición de los títulosvalores.

Modifica, pues, el nuevo Código, la estructura fundamental de las normas cambiarias, separándose del derecho anglonorteamericano para acercarse al derecho mexicano y a los proyectos de legislación uniforme elaborados para Sur y Centroamérica por eminentes profesores, entre otros Raúl Cervantes Ahumada, Ignacio Winizky y Héctor Cámara.

ÁLVARO PÉREZ VIVES

ÁLVARO PÉREZ VIVES es abogado de la Universidad Nacional, especializado en Derecho Comercial. Ha sido profesor en la Universidad Nacional y en la Universidad Libre. Es autor de "Compraventa y Permuta en el Derecho Colombiano". Fue miembro de la Comisión Revisora del Código de Comercio.

De los contratos bancarios en el nuevo Código de Comercio

POR LEÓN POSSE ARBOLEDA

Nuestro actual ordenamiento jurídico no contiene una reglamentación sistemática de los principales contratos bancarios, entendiendo por éstos los que celebran exclusivamente tales establecimientos puesto que es apenas lógico que los bancos celebren, dentro de los límites de su capacidad, contratos cuya reglamentación se encuentre dentro de las normas generales propias de cada tipo de contrato. En el nuevo Código de Comercio, el cual comenzará a regir el 1º de enero de 1972, se llena este vacío de la legislación al reglamentar en el libro IV, título XVII, en siete capítulos, los principales contratos bancarios, y en el título XI la fiducia mercantil, la cual sólo se permite pactar a los establecimientos de crédito y a las sociedades que obtengan permiso de la Superintendencia Bancaria para tal fin.

El título destinado a los llamados contratos bancarios contiene normas sobre: el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria; el depósito a la vista y a término; los depósitos de ahorro; la apertura de línea de crédito; el crédito a través del descuento; la carta de crédito; y, de las cajillas de seguridad.

Es apenas natural que este comentario sólo busque destacar algunos aspectos de los mentados contratos, a objeto de dar al lector una idea general sobre los mismos advirtiendo que sus principales antecedentes se encuentran en el proyecto del Código de Comercio que se hallaba a la consideración del Congreso desde el año 1958 y en el estudio que se presentó por la Asociación Bancaria, el cual sirvió de base para las correcciones que se introdujeron al proyecto original.

Del Depósito en Cuenta Corriente Bancaria. –Al revisar la legislación actual encontramos una falta de organización en el tratamiento de la cuenta corriente bancaria y de los otros contratos de depósito bancario, no obstante su gran importancia. El Código de Comercio vigente se refiere a estos contratos, únicamente en el artículo 945, y allí establece, que los depósitos en los bancos públicos debidamente autorizados, se regirán por sus propios estatutos. La Ley 45 de 1923, orgánica del sistema bancario, se refiere al problema sólo en forma incidental y sin mayor desarrollo del concepto.

La falta de normación anotada, ha motivado que, en no pocas ocasiones, se discuta la naturaleza jurídica del contrato comentado. La Corte Suprema de Justicia en varias sentencias, y especialmente en la del 29 de abril de 1941 (g.J. T. LI. página 233), ha sostenido que la cuenta corriente bancaria es un contrato de mutuo, siendo la doctrina de la Superintendencia Bancaria más acertada, al considerarlo como un contrato de depósito. Tal discusión tiene particular importancia cuando se toca el problema de la insolvencia o liquidación de un establecimiento bancario, ya que si acogemos la teoría del mutuo, los cuentacorrentistas estarán sometidos a las normas sobre graduación de los créditos del Código Civil, y si optamos por la teoría del depósito, la más lógica, los valores depositados no entran en la masa concursal, por cuanto deben considerarse como bienes de terceros regidos por los principios del artículo 2.489 del CC pese a que el banco haya convenido devolver cosas de la misma especie y calidad y por ello se estime dueño de las depositadas (artículo 1.179 del nuevo Código). Por ello conviene destacar, en relación con todos los depósitos bancarios, que el artículo 1.399 establece expresamente que en el caso de liquidación administrativa de un establecimiento bancario los depósitos en cuenta corriente bancaria, los depósitos a término, y los depósitos de ahorro se excluirán de la masa de la liquidación.

Igual importancia tiene la norma que da a los certificados de depósito a término el tratamiento propio de los títulos valores, salvo que expresamente se disponga lo contrario (artículo 1.394 del nuevo Código).

La ausencia de una legislación clara y el desarrollo de la actividad bancaria en el país, han determinado que los particulares, a través de sus acuerdos privados, hayan sentado los lineamientos generales que regulan la cuenta corriente en nuestro medio.

El nuevo Código, define expresamente la cuenta corriente bancaria como depósito, estableciendo sus elementos y regulando su desarrollo fundamental, pero dejando a las parles cierta iniciativa para convenir las condiciones del contrato que deben regir sus relaciones particulares. El artículo 1.382 establece que "Por el Contrato de depósito en cuenta corriente bancaria el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y cheques en un establecimiento bancario y de disponer total o parcialmente de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el Banco. Todo depósito constituido a la vista se entenderá entregado en cuenta corriente bancaria, salvo convenio en contrario". La norma elimina toda discusión sobre la naturaleza del contrato.

Como normas de carácter imperativo, sobre las cuales no es permitido pactar en contrario, vale la pena destacar las que establecen que el recibo de consignación es plena prueba de depósito, y el comprobante de haber recibido la chequera, lo es de tal hecho; las normas sobre embargos contenidas en el artículo 1.389; el principio del artículo 1.392 en relación con la muerte o incapacidad sobreviniente del girador, por cuanto fue instituida en beneficio de terceros; y por último, las normas relativas a la responsabilidad de los bancos por el pago de cheques falsificados.

En seguida comentaremos algunos aspectos del contrato de depósito en cuenta corriente bancaria.

El embargo de saldos del depósito en Cuenta Corriente Bancaria. – Al disponer en el artículo 1.387 que el embargo afectará no solamente el saldo en cuenta existente al momento de recibir el banco el oficio sino los dineros que se lleven a esa cuenta hasta concurrencia del valor del embargo quiso buscar la efectividad de esos embargos a fin de evitar las comunicaciones sucesivas y el que se eludan tales órdenes permitiendo de otra parte que el depositante pueda seguir moviendo la cuenta una vez cumplida la congelación de los fondos embargados. Es claro que la comisión al adoptar este criterio no encontró suficientes las observaciones presentadas por la Asociación Bancaria que se oponía a la regla por estimar que había un embargo de futuros.

La cuenta corriente y la falsificación del cheque. –El artículo 191 de nuestra actual Ley de instrumentos negociables, consagra rígidamente la teoría del riesgo, por cuanto el negocio bancario conlleva en sí como riesgo propio, el de pagar un cheque adulterado. Sin embargo, este principio ha sido atenuado por la jurisprudencia del país al aceptar la teoría de culpa compartida consagrada por el artículo 2.357 del CC para la responsabilidad extracontractual. De esta manera se ha disminuido la carga de los bancos, y en ocasiones se les ha exonerado de responsabilidad completamente, cuando se logra establecer que la falsificación del instrumento fue el producto de la negligencia o de la culpa del girador.

El nuevo Código regula este tema en los artículos 732, 733 y 1.391. Mediante una combinación de los principios consagrados por nuestra actual Ley de instrumentos y por el artículo 2.357 del CC, en los artículos 732 y 1.391 se establece la responsabilidad de los bancos por el pago de los cheques falsos, pero con la innovación de reducir el término para reclamar que en el artículo 191 de la Ley 46 de 1923 era de un año.

Vale la pena destacar, que aparece una contradicción entre el plazo establecido por el artículo 732 y el que trae para los mismos fines el 1.391; el

primero prescribe que "todo banco será responsable a un depositante por el pago de que aquél haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, salvo que dicho depositante no notifique al banco, dentro de los tres meses después de que se le devuelva el cheque, que el título era falso o que la cantidad de él se había aumentado; el artículo 1.391 establece en término para reclamar de seis meses. Si este no es simplemente un error de transcripción, debe aplicarse lo prescrito por el artículo 5º de la Ley 153 de 1887.

En lo relativo a la falsificación del cheque, el artículo 733 que recoge el mismo principio del artículo 124 del Proyecto de Ley Uniforme de Títulos Valores para la América Latina, consagra algo novedoso al establecer que "el dueño de una chequera que hubiere perdido uno o más formularios y no hubiera dado aviso oportunamente al banco, sólo podrá objetar el pago si la alteración o la falsificación fueren notorias".

OBLIGACIONES Y FACULTADES DEL BANCO

Dada la modalidad del Contrato de depósito en cuenta corriente bancaria se justifica que una vez formado el contrato surja a cargo del establecimiento de crédito la obligación de entregar al depositante el talonario de cheques y que ponga a su disposición los formularios de consignación.

No obstante, se prevé en el artículo 1.382 la posibilidad de convenir que los giros no se hagan por medio de cheques sino en otra forma, la cual debe ser previamente convenida con el banco.

Por definición el depositario está obligado a cumplir las órdenes de pago hasta concurrencia del monto depositado, lo que diferencia este convenio radicalmente de la cuenta corriente mercantil, e implica para el banco la obligación de llevar un movimiento de cargos y descargos al día.

De otra parte aparece claro que el banco está obligado a cubrir las órdenes de pago, hasta concurrencia del saldo, bien sea que este se origine en depósitos o en crédito concedido por el banco. Dada la costumbre de los bancos de autorizar el giro de cheques en descubierto, se establece en el artículo 1.388 que en el caso de que el banco pague cheques por valor superior al saldo de la cuenta corriente, el excedente será exigible de inmediato, salvo pacto en contrario.

A este respecto se modifica la actual legislación en cuanto no permite a los bancos exigir estos saldos, salvo pacto en contrario, sin previo requerimiento (artículo 928 del Código de Comercio) y se mantiene la vigencia

de la Ley 133 del 1948, que da al superintendente bancario la facultad de certificar sobre el monto de los saldos a cargo de los clientes por sobregiros o descubiertos en cuenta corriente, a fin de dotar a los bancos de un título ejecutivo que les permita accionar contra el deudor incumplido.

Tiene interés la norma contenida en el artículo 1.383 cuando dispone que todo cheque consignado se entiende por recibido "salvo buen cobro", a menos que exista estipulación en contrario, y lo dispuesto en el artículo 1.385 que permite al banco, salvo pacto en contrario, acreditar o debitar en la cuenta corriente de su titular el importe de las obligaciones **exigibles** de que sean recíprocamente deudores o acreedores. No obstante estas compensaciones no operan en frente de cuentas colectivas, si la deuda no corre a cargo de todos los titulares de la cuenta, ni pueden efectuarse cuando el titular de la cuenta ha sido declarado en quiebra, o se le ha abierto concurso de acreedores.

Conviene destacar que al reglamentar los títulos valores de contenido crediticio, y concretamente el cheque, se impone a los bancos la obligación de devolver al librador, junto con el extracto de su cuenta, los cheques originales que haya pagado, (Artículo 728 del nuevo Código) y de otra parte obliga al banco en el caso de que los fondos disponibles no fueran suficientes para cubrir el importe total del cheque a ofrecer al tenedor el pago parcial, hasta concurrencia del saldo disponible. (Artículo 720 del nuevo Código).

Terminación del contrato. –Se modifica el principio vigente y se da a las partes la facultad de poner fin al contrato en cualquier tiempo, obligando al cuentacorrentista a devolver la chequera, y al banco, en el caso de que él termine unilateralmente el contrato, a pagar los cheques girados en tanto exista provisión de fondos.

Es claro que el banco debe avisar al titular de la cuenta su decisión de poner fin al contrato, así como el cuentacorrentista avisa al banco su intención de poner fin al depósito, pues no debe olvidarse que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligan, no solamente a lo pactado en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural y no podemos perder de vista las graves sanciones que se imponen al librador de un cheque cuando lo crea pese a tener la cuenta cancelada.

Líneas de crédito. –El artículo 1.402 denomina a esta modalidad crediticia "apertura de crédito". El sistema de financiación a través de líneas de crédito implica el compromiso del banco de mantener a disposición de un cliente, durante el tiempo convenido y por una suma determinada, ciertas

facilidades de dinero. Por virtud de esta clase de acuerdos, las empresas pueden calcular sus flujos de caja de una manera más segura, pero dudamos de que en nuestro medio este tipo de contrato bancario adquiera desarrollo, debido a que el banco que con traiga un compromiso financiero por una línea de crédito, debe cumplir al cliente beneficiado, aunque su posición de tesorería revele un desencaje; ahora bien, siendo en Colombia tan inestables las medidas monetarias y tan drásticas las sanciones a los bancos que arrojen deficiencias de encaje, resulta muy difícil que una entidad crediticia contraiga un compromiso de esta naturaleza, convenio que como decimos, tendría que cumplir aunque esté desencajada.

CARTAS DE CRÉDITOS

Este tipo de contrato resulta una de las herramientas jurídicas más utilizadas para el pago en las transacciones de compraventa internacionales. En nuestro país, como en los principales del mundo, las relaciones a que da origen la apertura de una carta de crédito, por acuerdo expreso entre las partes, se han venido regulando por las normas establecidas en las "Reglas y Usos Uniformes para el manejo de Créditos Documentarios" de la Cámara Internacional de Comercio. Estos principios han sido recogidos por el nuevo Código de Comercio cuando, en su artículo 1.408, prescribe que se entiende por crédito documentario el acuerdo mediante el cual, a petición y de conformidad con las instrucciones del cliente, el banco se compromete directamente, o por medio de un banco corresponsal, a pagar a un beneficiario hasta una suma determinada de dinero, o a pagar, aceptar o negociar letras de cambio giradas por el beneficiario, contra la presentación de los documentos estipulados y de conformidad con los términos y condiciones establecidas.

La carta de crédito se expide por el banco en razón de un convenio con el ordenante y por él se obliga el banco, en forma revocable o irrevocable, a pagar en favor de un tercero una suma de dinero si el beneficiario cumple con las condiciones establecidas en la carta de crédito.

La carta de crédito deberá contener los nombres del banco emisor y del corresponsal, si lo hubiere, del tomador u ordenante de la carta y del beneficiario, el valor máximo por el cual el banco se obliga, la época dentro de la cual debe hacerse uso del crédito, y los documentos y condiciones que deben cumplirse para poder utilizarla.

La carta de crédito, si no se estipula lo contrario, se entenderá revocable e intransferible. Siendo revocable podrá el banco revocarla en tanto no

haya sido utilizada por el beneficiario (dados los antecedentes no hay duda de que este es el alcance del artículo 1.411). Siendo transferible podrá, salvo estipulación en contrario, transferirse por fracciones hasta concurrencia de su valor pero, a su vez, sólo podrá utilizarse parcialmente cuando así lo autorice expresamente la carta de crédito. La intervención de otro banco a fin de dar aviso al beneficiario de la constitución del crédito no le impone obligación como banco intermediario salvo que lo confirme, pues en este caso, por virtud de la confirmación se hace el banco intermediario directamente responsable ante el beneficiario.

Se acepta igualmente que la carta de crédito es independiente del contrato en relación con el cual haya de aplicarse el crédito y en consecuencia ni el banco emisor, ni el corresponsal, adquieren responsabilidad en cuanto a la forma, suficiencia, exactitud, autenticidad o efecto legal de los documentos concernientes a dicho contrato.

DE LAS CAJILLAS DE SEGURIDAD

La determinación de la naturaleza jurídica de este contrato ha dado origen a una serie de discusiones fundadas principalmente en fijarla a base de determinar que se trata de un arrendamiento, o en explicarla a base de aceptar que se trata de un convenio de depósito. La comisión, pese a las recomendaciones de la Asociación Bancaria, prefirió no llamar este convenio de arrendamiento sino más bien precisar que por medio de él se busca la guarda de bienes. No parece discutible que existan las obligaciones genéricas del depósito en este contrato pese a lo dispuesto en el artículo 85 numeral 15 de la Ley 45 de 1923 cuando da a los bancos la facultad de arrendar cajas de *seguridad* para la custodia de bienes muebles, como claramente se desprende de las normas contenidas en el capítulo VII del título XVII del nuevo Código de Comercio.

La responsabilidad de los bancos por virtud de este contrato se fija en el artículo 1.417 al decir que "los establecimientos bancarios responderán así mismo por todo daño que sufran los clientes, salvo fuerza mayor o caso fortuito".

Es decir, que se da a este contrato tratamiento similar al del depósito en arca cerrada, regulado por el artículo 2.249 del CC, principios de este Código que son aplicables a virtud de lo dispuesto en el artículo 822 del nuevo Código.

Pese al principio establecido en el nuevo Código, según el cual la buena fe, aun la exenta de culpa, se presume (artículo 835) no cabe duda de que al

demostrarse el hecho de forzamiento o violación de la cajilla se está ante la presunción de culpa en contra del banco prevista en el artículo 2.249 del CC.

El resto de normas refieren a aspectos de la naturaleza del contrato o accidentales al mismo y se dedican a regular el acceso a los lugares en donde se encuentran las cajillas, a la forma de noticiar a los usuarios sobre los peligros que atenten contra la integridad de las mismas, y la duración y terminación del contrato.

La fiducia mercantil. –Como dice, al tratar la fiducia, la exposición de motivos del proyecto de Código de Comercio que se hallaba a la consideración del Congreso y que era objeto de la revisión final ordenada por el Parlamento:

> "Entre nosotros cuando se habla de fideicomiso, es frecuente y lógico entender por tal aquella limitación al derecho de propiedad de que habla en el libro 2º, título 8º de nuestro Código Civil, de clara inspiración latina".
>
> "No obstante, la Ley 45 de 1923, orgánica de los establecimientos bancarios en Colombia, de inspiración angloamericana, nos habla de un fideicomiso bien diferente y dice en su artículo 7º ser tal todo encargo de confianza de los expresados en dicha ley".

En muchos países se ha estimado innecesario este tipo de contrato por considerar que en el fondo implica un mandato y que por tanto no se justifican nuevas formas contractuales cuya utilidad no excede la del citado convenio.

No existe duda sobre la semejanza entre el mandato y el "trust" angloamericano que orientó las facultades que el artículo 85, No. 8º de la Ley 45/23 otorga a los establecimientos bancarios y quizá la genialidad del señor Bello al redactar el artículo del Código Civil que corresponde al número 808 de nuestra legislación, "pues en ambos casos fiduciario y mandatario obran en beneficio ajeno; ambos deben rendir cuentas y deben acomodarse a los términos del respectivo contrato".

No obstante, las diferencias entre los dos contratos son fundamentales.

En el mandato no se transfiere la propiedad al paso que en el fideicomiso sí se efectúa esa transferencia al fiduciario, razón por la cual éste actúa en su propio nombre, en frente de terceros, sin perjuicio de sus responsabilidades en frente del fideicomitente y del fideicomisario. El mandato termina con la revocación del mandante lo que no sucede en la fiducia, salvo pacto expreso en contrario. El mandatario puede obligar a su mandante ante terceros al paso que el fiduciario no puede hacerlo en la fiducia.

Son, pues, importantes en la práctica mercantil las diferencias entre uno y otro contrato y no cabe duda de que la fiducia "disminuye los trámites, acelera los negocios y da mayor firmeza a los mismos".

Dada la importancia del encargo y en consideración a que no sólo los establecimientos de crédito realizan operaciones de fiducia sino que existen en otros países bancos especializados en este tipo de operaciones y numerosas compañías constituidas con esa finalidad, estimó la comisión importante limitar aquella facultad a los establecimientos de crédito y las sociedades que dedicadas a tal actividad obtengan autorización de la Superintendencia Bancaria para desarrollar su objeto, limitación que resulta sin duda conveniente, pues no podemos olvidar que en su origen, tanto el fideicomiso romano como el fideicomiso anglosajón facilitaron la voluntad de burlar la Ley pese a que esta afirmación hoy no tiene fundamento como ha sido demostrado, entre otros, por Ferrara.

Es así como se llega a decir que "la fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios". (Artículo 1.226 del nuevo Código).

Dentro de este orden de ideas se explica plenamente que se prohíban los negocios fiduciarios secretos (artículo 1.230 del nuevo Código), que se diga que los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo (artículo 1.233 del nuevo Código), dándole al fiduciario la personería para la defensa y protección de los bienes (artículo 1.234 del nuevo Código) la prohibición a los acreedores del fiduciante o fideicomitente de perseguir los bienes objeto de los negocios fiduciarios por acreencias posteriores a la constitución del mismo y la facultad de impugnar la fiducia celebrada en fraude de terceros (artículo 1.238 del nuevo Código) y las reglas que fijan la responsabilidad del fiduciario, la cual llega hasta la culpa leve, y le prohíben adquirir en forma definitiva, por razón de la fiducia, el dominio de los bienes.

Sólo nos resta anotar que se trata de negocio remunerado y que el valor de la remuneración al fiduciario debe estar acorde con las tarifas que al efecto señale la Superintendencia Bancaria.

Creemos sinceramente que este convenio debe llegar a tener en Colombia un desarrollo importante, al igual que en otros países, pues en verdad no ha merecido el auge que le corresponde en la vida de los negocios.

LEÓN POSSE ARBOLEDA

LEÓN POSSE ARBOLEDA es abogado y economista. Es catedrático de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Javeriana; fue de Bancos en la Universidad Nacional. Ha sido juez, magistrado del Tribunal de Bogotá, subgerente del Banco de Comercio y miembro de la Comisión Revisora del Código de Comercio.

Los Libros de Comercio

POR LUIS CARLOS NEIRA ARCHILA

INTRODUCCIÓN

El origen consuetudinario del derecho mercantil se aprecia claramente respecto a los libros de comercio. El comerciante desde época inmemorial recurrió a los registros de las operaciones realizadas con el fin principal de guardar un recuerdo de ellas y poder establecer la situación de su negocio. Es evidente que los libros de comercio tu vieron inicialmente una finalidad utilitaria para el mismo comerciante, que no podía confiar exclusivamente a su memoria las distintas operaciones que realizaba y los derechos u obligaciones que de ellas surgían. G. Ripert anota que los comerciantes han llevado libros mucho antes de que la ley les impusiera esta obligación y que lo han hecho para conocer el estado de su caja, de sus mercancías y para tener presentes las operaciones realizadas (1).

Pero es claro que esa simple finalidad perseguida por los comerciantes no justificaba el establecimiento de una obligación de carácter legal. El uso de los libros de comercio miraba en ese entonces al interés mismo de los comerciantes. Posteriormente en el Derecho Romano los libros de comercio se constituyeron en medios de prueba en los conflictos que surgían de la actividad mercantil. Había pues un nuevo interés para que el comerciante llevara sus libros de comercio. Pero solo cuando el Estado advirtió la importancia que los libros de comercio podrían tener para reconstruir la conducta del comerciante se estableció la obligación legal. Joaquín Rodríguez advierte que en cierto modo y sobre todo dado el desarrollo del crédito "el comercio es una administración de capitales ajenos". La actividad del comerciante no interesa exclusivamente a ellos sino también a las personas con quienes se relacionan, dándoles crédito o recibiéndolo de ellas. El Estado tiene interés en vigilar y estudiar los negocios de los comerciantes en caso de insolvencia para velar que no se haya roto la igualdad de los acreedores (2).

Dentro de la estructura del Estado moderno surgen nuevas razones y justificaciones para que la obligación legal de llevar los libros de comercio sea más estricta, ya sea desde el punto de vista fiscal para determinar exac-

tamente la renta del comerciante o las ventas realizadas, o desde el punto de vista de una política económica, de precios, etc., para examinar y conocer las operaciones, costos y resultados de la actividad mercantil. Los intereses generales de la comunidad sirven de fundamento para la obligación de carácter legal impuesta a los comerciantes de llevar libros de comercio y conservarlos durante un determinado período.

Dos son los sistemas legislativos que han venido a regular esta obligación: el que establece una libertad en cuanto a los libros que debe llevar el comerciante (Código Alemán, Código Suizo de las obligaciones, Código del Japón), y los códigos latinos, basados en el Código de Napoleón, que fijan los libros obligatorios. Vivante se manifiesta partidario del sistema latino por cuanto dentro del sistema de la plena libertad será el Juez quien venga a definir si el comerciante cumple o no con la obligación legal (3). Sin embargo, la expansión de la actividad mercantil y el sorprendente desarrollo de la contabilidad en los últimos tiempos imponen la necesidad de establecer una plena libertad en materia de libros de comercio, lo cual permite a los comerciantes ajustar sus sistemas de registro a los nuevos medios de que se dispone en la actualidad y acomodarlos a las necesidades cambiantes de una economía progresista. Resultaría ciertamente incomprensible que una nueva legislación mercantil viniera a desconocer los desarrollos de la ciencia y la aplicación de máquinas y computadores cuyos alcances finales todavía no se vislumbran.

Langle trae la cita de Munzunger en la exposición de motivos del proyecto de Código Suizo y que dice: "El legislador no tiene la pretensión de dar al comerciante **instrucciones paternales** sobre la mejor manera de llevar sus libros. El comerciante que no sepa que una teneduría de libros exacta y apropiada al fin que persigue constituye el elemento vital del negocio, es un mal comerciante y la ley no puede educarlo. Quien tiene mayor interés en una teneduría de libros irreprochable y que mejor la comprenda, es el comerciante mismo". De ahí que dicho proyecto renunciara a determinar libros obligatorios "relegando a la apreciación judicial la cuestión de si, en un caso dado, el comerciante ha cumplido su obligación de llevar libros" y atribuyendo a los tribunales el poder de "proporcionar la fuerza probatoria de los registros al cumplimiento de esta obligación" (4).

Por eso no es posible que un Código de Comercio expedido en 1971 pudiera ceñirse al marco antiguo de los libros obligatorios y ello justifica y explica que en esta materia se haya presentado un cambio radical en cuanto al sistema legislativo y que nos hayamos apartado del derecho la-

tino. Tampoco resulta cierto que el Juez deba apreciar **exclusivamente** si el comerciante cumple con la obligación legal ya que, como se verá más adelante, la ley señala requisitos formales cuyo cumplimiento reviste a los libros de comercio de una presunción de veracidad en sus registros.

EL SISTEMA DEL NUEVO CÓDIGO

El artículo 48 del nuevo C. de Co., pese a la defectuosa redacción de que adolece como consecuencia de haberse incluido en él materias totalmente disímiles (el sistema de registro contable y la obligación de conservación de los libros y papeles del comerciante), consagra el principio de la libertad en materia contable. Efectivamente, en él se establece que "asimismo será permitida la utilización de otros procedimientos de reconocido valor técnico-contable, con el fin de asentar sus operaciones, siempre que facilite el conocimiento y prueba de la historia clara, completa y fidedigna de los asientos individuales y el estado general de los negocios". Es decir, que el comerciante conformará su contabilidad, libros, etc., a las normas sobre la materia contenidas en el Código y en otras reglamentaciones, pudiendo utilizar otros procedimientos de reconocido valor técnico contable.

Este principio de la libertad en materia de libros de comercio no queda desvirtuado por lo preceptuado en el artículo 49 del mismo Código cuando establece que "para los efectos legales, cuando se hiciere referencia a los libros de comercio, se entenderán por tales los que determinare la ley como obligatorios y los auxiliares necesarios para el completo entendimiento de aquellos", ya que el Código no ha señalado libros obligatorios, salvo los libros de actas de las asambleas o juntas de socios y el libro de registro de accionistas. (Artículo 195).

Las reglamentaciones que el Gobierno dicte en materia de libros de comercio no se podrán apartar de la orientación general consagrada en el Código de Comercio ni podrán en ningún caso llegar a imponer sistemas o métodos de registro obligatorio, ni a señalar libros con el carácter de obligatorios, pues en tal caso no se trataría de una simple reglamentación sino del establecimiento de normas de carácter general que se apartarían fundamentalmente de la orientación del Código de Comercio y que, por lo tanto, solo podrían ser objeto de una ley. Si se quisiera interpretar la facultad que el Código reconoce al Gobierno para reglamentar la materia relacionada con los libros de comercio en el sentido de que pueda apartarse de los lineamientos y orientaciones señaladas en el mismo, nos en-

contraríamos ante la situación aberrante de que el Gobierno, en uso de facultades extraordinarias, se estaría atribuyendo nuevas facultades pero sin ninguna limitación en el tiempo, es decir, se estaría violando el artículo 76, ordinal 12 de la Constitución Nacional. Por ello, forzoso es concluir que el sistema del Código que ha implantado la libertad de libros de comercio será permanente y deberá ser desarrollado, si el Gobierno lo estima conveniente de acuerdo con las necesidades generales, por medio de una reglamentación que sirva para hacerlo efectivo.

REQUISITOS DE LOS LIBROS DE COMERCIO

El hecho de que la ley consagre la libertad de libros de comercio no quiere decir en ningún caso que se venga a desconocer la finalidad que se persigue a través de la obligación legal. Esa finalidad, como es reconocida por todos los autores de derecho comercial, es triple: en beneficio del propio comerciante en cuanto le permite tener una historia de las operaciones realizadas y conocer la situación de sus negocios; en beneficio de las personas que contratan con el comerciante para poder obtener pruebas de los libros de comercio, y en beneficio general de la comunidad por cuanto en caso de insolvencia se puede reconstruir la conducta del comerciante y sancionar, si es el caso, los actos que haya realizado con perjuicio de sus acreedores.

Por ello también resulta lógico que la ley establezca determinados requisitos a los cuales se deben sujetar los libros de comercio, para buscar que por su medio, como lo anota León Bolaffio, se pueda "vincular a las anotaciones de los libros de comercio una presunción de verdad" (5). Estos requisitos son formales y materiales.

REQUISITOS FORMALES

Los requisitos formales están encaminados a buscar la veracidad de las anotaciones que se hacen en los libros y se dividen en requisitos extrínsecos o anteriores y requisitos intrínsecos o continuos. La ley busca esa veracidad o fidedignidad de los libros de comercio mediante dos principios fundamentales sobre los registros en ellos: la simultaneidad y la inalterabilidad. En desarrollo de esos principios se han establecido los requisitos formales.

El primero, anterior a los registros que deban hacerse en los libros y por lo tanto de carácter extrínseco, consiste en el registro público. Así, el

artículo 28, ordinal 7º, establece que deberán inscribirse en el registro mercantil "los libros de contabilidad, los de registro de accionistas, los de actas de asambleas o juntas de socios, así como los de juntas directivas de sociedades mercantiles". El registro mercantil cumple en este caso la función de buscar la autenticidad de los registros que se van a hacer en los libros de comercio. Este registro se realiza (artículo 39) mediante una constancia que se deja en los libros sobre el hecho mismo del registro, la fecha y folio del mismo, la persona o entidad a quien pertenece el libro, el uso para el cual se destina y el número de sus hojas útiles, las cuales serán rubricadas por el Secretario de la Cámara de Comercio. Simultáneamente se dejarán los mismos datos en el correspondiente libro de registro.

El modo del registro será obligatorio, bien sea que se trate de libros de hojas fijas o removibles o de series continuas de tarjetas, tal como está autorizado por el artículo 56 del C. de Co. Pero en uno y otro caso las hojas o tarjetas deberán estar numeradas.

Por lo tanto, los libros de comercio deberán formarse con hojas o con tarjetas, numeradas y rubricadas por el Secretario de la Cámara de Comercio, con la constancia de su registro.

Un segundo grupo de requisitos formales lo constituyen los intrínsecos o continuos. El artículo 57 establece que se prohíbe alterar el orden o la fecha de las operaciones; dejar espacios en blanco; hacer interlineaciones, raspaduras o correcciones en los asientos; borrar o tacharlos, y arrancar hojas, alterar el orden de ellas o mutilar los libros.

REQUISITOS MATERIALES

Los requisitos materiales hacen relación a la forma de llevar los libros de comercio. Parece que dentro de un sistema de libertad no es posible el establecimiento de requisitos de orden material. Pero ello no es así. Precisamente con el objeto de que no sea el Juez quien venga a definir si el comerciante cumple con su obligación legal de llevar los libros de comercio se han señalado algunas normas de estricto cumplimiento sobre la forma de hacer los registros o anotaciones en ellos. El artículo 50 establece que "la contabilidad solamente podrá llevarse en idioma castellano, por el sistema de partida doble, en libros registrados, de manera que suministre una historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante con sujeción a las reglamentaciones que expidiere el Gobierno". El artículo 52 señala la obligación de los comerciantes de elaborar un inventario y un

balance general al iniciar sus actividades comerciales y por los menos una vez al año, "que permitan conocer de manera clara y completa la situación de su patrimonio". El artículo 53 dispone que en los libros se asentarán en orden cronológico las operaciones mercantiles y aquellas que pudieren influir en el patrimonio del comerciante. Establece la necesidad de elaborar comprobantes de contabilidad y las enunciaciones mínimas que ellos deben contener. El artículo 57, ordinal 3º, fija cómo se deben corregir los errores en que se incurra en los libros de contabilidad. Los artículos 189 y 195 fijan los requisitos para la elaboración de las actas de las asambleas o juntas de socios y del libro de registro de accionistas.

CONSERVACIÓN DE LOS LIBROS DE COMERCIO

Pero la obligación legal de llevar libros de comercio no termina con los registros que se hacen en ellos. La ley también ha previsto la obligación de conservar los libros de comercio. La mayoría de las legislaciones establece la obligación de conservar los libros por un período de 10 años contados desde el último asiento registrado en ellos o desde la fecha del cierre de los mismos. El mismo principio está consagrado en el artículo 60 del C. de Co., pero el desarrollo del mismo conducirá, sin lugar a dudas, al establecimiento de una obligación de conservarlos **indefinidamente.** Esta conclusión es exacta si se tiene en cuenta que a continuación de la enunciación del principio comentado se añade que "transcurrido este lapso (1 O años), podrán ser destruidos por el comerciante, siempre que por cualquier medio técnico adecuado garantice su reproducción exacta". Por consiguiente, en la práctica la obligación de conservar los libros de comercio es totalmente indefinida. Durante 10 años siguientes a la fecha del último asiento o del cierre de los libros deberá **conservar los originales,** pasado ese término podrá destruirlos siempre que los reproduzca por un medio técnico adecuado, como sería la microfilmación, cumpliendo determinados requisitos. En esta forma la situación que va a afrontar el comerciante es mucho más gravosa que lo establecido en el viejo Código de Panamá. El nuevo Código de Comercio en esta materia se ha apartado de las modernas legislaciones, sin que aparezca clara la razón justificativa para ello y haciendo aún más pesada la obligación legal sobre la conservación de los libros de comercio sin beneficio conocido. Las prescripciones en el derecho mercantil son generalmente cortas, no se extienden de ordinario a períodos mayores de 10 años, por lo cual no es explicable que el comerciante deba conservar sus "libros y papeles" indefinidamente.

SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN LEGAL

El incumplimiento del comerciante de la obligación de llevar sus libros de comercio no está sancionado directamente en la ley comercial, salvo en el caso de las sociedades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, donde la ley autoriza la suspensión del permiso de funcionamiento (artículo 271, ordinal 2º) que puede llegar hasta la disolución de la sociedad en caso de no corregir la anomalía que haya dado origen a la suspensión, dentro del término fijado al efecto (artículo 276, ordinal 2º).

Es cierto también que desde el punto de vista fiscal sí se sanciona el incumplimiento de la obligación legal de llevar los libros de comercio (artículo 61, # 1366/67). Pero esta sanción mira únicamente al interés del Estado de determinar la base impositiva.

En la legislación mercantil se establecen conminaciones indirectas encaminadas a lograr que el comerciante cumpla con su obligación relacionada con los libros de comercio. Estas son las siguientes:

a) Solo los comerciantes que llevan regularmente su contabilidad pueden ser aceptados a la celebración del concordato preventivo facultativo como lo dispone el artículo 1912, ordinal 1º del C. de Co. Efectivamente, la disposición citada establece que el comerciante que haya suspendido o tema suspender el pago corriente de sus obligaciones comerciales podrá ser admitido a la celebración de un concordato preventivo, siempre que esté cumpliendo debidamente con sus obligaciones legales en cuanto a la contabilidad de sus negocios. El concordato preventivo potestativo es un beneficio que se concede al buen comerciante, a aquel que cumple debidamente sus obligaciones legales. Por ello, uno de los requisitos para ser admitido a dicha celebración consiste en el debido cumplimiento de su obligación sobre contabilidad mercantil.

b) Dentro del régimen penal de la quiebra se sanciona con prisión de 1 a 2 años al comerciante que no lleve libros de comercio. Esta pena se reduce a la mitad cuando a pesar de llevar dichos libros no los haya llevado regularmente dentro de los 3 años anteriores a la declaratoria de quiebra (artículo 1999 del C. de Co.).

c) La eficacia probatoria de los libros de contabilidad está supeditada al hecho de que se lleven conforme a las normas legales, según lo establece el artículo 70 del C. de Comercio.

LA CORRESPONDENCIA

Dentro de los libros y papeles del comerciante tiene una especial importancia la correspondencia relacionada con sus negocios. Por ellos la ley impone al comerciante la obligación de dejar copia de la correspondencia que dirija y de conservar la que reciba (artículo 54 C. de Co.). En esta materia se ha introducido una modificación importante en relación con la legislación anterior. De acuerdo con esta, uno de los libros obligatorios era el Copiador de Correspondencia, que en la práctica había sido sustituido por las copias de las cartas escritas por el comerciante. La evolución y perfeccionamiento en materia de correspondencia, especialmente la utilización de las copias al carbón, había venido a eliminar definitivamente el uso del libro Copiador. Es evidente la importancia que la correspondencia del comerciante, relacionada con sus negocios, tiene para obtener pruebas en los asuntos mercantiles como para reconstruir la conducta del comerciante en caso de insolvencia. Por ello la ley ha reconocido como una obligación del comerciante el conservar tanto la correspondencia que recibe como la que despacha. Sin duda alguna la finalidad perseguida por la ley al establecer esta obligación de los comerciantes se podía obtener más fácilmente por medio del libro Copiador de Correspondencia. Pero las prácticas comerciales habían recurrido a sistemas más expeditos y de más fácil realización que, además, consultan en mejor forma los requerimientos de la técnica de los negocios. El nuevo Código de Comercio vino a reconocer esas prácticas comerciales y a permitir, por lo tanto, que en esta materia los comerciantes se ajusten a las prescripciones legales.

OTROS LIBROS DE COMERCIO

Fuera de los libros y papeles que se dejan analizados la ley también establece la obligación a las sociedades de llevar libros de actas de las asambleas o reuniones de socios y en las sociedades por acciones el libro de registro de accionistas (artículo 195 C. de Ca.). El ordinal 7º del artículo 28 del nuevo C. de Ca. establece la obligación de registrar el libro de actas de las juntas directivas, sin que exista ninguna otra reglamentación al respecto.

Constituye efectivamente una deficiencia técnica que la reglamentación de estos libros especiales no se haya incluido dentro del título relativo a los Libros de Comercio, ya que tienen esa característica. En el proyecto que presentamos a la consideración del Gobierno se habían incluido todos los libros de comercio dentro del título que los reglamenta, con el objeto evidente de que lodos ellos quedaran sujetos a un mismo régimen legal.

Desafortunadamente, el Gobierno optó por el otro proyecto con modificaciones que vinieron a corregir sus claras deficiencias, pero que también hacen advertir la falta de unidad en sus disposiciones.

Pese a la circunstancia de que estos libros no hayan quedado incluidos dentro del Título IV del Libro Primero del Código de Comercio, se debe sostener que respecto a ellos rigen las mismas normas que consagra ese título, por las siguientes razones:

a) El artículo 38, ordinal 7º, establece que deberán inscribirse en el registro mercantil "los libros de contabilidad, los de registro de accionistas, los de actas de asambleas y juntas de socios, así como los de juntas directivas de sociedades mercantiles".

b) El artículo 39 reglamenta la obligación anterior y señala la forma como debe hacerse "el registro de los libros de comercio". Es decir, que incluye entre estos a los libros de actas y a los de registro de accionistas.

c) El artículo 49 determina que "para los efectos legales, cuando se hiciere referencia a los libros de comercio, se entenderán por tales los que determinare la ley como obligatorios".

d) El artículo 195 establece la obligación de llevar un libro registrado de actas de las reuniones de socios y un libro debidamente registrado para inscribir las acciones. Es decir, que los únicos libros obligatorios son los de actas de asambleas o juntas de socios y los de registro de accionistas.

Esta conclusión es de especial importancia por cuanto al quedar calificados como libros de comercio tendrán la eficacia probatoria que señala el título que los reglamenta y estarán sometidos a las reglas sobre reserva y exhibición de libros de comercio.

El artículo 361 obliga a las sociedades de responsabilidad limitada a llevar un libro de registro de socios, registrado en la Cámara de Comercio. Se trata de otro libro de comercio, pero no tiene utilidad práctica alguna, ya que conforme a lo previsto en el artículo 362 "la cesión de cuotas implicará una reforma estatutaria". Aquí se advierte una vez más la incongruencia de muchas de las disposiciones del nuevo Código de Comercio, como resultante de haber adoptado un proyecto haciéndole modificaciones o incrustaciones del otro proyecto, sin **beneficio de inventario.** El sistema del libro de registro de socios se justificaba y tenía plena aceptación mientras la cesión de los intereses sociales no fueran una reforma del contrato y, por lo tanto, pudieran consignarse en un documento auténtico. Según el sistema

adoptado los requisitos exigidos por la ley para las reformas del contrato social, especialmente su registro mercantil, sirven para la tradición de los intereses sociales y, así, el libro de registro cumplirá exclusivamente una función estadística, sin utilidad de ninguna naturaleza, ya que el registro público suministrará las mismas informaciones relacionadas con la propiedad de los intereses sociales.

RECAPITULACIÓN

Para concluir el estudio de este tema sobre los libros de comercio se pueden sintetizar las principales modificaciones introducidas por el nuevo Código de Comercio, así:

1ª Se ha establecido la libertad de contabilidad. Los comerciantes podrán llevar los libros que consideran adecuados para el registro de sus operaciones siempre que sean "en idioma castellano, por el sistema de partida doble" y que suministren "una historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante". En esta forma se ha eliminado la diferenciación que traía anteriormente la ley entre comerciantes al por mayor y al detal para imponer obligaciones más extensas a los primeros.

2ª Se han integrado dentro del sistema de la contabilidad los libros auxiliares "necesarios para el entendimiento" de los libros de comercio, lo mismo que los comprobantes de contabilidad y los comprobantes de los asientos de sus libros de contabilidad (arts. 51, 53 y 55).

3º Se ha establecido una obligación de conservar los libros y papeles de comercio durante un período de 10 años, contados desde el cierre de aquellos o la fecha del último asiento. Esta obligación consiste en conservarlos originales. Con posterioridad al vencimiento de ese término también hay obligación de conservarlos, con la facultad de destruirlos siempre que por cualquier medio técnico se garantice su reproducción exacta.

4ª Se han permitido los libros de hojas sueltas o las series continuas de tarjetas, siempre que unas y otras sean numeradas, rubricadas y registradas.

5ª Se ha establecido la obligatoriedad de los libros de actas y de registro de accionistas, debidamente registrados en las Cámaras de Comercio. Igualmente, deben registrarse los libros de actas de juntas

directivas y los de registro de socios en las sociedades de responsabilidad limitada.

6º Se ha eliminado el libro Copiador de Correspondencia, estableciendo en su lugar la obligación de conservar las copias de la correspondencia que despache el comerciante relacionada con sus negocios.

RESERVA Y EXHIBICIÓN DE LIBROS DE COMERCIO

Significado de los libros

Los libros de comercio sirven para registrar las operaciones realizadas por el comerciante, para guardar memoria de los hechos que en cualquier forma puedan influir en el estado de su fortuna o de su crédito. A diferencia del derecho romano, dentro de las legislaciones modernas los registros no son **pruebas literales,** sino medios para establecer la existencia de actos o contratos realizados por el comerciante. Los asientos en los libros muestran operaciones realizadas que lógicamente han tenido su origen en contratos o actos jurídicos. El asiento en los libros de comercio está mostrando las repercusiones que las operaciones tienen en la situación patrimonial del comerciante. Sin embargo, los libros de contabilidad se pueden dividir en libros de registro de movimientos y libros de presentación de situación. Los hechos que pueden dar lugar a la demostración de la existencia de una relación contractual surgen preferentemente de los libros de registro de movimientos. En los libros de presentación de situación tan solo se podrá evidenciar el resultado de tales hechos en el patrimonio del comerciante. Por ello, Garrigues establece la comparación entre una fotografía (el balance y el inventario) y una película (los libros diario y mayor) (6).

Pero si Este es el significado de los libros de comercio, medios para demostrar hechos originados en actos jurídicos o contratos, en cambio los comprobantes o papeles del comerciante, hoy integrados totalmente al sistema contable conforme a las nuevas disposiciones, sí vienen a constituir las pruebas literales, en cuanto son documentos privados que contienen obligaciones, como el caso de las facturas, los conocimientos de embarque, las cartas de porte, los distintos contratos celebrados por el comerciante, etc.

Por ello la importancia que desde el punto de vista probatorio ofrecen los libros y papeles de comercio.

Derecho a la reserva

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 38 de la Constitución Nacional, el comerciante tiene derecho a la reserva sobre sus libros y papeles de comercio, que solo puede romperse para efecto de producir pruebas judiciales, para la tasación de los impuestos y en el caso de intervención del Estado.

Como lo anota J. G. Pinzón, la "reserva representa una garantía importante para el individuo y es, a un mismo tiempo, el mejor estímulo de la buena contabilidad, ya que en tal forma el comerciante no puede encontrar en una fácil publicidad o divulgación del contenido de sus libros un obstáculo o dificultad para hacer en ellos un registro exacto de sus operaciones" (7).

El desarrollo de este principio o garantía constitucional aparece en los artículos 61, 62 y 63 del C. de Co. De acuerdo con ellos, los libros y papeles del comerciante no podrán ser examinados por personas distintas de sus propietarios o de las personas autorizadas al efecto. Los funcionarios judiciales y administrativos solo podrán exigir la presentación de los libros y papeles de comercio para los fines expresados en la Constitución Nacional, obtención de pruebas, tasación de impuestos y control o intervención de sociedades.

Exhibición y comunicación

Los autores de derecho comercial distinguen entre la exhibición y la comunicación. La diferencia entre una y otra se refiere no solo al modo de practicarla sino también a los casos en que puede ser decretada. La exhibición se contrae exclusivamente a los libros y documentos que se quieran examinar y se debe decretar a petición de parte legítima. En cambio, la comunicación se refiere a todos los libros del comerciante y puede decretarse de oficio o a petición de parte.

La exhibición puede ser solicitada en cualquier caso de conflicto o controversia con un comerciante, mientras que la comunicación solo es procedente en los casos de quiebra y de liquidación de sucesiones, comunidades y sociedades legales o convencionales.

Entre nosotros no se habla de comunicación sino de exhibición general en contraposición con la exhibición parcial. Los principios enunciados tienen su reglamentación en los artículos 64, 65 y 66 del Código de Comercio.

Si el comerciante se niega a la exhibición decretada no es posible seguir un proceso de ejecución para obligarlo a presentar los libros, pero la ley (art. 67) establece que en esos casos se considerará, como probados los hechos que se pretendían demostrar, siempre que sea admisible para ellos la confesión. En esta parte existe una clara incongruencia en el Código al no establecer una distinción de los asuntos entre comerciantes y entre un comerciante y otra persona que no tenga esa calidad. Porque cuando se trata de asuntos entre comerciantes el ordinal 5º del artículo 70 establece que si una parte no presenta sus libros se decidirá conforme a los libros de la contraparte, siempre que estén ajustados a las prescripciones legales, sin admitir prueba en contrario. Por ello, el artículo 67 comentado no podrá tener aplicación sino exclusivamente en los casos en que una de las partes no sea comerciante.

El derecho de inspección

Una figura jurídica diferente a la exhibición consiste en el derecho que se reconoce a los socios para inspeccionar los libros de la sociedad. Los socios tienen un interés en la marcha de la empresa, forman parte de la sociedad y en consecuencia no habría razón alguna para impedirles ejercer una inspección o examen de los libros de contabilidad. En cierta forma son dueños, al menos en una cuota o interés social, de la empresa social y, por lo tanto, debe permitírseles conocer y examinar los libros sociales. Este derecho está reconocido expresamente en el código de una manera general en el segundo inciso del artículo 61 y especialmente en las siguientes disposiciones: el artículo 314, que reconoce ese derecho, sin limitación alguna, a los socios colectivos, hayan o no delegado la administración; el artículo 328, que reconoce el mismo derecho a los socios comanditarios, siempre que no tengan un establecimiento o formen parte de una sociedad dedicados a las mismas actividades; el artículo 369, que reconoce el derecho a los socios de las sociedades de responsabilidad limitada, y el artículo 379, ordinal 4º, que reconoce ese derecho a los accionistas en la sociedad anónima, limitado en cuanto a su ejercicio a los 15 días hábiles anteriores a la reunión de la asamblea que vaya a ocuparse del estudio del balance y de las cuentas de los administradores.

EFICACIA PROBATORIA

El valor probatorio de los libros y papeles del comerciante está regulado por las siguientes disposiciones:

A) La indivisibilidad de los libros

La indivisibilidad de los libros del comerciante es una consecuencia de considerar los asientos registrados en ellos como una confesión extrajudicial. Es evidente que cuando el comerciante verifica sus registros en los libros no lo hace con el objeto de preconstituir una prueba a su favor, sino simplemente con la finalidad de dejar una historia fidedigna de las operaciones realizadas y de los resultados de las mismas. Por ello, esos registros no van a referirse exclusivamente a derechos a favor del mismo comerciante, sino que también incluirán obligaciones a su cargo. Por estas razones se equiparan esos registros a una confesión y lógicamente es necesario reconocerle la misma característica: su indivisibilidad. La contraparte no podrá aceptar únicamente aquello que la beneficie y rechazar lo que la perjudique. Si se aceptan los libros será necesario aceptarlos en su integridad, a menos que se demuestre fraude en sus registros o en aquellos que sean perjudiciales para la contraparte. Este principio está reconocido en el artículo 72 del Código de Comercio.

B) Conflictos entre comerciantes

En este caso es necesario distinguir dos clases de conflictos: de carácter civil y de carácter comercial. En el primer caso, en asuntos civiles, solo tendrán valor en contra del comerciante, a menos que la contraparte los rechace en lo que le sea desfavorable, ya que se rompería el principio de la indivisibilidad de los libros. En tal supuesto los libros no tendrían ningún valor, ni siquiera contra el mismo comerciante.

En los asuntos mercantiles, conforme al artículo 70 del C. de Co., se siguen las siguientes reglas:

1º Si ambos comerciantes llevan sus libros y estos se encuentran ajustados a las prescripciones legales y existe una concordancia entre los asientos tendrán plena eficacia probatoria.

2º Si a pesar de estar correctamente llevados los libros de ambos comerciantes no concuerdan en sus registros, tendrán pleno valor en contra del comerciante, como desarrollo del principio de que constituyen una confesión.

3º Si los libros de una de las partes están correctamente llevados y los de la otra no, se estará a lo que aparezca en los libros ajustados a la ley, quedando el derecho a la contraparte para aducir plenas pruebas que vengan a desvirtuar su contenido.

4º Si una de las partes lleva libros correctamente y la otra no los lleva o no los presenta, se estará a lo que aparezca en los libros presentados, sin admitir prueba en contrario.

5º Si los libros de las partes no se ajustan a la ley se prescindirá de ellos y se tornarán en cuenta solo las demás pruebas que se produzcan en el juicio.

C) Conflictos con una persona no comerciante

En estos casos también hay que distinguir los conflictos sobre asuntos mercantiles y los que no tengan ese carácter. En cuanto a los primeros, los libros del comerciante solo constituirán un principio de prueba en favor del mismo que debe ser completado dentro del proceso, como lo establece el artículo 69. Sin embargo, dichos libros sí prestarán mérito contra el comerciante, según los principios enunciados anteriormente.

En asuntos civiles los libros y papeles solo tendrán valor contra el comerciante, a menos que la contraparte rompa la indivisibilidad de la prueba rechazando lo que sea desfavorable (art. 69).

D) Doble contabilidad

Cuando se establezca que un comerciante lleva doble contabilidad se le equipara al que no lleva y sus libros solo probarán en su contra, según lo previsto en el artículo 74. Naturalmente que al haber establecido el Código que todos los comprobantes de las operaciones y de sus registros forman parte de la contabilidad y que debe existir una completa armonía entre unos y otros, se está poniendo una cortapisa o impedimento para que el comerciante pueda llevar una doble contabilidad, ya que no solo requeriría un doble juego de libros, sino además un doble juego de comprobantes de los registros. Desafortunadamente en el Código se eliminó la sanción penal para una práctica de esta naturaleza. En el proyecto que presentarnos al Gobierno se había equiparado esta falta a la falsedad en documento privado, con lo cual se venía a sancionar penalmente el fraude del comerciante. En la regulación que se estableció la única sanción consiste en que el comerciante no pueda invocar los libros y papeles en su favor, con lo cual se olvidó uno de los aspectos que con mayor énfasis destacan las modernas legislaciones, como es el llamado derecho penal de los negocios, la sanción penal a la mala fe del comerciante.

LUIS CARLOS NEIRA ARCHILA

(1) G. Ripert. Derecho Comercial.

(2) J. Rodríguez R. Curso de Derecho Mercantil

(3) C. Vivante. Derecho Mercantil.

(4) E. Langle. Manual de Derecho Mercantil Español.

(5) L. Bolaffio. Derecho Comercial. Parte General.

(6) J. Garrigues. Tratado de Derecho Mercantil.

(7) J. G. Pinzón. Derecho Comercial.

LUIS CARLOS NEIRA ARCHILA es abogado, especializado en Derecho Mercantil. Ha sido catedrático de la materia en la Pontificia Universidad Javeriana. Autor del libro "Contabilidad. Teoría y Funcionamiento", editado por Editorial Temis. Ha desempeñado diversos cargos en la Superintendencia de Sociedades Anónimas. Participó en la revisión del Código de Comercio.

El Contrato de Seguro en el nuevo Código de Comercio (D. L. Nº. 410 de 1971)

POR J. EFRÉN OSSA G.

El Título V del Libro 4º del nuevo Código de Comercio versa sobre el Contrato de Seguro.

Un examen panorámico de las normas constitutivas de este título permite deducir, tras su confrontación con las normas vigentes, que la reforma estuvo inspirada en cinco criterios, finalidades u objetivos, cuya coherencia no ofrece duda.

Tales criterios pueden enunciarse de este modo:

1º La necesidad de poner al día, armonizándola con las leyes modernas y con la doctrina que las desarrolla o interpreta, una legislación que, como la relativa al Contrato de Seguro, basada, igual que el resto del Código de Comercio, en el correspondiente estatuto del Estado Soberano de Panamá de 1869, un siglo después resulta naturalmente anacrónica.

2º La conveniencia de adoptar normas legales que, concebidas como instrumento de protección de los derechos del asegurado, favorezcan el desarrollo del seguro como mecanismo de previsión.

3º La conveniencia de precisar las sanciones que apareja la inobservancia de las obligaciones que antes del contrato, a través de su vigencia y con ocasión del siniestro, contrae el asegurado. Y la de definir los efectos legales de otros hechos que pueden registrarse durante la vida de la convención. Criterio este saludable, fecundo, si se tiene en cuenta que el estatuto vigente consagra sanciones equívocas en cuanto a sus efectos, que, por lo mismo, constituyen factor de confusión en la praxis del contrato.

4º La conveniencia de rodear de seguridad la persona del asegurado en los seguros de personas y tutelar mejor sus derechos.

5º La conveniencia de incorporar en la ley normas contractuales de tradicional aceptación en el mercado nacional de seguros.

Enfocada nuestra atención al examen del primer criterio, que es sin duda la espina dorsal de la reforma, debemos subrayar que él se traduce en (1) una nueva concepción del riesgo asegurable, (2) una nueva concepción del interés asegurable, (3) un nuevo enfoque sobre los vicios del consentimiento del asegurador, (4) mayor precisión de los derechos del beneficiario en los seguros de personas, (5) una nueva formulación de la prescripción extintiva de las acciones derivadas del contrato de seguro o de las normas que lo rigen, y (6) un régimen especial de excepciones al principio de la autonomía de la voluntad.

1. NUEVA CONCEPCIÓN DEL RIESGO ASEGURABLE

En el Código de Comercio vigente "se entiende por riesgo la eventualidad de todo **caso fortuito** que pueda causar la pérdida o deterioro de los **objetos** asegurados" (artículo 635, inciso 2º). Concepción sin duda anacrónica, a la luz de las modernas doctrinas sobre el contrato de seguro, pero coherente y armónica dentro del articulado del Título VIII del Código de Comercio. Tanto que el asegurador contrae la obligación de pagar la pérdida o daño provenientes "del caso fortuito que hubiere tomado a su cargo" (artículo 674). Y que, en desarrollo de ella, "el siniestro se presume ocurrido por caso fortuito" (artículo 663), lo que indica que si la causa de aquel está exceptuada del amparo, corresponde al asegurador la carga de la prueba.

Lógicamente, como el caso fortuito es la negación de la culpa, al asegurador "le es prohibido constituirse responsable de los hechos personales del asegurado" (artículo 676, inciso 2º), de donde se infiere que, a la luz de la legislación vigente, es inasegurable la culpa directa. Es asegurable, con todo, la culpa indirecta, dentro de una recta interpretación del mismo texto legal, si la norma de su inciso 2º se interpreta en función de lo dispuesto en el inciso 1º.

La inasegurabilidad de la culpa directa admite excepciones en el **seguro de incendio,** toda vez que es lícito el seguro contra "el recurso de vecino o contra los riesgos locativos" (artículo 707), y lo es el de la culpa directa del asegurado, leve o levísima, en ningún caso el de la culpa grave, a juzgar por el texto del ordinal 1º del artículo 708.

Es de notar, en fin, que no existe ninguna regulación sobre el Seguro de Responsabilidad Civil, omisión lógica si se considera que, según nuestras normas legales y la doctrina prevaleciente de nuestros tribunales y civilistas, ella se basa en la culpa, directa o indirecta, probada o presunta.

Como se ve, el derecho vigente, en materia de riesgo asegurable, consagra un principio y le introduce unas excepciones, pero dentro de un

esquema consistente, armónico. Se puede afirmar, en síntesis, que solo son asegurables el **caso fortuito** y algunos eventos más.

Muy otra es la orientación, a este respecto, del nuevo Código de Comercio. A tal punto que, de antemano, podría sentarse el principio contrario: todo es asegurable, excepto algunos casos. En efecto: el riesgo se define como "el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador" (art. 1054).

O sea, en otros términos, que lo único que escapa al ámbito del riesgo es el acto vinculado a la voluntad del asegurado mediante una dependencia exclusiva. Y que puede tener ese carácter, el carácter de riesgo, conforme al principio incorporado en la nueva legislación, el hecho resultante de la voluntad conjunta del asegurado y de un tercero, o el que deriva de esa misma voluntad y de una circunstancia casual. El matrimonio, v. gr., o el nacimiento de un hijo, para poner dos ejemplos, por no ser casos fortuitos, no constituirían riesgo ni podrían, por tanto, ser asegurables dentro de la ley vigente. Ni podría serlo la responsabilidad civil que, por tener su origen en la culpa, es incompatible con el caso fortuito. Frente a la nueva, por no depender **exclusivamente** de la voluntad del asegurado, constituyen riesgos y son asegurables. La doctrina conoce, en otros países, los seguros de nupcialidad y natalidad, y –claro está– los de responsabilidad civil, cuya licitud resulta incuestionable a la luz de las nuevas tendencias incorporadas en nuestra legislación.

Naturalmente que el orden público y la moral exigen delimitar, a través de otros conceptos, el ámbito del riesgo legalmente asegurable. Se explica así el principio consignado en el artículo 1055, según el cual son inasegurables el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos. Se deduce, entonces, que con tal que no tengan el carácter de graves (art. 63, inciso 2º del Código Civil), y como tales equivalentes al dolo, son asegurables las culpas directas o indirectas del asegurado. Por lo cual nada obsta legalmente a que, en todos los ramos, el asegurador se obligue a responder por la pérdida consecuencial al siniestro, aunque este haya sido causado por culpa leve o levísima del asegurado o, desde luego, por la culpa de sus dependientes o empleados. Aún más: cuando el nuevo Código dispone (art. 1099, inciso 2º) que el asegurador puede ejercer la subrogación contra las personas cuyos actos u omisiones obligan la responsabilidad del asegurado si, por dolo o culpa grave, han causado el siniestro, implícitamente está afirmando, en esta hipótesis, la responsabilidad del asegurador frente al asegurado.

El nuevo Código, en fin, como lógica derivación de estos principios, ofrece una regulación del seguro de responsabilidad civil (art. 1127 y ss.) para

delimitar los confines de este moderno tipo de amparo que, aun como seguro obligatorio, gana cada vez más terreno en las comunidades civilizadas.

2. NUEVA CONCEPCIÓN DEL INTERÉS ASEGURABLE

Que por razones de método, y porque responde a distintos contenidos conceptuales, conviene examinar en su doble proyección sobre los seguros de daños y los seguros de personas:

A. En los seguros de daños

La concepción vigente del interés asegurable está centrada fundamentalmente en el **objeto** asegurado (art. 642, inciso 2º). Por lo cual, y a título de ejemplos, este texto atribuye interés asegurable al propietario, al copartícipe, al fideicomisario, al usufructuario, al arrendatario, al acreedor, al administrador de bienes ajenos, o a quien esté investido de otra calidad cualquiera "que lo constituya interesado en la conservación del **objeto asegurado".** Esta concepción armoniza con la definición del seguro (art. 634), en que la noción de **objeto** se destaca, asimismo, como elemento esencial. Significa, pues, el interés asegurable una relación directa entre su titular y el objeto en que está radicado. Por lo cual, y en desarrollo del principio consignado en el artículo 642, el 646 agrega que "pueden ser aseguradas todas las cosas corporales o incorporales...". Es evidente que, v. gr., el derecho del usufructuario, por ser real, y no obstante su carácter de bien incorporal, radica sobre un objeto, el objeto mismo del derecho de usufructo. Por tratarse de una relación directa, aun en el caso de la persona interesada en la conservación del objeto asegurado, como puede ser el arrendatario o el administrador, escaparía al concepto de interés la relación indirecta, tanto más cuanto que la cosa asegurable debe existir al tiempo del contrato (art. 646, inciso 1º). De ahí que no puedan ser materia de seguro "las ganancias o beneficios esperados" (id. 1º).

Es verdad que la Ley 27 de 1888 (art. 10) hace asegurables "la utilidad imaginaria o la comisión", en el seguro de transportes. Y que la Ley 225 de 1938 (art. 1º) autoriza los seguros de manejo y cumplimiento. Pero estas leyes se hicieron necesarias precisamente por la estrechez del concepto de interés asegurable en el Código de Comercio.

El principio de la indemnización se halla concebido, de otro lado, en forma inflexible (art. 641). A tal punto que, a nuestro juicio, el seguro de **"valor a nuevo"** no tiene cabida en la actual legislación.

Algunos textos (arts. 657, 658 y 664) abren el cauce al seguro de **valor admitido,** con precauciones cuya inequívoca finalidad es la de preservar, a todo trance, el carácter indemnizatorio del contrato.

Coherente con el principio de la indemnización, aunque inspirado en un concepto anacrónico, es el principio que recoge el artículo 677 del Código vigente, en virtud del cual el asegurador puede exigir del asegurado "cesión de los derechos que por razón del siniestro tenga contra terceros" (inciso 1º) y demandar daños y perjuicios a los autores del siniestro, en su carácter de interesado en la conservación de la cosa asegurada" (inciso 2º). Nadie podría sostener hoy que el asegurador, que ha percibido una prima que se supone adecuada a la extensión del riesgo, y que en virtud del contrato ha contraído la obligación de resarcir la pérdida derivada del siniestro, pueda considerarse sujeto pasivo de daños y perjuicios con ocasión del mismo siniestro.

La reforma ofrece, respecto del **interés asegurable** y de sus proyecciones, soluciones distintas:

a) Adopta una concepción mucho más amplia cuando dispone (art. 1083) que "tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo" y que "es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero". Así concebido, se elimina de la noción de interés asegurable la necesidad de una relación directa entre su titular y un objeto, y se abre el paso a los seguros que tienen como fin preservar la integridad del patrimonio, como conjunto de derechos y obligaciones, y su estabilidad como generador de nuevos ingresos. El patrimonio se preserva, a través del seguro, por la posibilidad que este ofrece de compensar la eventual disminución del activo o el eventual aumento del pasivo. Y se preserva no solo en cuanto elemento estático, sino como factor dinámico de la economía. Por lo cual, a la luz de este nuevo concepto, no encuentran obstáculo de carácter legal los seguros de responsabilidad civil, enderezados a compensar eventuales erogaciones derivadas de las culpas contractuales o extracontractuales, ni los seguros de lucro cesante, cuyo objeto es mantener el nivel razonable de los rendimientos del patrimonio vinculado a la producción, al ahorro o al goce.

Por lo cual se concibe, con alguna elasticidad, el principio de la indemnización (art. 1088) cuando se establece que esta podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, debiendo este ser objeto de acuerdo expreso, y cuando se admite la posibilidad de que el asegurador indemnice según el valor de reposición o de reemplazo del bien asegurado (art. 1090), que es lo que la doctrina conoce como seguro de **"valor a nuevo".**

Se mantiene sí (art. 1089) la necesaria cautela para evitar excesiva laxitud en la aplicación del principio de la indemnización. Así se explica que el acuerdo expreso, formal, sobre el valor del interés asegurado (art. 1089, inciso 2º). se tenga como una mera presunción legal que, por lo mismo, admite prueba en contrario. Pero, a modo de innovación, que consulta la equidad y la justicia, se dispone, en la hipótesis anterior, que el asegurador en ningún caso podrá probar infraseguro para prevalerse de la regulación proporcional de la pérdida indemnizable.

Finalmente, se consagran (arts. 1096 a 1101) normas más completas, mejor fundadas, sobre la subrogación a que el asegurador tiene derecho, por el solo ministerio de la ley, en las acciones del asegurado contra los responsables del siniestro. Pero se precisa que el asegurador no podrá intentarla en los casos en que el asegurado mismo, aun desprovisto de la protección del seguro, se considere moralmente inhabilitado para ejercer tales acciones. Tal por ejemplo el caso en que el responsable del siniestro sea pariente suyo en línea directa, colateral dentro del segundo grado civil de consanguinidad, padre adoptante, hijo adoptivo o cónyuge no divorciado (art. 1099, inciso 1º).

Naturalmente que no es esta una patente para el dolo o la culpa grave, y de ahí la regulación del inciso 2º del mismo artículo, según el cual la subrogación es viable si la responsabilidad personal del dependiente o del colateral o consanguíneo o de las demás personas indicadas proviene de actos ilícitos de ese género.

Hay también lugar a su ejercicio por parte del asegurado, si esa responsabilidad está protegida mediante otro contrato de seguro, pero dentro de sus límites y condiciones.

Se adopta, en fin, como principio (art. 1101), el de que la indemnización ocupa el lugar de la cosa hipotecada o dada en prenda para que sobre ella queden radicados los correspondientes derechos reales del acreedor. Lo mismo se dice respecto de los derechos de retención y del embargo o secuestro judiciales. Distinta solución consagra en su artículo 679 el Código de Comercio vigente, según el cual, en tales hipótesis, no se produce la subrogación. Tan solo se establece, para el seguro de incendio, la posibilidad de un acuerdo entre el asegurado y el acreedor, que obliga al asegurador, llegado el caso, a ajustarse a sus términos.

B. En los seguros de personas

en el Código de Comercio vigente la existencia de un **interés** es elemento esencial para la validez del seguro sobre la vida de un tercero (art. 693),

interés que debe ser actual y efectivo. Dicho seguro, con tal que exista el interés, "puede realizarse sin noticia y consentimiento de la persona cuya vida es asegurada" (art. 694).

Como se advierte, el concepto de interés, en esta clase de seguros, es vago y confuso. No se determinan sus límites. Ha sido necesario que estos se definan a través de elaboraciones de tipo doctrinario.

La norma citada del artículo 694 puede prestarse, además, a peligrosas especulaciones y comprometer la seguridad de la persona del asegurado.

La reforma exige, en los seguros individuales sobre la vida de un tercero, dos requisitos para su validez: el interés asegurable en cabeza del suscriptor y el consentimiento del tercero. Y define (art. 1137, inciso 2º) el ámbito del interés, al decir que toda persona lo tiene en la vida de aquellos a quienes legalmente pueda reclamar alimentos y (3º) "en la de aquellas cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico".

El consentimiento, que se erige como una garantía del asegurado, ha de ser escrito y otorgarse por la persona sobre cuya vida se celebra el contrato, con indicación del valor del seguro y del nombre del beneficiario. Todo lo cual está denotando que no es viable el seguro individual sobre la vida de los menores impúberes, ni sobre la de los dementes, toda vez que unos y otros son incapaces absolutos.

Como a través de todo el Título V del Libro Tercero del Código de Comercio, y más concretamente de su capítulo III relativo a los seguros de personas, le Ley colombiana toma partido sobre el carácter no indemnizatorio de esta clase de seguros, es apenas lógico que no haya subrogación a favor del asegurador cuando la muerte o la lesión provengan del acto ilícito de un tercero (art. 1139). Lo que, en otras palabras, significa que la prestación derivada del seguro y la indemnización derivada de la ley son acumulables. Solución que además es lógica si se tiene en cuenta que la primera corresponde a una contraprestación de la prima y la segunda a un derecho independiente en su origen, en su fundamento y en sus fines.

3. NUEVO ENFOQUE DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO DEL ASEGURADOR

El Código vigente (art. 680) impone al asegurado la obligación de "declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos". Y sanciona con la

rescisión (art. 681, numeral 1º) las declaraciones falsas o erróneas o las reticencias del asegurado que tengan relevancia respecto de la aceptación del riesgo o de su evaluación. Dispone, en fin (art. 682), que, de pronunciarse la nulidad por dolo o fraude del asegurado, se adeuda no obstante la prima.

El nuevo Código distingue, según su origen, los casos de inexactitud o reticencia. Consagra (art. 1058, incisos 1º y 2º), como principio general, el de que la reticencia o la inexactitud del asegurado sobre hechos o circunstancias que hubieran podido determinar la no aceptación del seguro o la imposición de condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del contrato. Pero distingue si la declaración precontractual se hace con sujeción a un cuestionario propuesto por el asegurador (inciso 1º) o si se hace espontáneamente por el asegurado (inciso 2º). En el primer caso, las circunstancias omitidas o falseadas se evalúan en su proyección sobre la totalidad del riesgo, esto es, sobre el riesgo físico y sobre el riesgo moral. En el segundo, se califican solo en su proyección sobre el riesgo físico. En cuanto signifiquen su agravación **objetiva,** dice la ley, producen el mismo efecto legal, esto es, la nulidad relativa del contra to. En un caso u otro, se supone una infracción deliberada de la obligación precontractual de declarar el estado del riesgo.

En cambio, si la inexactitud o la reticencia provienen de **error** inculpable del tomador, la sanción ya no gravita sobre el contrato, para despojarlo de todos sus efectos, sino sobre la indemnización, en caso de siniestro, para reducirla en la proporción que la tarifa o la prima estipulada guarden con respecto a la tarifa o la prima adecuadas al riesgo real. En otros términos: la sanción guarda relación muy estrecha con la magnitud del error. Es tanto más benigna cuanto menos grave sea el error desde el punto de vista de la evaluación técnica del riesgo. Si, para poner un ejemplo, como consecuencia del error inculpable se ha estipulado una tarifa de cien sobre un riesgo que, técnicamente evaluado, vale doscientos, esto es, dos veces más, la prestación asegurada se reduce en la mitad. La indemnización es a la pérdida, lo que la prima estipulada es a la prima real.

Es esta una fórmula concebida para favorecer los intereses del asegurado que, en la celebración del contrato, al declarar los hechos o circunstancias determinantes del estado del riesgo, ha actuado de buena fe exenta de culpa. Y que a la vez consulta el equilibrio contractual.

Se dispone, de otra parte (art. 1058, inciso 3º), que no hay lugar a ninguna de las sanciones, ni a la nulidad relativa, ni a la reducción proporcional de la prestación asegurada, si el asegurador ha tenido o debido tener

conocimiento de los hechos o circunstancias falseados u omitidos, antes de celebrarse el contrato, o si ya celebrado este, los ha subsanado o aceptado expresa o tácitamente.

Otra norma que, a este respecto, tiene trascendencia, y que constituye una innovación frente al estatuto que rige en la actualidad el contrato de seguro, es la que regula la incidencia de estas sanciones sobre los seguros colectivos, esto es, sobre aquellos que versan sobre un conjunto de personas o intereses debidamente identificados (art. 1064).

Considera que estos actos son divisibles, que en tales seguros se da un conjunto plural de relaciones y que, por tanto, y por regla general, la nulidad o la reducción proporcional de la prestación asegurada puede incidir sobre una sola de ellas, la que se estime afectada por el vicio de la voluntad del asegurador, y dejar subsistentes, como fuentes de derechos y obligaciones, todas las restantes.

Desde luego, y conforme al inciso 2º del citado artículo 1064, aun siendo colectivo, el seguro se toma como una unidad, si entre los intereses o personas a que se contrae existe una comunidad tal que constituyan un solo riesgo a la luz de la técnica aseguradora.

4. DERECHOS DEL BENEFICIARIO EN LOS SEGUROS DE PERSONAS

La legislación vigente, al menos la relativa al contrato de seguro, adolece de orfandad de disposiciones que permitan estructurar el concepto de beneficiario, asignarle una u otra calidad según el origen de su designación, precisar sus derechos, etc. Tan solo el artículo 693 (inciso 2º) hace mención, aunque sin asignarle ese nombre, al beneficiario a título oneroso. Y el 699 (numeral 2º), además, al beneficiario a título gratuito. Ha sido necesario, a través de meras deducciones doctrinarias, definir las dos clases de beneficiario y, sobre todo, intentar una definición de sus derechos en el seguro de vida o de accidentes, precisar en qué momento surgen, y cómo se concilian con los derechos del asegurado, si es que este tiene alguno. Porque no ha faltado, en la doctrina, quien considere que, aceptada por el beneficiario su designación, el asegurado carece de todo derecho en el seguro respectivo.

Es, precisamente, lo que tiene de innovadora la nueva legislación sobre el contrato de seguro, en el capítulo relativo a los seguros de personas.

Allí se define (art. 1141) como beneficiario a título gratuito "aquel cuya designación tiene por causa la mera liberalidad del tomador". Y, por exclusión, al beneficiario a título oneroso (íd.). Y se presume el carácter gratuito de la designación, en defecto de cláusula en contrario. Se dispone (art. 1142) que, a falta de beneficiario, o si su designación se ha hecho ineficaz, son beneficiarios supletivos, por partes iguales, el cónyuge del asegurado y sus herederos. Es esta una interpretación legal de la voluntad presunta del asegurado. E igual norma se aplica cuando aparezcan genéricamente designados como beneficiarios los herederos del asegurado. No importa que esta definición no sea del todo conforme a las normas pertinentes del Código Civil.

Se regula, además, la hipótesis de la conmoriencia del asegurado y del beneficiario, para definir que, si la designación de este ha sido a título gratuito, el seguro corresponde al cónyuge y a los herederos del asegurado y si, a título oneroso, a los herederos del beneficiario (art. 1143).

Se consagra el principio según el cual el beneficiario a título gratuito solo tiene, mientras vive el asegurado, una mera expectativa en el seguro celebrado a su favor (art. 1148). Por lo cual su derecho nace tan solo al producirse el fallecimiento del asegurado. Pero se agrega que, y este sería un caso de indignidad similar al que consagra para los herederos y legatarios el Código Civil, el beneficiario no tiene derecho a reclamar el seguro si, como autor o como cómplice, en forma intencional e injustificada, ha provocado la muerte del asegurado o atentado gravemente contra su vida (art. 1150).

No hay duda de que son éstas normas fundamentales, así se limiten a recoger conclusiones que, por vía puramente deductiva, había elaborado la doctrina o venían siendo aplicadas por los aseguradores en la ejecución de los seguros de vida. Es entendido que ellas operan no tan solo en esta clase de seguros sino, genéricamente, en los seguros de personas, o sea que se extienden aun a los llamados seguros de accidentes personales.

5. NUEVA FORMULACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

En el Código vigente, la prescripción de las acciones derivadas del seguro terrestre, excepto el de transportes, opera por el transcurso de diez años, si ejecutivas, y por el de veinte años, si ordinarias (art. 692, Código de Comercio y 2536, Código Civil). Son términos que no se compadecen con la necesidad que tienen las empresas de seguros de un razonable grado de

consolidación de sus estados financieros. No conviene, en otros términos, a la economía de tales empresas, ni a la comunidad usuaria de sus servicios, la indefinición, por un lapso demasiado amplio, de presuntas obligaciones sujetas a las contingencias de un eventual proceso judicial.

Hacía falta, así mismo, una norma inequívoca respecto de la inflexibilidad de los términos de prescripción.

A la solución de estos problemas se orienta el nuevo Código en el título relativo al contrato de seguro cuando (art. 1081) consagra para las acciones derivadas del contrato de seguro, o de las normas que lo rigen, y ésta es también una saludable innovación, dos clases de prescripción: la ordinaria, de dos años, que corre desde el momento en que el interesado ha tenido o debido tener conciencia del hecho que da base a la acción, y la extraordinaria, de cinco años, que corre contra toda clase de personas, y se cuenta desde el momento en que nace el derecho respectivo.

De otro lado, se dispone, categóricamente, que los términos de prescripción antes indicados no pueden modificarse por voluntad de las partes.

De este modo, queda claro que los términos breves de prescripción, que no faltan en tal cual póliza de seguros, y que constituyen al menos un expediente que dilata el pago de las indemnizaciones, son abiertamente contrarios a la ley.

6. RESTRICCIONES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Tal vez la norma más avanzada del nuevo régimen legal del contrato de seguro es el artículo 1263 del Código de Comercio. Su finalidad esencial es la de proteger al asegurado, a quien hay que suponer la parte débil del contrato, contra cláusulas abusivas, leoninas, que eventualmente pudieran consignarse en las pólizas y que, a la sombra del principio de la autonomía de la voluntad, pudieran ser legalmente inobjetables.

Hay normas que, por su naturaleza, o por su texto, son imperativas y que, por tanto, no pueden ser derogadas o modificadas por la convención. Cuando se dice, v. gr., que el seguro es un contrato solemne (art. 1036) y que se perfecciona "desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza" (íd. inciso 2º), es obvio que las partes no pueden volverlo consensual. Cuando se dice que sus elementos esenciales son el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima y la obligación condicional del asegurador (art. 1045), ninguno de tales elementos podrá, por la voluntad de las partes, desecharse o subestimarse en el contrato. Ni podrá este celebrarse a es-

paldas del principio de la indemnización, cuyo fundamento estriba en el orden público que exige que el seguro no sea ni se convierta en peligroso vehículo de especulación (art. 1088).

Pero, además, hay otras normas que se conciben para proteger los derechos del asegurado que, de buena fe, y mediante el pago de una prestación, con el fin de preservar su patrimonio de los azares que lo amenazan, se ha acogido a la institución del seguro. La nueva legislación ha querido tutelar tales derechos, evitar que puedan ser conculcados mediante la aplicación de un clausulado más o menos ingenioso, y por eso ha dispuesto que algunas de sus normas sean **inmodificables** por la convención y que algunas otras solo sean susceptibles de modificarse "en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario".

Ejemplos de las primeras son el artículo 1058 (inciso 1º), que consagra las sanciones para los casos de inexactitud o reticencia provenientes de dolo en la declaración de asegurabilidad; el 1065, que provee a la disminución de la prima en caso de disminución del riesgo el 1075; que virtualmente exime al asegurado de la obligación de avisar el siniestro, si el asegurador ha intervenido en las operaciones de salvamento o de comprobación de la pérdida; el 1089, que, en la hipótesis de acuerdo formal sobre el valor del interés asegurado, invierte a favor del asegurado la carga de la prueba y lo redime de la eventual aplicación de la regla proporcional en el caso de pérdida parcial. Hay otros artículos que tienen igual carácter y que se omiten en aras de la brevedad que exige este ensayo.

Ejemplos de la segunda clase, que por tanto solo podrían modificarse a favor del asegurado o del beneficiario, son el inciso 2º del artículo 1058, que sanciona el error inculpable con la reducción de la prestación asegurada y no con la nulidad relativa del contrato; el 1067, que ordena el pago de la prima en el domicilio del asegurador o en el de sus representantes o agentes; el 1068, que sanciona, con la terminación, la mora en el pago de la prima; el 1071, que consagra la facultad para las partes de revocar unilateralmente el contrato; el 1078, que establece la sanción para el caso de inobservancia por el asegurado de las obligaciones que le corresponden en caso de siniestro; el 1080, que señala el término dentro del cual debe el asegurador cubrir el importe de la indemnización, y otros.

En estos casos, y en los que en gracia de brevedad se han omitido, el contrato puede mejorar, pero en ningún caso empeorar, la situación jurídica del asegurado en sus relaciones con el asegurador.

* * *

Hemos querido ofrecer una visión panorámica, a fuera de fragmentaria, de las innovaciones que el nuevo Código de Comercio introduce a la legislación vigente sobre el contrato de seguro. Por lo cual es fácil echar de menos, en este artículo, una más profunda penetración en el fundamento jurídico de la reforma, una exégesis más rigurosa de las normas que la desarrollan, un examen más luminoso de su alcance, una más afortunada confrontación con el régimen secular de la institución. Y por qué no, un atisbo, así fuera precoz, de sus vacíos, errores e incongruencias. Ya habrá oportunidad de subsanar estas deficiencias y, sobre todo, de agotar, al menos, la exposición de los demás criterios u objetivos que sirvieron de brújula al nuevo estatuto. Confiamos, por ahora, haber abierto el camino a otros estudios más amplios y mejor documentados.

Bogotá, D. E., mayo 25 de 1971.

J. EFRÉN OSSA G.

NOTA: Debemos advertir, en honor a la verdad, que el estudio anterior se ha hecho con base en una copia, que suponemos fidedigna, del nuevo Código de Comercio, porque, dos meses después de su expedición, el Decreto 410 de 1971 no ha sido aun promulgado. Ignoramos, por tanto, si los artículos mencionados fueron objeto de modificaciones de fondo o de forma, lo que solo podrá verificarse a través de la publicación oficial del estatuto.

J. EFRÉN OSSA G. es abogado, especializado en seguros. Ha sido Catedrático de la materia en la Universidad de Antioquia, en la Universidad Bolivariana, en la Universidad La Gran Colombia, en la Universidad Externado de Colombia y en la Pontificia Universidad Javeriana. Ha publicado "Tratado Elemental de Seguros". Actualmente es gerente de la Compañía Central de Seguros.

Un nuevo enfoque del Derecho Mercantil Colombiano

POR JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ GARCÍA

El Derecho Mercantil no ha sido nunca una rama jurídica exclusiva para los comerciantes porque jamás han estado sometidos a sus normas todos los actos de su vida; pero fue predominantemente profesional en los primeros tiempos de las corporaciones de mercaderes, en el sentido de que solo se aplicaba a los comerciantes inscritos. La competencia de los tribunales de comercio (jurisdicción consular) no cobijaba a quien no formara parte de la corporación. Más tarde se estimó que la matrícula era insuficiente y se sometieron a la jurisdicción comercial las relaciones surgidas entre comerciantes inscritos y no inscritos. No obstante, en ninguna de tales situaciones se tuvo en cuenta la naturaleza de los negocios que generaban relaciones jurídicas sino la persona que los ejecutaba.

La necesidad de fijar con certeza la competencia de los tribunales de comercio influyó posteriormente para que en las ordenanzas promulgadas por Luis XIV, especialmente en la de Comercio de 1673, se esbozara el criterio de los actos de comercio. En efecto, se adscribió el conocimiento de las controversias sobre letra de cambio, el seguro, el fletamento y otros, a la jurisdicción mercantil, cualquiera fuese la persona que en dichos actos o contra los interviniera, es decir, sin tener en cuenta si era o no comerciante. De ahí que en las ordenanzas francesas (la de Comercio y la de Marina) tuvieron origen tanto la noción de **actos de comercio absolutos** como la de los **comerciantes accidentales.** Conforme a dichas ordenanzas, cuando la persona no comerciante realizaba actos comprendidos dentro de la materia mercantil se consideraba como mercader en relación con esos actos. De tal antecedente se partió para llegar con el tiempo a esta conclusión: los actos que imprimen el carácter de comerciante producen ese efecto por razón de su mercantilidad absoluta, ya que son objetivos de comercio por sí solos, independientemente de la persona que los ejecute.

Ahora bien, como desde el año de 1776 el Edicto de Turgot suprimió en Francia las corporaciones de mercaderes y luego, en 1791, la Asamblea Nacional abolió los derechos de casta y proclamó el principio de la libertad de industria y comercio, el Código de Comercio promulgado por Napoleón

en 1807 abandonó el **sistema subjetivo** y enumeró los actos que debían considerarse siempre como mercantiles, entre los cuales incluyó las empresas industriales, extendiendo así la materia mercantil a la producción y transformación de bienes; y amplió la competencia de los tribunales de comercio, puesto que estos conocerían de los litigios sobre transacciones y contratos efectuados entre negociantes, comerciantes, banqueros o entre socios de una compañía mercantil, así como de los **actos de comercio entre toda clase de personas** (art. 631).

A partir del Código de Comercio de Napoleón tradicionalmente se ha considerado el acto de comercio como la substancia del Derecho Mercantil, hasta el punto de que en función del mismo acto surge la figura del comerciante. En la hora presente también está en boga un moderno sistema que pretende hacer girar a la rama jurídica mercantil alrededor de la existencia de la empresa comercial y de la realización de actos en serie.

Pues bien: frente a los mencionados sistemas, en el nuevo estatuto mercantil de Colombia subsiste el acto de comercio pero con un sentido más comprensivo y dinámico que el conocido desde antaño. Ciertamente no se define el acto ni se indican sus características específicas que permitan suplir la ausencia de definición, quizás por las dificultades de interpretación que se suscitarían en el devenir de la constante evolución de la vida económica. Sin embargo, la expresión **acto de comercio** rara vez se identificará con la noción de acto jurídico aislado y ha de entenderse referida a una actividad económica, unas veces simple, otras compleja, que se exterioriza siempre en operaciones o hechos coetáneos o sucesivos. Es decir, un acto mercantil puede integrarse con varios actos o hechos jurídicamente independientes y autónomos, pero vinculados desde los pun tos de vista económico y jurídico. Ejemplo: la actividad bancaria considerada en su sentido fundamental, comprende un sinnúmero de operaciones; y si se toman en cuenta únicamente las de **intermediación en el crédito** se observa que combinan, a su turno, operaciones pasivas y activas. Al respecto afirma el insigne maestro de mercantilistas Tulio Ascarelli, que el término **"acto"** debe ser entendido, al menos para las personas físicas, como equivalente de **"negocio",** a su vez resultante de uno o varios actos jurídicos (1). La pluralidad de negocios, en cuanto se presente coordinada, forma una **"actividad".**

El Título Segundo del Libro Primero del nuevo Código de Comercio fue bautizado con el epígrafe de "**actos, operaciones y empresas mercantiles"** aunque su contenido se refiere también a ciertas actividades reputadas por la ley como no comerciales. Esta triple dimensión para enfocar las

manifestaciones externas del fenómeno jurídico-económico del comercio no es excluyente entre sí, ni cada una de ellas forma campo separado, sino que todas tres se combinan y en ocasiones se yuxtaponen o complementan. Y no obstante el prístino sentido de acto, esto es, el hecho voluntario que crea, modifica o extingue relaciones jurídicas, equivale a negocio que resulta a su turno, de uno o varios actos jurídicos. En verdad el acto aislado pierde cada día más significación en el ámbito del Derecho Mercantil, puesto que ha sido relevado por la noción de actividades sociales de índole económica.

Esta idea fue acogida como directriz en el reciente ordenamiento mercantil de Colombia, cuyo punto de mira es la **actividad,** a la cual alude desde la definición de comerciantes: son las personas que se ocupan profesionalmente en algunas de las actividades que la ley considera mercantiles, calidad que se adquiere aunque la **actividad mercantil** se ejerza a través de otra persona (art. 10). En otros preceptos el Legislador utilizó expresiones como **"ejercer el comercio"** (artículos 12, 13, 14, 15, 16, 17, etc.), **"operaciones mercantiles"** (art. 11). **"actividad económica"** (art. 25). **"actividades o empresas de comercio"** (art. 21), para reemplazar la vetusta expresión "acto de comercio". Y en el epígrafe del mentado Título Segundo del Libro Primero se empleó la palabra **"operaciones"** porque estas no siempre equivalen a "actividad". En efecto, el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia asimila dicho vocablo a especulaciones sobre valores, negocios a crédito y negocios por mayor sobre mercaderías; y según Guillermo CABANELLAS, operación significa: "Negociación sobre valores, especialmente si se celebra en bolsa. Contrato sobre mercaderías. Negocio. Ingreso o retiro de fondos en un banco; o cualquier acto relativo a intereses entre la institución y sus clientes o el público en general. Empréstito, emisión de acciones u obligaciones o cualquier oferta hecha al crédito público" (2). Por último, el Código define la **empresa** como la actividad organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios, y regula un medio para llevar a cabo esa actividad económica: **establecimiento de comercio,** o sea, el conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. En síntesis, hay actividades que presuponen siempre la existencia de una empresa. Desde luego, con la inclusión de este concepto el contenido del Derecho Mercantil abarca la producción y oferta de bienes y de servicios, con todas sus secuelas.

Por otra parte, el nuevo Código colombiano persiste en el criterio de la enumeración desde un doble punto de vista: positivo, cuando califica de mercantiles una serie de actividades y operaciones propias del comercio

en su genuino sentido jurídico económico; y **negativo,** puesto que consagra una serie de actividades no mercantiles, típicas del Derecho Civil. Y como el criterio de la enumeración es en gran medida empírico, ninguna de estas listas o series son taxativas sino ilustrativas, susceptibles de ser ampliadas mediante el procedimiento de la analogía. El texto legal advierte: "Las enumeraciones contenidas en los artículos 20 y 23 son declarativas y no limitativas" (art. 24). Por tanto, corresponderá al intérprete dilucidar analógicamente, en cada caso concreto, si una determinada actividad, operación o empresa no contemplada en el Código, es o no comercial.

Bogotá, mayo 25 de 1971.

JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ GARCÍA

1. Tulio Ascarelli, INICIACIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO MERCANTIL, trad. de Evelio Verdera, Edit. Bosch, Barcelona, 1962, pág. 140.
2. DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, Edic. Arayú, Buenos Aires, 1953, Tomo II, pág. 884.

JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ GARCÍA es abogado, especializado en Derecho Mercantil. Catedrático de Derecho Comercial General y Derecho Comercial Especial en la Universidad Nacional y en la Universidad Externado de Colombia. Ha publicado "Código de Sociedades", "Régimen Legal de las Sociedades Comerciales", "Régimen Legal de las Sociedades Civiles y Comerciales", en Venezuela. Ha sido funcionario de la Superintendencia de Sociedades Anónimas. Fue miembro de la Comisión Revisora del Código de Comercio.

La Nueva Legislación sobre Propiedad Industrial

POR MANUEL PACHÓN MUÑOZ

Las leyes sobre propiedad industrial vigentes en nuestro país, si bien dictadas en 1925 y 1931, correspondían a orientaciones mucho más antiguas, y sin exageración se puede decir que estaban mucho más avanzadas las leyes francesas de 1844 y 1857, y las argentinas de 1864 y 1900, que les sirvieron en varias ocasiones de modelo.

La Comisión Revisora del Código de Comercio vio la necesidad de modificar sustancialmente la legislación en esta materia, y para ello propició y logró la creación de un subcomité, al cual tuvimos el honor de pertenecer, que se ocupara de preparar un anteproyecto sobre la materia.

El actual Título Segundo del Libro Tercero del Código de Comercio fue en gran parte el resultado del anteproyecto del subcomité, mejorado en muchos aspectos por la valiosa colaboración de los miembros de la comisión y de no pocos expertos nacionales y extranjeros.

El Código de Comercio básicamente sigue las directivas de los proyectos de las leyes tipo para los países en vía de desarrollo preparados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y toma algunas disposiciones de las leyes francesas sobre marcas de 1964 y sobre patentes de 1968, sin olvidar la realidad nacional y los problemas que en la práctica se habían presentado.

Las disposiciones se dividen en tres capítulos: el primero dedicado a las nuevas creaciones, denominación que engloba las patentes de invención, y los dibujos y modelos industriales, esto es los títulos, que confiere el Estado y garantizan a su titular un derecho para usar en forma exclusiva su creación; el segundo, a los signos distintivos, esto es, el nombre, la enseña y la marca, que son vehículos de que se vale el comerciante para hacerse conocer y acreditar su establecimiento o sus servicios, y el tercero dedicado a disposiciones varias.

Como un paso muy importante para la comprensión del alcance de la nueva ley, presentamos a continuación un cuadro comparativo entre la legislación anterior y la vigente, en donde se aprecian los grandes avances legislativos sobre la materia, seguido de unos pocos aspectos que consideramos pertinente destacar:

1. PATENTES DE INVENCIÓN

Ley antigua

(Cuando no aparece otra referencia, la cita corresponde a la ley 31 de 1925).

Código de Comercio

Nuevas disposiciones. (Las citas corresponden al nuevo Código de Comercio).

LEY ANTIGUA	CÓDIGO DE COMERCIO
1. Condiciones de patentabilidad.	
Novedad. Aplicación industrial. (Art. 1º).	Novedad. Aplicación industrial. Altura inventiva, actividad creadora. (Art. 534).
2. Novedad.	
Absoluta. Tenían novedad las invenciones que en Colombia o en el extranjero, con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud, no se conocían en forma tal que se pudieran ejecutar. Excepcionalmente el titular de una patente extranjera podía solicitar se le concediera la patente en Colombia, si esta no era de dominio público y no se pedía en perjuicio de terceros. (Arts. 2º, 6º, 7º y 23).	Absoluta o sea igual a la prevista anteriormente, sin que exista la posibilidad de pedir patentes de confirmación. Se reconoce un derecho de prioridad de seis meses para que los solicitantes de patentes en el extranjero puedan pedir la patente en Colombia, sin que afecte la novedad de la invención. (Arts. 535 y 544).
3. Excepciones a la patentabilidad	
Invenciones contrarias a la salud pública, la higiene; las contrarias a derechos adquiridos; las que no llenen los requisitos exigidos a las solicitudes; las referentes a productos naturales extranjeros; las composiciones farmacéuticas y cualquier género de alimentos o bebidas para uso humano.	Variedades o razas vegetales o animales; composiciones farmacéuticas; sustancias activas usadas en la preparación de drogas, alimentos y bebidas para uso humano, animal o vegetal, invenciones cuya publicación o explotación sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres.

LEY ANTIGUA	CÓDIGO DE COMERCIO
Los procedimientos para la obtención de drogas, bebidas o alimentos eran patentables.	Los procedimientos para la obtención de drogas y de sustancias activas empleadas en la fabricación de las mismas son patentables, siempre y cuando el solicitante demuestre que está explotando la invención en Colombia o si acredita dentro del año siguiente a la fecha de la presentación de la solicitud que puede explotar ha invención. (Art. 538).
4. Inversiones realizadas bajo relación de dependencia	
No se regulaban.	A falta de estipulación en el contrato, la invención corresponde al empleador o mandante. Cuando el empleado no ha sido contratado para investigar se aplica la misma regla, cuando la invención se logra mediante informes o datos suministrados por el empleador. El empleado tiene derecho a una compensación (Art. 539).
5. Derecho moral de inventor	
No se regulaba.	El inventor puede pedir que se le mencione como tal en la invención u oponerse a tal mención.
6. Reivindicación (en el sentido de recuperar la posesión de algo que se es dueño)	
El inventor tenía derecho a oponerse o pedir la cancelación de una patente, que fuera igual o semejante a una de su propiedad. En este caso la invención pasaba al dominio público. (Artículo 1º, Ley 94 de 1931).	La solicitud puede reivindicarse cuando ha sido sustraída al verdadero inventor, o cuando se ha presentado con violación de una obligación legal o contractual. El verdadero inventor puede recuperar los derechos que implica la solicitud. El mismo derecho se concede en el caso de que ya se hubiere otorgado la patente. (Art. 540).

LEY ANTIGUA	CÓDIGO DE COMERCIO
7. **Requisitos de la solicitud**	
Descripción y título de la invención; extracto para su publicación en la gaceta; sí se requiere cesión hecha por el inventor; dibujos; poder al abogado. Las reivindicaciones fueron creaciones de un decreto reglamentario y no tienen el alcance señalado en las leyes de los Estados Unidos o de Alemania. (Art. 12). Es obliga torio presentar una o más reivindicaciones que señalen y precisen el alcance de la invención. (Art. 543).	Los mismos que en la legislación anterior, más la obligación de señalar un lugar y una persona que pueda recibir notificaciones cuando el peticionario resida en el extranjero.
8. Suficiencia de la descripción	
Debe indicarse en ella de una manera completa y legal los verdaderos medios del inventor. (Art. 22).	Debe hacerse en una forma clara y completa, en forma tal que un experto en la materia la pueda realizar (Art. 545).
9. Unidad de la invención	
Se debe referir a un solo objeto industrial. (Art. 11).	Se debe referir a un solo objeto industrial o a un grupo, relacionados en forma tal que constituyan una unidad. (Art. 546).
10. Examen formal	
La solicitud debía examinarse por la Oficina de la Propiedad Industrial para ver si llenaba los requisitos exigidos por la ley o el reglamento. (Art. 15).	Lo mismo que en la ley anterior. (art. 547).
11. Examen de fondo	
Algunos decretos habían establecido un examen para comprobar si la invención era nueva y útil. (Decreto 2978 de 1970).	Se limita a comparar la solicitud con las patentes ya concedidas. El examen deberá extenderse a cualquier antecedente que destruya la novedad si el gobierno así lo decide para una industria determinada. (Art. 550).

LEY ANTIGUA	CÓDIGO DE COMERCIO
12. Obtención de copias de patentes concedidas	
Los terceros no podían obtener copias oficiales de las patentes otorgadas hasta tanto no pasaran al dominio público. (Art. 15; art. 19 de la Ley 34 de 1931).	Cualquiera puede obtener una copia de la patente tan pronto se conceda. (Art. 550).
13. Alcance de la protección que otorga la patente	
Lo determina la descripción. (Art. 12).	Lo determinan las reivindicaciones (en el sentido de resumen de la invención). (Art. 551).
14. Derechos que otorga la patente	
El derecho de manufacturar, producir, vender, utilizar o introducir el objeto de la invención con fines lucrativos. (Art. 3º).	La prohibición a terceros a explotar la invención patentada.
No se consideran actos atentatorios los que se ejecuten con el fin de experimentar científicamente el objeto de la invención patentada. (Art. 552).	
15. Término de concesión	
Se concedían por un tiempo máximo de 20 años, contados a partir de la fecha de concesión.	
Las llamadas patentes de confirmación se concedían por el mismo tiempo de la patente extranjera. (Arts. 7º y 8º).	Se conceden por un máximo de 12 años, contados desde la fecha del otorgamiento. La patente se concede por 8 años y se prorroga por 4 más si se acredita que se está explotando la invención en Colombia. Las patentes de perfeccionamiento se otorgan por el tiempo que le reste a la patente original. (Art. 553).
16. Llamamiento a oposiciones	
Dentro de los treinta días siguientes a la fecha de publicación en la gaceta oficial de la propiedad industrial, el titular de una patente puede oponerse a la concesión de otra que sea igual o imite	Dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de la publicación en la gaceta de la propiedad industrial, cualquier persona puede presentar observaciones sobre el estado de la técnica que afecte

LEY ANTIGUA	CÓDIGO DE COMERCIO
la parte esencial de una concedida anteriormente. La oposición la resolvían los jueces del circuito civil de Bogotá. (Art. 1º, Ley 94 de 1931).	la patentabilidad de la invención. Estas observaciones deberán tomarse en cuenta por la Oficina. (Art. 548).
17. Comunidad de las patentes	
Cualquiera de los comuneros puede ejercer sus derechos sin el consentimiento de los demás comuneros. (Art. 13; Ley 94).	Los comuneros pueden establecer un reglamento, por el cual se regirá la *comuni*dad sobre la patente. A falta de reglamento, se aplicarán las siguientes normas: a) Cada comunero puede explotar la invención y perseguir falsificaciones; b) Las licencias solo se pueden conceder previo acuerdo de todos los comuneros o con autorización del juez en subsidio; c) Los comuneros tienen un derecho de preferencia para adquirir la cuota parte de los demás comuneros. (Art. 554).
18. Licencias	
No se regulaban.	Se reglamentan la contractual, la obligatoria y la de oficio. (Arts. 555, 558 y 560).
18a. Licencias contractuales.	A falta de disposición en el contrato se aplican las siguientes reglas: a) No se excluye la posibilidad de conceder otras licencias o de explotar directamente la invención; b) La licencia se otorga por toda la vida de la patente y para todo el territorio colombiano; c) La licencia no es transferible y no da derecho a conceder sublicencias. (Art. 556).
18b. Cláusulas nulas en el contrato de sublicencias.	Las cláusulas que impongan limitaciones que no se deriven de los derechos

LEY ANTIGUA	CÓDIGO DE COMERCIO
	que otorga la patente. No se considera que implican limitaciones las relativas a la extensión del territorio o al objeto de la patente o la duración; y las que limiten la comercialización de los productos defectuosos. (Art. 557).
18c. Licencias Obligatorias.	Se pueden solicitar aun contra la voluntad del titular de la patente cuando no se ha explotado la invención dentro de los 3 años siguientes a la fecha de concesión o 4 después de la presentación de la solicitud. (La importación del producto no se considera explotación). (Art. 558).
18d. Licencias de oficio.	Se pueden solicitar contra la voluntad del titular en el caso de que se trate de patentes que interesen a la salud pública, al desarrollo económico, o cuando los productos están colocados en el mercado a precios anormalmente elevados o en cantidad insuficiente. (Art. 560).
19. Expropiación de patentes	
No se regulaba. Las invenciones que interesaran a la defensa nacional o las que el Gobierno considerara que explotaría más eficientemente las podía comprar en el momento de presentarse la solicitud. (Art. 10).	Las patentes relacionadas con la salud pública o la defensa nacional se consideran de interés público y en consecuencia pueden ser expropiadas. (Art. 565).
20. Renuncia del derecho	
No se regulaba.	Se puede renunciar a la patente o alguna de las reivindicaciones. (Art. 566).

LEY ANTIGUA	CÓDIGO DE COMERCIO
21. Nulidad	
Una patente era nula por falta de novedad; si el solicitante no era el inventor; si el objeto para que se solicitaba no correspondía al verdadero o si la descripción no indicaba de manera completa los verdaderos medios del inventor. (Probablemente se podían alegar otras razones). (Art. 22).	Una patente es nula por falta de las condiciones de patentabilidad (ver 1); por estar incluida en una de las excepciones de patentabilidad (ver 3), y por no ser suficiente la descripción (ver 8). (Art. 567).
22. Protección provisional	
Un complicado sistema equivalente al "uti posidetis iuris" del derecho romano. El funcionario competente era el Alcalde y en segunda instancia el Gobernador. (Arts. 67 y ss.).	El juez del circuito de Bogotá puede tomar medidas cautelares para evitar la infracción. (Art. 568).

II. MODELOS Y DIBUJOS INDUSTRIALES

Ley antigua

(Cuando no aparece otra referencia, la cita corresponde a la ley 31 de 1925).

Código de Comercio

Nuevas disposiciones. (Las citas corresponden al nuevo Código de Comercio).

LEY ANTIGUA	CÓDIGO DE COMERCIO
1. Definiciones	
Se entenderá por dibujo industrial todo arreglo o combinación de figuras, líneas o colores aplicables a un fin industrial o a la ornamentación del producto, ejecutado el dibujo por cualesquiera medios manuales, mecánicos o químicos solos o combinados, tales como la impresión, la estampación, la pintura,	Por dibujo industrial se entiende toda combinación de figuras, líneas o colores que se incorporen a un producto industrial para aumentar su atractivo, sin cambiar su destino ni acrecentar su utilidad. Se entenderá por modelo industrial toda forma plástica que sirva de tipo para la

LEY ANTIGUA	CÓDIGO DE COMERCIO
el bordado, el moldeado, la fusión, el repujado, etc., y por modelo industrial todo objeto que pueda servir de tipo para la fabricación industrial de un producto y las forma s que presenten los productos industriales o que sean susceptibles de aplicarse a estos.	fabricación de productos industriales, en cuanto no implique efectos técnicos. (Art. 572).
2. Presentación de la solicitud	
En la misma forma que para las patentes.	a) De la misma manera que si se tratara de una patente.
	b) En un sobre cerrado, que se abrirá doce meses después o cuando lo solicite el interesado o la justicia. (Art. 573).
3. Número de dibujos o modelos industriales que puede tener cada solicitud	
Uno.	De uno a cincuenta, si se trata de productos del mismo género o están dentro de la misma clase. (Art. 574).
4. Tramitación de la solicitud	
Examen de forma y fondo de la solicitud. Llamamiento a oposiciones.	a) Cuando se presenta abierta, se estudia si la solicitud reúne los requisitos de forma; si el dibujo o modelo es contrario al orden público o a las buenas costumbres, o si con anterioridad se había concedido uno igual como dibujo o modelo. (Art. 575). b) Si se presenta en sobre cerrado, se examina si la solicitud reúne los requisitos de forma, y se completa el estudio señalado en a) cuando se abra el sobre. (Arts. 576 y 578). No hay llamamiento a oposiciones en ningún caso.

LEY ANTIGUA	CÓDIGO DE COMERCIO
5. Protección de los modelos y dibujos industriales presentados en sobre cerrado	
No se regulaba.	La que pueda dispensar el Código comienza tan pronto se abra el sobre. (Art. 579).
6. Nulidad	
Se podía solicitar la cancelación del que fuera igual o similar a uno previamente registrado. En los demás casos las normas sobre patentes y marcas se aplican por analogía. (Art. 11; de la Ley 94 de 1931).	Se trata de una acción pública. El certificado de dibujo o modelo es nulo si no es nuevo o si simplemente implica una ventaja técnica. (Art. 580).
7. Protección por otras leyes	
No se regulaba.	Es posible invocar la de las disposiciones sobre propiedad artística, marcas o patentes. (Art. 582).
8. Otras disposiciones aplicables a los dibujos o modelos industriales	
Las relacionadas con marcas o patentes podían aplicarse cuando no fueren contrarias a las disposiciones especiales.	Las disposiciones de patentes relativas a novedad, aplicación industrial, derechos que confiere la patente, reivindicaciones, requerimientos y documentos de la solicitud; comunidad, licencias contractuales, renuncia del derecho y medidas cautelares son aplicables a los dibujos y modelos industriales. (Art. 581).
9. Novedad	
No se consideraban nuevos los dibujos, modelos o partes esenciales de los mismos que antes de la fecha de petición de registro hubieran sido reproducidos en Colombia o en el extranjero por persona distinta del solicitante en publicaciones impresas o en cualquier clase de objetos puestos en venta.	Como quiera que se apliquen las disposiciones sobre patentes, no se distingue entre el solicitante o los terceros.

III. MARCAS DE PRODUCTOS O SERVICIOS

Ley antigua

(Cuando no aparece otra referencia, la cita corresponde a la ley 31 de 1925).

Código de Comercio

Nuevas disposiciones. (Las citas corresponden al nuevo Código de Comercio).

LEY ANTIGUA	CÓDIGO DE COMERCIO
1. Marcas protegidas	
Marcas de fábrica, comercio o agricultura. Todas quedaban sometidas a las mismas disposiciones.	Marcas de productos (que comprenden las antiguas marcas de fábrica, comercio y agricultura). marcas de servicio y marcas colectivas. Las marcas colectivas quedan sometidas a ciertas disposiciones especiales.
2. Definiciones	
Cualquier signo que tenga novedad y con el que se quiera distinguir las manufacturas de una fábrica o industria, los objetos de un comercio o los productos nacionales de las industrias agrícolas o extractivas.	Se entiende por marca de productos todo signo que sirva para distinguir los productos de una empresa de los de otra. Se entiende por marca de servicios lodo signo que distingue los servicios de una empresa de los de otra. (Art. 583).
3. Signos que se pueden usar como marca	
Las denominaciones de los objetos o los nombres de las personas bajo una forma particular; los emblemas; las iniciales y monogramas, escudos de armas grabados, dibujos, etiquetas, sellos, timbres, relieves, franjas, fajas, figuras, nombres de fantasía, números, letras, palabras, signos, frases con dibujo especial, solas o formadas en combinación o tipo caprichoso, las envolturas, empaques, envases, de objetos y cualquier otro signo que revista novedad. (Art. 30).	Además de los enumerados en la ley anterior pueden usarse los nombres geográficos y las palabras en idioma extranjero. (Art. 584).

LEY ANTIGUA	CÓDIGO DE COMERCIO
4. Signos que no se pueden usar como marca	
Letras, palabras, nombres o distintivos e insignias que deben usar las entidades de derecho público, escudos o emblemas que usen las mismas, la forma y el color que se dé a los artículos o productos por el fabricante; los nombres o locuciones que hayan pasado al uso general y los que no presenten caracteres de especialidad o novedad. Marcas registradas por otra persona si estuvieren destinadas a artículos de la misma naturaleza y que puedan presumirse tienden a imitarla. Las localidades de dominio privado, a no ser que las pida el propietario de las mismas. Los nombres geográficos, las banderas, gallardetes, escudos, insignias oficiales comerciales o marítimas de naciones reconocidas oficialmente, las cuales solo pueden usarse para indicar la proceden cia del artículo. La firma, los nombres, la imagen, los escudos de armas de una persona, a no ser que ellas o sus causahabientes den autorización. (Art. 32). Los colombianos y los hispano-parlantes no podían registrar marcas en idioma extranjero. (Artículo 1º, Ley 2a de 1960).	a) Las que consistan en forma impuesta por la naturaleza misma del producto o del servicio, o por su función industrial. b) Las que consistan exclusivamente en un signo que pueda servir en la industria o en el comercio para designar el género, la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, el lugar de origen o la época de producción de los artículos o de la prestación de los servicios. c) Las que consistan exclusivamente en un signo que en el lenguaje corriente o en las costumbres comerciales del país se haya convertido en una designación usual de los productos de servicios de que trata. d) Las que por otras razones no permitan distinguir los productos o servicios de una empresa de los de otra. e) Las que sean contrarias a las buenas costumbres o al orden público, o las que puedan engañar a los medios comerciales o al público sobre la naturaleza, la procedencia, el modo de fabricación, las características o la aptitud para el empleo de los productos o servicios de que trate. f) Las que reproduzcan o imiten los escudos de armas y otros emblemas, siglas o denominaciones de cualquier Estado o de cualquier Organización internacional, sin permiso de la autoridad competente. g) Las que reproduzcan o imiten signos o punzones de control o de garantía adoptados por un Estado, sin permiso de la autoridad competente.

LEY ANTIGUA	CÓDIGO DE COMERCIO
	h) Las que se asemejen en forma que puedan inducir al público en error, a una marca colectiva cuyo registro haya expirado o cuya renuncia, cancelación o nulidad haya sido inscrita, dentro de los tres años precedentes a la nueva solicitud. (Art. 585). Tampoco podrán registrarse como marcas: a) Las que se asemejen en forma que puedan inducir al público en error, a una marca registrada o solicitada con anterioridad por un tercero, o solicitada posteriormente con reivindicación válida de una prioridad, para los mismos productos o servicios, o para otros similares. b) Las que se asemejen en forma que puedan inducir al público en error, a una marca usada públicamente por otro en Colombia para productos idénticos o similares, si el solicitante de la marca ha conocido o no ha podido ignorar el uso. c) Las que se asemejen en forma que puedan inducir al público en error, a un nombre comercial o una enseña utilizados anteriormente en Colombia por un tercero, para la misma actividad a que se destina el nombre o la enseña. d) Las que en forma que puedan inducir al público en error constituyan la reproducción total o parcial, la imitación, traducción o transliteración de una marca, nombre comercial o enseña pertenecientes a un tercero, notoriamente conocidos en Colombia. e) Las que violen otros derechos de terceros o sean contrarias a las reglas relativas a la representación de la competencia desleal.

LEY ANTIGUA	CÓDIGO DE COMERCIO
	f) Las que sean solicitadas por el agente o representante de un tercero que sea titular de esas marcas en otro país, sin la autorización de este, a menos que dicho agente o representante justifique su actuación. (Art. 586).
5. Prioridades	
No se regulaban.	Quien exhiba un producto en una feria reconocida oficialmente, podrá solicitar el registro dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que así lo hizo, y si así lo desea puede pedir que el registro se retrotraiga a la fecha arriba señalada. (Art. 588).
6. Adquisición del derecho	
Los derechos se adquirían por registro. Sin embargo, quien hubiera usado una marca en forma pública y notoria por tres años tenía un derecho preferencial para obtener el registro si una vez presentada la oposición o solicitada la cancelación de una marca igual o similar lograba demostrar el uso y pedía la marca dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que la sentencia quedare en firme. (Art. 31; art. 8º de la Ley 94).	Los derechos se adquieren por registro. El usuario puede oponerse o pedir la cancelación de la marca dentro de los cinco años siguientes a la fecha de concesión, por lo cual debe señalarse que el registro es una presunción "iuris tantum" de propiedad que se transforma en "iure el de iure" después de cinco años. (Art. 586).
7. Trámite de la solicitud	
La solicitud debía examinarse formalmente. Sin embargo, la Oficina de Propiedad Industrial estaba autorizada para rechazar las solicitudes de marcas que versaban sobre marcas ya registradas por otras personas y para distinguir artículos de la misma naturaleza. (Art. 47; art. 3º, Ley 94 de 1931).	La Oficina de Propiedad Industrial examina tanto el fondo como la forma de la solicitud. (Art. 589).

LEY ANTIGUA	CÓDIGO DE COMERCIO
8. Oposiciones	
El propietario de una marca registrada o públicamente usada por un período de tres años podía presentar oposición dentro de los treinta días siguientes a la fecha de publicación de la solicitud en la gaceta de la propiedad industrial. La solicitud la resolvía el juez del circuito civil de Bogotá. (Arts. 37; 4º y 5º; Ley 94 de 1931).	Cualquier persona puede oponerse si considera que la marca no puede registrarse, si presenta su solicitud dentro de los 30 días siguientes a la fecha de publicación en la gaceta de propiedad industrial. La oposición la resuelve la Oficina de Propiedad Industrial. (Art. 590).
9. Término de duración del registro	
Diez años renovables indefinidamente	La misma de la ley anterior. (Art. 592). por períodos de cinco en cinco. (Art. 49).
10. Derecho que confiere el certificado	
El derecho exclusivo a usar el signo, y el de oponerse a solicitar la cancelación de marcas que directa o indirectamente puedan crear confusión con las ya registradas. (Art. 43)	Los mismos que en la ley anterior. (Art. 593).
11. Control de los productos fabricados cuando existe un contrato de licencia de marca	
No se regulaba.	El titular de la marca debe tornar todas las medidas para asegurar la calidad de los productos o servicios prestados por el beneficiario de la licencia. (Art. 594).
12. Pérdida del derecho del registro por falta de uso	
No se regulaba.	El registro de la marca caducará cuando ha marca no se ha usado en Colombia dentro de los cinco años anteriores a la fecha de petición, que podrá ser formulada por cualquier persona. La División de Propiedad Industrial conocerá de esta acción.

LEY ANTIGUA	CÓDIGO DE COMERCIO
13. Nulidad del registro	
El propietario de una marca igual o similar o el usuario por tres años podía solicitar la cancelación de una marca igual o similar. El juez del circuito de Bogotá debía conocer la acción de cancelación. La nulidad de las marcas por cualquier otro motivo debía ser declarada por el Consejo de Estado. (Arts. 4º y 9º; Ley 94 de 1931 arts., 32 y 66; Ley 167 de 1941; decreto 1819 de 1964).	Puede solicitarse por cualquier persona en cualquier tiempo cuando se alegue que la marca concedida infringe algunas de las prohibiciones del artículo 587; o dentro de los cinco años siguientes a la fecha de registro de la marca cuya cancelación se solicite si viola alguna de las prohibiciones del artículo 588. (Art. 596).
14. Marcas colectivas	
No se regulaban.	Pueden solicitarse por el Estado; los establecimientos públicos; asociaciones gremiales; los sindicatos y cualquier grupo de productores o comerciantes con miras a su interés general; o favorecer el desarrollo de las actividades de sus miembros. (Art. 598). La solicitud debe ir acompañada de un reglamento sobre su empleo. (Art. 600). Las normas de las marcas de productos o servicios son aplicables. (Art. 602).
15. Marcas de servicio	
No se regulaba.	Se rigen por las normas que se han visto
16. Disposiciones sobre patentes aplicables a las marcas	
No se regulaba.	Son aplicables a las marcas las disposiciones sobre las obligaciones de los extranjeros de designar representantes; régimen de las sociedades extranjeras que obtengan patentes; documentos que deben presentarse con la solicitud; abandono de solicitudes incompletas; examen de expedientes; comunidad; licencias contractuales; renuncia del derecho y medidas cautelares. (Art. 597).

IV. NOMBRES COMERCIALES Y ENSEÑAS

Ley antigua

(Cuando no aparece otra referencia, la cita corresponde a la ley 31 de 1925).

Código de Comercio

Nuevas disposiciones. (Las citas corresponden al nuevo Código de Comercio).

LEY ANTIGUA	CÓDIGO DE COMERCIO
1. Definiciones	
El nombre comercial no se definía. La enseña es la designación emblemática o nominal por la cual la sociedad o el establecimiento que la posee se distingue de las otras sociedades o establecimientos, comerciales, industriales o agrícolas. (Art. 63).	Nombre comercial es el usado por el comerciante para identificarse como tal. Enseña es el signo utilizado por una empresa para identificar su establecimiento. (Art. 583).
2. Adquisición	
Por el uso. (Art. 62).	El mismo del sistema la ley anterior. (Art. 603).
3. Depósito del nombre	
No se preveía. El registro hecho en una clase especial del nomenclator de marcas fue considerado como contrario a la ley por el Consejo de Estado. (Art. 6º del Decreto 1707 de 1931).	Para efectos probatorios y publicitarios se establece un depósito de nombres comerciales. (Arts. 604 y 605).
4. Signos que no pueden emplearse como nombres comerciales	
Los que sean similares a los ya usados. (Art. 58).	Los que sean contrarios a las buenas costumbres o al orden público; o los que puedan engañar a los terceros sobre la actividad que se desarrolla bajo este nombre. (Art. 606).

LEY ANTIGUA	CÓDIGO DE COMERCIO
5. Sinonimia	
Se permite si se cambia el nombre primeramente usado en una forma tal que sea distinguible a primera vista. (Art. 58).	Si se trata de un nombre que por ley le corresponde a una persona, puede usarse si se le hacen cambios que permitan distinguirlos fácilmente. (Art. 607).
6. Transferencia del nombre	
Era libre, desde que no existía prohibición de hacerlo.	Solo puede transmitirse junto con el establecimiento. (Art. 608).
7. Pérdida del derecho sobre el nombre	
El derecho sobre el nombre se pierde, con el retiro del comercio del titular o la terminación de los negocios en los cuales se emplea el nombre. (art. 61).	Las mismas señaladas en la ley antigua, más el usar un nombre diferente. (art. 610).
8. Manera de impedir el empleo de un nombre similar	
Mediante una acción civil. (Art. 59).	Lo mismo que en la ley anterior. (Art. 609).
9. Disposiciones sobre enseñas	
Las mismas que se aplican a los nombres. (Art. 64).	Lo mismo que ley anterior. (Art. 613).

En nuestro concepto, merecen destacarse las siguientes modificaciones:

1. PATENTES DE INVENCIÓN

Altura Inventiva. –Se ha añadido un requisito adicional a las condiciones de patentabilidad: la así llamada "altura o nivel inventivo", condición exigida por leyes como la alemana, la estadinense y la nueva ley francesa de 1968; pero que no figuraba en la ley francesa de 1844 y las que la tomaron de modelo, como la argentina de 1864 y la colombiana de 1925.

Una invención para ser patentable, además de ser nueva, debe implicar un esfuerzo intelectual de su autor; la superación de manera "evidente", como dice la ley francesa y nuestro código; del estado de técnica, esto es, los conocimientos de que dispone la comunidad en un determinado ramo de la industria.

Una invención para considerarse patentable no puede ser la solución dada por un experto en la materia al enfrentarse a un problema determinado y lograr resolverlo con su manera habitual de proceder.

Este requisito es fundamental en los países importadores de patentes, pues la protección válida solo se otorgará a las invenciones que valga la pena llamar con este nombre, no a los simples procesos conocidos con la expresión francesa de "tour de main".

PATENTES DE CONFIRMACIÓN

Debe señalarse cómo el Código elimina las llamadas patentes de confirmación o reválida; esto es, las que se obtenían basadas en una invención ya patentada en el extranjero, siempre y cuando no se conociera en Colombia, y que de suyo no debían ser patentables por faltarle novedad a la invención, por consagrarse como regla general el sistema de novedad absoluta.

Este doble régimen de juzgar la novedad no es conveniente, por no ser útil para un país con industria incipiente, establecer una explotación exclusiva para lo que ya debía considerarse como de dominio público por no haberse solicitado a tiempo la respectiva patente.

PATENTES FARMACÉUTICAS

La protección a las patentes farmacéuticas se ha debilitado en extremo. Evidentemente, el Estado tiene derecho a no conceder patentes para una actividad determinada.

Así, por ejemplo, en el ramo de la industria farmacéutica, si bien la mayoría de los países protegen el producto, y un buen número el procedimiento, unos pocos, Brasil, Bolivia, Italia, Corea del Norte, Somalia, Turquía, San Marino y la Ciudad del Vaticano, no otorgan ningún tipo de protección.

La propuesta de la Comisión fue conceder patentes para el procedimiento y considerar dentro de las excepciones de patentabilidad aquellas relacionadas con los productos farmacéuticos; parece la más acorde con las necesidades del país.

El Gobierno modificó la propuesta de la Comisión. Aceptó en cierta forma una idea expuesta por expertos del Departamento de Planeación,

quienes sin duda alguna desconocían el concepto jurídico técnico de lo que es la patente de invención.

El olvido de que la patente de invención es un reconocimiento al creador o a sus causahabientes por divulgar un conocimiento y no un simple monopolio temporal otorgado a las nuevas industrias que se establezcan en Colombia para explotar algo que no se estuviere elaborando en el país, lleva a eliminar como factor esencial de las patentes la idea de novedad y convertirlas en otra especie de protección arancelaria de una campaña de sustitución de importaciones.

Conforme a la fórmula plasmada en el Código, los procedimientos para la fabricación de drogas, alimentos o bebidas son patentables cuando se está explotando la invención en Colombia en el momento de la solicitud, caso en el cual la patente no tendría por lo general novedad, o cuando se acredita dentro del año siguiente a la fecha de presentación de la solicitud que la invención se está explotando en Colombia.

Este segundo caso, única hipótesis admisible dentro de una ley racional de patentes escrita en el siglo 20 y no influenciada por las ideas mercantilistas como las en boga cuando se dictó el "estatuto de los Monopolios" del rey Jaime I (1623). desgraciadamente choca con una realidad; entre la presentación de la solicitud y la puesta en práctica de la invención, hay casi siempre un período de tres años; casi nunca se puede lograr fabricar el producto en el año siguiente a la fecha de presentación de la solicitud.

Al no aceptarse la propuesta de la comisión, mucho más razonable hubiera sido suprimir la protección a las invenciones en el ramo farmacéutico, pero no optar por fórmulas que no satisfacen ni a Tirios ni a Troyanos.

INVENCIONES HECHAS POR TRABAJADORES

Se ha reglamentado por primera vez el régimen de las llamadas invenciones hechas bajo relación de dependencia, punto sobre el cual no había disposición alguna en Colombia.

El Código consagra una norma supletiva aplicable a falta de disposición contractual al respecto y en ella se distinguen tres casos:

a) El trabajador ha sido contratado para investigar, la invención corresponde al patrono.

b) El trabajador no ha sido contratado para investigar; pero la invención se logra mediante datos o material suministrado por el patrono, caso en el cual se aplica la misma norma anterior, con la diferencia, que el trabajador recibirá una indemnización monetaria, que se fijará teniendo en cuenta los beneficios que resulten de la invención.

c) El trabajador no ha sido contratado para investigar y la invención la hace mediante su propio esfuerzo, así se trate de solucionar un problema presentado en la labor que desempeña. La invención corresponde al trabajador.

ALCANCE DE LA INVENCIÓN

Conforme al nuevo sistema, el alcance de la invención queda determinado por las reivindicaciones (claims) que precisan cuál es el contenido de la invención. Lo que no quede en las reivindicaciones, así figure en la descripción, no queda protegido por la patente; situación inversa de lo que sucedía en la antigua ley, donde la descripción era la pieza fundamental.

LLAMAMIENTO A OPOSICIONES

Se modificó el sistema del llamamiento a oposiciones. No se justificaba la forma como se regulaba en la ley vigente, en donde solo quien creyera que la solicitud era igual a un invento de su propiedad podía oponerse a la concesión de la patente.

El juicio se resolvía por los tribunales civiles del circuito de Bogotá; tenía recurso de casación, por lo cual duraba de cinco a seis años.

El Código permite a cualquier persona presentar observaciones sobre el estado de la técnica, lo cual evita que se concedan patentes para invenciones que les falle novedad.

Por otra parte, estas observaciones las tiene en cuenta la Oficina de Propiedad Industrial y no representan una controversia de duración excesiva.

Si quien ha formulado las observaciones no queda satisfecho con lo resuelto por la División de Propiedad Industrial, le queda el camino de solicitar la nulidad ante el Consejo de Estado, juicio que también es mucho más breve que las antiguas cancelaciones de patentes que se tramitaban en forma similar a las oposiciones.

LICENCIAS

Las licencias, tanto contractuales como compulsivas, no se regulaban en las leyes colombianas.

Hay dos clases de disposiciones sobre las licencias: unas, supletivas de la voluntad de las partes que regulan el contrato de licencia, o sea, la autorización que da una persona a otra para utilizar el derecho de Propiedad Industrial, sin que por ello implique una transferencia de los derechos; las otras se refieren a las licencias compulsivas, esto es, las que se pueden decretar aun contra la voluntad del titular.

La licencia obligatoria es la solución hallada para que las patentes cumplan una función social y se explote realmente la invención. Este sistema, como dice Roubier, "es una conciliación muy feliz de la protección del inventor y las necesidades de orden público, que en ciertos casos no se acomodan a un factor de monopolio. El derecho del inventor se transforma; no implica el derecho privado de explotación exclusiva, sino el pago de una regalía, la cual se fija por la autoridad".

Dos modalidades presentan las licencias compulsivas; la una es la llamada licencia obligatoria, que se puede pedir cuando la invención no se ha explotado por cierto período de tiempo, y la otra es la llamada licencia de oficio, cuando se trata de patentes que interesan a la salud, al desarrollo económico o los precios del producto sean anormalmente elevados.

Supresión del Amparo Administrativo. –Se cambió el sistema de las medidas precautorias o cautelares.

El llamado amparo administrativo era demasiado favorable al titular de la patente y los funcionarios encargados de solucionar el conflicto, alcaldes, gobernadores y aun inspectores de policía no eran indicados para resolver estos litigios.

El Código confió el conocimiento de estas medidas cautelares a los jueces y exige una prueba más severa para acreditar la usurpación.

II. DIBUJOS Y MODELOS INDUSTRIALES

El Código facilita el registro de los dibujos y modelos al eliminar ciertas trabas existentes, como era el examen de fondo de la solicitud y el llamamiento a oposiciones. Al mismo tiempo permite el registro en sobre cerrado, lo cual es muy útil para ciertas industrias, que por fabricar artículos de

"temporada " se verían perjudicadas si los particulares pudieran examinar los modelos y dibujos industriales aplicados a productos todavía no fabricados y que solo se venderán en la temporada siguiente ya que se podrían copiar o imitar los artículos antes de salir al mercado; o aún sin copiarlos, se imitaría el estilo general de los mismos, con lo cual se disminuye el valor del dibujo o modelo que básicamente radica en la originalidad.

III. MARCAS DE PRODUCTO S O SERVICIOS

La legislación sobre marcas sufrió mucho menos alteraciones y cambios que las relativas a patentes o modelos.

Vale destacar los siguientes cambios:

En primer lugar, además de las marcas de productos, que engloban las antiguas marcas de fábrica, comercio y agricultura; se protegen las marcas de servicios.

En segundo lugar, se eliminó como condición para oponerse el uso por tres años, lo cual había dado origen a que se interpretara la ley en muchas formas y no se supiera si era el registro el que concedía el derecho, o si el uso por tres años servía para adquirir el derecho o simplemente daba un derecho de prioridad al registro.

Conforme al sistema del Código, el usuario, no importa por cuánto tiempo, puede oponerse a la concesión de una marca igual o semejante para distinguir los mismos o similares productos, y puede pedir su nulidad dentro de los cinco años siguientes a la fecha de registro.

Conforme a este principio el registro es una presunción "iuris tantum" de propiedad y se transforma en "iure et de iure" pasados cinco años; sistema este sí ajustado a la lógica, pese a que consideramos mejor el propuesto por la subcomisión, según el cual el usuario solo tenía derecho a oponerse, por lo cual el registro era inatacable por los usuarios.

En segundo lugar, las oposiciones pueden presentarse por cualquier persona, no por el titular de una marca registrada o usada, como sucedía antes, y se resuelve por la misma Oficina de Propiedad Industrial, con lo cual se acorta grandemente la duración de estas controversias, que podían ser tan largas como una oposición a una patente.

En tercer lugar se estableció la caducidad de la marca por falta de uso, con lo cual se busca eliminar del registro todas las marcas que no cumplan la función social de emplearse para identificar productos. Esta medida per-

mite al mismo tiempo que los particulares tengan muchas más marcas para escoger tomadas de las caducadas.

La controversia sobre la caducidad de la marca la conoce la División de Propiedad Industrial, punto este que se modificó a última hora por el Gobierno, pues el proyecto atribuía la competencia al Consejo de Estado en un todo de acuerdo con la idea de que la División de Propiedad Industrial carece de facultad de revisar los actos en que se confiere un derecho y que privó en el articulado.

Debemos advertir que no compartimos las razones teóricas que justifican la caducidad de las marcas, las cuales hemos resumido arriba.

En cuarto lugar, y quizás es la innovación más importante: el propietario de una marca que haya concedido licencia a otra persona para usar la marca debe tomar todas las medidas necesarias, para garantizar la calidad del producto, siendo solidariamente responsable de los perjuicios que se causen.

En esta norma se busca lograr que la marca corresponde realmente a una calidad del producto y que la licencia sea un contrato que vaya más allá de la simple utilización de una palabra o figura.

En quinto lugar, se reglamentan las marcas colectivas, esto es, las que pueden emplearse por varias personas y que quedan sometidas a un reglamento especial en cuanto a su empleo; marcas que, conforme a la Convención Interamericana de Protección Marcaria y Comercial firmada en Washington, debía, existir en Colombia, pero que solo hasta la expedición del Código se establecieron.

En sexto lugar se consideran aplicables a las marcas una serie de disposiciones sobre patentes, con lo cual se completan bastante las normas sobre marcas y al mismo tiempo se acorta el articulado.

IV. NOMBRES COMERCIALES Y ENSEÑAS

Prácticamente la legislación sobre nombres comerciales y enseñas es la misma que existía. Se estableció el depósito de nombres comerciales para fines probatorios y de información, con lo cual se vino a reemplazar el registro de los nombres en la clase 14, que con razón había considerado el Consejo de Estado como no previsto en la ley. Igualmente, se estableció la prohibición de ceder el nombre si no va acompañado de la cesión del establecimiento.

En resumen, consideramos que las disposiciones sobre propiedad industrial representan un gran avance y son, en la medida de las capacidades de quienes las preparamos, una excelente legislación.

MANUEL JOSÉ PACHÓN MUÑOZ

MANUEL JOSÉ PACHÓN MUÑOZ es abogado, especializado en Derecho comparado en la Universidad de Nueva York. Es Catedrático de Propiedad Industrial y Derecho Internacional Privado en el Externado de Colombia y la Universidad La Gran Colombia. Ha publicado "Algunos Aspectos de los Juicios de Oposición al Registro de Marcas". Ha sido miembro del Subcomité de Revisión del Código de Comercio (Propiedad Industrial).

El régimen Penal de la quiebra

POR SERVIO TULIO RUIZ

LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

1. Introducción

El 28 de marzo expiraron las facultades contenidas en la ley 16 de 1968, la cual en su artículo 11, numeral 15, dispuso autorizar al Gobierno nacional "para que previa una revisión final hecha por una comisión de expertos, expida y ponga en vigencia el proyecto de ley sobre Código de Comercio que se halla a la consideración del Congreso nacional".

Esta ley de autorizaciones fue el punto de partida del gran proceso de renovación de nuestras instituciones jurídicas que promoviera y dirigiera el profesor Fernando Hinestrosa y que ahora ha culminado estando de ministro de Justicia el Dr. Miguel Escobar Méndez, quien con renovado empeño y entusiasmo continuó la obra de su ilustre antecesor.

En cumplimiento de la ley de facultades el gobierno nacional designó una comisión de expertos, en la cual se dieron cita los más ilustres comercialistas del país, como son los profesores Álvaro Pérez Vives, Emilio Robledo Oribe, Gabriel Escobar Sanín, Samuel Finklesztein, Hernando Tapias Rocha, Gabino Pinzón, José Ignacio Narváez, Daniel Manrique y otros ilustres juristas.

La Comisión de expertos culminó su trabajo con la entrega del proyecto de Código de Comercio, el cual se convirtió en el Decreto 410 del 27 de marzo del presente año, habiendo preparado con anterioridad el texto del Decreto 2264 del 31 de diciembre de 1969 sobre "concordato preventivo y quiebra", que constituyó un avance muy importante del Código de Comercio, pues era necesario legislar sobre este tema por cuanto que una sentencia de la Corte Suprema de Justicia declaró inexequible el Decreto 750 de 1940, por el cual se reglamentaba lo concerniente a la quiebra en su aspecto mercantil y penal. La decisión de la Corte, producida después de veintinueve años de vigencia del decreto mencionado, vino a crear una especie de vacío legislativo, ya que los jueces y magistrados del país se abstuvieron de aplicar las normas obsoletas del viejo Código de Comercio de

1869, revividas por la sentencia de inconstitucionalidad. Por esta razón, la comisión de expertos y el Gobierno nacional consideraron oportuno y urgente expedir el decreto 2264 mencionado, mucho antes que el Código de Comercio y como un avance afortunado de él.

2. El derecho penal comercial

Sin conocer a fondo en su integridad el Decreto 410 antes citado, pues su texto aún no ha sido publicado en el Diario Oficial, pensamos sin ninguna vacilación que estamos en presencia del nacimiento en Colombia de un verdadero nuevo derecho, ordenado y sistematizado: se trata del **derecho penal comercial,** que aunque hace parte integrante del sistema u ordenamiento punitivo general y se integra a sus normas rectoras, tiene a su vez características propias, notas diferenciales y contenido sustancial autónomo. Naturalmente, este nuevo derecho penal comercial requiere tratamiento, estudio y atención por parte de los juristas y, sobre todo, por parte de las facultades de derecho, las cuales tendrán que organizar cursos, seminarios y simposios para que el estudiantado, y también los profesionales de la abogacía, se informen sobre esta nueva ciencia, sobre su estructura, el contenido, las relaciones e instituciones propias y las comunes con otros ordenamientos, etc., de esta rama del derecho penal que hace su insurgencia, llena de vitalidad y contenido, en el Código de Comercio expedido recientemente.

En efecto, en dicho Estatuto encontramos normas de protección criminal, entre ellas principalmente las relacionadas con el régimen penal de la quiebra, que tienen íntima conexión y son su complemento con las materias tratadas en dicho código. Naturalmente, no pretendemos en este artículo pronunciarnos sobre la conveniencia o inconveniencia de tipificar delitos y establecer sanciones por fuera de la ley fundamental punitiva, esto es, del código penal. En otra ocasión regresaremos sobre el tema, que ha sido materia de grandes e importantes debates en la doctrina extranjera.

Por ahora nos interesa abordar el tema del aspecto penal de la quiebra. Como ya se dijo, por razón de las facultades de la Ley 16 de 1968, el gobierno expidió el Decreto 410 del presente año, el cual sustituyó, a través de su título I del libro IV, el Decreto 2264 de 1969, pero en lo que se refiere a las materias penales, valga la verdad, no existe ningún cambio notable, pues el nuevo estatuto no hizo sino repetir las normas anteriores, quedando por tanto invariable su estructura, su orientación ideológica, la descripción de las figuras típicas y la remisión a las normas procedimentales y al código

penal. En lo que respecta al aspecto mercantil, se le anotan diferencias en los decretos en cuestión, pues el Código de Comercio en el título y libro mencionados sí introdujo nuevos institutos jurídicos, como el relativo a la liquidación forzosa administrativa y el concordato preventivo potestativo y obligatorio[1].

3. Los procedimientos concursales

Por primera vez en la legislación del país, en forma sistemática y ordenada, se reglamentan los procedimientos aplicables a los comerciantes y a las materias contenidas en el Código de Comercio. En este aspecto, la comisión redactora cumplió una labor digna de encomio, de modernización de nuestras instituciones con la introducción de nuevos institutos jurídicos que permitirán un mejor desenvolvimiento de las relaciones económicas y de la efectividad de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de los comerciantes.

Entre las innovaciones que requieren ser destacadas, en vista de su trascendental importancia, están las contenidas en este libro cuarto, especialmente las del título primero, referidas a los procedimientos concursales. Se entienden por procedimientos concursales los que se aplican a los comerciantes, persona natural o jurídica, que se encuentran atravesando un estado de crisis económica en la marcha de su empresa comercial y de sus negocios mercantiles.

El estado precario de la economía del comerciante, a que hemos hecho referencia, se manifiesta fundadamente por un estado de insolvencia que tiene que desembocar en la cesación de pagos o en el temor fundado de sobreseer en la satisfacción corriente de sus obligaciones. En este evento, surge la solución legislativa de los llamados procedimientos concursales, denominados también de ejecución colectiva, los cuales tienden a un fin primordial y fundamental, cual es el de pretender a través de ellos que se satisfagan las pretensiones crediticias de los acreedores del comerciante insolvente, pero con la totalidad del patrimonio del deudor y en forma igualitaria, pues la regla de oro de estos procedimientos está enunciada bajo el aforismo latino de la "par conditio creditorum", es decir, la igualdad entre todos los acreedores en el reparto y satisfacción de los créditos,

---

[1] Parece que en este tema de la quiebra el legislador colombiano siguió muy de cerca las orientaciones y los textos de la ley italiana (decreto 2264 de 1969), no solamente en su aspecto mercantil, sino también penal.

salvo, claro está, las prelaciones legítimas. En efecto, la crisis económica del empresario habrá de repartirse de acuerdo con el sistema o criterio de la igualdad entre todos los acreedores y con todos los bienes del deudor, de los cuales habrán de tomarse los medios para el pago de las deudas, pero naturalmente a través de los procedimientos concursales.

En efecto, se sabe que el núcleo central de toda obligación (civil o mercantil) está constituido por varios aspectos, que han sido individualizados por la doctrina, especialmente italiana, a saber: l. El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con sus bienes (patrimonio); 2. Al acreedor le asiste el derecho de ser satisfecho con los bienes del deudor. Del primer postulado antes enunciado nace una "responsabilidad" del obligado en cuanto que debe cumplir con sus obligaciones, y una "garantía" en cuanto que su patrimonio funge como tal, respecto del acreedor, a quien le asiste una "tutela jurídica" para que se le satisfagan con dicho patrimonio sus pretensiones crediticias. Esta tutela, como dice Fiero Pajardi[2], se desarrolla mediante la agresión del acreedor sobre los bienes del deudor y a través de la jurisdicción. Al respecto, según el pensamiento del autor citado, en la estructura de toda obligación se encuentra un momento normativo traducido en un mandato ulterior de resarcir el daño provocado por la inobservancia del primer mandato (responsabilidad) y, finalmente, en sentido lógico y cronológico, se encuentra un momento coercitivo jurisdiccional que garantiza la actuación del ordenamiento jurídico y la satisfacción concreta de los derechos subjetivos, aun contra la voluntad del deudor. Este último momento es sustancial y procesal al mismo tiempo, porque deriva, del derecho objetivo y subjetivo, el título de la tutela y porque se dirige sobre el patrimonio del deudor que funciona como medio para la satisfacción de la obligación (garantía patrimonial), y es procesal, porque lejos de admitir una agresión particular o privada, postula un poder público (ius dicere) y un medio (proceso) con los cuales se satisface concretamente el derecho del acreedor sobre los bienes del deudor, aun contra la voluntad de este.

Para tales efectos, vale decir, para la efectivización de las pretensiones crediticias, la ley ha previsto el proceso de ejecución singular y el colectivo, este último llamado proceso concursal.

Pero la diferencia está en que con el primero se liquidan algunos bienes del deudor para satisfacer a ciertos acreedores en particular; en cambio, con el segundo se liquida todo el patrimonio del deudor (comerciante) para satisfacer las pretensiones crediticias de todos los acreedores, bajo la regla de la

---

[2] Manuale di diritto fallimentare, Giuffré. 1969, pág. 2.

"par conditio". En efecto, dice nuestro ilustre maestro, el profesor Salvattore Satta, que "bajo el aspecto jurídico, el incumplimiento del comerciante a sus propias obligaciones no presenta ninguna diferencia con el incumplimiento de cualquier otro deudor. Pero sí, en cambio, se presentan diferencias desde el punto de vista económico y social, pues el comerciante es la cabeza de una empresa, es decir, de una organización profesional del trabajo y de otros instrumentos de producción, en la cual las obligaciones se presentan como uno de tantos elementos que concurren a formarla. Esta conexión, se podría decir, funcional entre las diversas obligaciones hace que su incumplimiento tenga algún significado, que puede consistir en representar el signo de una vasta disgregación de la empresa. Cuando el incumplimiento asume este valor, no interesa el fenómeno solamente al acreedor individual, sino a la generalidad de los acreedores, que ven en peligro las garantías de su crédito y la existencia misma de la empresa". Entonces, dice el autor citado, entre los acreedores nace una verdadera "solidaridad económica", la cual implica que como ellos han compartido los riesgos de la empresa también deben compartir sus pérdidas. Por ello se entiende, entonces, que sea necesario sustituir la ejecución individual, expresión típica del derecho individual, por la colectiva, vale decir, por un procedimiento que "partiendo del presupuesto de la imposibilidad del deudor de satisfacer todas las obligaciones tenga como objetivo la satisfacción de todas estas acreencias en igual medida y no con uno o más bienes determinados, sino con todos los bienes del deudor (así como existen en su patrimonio)"[3].

Nuestra ley, en el nuevo Código de Comercio, ha previsto, para la satisfacción colectiva de los derechos crediticios de los acreedores del comerciante, diversos procedimientos, unos para evitar la ejecución colectiva y otros de esta naturaleza. Tales momentos o procedimientos fundamentales, los cuales comentaremos brevemente como introducción necesaria al estudio específico penal, son:

4. Concordato preventivo potestativo

Es un instituto que tiende a prevenir la falencia del comerciante, a través de requisitos especiales y principalmente mediante la iniciativa del comerciante que haya suspendido o tema suspender en el pago corriente de sus obligaciones mercantiles, quien en estas circunstancias puede solicitar se le admita a la celebración de un convenio o acuerdo con sus acreedores.

---

[3] lstituzioni di diritto fallimentare, Roma. 1953. págs. 23-24.

En efecto, el concordato preventivo podrá tener por objeto cualquiera de las medidas siguientes o todas o algunas de ellas simultáneamente: la simple espera de los acreedores o el pago escalonado de sus créditos; la aceptación de abonos parciales a los créditos actualmente exigibles o de inmediata exigibilidad; la concesión de quitas de las deudas; la administración de los bienes o negocios por una tercera persona, o la simple vigilancia de la administración ejercida por el deudor mismo; la enajenación de los bienes necesarios para llevar a efecto el concordato, y en fin, cualquiera otra que facilite el pago de las obligaciones a cargo del deudor o que regule las relaciones de este con sus acreedores.

La característica fundamental de este instituto jurídico es que no se trata de un acuerdo extrajudicial entre el deudor-comerciante y sus acreedores, sino de un convenio judicial en que intervienen naturalmente las dos partes, pero bajo la dirección del juez, con la exclusión de la posibilidad de ejecución particular o individual o de la ejecución colectiva mediante el proceso de quiebra. En efecto, mientras se tramita el concordato preventivo no podrá aceptarse solicitud en el mismo sentido, ni declaratoria de quiebra, ni proceso alguno de ejecución y se suspenderá la prescripción de los créditos y la actuación en los procesos de ejecución iniciados contra el deudor, excepto los derivados de relaciones de trabajo o de obligaciones alimentarias.

De otro lado, como ya se expresó, el juez interviene como director del acuerdo entre las parles y como moderador y conciliador en las deliberaciones e inclusive a solicitud de los acreedores puede adoptar las medidas cautelares que se estimen convenientes y, respecto de la administración de los bienes y negocios del comerciante, la ley establece que podrá este ejercerla, pero sin autorización del juez el comerciante no podrá hacer enajenaciones que no estén comprendidas en el giro ordinario de sus negocios, ni constituir cauciones, ni hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones, ni hacer reformas o fusiones cuando se trate de sociedades. Empero, los acreedores que se hayan hecho parte y que representen más de la mitad del valor de los créditos podrán nombrar libremente un vigilante o contralor de la administración ejercida por el deudor o solicitar del juez la adopción de determinadas medidas cautelares.

El concordato preventivo, dice Satta[4], es una medida de favor acordada por la ley al deudor insolvente. Como tal, el recurso al concordato o acuerdo constituye un derecho de este que se opone al derecho de los acreedo-

---

4 Loe. cit. pág. 366.

res a ejecutar aisladamente o solicitar la ejecución colectiva (quiebra) del deudor. Este instituto jurídico, con la ejecución ordinaria, tiene de común el fin y el medio, es decir, la satisfacción de los acreedores y la destinación de todo el patrimonio del deudor para el pago de las obligaciones, y su diferencia se encuentra en el modo como se realiza el pago, el cual, en la ejecución colectiva se efectúa mediante la liquidación de todo el patrimonio del deudor entre los acreedores; en cambio, en el concordato preventivo se le da a dicho patrimonio una atribución o destinación convencional.

Ahora bien: son requisitos, según la ley, para poder solicitar el concordato preventivo potestativo, los siguientes:

A) Que el comerciante haya sobreseído en el pago corriente de sus obligaciones. Este presupuesto es nuevo en frente al Decreto 2264 citado y se trata de una situación concreta que tiene como fundamento la insolvencia del comerciante, vale decir, su impotencia para hacer frente a sus compromisos corrientes. El segundo presupuesto hace relación a que puede acudir al concordato preventivo el comerciante que tema cesar en el pago corriente de sus obligaciones mercantiles. Se trata, esta condición, de una circunstancia objetiva que hace relación a la marcha crítica de la empresa que produce en el comerciante un "metus" y una incertidumbre sobre su capacidad económica para cumplir con sus obligaciones comerciales, aunque esa incerteza y ese miedo o temor no correspondan realmente a un estado de prefalencia o impotencia financiera. Desde ese punto de vista el presupuesto es meramente subjetivo y corresponde a un análisis personal del comercian te, respecto a la marcha misma de sus negocios y a la capacidad de satisfacer a tiempo las pretensiones crediticias que lo asedian.

En este aspecto, nuestra ley se diferencia de la italiana, puesto que entre nosotros se exige apenas el temor de cesar en los pagos o la efectiva cesación, en cambio en aquel país se exige el efectivo "estado de insolvencia" del empresario comercial.

B) De otro lado, se exige también tener el comerciante-peticionario del concordato potestativo ciertas condiciones específicas, entre las que se pueden citar las siguientes: estar cumpliendo debidamente sus obligaciones en cuanto al registro público de comercio y a la contabilidad de sus negocios; no haber sido sancionado por delitos contra la propiedad, la economía nacional, la industria y el comercio, o por actos de competencia desleal, contrabando y usurpación de derechos sobre la propiedad industrial; no haber sido declarado anteriormente en quiebra o, habiéndolo sido, hallarse legalmente rehabilitado; no haber sido admitido antes a la celebración de concordatos preventivos o, habiéndolos celebrado, haberlos cumplido

satisfactoriamente; no estar legalmente sujeto a concordato obligatorio o a liquidación administrativa forzosa; y estar autorizada la solicitud conforme a los estatutos, cuando el deudor sea una sociedad.

C) Además, se requiere que la solicitud sea presentada por el deudor o su apoderado ante el juez competente, para conocer de la quiebra y antes de la cesación en los pagos o dentro de los quince días siguientes a la fecha del sobreseimiento en los mismos. Con la solicitud deberá presentarse: un certificado de la Cámara de Comercio del lugar de su domicilio, en el cual deberá constar que el solicitante se halla legalmente inscrito en el registro público de comercio; un balance general de su patrimonio, certificado por un contador legalmente habilitado para ello y acompañado de un inventario detallado de sus bienes y obligaciones, con indicación del nombre y domicilio de sus acreedores y de la clase de sus créditos, elaborado con no menos de un mes de anterioridad a la fecha de la presentación de la solicitud, y una relación de todos los procesos en curso contra el peticionario o promovidos por él.

Si la petición del comerciante fuere procedente, el juez deberá aceptarla dentro de los tres días siguientes a su presentación y oficiará a los demás jueces competentes para conocer del juicio de quiebra, a fin de que no se dé curso a dicho juicio o de que se suspenda si ya se ha iniciado. Por otra parte, convocará al deudor y a sus acreedores para deliberar; emplazará a todos los acreedores del comerciante; señalará fecha para iniciar las deliberaciones entre el deudor y los acreedores, que son los interesados; practicará las medidas cautelares que los acreedores estimen conducentes, y dirigirá las deliberaciones como moderador y conciliador.

Presentes los acreedores, demostrado su interés crediticio y realizadas las deliberaciones, en donde se tomarán decisiones con el voto favorable de los que representen no menos del 75% del valor de los créditos aceptados, se firmará el concordato, el cual constará en un acta firmada por el juez y el secretario, sin necesidad de que lo sea por el deudor y los acreedores y será aprobado por el juez, en la misma audiencia, si reúne los requisitos indicados anteriormente. Una vez aprobado, será obligatorio para los acreedores, inclusive para los ausentes y disidentes. Además, en cualquier época, a solicitud conjunta del deudor y cualquier número de los acreedores que hayan intervenido en el proceso, o de sus cesionarios, el mismo juez deberá convocarlos a fin de que adopten las decisiones que sean necesarias para interpretar, modificar o facilitar el cumplimiento del concordato.

Finalmente, si el deudor no cumple las obligaciones con traídas el juez declarará resuelto el concordato y abierto el juicio de quiebra.

5. El concordato preventivo obligatorio y la liquidación forzosa administrativa

Estos son dos institutos totalmente nuevos en nuestra legislación, aunque en ciertos aspectos y sin calificación expresa estaban, en sus lineamientos generales, previstos en el Decreto 2264 de 1969, el cual, como ya se dijo, fue sustituido en su totalidad por el Código de Comercio en el título y libro citados. El concordato preventivo obligatorio tiende, como el potestativo, a evitar la quiebra del comerciante, pero se diferencia en que en el segundo queda a elección del deudor acudir al acuerdo con sus acreedores; en cambio, en el primero, en el obligatorio, se exige como condición, respecto de ciertas empresas, para poder incoar la quiebra, que antes se haya realizado el concordato preventivo.

Este régimen excepcional se aplica a determinadas empresas que por su importancia, no solamente económica y laboral, representan y juegan un papel muy importante en el cuadro general de la economía y producción nacionales y que al precipitarse en la quiebra causarían graves e irreparables perjuicios a la sociedad. Por eso la ley, para evitar tales perjuicios, establece el concordato obligatorio como medida de prevención y para evitar la quiebra de tales empresas. Existen otras, de mayor importancia, a las cuales no se les puede declarar en quiebra, como veremos más adelante.

En cuanto a las primeras, se exige: que se trate de sociedades comerciales sometidas al control de la Superintendencia de Sociedades; que tengan un pasivo externo superior a cinco millones de pesos o más de cien trabajadores, y que no se trate de compañías sometidas por ley a la liquidación forzosa administrativa.

En este caso, el Superintendente tramitará el concordato preventivo, en la forma prevista para el potestativo, el cual será homologado por el juez competente para conocer de la quiebra, para cuyo efecto se le enviará el expediente.

Si el concordato no se celebra o si celebrado y homologado no es cumplido por la sociedad deudora, la Superintendencia lo declarará así y enviará lo actuado al juez competente para que declare la quiebra conforme a las reglas generales.

Respecto de la liquidación administrativa forzosa, la ley establece que a ella serán sometidas las empresas industriales o comerciales del Estado, lo mismo que las sociedades de economía mixta en que aquel tenga parte principal, directa o indirectamente, cuando realizado el concordato, este no es cumplido. En este último evento, la compañía de que se trate no

puede ser declarada en quiebra, sino que será disuelta y liquidada por la Superintendencia de Sociedades conforme a las reglas previstas para la liquidación de sociedades de capital.

Como veremos más adelante, cuando nos adentremos al estudio del aspecto penal, los administradores o directores en general de estas compañías que no pueden ser declaradas en quiebra y que están sometidas al concordato obligatorio y a la liquidación forzosa administrativa, tampoco pueden ser sometidos a proceso por los hechos previstos como delito de bancarrota, cuando la declaración de quiebra se presente como condición de punibilidad de la infracción.

6. La quiebra

Este es el procedimiento concursal por antonomasia. Mediante tal proceso de ejecución colectiva se tiende a satisfacer las obligaciones mercantiles del deudor-comerciante con la totalidad de sus bienes, bajo el principio de la igualdad de condiciones (par conditio creditorum) de los acreedores y partiendo del presupuesto de la crisis económica del comerciante, la cual se manifiesta con la cesación o sobreseimiento en el pago corriente de dos o más de sus obligaciones mercantiles.

En la quiebra, como proceso de ejecución colectiva, sus efectos no están enderezados al interés individual del acreedor, sino que ella implica una acción colectiva en beneficio de los acreedores.

En efecto, como dice el profesor Gabino Pinzón, tal vez el único autor que se ha ocupado "in extenso" de estos temas en nuestro país, la quiebra, no es pues, "un simple proceso de ejecución individual, porque el acreedor que primero actúa abre un concurso en el que están llamados a intervenir todos los demás acreedores del mismo deudor y en el que pueden realizarse todos los bienes"[5]. La quiebra es un proceso colectivo y universal que, según el autor citado, se caracteriza porque: "a) todos los acreedores, cualquiera que sea la clase y el estado de sus créditos, están llamados a participar en el proceso, con las solas limitaciones impuestas por las causales legales de prelación para el pago. Solo, pues, la concurrencia de créditos de los llamados privilegiados rompe parcialmente esa "par conditio creditorum", porque se trata de un orden legal en que la ley sanciona determinadas obligaciones como de preferente cumplimiento, en razón

---

[5] Derecho Comercial, Vol. l. Temis, 1957. pág. 362.

de su misma naturaleza o de su garantía"; "b) todos los bienes del deudor están destinados a formar la "masa de la quiebra", para atender con esta el pago de los acreedores. Pero, a diferencia de lo que sucede en la ejecución común, para la integración de esa masa se hace extensivo el proceso al examen y revocación de los actos de carácter patrimonial ejecutados por el deudor durante su estado de cesación en los pagos y con anterioridad al mismo. Porque el deudor ha podido sustraer dolosa o culpablemente bienes destinados a garantizar sus obligaciones, como ha podido conceder ventajas indebidas a algunos de sus acreedores, desmejorando en tal forma esa garantía común, y es apenas justo que dichos actos no produzcan sus efectos propios, para que los acreedores puedan hacer efectivos sus derechos sobre todos los bienes embargables del deudor y en circunstancias de igualdad"[6].

Como presupuesto fundamental para la declaración de quiebra, el nuevo Código de Comercio exige, como lo hacía el Decreto 750 de 1940, el sobreseimiento o la cesación de pagos y no, como lo hacen otras legislaciones, entre ellas la italiana que ha servido de molde a la nuestra, el estado de insolvencia del comerciante. Este estado de insolvencia es la imposibilidad del deudor de cumplir con sus propias obligaciones empleando al efecto los medios normales de pago tomados del ejercicio ordinario de la empresa. Si el empresario, dice Satta, vende afanosamente sus bienes o recurre a préstamos ruinosos, se puede decir que se encuentra en estado de insolvencia. Tal estado debe ser aclarado judicialmente para excluir, como ya se dijo, la ejecución individual, pues entre los acreedores nace la llamada "solidaridad económica". En cambio, la cesación o sobreseimiento en los pagos, puede ser una manifestación de la insolvencia, pero también puede haberse motivado en una impotencia e incapacidad pasajera del comerciante en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que no justifica en absoluto la medida extrema de la declaración de quiebra y el progreso colectivo concursal, que trae como consecuencia la liquidación por vía jurisdiccional de la empresa, naturalmente en perjuicio de la economía nacional. La cesación de pagos es apenas un hecho indicador de un estado patrimonial del comerciante, que no debería producir las consecuencias propias de la quiebra, pues esta debería estar reservada para el caso de insolvencia, es decir, cuando exista la imposibilidad total para pagar y sea un hecho la crisis y la ruina de la empresa. Naturalmente, entendemos que este no es el momento apropiado para profundizar sobre el tema, pues el objetivo fundamental de este artículo no es otro que el de dar una visión del régimen

---

6 Loe. cit. pág. 364.

penal de la quiebra según el nuevo código comercial. Si hemos hecho una breve referencia a los procedimientos concursales, el lector nos dispensará porque habrá de comprender que es necesario conocer, aunque en forma global, el aspecto mercantil para poder entender el aspecto penal, materia de este estudio. Y como el instituto de la quiebra se halla protegido por normas punitivas, a lo largo de este artículo tendremos que regresar y ampliar lo dicho hasta aquí, para encontrar el significado y alcance de las normas penales contenidas en el capítulo 7º del título I, libro 6º.

ASPECTO PENAL DE LA QUIEBRA

1. Necesidad de la protección penal

No hay duda de que en relación con las quiebras sea indispensable la intervención del ministerio punitivo. Una protección penal resulta clara por razón de los intereses de diversa índole que entran en juego y así lo entendió el legislador colombiano al establecer un capítulo especial de tu tela criminal, en la que se recogen grupos de figuras delictuosas referidas a los procedimientos concursales, especialmente a la quiebra y al concordato preventivo.

En otro lugar de este mismo estudio y un poco más a espacio nos detendremos en la cuestión relacionada con el objeto de la tutela penal de los ilícitos que son materia de este comentario. Por ahora podemos afirmar que el interés jurídico de la tutela penal se desdobla en diversos aspectos, a saber:

1. En la necesidad de proteger el interés de los acreedores, en frente a la actividad dolosa o culposa del comerciante que trae notables perjuicios, por la disminución, real o presunta, de los bienes que forman su patrimonio y que en definitiva constituyen la garantía de los créditos a su cargo.
2. Por la necesidad de proteger el normal desenvolvimiento de los negocios mercantiles, cuya marcha se ve afectada por el doloso o culposo comportamiento del comerciante, el cual repercute naturalmente en la economía nacional, pues la crisis o la ruina de una empresa mercantil cualquiera, incide y afecta otras empresas y en general afecta el interés social representado en el normal desarrollo de las relaciones comerciales.
3. En la necesidad de proteger los procedimientos concursales, que están establecidos para el pago colectivo de las acreencias, con base

en el principio de la igualdad, y con todos los bienes o patrimonio del deudor, y

4. En la necesidad de reforzar la sanción civil-mercantil impuesta al deudor comerciante con la sanción criminal.

2. Figuras delictivas. la quiebra no es delito

En este orden de ideas y como normas de protección penal, el capítulo VII, título 1º, libro 6º del Código de Comercio, próximo a entrar en vigencia, contiene disposiciones referidas a la tipificación de delitos y otras de naturaleza procesal y de remisión al código penal y de procedimiento penal, todo bajo el epígrafe de "régimen pena l de la quiebra", aunque en verdad se encuentran normas que hacen relación no solamente a este procedimiento concursal, sino también a otro, cual es el concordato preventivo. Dicho régimen penal está comprendido del artículo 1995 al 2007, pero naturalmente se integra con otras normas del mismo título y de todo el Código de Comercio, así como también del Código Penal y de Procedimiento Penal.

A diferencia de otras legislaciones, como se explicará mejor más adelante, en este capítulo, por olvido u omisión, no se tipificaron hechos delictuosos respecto a personas diversas al quebrado. En efecto, solamente se prevén normas relacionadas con los llamados "intraneus" a la quiebra, sin que se sepa la razón por la cual se excluyeron las infracciones de sujetos diversos al fallido, como sí lo hace la legislación italiana que sirvió de modelo a los autores de nuestro Código de Comercio al redactar este grupo de normas.

Las disposiciones penales relacionadas con la quiebra son de diversa y variada naturaleza. Pero, antes de seguir adelante, debemos advertir que la quiebra no es delito, como equivocadamente se piensa. El ilícito penal consiste en la realización dolosa o culposa de los hechos previstos en la ley, los cuales son castigados en el evento de que se hayan cometido con anterioridad a la declaración de quiebra o con posterioridad a ella. Los hechos delictivos relacionados con la quiebra han sido denominados tradicionalmente con el nombre genérico de "bancarrota", que consiste en la realización de hechos típicos por parte del comerciante en perjuicio de los acreedores, en menoscabo de su garantía, y con la finalidad de frustrar el desarrollo del proceso concursal, conforme ya se ha explicado. Por la razón anterior y porque el legislador no dio ningún "nomen juris" a las conductas que ha considerado delictuosas, nosotros procederemos empleando el

término "bancarrota", a designar cada u no de los ilícitos contemplados en este capítulo VII y a explicar el contenido y alcance de todas sus normas.

3. Clasificación de la bancarrota

A continuación nos permitimos proponer una clasificación de la bancarrota que consideramos hasta cierto punto novedosa entre nosotros, aunque no lo será en otras latitudes en donde este tema ha sido objeto de brillantes y profundos estudios de los especialistas. En general, las diversas figuras delictivas previstas en este capítulo 7º, se pueden congregar en cuatro clases de bancarrota, a saber:

a) La **bancarrota patrimonial,** es decir, aquella cuyas conductas se dirigen sobre el patrimonio, bien porque se disminuye realmente, ora porque se disminuye en forma ficticia. En esta clase se incluyen los siguientes tipos: 1) **bancarrota fraudulenta:** es la conducta del comerciante que antes o después de la declaración de quiebra distrae, disimula u oculta, total o parcialmente, sus bienes; simula o supone enajenaciones gastos o pérdidas, o desiste de una pretensión patrimonial cierta, la renuncia o la transige sin justa causa y en perjuicio de sus acreedores (art. 1995); 2) **bancarrota por destrucción de bienes:** es la conducta del comerciante que antes o después de la declaración de quiebra, ha destruido o destruye, total o parcialmente sus bienes (art. 1996); 3) **bancarrota por malversación o dilapidación:** es la conducta del comerciante que por malversación o dilapidación de sus bienes ha causado su propia quiebra.

b) La **bancarrota documental** es la que comprende todos los ilícitos que recaen sobre los libros y documentos de contabilidad del comerciante. En esta clase se incluyen los siguientes tipos: 1) **bancarrota por falsedad, ocultación o destrucción de libros de contabilidad:** es la conducta del comerciante que, antes o después de la declaración de quiebra, falsifica, oculta o destruye, total o parcialmente, sus libros de contabilidad (art. 1998); 2) **Bancarrota por omisiones contables.** Es la conducta del comerciante declarado en quiebra que no lleva los libros o documentos de contabilidad exigidos por la ley (art. 1999).

c) La **bancarrota culposa,** que consiste en la realización culposa de cualquiera de los hechos previstos en los artículos 1996 a 2001 (art. 2002).

d) La **bancarrota simple,** que comprende: 1) **bancarrota por abandono de negocios o incumplimiento de concordato:** consiste en la con-

ducta del que ha abandonado sus negocios o incumplido total o parcialmente el concordato preventivo, si tales hechos han influido en la declaración de quiebra (art. 2000); 2) **bancarrota por especulación:** es la conducta del comerciante declarado en quiebra, que antes o después de tal declaración, aprovecha para especular con sus propias obligaciones adquiriéndolas a menos precio (art. 2003); 3) **bancarrota preferencial:** consiste en conceder ventajas indebidas a los acreedores (art. 2000).

4 Otras disposiciones penales

De otro lado, en este capítulo se establece, en su artículo 2005, que el juez que declare la quiebra aprehenderá privativamente y en cuaderno separado la tramitación y decisión del proceso. También se extiende la competencia del juez civil para la investigación y fallo de los delitos conexos a la bancarrota.

En cuanto al procedimiento que debe observarse, se establece que se seguirán las normas ordinarias del código de la materia, pero aclarando que no podrá calificarse el mérito del sumario y resolverse sobre la aplicación del artículo 163 del C. P. P., mientras no se encuentre en firme la sentencia de reconocimiento y graduación de créditos (art. 2007).

De otro lado, en el art. 2006, se dispone que el juez deberá decretar la detención preventiva del quebrado y en general de los sindicados cuando se reúnan los presupuestos y las condiciones exigidas en el C. P. P.

Finalmente, se establece que la sentencia de segundo grado tendrá recursos de casación conforme a las reglas del código procesal penal, las cuales normas se aplicarán en general si es que no se oponen a las del capítulo, así como también las del Código Penal.

5. Crítica al sistema empleado

Cuando apareció el Decreto 2264 de 1969 tuvimos la oportunidad de expresar, en diversos artículos de revista, nuestra viva complacencia por el avance técnico y jurídico que se había alcanzado con ese estatuto, con respecto a las normas del Decreto 750 de 1940. Sea esta la oportunidad para reiterar nuestra complacencia y para repetir nuestras felicitaciones al brillante grupo de juristas que intervinieron en la redacción de esta parte del Código de Comercio.

Empero, no obstante esta modernización y tecnificación de nuestras normas, no podemos dejar de expresar nuestra opinión adversa al sistema casuista que se empleó en el decreto 2264 y que se repitió en el capítulo que comentamos, lo cual indudablemente traerá muchas dificultades en la correcta aplicación de las normas y creará innumerables conflictos de orden doctrinario y jurisprudencial en su interpretación.

En efecto, sin atender las críticas severas que se han formulado, especialmente por la doctrina italiana, en este capítulo sobre el régimen penal de la quiebra se conserva el método casuista tradicional, lo cual constituye una falta notoria de técnica legislativa. Como bien se sabe, este método consiste en fraccionar excesivamente las figuras criminosas, indicando un cúmulo y una gran variedad de conductas típicas o hipótesis delictuosas en una misma norma o descripción legislativa, en perjuicio naturalmente de la precisión y generalidad que debe informar y orientar la descripción de las figuras delictuosas.

En relación con el sistema casuista comentado, es evidente que se han expresado opiniones de aceptación y de rechazo. En cuanto a las primeras, algunos autores sostienen que si tal sistema no se emplea el juez no tendría ningún límite normativo y tomaría por cierto "el puesto del legislador". Criticando tal tesis, Luigi Conti[7] dice "que no parece necesario escribir muy largo sobre la inconsistencia de tal argumento, porque si el sistema casuista tiene ese valor entonces deberíamos concluir que todo el proceso de normación penal producido en los últimos siglos, consistente en el abandono gradual del sistema casuista y en la adopción de fórmulas normativas ligadas a esquemas de mayor generalidad y abstracción, no se haya concretado, como universalmente se piensa, en el perfeccionamiento paralelo de la técnica legislativa con la evolución de los principios generales. En realidad, es erróneo afirmar que el abandono del sistema en examen haya aumentado los poderes del juez hasta convertirlo en legislador".

En el mismo sentido se pronuncian Nuvolone y Antolisei. El último de los autores citados[8] sostiene que el sistema "casuista, residuo de épocas históricas ya superadas, contiene en sí las dificultades inherentes a su naturaleza intrínseca; choca contra la imposibilidad práctica de prever y reducir a casos particulares, aunque estos últimos se multipliquen, todas las posibles y mudables situaciones que la realidad de la vida presenta al intérprete y que solamente, mediante fórmulas de contenido más acentuadamente

---

7 1 reati fallimentari, UTE, 1955. pág. 23.

8 Delitos relacionados con las quiebras, Temis, 1964. pág. 7.

genérico y abstracto, pueden comprenderse en la previsión normativa. Por tanto, es inevitable consecuencia de tal sistema la frecuente posibilidad de desigualdades en juicio, no separada de la dificultad de clasificar el hecho concreto bajo una u otra de las figuras delictivas".

Las críticas al sistema italiano, adelantadas por tan ilustres profesores, caben perfectamente en relación con el sistema casuista empleado en la redacción de las normas penales de la quiebra que contempla el Código de Comercio a través de una gran variedad de conductas delictuosas, las que se describen en forma por demás minuciosa. Por tal razón, se han debido redactar normas mucho más generales, abstractas y precisas, en las que se subsumieran los hechos dolosos o culposos generadores de la quiebra del comerciante o realizados con posterioridad a ella.

6. Otras breves observaciones

En relación con el Decreto 2264 citado hicimos algunas observaciones y críticas que aún están vigentes[9] (9) en frente al nuevo Código de Comercio, pues como ya se dijo, este transcribió sin modificación las normas que derogó.

Sin perjuicio de ampliar en otra oportunidad nuestro pensamiento, podemos resumir las críticas adelantadas en los siguientes puntos:

1. Los diferentes tipos de delitos de que hemos hablado y clasificado antes, en su mayoría, traen como condición de punibilidad el que el comerciante sea declarado en quiebra. Este requisito o presupuesto es necesario, como se explicará mejor más adelante, para adelantar el proceso y para aplicar la sanción al comerciante que haya realizado alguno o algunos de los hechos constitutivos de bancarrota. Pero resulta que, según el título l de este libro 6º del Código de Comercio, existen ciertos comerciantes que si realizan tales hechos reprobables de bancarrota no pueden ser penados (ni siquiera procesados). puesto que no son sujetos de quiebra. Es decir, se establece una impunidad para ciertas personas.

En efecto, el artículo 1935 dice que las empresas industriales o comerciales del Estado, lo mismo que las sociedades de economía mixta en que aquel tenga parte principal, directa o indirectamente, no podrán ser declaradas en quiebra. Y el artículo 1937 dispone que los establecimientos de crédito, cualquiera que sea su denominación, las compañías de seguros,

---

9 Revista de la Universidad Libre, Nº XXV, pág. 30.

las sociedades administradoras de inversión, las de capitalización y ahorro y las demás que estén sometidas al régimen especial de liquidación administrativa tampoco podrán ser declaradas en quiebra.

De tal manera, a las personas que se dedican a las actividades indicadas en las normas citadas o los sujetos que tengan la administración de las personas jurídicas allí señaladas, si realizan algunos de los hechos tipificados como bancarrota, en donde se exige como condición de punibilidad la declaración de quiebra, no se les puede aplicar ninguna sanción de tipo penal. Naturalmente, se dirá que por tales hechos responderán si corresponden a otras figuras delictuosas, lo cual puede ser cierto, pero no totalmente, pues algunos no encajan en otras disposiciones del Código Penal.

2. De otro lado, el artículo 1952 habla de las condiciones para que se pueda restituir al quebrado a su estado anterior y se dice que si se cumplen las condiciones allí señaladas se revoca el auto que declaró la quiebra del comerciante. Revocada por el superior la providencia que declaró la quiebra o restituido el quebrado, dice el artículo 1953, la situación se retrotraerá a su estado anterior, como si la declaración de quiebra no se hubiere producido.

Ahora bien: si un presupuesto para la iniciación del proceso penal y la aplicación de la pena al quebrado, en algunos casos, es que se le haya declarado en quiebra, ¿qué sucede cuando se anula o revoca dicha declaración? Nada dice el código en este capítulo VII y no hay duda de que se presentarán conflictos e incertidumbres cuando dicho fenómeno suceda. Seguramente la jurisprudencia dirá que en este evento se aplica el artículo 163 del C. P. P., pues la acción penal no puede proseguirse en vista de la presencia de una causa de extinción.

3. En la legislación italiana, que sirvió de modelo para la redacción de las normas que comentamos, se dice que los hechos generadores de bancarrota deben realizarse "con el objeto de perjudicar a los acreedores" o "con el fin de procurarse, o de procurar a otros, un provecho injusto o de causar perjuicio a los acreedores", etc.

En nuestro Código de Comercio no se dijo que tales hechos de bancarrota deben cumplirse en fraude o perjuicio de los acreedores, y seguramente se pensó por los comisionados que tal requisito sobraría en vista de que la doctrina actual está abandonando lentamente la concepción del llamado dolo específico. Sin embargo, nos parece que, tratándose de la bancarrota, una exigencia de tal naturaleza no sobra ciertamente, puesto que la esencia de esta infracción está en que los hechos han de ser punibles en tanto y en cuanto se ejecuten en fraude o perjuicio de los acreedores.

Si tales hechos no perjudican a los acreedores, si no constituyen un fraude que afecta la garantía patrimonial o si no han sido la causa de la quiebra, no vemos la razón para que se pene a título de bancarrota. Al respecto, se invoca la autoridad de Antolisei, quien dice[10] que la determinación del elemento subjetivo de la bancarrota no presenta "dificultades considerables", pues la naturaleza y el contenido del dolo se deducen, de modo bastante cierto, del "nomen juris", así como de la índole de los hechos que la ley incrimina. Tales hechos, como lo hemos dicho y repetido, constituyen por lo general el ejercicio de un derecho, que tiene por objeto bienes pertenecientes al agente, y, por tal razón, no pueden considerarse jurídicamente ilícitos si no perjudican los intereses legítimos de los acreedores.

Por otra parte, el adjetivo "fraudulenta" aplicado a la palabra "bancarrota", trae a la mente uno de los significados fundamentales de la palabra "frau" (fraude), es decir, el "daño", y, por tanto, sólo puede expresar la intención encaminada a procurar un daño. En consecuencia, para que pueda hablarse de dolo es necesario que de los hechos que contempla la ley no solo sean deliberadamente queridos, sino también realizados con el propósito de perjudicar a los acreedores. Sin esta intención particular la bancarrota fraudulenta no es concebible.

Por otra parte, se ha dicho que la expresión "con el fin de perjudicar a los acreedores", empleada en la legislación italiana, es totalmente superflua, porque la descripción de las conductas la comprende por su naturaleza o tendencia intrínsecas. Es el mismo Antolisei el encargado de rechazar tal tesis diciendo que las conductas, por ejemplo, de destruir, alterar, etc., los bienes, no tendrían ningún significado si no estuvieran dirigidas al perjuicio crediticio. Además, la alteración y el reconocimiento de pasivos inexistentes, dice el autor citado, "pueden ser determinados por otros fines, como por ejemplo, la alteración del reparto de las utilidades entre los socios, la formación de reservas ocultas. etc. El razonamiento, por otra parte, carece de toda consistencia. En efecto, no hay quien no vea que si la declaración y el reconocimiento referidos pueden efectuarse con fines diversos del perjuicio de los acreedores, lo mismo debe decirse respecto a los otros hechos previstos en la disposición legal. ¿Acaso no puede, por ejemplo, ocultar un bien o sustraerlo a una inspección de la policía judicial, o también destruir una cantidad de mercancías para mantener los precios altos del mercado?"[11].

---

10 Loe. cit. pág. 63.
11 Loe. cit. pág. 66.

Estas razones de tan ilustres tratadistas son suficientes para concluir que, al omitir la descripción de la intención específica, seguramente necesaria respecto de la bancarrota patrimonial, el código no ha sido muy afortunado, lo que sin duda será motivo de graves errores e incertidumbres en la aplicación correcta de las normas.

DE LA BANCARROTA EN GENERAL

1. El objeto de la tutela penal

¿Cómo se determina y cuál es el bien jurídico tutelado en el delito de bancarrota, es decir, en las infracciones relacionadas con las quiebras? En otro estudio nuestro[12] tuvimos ocasión de tratar el tema del objeto jurídico del ilícito penal y decíamos que es el bien tutelado en la norma que con su comportamiento el delincuente disminuye, destruye, lesiona o pone en peligro. El objeto jurídico, según Rocco[13] se subdivide en objeto formal y objeto sustancial. El primero consiste en el derecho subjetivo público del Estado a la observancia de los preceptos penales (derecho de supremacía). Comoquiera que este derecho es único y unitario, por consiguiente el objeto formal es único para todos los tipos y especies de delito, según el pensamiento del autor citado. El segundo, vale decir, el sustancial, consiste en el bien o interés que el derecho tutela mediante los preceptos y las sanciones de naturaleza penal. Este a su vez se subdivide en:

a) Sustancial genérico, constituido por un bien o un interés propio de la sociedad jurídicamente organizada y es común a todos los delitos, cualquiera que sea el tipo o especie, y

b) Sustancial específico, constituido por el bien o interés propio del sujeto directamente ofendido por el ilícito penal y varía de acuerdo con cada especie.

Aunque son diversos en su esencia el objeto genérico y el específico del delito, es necesario anotar que se encuentran en íntima conexión, en el sentido de que el interés particular coincide con el interés general del Estado.

De otra parte, la determinación del objeto específico del delito, ha dicho Petrocelli, es de suma importancia por cuanto que de su exacta deter-

---

12 La Estructura del Delito, Temis, 1969. pág. 11.

13 L'oggeto del reato, Torino, 1913. pág. 551.

minación puede depender y depende que se excluya o incluya un hecho en un determinado modelo legal y, por tanto, su tipificación. En otros términos, el objeto específico del delito es un útil elemento de interpretación, para determinar las características de las diversas figuras de delitos y la naturaleza de la incriminación[14].

Respecto del bien jurídico de los delitos en materia de quiebras (llamados también delitos concursales), ha habido un largo debate en la doctrina extranjera, sin que se conozca la opinión de los autores nacionales, pues desafortunadamente, sobre esta clase de ilícitos nuestra litera tura jurídica ha sido muy escasa.

En el sistema anterior, es decir, en el régimen del Decreto 750 de 1940 y en el Código Penal, se consideraba legislativamente a la bancarrota, llamada impropiamente por la jurisprudencia delito de quiebra[15], como una de las infracciones que atentan contra el patrimonio económico o la propiedad de las personas.

La mayoría de los autores que se han ocupado de este tema aceptan que los delitos relacionados con las quiebras o el proceso concursal en general, son ilícitos penales contra el patrimonio económico.

Sin embargo, contrarias a esta opinión, se han levantado voces muy brillantes, especialmente en Italia, en donde el tema ha sido motivo de estudios importantes. Los autores disidentes consideran otro muy distinto el objeto jurídico de la tutela penal en esta clase de infracciones.

En efecto, desde que la bancarrota ha venido siendo estudiada sistemáticamente, autores muy respetables y conocidos han expuesto teorías fascinantes, muchas veces contradictorias y opuestas entre sí, las cuales se indicarán a continuación de manera sintética, pues la brevedad de este artículo y sus fines meramente informativos no permiten un estudio pormenorizado de la cuestión.

Carrara, llamado con razón el Miguel Ángel del derecho penal, decía que el crédito y la credibilidad constituyen el alma, la sangre, la vida del comercio entre los pueblos cultos. Si no existiera esa credibilidad y *ese* crédito en el comercio, este se convertiría en un cadáver y en una reminiscencia histórica. "Y ya que la vida del comercio se vincula a la vida de las naciones,

---

14 Principii di diritto penale, Jovene. Napoli, 1955, pág. 212.

15 El ilícito penal no es la quiebra ni siquiera la insolvencia o la cesación de pagos. Está constitufdo, dice Nuvolone, por el hecho de frustrar la finalidad del proceso ejecutivo concursal. (11 diritto penale del fallimento. Milano, 1955, pág. 5).

no solo a algunos particulares, sino a toda la sociedad, le interesa que se mantenga el respeto hacia la confianza. Por tanto, el que la daña y desacredita, al traicionarla maliciosamente, ofende algo en cuyo mantenimiento tiene interés y derecho toda la sociedad. Y he aquí por qué la bancarrota del negociante debería ser castigada como delictuosa por todos los pueblos civilizados; y he aquí por qué este delito encuentra su verdadera sede entre los delitos **sociales** contra la **fe pública.** El crédito es el objetivo de la fe pública. De él obtienen los comerciantes el inmenso beneficio de crear capitales aun no desembolsados, de obtener a una simple demanda, sin necesidad de hipotecas o garantías, la expedición de mercaderías por enormes sumas, desde remotas regiones y por parte de hombres que no los conocen personalmente"[16].

Con este raciocinio el maestro de Pisa consideraba al ilícito en cuestión como un atentado contra la fe y la economía públicas. Pero esta opinión ha sido duramente combatida, puesto que, según los contradictores, el daño social no puede confundirse con el objeto jurídico de un delito o el motivo de la tutela con el interés tutelado o el objeto inmediato con el mediato. "Sin embargo, conviene observar, según Francesco Antolisei, que para Carrara la ofensa a la fe pública se concreta esencialmente en este caso en la tutela del interés social y del crédito comercial. En efecto, en la época en que escribía Carrara la categoría de los delitos contra el orden económico aún no había sido individualizada por la doctrina y no había sido admitida por la legislación"[17].

De otra parte, siguiendo los lineamientos señalados por Carrara, hay quienes consideran este delito como una infracción contra el comercio, la economía pública y, en general, el orden económico de las naciones, por cuanto que la quiebra del comerciante o de la empresa, o mejor, la suspensión de su actividad económica produce un marasmo, un desorden, que naturalmente repercute, directa o indirectamente, en la economía pública al afectar un número plural de empresas que se ven sin duda perjudicadas por la actividad del quebrado.

En efecto, sosteniendo esta tesis, dice De Semo que, en relación con el objeto jurídico de la bancarrota, "notamos que pertenece a la categoría de los delitos contra el patrimonio, teniendo presente el daño patrimonial que ella, directa o indirectamente, ocasiona a los acreedores del quebrado... Sin embargo, si consideramos la finalidad del instituto de la quiebra y

---

16 Programa, Ediciones de Palma, 1948. Nº 3404.

17 Delitos relacionados con las quiebras. Temis. Bogotá, 1966, pág. 20.

los intereses públicos que se propone tutelar, parece que, desde este aspecto, tales delitos ofenden también la fe y economía públicas"[18].

A este propósito y para combatir la tesis anterior, se ha dicho que los reflejos negativos de los hechos punibles relacionados con la quiebra sobre la economía pública no son, en manera alguna, consecuencia directa del delito en examen. Ciertamente, en la bancarrota el legislador al tutelar intereses determinados y específicos que están en cabeza de los acreedores protege igualmente el interés social general a la corrección en las relaciones jurídicas, pero en un segundo plano.

Entonces, el objeto jurídico inmediato sería el interés de los acreedores y el mediato la economía pública.

Por otra parte, algunos, entre ellos Delitala, consideran que el bien o interés jurídicamente tutelado es el derecho de crédito. Este autor dice que "el objeto de la tutela penal que el Estado persigue mediante la incriminación de los llamados actos de bancarrota está representado por el derecho de crédito"[19]. Explicando el pensamiento de este tratadista, Antolisei dice que para Delitala el derecho de crédito está defendido por las normas que tipifican la bancarrota en un triple aspecto: 1. Contra los actos de ilícita disposición de los propios bienes por parte del deudor; 2. Contra la violación del deber de mantener sin reserva el patrimonio, deber que la ley impone a los comerciantes con las disposiciones relativas a los libros de contabilidad, y 3. Contra la preferencia de algunos acreedores en perjuicio de la masa[20].

Siguiendo muy de cerca a Delitala está Punzo, quien sostiene que con la bancarrota se lesiona o pone en peligro el derecho que tienen los acreedores a tener en disponibilidad todo el patrimonio del deudor-quebrado, es decir, el derecho a la "par conditio". En otros términos, sostiene el autor citado, se lesiona o pone en peligro el derecho que se origina para los acreedores por efecto de la insolvencia, vale decir, las ventajas que a ellos corresponden por el hecho de que el comerciante ha sido sometido al procedimiento de quiebra (proceso concursal). En efecto, mientras los acreedores del no comerciante insolvente no tienen derecho a la distribución igualitaria, en cambio, respecto del comerciante, dichos acreedores sí tienen tal derecho (par conditio creditorum), el cual precisamente encuentra su fundamento en el procedimiento de quiebra. Por ello es que

---

18 Diritto Fallimentare, pág. 486.

19 Studi sulla bancarrotta, Milano. 1935. pág. 40.

20 Loe. cit., pág. 18.

se dice que la bancarrota lesiona (o pone en peligro) el bien jurídico representado en el derecho de los acreedores a la distribución igualitaria de todo el patrimonio del deudor, que es precisamente en los que consiste el principio de la "par conditio creditorum". Dicho bien tutelado, considera el autor mencionado, tiene carácter patrimonial y por ello este es el objeto jurídico del delito materia de estudio[21].

Recientemente, en Italia un autor muy conocido, Pietro Nuvolone, ha escrito un brillante trabajo sobre el derecho penal de la quiebra, en donde con la maestría que lo caracteriza aborda el problema del objeto jurídico de la bancarrota y demás infracciones concursales, planteando tesis y opiniones que han tenido una amplia repercusión en el mundo científico-jurídico, por su originalidad, profundidad y claridad en los conceptos. Naturalmente, como toda tesis novedosa, tiene sus contradictores y opositores, pero la doctrina italiana es concorde en reconocer que este autor, con su excelente estudio, ha contribuido seriamente al esclarecimiento de los problemas que se suscitan en torno al aspecto penal de la quiebra.

Por la novedad de las tesis y la importancia del autor, aquí nos detendremos un poco a explicar el pensamiento de este gran jurista, profesor de derecho penal en la Universidad de Pavía y tratadista de renombre internacional.

El pensamiento de Nuvolone[22] se puede sintetizar así:

1. Para conocer mejor la naturaleza del ilícito condicionado de prequiebra (bancarrota de prequiebra) y resolver el problema, práctica y teóricamente esencial, del momento en que se inicia para el empresario-comerciante la "zona del riesgo penal", es necesario afrontar el tema del objeto jurídico de la tutela en los delitos concursales. En primer lugar, dice el autor citado, se debe considerar el objeto genérico de tales delitos. En efecto, las normas incriminadoras previstas en la ley de quiebras tienden a asegurar la realización del objetivo de los procedimientos concursales, cual es la satisfacción plena de los intereses de los acreedores compatibles con el interés público del concurso paritario.
2. El objetivo mencionado se actúa y concretiza: con disponer determinada "obligación de conservación de los bienes" a cargo del deudor

---

21 Massimo Punzo. II deritto di bancarrotta. UTE. Torino. 1953, pág. 28.

22 Pietro Nuvolone. II diritto penale del fallimento. Milano. 1955, pág. 18 y ss. Este autor habla del ilícito condicionado de prequiebra refiriéndose a que es condición (de punibilidad) del delito la declaración de quiebra del comerciante.

para que sobre ellos puedan satisfacerse los acreedores, y con la "obligación de conservación y veracidad de los documentos contables", para que dichos acreedores puedan conocer los bienes disponibles y repartibles, según el criterio de la ley.

3. La obligación de conservar los bienes para la satisfacción de los acreedores, penalmente sancionada en relación a una cierta situación de la empresa, ha hecho pensar que el objeto genérico de tales delitos sea el derecho de **garantía** de los acreedores sobre los bienes del comerciante. Esto es equivocado, opina Nuvolone, porque si el acreedor tiene un derecho sobre los bienes del deudor para que responda en caso de incumplimiento, no existe correlativamente un deber de este (del deudor) de no disponer de sus propios bienes. En otras palabras, el acreedor no tiene un derecho (de garantía) sobre los bienes del deudor, sino la facultad de servirse de determinados medios para que se le pague. El derecho de garantía surgirá en el momento en que él haya puesto en movimiento la acción cautelar, por ejemplo, cuando haya obtenido el secuestro de bienes.

4. Es claro que la ley no quiere paralizar la actividad de la empresa con una serie de incriminaciones incondicionales que prescindan del ilícito típico del deudor, o sea, el incumplimiento. Pero, aunque subordinado el incumplimiento a la punibilidad, crea una zona de "riesgo penal" para garantizar en los límites de lo posible con la amenaza de una acción eventual a los acreedores, del peligro del incumplimiento.

5. De otro lado, es cierto que el patrimonio del deudor representa la garantía del acreedor, en el sentido de que este tendrá el derecho de caer sobre él en caso de incumplimiento. Pero tal garantía no surge antes del incumplimiento y los acreedores solamente tienen que ejercer algunas acciones de naturaleza cautelar.

Por tanto, los delitos de prequiebra no tienen como objeto el derecho de garantía de los acreedores, pues es el derecho de crédito el objeto de la tutela concursal y además ese derecho no se tutela desde el punto de vista individual, sino colectivo. Es decir, desde el punto de vista del interés público a la máxima satisfacción de todos los acreedores, según el principio de la "par conditio".

6. De otro lado, las normas punitivas en este caso no tienen como base un presupuesto "concursal" y la concepción de los acreedores como "masa" y no individualmente. Lo anterior significa que el interés ofendido es un

interés público procesal, sin que se excluya, naturalmente, la posibilidad de lesión de intereses patrimoniales. Pero en definitiva, según el pensamiento de este autor y de acuerdo con el breve resumen que hemos hecho de sus planteamientos, el objeto jurídico de todas las normas penales concursales es "el proceso ejecutivo concursal", de donde se deduce que tales delitos se deben considerar como atentados **contra la administración de justicia.** Y como el interés procesal puede ofenderse solamente cuando exista el presupuesto del procedimiento de quiebra, es decir, la insolvencia, el autor citado, afirma categóricamente que la bancarrota de prequiebra subsiste solamente cuando los hechos que la integran se cometen en estado de insolvencia, cuyo aparecimiento hace que nazca para el comerciante lo que Nuvolone llama "el riesgo penal", vale decir, el estado en el cual es posible cometer los delitos preconcursales.

Las tesis anteriores han sido rebatidas brillantemente por Antolisei quien observa que la teoría de Nuvolone conduce al absurdo al no considerar como actos punibles los hechos de bancarrota que han sido la causa de la quiebra. En efecto, como atrás se indicó, Nuvolone sostiene que las normas incriminadoras consideran en cada caso a los acreedores como "masa". Sin este presupuesto, observa Antolisei, "es obvio que de ningún modo podría concebirse un vínculo procesal sobre los bienes del deudor y sobre los medios de prueba. Ahora, si esto se puede considerar en cuanto a los actos de bancarrota subsiguientes a la quiebra (los llamados hechos posteriores a la quiebra). en manera alguna puede admitirse en cuanto a los que preceden la dicha declaración; hechos que constituyen, nótese bien, la gran mayoría de las hipótesis de bancarrota y que en la práctica son las más importantes. Sin duda alguna, la formación de los acreedores está subordinada a la apertura del procedimiento concursal y nada, en verdad, autoriza a reconocerla antes de tal momento, es decir, antes que los acreedores estén jurídicamente unificados. Tan singular punto de partida ha llevado a Nuvolone al grave resultado de afirmar que para la punibilidad de los actos de bancarrota anteriores a la quiebra, es necesario que en el momento de su comisión se haya verificado el presupuesto del procedimiento concursal, es decir, el estado de insolvencia del deudor. Tal resultado, que es una consecuencia necesaria de la premisa, confirma la fragilidad de la construcción, ya que no puede admitirse en modo alguno que no son actos punibles los actos de bancarrota cometidos por el empresario antes de caer en el estado de insolvencia"[23].

---

[23] Loe. cit. pág. 22.

Sobre el objeto jurídico de la tutela penal en el delito de bancarrota, nosotros consideramos que son múltiples los bienes jurídicos a través de las normas del capítulo 7º, materia de este comentario. Por ello es que se les denomina delitos pluriofensivos.

La circunstancia, en primer lugar, de que el legislador haya colocado ese grupo de normas punitivas por fuera del Estatuto Penal, en el Código de Comercio, junto precisamente a los procedimientos concursales ya vistos, nos está diciendo muy a las claras que su intención ha sido la de proteger con el magisterio punitivo las relaciones jurídicas que surgen del comercio, pero en especial el crédito, que es uno de los impulsos de la economía nacional. De la misma manera, se descubre la intención del legislador de proteger al máximo la garantía de los acreedores del empresario mercantil, pues precisamente las conductas generadoras del delito de bancarrota, por lo general, consisten en la agresión que el deudor-comerciante realiza sobre su patrimonio, disminuyéndolo efectiva o ficticiamente, en perjuicio de la precitada garantía, lo cual refluye, como es natural, en la economía pública. La defensa del crédito se concreta en la defensa del patrimonio, o mejor de los intereses patrimoniales o económicos de los acreedores, no solamente porque los actos de bancarrota afectan la garantía de ellos, sino porque también se vulnera el derecho de conocer el estado de los negocios y concretamente el inventario patrimonial del deudor y por sobre todo el interés del Estado de que no se frustre el proceso concursal y de que, en caso de insolvencia, a todos los acreedores se les pague con la totalidad del patrimonio del fallido y se les trate igualitariamente.

2. Función del auto declarativo de quiebra

Del análisis de los artículos 1995 a 2003 del Código de Comercio, se concluye que es posible ofrecer una nueva clasificación de la bancarrota, en vista de un signo que caracteriza a todas las figuras descritas en dichas normas. Existen, pues, dos grandes clases de infracciones en este capítulo del régimen penal a saber:

a) Los **delitos de prequiebra,** esto es, cuando la conducta ejecutiva de la infracción se realiza con anterioridad al auto que declara la quiebra del comerciante, y

b) **Delitos de posquiebra,** cuando ocurre a la inversa de lo anterior, vale decir, cuando la conducta ejecutiva del delito se realiza con posterioridad a la declaración de quiebra del reo.

En ambos casos, el auto declarativo de la quiebra del comerciante entra en el cuadro descriptivo del delito de bancarrota y aparece como una línea divisoria distintiva de estos dos grupos de infracciones concursales.

De tal manera, si la característica de estos dos grupos de infracciones está en que tienen como punto de referencia el auto que declara la quiebra, en el sentido de que no se puede penar al autor y ni siquiera iniciar proceso criminal contra él sin este requisito, entonces es conveniente investigar la función que asume en el delito de bancarrota la mencionada declaración de quiebra del comerciante.

En cuanto a los delitos de prequiebra, la verdad es que los hechos descritos en la ley no son punibles, no tienen importancia para el derecho penal, no son constitutivos de infracción criminal, en tanto y en cuanto no se haya producido la declaración de quiebra del comerciante a que se refiere el artículo 1940, parte final.

Para establecer la función de la providencia que declara la quiebra, respecto de los llamados delitos de prequiebra, la doctrina, especialmente italiana, ha dado diferentes soluciones. En primer lugar, algunos tratadistas de renombre consideran que la declaración de quiebra, o mejor la quiebra, es el resultado o efecto del delito. Ilustrando esta tesis, dice Rovelli[24], que la lesión jurídica (de la bancarrota) "no consiste en la quiebra abstractamente considerada como fenómeno procesal del proceso ejecutivo, sino en la insolvencia que está a su base y que es susceptible de agravación en el procedimiento concursal". Se objetaría, afirma el autor citado, que la ley no habla de insolvencia, sino simplemente de sentencia de quiebra, pero si las leyes penales obedecen a las exigencias lógicas que nacen de la misma realidad social, se comprenderá que con el delito de bancarrota no se quiere penar el atentado al procedimiento concursal, sino la insolvencia en cuanto ella sea presupuesto legítimo, si bien esta siga su curso en los términos del artículo 19 (del decreto italiano) de la ley de quiebras, no se podrá decir que la quiebra se deba a un hecho culpable del comerciante. "La insolvencia es, por tanto, un resultado lesivo y en la calificación de la quiebra es necesaria la sentencia declarativa para que el estado de hecho se convierta en estado de derecho".

La tesis de que la declaración de quiebra sea el resultado del delito no tiene ningún fundamento, puesto que se entiende por efecto o resultado de la infracción la modificación del mundo externo producida o no impe-

---

[24] Reati Fallimentari, Giuffré, 1952. pág. 13.

dida por una conducta y que forma parte del delito o de sus agravantes. Y no puede ser efecto de una conducta, vale decir, resultado del delito, una circunstancia reservada a una persona extraña al autor, cual es el juez que tiene la facultad de dictar, reunidos ciertos presupuestos, claro está, el auto que declara en estado de quiebra al comercian te. Por otra parte, la ley no exige que los hechos constitutivos de bancarrota deban producir la quiebra, lo que afirma es que, si se realizan tales hechos y el comerciante es declarado en quiebra, surgirá el poder-deber del Estado de dar vida a la acción penal y de aplicar una sanción al autor. Lo mismo en el caso de que se ejecuten con posterioridad a dicha declaración.

Por eso es que la doctrina, rechazando que la quiebra sea el resultado o efecto natural del delito, ha llegado a la conclusión de que el auto declarativo de quiebra es una **condición de punibilidad** de la bancarrota. Las condiciones objetivas de punibilidad, ha dicho Romero, son "meras circunstancias exteriores que obran sobre los delitos, ya perfeccionados, permitiendo su sanción"[25]. Esta condición externa, para la subsistencia de la bancarrota, consiste en una manifestación judicial, ajena al reo y al hecho mismo, que declara al comerciante en estado de quiebra.

Al respecto dice Antolisei que el concepto de la condición de punibilidad se adapta de modo perfecto a la gran mayoría de hipótesis de bancarrota, y "precisamente a las que se verifican **antes** de dictada la sentencia que declara la quiebra, es decir, a los hechos de bancarrota precedentes a la quiebra. En estos casos la quiebra presenta, sin duda, todas las características de la condición de punibilidad, en cuanto respecto a tales hechos, constituye un **acontecimiento futuro e incierto,** del cual depende la aplicabilidad de la pena"[26].

Antes decíamos que existe otro grupo de infracciones, y son aquellas cuya conducta se verifica con posterioridad a la declaración de quiebra del comerciante. En este caso, según la tesis dominante que compartimos, la referida declaración de quiebra no es una condición de punibilidad sino un presupuesto de la bancarrota. Pero en otros casos, por cierto poco numerosos, como en el del artículo 2000, la declaración de quiebra, o mejor, la quiebra se presenta como el resultado material de la conducta consistente en abandonar, sin justa causa, los negocios o incumplir el concordato preventivo.

---

25 Romero Soto Luis E. Derecho Penal, Vol. l. Temis, pág. 244.

26 Loe. cit. pág. 33.

El estudio completo de la bancarrota y el análisis total del nuevo régimen penal de la quiebra. bien entendido, no puede lograrse en los estrechos límites de un artículo de revista. Por ello, para otra oportunidad, tenemos que dejar pendiente otros muchos temas de vital importancia, como son los relativos al objeto material del delito, el elemento subjetivo, los sujetos, el momento consumativo y, en fin, la explicación de los delitos de bancarrota en particular, conforme a la descripción legislativa.

Finalmente, agradecemos a los directores de la REVISTA DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ por la benévola acogida de estas notas.

SERVIO TULIO RUIZ

SERVIO TULIO RUIZ es abogado de la Universidad de Estudios de Roma, especializado en Derecho Penal y Criminología en la Universidad de Viena. Es catedrático de Derecho Penal General y Especial en la Universidad Libre. Ha publicado “La Estructura del Delito”. Ha sido conjuez de la Corte Suprema de Justicia.

Bibliografía jurídica colombiana

POR JORGE ORTEGA TORRES

DERECHO COMERCIAL

1º) Compilaciones

Código de Comercio (de 1º de junio de 1853), en **Leyes i decretos expedidos por el congreso constitucional de la Nueva Granada en el año de 1853,** Bogotá, Imp. del Neo-Granadino, s. f., p. I-CLXXX; - **Codificación Nacional**... Tomo XV; años de 1852 y 1853, Bogotá, Imp. Nacional, 1929. p, 351-515.

Legislación vigente

a) Código de Comercio Terrestre

ÁNGEL, CARLOS JULIO, 1889-1963. **Código de Comercio Colombiano (terrestre) y leyes adicionales y reformatorias.** 2ª ed. corregida y aumentada. Bogotá, Edit. Andes, 1940. V, 1 h., 412 p., 1 h.; 3ª ed. corregida y aumentada. Bogotá, Librería Colombiana 1942. 3 h. p., 314 p., 1 h.; 4ª ed. corregida y aumentada. Bogotá, Librería Colombiana, (1944). XI, 2 h., 441 p., 1 h.; 5ª ed. corregida y aumentada. Bogotá, Librería Colombiana (1945). XVI, 461 p., 1 h.

Códigos de Comercio de Panamá, Penal de Cundinamarca (sancionado en 1858) y de Minas de Antioquia. Ed. oficial. Bogotá, Imp. de Pizano, 1886. 127, 176, 85 p. Hay otra edición oficial de 1888.

LOZANO, C., y ÁNGEL, CARLOS JULIO. – **Código de Comercio Colombiano.** Bogotá, s. i., 1915. 623 p. Edición de bolsillo, impresa en España.

ORTEGA TORRES, JORGE, 1911. – Código de Comercio Terrestre. Compilado por Jorge Ortega Torres. Bogotá, Edit. Temis, 1968. 3 h. p., 565 p., 1 h. (Códigos de bolsillo Temis).

Código de Comercio Terrestre. Con notas, concordancias, jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal de Bogotá y normas legales complementarias. Bogotá, Edit. Temis, 1947. 456 p., 1 h.; – 2ª ed. aumentada. Bogotá, Edit. Temis, 1948. 466 p., 1 h.; – 3ª ed. corregida y aumentada. Bogotá, Edit. Temis, 1950 (1951). 560 p.; – 4ª ed. actualizada. Bogotá, Edit. Temis, 1953. 744 p., 1 h.; – 5ª ed. actualizada. Bogotá, Edit. Temis, 1956. 699 p.; – 6ª ed. actualizada. Bogotá, Edit. Temis, 1958. 4 h. p., 732 p., 2 h.; – 7ª ed. actualizada. Bogotá, Edit. Temis,

1963. 5 h. p., 772 p., 2 h.; – 8ª ed. actualizada. Bogotá, Edil. Temis, 1969. 823 p., 1 h.

PLAZAS, ARCADIO, 1913. – **Código de Comercio Terrestre.** 1ª ed. Bogotá, Edit. Voluntad (1965). 782 p.; – 2ª ed. Bogotá, Edit. Voluntad (1968). 858 p.

ROBLES, LUIS A., 1849-1899. – **Código de Comercio de la República de Colombia;** anotado y seguido de tres apéndices... por Luis A. Robles... Bogotá, Imp. de "La Luz", 1899. 477 p., 1 h.

RODRÍGUEZ PIÑERES, EDUARDO, 1869-1958. – **Código Colombiano de Comercio Terrestre y leyes vigentes que lo adicionan y reforman.** Bogotá, Librería Americana, 1912. 223 p.; – 7ª ed. Bogotá, Librería Americana, 1928. 288 p.; – 8ª ed. Bogotá, Librería Americana, 1932. 320 p.

URIBE, ANTONIO JOSÉ, 1869-1942. – **Derecho mercantil colombiano...** Berlín, R. v. Decker's Verlag, s. f. 360 p.

La introducción (p. 9-31) es una reseña histórica del derecho mercantil colombiano de bastante interés. Contiene los Códigos de Comercio Terrestre y Marítimo, con jurisprudencia de la Corte Suprema. El apéndice reproduce disposiciones legales hasta 1907, año en que fue fechado el prólogo.

b) Código de Comercio Marítimo

ANGULO G., JUAN B. y GARAVITO, MIGUEL A. – **Navegación fluvial y marítima.** Compilación; contiene el Código de Comercio Marítimo y todas las disposiciones legales y reglamentarias vigentes sobre navegación, recopiladas por Juan B. Angulo G. y Miguel A. Garavito, y revisadas y ordenadas por Alfonso Sánchez Nieto. Bogotá, Edit. Antena, s. f. 2 h. p., 622 p.

Código de Comercio Marítimo para los Estados Unidos de Colombia. Sancionado por el congreso de 1870 y modificado por el de 1873. Bogotá, Imp. de Gaitán, 1874. 96 p.

Código de Comercio Marítimo de los Estados Unidos de Colombia. Sancionado por el Congreso nacional de 1870, modificado por el de 1873 (Ley 10 de 11 de marzo). (Toma do de la edición de 1874). Bogotá, Imp. del Diario de Cundinamarca, 1891. 107 p.

CONCHA, JOSÉ VICENTE, 1867-1929. – **Código Colombiano de Derecho Marítimo...** Bogotá, Librería Americana, 1907. 195 p.

SÁNCHEZ NIETO, ALFONSO. – **Navegación fluvial y marítima.** Legislación compilada por Juan B. Angulo y Miguel A. Garavito (v.).

URIBE, ANTONIO JOSÉ, 1869-1942. V. **Derecho mercantil colombiano.**

Las compilaciones especializadas van en la siguiente sección.

2º. Tratados y monografías

ALDANA BOHÓRQUEZ, JULIO. -**...De las sociedades de responsabilidad limitada...** Bogotá, Edit. Centro, 1943. 3 h. p., 115 p. Tesis de grado.

ANAYA BUITRAGO, RAFAEL. – **El registro público de comercio.** (Ensayos). Barranquilla, Talleres de la Cámara de Comercio, 1965. 118 p.

ANDRADE, JOSÉ ARTURO, 1891-1946. – **El Banco de la República.** Glosas y comentarios. Bogotá, Edit. Minerva, 1929. 219 p.

— **El Banco de la República.** Nociones sobre su organización y funcionamiento... Bogotá, Edil. Minerva, 1927. 208 p.

ÁNGEL G., CARLOS JULIO, 1889-1963. – **Legislación bancaria colombiana.** Leyes, decretos, resoluciones y doctrinas de la Superintendencia Bancaria. Concordada y anotada. 2ª ed. Bogotá, Edit. Ospina, 1938. 421 p.; 3ª ed. revisada y aumentada. Bogotá, Edit. Antena, 1947. XVI, 478 p., 1 h.; – 4ª ed. corregida y aumentada. Bogotá, Edil. Minerva, 1955. XVII, 1 h., 442 p., 1 h.; – 5ª ed. corregida y aumentada. Bogotá (Edit. Minerva). 1959. XXI, 1 h., 569 p. La 5ª ed. contiene un suplemento. (Bogotá, Edil. Minerva, 1960. 27 p.). sobre tarifa de servicios bancarios.

ANZOLA, NICASIO, 1872-1965. – **Curso elemental de derecho mercantil.** Bogotá, Imp. de "La Luz", 1926. 2 t. En el t. I (XVI, 415 p.) hay dos prólogos: el primero del doctor Félix Cortés (p. III-VIII). el otro del doctor Pedro María Carreña (IX-XVI). y **Advertencias** del autor (XV-XVI); comenta hasta el título VI, del mandato comercial. En el t. II (424 p.) estudia el resto del Código.

— **Lecciones de derecho comercial...** Bogotá, Librería Americana, 1913. 94 p. Dictadas en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

ARANGO HENAO, ALFONSO. – **Estudio comercial del cheque.** Pasto, Gráficas Villarreal, 1947. 125 p. Tesis de grado.

ARBELÁEZ LASERNA, PEDRO NEL y ARBELÁEZ JARAMILLO, ALBERTO. – **Transporte terrestre colombiano.** (Tomo I). Ibagué, Edit. Tolima, 1965. 474 p., 4 h.

AROSEMENA, JUSTO, 1817-1898. – **Proyecto de Código de Comercio.** Propuesto a la honorable cámara de representantes en 4 de marzo de 1853, por el infrascrito representante por la provincia de Panamá, Justo Arosemena. 158 p.

Aspectos del seguro. Bogotá, Compañía Colombiana de Seguros (Antares), 1958. 176 p., 2 h.

BENETTI SALGAR, JULIO J. -**...De la asamblea general de accionistas...** Bogotá, publicaciones de la Cámara de Comercio de Bogotá, 1963. 2 h. p., 94 p.

BERNAL RESTREPO, GUSTAVO. – **El contrato de transporte en la legislación mercantil colombiana.** Medellín, Imp. Universidad de Antioquia, 1948. 89 p.

BOSSA, SIMÓN, 1866-1950. – **Estudios jurídicos sobre cuestiones de carácter civil y comercial.** Cartagena, Tip. Mogollón, 1935. 423 p., 1 h.
Acerca de mercantil trae los siguientes estudios: características y funciones del cheque; naturaleza, modalidades y efectos del endoso; la mujer casada comerciante, y efectos de la disolución de las sociedades.

BUSTILLO, PABLO J. – **Derecho mercantil comparado.** Curso completo en 22 lecciones. Cartagena, Imp. D. de la Espriella, 1899. ll, 174 p. (2ª ed. Barcelona, España, Toribio Teberner editor, 1909. IX, 381 p., 1 h.

CALDERÓN RIVERA, JAVIER; RESTREPO CORREA, ALEJANDRO y LONDOÑO MEJÍA, MARIO. – **Manual de créditos industriales...** Bogotá, Editores y Distribuidores Asociados, s. f. 175 p., 2 h.

Las cámaras de comercio en Colombia... Recopilación publicada por la Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá, Edit. Minerva, 1934. 53 p. Contenido: Ley 28 de 1931, sobre cámaras de comercio; Decreto 1890 reglamentario de la Ley 28 de 1931; Ley 38 de 1932 reformatoria de la Ley 28 de 1931; Decreto 1449 de 1932; Decreto 808 de la Gobernación de Cundinamarca; reglamento de la Cámara de Comercio de Bogotá (adoptado por las demás cámaras de comercio del país); jurisprudencia del Ministerio de Industrias sobre cámaras de comercio.

CAMARGO CABALLERO, VICENTE. – **Lecciones de legislación civil y mercantil para el curso de comercio superior, conforme al programa del Ministerio de Educación.** (Bogotá, Librería Voluntad). 1957. 140 p.; – 2ª ed. (Bogotá), Edit. A B C, 1962. 169 p.

CARDONA LEÓN, JOSÉ. – **El contrato de transporte.** Bogotá, Imp. Kelly, 1941. 167 p.

CARVAJAL RODERWALDT, LUIS. -...**Anotaciones sobre las asambleas en las sociedades anónimas.** Cali, 1951. 124 p., 2 h.

CARREÑO VARELA, BERNARDO. – **El capital de las sociedades anónimas**. Bogotá, Imp. Departamental, 1953. 139 p.

CARRIZOSA, ALFREDO. **-...Apuntes sobre quiebras...** – Bogotá, Tip. Minerva, 1916. 69 p. Tesis de grado; comenta el título V del libro I del Código de Comercio Terrestre (artículos 121 a 181), posteriormente derogado por el Decreto 750 de 1940.

CASTILLO MARTÍNEZ, ANTONIO DEL, 1913. – **Comentarios de derecho comercial.** Estatuto legal de las sociedades comerciales, contratos de seguros y quiebras comerciales. Bogotá, Edil. Santafé, 1943. 140 p.; -2ª ed. corregida y aumentada. Bogotá, Edil. Santafé, 1947. 1 h. p., 304 p.

CIFUENTES R., OCTAVIO. – **Contribución al estudio de las sociedades de responsabilidad limitada.** Medellín (Imp. Universidad). 1943. 187 p.

CLARKE, ALFRED C., y PAREJA, CARLOS H., 1899. – **Manual de auditoría.** Legislación y jurisprudencia sobre sociedades comerciales y contadores profesionales. Bogotá, Librería Voluntad, 1941. 349 p.

COBO CAYÓN, JUAN FERNANDO. – **Manual de derecho aéreo.** Tomo I. (Bogotá, Lito Lucros), s. f. 544 p., 1 h.

— **Seguros y reaseguros.** (Estudio técnico-jurídico-práctico), 1962-1968. 4 t. El t. I apareció en multilith; Los restantes impresos en Edit. Guadalupe.

COCK, VÍCTOR, 1891-1960. – **Concepciones modernas sobre la teoría de la nacionalidad de las sociedades civiles, comerciales y financieras.** Bogotá, Edil. Minerva. S. f. 26 p.

Carece de página titular; conferencia dictada el 13 de junio de 1923 en el salón de grados de la Facultad Nacional de Derechos de Bogotá.

Derecho cambiario colombiano. Comentarios a la Ley 46 de 1923 sobre instrumentos negociables. 1ª ed. Bogotá, Casa Editorial Santafé, 1933. XXXVIII, 339 p.; – 2ª ed. Bogotá, Edit. A B C, 1948. 2 p. 7-372 p.

COLOMBIA. Banco de la República. – **Ley 25 de 1923 "orgánica del Banco de la República" y disposiciones que la adicionan y reforman...** Bogotá, Imp. del Banco de la República, 1942. 186 p.

Suplementos de 1950 (86 p.) y 1952 (52 p.).

COLOMBIA. Congreso. – **Proyecto de Código de Comercio, en Anales del Congreso** (Bogotá), año IV, núm. 331 (21 de diciembre de 1961), 5261-5289.

Comprende los dos primeros libros del Código (644 artículos y uno transitorio) y una breve exposición de motivos del senador Hernando Carrizosa Pardo.

COLOMBIA. Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. – **Compilación de la ley orgánica del Consejo y decretos reglamentarios de este ramo.** Hecha por el Dr. Marco S. de Urbina. Bogotá, Edit. Cromos, 1933. 76 p.

COLOMBIA. Leyes. – **Antecedentes del proyecto de ley sobre establecimiento de compañías de seguros en Colombia.** Publicado por la Compañía Colombiana de Seguros y la Compañía General de Seguros. Bogotá, Imp. Eléctrica, 1909. 60 p.

COLOMBIA. Ministerio de Industrias y Trabajo. Departamento de Comercio e Industrias. – **Leyes y decretos sobre cámaras de comercio.** Bogotá, Imp. Nacional, 1937. 23 p.

COLOMBIA. Ministerio de Justicia. – **Proyecto de Código de Comercio elaborado por la comisión revisora del Código de Comercio...** Bogotá (Imprenta Nacional), 1958. 2 v.

COLOMBIA. Superintendencia Bancaria. – **Disposiciones legales y reglamentarias sobre control de seguros.** Bogotá, Imp. del Banco de la República, 1943. 91 p.

— **Doctrinas y conceptos de la Superintendencia Bancaria.** Desde su fundación hasta el 30 de junio de 1952. Bogotá (Imp. Departamental), 1952-1953. 2 t. El t. II contiene un apéndice con los conceptos emitidos desde el 1º de julio de 1952 hasta el 30 de junio de 1953.

— **Doctrinas y conceptos sobre compañías de seguros y sociedades de capitalización.** Desde su fundación hasta septiembre de 1960. Bogotá, Imp. Nacional, 1961. 167 p.

— **Legislación y doctrinas sobre almacenes generales depósito...** Bogotá, 1952. 86 p.; – 2ª ed. Bogotá, Superintendencia Bancaria, 1957. 150 p.

En multilith.

— **Legislación sobre almacenes generales de depósito...** Bogotá, Superintendencia Bancaria, 1962. XI, 150 p.

En multilith.

COLOMBIA. Superintendencia de Sociedades Anónimas. **– Doctrinas.** (Bogotá, Edit. Pax, 1949). 464 p. **(Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas,** núm. 18, diciembre de 1949).

Doctrinas (1940-1957). Bogotá, Imp. Nacional, 1958. 542 p. **(Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas,** núm. 29, mayo de 1958).

CORTÉS, FÉLIX, 1870-1940. **– Comentarios al Código de Comercio Terrestre...** Bogotá, Tip. Moderna, 1933. 426 p., 3 h.

Estudia todo el código; fue por mucho tiempo el mejor y más completo de los tratados, y aún hoy se ve citado en varios fallos. El Congreso autorizó al Gobierno para adquirir la propiedad literaria de la obra (Ley 29 de 1940, art. 4º) pero no se dio cumplimiento a la disposición.

CURREA L., ALFREDO. **– Introducción al estudio y práctica del seguro.** (Bogotá, Ediciones Tercer Mundo, 1966). 153 p., 1 h.

DUQUE ECHEVERRI, J. EMILIO. **– Mecánica de la sociedad anónima.** Conferencias dictadas en INCOLDA entre el 14 y el 28 de febrero de 1966. (Medellín), Edit. Bedout, s. f. 147 p., 2 h.

ECHEVERRI HERRERA, JORGE. -**...Los seguros.** Aspectos técnicos, comerciales, económicos, jurídicos y sociales; temas desarrollados bajo el auspicio de la Superintendencia Bancaria... (Bogotá, Imp. Departamental), 1954. 236 p.

ESCOBAR LÓPEZ, IGNACIO. **– Anotaciones sobre la ley de instrumentos negociables.** Bogotá, Edit. Cromos, 1930. 63 p. Tesis de grado.

ESCOVAR GARCÍA, ÁLVARO. **– Estudio jurídico y técnico de la póliza de seguro de automóviles.** Tunja, Imp. Departamental, 1959. 387 p. Tesis de grado.

FRANCO HOLGUÍN, JORGE. **– Evolución de las instituciones financieras en Colombia.** México, Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos (CEMLA), 1966. 256 p., 1 h.

GARCÍA H., ROGELIO. **– Código de Comercio.** Lapsos y términos señalados por el expresado código y varios formularios... Barranquilla, Tip. "El Comercio", 1899. 56 p.

— **Prontuario de disposiciones vigentes sobre navegación fluvial y varios formularios.** Barranquilla, Imp. de "El Comercio", 1913. 148 p. Hubo una 2ª ed. en 1925.

GAVIRIA GUTIÉRREZ, ENRIQUE. – **Reflexiones sobre derecho mercantil.** (Medellín, Imp. de la Universidad de Antioquia, 1968). VII, 237 p., 1 h.

GIL SÁNCHEZ, ALBERTO. – **Estudio comparado sobre quiebras.** Medellín, Librería y Editorial Siglo XX, 1943. 163 p. Comentado en el Decreto 750 de 1940, declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de mayo da 1969.

GÓMEZ NARANJO, ABELARDO, m. 1960. – **Derecho aéreo.** Bogotá, Edit. Cromos, 1934. 180 p. Salió una 2ª ed. en 1938.

GÓMEZ VARGAS, CARLOS. -...**El derecho de voto en las sociedades anónimas...** Bogotá, Edit. Andes, 1940. 109 p.

GÓMEZ, DELIO. – **Anónimas mercantiles.** Comentario legal, financiero y contable; régimen interno de la sociedad; contabilidad... Bogotá (Edit. Antena), 1943. 411 p.

— **Tratado práctico de la sociedad limitada.** S. p. de i. 1 h. p., 235, IV p.

GONZÁLEZ PIEDRAHÍTA, ERNESTO. – **Las normas consuetudinarias ante el derecho mercantil colombiano.** Madrid, Imp. Sáez, 1933. 3 h. p., 320 p. Tesis de grado presentada en la Universidad de Madrid.

GONZÁLEZ VELÁSQUEZ, JULIO, 1915. – **Apuntes sobre quiebras.** (Medellín, Multigráficas, 1968). 378 p., 6 h.

Estudia el Decreto 750 de 1940, que como ya se dijo, fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia.

GUERRA AZUOLA, RAMÓN, 1826-1903. – **Cuadro sinóptico de derecho comercial cundinamarqués.** O sea, compendio del Código de Comercio de Cundinamarca... Bogotá, F. Torres Amaya, 1880. 1 h. p., 17 p.

GUEVARA S., MARCO T -**...Manual de seguros.** Comerciales, vida, capitalización... (Bogotá, "Asecolda"), 1965. 139 p.

Guía práctico-forense y comercial... Medellín, C. A. Molina, 1906. 2 t. I. Práctica forense, por Manuel Molina Vélez. II. Práctica comercial, por Luis Mariano Olarte.

GUTIÉRREZ JIMÉNEZ, LUIS. – **Las sociedades anónimas en derecho mercantil.** Bogotá, Talleres de Ediciones Colombia, 1926. 59 p. Tesis de grado.

HUERTAS GONZÁLEZ, MANUEL J. – **Nociones generales de derecho mercantil.** Bogotá, Escuela Tipográfica Salesiana, 1927. 72 p.

JIMÉNEZ, ERNESTO. – **Breves apuntes prácticos al margen de la ley sobre instrumentos negociables.** Cartagena, 1932. 184 p.

JIMÉNEZ LÓPEZ, LUIS. ·**...El Banco de la República contra los intereses nacionales.** Bogotá, Ediciones Colombia, 1927. IX, 170 p.

LEAL CONTRERAS, NÉSTOR. – **Régimen legal y jurisprudencia de sociedades anónimas...** Bogotá, Talleres Gráficos Mundo al Día, 1940. 130 p.

Ley sobre sociedades de responsabilidad limitada. (Ley 124 de 1937). Ministro, doctor Antonio Rocha. Bogotá, Edil. "El Gráfico", 1938. 1 h. p., 86 p. Al comienzo del título: Ministerio de Industrias y Trabajo.

Contiene: proyecto primitivo y exposición de motivos (autor: Manuel F. Caamaño), discusión del proyecto en el parlamento y un estudio sobre la ley por el doctor Jesús M. Arteaga, dividido en seis capítulos.

Leyes 25, 45 y 46 de 1923 y exposición de motivos. Ley 17 de 1925. Escritura social y estatutos del Banco de la República. Bogotá, Edit. Minerva, 1927. 206 p., 1 h.

LIÉVANO BARAYA, JOSÉ FÉLIX y SÁNCHEZ BERNAL, JOSÉ ANTONIO.

Compilación aérea nacional. (Aviación militar; aviación civil y militar; radiocomunicaciones; correos; aduanas; convenciones internacionales). 1916-1948. Bogotá, Imp. del Ministerio de Guerra, 1949. 697 p.

LONDOÑO, CARLOS MARIO, 1920. -**...Teoría y práctica en las sociedades comerciales.** Bogotá, Antares, 1951. 3 h. p., 200 p., 4 h.

LÓPEZ, JOSÉ LUIS. – **Cuarenta años de instrumentos negociables.** (Medellín), publicación de la Cámara de Comercio de Medellín (1963). 28 p.

Contiene: l. Su origen. II**.** Su estructura. III. Su aclimatación. En esta parte hay una relación de la bibliografía sobre la Ley 46 de 1923.

MACKENZIE, MAURICIO, 1899-1969. – **Doctrina y jurisprudencia del derecho cambiarlo colombiano.** Bogotá, Edit. Cromos, 1934. 190 p.

— **Seguros comerciales terrestres.** Bogotá, Edit. Cromos., 1938. 326 p.

MANRIQUE SILVA, LUIS E. – **Responsabilidad bancaria en el pago de cheques falsos.** (Artículo 191 de la Ley 46 de 1923). Cali, Imp. Departamental, 1941. 76 p.

MARCHANT, ANYDA. – **Aviation in Colombia,** en **Air Law Review** (January, 1938), 45-64 (New York, N. Y. University Law School, 1939).

MARIÑO PINTO, ENRIQUE. – **Código de ferrocarriles de Colombia.** Edición oficial. Bogotá, Edit. Minerva, 1927. 233 p., 1 h.

MARRIAGA, RAFAEL, 1912-1965. – **Derecho mercantil.** Barranquilla (Imp. Departamental), 1954. 3 h. p., 145 p., 3 h.; – 3ª ed. corregida y aumentada. Bogotá, Edit. Temis, 1961. 137 p., 1 h.

MEDINA GARZÓN, MYRIAM. – **Régimen jurídico del cheque.** Bogotá (Tip. Velásquez), 1969. 112 p. Tesis de grado.

MENDOZA Y MENDOZA, ALEJANDRO, 1916. – **El estatuto del accionista.** Legislación y jurisprudencia. Bogotá, Edit. Centro, 1941. 262 p., 1 h.; 2ª ed. reformada y actualizada. Bogotá, Edit. Kelly, 1969. XII, 493 p.

MERCADO, ABEL, 1915-1966. – **Derecho comercial.** Parte general. Bogotá, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1964. 208 p., 2 h.

En multilith.

MONSALVE, JOSÉ DOLORES, 1864-1935. – **Esbozo histórico de nuestra legislación bancaria,** en **Estudios jurídicos y de historia de legislación colombiana...,** Bogotá, Imp. Nacional, 1924, p. 188-246.

Antes apareció por entregas en la **Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.**

MORENO JARAMILLO, MIGUEL, 1890. – **Sociedades.** (Medellín, Tip. Bedout), 1930- 1941. 5 v.

NARVÁEZ, JOSÉ IGNACIO. – **Código de sociedades.** (Bogotá, Edit. Minerva, 1960). 3 h. p. 444 p.

— **Régimen legal de las sociedades comerciales...** Bogotá, Legislación Económica (1967). XXIII, 342 p.

OLARTE, LUIS MARIANO. – **Práctica comercial,** véase **Guía práctico-forense y comercial.**

OLARTE CAMACHO, VICENTE, 1872-1920. -**...El domicilio en las sociedades anónimas.** Bogotá, Imp. de "La Luz", 1916. 57 p.

ORTEGA DÍAZ, ALFREDO, 1874-1959. – **Ferrocarriles colombianos.** Legislación ferroviaria... Bogotá, Imp. Nacional, 1949. VII, 129 p. (Biblioteca de historia nacional, v. LXXX).

ORTEGA TORRES, JORGE, 1911. – **Derecho mercantil.** Bogotá, Ediciones del Ateneo Comercial, 1948. 2 h. p., 191 p.; – 2ª ed. Bogotá, Edit. Temis, 1967. 205 p.

OSPINA, JOAQUÍN, 1875-1951. – **Diccionario de derecho mercantil.** Salamina, Tip. Cervantes, 1921. 3 h. p., VI, 272 p., 3 h.

OSSA G., EFRÉN. – **Lecciones de seguros.** Dictadas en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Antioquia. Medellín (Imp. Universidad de Antioquia), 1952. 235 p.

— **Tratado elemental de seguros.** Medellín (Edit. Bedout), 1956. XI, 374 p., 1 h.; 2ª ed. Bogotá, Ediciones Lerner (1963). 575, LXXXVI p., 1 h. En la 2ª ed. el apéndice (en romanos) es el proyecto sobre seguros, redactado por el autor, y que forma parte del Código de Comercio.

OTERO MUÑOZ, GUSTAVO, 1894-1957. – **El Banco de la República,** 1923-1948. Edición conmemorativa de la fundación del Banco de la República en su XXV

aniversario. Bogotá, Talleres gráficos e Imp. del Banco de la República, 1948. 330 p.

PALAU, ALFONSO. – **Las sociedades anónimas en el derecho colombiano...** Cali, Tip. Moderna, 1914. 2 h. p., 110 p., 2 h.

PARÍS, JOSÉ J. -**...El éxito en la venta del seguro de vida.** Bogotá, Edit. S. I. P A. (1963). 240 p., 3 h.

PINEDO SALCEDO, RAFAEL. – **Régimen jurídico de la navegación aérea.** Bogotá, Edit. El Gráfico, 1937. 120 p.

PINZÓN, JOSÉ GABINO, 1912. – **Derecho comercial.** Bogotá, Edit. Temis, 1957-1962. 3 v. Del t. I hay una 2ª ed. con el título **Introducción al derecho comercial.** Bogotá, Edit. Temis, 1966. XX, 510 p., 1 h. Contiene cuestiones generales.

PLAZAS, ARCADIO, 1913. – **Código de sociedades.** 1ª ed. Bogotá, Librería Voluntad, 1953. 286 p.; – 2ª ed. Bogotá, Edit. Librería Voluntad, 1957. 230 p.; 3ª ed. Bogotá, Librería Voluntad (1961). 629 p., 1 h.; – 4ª ed. Bogotá, Edit. Voluntad (1962). 651 p., 1 h.; 5ª ed. Bogotá, Edit. Voluntad (1966). 640 p., 1 h. (Colección "Codex Brevis").

POLANCO, GILBERTO. – **La legislación bancaria y el derecho de emisión en Colombia.** Bogotá, Edit. Santafé, 1925. 80 p. Tesis de grado.

— **Programas de formaciones comerciales específicas: orientación bancaria…** Bogotá, "Sena", 1963. 71 h.

RESTREPO MORENO, ALFONSO, 1908.- **Código de sociedades.** Medellín, Tip. Industrial, 1940. 3 h. p., XVIII, 376, 20 p.; – 2ª ed. con el título **Código de sociedades y comentarios.** (Medellín, Ediciones Librería Siglo XX), 1946. 2 t.

RESTREPO SALAZAR, JUAN CAMILO. – **Las obligaciones en moneda extranjera.** Bogotá, Edit. Kelly, 1969. 205 p. Tesis de grado.

RÍOS B., VÍCTOR E. – **Elementos de técnica bancaria y legislación de bancos comerciales.** Bogotá, Tip. Colón, 1941. 157 p.

RIVAS FRADE, FEDERICO, 1858-1922. -**...Lecciones de derecho mercantil y de economía política, para las escuelas de comercio.** Bogotá, Imp. "La Verdad Social", 1921. 2 h. p., 155, IV p., 1 h.

RIVAS G., FRANCISCO JOSÉ. – **Régimen legal de las sociedades anónimas.** (Ley 58 de 1931). Bogotá, Librería Voluntad, 1940. 128 p.

RIVAS SACCONI, JOSÉ MANUEL, 1917. -**...Responsabilidades de los administradores de sociedades anónimas.** Prólogo de Francisco de P. Pérez; disposiciones vigentes sobre sociedades anónimas. Bogotá, Edit. Minerva, 1942. 160 p.

ROBLEDO URIBE, EMILIO, 1907.- **Instrumentos negociables.** 1ª ed. Bogotá, Librería Jurídica, 1945. 595 p.; – 2ª ed. corregida y aumentada. Bogotá, Edit.

Temis, 1950, 598 p.; reediciones: Bogotá, Ediciones Lito Lucros, 1959. 595 p.; Bogotá, Ediciones Lito Lucros, 1963. 595 p.

ROCHA ALVIRA, ANTONIO, 1899. – **Conferencias de derecho mercantil.** Bogotá, s. f., 151 hojas. En mimeógrafo.

— **...Lecturas sobre la sociedad colectiva.** 1ª ed. Bogotá, Ediciones Lerner, 1968. 188 p., 1 h.

— **...Supervigilancia de sociedades anónimas y en comandita por acciones.** Estudios y documentos que presenta al Congreso nacional en sus sesiones ordinarias de febrero de 1938 el ministro de industrias con motivo del proyecto de ley sobre supervigilancia de sociedades anónimas y en comandita por acciones... Bogotá, Edit. Centro, 1938. 135 p., 1 h. Al principiar el título: Ministerio de Industrias y Trabajo.

RUEDA VARGAS, BERNARDO. – **Manual práctico de legislación comercial.** (Para comerciantes y hombres de negocios). Bogotá (Edit. Minerva), 1950. 133 p.; – 2ª ed. Bogotá, (Edit. Minerva) 1953. 138 p.

SALAZAR GRILLO, ARTURO, 1891, y ARANGO, JOSÉ MARÍA, 1878. – **Estudio sobre los instrumentos negociables.** Tomo I. Manizales, Imp. Departamental, 1933, 215 p.; – 2ª ed. con el título de **Instrumentos negociables.** Bogotá, Edit. Temis, 1965. XVI, 269 p.; – 3ª ed. Bogotá, Edit. Temis, 1969. XVI, 270 p., 1 h.

Desde la 2ª ed. la obra está completa; fue dirigida solamente por el doctor Salazar Grillo, por la muerte del coautor Arango.

SAMPER, DARÍO, 1909. – **Los transportes en Colombia.** Bogotá (Prensas de la Contraloría General de la República). 1965. 213 p., 1 h.

Transporte por carreteras, fluvial, aéreo, etc.

SÁNCHEZ, LEOVIGILDO. – **Prontuario de derecho y práctica mercantil...** Bogotá, Escuela Tipográfica Salesiana, s. f., VIII, 304 p.

SARMIENTO GONZÁLEZ, ENRIQUE. – **De los aportes en las sociedades de responsabilidad limitada.** (Ley 124 de 1937). Bogotá, Edit. Letras, 1939. 103 p.

SERNA R., EDUARDO, 1892. – **Responsabilidad de los socios en las sociedades colectivas de comercio...** Bogotá, Edit. San Bernardo, 1916. 52 p. Tesis de grado.

SERRANO A. LUIS F. – **Código de sociedades.** Legislación, doctrina, modelos de minutas. (Bogotá), publicaciones de Legislación Económica, 1959. 337 p.; – 3ª ed. Bogotá (El Gráfico), 1961. 3 h. p., XXII, 797 p., 1 h.

SPATH NEREL, MOISÉS. – **La quiebra.** Estudio crítico de la legislación colombiana actual y sus reformas. Bogotá, Edit. Centro, 1940. 3 H. p., XV, 268 p.

Comenta el Decreto 750 de 1940, declarado inexequible por la Corte.

SUÁREZ. VIRGILIO J. – **Compañías de responsabilidad limitada.** (Tunja, Imp. Oficial), 1939. 171 p.

TALERO GUZMÁN, EDUARDO. **Breve estudio de la Ley 46 de 1923 sobre instrumentos negociables.** Bogotá, Edit. Minerva, 1924. 93 p. Tesis de grado.

TOBÓN, LÁZARO. 1891-1961. – **Instrumentos negociables.** Compilación de disposiciones legales sobre esta materia, concordadas y anotadas. Medellín, s. i., 1926. 88 p.

TORRES, ALBERTO HENRIQUE. – **Tradición histórica del derecho mercantil colombiano, en Boletín de Historia y Antigüedades** (Bogotá), vol. XXXV, núms. 404-406 (junio-agosto de 1948), 451-460.

URBINA GAVIRIA, MANUEL DE. – **El cheque...** (Bogotá), Edit. El Libertador, 1962. 2 h. p., 111, II p. Tesis de grado.

URIBE HOLGUÍN, JUAN, 1903. – **Agrupaciones de obligacionistas.** Bogotá, Tip. Omega, 1925. 54 p.

VALENCIA ARANGO, HORACIO. -**...Compilación mercantil y bancaria...** Ed. ordenada por el Senado de la República, y dirigida, concordada y anotada por Horacio Valencia Arango... Bogotá, Imp. Nacional, 1927. 2 h. p., 562 p., 1 h.

VARGAS RAMÍREZ, MANUEL JOSÉ. -**...Constitución y régimen de las sociedades anónimas.** Bogotá, Imp. Antares (1952). 69 p., 1 h.

VÁSQUEZ PINZÓN, BUCARDO y otros. – **Reflexiones acerca del aspecto jurídico técnico del contrato individual del seguro,** (por) Bucardo Vásquez Pinzón. **El cheque y algunos de sus aspectos penales,** (por) ElIpzzon Vásquez Pinzón. **La letra de cambio,** (por) Henry Vásquez Pinzón. Bogotá (Edit. "Prensa Católica"), 1958. 375 p.

VÉLEZ ECHEVERRI, ADOLFO. – **Establecimientos comerciales (Les fonds de commerce) y propiedad comercial.** (Manizales, Imp. del Departamento), 1940. 192 p.

VILLA URIBE, WILLIAM, 1919. – **Sociedades anónimas.** (Régimen legal en Colombia). (Bogotá, Edit. Pax), 1950. 1 h. p., 159 p., 1 h.

— **Las sociedades de responsabilidad limitada en Colombia.** 2ª ed. Bogotá, Librería Voluntad, 1946. 180 p. El doctor Villa Uribe dirigió la Revista Trimestral de Derecho Comercial, cuyo número 1 apareció en junio de 1946 y terminó con la entrega correspondiente a los números 38-39, en diciembre de 1955.

ZULETA ÁNGEL, ALBERTO, 1904. – **Derecho mercantil.** Bogotá, s. f. 139 p. En mimeógrafo; son conferencias de clase.

Traducciones

KELSEY, R. WILFRED y DANIELS, ARTHUR C. – **Manual del seguro de vida.** Versión castellana de Jaime Revollo... (Bogotá, Edit. El Catolicismo, 1963). 92 p.

Propiedad industrial

ANGULO B., FRANCISCO DE. – **Compilación sobre propiedad industrial...** 100 p., 2 h. Carece de pie de imprenta.

CAVELIER, GERMÁN. – **Marcas de fábrica y nombres comerciales.** Jurisprudencia del Tribunal Superior de Bogotá: 1930-1961. Bogotá, Edit. Temis (1962). XII, 266 p., 1 h.

Código de propiedad industrial y especialidades farmacéuticas... Bogotá (El Gráfico), 1945. 430 p.

MATEUS, JORGE. – **La propiedad Industrial en Colombia.** Compilación de disposiciones legislativas, ejecutivas y administrativas vigentes de la república sobre propiedad industrial, arreglada para uso de abogados, comerciantes, industriales y empleados... Bogotá, Casa Editorial Santafé, 42 p., 1 h.

ORTEGA TORRES, JORGE, 1911. - **Marcas y patentes.** Legislación sobre propiedad industrial, jurisprudencia, concordancias y modelos. Bogotá, Edit. – Centro, 1945. 86 p., 2 h.; – 2ª ed. aumentada. Bogotá, Edit. Temis, 1954. 116 p., 1 h.; – 3ª ed. aumentada. Bogotá, Edit. Temis, 1957. 2 h. p., 122 p.; – 4ª ed. actualizada. Bogotá, Edit. Temis, 1960. 2 h. p., 114 p.; – 5ª ed. actualizada. Bogotá, Edit. Temis, 1965. 158 p.

PACHÓN MUÑOZ, MANUEL. – **Algunos aspectos de los juicios de oposición y cancelación del registro de marcas...** Bogotá, S. I. P. A., 1962. 3 h. p., 133 p., 1 h.

RESTREPO LLANO, ALBERTO. – **Registro de la propiedad Industrial en Colombia...** Bogotá, Edit. Mundo al Día, 1940. 578 p.

Good will

Este tema tiene relación con el derecho mercantil y el tributario.

CARTAGENA, LUIS EDUARDO. – **Qué es el Good Will.** Bogotá, Imp. Departamental, 1953. 75 p. Carece de página titular.

DEVIS ECHANDÍA. HERNANDO, 1916.- **I. El Good Will y su reglamentación en derecho colombiano. II. Habitualidad para efectos impositivos.** Bogotá, Edit. Minerva, 1952. 143 p. Lo primero está desarrollado en las p. 5-102.

JORGE ORTEGA TORRES

Se terminó de imprimir esta Revista el 30 de junio de 1971, en las prensas de los Talleres de El Catolicismo.
Bogotá, D.E. – Colombia.

REVISTA DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ N.º 4

Las Sociedades en el Nuevo Código de Comercio. (Segunda Parte)
Por J. Gabino Pinzón

Empresas del Estado y Sociedades Mixtas en la Reforma del 68 y en el Código de Comercio
Por Jaime Vidal Perdomo

De las Sociedades Extranjeras
Por Julio J. Benetti Salgar

De la Fiducia o Fideicomiso en el Código de Comercio
Por Arturo Valencia Zea

Títulos Valores en el Nuevo Código de Comercio
Por Fernando Londoño Hoyos

Régimen de la Capacidad en el Nuevo Código de Comercio
Por Ramón E. Madriñán de la Torre

La Legislación Aeronáutica en el Nuevo Código de Comercio
Por Diego Pardo Tovar

"La Competencia Desleal"
Por Alfonso Torres M.

Algunas Incidencias Económicas del Nuevo Código de Comercio
Por Antonio Copello Faccini

El Libro V del Código de Comercio
Por Guillermo Sarmiento Rodríguez

El Nuevo Código de Comercio y la Legislación Tributaria en Materia de Sociedades
Por Alberto Revollo Bravo

Bibliografía sobre Inversiones Multinacionales
*Por Angela Hern*ández de Caldas

Año 1 — BOGOTÁ SEPTIEMBRE DE 1971 — NÚMERO 4 — PRECIO $20.00

Contenido

El Tema 225

Las sociedades en el nuevo Código de Comercio (Segunda Parte) 227

Empresas del Estado y sociedades mixtas en la Reforma de 1968 en el Código de Comercio 263

De las sociedades extranjeras 275

De la fiducia o fideicomiso en el Código de Comercio 291

Títulos-valores en el nuevo Código de Comercio 319

Régimen de la capacidad en el nuevo Código de Comercio 333

La legislación aeronáutica en el nuevo Código de Comercio 341

"La competencia desleal" 357

Algunas incidencias económicas del nuevo Código de Comercio 367

El libro V del Código de Comercio 375

El nuevo Código de Comercio y la legislación tributaria en materia de sociedades 379

Bibliografía sobre inversiones multinacionales 389

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ

JUNTA DIRECTIVA

PRINCIPALES	SUPLENTES
Sr. Alberto Galofre Henríquez	Sr. Daniel de Bedout
Sr. Manuel Trujillo Venegas	Sr. Álvaro Barrera Castro
Sr. Darío Vallejo Jaramillo	Dr. Uriel Jaramillo Botero
Sr. Alfonso Restrepo Grillo	Sr. Juan B. Pombo
Sr. José Carulla Soler	Sr. Roberto Pradilla Jaramillo
Sr. Germán Uribe Holguín	Dr. Guillermo Sánchez P.
Sr. Carlos A. Bermúdez	Sr. Emilio Rubio Díaz
Dr. Carlos Ardila Lulle	Dr. Eduardo Camacho Gómez
Sr. Juan Pablo Ortega	Sr. Guillermo Wiesner R.
Sr. Aurelio Ramos Henao	Sr. Diego Robledo U.
Dr. José Gómez Pinzón	Sr. Humberto Vega Lara
Dr. Alberto Díaz Rubio	Sr. Carlos A. Mendoza
Dr. Jorge Pinzón Markous	Sr. Juan Buraglia
Dr. José Mejía Salazar	Sr. Roberto París Gaitán
Sr. Enrique Páez del Río	Sr. Eduardo González C.

Presidente: Sr. José Mejía Salazar
Vicepresidente: Dr. Alberto Díaz Rubio
Delegado de los vocales: Sr. Aurelio Ramos Henao
Secretario general: Dr. Fernando Santos Silva
Subsecretario: Dr. Delio Gómez Leyva
Director del Centro de Información Económica de Bogotá: Dr. Luis Javier Duarte Riveros.
Director de publicaciones: Sr. Guillermo Gómez M.

REVISTA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ

AÑO 1 • BOGOTÁ, SEPTIEMBRE DE 1971 • NÚMERO 4
LICENCIA EN TRÁMITE EN EL MINISTERIO DE GOBIERNO

DIRECTORES
FERNANDO SANTOS SILVA
GUILLERMO GÓMEZ MONCAYO

COMITÉS ASESORES DE LA DIRECCIÓN

ECONÓMICO
Fernando Sanz Manrique
Hugo Sin C.
Jorge Franco Holguín
Aníbal López Trujillo

CULTURAL
Jaime Duarte French
Fernando Cepeda
Daría Achury Valenzuela
Jaime Jaramillo Uribe

JURÍDICO
Juan Rafael Bravo
Gabriel Melo Guevara
Álvaro Pérez Vives
Gabino Pinzón
Jaime Vidal Perdomo

La Dirección de la Revista advierte que las tesis u opiniones sostenidas por los colaboradores de la misma no comprometen el pensamiento de la Cámara de Comercio de Bogotá, el cual se expresa oficialmente por intermedio de su junta directiva.

El Tema

En el número 3 de la Revista, tuvimos el gusto de presentar los estudios realizados por los conocidos especialistas J. Gabino Pinzón, Jaime Vidal Perdomo, J. Efrén Ossa G., Manuel Pachón Muñoz, Emilio Robledo Uribe, Álvaro Pérez Vives, Ramón Madriñán de la Torre, León Posse Arboleda, Luis Carlos Neira Archila, José Ignacio Narváez García y Servio Tulio Ruiz sobre aspectos del Nuevo Código de Comercio, estatuto que habrá de regir desde el primero de enero del año próximo.

En esta edición continúa, con participación de colaboradores muy destacados en el campo del derecho, el análisis de las disposiciones contenidas en el código. También se pueden apreciar algunas consideraciones sobre secuencias económicas del nuevo reglamento.

El código es motivo de amplia controversia en todo lo relacionado con su extenso articulado y las tendencias, modificaciones e innovaciones que consagra. Siempre ha ocurrido algo parecido cuando se intenta la tarea de actualizar las normas que han enmarcado las actividades de una rama especializada, Y esa controversia, no cabe duda, ha sido y será oportunidad para el mejor entendimiento del espíritu de las regulaciones escritas.

Al dedicarle dos ediciones de la revista, la Cámara de Comercio de Bogotá ha sido consecuente con la trascendencia de la materia y con la buena acogida que ha merecido su publicación en los medios profesionales. Evidentemente, este ha sido el objetivo fundamental, hacer conocer las opiniones e inquietudes de los especialistas colombianos en torno de los problemas nacionales, y no solo dentro de las fronteras patrias sino fuera de ellas.

Las ediciones de la revista sobre el Código de Comercio representan un buen aporte al conocimiento de tales disposiciones, gracias a la calidad de los expertos que han entregado su tiempo al estudio de las mismas. A todos ellos presentan los directores, su más sincero agradecimiento.

Las sociedades en el nuevo Código de Comercio (Segunda Parte)

POR J. GABINO PINZÓN

Expuestas ya en el número anterior de esta revista las principales reformas de carácter general introducidas en el nuevo Código de Comercio respecto de las sociedades, fue conocida por fin la publicación oficial del Decreto Extraordinario 410 de 1970. Así pudo comprobarse que al texto original de dicho decreto, sobre el cual se hizo el comentario publicado como primera parte de este ensayo, se le hicieron numerosos retoques: muchos de ellos –la mayor parte, desde luego– fueron meras correcciones gramaticales y de puntuación, que mejoraron la lamentable presentación inicial del código, aunque sin subsanar totalmente las grandes deficiencias de que adolece por este aspecto; otras, en cambio, fueron algo más que correcciones gramaticales, porque fueron modificaciones de fondo, como el cambio de las denominaciones "sociedades de capitales" por "sociedades por acciones", "sociedades de personas" por "sociedades por cuotas o partes de interés", "juez" por "Superintendencia de Sociedades", etc., que no podían hacerse por el Gobierno, por cuanto habían expirado ya las facultades extraordinarias que tenía para expedir el Código de Comercio. Y, por cuanto trascendió al público el sentido de los retoques que se estaban haciendo al código, fue por lo que, como nota marginal de la primera parte de este estudio, se dejó constancia de que se había tomado como base una fotocopia del texto original del Decreto 410 y que, consiguientemente, quedaban a salvo los errores que resultaran por razón de correcciones que no aparecían en la fotocopia indicada, es decir, en el texto original del decreto.

Con este necesario preámbulo y ya sobre *el* texto definitivo del nuevo Código de Comercio, se exponen a continuación las principales reformas introducidas en relación con cada tipo o forma de sociedad comercial, esto es, sobre la que puede seguirse llamando la parte especial de esta materia. Y, como se hizo en la parte general, el comentario va a limitarse a lo sustancial de la reforma, a modo de un enfoque general o examen de conjunto, sin entrar en detalles, para dejar estos a otros comentaristas.

El nuevo código conserva las formas de sociedad comercial reguladas en la legislación vigente, dominadas todas, desde luego, por los principios generales esbozados en la primera parte de este estudio. Al respecto se dijo en la exposición de motivos del proyecto final de mayoría: "Una observación preliminar, que se hace por cuanto algunos funcionarios públicos la han hecho necesaria en razón de opiniones que han dado a conocer por medio de la prensa escrita, es la relacionada con el mantenimiento de los tipos tradicionales de sociedad comercial: la colectiva, la en comandita en sus dos formas, la de responsabilidad limitada y la anónima. Porque, con la idea de que ciertas formas de sociedad son fácilmente utilizadas para evadir impuestos, se ha hablado ahora de que deben ser eliminadas del derecho vigente las sociedades en comandita, como se habló antes de la prohibición de las limitadas y se llegó no hace mucho tiempo a la idea oficial y originalísima de someter a la formalidad de escritura pública la cesión de acciones de las compañías anónimas llamadas de familia. Lo cual acusa apenas un examen superficial de la cuestión, que es, a su vez, fruto de la falta de un sistema tributario de las sociedades que repare más en la función y en la capacidad económica de las sociedades que en su simple forma".

Como se dice más adelante en el mismo documento, "el mundo moderno no es ya para los esfuerzos y capitales individuales, sino para la asociación de esfuerzos y de capitales, y es un error desconocer esta realidad. Sobre todo es un error grave, fruto de una visión incompleta y hasta simplista del asunto, pretender controlar la evasión fiscal hostilizando las formas de sociedad comercial que las leyes y la doctrina universales han considerado siempre útiles y dignas de protección, ya que las empresas sociales, es decir, las actividades económicas organizadas y estables, serán siempre más útiles para la economía y para el fisco que las formas simplemente individuales y ocasionales de trabajo. Lo que hace falta en esta materia es sustituir esa desconfianza sistemática en las formas de asociación por estímulos efectivos para la inversión en ciertas formas de sociedad, como la anónima, que no solamente puede, como instrumento de desarrollo de la grande empresa, crear nuevas fuentes de empleo y nuevos campos de inversión del ahorro, sino constituir contribuyentes fuertes. Y hace falta modificar sustancialmente el régimen tributario de las sociedades, para someterlas a tarifas iguales, que no varíen por la forma de la sociedad, sino por la capacidad económica o por la rentabilidad de cada sociedad, independientemente de su forma. Con esto puede conseguirse que cada forma de sociedad cumpla la función que le corresponde en la vida de los negocios, como medios de desarrollo de empresas de diversa índole, desde las más

cerradas y modestas hasta las grandes sociedades abiertas a la inversión de toda clase de capitales".

II

La colectiva, como forma clásica de la sociedad de personas, constituye la base de la concepción y la tecnificación de las demás formas de sociedad, a medida que se ha despersonalizado, primero con la introducción de socios que pueden ser ocultos porque limitan su responsabilidad, para configurar la comanditaria; y luego –mucho más tarde–, con la sustitución del *intuitus personae* por un mero *intuitus pecuniae,* para dar su fisonomía técnica a la sociedad de capitales, cuya forma por excelencia la constituye la sociedad anónima, a la cual se ha agregado en el presente siglo, como hermana menor, según algunos, o como hija frívola, según otros, la sociedad de responsabilidad limitada. Por eso en el nuevo código del país, como en el común de los códigos de comercio, no solamente es la colectiva la primera forma de sociedad que se regula, sino que respecto de ella se conserva su estructura general, es decir, la del derecho vigente, con innovaciones de alguna importancia, como las que se esbozan a continuación.

1. La responsabilidad solidaria e ilimitada de todos los socios por las obligaciones de la sociedad sigue siendo la característica esencial de este tipo de compañía, es decir, su diferencia específica dentro del género sociedad (art. 294). Pero esta responsabilidad, que es frente a los terceros con los cuales se haya obligado o esté obligada la sociedad, no excluye la subrogación del socio que pague en las acciones del acreedor contra los demás socios, en la forma prevista en el artículo 1579 del Código Civil, pues que tales principios de este código se aplican a las obligaciones derivadas de los contratos mercantiles, en cuanto no se opongan a las reglas especiales del Código de Comercio, como se previene expresamente en el artículo 822 del nuevo código. Lo cual quiere decir que, como estaba previsto más clara y más técnicamente en el proyecto de 1958, es frente a terceros como no producen efectos las estipulaciones del contrato social que regulen en forma distinta el sistema de la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios, quedando a salvo entre estos la eficacia de dichas estipulaciones. De manera, pues, que eso de que "cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita", como se dice en el artículo 294 del nuevo código, opera solamente en el orden externo, más no en el interno, porque en este, es decir, el de las relaciones de los socios entre sí, los riesgos de la empresa social afectan a todos los socios, a prorrata de su interés social, como corresponde a un contrato de colaboración como es el de sociedad.

Lo anterior –que sigue siendo el sistema del derecho vigente– tiene, sin embargo, una modificación de importancia en el nuevo código, que también fue propuesta desde el proyecto de 1958 y que corresponde a la tendencia consagrada en las leyes modernas, como la italiana de 1942 y la francesa de 1966. Es el carácter simplemente subsidiario de esa responsabilidad de los socios, quienes gozan de una especie de beneficio de exclusión, para que los terceros hagan efectivos sus créditos de preferencia contra la sociedad y solo hagan efectiva la responsabilidad solidaria de los socios cuando la sociedad, debidamente requerida para ello, no atienda los pagos o no pueda atenderlos. Con esto, como se dijo en la exposición de motivos del proyecto de 1958, se desarrolla mejor la idea de la personificación jurídica de la sociedad, que produce una separación entre la empresa social y la actividad personal de los socios y una consecuencial separación entre los bienes directa o principalmente afectos a una y otra.

2. La responsabilidad solidaria de todos los socios por las obligaciones de la compañía colectiva incide necesariamente en la capacidad requerida para ser socio colectivo, es decir, para formar parte de una sociedad de esta clase y para ser socio gestor o colectivo de una comanditaria. Porque, como lo tiene dicho el autor de este comentario desde hace varios años, "para que todas esas obligaciones contraídas en desarrollo de la empresa social puedan hacerse efectivas contra los socios –modalidad esencial de la compañía colectiva– es necesario que todos ellos tengan esa facultad de obligarse válidamente por los actos ejecutados bajo la razón social. Sin tal capacidad no podrían quedar válidamente obligados por las resultas de los actos ejecutados por ese nuevo sujeto de derechos y obligaciones que es la sociedad. Así es como la capacidad para ejercer el comercio es un supuesto necesario de esa responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios, en la forma en que esta es, a su vez, supuesto o fundamento de gestión ejercida por los asociados. Con lo cual queda dicho, de una vez, que la exigencia de capacidad para ejercer el comercio en todos los socios se endereza directamente a la protección de los terceros, a fin de que ante estos no pueda proponer ningún socio la excepción de nulidad por incapacidad, para frustrar su responsabilidad solidaria e ilimitada". (Sociedades, parte especial, No. 4).

Con este criterio se corrige el sistema del código todavía vigente, en el cual algunos menores habilitados para ejercer el comercio pueden ser socios colectivos, previa una autorización especial para ello, otorgada por sus representantes legales o por el juez, según el caso (art. 464). Porque el nuevo código prevé, como regla general, que los menores adultos no habilitados de edad no pueden intervenir sino en sociedades en las cua-

les limiten su responsabilidad (art. 103); lo cual quiere decir, a su vez, que en relación con menores, solamente los habilitados de edad pueden ser socios de una compañía colectiva, ya que en ella no se limita su responsabilidad. Con la salvedad de que esos menores habilitados de edad, a pesar de su minoridad, no necesitan en el nuevo código esa autorización previa exigida en el actual, por cuanto el menor habilitado gozará en adelante de plena capacidad para ejercer el comercio, sin restricciones de ninguna índole para obligarse en toda clase de actos de contenido patrimonial (art. 12). Y, así, al mismo tiempo que se resuelve la dificultad que implica el derecho vigente en cuanto al punto que se viene analizando, se fija el criterio de que la exigencia de capacidad plena para ejercer el comercio que se hace para ser socio colectivo se funda en la responsabilidad solidaria e ilimitada por las obligaciones de la compañía y no en el derecho a ser gestor de los negocios sociales, como todavía se sostiene por algunos comentaristas.

3. Esa misma responsabilidad solidaria de los socios y el consiguiente derecho a ser gestores de la empresa social dan al contrato de sociedad colectiva un evidente sentido de voto recíproco de confianza que no puede darse sino **intuitus personae.** Por eso y para proteger ese **intuitus personae** se limita el derecho a ceder el interés social si no es con la aceptación de los demás socios, dada en la forma estipulada en los estatutos para las reformas del contrato social o en la forma supletiva prevista en la ley (arts. 301 y 302); y por eso también se establecen causales legales de disolución inspiradas en la idea de proteger ese **intuitus personae.**

Pero en el nuevo código, modificando el sistema del código todavía vigente –en el que se pospone el interés de los acreedores personales de los socios al interés de estos en salvar ese **intuitus personae–** se permite embargar y vender en pública subasta el interés social o derecho de un socio colectivo, aunque con limitaciones que siguen orientadas hacia la protección de ese **intuitus personae** (arts. 299 y 319). Porque, como se dijo en la exposición de motivos del proyecto de 1958, al cual pertenece la innovación: "Entre la protección del **intuitus personae** –interés particular de los socios– y la protección de los derechos de los acreedores de los asociados, la comisión prefiere la segunda, aunque sin menoscabo total de la primera. Por eso, y concordando en esto con la comisión revisora del código de procedimiento civil, se establecen algunas reglas que permitan a los socios adquirir el interés social del socio ejecutado, de preferencia a cualquier tercero, y hasta poner en liquidación la sociedad, si no les conviene adquirirlo ni continuar la sociedad con el tercero adquirente".

Esas reglas enderezadas a proteger ese interés de los socios, frente a los acreedores personales de los asociados, son las que se contienen en los ya mencionados artículos 299 y 319 del nuevo código. En el primero se prevén dos recursos de que disponen los demás socios: el uno, adquirir el derecho del socio ejecutado por el avalúo judicial del mismo, "caso en el cual el juez autorizará la cesión del interés embargado, previa consignación de su valor"; y el otro, en forma de segunda oportunidad, hacer postura en la licitación o subasta, con derecho a ser preferidos en igualdad de condiciones de precio y de pago a los terceros. Pero, aun después de perdidas las dos oportunidades indicadas, esto es, hecha la adjudicación a un tercero en la subasta, queda todavía a disposición de los socios un recurso del que pueden hacer uso dentro de los treinta días siguientes, que es, conforme al numeral 4º del artículo 319, el de declarar disuelta la sociedad, para no continuarla con el adquirente.

4. La administración de los negocios sociales por todos los socios es un derecho correlativo a su responsabilidad solidaria por las resultas de esos negocios, pues que es apenas lógico que las facultades de gestión sean proporcionadas a los riesgos que se asumen en la empresa *social*. Pero, al margen de las disposiciones del nuevo código, deben hacerse varias aclaraciones de las cuales hay dos de especial importancia, con el fin de fijar el sentido de tales normas en forma congruente y corregir, así, la ambigüedad o imprecisión en que incurrieron algunos expertos de última hora.

a) En primer lugar y partiendo de la base de que la administración conferida en la ley a todos los socios puede ser delegada en otros socios o en extraños (art. 310), hay que distinguir entre la delegación hecha en forma colectiva y la delegación hecha en forma individual. La primera forma parte del contrato social, como sistema estatutario de administración que debe adoptarse y estipularse en la escritura social, según se exige en el numeral 6º del art. 110; la segunda, en cambio, es apenas un acto del socio que, aunque corresponde a un derecho suyo dentro del sistema de la colectiva, no puede llevar a cabo en favor de un extraño si no es con autorización expresa de sus consocios (art. 296). De manera pues, que cuando se dice en el art. 313 que "delegada la administración de la sociedad, el socio o los socios que la hubieren conferido podrán reasumirla en cualquier tiempo, o cambiar a sus delegados", hay que entender estos actos con sujeción a la distinción que acaba de hacerse. Porque en la primera hipótesis propuesta el cambio de los administradores delegados representa una verdadera reforma del contrato y tiene que acordarse en la forma colectiva en que se adoptan las reformas, es decir, en junta general de socios; en la segunda hipótesis, en cambio, basta que el delegante o los delegantes obtengan

autorización expresa de los demás socios y que ese acto individual de delegación se haga por escritura pública inscrita en el registro público de comercio, esto es, con las formalidades de una reforma, aunque no constituye una verdadera reforma del contrato, dado el interés de los terceros, que deben estar en posibilidad de informarse en cualquier momento, a través de ese medio de publicidad legal que es el registro, de quiénes son las personas facultadas para representar y obligar a la sociedad.

b) En segundo lugar, debe aclararse que el derecho de los socios "a oponerse a cualquier operación propuesta, salvo que se refiera a la mera conservación de los bienes sociales" (art. 317), no puede entenderse con el sentido tan general y amplio en que se halla consagrado, Esa norma solamente está llamada a operar cuando todos los socios son gestores o administradores, mas no en los casos en los que se delega la administración, ya que, conforme al mismo código (art. 310), delegada la administración en socios o extraños, los socios delegantes quedan inhibidos para intervenir en la gestión de los negocios sociales. Así es, por lo demás, como tal principio viene operando en el derecho vigente, en el cual está previsto para el caso de pluralidad de administradores que hayan de obrar de consuno. Porque, si los socios aun en el caso de delegar la administración, pudieran ejercer ese derecho de oposición como aparece consagrado en el artículo 317 del nuevo código, se incurriría en una evidente contradicción con lo previsto en el artículo 310, según el cual los delegantes quedan inhibidos de toda intervención en los negocios sociales, al mismo tiempo que se haría imposible o muy difícil, por lo menos, la gestión de la empresa social.

5. El sistema de la sociedad colectiva, organizado todo sobre la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios, tiene sus proyecciones sobre la disolución de la sociedad y la liquidación de su patrimonio. Por eso hay causales de disolución que, como ya se dijo, tienen por fin la protección del **intuitus personae**, como la muerte de un socio –que se conserva en el nuevo código, con pequeños retoques en relación con el vigente– y la enajenación forzada del interés o derecho de un socio, si sus consocios no se avienen a continuar la sociedad con el adquirente, que, como ya se dijo, es una innovación importante del proyecto de 1958, que afortunadamente se salvó del afán revisionista de quienes decidieron ignorar ese proyecto por no haber sido sus autores. A lo cual debe agregarse, como innovación también de importancia, la regulación del derecho a pactar la continuación de la sociedad con los socios sobrevivientes, con exclusión de los herederos del socio fallecido, que es una norma de especial utilidad en las sociedades de tipo profesional, por ejemplo.

Pero en esta materia se incurrió en un error que viene desde el artículo 2132 del Código Civil, que, según el artículo 532 del Código de Comercio vigente, es aplicable a la colectiva comercial, que en caso de incapacidad sobreviniente de un socio, pueda continuar la sociedad, si los demás socios aceptan "que los derechos del incapaz sean ejercidos por su representante" (art. 319, 2ª). Porque, como se dijo al principio de este comentario sobre la colectiva, la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios supone la capacidad plena para ejercer el derecho, a fin de que todos y cada uno de los socios vayan quedando válidamente obligados por las resultas de los negocios sociales. No es, pues, suficiente que un incapaz tenga quien lo represente para el ejercicio de sus derechos de socio, para que la sociedad pueda subsistir con ese incapaz con el cual no puede formarse. Por eso la que se comenta es una regla que, aunque esté y siga vigente, no es coherente con el sistema o estructura jurídica de la sociedad en nombre colectivo.

III

Analizados en el capítulo anterior los principales aspectos de la reforma en relación con la sociedad colectiva, resulta fácil el comentario sobre la compañía en comandita. Porque la diferencia específica de esta forma de sociedad comercial está constituida por la concurrencia de dos clases de socios: unos que responden solidaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales y que son los únicos gestores de la empresa social, y otros que limitan a sus respectivos aportes su responsabilidad por esas mismas obligaciones y que no intervienen en la gestión de los negocios sociales. Por lo cual esta sí es una verdadera forma mixta de asociación, que participa de la índole de la sociedad de personas y de la índole de la sociedad de capitales, para regirse en cuanto a los socios gestores o colectivos por las reglas de la sociedad colectiva y en cuanto a los socios comanditarios por las reglas de la sociedad de responsabilidad limitada, tratándose de la sociedad en comandita simple (art. 341), o por las reglas de la sociedad anónima, respecto de las sociedades en comandita por acciones (art. 352).

Bastaría, pues, decir en este lugar que a los socios gestores o colectivos de la comanditaria, en cualquiera de sus dos formas tradicionales, se aplican las reglas de la colectiva, de las cuales se han analizado las más importantes del nuevo código, y que a los socios comanditarios de la forma simple se aplican las reglas que van a examinarse al tratar de la sociedad de responsabilidad limitada, del mismo modo que a los comanditarios de la forma por acciones se aplican las reglas de la sociedad anónima que

se esbozarán también en lo más importante en el capítulo quinto de este estudio. Pero pueden hacerse unas breves observaciones que, de una vez, permitan apreciar el sentido de la reforma en esta materia.

1. Al igual que en la sociedad colectiva, la comanditaria, en cualquiera de sus dos formas, no puede denominarse sino con una razón social, formada "con el nombre completo o el solo apellido de uno o más socios colectivos", adicionado con la indicación del tipo de comanditaria "S. en C." o "S. C. A.", según que sea simple o por acciones (art. 324). Indicaciones que deben estar precedidas de las expresiones "y compañía" (& Cía.), que constituyen parte esencial de la razón social, por cuanto dan de suyo razón de la existencia de una sociedad, esto es, de que la empresa social no se desarrolla únicamente en interés de la persona cuyo nombre se utiliza en la denominación social, sino también en interés de otras personas asociadas a ella y comprendidas bajo ese signo genérico "y compañía".

2. La administración de los negocios sociales está a cargo de los socios gestores o colectivos, no como un derecho suyo, sino como la obligación principal que contraen al celebrar el contrato, pues que esa gestión constituye su verdadero aporte a la comanditaria, independientemente de cualquier aporte de capital. Y, lo mismo que en la colectiva, los socios gestores pueden ejercer directamente la administración o pueden delegarla en otros gestores o en extraños, en la forma prevista para dicho tipo de sociedad. Con la modificación que se hace en el sentido de que los comanditarios pueden ser delegados de los gestores para negocios determinados, siempre que al obrar indiquen que lo hacen por poder, so pena de quedar solidariamente obligados por tales negocios (art. 327). Así se corrige el derecho vigente, que prohíbe toda injerencia de los comanditarios en la gestión de los negocios sociales, sin que haya motivo suficiente para impedir a ellos lo que pueden hacer los terceros.

3. En cuanto al derecho de vigilancia de los negocios sociales y de inspección de los libros y papeles de la sociedad se prevé una norma que, además de inconveniente por su aspecto práctico, no corresponde a lo previsto en la parte general. Porque en el artículo 328 se establece que "el comanditario tendrá la facultad de inspeccionar en cualquier tiempo, por sí o por medio de un representante, los libros y documentos de la sociedad", y en el artículo 203 se prevé que deben tener un revisor fiscal, para ejercer esas funciones de inspección y vigilancia, "las sociedades en las que, por ley o por los estatutos, la administración no corresponda a todos los socios", cuando así lo disponga cualquier número de los socios excluidos de la gestión que representen no menos del veinte por ciento del capital

social. La idea que inspira la institución de la revisoría fiscal para los casos anotados es precisamente la de conciliar ese derecho de los *socios* con el orden interno de la sociedad, que puede ser totalmente entorpecido, si son numerosos los comanditarios y estos pretenden revisar todos los días los libros y papeles sociales. De manera, pues, que este problema creado por esa falta de coherencia entre la parte general y la parte especial del régimen de las sociedades –frutos de las improvisaciones de última hora– hay que resolverlo en los estatutos, creando o previendo esos revisores fiscales que, como voceros de los intereses de los comanditarios, ejerzan con orden y con mejores aptitudes ese derecho de inspección y vigilancia que corresponde a dichos socios. Porque se trata de un derecho de tales socios, cuyo ejercicio puede ser regulado en la forma que en el mismo código se ha considerado suficiente o adecuada, esto es, por medio de esos revisores fiscales, y porque, regulado así en el contrato, es este el que debe operar como obligatorio, para conciliar, como queda dicho, dos intereses igualmente atendibles. Esta es una solución que coincide con lo que se prevé respecto de la sociedad en comandita simple (art. 339) y que no está excluida o limitada por ninguna de las reglas previstas para la sociedad en comandita por acciones.

4. Otra regla de carácter general para las dos formas de comanditaria es la que prevé que en las decisiones de las juntas de socios "cada gestor tendrá un voto" y cada comanditario el número de votos que corresponda "al número de cuotas o acciones" (art. 336). Con lo cual se sustituyeron normas más claras y precisas del proyecto de 1958, que regulaba la cuestión salvando el equilibrio del derecho de voto por parte de dos clases de socios igualmente interesados en el cumplimiento o desarrollo del contrato social. Porque no es justo que el voto de uno o de pocos gestores, que tienen a su cargo no solo la gestión de los negocios, sino la responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales, pueda ser anulado con el voto de un mayor número de comanditarios, si los gestores no tienen, a su vez, cuotas de capital con las cuales pueda restablecerse ese equilibrio. De manera pues, que este es otro asunto sobre el cual deben preverse reglamentaciones adecuadas en el contrato social, para combinar el voto de las dos clases de socios, a fin de que ambas tengan igual protección en cuanto al derecho de deliberar y decidir en las juntas generales. Para lo cual no será necesario dejar de aplicar el principio lógico de que cada socio colectivo no tenga sino un voto, como tal, es decir, independientemente de los que pueda tener si, a un mismo tiempo, es socio capitalista; bastará combinar, como se dijo, ese único voto de cada gestor con los votos de los comanditarios, para que unos y otros decidan en la forma igualitaria que corresponde a

un contrato de colaboración, como es el de sociedad, según se dijo al comentar la parte general.

5. También como comunes para las dos formas de comanditarias se prevén dos reglas sobre la cesión del interés social de cada clase de socios, que son totalmente incoherentes con otras del mismo código y que solo se explican por la intervención desaforada de expertos que, por ser de última hora, no tuvieron tiempo de informarse del sistema o criterio general del proyecto. Porque, habiéndose previsto en el artículo 329 que los socios gestores pueden ceder su interés social en la forma prevista para la sociedad colectiva, es decir, como una reforma del contrato, que solo requiere unanimidad cuando nada se haya previsto en el mismo contrato (arts. 301 y 302), en el artículo 338 –para la comanditaria simple– se consagra el principio de la unanimidad de colectivos y comanditarios en una forma tan ambigua que va a servir para que, en función del artículo 340, haya quienes entiendan dicho principio como imperativo, esto es, sin la posibilidad de pactar en los estatutos lo que parezca más conveniente a los socios para regular un derecho que atañe directa y exclusivamente a sus propios intereses. Y, como para hacer más ostensible esa falta de sentido de lo que se estaba haciendo, en el artículo 330 se consagró también como regla general o común a las dos subespecies de comanditaria la exigencia de que la cesión de las cuotas de los comanditarios se haga como en las sociedades de responsabilidad limitada, es decir, como una reforma del contrato (art. 362), que no puede ser aplicable sino respecto de las comanditarias simples, por cuanto en la comanditaria por acciones tienen que aplicarse las reglas propias del régimen de la sociedad anónima (art. 347).

6. En relación con la sociedad en comandita simple y sin perjuicio de las reglas generales hasta aquí esbozadas, se mantiene en el nuevo código el sistema tradicional de esta forma de compañía, cuya fisonomía está muy nítidamente configurada ya en el derecho comercial. Pero se hacen algunos retoques de carácter técnico, de los cuales son los más importantes los siguientes, que por eso deben ser mencionados en este comentario.

a) Conservando el sistema del derecho vigente, en el cual basta que la escritura social sea otorgada solamente por los gestores, se exige que en ella se indique el nombre, domicilio, nacionalidad y aporte de cada uno de los socios comanditarios (art. 337) y, desde luego, la forma y plazos en que hayan de ser pagados los aportes (art. 110), toda vez que para la válida formación de la sociedad no es necesario el pago total, ni siquiera parcial del capital social, que puede regularse según las necesidades del desarrollo de la empresa social y las conveniencias de los asociados. Con esto se

elimina el carácter de socio oculto para el comanditario, que corresponde a los orígenes más auténticos de este tipo de asociación comercial y que es el del derecho todavía vigente, en el cual se deja a los socios gestores en libertad de mencionar, o no, a los comanditarios en la escritura social. Y, por cuanto en el nuevo código ha de ser inscrita en el registro público de comercio la escritura social en su integridad, se modifica también el derecho vigente, que prohíbe incluir el nombre de los comanditarios en el extracto de dicha escritura destinado a ser registrado en las cámaras de comercio, para borrar todavía en forma más completa el carácter de socio oculto del comanditario.

b) En cuanto a las reformas del contrato social en la comanditaria simple se consagra en el artículo 340 una regla que no puede quedar sin un comentario especial. Porque, si se dice que "salvo estipulación expresa en contrario", han de ser aprobadas con el voto unánime de los socios colectivos y con el voto de la mayoría absoluta de los comanditarios, es porque se salva la libertad que corresponde a quienes son autores del contrato para disponer con qué mayorías puede ser reformado. Lo cual debe entenderse aplicable también a la cesión del interés de ambas clases de socios, que en las reglas comunes a las dos formas de comanditaria se trata como una reforma al contrato (arts. 329 y 330), para entender que el artículo 338 queda a salvo en cuanto a la exigencia de que la cesión, como conviene a toda reforma del contrato, sea hecha por escritura pública inscrita en el registro público de comercio y corregir, así, el mismo artículo 340, en el cual solamente se prevé la escritura pública para las reformas, sin exigir dicha inscripción. Esta es una forma lógica de corregir las incoherencias que hay entre todas estas disposiciones legales y de salvar el principio del derecho privado que permite a los particulares no solamente regular, sino hasta renunciar, los derechos que no miran sino a su interés individual y cuya renuncia no esté prohibida por las leyes.

c) Otra innovación que se hace respecto del régimen de la sociedad en comandita simple es la que introduce como causal de disolución de esta forma de asociación comercial la pérdida de las dos terceras partes del capital (art. 342). Lo cual representa una reforma de importancia muy relativa, dado el hecho de que en la sociedad en comandita los terceros tienen una garantía adicional en los bienes de los socios colectivos y teniendo en cuenta que la comanditaria simple no es, de suyo, una forma de sociedad utilizada para el desarrollo de empresas de grandes dimensiones, en las cuales tenga el capital más importancia que los socios colectivos. Por otra parte, esta causal de disolución será más fácil evitarla en la comanditaria simple que en la comanditaria por acciones y en la anónima, en las cuales

ocurre por la pérdida de solo el cincuenta por ciento del capital suscrito, ya que los socios pueden disponer hasta de seis meses para absorber la parte necesaria de las pérdidas suficientes para impedir la disolución (art. 220).

7. Sobre la sociedad en comandita por acciones se conserva la orientación general del proyecto de 1958, cuyos principios esenciales han sido reproducidos casi literalmente, aunque desmejorándolos en su formulación técnica, como se hizo en muchos ángulos de dicho proyecto, tal vez con el fin de imprimir un borroso sello de originalidad a lo que no podía cambiarse, por constituir innovaciones necesarias y bien concebidas. Desde luego que esos principios del proyecto de 1958 coinciden en su orientación con el criterio que se ha venido adoptando en la legislación comercial moderna, como el código italiano de 1942, la ley alemana de 1965, sobre sociedades por acciones, y la ley francesa de 1966, sobre sociedades en general. Porque la sociedad en comandita por acciones no solamente se ha venido asimilando cada vez más a la sociedad anónima, sino que puede decirse que técnicamente está desapareciendo del derecho moderno, que viene regulando en forma unitaria y casi exhaustiva las sociedades por acciones, para dedicar a la comanditaria unas muy pocas reglas destinadas a definir la posición de los gestores o colectivos frente a terceros. Lo cual no quiere decir que se trate de una forma de sociedad que carezca de utilidad, ya que la tiene y la seguirá teniendo, especialmente en los países donde, como en Colombia, se ejerce sobre las sociedades anónimas un control administrativo y una presión fiscalista que han venido a degenerar en una verdadera hostilidad estatal contra tan excelente forma de sociedad.

Asimilada la comanditaria por acciones a la sociedad anónima, son numerosas e importantes las reformas que sobre ella quedaron hechas en el nuevo código. Y, como con ellas se adoptan principios muy conocidos del régimen de la forma anónima de asociación comercial, basta hacer una mera enumeración de tales reformas, que son especialmente las siguientes: la sociedad en comandita por acciones no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas, aunque podrá formarse y subsistir con uno solo o varios socios gestores, que son los que intervienen en el acto de constitución de la sociedad (art. 343); al tiempo de constituirse la sociedad deberá suscribirse no menos del cincuenta por ciento del capital social y ser pagada no menos de la tercera parte del valor de cada acción, con la salvedad de que para el pago del saldo del valor de las acciones suscritas no podrá pactarse un término mayor de un año (art. 345); para la emisión de acciones, suscripción, expedición de títulos y negociación de las mismas se aplicarán las reglas de la sociedad anónima con excepción de la autoriza-

ción de la Superintendencia de Sociedades para colocar las acciones y de aprobación por la misma Superintendencia de los avalúos de los aportes en especie, cuando no se trate de comanditarias sometidas a su control (arts. 132 y 347); respecto de los socios gestores o colectivos operarán las mismas incompatibilidades y prohibiciones en cuanto a representación y negociación de acciones y a voto en las asambleas generales (art. 348); la reserva legal se hará en la misma forma y hasta el mismo límite previsto para la sociedad anónima (art. 350), aunque en cuanto a distribución de utilidades no serán las reglas especiales de la anónima las aplicables, sino las generales o comunes a toda sociedad (arts. 150 y ss.); también en esta forma de sociedad será causal de disolución la ocurrencia de pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito, como en la anónima (art 351); y, para completar más la asimilación de esta forma de sociedad a la anónima, se prescribe que en lo no previsto en el capítulo III del título IV del libro segundo del código, se aplicarán respecto de los socios comanditarios o accionistas las normas que rigen para las sociedades anónimas.

IV

La tercera forma de sociedad comercial regulada en el nuevo código es la de responsabilidad limitada, y este es realmente el lugar que le corresponde dentro de una concepción lógica, ya que no cronológica, de la evolución de las sociedades. Porque el sistema de la colectiva, en la cual todos los socios responden solidaria e ilimitadamente, ofrece una modificación importante cuando, bajo la forma comanditaria, se limita la responsabilidad de algunos socios, y presenta una modificación todavía mayor cuando se limita la responsabilidad de todos los socios, aunque restringiendo la libre cesión del interés social, para culminar en la forma anónima, en la que no solo se limita la responsabilidad de todos los socios, sino que el interés social se representa en títulos negociables.

En esta materia la reforma ha sido sustancial, no tanto en relación con la estructura misma de la sociedad de responsabilidad limitada, cuanto en relación con el criterio u orientación que se le ha dado, para colocarla claramente dentro de las sociedades de capitales, sin las dificultades que ha creado el derecho vigente sobre el particular. Las innovaciones pueden sintetizarse en pocas observaciones y son, ante todo, desarrollos de dicho criterio, a pesar de ciertas incoherencias con las cuales se deformó en algunos ángulos la estructura general del proyecto de 1958 en la parte destina-

da a la que quedó de las formas en que había sido organizado inicialmente el sistema de la sociedad de responsabilidad limitada.

1. Ampliando en cinco el número máximo de socios con los cuales puede formarse en el derecho vigente, se ha previsto que no puede constituirse con más de veinticinco socios (art. 356). Y como esta limitación del número de socios es una modalidad esencial de la forma limitada, no solamente no puede formarse con mayor número, sino que se disuelve o no puede continuar cuando por cualquier causa aumente el número de socios a más de ese máximo legal (art. 218). Aunque esta no es de esas causales o hechos que producen necesariamente la disolución, puesto que puede continuar funcionando la sociedad, si dentro de los dos meses siguientes a la ocurrencia del aumento del número de socios se reduce el número de estos –mediante cesiones, por ejemplo– o se transforma en otro tipo de sociedad que pueda formarse y funcionar con mayor número que ese máximo legal (art. 356). Con la salvedad de que, si la reducción del número de socios se lleva a cabo mediante el retiro de algunos de ellos por reembolso de su aporte, es decir, por una reducción del capital social, ha de mediar autorización previa de la Superintendencia de Sociedades (arts. 145 y 356).

2. El capital social deberá estar íntegramente pagado, tanto el suscrito inicialmente como el que se suscriba en forma de aumentos posteriores, y seguirá dividido en cuotas de igual valor nominal, cada una de las cuales dará derecho a emitir un voto en las deliberaciones de la junta general de socios (arts. 354 y 359). Si no es pagado íntegramente, no se producirá nulidad absoluta de la sociedad, como en el derecho aún vigente, sino que la Superintendencia de Sociedades podrá exigir el pago, bajo apremio de multas hasta de cincuenta mil pesos, u ordenar la disolución de la sociedad, "sin perjuicio de que la responsabilidad de los socios se deduzca como en la sociedad colectiva" (art. 355). En esta forma fue como se sustituyó la fórmula del proyecto de 1958, según el cual los socios debían responder solidariamente de la parte no pagada de los aportes, en la misma forma en que respondían y siguen respondiendo del valor atribuido a los aportes en especie, es decir, consultando mejor el sistema de la sociedad, sin desvirtuarlo o falsearlo con una responsabilidad no solamente solidaria sino ilimitada, que es la propia de la sociedad colectiva y que resulta ajena a la sociedad de responsabilidad limitada, por su definición misma.

3. En cuanto al aporte de industria –que la doctrina ha rechazado enfáticamente en esta clase de sociedades y que la ley francesa de 1966 ha prohibido expresamente (art. 38)– la distinción hecha en la parte general (arts. 137 y 138). entre el aporte de industria hecho para redimir cuotas de capital

social y el que se hace sin ese sentido, ha resuelto el problema en la sociedad de responsabilidad limitada. Porque –esta distinción, que viene del proyecto de 1958 (arts. 347 y 347 bis) y que, consiguientemente, no fue hallazgo de los expertos de última hora entre las lucubraciones de una sentencia de la Corte dictada en 1968, como ha dicho un comentarista de prensa que disputa ahora la paternidad de las cosas buenas de la reforma– permite que no obstante la exigencia del pago íntegro del capital, incompatible con un aporte de industria hecho para pagar cuotas de ese capital, puede ser aportada la simple industria sin el sentido de parte del capital, a fin de que también bajo esta forma de sociedad puedan utilizarse los servicios personales por verdaderos socios, no por simples trabajadores de la sociedad, con las salvedades que se hicieron en la primera parte de este estudio en relación con los derechos que adquiere el socio industrial en esta hipótesis.

4. La cesión de las cuotas que representen el interés social en este tipo de compañías sigue siendo restringida y más todavía en el nuevo código que en el derecho vigente. Porque en este la cesión no tiene el sentido de una reforma del contrato sino cuando en virtud de ella se altera la responsabilidad de los socios o el sistema de la administración, porque solo entonces deben cumplirse las formalidades de una reforma (art. 79 de la Ley 124 de 1937), mientras que en el nuevo código constituye siempre una reforma del contrato (art. 362). que debe constar en escritura pública firmada también por el representante legal de la sociedad e inscrita en el registro público de comercio "so pena de ineficacia", entre las partes y respecto de terceros, si no se otorga dicha escritura, y sin que sea oponible a terceros mientras la escritura no sea dotada de publicidad mediante tal inscripción (artículo 366). Además, y conservando también en esto el criterio del proyecto de 1958, se establece que, salvo estipulación en contra de los estatutos, los socios tendrán derecho preferencial en la adquisición de las cuotas, en la forma regulada en los mismos estatutos o, a falta de regulación al respecto, conforme a lo que se prevé en los artículos 363 y siguientes del nuevo código, sobre los cuales no cabe un comentario especial dentro de las dimensiones de este estudio. Aunque sí debe agregarse que, como innovación útil, a pesar de lo mal regulada, se prevé que, si no se ejerce el llamado derecho de retracto, la sociedad debe tratar de conseguir un cesionario y que, si este no es conseguido, los demás socios pueden, a su arbitrio y en junta general, desde luego, o aceptar el retiro del cedente o disolver la sociedad (art. 365).

5. En cuanto a la representación de la sociedad y a la administración de sus bienes y negocios se conserva el principio del derecho vigente, es decir, que esas son funciones que corresponden "a todos y a cada uno de los socios"

(art. 358), contra lo que se hace en el común de las legislaciones, que es encomendarlas a gerentes, como en las sociedades anónimas, y contra lo que el derecho consuetudinario del país ha generalizado, como una corrección del sistema de la Ley 124 de 1937, es decir, la administración por medio de gerentes y hasta con la colaboración de juntas directivas. La administración por todos los socios es, pues, el sistema que se mantiene, aunque se prevé en el mismo artículo 358 que "la junta de socios podrá delegar la representación y la administración de la sociedad en un gerente, estableciendo de manera clara y precisa sus atribuciones". En otras palabras, seguirá siendo una práctica no opuesta al orden legal la organización de la administración por medio de gerentes, cuya elección no solamente podrá seguir haciéndose por la junta general de socios, como se prevé en el artículo 358, sino también por juntas directivas elegidas por la junta general, según lo previsto en el artículo 198. Práctica que es la más generalizada, como queda dicho, y que en el derecho vigente tampoco es ilegal, porque la administración atribuida a todos los socios puede ser delegada, conforme a las conveniencias de los socios, con lo cual la costumbre ha corregido y seguirá corrigiendo el criterio del legislador, para acomodarse a la tendencia general de las leyes sobre esta clase de sociedades, como se había previsto en el proyecto de 1958, y acentuar así la asimilación de la limitada a las anónimas.

6. En materia de balances, dividendos y reservas se adoptan en su totalidad las reglas de la sociedad anónima. Consiguientemente, los balances de fin de ejercicio deben ser presentados por los administradores a la junta general de socios, con un detalle completo de la cuenta de pérdidas y ganancias, un proyecto de distribución de las utilidades, un informe sobre la situación económica y financiera de la sociedad, con los datos que debe contener ese informe, según lo prescrito en el artículo 446; de las utilidades líquidas debe hacerse una apropiación del diez por ciento para una reserva legal, que es obligatoria hasta cuando cubra el cincuenta por ciento del capital social, porque siendo el fondo social el que mide las posibilidades de pago de la sociedad es necesario que, además de quedar o estar íntegramente pagado el capital social, sea este protegido con dicha reserva, y cuando con la reserva legal y las reservas establecidas en los estatutos y las ocasionales decretadas por la asamblea se cubra el ciento por ciento del capital, no bastará repartir el cincuenta por ciento de las utilidades del ejercicio, sino que deberá repartirse no menos del setenta por ciento de las mismas (arts. 155 y 454).

7. En la parte general se adoptó el criterio de que el derecho de inspección y vigilancia de la actividad social y de los libros y papeles de la compañía corresponde a los socios que no son administradores y, por eso, se previó

que cuando la administración no sea ejercida por todos los socios, los que sean excluidos de ella pueden designar un revisor fiscal que ejerza ese derecho (art. 203). Sin embargo, en el artículo 369 se ha previsto que "los socios tendrán derecho a examinar en cualquier tiempo, por sí o por medio de un representante, la contabilidad de la sociedad, los libros de registro de socios y de actas y en general todos los documentos de la compañía". Con lo cual no solamente se desvirtúa el criterio que inspira la institución de los revisores fiscales, conforme a lo previsto en los artículos 203 y siguientes, sino que se propician dificultades graves para la administración, que puede verse entorpecida por el ejercicio del derecho de inspección y vigilancia en forma tan amplia y desordenada. Por eso, como se dijo al hablar de la comanditaria simple, respecto de la cual se previó el mismo principio en favor de los comanditarios (art. 328), debe evitarse con reglamentaciones adecuadas del contrato social el problema que puede crear esta clase de normas adoptadas sin medir su alcance y sin conciliar ese derecho de los socios con el orden interno de la sociedad. Porque, tratándose de un derecho de los socios, estos pueden regularlo en los estatutos, previendo su ejercicio por medio de esos revisores previstos en la parte general, que, como ya se dijo, pueden ejercerlo en forma más técnica y más eficaz que los socios mismos y con indudables ventajas para estos y para ese orden interno de la sociedad.

8. Dicho atrás que la sociedad de responsabilidad limitada no puede formarse ni funcionar con más de veinticinco socios, es apenas lógico que haya de disolverse cuando aumente el número de estos por encima de ese máximo legal propio de esta forma de asociación comercial. Por eso en el artículo 370, en armonía con el 218, se prevé que esa sociedad se disolverá cuando ocurra ese aumento del número de socios por encima del límite indicado. Y, lo mismo que en la sociedad anónima y en la comandita por acciones, se prevé como causal de disolución la ocurrencia de pérdidas que reduzcan el capital social por debajo del cincuenta por ciento (art. 370), toda vez que, considerada como una verdadera sociedad de capitales, no es prudente que continúe funcionando cuando, a pesar de la protección que representa la reserva legal para el capital, este disminuya en la proporción indicada, para que no se comprometa la seguridad de los acreedores de la sociedad. Aunque esta causal y la anterior no producen necesariamente la disolución, ya que los socios pueden adoptar medidas que las desvirtúen y que permitan la continuación de la sociedad (arts. 220 y 356).

9. Confirmando la observación hecha al principio de este capítulo en el sentido de que en el nuevo código se ubica claramente la sociedad de responsabilidad limitada dentro de las sociedades de capitales y se la asimila a la sociedad anónima, se prevé en el artículo 372 que "en lo no previsto en este

título o en los estatutos, las sociedades de responsabilidad limitada se regirán por las disposiciones sobre sociedades anónimas". Así se adoptó la orientación que se ha impuesto en el común de las legislaciones sobre esta clase de sociedades y se sustituye el principio del derecho vigente –que los expertos de última hora quisieron mantener–, es decir, la apelación a las normas de la sociedad colectiva con los fines indicados (art. 11 de la Ley 124 de 1937).

10. Entre las innovaciones anteriores –que son buenas en general, aunque con las salvedades que quedan hechas, especialmente en relación con el derecho de inspección y vigilancia y la cesión de las cuotas de los socios– hay una que no tiene sentido o utilidad alguna y es la obligación de llevar "un libro de registro de socios, registrado en la Cámara de Comercio, en el que se anotarán el nombre, nacionalidad, domicilio, documento de identificación y número de cuotas que cada uno posea, así como los embargos, gravámenes y cesiones que se hubieren efectuado, aun por vía de remate" (art. 261). Porque este es un libro que carece de las funciones que cumple el libro de registro de acciones nominativas de la sociedad anónima, ya que las cesiones de cuotas constituyen reformas del contrato y que el representante legal, o alguno de los representantes legales de la sociedad, debe intervenir en el acto notarial destinado a llevarla a cabo (art. 362), y por cuanto no se justifican las anotaciones a que se destina dicho libro en una compañía que no puede tener más de veinticinco socios, toda vez que esas anotaciones no tienen o no pueden tener sino un sentido de mera información de hechos que han de constar en las escrituras de cesiones o de gravámenes o en las notas de embargo correspondientes. Tal vez los expertos de la hora nona oyeron hablar de que en el derecho italiano, por ejemplo, existe ese libro de registro de socios, para hacer en él las inscripciones de las cesiones; pero no pudieron tomar nota de que esa inscripción es suficiente para perfeccionar la cesión, sea mediante solicitud del cedente, o del cesionario que exhiba el documento de cesión, sea mediante simple nota de traspaso firmada en dicho libro por el cedente y el cesionario (art. 2479 del código de 1942). Es decir, que en el caso del derecho italiano ese libro cumple funciones sustantivas que lo justifican y que no puede cumplir el que se prevé en el nuevo código del país, que viene a ser, así, una exigencia sin utilidad evidente.

V

La sociedad anónima es la que dispone de una reglamentación más completa y más actualizada en el derecho vigente, gracias al Decreto 2521 de

1950, elaborado por la Superintendencia de Sociedades Anónimas con la colaboración de José Antonio León Rey –encargado entonces de ese despacho, como primer delegado–, Enrique Sarmiento González, Luis Carlos Neira Archila, Francisco García Valderrama, Alfonso Sabogal Cifuentes, Abelardo Posada Riveras, Jorge Lamus Lamus y el autor de este comentario. Porque ese decreto, aunque haya excedido en varios puntos la potestad reglamentaria del Gobierno –cosa casi insólita entonces, consuetudinaria en los últimos años– reglamentó íntegramente las disposiciones de la ya heterogénea legislación comercial sobre la materia y consolidó y divulgó muchas reglas de mero derecho consuetudinario, lo mismo que muchas conclusiones de la doctrina sobre la más importante de las formas de asociación comercial. Para lo cual se utilizó como molde el proyecto de la ley española que se promulgó en 1951, que, a su vez, tenía la orientación de la legislación italiana de 1942, de la cual han dicho Escarra y Rault que en esta materia "es de una formulación tan excelente que es difícil encontrar textos legales más luminosamente redactados" **(Les Sociétés Commerciales,** t. I, no. 33).

Por lo dicho, y ya que no se adoptó el proyecto de 1958 en la forma como quedó después de su revisión final, habría sido mejor adoptar el texto del Decreto 2521 de 1950, con algunas actualizaciones, que hacer esa mala refundición que representa el nuevo código en esta materia, en la que hay incoherencias y una falta de precisión que hacen de la regulación de la sociedad anónima la parte más defectuosa por su forma dentro del nuevo régimen de las sociedades comerciales. Es, pues, lamentable que el tipo de sociedad sobre la cual ha habido una mejor decantación de la doctrina y sobre la *cual* hay ya conclusiones que se han impuesto definitivamente por su conveniencia práctica y por su lógica dentro del sistema de la sociedad de capitales vaya a seguir dando ocasión a dificultades permanentes, cuya solución no va a ser fácil improvisando y dando *al* control estatal de las sociedades ese aberrante sentido de hostilidad contra la empresa privada, o de desconfianza en ella, que aseguran de antemano la ineficacia de ese control, por cuanto lo privan de la espontánea colaboración de los directores de empresa.

Hecha esta observación preliminar, debe limitarse este comentario a una breve reseña de las principales innovaciones hechas en el nuevo código, haciendo énfasis especialmente en aquellas que, por sus deficiencias técnicas, van a ofrecer problemas de interpretación, con el fin de ir colaborando en la adopción de criterios que las hagan fácilmente operantes.

l. Si una definición correcta debe indicar las notas esenciales de la cosa definida y no más que esas notas suficientes para especificarla dentro del

género a que ella pertenezca, es indudablemente incorrecta la definición de la sociedad anónima que se esboza en el artículo 373. Porque la "reunión de un fondo social" no es una característica esencial exclusiva de la sociedad anónima, pues que en todos los tipos de sociedad se forma ese fondo social suministrado por los socios, por ser el aporte un elemento esencial de la sociedad en general (art. 98); ni tener "una denominación" es tampoco una de esas notas esenciales especificativas, porque toda sociedad debe tener un nombre (art. 110) y porque lo que sí es especificativo es la indicación de que la sociedad es anónima, mediante el complemento de esa denominación con las palabras "sociedad anónima" o sus meras iniciales S. A. Por eso, las más técnicas de las leyes modernas, como la italiana de 1942, la alemana de 1965 y la francesa de 1966, coinciden en que las notas especificativas de la sociedad anónima dentro del género sociedad son la división del capital en acciones y la limitación de la responsabilidad de los socios a sus respectivos aportes.

A este respecto conviene anotar que el nuevo código deja completa libertad en cuanto a la formación del nombre o denominación de la sociedad, sin hacer exigencia de una denominación objetiva, ni tampoco prohibir el uso de lo que tradicionalmente se ha llamado una razón social. Porque "denominación", que es tanto como "nombre", según los artículos 35, 110, 583 y 606 del nuevo código, tiene un sentido genérico que comprende, consiguientemente, cualquier forma de distinguir a un empresario, no obstante que en el artículo 357 se introduzca un motivo de confusión al mencionar la "denominación" y la "razón social" como cosas distintas. La cuestión ya ha empezado a suscitar dudas y, por eso, es bueno insistir en que el nombre, como signo distintivo del empresario, está regido de preferencia por las normas que determinan el régimen de la propiedad industrial y, según tales reglas, nombre y denominación tienen el mismo sentido, porque expresan una misma función (arts. 583 y 606). Principio que se refuerza con el artículo 110 del mismo código, en el cual, al exigir que se exprese en la escritura social "el nombre" de la compañía, se comprenden las distintas formas que ha de tener ese nombre "en relación con cada uno de los tipos de sociedad", es decir, que la "razón social" de que se habla en los artículos 303, 324 y 357, lo mismo que la "denominación" de que se habla en los artículos 357 y 373 son formas de ese "nombre" o signo distintivo del empresario que se exige en el artículo 110 para todas las especies de sociedad. Lo único importante en esta materia es que el "nombre" social se forme como se prevé en el mismo código en relación con cada tipo de compañía, para que sirva no solamente de signo distintivo de ese empresario que es toda sociedad, sino también para que sirva de elemento

especificativo de la forma de sociedad; y para eso basta que en cuanto a las colectivas y comanditarias se utilice el nombre o el apellido, o ambas cosas, de alguna o algunas de las personas asociadas, con la indicación de la relación de sociedad en que se encuentran con las personas no mencionadas, mediante la expresión "y compañía", completa o abreviada; que en cuanto a las limitadas, sea que se utilice la misma forma de denominación de la colectiva o una distinta, se agregue el especificativo "limitada", y que en relación con las anónimas, a esa denominación libre se agregue la especificación de que es "sociedad anónima" o "S. A.".

2. En cuanto a la formación de la sociedad anónima operan las reglas generales ya analizadas en la primera parte, o parte general, de este comentario. Pero se prevén algunas reglas especiales, de las cuales deben mencionarse solamente las más importantes.

a) El número de accionistas no puede ser inferior a cinco, como en el derecho vigente; pero se corrige la errada interpretación dada a esta exigencia en el Decreto 2521 de 1950, por cuanto ese mínimo de socios no es meramente para la formación de la sociedad, sino que es necesario también para que esta pueda subsistir y funcionar (art. 374). Lo cual es apenas lógico, porque se trata de una condición o requisito de fondo inherente a ese tipo de sociedad, que debe cumplirse mientras pertenezca a él, es decir, mientras tenga la forma que no puede adoptarse sin ese mínimo de socios. Por eso mismo la sociedad formada en contravención a esta regla surge viciada de nulidad absoluta, ya que se trata de un requisito exigido en consideración a la naturaleza del contrato, independientemente de la calidad o estado de las personas asociadas (art. 1741 del C.C.).

b) Conservando la posibilidad de que haya un capital social o autorizado no suscrito en su integridad y un capital suscrito no pagado totalmente se modifica el derecho vigente en un doble sentido: porque al constituirse la sociedad debe ser suscrito por lo menos el cincuenta por ciento del capital social, eliminando así la posibilidad que hay en el derecho vigente de suscribir cualquier parte de este capital (art. 376); y porque al tiempo de suscribir las acciones deberá pagarse no menos de la tercera parte del valor de cada acción suscrita (íd.), con la salvedad de que el saldo debe ser pagado, a más tardar, dentro del año siguiente a la fecha de la suscripción (art. 130). Esta última exigencia, que se hace extensiva a las suscripciones posteriores de acciones (art. 387), carece de una evidente justificación e

impide a las sociedades utilizar un recurso interno de financiación, como puede ser el de suscripciones de acciones destinadas a ser pagadas en las épocas en que sea necesario, según los programas de desarrollo de la empresa social.

c) En relación con los aportes en especie, no solamente se conserva el sistema del derecho vigente en el sentido de que deben ser avaluados con la aprobación de la Superintendencia de Sociedades, sino que se previene que en la escritura social ha de constar el avalúo y que debe insertarse la resolución correspondiente de la Superintendencia **"para la validez de la constitución"** (art. 133). Con lo cual se consagra una sanción que es ilógica dentro del sistema de la formación de las sociedades. Porque, si la escritura social misma no es una formalidad cuya omisión produzca nulidad, pues que apenas hace irregular la sociedad (art. 498), no puede darse ese alcance a lo que debe ser solo parte de dicha escritura; y porque, si se quería dar toda esa importancia al avalúo aprobado por la Superintendencia, lo que ha debido sancionarse en esa forma era la omisión del acto mismo del avalúo y de su aprobación oficial, a fin de que fuera una especie de requisito de fondo la que produjera esos efectos, y no la simple irregularidad formal de omitir esa constancia y esa inserción en el cuerpo de esa escritura que constituye solamente un requisito de forma desprovisto de tales efectos. Los expertos de última hora no tuvieron tiempo de informarse bien del sistema general del proyecto, para desarrollarlo en forma coherente, y esta es la explicación de la mayor parte de tantas disposiciones entre las cuales falta esa correspondencia y armonía que dan a un código la unidad orgánica que necesita para facilitar la interpretación y aplicación de todas sus partes.

3. La explicación propuesta al final del párrafo anterior es indudablemente valedera para examinar lo dispuesto en cuanto a las acciones de goce o industria. Porque respecto de tal clase de acciones se incurrió también en faltas de coherencia, como las dos que van a anotarse.

a) En el artículo 380 se ha previsto que "los titulares de acciones de goce o de industria" tendrán derecho a "asistir con voz a las reuniones de la asamblea", es decir, sin derecho a emitir votos con ellas, que es un derecho común a todo accionista (art. 379). Sin embargo, en el artículo 138 –norma común a todas las sociedades– se ha previsto que el aporte de industria puede hacerse para redimir cuotas de capital o sin esa finalidad, para colocar en el primer caso al apor-

> tante en la condición de un socio capitalista, con los derechos inherentes a esa calidad, ya que paga cuotas del capital con su industria; y para colocar al aportante en el segundo caso en una condición especial, es decir, con los derechos indicados en el artículo 137, entre los cuales se incluye apenas la facultad de deliberar, excluyendo así la de emitir votos. Sin que pueda decirse que en la anónima no es procedente la primera forma de aporte de industria, esto es, para redimir o pagar acciones con él, toda vez que en el artículo 139 se advierte que, tratándose de sociedades por acciones, debe amortizarse con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias el valor de las acciones de industria que vayan quedando liberadas en cada ejercicio, cuando el aporte se hace como parte del capital. De manera, pues, que los intérpretes van a tener que tratar de salvar, hasta donde sea posible por vía de simple doctrina, esa correspondencia y armonía que debe haber entre la parte general y la parte especial del régimen de las sociedades.

b) En el mismo artículo 380 se ha previsto que las acciones de industria "no serán negociables" mientras el aportante no las libere o pague. Y en el artículo 403 se ha previsto, a un mismo tiempo, que, aunque "las acciones serán libremente negociables", las de industria no liberadas "no serán negociables sino con autorización de la junta directiva o de la asamblea general". Contradicción evidente que también tendrán que corregir los intérpretes en favor del artículo 403 del código, no propiamente por ser posterior al 380, sino por ser armónico con las reglas del mismo código sobre cesión de contratos (arts. 887 y ss.). Porque el contrato del suscriptor de acciones de industria se celebra indudablemente **intuitu personae** y, por tal razón, no puede hacerse sustituir el suscriptor en el cumplimiento de sus obligaciones sino con la aceptación de la sociedad, como parte en dicho contrato, para que el aporte tenga o siga teniendo la utilidad que con él se ha pretendido obtener para el desarrollo de la empresa social, siendo lógico, desde luego, que la aceptación de la cesión sea en un acto de administración para el cual es más idónea una junta directiva que una asamblea general.

4. Sobre este mismo tema de la emisión o creación de acciones conviene anotar que en el nuevo código se reforma el régimen de las privilegiadas en varios aspectos. En primer lugar –y esta es una reforma de escasa importancia– se reduce al setenta y cinco por ciento de las acciones suscritas el voto necesario para crear acciones privilegiadas, cuando estas no se emiten en el acto mismo de constitución de la sociedad, como parte del contrato social, sino durante el funcionamiento de la compañía, como una

reforma de los estatutos (art. 382). En segundo lugar, se limitan los privilegios o derechos especiales que pueden conferir tales acciones, porque han de ser prerrogativas que tengan un carácter exclusivamente económico, como el reembolso preferencial al tiempo de la liquidación, el pago de un dividendo preferencial, que puede ser acumulable, pero por no más de cinco años, etc., con prohibición o exclusión de privilegios que tengan por objeto el reconocimiento de un voto plural en las deliberaciones de la asamblea general o que priven en forma permanente de sus derechos ordinarios a los titulares de acciones comunes (art. 381). En tercer lugar, el reglamento de colocación de las acciones privilegiadas debe ser aprobado por la asamblea general con el voto de no menos del setenta y cinco por ciento de las acciones suscritas (art. 382). Finalmente, con el mismo voto indicado, podrán disminuirse o suprimirse los privilegios de tales acciones, siempre que dentro del setenta y cinco por ciento de las acciones suscritas esté incluido el voto de no menos del setenta y cinco por ciento de los tenedores de las acciones privilegiadas (art. 383).

5. En materia de suscripción de acciones se conservan, en general, la orientación y el sistema del derecho vigente, aunque desmejorado notoriamente por falta de precisión y de coherencia. En esta materia, como ya se anotó, habría sido mejor adoptar o reproducir las normas del Decreto 2521 de 1950, como se pone de presente por las observaciones que van a hacerse.

a) En el artículo 386 se establece que el reglamento de colocación de acciones deberá indicar "la cantidad de acciones que se ofrezca, que no podrá ser inferior a las emitidas", que es un principio que no puede entenderse sino en el sentido de que cada colocación de acciones debe ser por el total de las que tenga la sociedad en reserva. Lo cual carece de justificación y priva a la sociedad de la posibilidad de ir colocando las acciones que correspondan a las necesidades de capital creadas por los programas de desarrollo de la empresa social. Es decir, que habiéndose suscrito no menos del cincuenta por ciento de las acciones al constituir la sociedad (art. 376), la primera colocación que se haga debe ser del otro cincuenta por ciento, para pagar no menos de la tercera parte al hacer la suscripción y el saldo dentro del año siguiente a la fecha de la suscripción, a más lardar (art. 387); y que cualquier aumento de capital que se haga tendrá que reducirse a la cantidad de acciones que sea posible colocar en las condiciones indicadas, sin dejar a la sociedad libertad para obrar según sus necesidades o convenien-

cias, no obstante que en esto no están comprometidos los intereses de terceros, sino los de los asociados.

b) Dejando de lado el galimatías –es decir, "lenguaje oscuro por la impropiedad de la frase o por la confusión de las ideas"– que constituyen el inciso final del artículo 388, sobre el derecho de preferencia en la suscripción, debe llamarse la atención sobre el artículo 393, en el cual se aclara lo que debe entenderse por oferta pública de acciones para su suscripción, que ocurre cuando se utilizan avisos u otros medios de publicidad para invitar a tomar acciones que van a ser o están siendo colocadas. Porque en tal hipótesis debe publicarse el reglamento de colocación de acciones y, como anexo del mismo, "el último balance general de la sociedad, cortado en el mes anterior en la fecha de solicitud del permiso y autorizado por el revisor fiscal", si tales acciones no se negocian en los mercados públicos de valores, ya que cuando tienen dicho mercado la oferta y la demanda de las acciones en la bolsa pueden orientar a los interesados sobre el precio de las acciones. Con la salvedad de que la exigencia indicada debe entenderse en el sentido de que se trata de un balance general elaborado con no más de un mes de anterioridad a la solicitud de autorización para colocar las acciones y no del último balance general, elaborado en el mes anterior, porque esto sería tanto como condenar a las sociedades a no ofrecer acciones en pública suscripción sino en el mes de enero de cada año, si no tienen sino ejercicios sociales anuales.

c) En este mismo capítulo sobre la suscripción de acciones hay dos normas que no pueden dejar de ser mencionadas. La primera es la del artículo 396, que indudablemente no se refiere a la suscripción, sino a la negociación de las acciones, pues que versa sobre la adquisición de sus propias acciones por la misma sociedad, no a título de suscripción, sino de compra, por cuanto exige que las acciones estén ya liberadas en su integridad, además de que reforma el sistema vigente al establecer que la operación no solamente ha de hacerse con utilidades líquidas, sino que debe ser acordada por la asamblea general con el voto de no menos del setenta por ciento de las acciones suscritas. Y la segunda, que sí corresponde a este capítulo, es la del artículo 397, en el cual se establece una sanción bastante severa para el suscriptor que se encuentre en mora de pagar las cuotas de las acciones suscritas, como es la de la suspensión de los derechos inherentes a ellas, sin perjuicio de que la junta directiva ordene apli-

car cualquiera de las medidas que se prevén en el mismo artículo para los casos de mora en el pago de las acciones.

6. Una reforma de especial importancia relativa a los títulos de las acciones es la que se contiene en el artículo 402, según el cual los títulos nominativos hurtados o robados no pueden ser repuestos sino "comprobando el hecho ante los administradores, y en todo caso, presentando la copia auténtica del denuncio penal correspondiente"; y si no se trata de hurto o robo, sino de simple pérdida, la expedición del duplicado no se podrá hacer sino mediante la garantía que exija la junta directiva. Con lo cual se desvirtúa inútilmente el sistema de la acción nominativa, cuya inscripción en el libro de registro de acciones es la que produce efectos ante la sociedad y ante terceros (art. 406), además de que se lesiona también el derecho que tiene el accionista a poseer un título de las acciones que suscribe. Porque exigirle que en los casos de hurto o robo no solamente presente copia del denuncio penal, sino que compruebe ante los administradores el hecho mismo del robo o hurto que debe ser investigado por los jueces penales en virtud del mencionado denuncio, es tanto como obligar al accionista a esperar la calificación del sumario, para probar con copia del auto correspondiente el hecho del robo o del hurto; y exigirle que en el caso de pérdida de un título nominativo preste una caución, aunque se identifique como el propietario en cuyo favor esté inscrita la acción, es desconocer los efectos de esa inscripción, que es suficiente para garantizar a la sociedad que los derechos derivados de esa acción no pueden ser ejercidos por persona distinta, contra lo que ocurre cuando el título es al portador, caso en el cual sí es posible el ejercicio de esos derechos por cualquier tenedor del título y se justifica la caución que se exige en el derecho vigente para la reposición de tal clase de títulos (art. 579 del Código de Comercio).

Por otra parte, la exclusión de la reposición de los títulos al portador en los casos de hurto, robo o pérdida –que está permitida en el derecho vigente con la caución indicada–, para permitir esa reposición solo en los casos de deterioro, mediante entrega o devolución del título original, es otra norma que, como todo este artículo 402 que se comenta, implica un retroceso en la legislación comercial, fruto apenas de la improvisación que prevaleció en muchas de las cuestiones del nuevo código de comercio. En el proyecto de 1958 se había previsto un procedimiento especial de carácter judicial para facilitar la reposición de títulos al portador extraviados, hurtados o robados, con una tramitación que daba oportunidad a cualquier tenedor de presentarse, para que solo agotada esa oportunidad se declarara sin efectos el título original y se ordenara un duplicado, con el fin de no dejar situaciones de incertidumbre en forma indefinida; pero

ese proyecto, retocado en esa parte en la revisión final, fue abandonado porque determinados procesalistas fueron más tenidos en cuenta que los miembros de la comisión revisora del proyecto de código de comercio, como se comprobó, además, con la eliminación del proyecto sobre arbitramento, para lo cual se produjo lo que tales procesalistas habían hecho en el código de procedimiento civil.

7. En el artículo relativo a la negociación de acciones se introducen varias reglas con las cuales se da carácter de preceptos legales a algunas disposiciones reglamentarias del Decreto 2521 de 1950 y a algunas conclusiones de la doctrina sobre varias cuestiones relacionadas con este tema, como en cuanto a enajenación de acciones embargadas o en litigio (art. 408), al usufructo, a la prenda y a la anticresis de acciones (arts. 410 y ss.). Otras reglas tienen, en cambio, el sentido de verdaderas reformas y entre ellas hay varias que merecen un comentario especial.

a) Según el art. 405 –que repite lo dicho fuera de su verdadero capítulo en el artículo 400– en los casos de cesiones de acciones no liberadas en su integridad no solamente han de expedirse títulos meramente provisionales, sino que el cedente y el cesionario responden solidariamente de la parte no pagada, háyanse otorgado o no, letras u otros documentos de crédito. Con lo cual se modifica el sistema de la Ley 58 de 1931, que solo prevé dicha solidaridad de cedente y cesionario de acciones no pagadas "por el monto de los documentos dados en pago de las mismas" (art. 34). Modificación que viene del proyecto de 1958 (art. 568) y que tiende a asegurar el pago de las acciones y la consiguiente integración efectiva del fondo social que representa la única garantía de los terceros, sin perjuicio alguno para los cesionarios, que pueden informarse por la sola forma provisional del título de que las acciones no están pagadas en su totalidad.

b) En el artículo 404 se mantiene el principio del artículo 25 de la Ley 58 de 1931 en cuanto a la limitación del derecho a negociar con las acciones por parte de los administradores de la sociedad, que sólo se permite cuando la operación sea ajena a motivos de especulación, como en el derecho vigente. Pero, como se propuso por los autores de la revisión final del proyecto de 1958, se hacen las siguientes modificaciones al respecto: se reduce la mayoría suficiente para autorizar tales operaciones a las dos terceras partes de los votos de la junta directiva o a la simple mayoría ordinaria prevista en los estatutos para las decisiones de la asamblea general, excluido el voto del interesado; se sanciona la infracción a esta regla con multas

hasta de cincuenta mil pesos, impuestas por la Superintendencia de Sociedades y con pérdida del cargo, decretada también por la misma Superintendencia, de oficio o a petición de cualquier persona.

c) En relación con las ventas forzadas y con las adjudicaciones judiciales de acciones nominativas, en solo cuatro artículos consecutivos se consagran dos reglas distintas: en el parágrafo del artículo 406 se prevé que la inscripción de la enajenación en el libro de registro de acciones ha de hacerse "mediante exhibición del original o de copia auténtica de los documentos pertinentes"; y en el artículo 409 se establece, a la vez, que en esos mismos casos "el registro se hará con base en la orden o comunicación de quien legalmente deba hacerlo". Lo cual sigue confirmado la observación hecha en el sentido de que en la expedición del nuevo código prevaleció la improvisación y la intervención de expertos que, por ser de la hora nona, no tuvieron tiempo de preocuparse por la coherencia de sus distintas partes y reglamentaciones. De manera, pues, que también en este caso los intérpretes tendrán que tratar de subsanar esta ligereza del legislador dando preferencia al artículo 406, por cuanto el que adquiere las acciones por esos medios tiene un título completo de propiedad, que es auténtico por su naturaleza y que debe ser, consiguientemente, suficiente para acreditar su condición de dueño de las acciones y de titular del derecho a que se le expida un título inscrito a su nombre.

ch) En el artículo 414 se prevé que en los casos de venta forzada de acciones respecto de las cuales se haya pactado o se presuma el derecho de retracto "la sociedad o los accionistas podrán adquirirlas en la forma y términos previstos en este código". Principio que viene propuesto en el proyecto de 1958, *al* cual hay que acudir, como fuente directa, para corregir la imprecisión del artículo 414 y fijar para estos efectos cuáles son "la forma y términos previstos en este código". Porque en el artículo 575 del proyecto de 1958 se aclaraba que era en la forma y términos previstos en el artículo 423, es decir, según lo previsto para el caso de la enajenación forzada del derecho de un socio colectivo. De manera, pues, que el artículo 414 quiere decir que en la hipótesis allí prevista la sociedad o los accionistas podrán adquirir las acciones por el avalúo judicial de las mismas, antes de la subasta o rema te, y que en este han de ser preferidos, en igualdad de condiciones, a cualquier tercero que tenga interés en su adquisición.

d) En el artículo 418 se consagra una regla que no puede interpretarse separadamente del artículo 455 y que se relaciona con los dividendos pendientes de las acciones que son objeto de cesiones. Según el artículo 418 "los dividendos pertenecerán al adquiriente de las acciones desde la fecha de la carta de traspaso, salvo pacto en contrario de las partes", si se trata de acciones nominativas. Y según el artículo 455 el dividendo se pagará "a quien tenga la calidad de accionista al tiempo de hacerse exigible cada pago". Por lo cual hay que hacer una distinción, para decir que entre cedente y cesionario la propiedad de los dividendos pendientes se rige por el artículo 418, toda vez que desde entonces produce el contrato todos sus efectos entre las partes, por ser meramente consensual, según el artículo 406, aunque entre la sociedad y el cesionario los dividendos pendientes solo deben ser pagados a este desde la fecha de la inscripción de la cesión, conforme al artículo 455, porque solo entonces adquiere el cesionario la calidad de accionista ante la sociedad, ya que solo desde entonces produce la cesión sus efectos respecto de ella, de acuerdo con el mismo artículo 406.

8. En la parte o sección destinada al régimen de la asamblea general de accionistas –que no puede interpretarse aisladamente de las reglas generales establecidas para las juntas de socios de todas las compañías (arts. 181 y ss.)– se consagran varias reformas que no pueden pasarse por alto en este ya largo comentario, que se limita, desde luego, a las más importantes de ellas.

a) Conforme al artículo 422, "las reuniones ordinarias de la asamblea se efectuarán por lo menos una vez al año, en la fecha señalada en los estatutos y, en silencio de estos, dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de cada ejercicio". Y, si no es convocada, "se reunirá por derecho propio el primer día hábil del mes de abril, a las 10 a.m., en las oficinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad". Sin perjuicio de que la Superintendencia de Sociedades la convoque a reuniones extraordinarias en los casos previstos en el artículo 423, entre los cuales está la falla o retardo de las reuniones ordinarias. Pero debe aclararse que el principio que domina toda esta reglamentación es el de la libertad de establecer en los estatutos las épocas fijas en las cuales deben celebrarse las reuniones ordinarias y que es "en silencio de estos", según se dice en el mencionado artículo 422, cuando deben llevarse a cabo dichas reuniones dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de cada ejercicio. Lo cual quiere decir que esa reunión por derecho

propio el primer día hábil de abril es para cuando los estatutos no han previsto una época distinta para las reuniones; y quiere decir, a la vez, que no es que sea obligatoria la fijación de la época de las reuniones ordinarias dentro de los tres primeros meses del año.

b) La convocación a las reuniones de la asamblea ha de hacerse en la forma prevista en los estatutos "y, a falta de estipulación, mediante aviso que se publicará en un diario de circulación en el domicilio principal de la sociedad" (art. 424). Si se trata de reuniones ordinarias, la convocación debe hacerse con no menos de quince días de anticipación (íd.), durante los cuales deberán ponerse a disposición de los accionistas. en las oficinas de la administración, el balance de fin de ejercicio con sus correspondientes anexos (art. 447). Y, si se trata de reuniones extraordinarias, la convocación puede hacerse con solo cinco días comunes de anticipación, si en los estatutos no se establece una anticipación mayor, y ha de indicarse en la convocatoria el orden del día o temario sobre el cual ha de deliberar la asamblea (art. 424), porque en esta clase de reuniones no podrá decidirse sino sobre los temas indicados al hacer la convocación, a menos que con el voto de no menos del setenta por ciento de las acciones representadas en la reunión se decida deliberar y resolver sobre otros temas (art. 425).

c) En el artículo 428 se conserva la limitación del voto establecida en el artículo 28 de la Ley 58 de 1931 y que en el proyecto de mayoría se eliminaba por dos razones: porque desfigura el sistema de la sociedad de capitales, en la que *es* apenas lógico que el socio goce de facultades decisorias proporcionadas a los riesgos que asume en el desarrollo de la empresa social; y porque en la vida real –que no puede ser desatendida por el legislador– esa restricción no ha servido sino para que se burle permanentemente. Pero lo más grave de todo es que, habiéndose dicho en la primera parte del artículo 428 que "este límite no se tendrá en cuenta para establecer el quórum deliberativo" (sic), se dijo lo contrario en la segunda parte del mismo artículo, para crear un problema que no habría surgido si se hubiera prescindido de la segunda parte de ese artículo. Porque, dicho que la limitación no se tendrá en cuenta para establecer el quórum, se combinaba la posibilidad de tomar en cuenta todas las acciones representadas, para establecer el **quórum,** aunque muchas de esas acciones no pudieran tenerse en cuenta para determinar la **mayoría decisoria.** No obstante, al exigir que la mayoría de votos, previa la restricción, represente un número de acciones suscritas no

inferior al exigido como quórum, se produjo una contradicción o por lo menos un galimatías explicable cuando se confunden las nociones de quórum y de la mayoría decisoria, para hablar de **quórum deliberativo** (pleonasmo del art. 478) y de **quórum decisorio** (error del art. 421). Es, pues, otro problema de interpretación que hay que resolver haciendo prevalecer la primera parte del artículo 428 sobre el galimatías que representa la segunda parte de ese mismo artículo, para concluir que la limitación o restricción del voto afecta apenas las mayorías decisorias, sin afectar el quórum, porque este se determina por el número de acciones representadas, aunque no se pueda votar con todas ellas en la correspondiente reunión.

ch) En los artículos 429 y 430 se consagran dos reglas que son de evidente utilidad y que vienen propuestas desde el proyecto de 1958 (arts. 593 y 594), con una adición hecha al expedirse el código. La primera tiende a facilitar las reuniones de la asamblea, a pesar de la indiferencia de los accionistas, porque permite que cuando no pueda llevarse a cabo una reunión, por falta de quórum, se convoque a una segunda reunión para no antes de diez ni después de treinta días, en la cual se podrá deliberar y decidir con cualquier número de acciones que estén representadas; y la segunda tiende también a facilitar las labores de la asamblea permitiendo que las deliberaciones se suspendan, para reanudarlas después, cuantas veces lo decida cualquier número plural de personas que representen la mayoría numérica de las acciones representadas, aunque las deliberaciones no pueden prolongarse por más de tres días sino cuando esté representada la totalidad de las acciones suscritas. A lo cual se ha agregado una regla de innegable conveniencia y es la que excluye de la posibilidad de decisión de acciones privilegiadas (otra reforma), para las cuales será siempre necesario el quórum y la mayoría decisoria que se hayan previsto en la ley o en los estatutos (art. 430).

d) Las actas en que consten las deliberaciones de la asamblea general deben ser firmadas por el presidente y el secretario de la correspondiente asamblea y, a falta de dicha firma, ha de firmarlas el revisor fiscal (art. 431). De tales actas debe enviarse copia a la Superintendencia de Sociedades, así: una por el revisor fiscal, dentro de los quince días siguientes a la fecha de la reunión (art. 432), y otra por los administradores, con el balance y anexos aprobados en las reuniones ordinarias, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la reunión (art. 448). Con eso habrá la posibilidad de que, por lo menos dos veces, se formulen a la sociedad observaciones y

seguramente distintas sobre el contenido de las actas, como si con todo este papeleo inútil se mejoraran las funciones de control de la Superintendencia, que precisamente van decayendo en la medida en que se repara más en la forma externa que en el fondo de dicho control.

9. En cuanto a los gerentes de la sociedad anónima se sustituye el sistema vigente de los dos suplentes obligatorios por cada gerente, para dejar libertad de crear una o más suplencias (art. 440). Y, si al definir la sociedad anónima, se ha pretendido eliminar la idea de los mandatarios temporales y revocables encargados de la representación legal de la comunidad, como desarrollo de la noción institucionalista de la sociedad que quiso adoptarse, en los artículos 440 y siguientes se vuelve sobre la denominación tradicional de "gerentes" elegidos y removidos libremente. Pero se refuerza la duda creada en los artículos 434 y siguientes de que la junta directiva es obligatoria, porque se prevé que los gerentes han de ser designados por la junta directiva y que solo por estipulación expresa de los estatutos puede encomendarse su elección a las asambleas generales (art. 440), contra lo previsto en el artículo 198, en el cual se prevé precisamente que los representantes de las sociedades comerciales serán elegidos por la asamblea o junta general de socios, dejando a salvo la posibilidad de que en los estatutos se delegue dicha elección en juntas directivas elegidas por la asamblea general. Lo cual quiere decir que, no habiéndose prescrito expresamente las juntas directivas, como se preveía en alguno de los proyectos que fueron presentados, y habiéndose dejado, en cambio, libertad a los socios para prever en el contrato social el sistema de administración que consulta mejor sus conveniencias (art. 110), debe resolverse esa ambigüedad o imprecisión de las disposiciones que se comentan en el sentido tradicional o consuetudinario de la libertad de crear, o no, juntas directivas, con la sola salvedad de que, en caso de ser establecidas, tienen que formarse y funcionar como se previene en los artículos 434 y siguientes, en armonía con los artículos 196 y siguientes de la misma obra.

10. En materia de balances y dividendos se conservan, en general, la mayor parte de los principios que vienen rigiendo, aunque se hacen exigencias adicionales de anexos e informes tendientes a facilitar el conocimiento de la situación económica y financiera de la sociedad y a hacer más completo el detalle de la cuenta de pérdidas y ganancias, con el fin de que la asamblea pueda apreciar mejor el resultado del ejercicio y especialmente los gastos generales o de administración (arts. 291 y 446). Y se introducen, además, algunas reformas que, como las siguientes, deben ser mencionadas separadamente.

a) El balance general, con sus anexos, debe ser presentado a la asamblea general por la junta directiva y el gerente, es decir, que este ha de ser un acto conjunto de los administradores y no del solo gerente (art. 446). Pero antes de ser presentado a la asamblea, debe ser puesto a disposición de los accionistas, con sus anexos y "junto con los libros y demás comprobantes exigidos por la ley", "durante los quince días hábiles que precedan a la reunión de la asamblea" y en las oficinas de la administración (art. 447), a fin de que puedan ser estudiados por los accionistas o por sus representantes (art. 422, **in fine).** Lo cual quiere decir que, bastando que la asamblea se convoque a reuniones ordinarias con quince días hábiles de anticipación (art. 424), los quince días hábiles de que disponen o han de disponer los accionistas para examinar el balance y sus anexos comprenden o pueden comprender las fechas de la convocatoria y de la reunión, si en los estatutos no se amplía el término de la convocatoria.

b) Aprobado el balance por la asamblea, debe enviarse a la Superintendencia de Sociedades copia del mismo, en los formularios oficiales, lo mismo que copia de sus anexos y del acta de la reunión de la asamblea (art. 448). Pero, como se dispone en el artículo 289, este balance debe ser "certificado", es decir, "suscrito con las firmas autógrafas del representante legal, del contador de la sociedad y del revisor fiscal", según lo prescrito en el artículo 290. Todo lo cual es sin perjuicio de que la Superintendencia exija que se le envíe el balance con sus anexos antes de ser presenta dos a la asamblea general, con la obligación de que, si la Superintendencia formula o alcanza a formular observaciones antes de la reunión de la asamblea, tales observaciones deben ser leídas al ser discutido el balance en la reunión correspondiente (art. 267, 8º). Sin que esto signifique que, si la Superintendencia exige estos documentos antes de la reunión de la asamblea, esta debe aplazarse o ser pospuesta hasta cuando se produzcan unas observaciones que pueden producirse, o no.

c) Las utilidades establecidas por el balance aprobado por la asamblea general son las que pueden ser distribuidas entre los accionistas en la forma que se establezca en los estatutos, hechas la reserva legal, las estatutarias y las ocasionales que ordene la asamblea al aprobar cada balance (art. 455). Pero a estas reglas que son las del derecho vigente, se agregan en la reforma las siguientes: de las utilidades debe repartirse no menos del cincuenta por ciento, si con el voto de

no menos del setenta por ciento de las acciones representadas no se reduce dicho porcentaje (art. 155), aunque si las reservas legales, estatutarias y ocasionales superan, en su conjunto, el valor del capital suscrito, debe ser repartido no menos del setenta por ciento de las utilidades (art. 454); con el voto de no menos del ochenta por ciento de las acciones representadas puede ordenarse el pago del dividendo en forma de acciones liberadas, con efectos obligatorios para todos los accionistas, quedando a opción de estos recibir el pago en tales acciones o en efectivo cuando no se obtenga el voto de tal mayoría (art. 455).

11. La disolución de la sociedad anónima se produce por las causales generales indicadas en el artículo 218, que son comunes a todas las formas de sociedad. Pero se produce también por dos causales especiales: por ocurrencia o acumulación de pérdidas que reduzca el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito, como en el derecho vigente; y "cuando el noventa y cinco por ciento o más de las acciones suscritas llegue a pertenecer a un solo accionista" (art. 457). Con la salvedad de que, como se prevé en el artículo 220, pueden desvirtuarse los efectos de estas dos causales de disolución por medidas que, en el primer caso, restablezca el patrimonio neto por encima del cincuenta por ciento del capital suscrito y que, en el segundo caso, reduzca a menos del noventa y cinco por ciento las acciones en poder de un solo accionista. Aunque debe anotarse que esta segunda causal especial de disolución de la anónima no tiene justificación ninguna y, en cambio, resulta en contradicción con el principio de que la sociedad anónima puede formarse y funcionar con cinco accionistas, sin consideración al número de acciones de cada uno de ellos (art. 374).

Las observaciones anteriores son las que pueden hacerse en un comentario de esta índole, con el cual solo se ha pretendido hacer una presentación de las principales innovaciones introducidas por el nuevo código de comercio al régimen de las formas tradicionales de la sociedad comercial. Por eso se prescinde de tratar sobre las sociedades de economía mixta, las sociedades de hecho y las sociedades extranjeras, sobre las cuales se han hecho reformas de importancia, con muchas de las cuales se desmejoró notoriamente el proyecto de 1958, como ocurrió especialmente con las sociedades de economía mixta, respecto de las cuales se distinguía entre las que tuvieran por objeto un servicio público y las que solamente se propusieran una empresa industrial, para someterlas a un régimen distinto, dada la distinta índole de los intereses comprometidos en ellas.

Y, si a lo largo de este comentario abundan las observaciones desfavorables al nuevo código, es porque desafortunadamente faltó al régimen de las sociedades una mayor coherencia y una formulación más ordenada y más precisa de sus distintas reglas; y porque es necesario comentar también esas deficiencias, no tanto para asumir la función de detractores del nuevo código, como se ha dicho por alguien, ni para censurar a los destructores del proyecto de 1958, sino para contribuir a formar criterios de interpretación que permitan resolver tales dificultades.

J. GABINO PINZÓN

JOSÉ GABINO PINZÓN es abogado, especializado en Derecho Comercial y catedrático de dicha materia en la Universidad Javeriana. Ha publicado los siguientes libros: Introducción al Derecho Comercial, Teoría General de las Sociedades Comerciales y un tomo sobre sociedades, parte especial.

Empresas del Estado y sociedades mixtas en la Reforma de 1968 en el Código de Comercio

POR JAIME VIDAL PERDOMO

ADVERTENCIA

El nuevo Código de Comercio dedica el título VII del libro segundo a las normas sobre las sociedades de economía mixta; en ocho artículos, el Decreto Extraordinario 410 de 1971 contiene las disposiciones que consideró convenientes el Gobierno incluir para tratar el importante tema de las sociedades de economía mixta. El código no trae normas sobre las empresas industriales y comerciales del Estado, fenómeno jurídico muy próximo al de las sociedades de economía mixta, no obstante que el artículo 464 establece que cuando los aportes estatales sean del 90% o más del capital, las sociedades de economía mixta se someterán a las disposiciones previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado. Por esa razón adicional se considera necesario estudiar el estatuto de estas últimas entidades que está contenido en los decretos. 1050 y 3130 de la reforma administrativa de 1968, donde también se encuentra definición y normas sobre las sociedades de economía mixta Por esta circunstancia resultó forzoso al tratar de las sociedades de esta clase, referirse a las empresas industriales y comerciales del Estado y a los decretos de la reforma administrativa mencionados. De esta manera, la puerta de entrada al servicio de las sociedades de economía mixta es el derecho público, pero él debe complementarse con los preceptos del nuevo Código de Comercio.

Habiendo contemplado de este modo el examen de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en la tercera edición de nuestro *Derecho administrativo general,* tenemos el mayor gusto en ceder para la revista de la Cámara de Comercio de Bogotá las páginas correspondientes.

El tema de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta ha sido evocado en las reformas constitucionales y administrativas de 1968 y luego en el nuevo Código de Comercio expedido por el Gobierno nacional por medio del Decreto Extraordinario 410 de 1971; dicho tema comprende varios aspectos: el del orden administrativo

al cual se hallen vinculadas tales entidades (puesto que existen empresas y sociedades nacionales, departamentales y municipales) y el de las llamadas por la Reforma administrativa de 1968 "entidades descentralizadas indirectas", que son personas jurídicas no creadas directamente por la nación, los departamentos o los municipios sino por entidades descentralizadas suyas. En puntos separados vamos a comentar estos dos aspectos.

1. Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta directas

Ya se ha advertido en esta obra que una de las preocupaciones mayores de las reformas constitucional y administrativa que culminaron en 1968 fue la de la administración descentralizada. Como ya no es el caso tratar los establecimientos públicos, entes que fueron objeto de estudio en la parte de estructura administrativa, vamos a referirnos ahora a la manera como esas reformas contemplaron el tema de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

En el ordinal 5º del artículo 120 de la Constitución reformada se dispone que los representantes de la nación en las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta son agentes del presidente de la República, lo cual significa jurídicamente que son de su libre nombramiento y remoción; esta facultad, que es similar a la que el mismo texto le confiere de nombrar a los gerentes o directores de establecimientos públicos, emana de la calidad de suprema autoridad administrativa que posee el presidente y que implica, también, una suprema responsabilidad en materias administrativas; y esto conduce a pensar que si el jefe del Estado tiene tanta responsabilidad debe disponer de los instrumentos necesarios para cumplirla, uno de ellos la facultad de remover a quienes lo representan en entidades vinculadas a la administración. El Decreto Extraordinario 1050 de 1968, en su artículo 28, complementa el principio anterior haciendo también de los gerentes de las empresas industriales y comerciales del Estado de carácter nacional agentes del presidente de la República.

Los preceptos de la enmienda constitucional correspondientes al régimen departamental y municipal establecen algunas normas sobre estos dos tipos de entidades descentralizadas, como las llamó el artículo 1º del Decreto Extraordinario 3130 de 1966. Dentro de ellas están las de que deben ser creadas por las asambleas departamentales y los concejos municipales, a iniciativa de los gobernadores y de los alcaldes respectivamente (artículos

187 y 197) y de que lo sea de acuerdo con las normas que determine la ley, principio este último que busca limitar la facultad otorgada al señalamiento previo de ciertas condiciones como se lee en la exposición de motivos del proyecto correspondiente. Mas en cuanto al régimen departamental, que está tratado con mayor detalle en la Constitución que el municipal, se previó que los representantes del departamento en las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta fueran agentes del gobernador, salvo los representantes designados por la asamblea, lo mismo que los gerentes y directores de las mismas.

Dejando a un lado ya los aspectos concernientes a la creación de empresas y sociedades de economía mixta por los departamentos y municipios, pasemos a las nociones jurídicas y al régimen de tales entidades.

No existían en Colombia, como no existen en muchos países, definiciones legales en la materia ni menos un estatuto general que precisara el régimen jurídico de las entidades descentralizadas; esta circunstancia, puesta al lado de ciertas confusiones creadas por la jurisprudencia y la inmadurez que ha ofrecido el país en el campo del derecho administrativo, hizo necesario un esfuerzo legislativo en ese sentido, el cual se plasmó en los decretos básicos de la Reforma administrativa de 1968, el 1050 y el 3130, que serán la parte más perdurable de esa tarea.

Del conjunto de esas disposiciones surge con nitidez la diferencia entre establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta y el régimen jurídico que gobierna esos entes jurídicos.

El artículo 6º del Decreto Extraordinario 1050 de 1968 define las empresas industriales y comerciales del Estad o como "organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial conforme con las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características: personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial".

El artículo 8º del mismo decreto define las sociedades de economía mixta como "organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme con las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley".

Si existen elementos comunes en las tres categorías de entidades descentralizadas –personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio, capital o aportes provenientes del Estado–, las dos últimas ofrecen estas diferencias sustanciales en relación con los establecimientos públicos: cumplen actividades industriales y comerciales y no administrativas, y están sujetas, por tanto, al régimen del derecho privado; a su vez, entre ellas se advierte la diferencia de que el capital de las empresas industriales y comerciales del Estado es completamente estatal, mientras que el de las sociedades de una conjugación de éste y del capital particular.

No enfocando en el momento los aspectos de control de tu tela que ejerce el poder central sobre las entidades descentralizadas, el cual acerca las empresas a los establecimientos públicos, y que está consignado en los decretos 1050 y 3130 de 1968, debemos ver cómo se traduce en la práctica de la sujeción al régimen de derecho privado que se predica tanto para las empresas industriales y comerciales como para las sociedades de economía mixta.

Tal remisión quiere decir que en sus actividades industriales y comerciales están sometidas a las disposiciones del Código de Comercio y del Código Civil; pero como excepcionalmente pueden cumplir ciertas funciones administrativas que les asigna la ley, está previsto en el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968 que en tal evento realizan actos administrativos, sujetos a la competencia de la jurisdicción administrativa, mientras que aquellos otros lo están a la justicia ordinaria: de las leyes y de los estatutos de cada entidad se podrá establecer cuáles son esos actos administrativos.

Al lado del régimen jurídico de los actos de empresas y sociedades se encuentra el de los contra tos contemplado en el artículo 34 del estatuto citado, y según el cual éstos no deben contener las cláusulas que la ley pide para los del gobierno sino las que son de uso entre particulares, salvo el privilegio de la cláusula de caducidad que de manera expresa autoriza este texto a favor de las empresas industriales y comerciales del Estado.

En cuanto al régimen de la responsabilidad, también dependiente del derecho privado, fue muy bien analizado por el Consejo de Estado (Sección Tercera; ponente: doctor Alfonso Castilla Saíz) en auto de 25 de marzo de 1971 según el cual el contrato de transporte es un contrato de derecho privado y no administrativo, por lo que la competencia para conocer de su juicio de responsabilidad contra los Ferrocarriles Nacionales no corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo si no a la ordinaria.

Por último, el artículo 5º del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 contempla el cuadro del régimen jurídico al clasificar el personal al ser-

vicio de las empresas industriales y comerciales del Estado como pertenecientes a la categoría de trabajadores oficiales, salvo las personas que desempeñen las actividades de dirección y confianza que según los estatutos del organismo deben estar a cargo de empleados públicos. Los trabajadores de las sociedades de economía mixta, en cambio, están sujetos en la totalidad de su régimen jurídico a las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo como una prueba más del acercamiento que tienen a las sociedades puramente particulares, con la excepción que pasamos a mencionar.

El artículo 3º del Decreto 3130 de 1968 contiene el siguiente precepto: "Las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado".

El texto invocado se apoya en la realidad económica y jurídica de que quien controla el noventa por ciento o más del capital de una sociedad la controla íntegramente, más teniendo en cuenta que según el artículo 23 de la Ley 126 de 1938 la restricción del voto por acciones poseídas prevista en la Ley 58 de 1931 no es aplicable a las sociedades anónimas que tengan por objeto la prestación de un servicio público cuando sea accionista la nación, un departamento o un municipio.

Esta remisión al estatuto de empresas industriales y comerciales del Estado cuando los aportes estatales en una sociedad de economía mixta alcancen el 90% o más no presenta desde el punto de vista puramente jurídico mayor cambio, pues se ha visto que ambas están gobernadas por el derecho privado, aunque ella permita a una sociedad de economía mixta pactar la cláusula de caducidad y su personal tiene que ser clasificado como trabajadores oficiales salvo aquellas personas que según los estatutos tengan la calidad de empleados públicos; ella tiene, no obstante, mayor importancia desde el punto de vista del control de tutela ya que es el presidente de la República quien designa el gerente de las empresas industriales y comerciales de carácter nacional y el ministro de tu tela quien preside la junta directiva, además de que los estatutos de la empresa y los de personal deben ser aprobados por el gobierno, mecanismos todos de control previstos en los decretos 1050 y 3130 de 1968 y que son idénticos a los que posee el poder central sobre los establecimientos públicos.

Desde otro ángulo, no ofrece dificultad alguna saber hoy día si una entidad es empresa industrial o comercial del Estado o sociedad de economía mixta, pues basta aplicar los criterios jurídicos del Decreto 1050 de 1968; pero, además, los decretos de reorganización de cada uno de los minis-

terios y departamentos administrativos precisan cuáles eran las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta que estaban vinculadas a ellos.

Como ya se ha advertido muchas veces a lo largo de este libro, los decretos 1050 y 3130 de 1968 fueron expedidos por el gobierno con base en las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 65 del año anterior y que estaban limitadas a la administración nacional; por esta razón, ellos no traen disposiciones sobre las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta departamentales o municipales; no obstante, las definiciones sobre entidades descentralizadas y el régimen jurídico son aplicables por analogía a las de orden departamental y municipal como lo ha reconocido ya el Consejo de Estado (Sentencia de la Sección Primera de 31 de mayo de 1971, sobre la ordenanza número 4 de 1967 que modificó la organización de la Beneficencia de Antioquía, ponente doctor Lucrecio Jaramillo), más si se tiene en cuenta que lo concerniente a personas jurídicas es cuestión de ley y no de ordenanza o acuerdo, aunque éstos sean los actos jurídicos que creen dichas personas; en cuanto al sistema de control de tutela para las entidades nacionales, no es extendible a las departamentales y municipales, pues ello debe ser objeto de la ley que se dicte para regular estas materias según la previsión constitucional expresada en los artículos 187 (6º) y 197 (4º); vale la pena anotar, de paso, que esta es una de las leyes de desarrollo de la Reforma constitucional de 1968 de mayor importancia, como que está destinada a regular asuntos de mucha repercusión en la vida departamental y municipal y a arbitrar las disputas entre los cuerpos de elección popular y los gobernadores y alcaldes en relación con el manejo y control de las entidades descentralizadas.

2. Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta indirectas

El término *indirectas* es el que emplea el artículo 4º del Decreto Extraordinario 3130 de 1968 para designar las personas jurídicas que no son creación de la nación sino que resultan de la participación de ésta, entidades territoriales, entidades descentralizadas, y en algunos casos particulares. La intención del precepto fue la de tratar el fenómeno jurídico de la multiplicación de entidades descentralizadas no emanadas de la ley sino de acuerdos entre entidades descentralizadas, fenómeno que pudiera denominarse "la administración protozoárica", pues son los entes con personería jurídica que dan lugar al nacimiento de otras personas jurídicas.

De allí el nombre de entidades indirectas, pues ellas no provienen de la nación directamente sino de personas jurídicas creadas por la nación. Es el caso de empresas o sociedades creadas, por ejemplo, por el Instituto de Fomento Industrial, el de Energía Eléctrica, el de Fomento Municipal en las cuales al lado de las entidades promotoras que son nacionales participan otras entidades descentralizadas por servicios, o entidades territoriales (departamentos o municipios como en las empresas electrificadoras y en las llamadas "acuas") o particulares. Su relación con la nación no es directa sino de segundo grado y utilizando la terminología de la filiación se diría que no son hijas sino nietas de aquélla; desde el punto de vista del lenguaje del derecho comercial hay similitud con el fenómeno de las sociedades filiales y subsidiarias.

Aunque podía ocurrir que esos acuerdos o convenios entre personas jurídicas de las cuales alguna era una entidad descentralizada nacional, dieran lugar a la creación de una persona jurídica que mereciera la calificación de establecimiento público, lo más frecuente era que ellos se realizaran según las prescripciones del derecho comercial surgiendo así una empresa industrial y comercial o una sociedad de economía mixta, esto último si habla intervención del capital privado.

La existencia de personas jurídicas en la forma generalmente de sociedades creadas por otras personas jurídicas data de cierto tiempo y se había extendido al orden departamental y municipal; desde su creación algunas personas jurídicas nacionales habían sido autorizadas expresamente por las leyes respectivas a crear otras personas jurídicas, como en el caso del Instituto de Fomento Industrial, el antiguo Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, hoy Instituto de Energía Eléctrica y el de Fomento Municipal; otras veces era el ejercicio de su personería jurídica que daba ocasión al nacimiento de nuevas personas jurídicas; por ejemplo, Interconexión Eléctrica, ISA es una sociedad anónima en la cual han hecho aportes de capital el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, Icel, la Corporación Autónoma Regional del Cauca, CVC, la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, las Empresas Públicas de Medellín, la Central Hidroeléctrica de Caldas, CHEC y la Central Hidroeléctrica de Anchicayá, Chidral.

Obsérvese que las dos primeras entidades son establecimientos públicos de carácter nacional, las dos siguientes son entes municipales y las últimas son a su vez entidades descentralizadas indirectas: la CHEC, como filial del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, y Chidral, una sociedad limitada en la cual toman parte la Corporación del Cauca, el Municipio de

Cali y Empresas Municipales de esa ciudad. Esto denota la complejidad del fenómeno que traduce el enlace o la asociación de entidades de distinto orden administrativo, áreas de acción y a veces condición jurídica.

Esta situación jurídica no había sido apreciada por el legislador con anterioridad a la Reforma administrativa de 1968; como no se tenía mucha conciencia de ella se obraba sobre el presupuesto de que tales asociaciones, que unían esfuerzos de diferentes personas jurídicas encaminados a objetivos comunes, estaban reguladas por el derecho privado, olvidando los aspectos administrativos que envuelve el concepto de entidades descentralizadas indirectas.

En la Reforma administrativa de 1968 se tuvo en cuenta este factor y como se iba a expedir un estatuto de entidades descentralizadas se decidió contemplar las indirectas o de segundo grado; así, aparecen unas reglas generales sobre éstas en el artículo 4º del Decreto Extraordinario 3130) de 1968.

En el precepto citado se da la noción o concepto de entidades descentralizadas indirectas, se exige para su creación que las entidades promotoras estén autorizadas al efecto –principio que también está inserto en el artículo 29 del Decreto 1050 de 1968 y con lo cual se busca poner freno a una multiplicación exagerada de entes jurídicos– y se dispone que deben clasificarse en las categorías que señala este decreto, es decir. definirse jurídicamente como establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, todo esto según la índole de sus actividades y las participaciones de capital. También se prescribe allí que debe precisarse su pertenencia al orden nacional, departamental o municipal, cuestión que se hará tomando en cuenta la naturaleza y el ámbito del servicio, la proporción de las participaciones y la intención de sus creadores; estos elementos permitirán clasificar la entidad indirecta desde el punto de vista territorial, lo cual obviamente acarrea consecuencias jurídicas, administrativas y fiscales.

La norma invocada, finalmente, prevé la conversión de personas puramente privadas en alguna de las categorías indicadas de entidades descentralizadas por la adquisición de acciones o derechos en ellas, evento en el cual deben reformarse los estatutos para dar cabida al régimen jurídico que de la participación oficial resulte; esta remisión a estatutos, que también se prevé para las entidades descentralizadas existentes al momento de la aprobación de la reforma administrativa, es de mucha utilidad práctica porque ella permite hacer conscientemente el tránsito de una condición jurídica a otra, de sociedad puramente privada a economía mixta o a empresa industrial y comercial, por ejemplo, e inclusive la calificación del

personal si a ello hubiera lugar conforme con lo ordenado en el artículo 5º del Decreto Extraordinario 3135 de 1968.

Si bien el régimen jurídico de las entidades descentralizadas indirectas es el mismo de las directas, esto es, de establecimiento público, empresa industrial y comercial del Estado o sociedad de economía mixta en cuanto a sus actos, contratos, responsabilidad y demás, ofrece diferencia en relación con el control de tutela; a manera de ejemplo se indica que si son establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado, su gerente no debe ser designado por el presidente de la República, ni su junta directiva presidida por el ministro del ramo, pues tales mecanismos de control provienen de que el patrimonio en las directas ha sido provisto por la nación, mientras que en las indirectas ha sido proporcionado por personas jurídicas cuyo patrimonio o capital es independiente del de la nación; hablando en términos del derecho civil se podría decir que los derechos que tiene el padre sobre los hijos no lo posee respecto de los nietos, o sea que el control de tutela sobre las entidades descentralizadas indirectas no lo ejerce el poder central sino las personas jurídicas que contribuyeron a su creación y en las condiciones que prescriban los respectivos estatutos.

Esta circunstancia hace impropio hablar de una empresa comercial o industrial o una sociedad de economía mixta vinculada a un ministerio o departamento administrativo pues este mecanismo de la vinculación (adscripción en el caso de los establecimientos públicos) es el vehículo que permite el ejercicio del control de tutela y, se repite, en las indirectas el control de tu tela corresponde a las entidades que generaron la nueva persona jurídica y no el poder central; en esta impropiedad incurrieron algunos ministros en 1968 cuando al reorganizar sus despachos colocaron como vinculadas a empresas o sociedades indirectas.

3. Las sociedades de economía mixta en el nuevo Código de Comercio

Ya se advirtió que el Gobierno nacional por medio del Decreto Extraordinario 410 de 1971 expidió el nuevo Código de Comercio que habrá de regir en la mayor parte de sus disposiciones a partir del 1º de enero de 1972. En dicho código se dedica el título segundo del libro del mismo número a las sociedades de economía mixta; únicamente el artículo 464 se refiere a las empresas industriales y comerciales del Estado al decir: "Cuando los aportes estatales sean del noventa por ciento (90%) o más del capital social, las sociedades de economía mixta se someterá n a las disposiciones previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado. En estos

casos, un mismo órgano o autoridad podrá cumplir las funciones de asamblea de accionistas o junta de socios o junta directiva".

Como surge de la lectura, se adopta el principio consagrado en el artículo 3º del Decreto Extraordinario 3130 de 1968 sobre régimen de empresa industrial y comercial a las sociedades en las cuales el Estado posee la cuota del capital indicado; de otro lado, la sujeción a las disposiciones previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado es la remisión a los decretos 1050 y 3130 de 1968 que comentamos en los epígrafes anteriores. Vale la pena anotar, de paso, que las normas del Código de Comercio se apoyan en las de la reforma administrativa, lo que es representativo de un fenómeno sobre el cual ya hemos llamado la atención en esta obra y que es el de la confluencia del derecho administrativo y el derecho privado, el cual es de mayor relieve en instituciones que como las que estamos analizando son por sí misma expresión de esa dualidad jurídica.

El artículo 461 define las sociedades de economía mixta como aquellas sociedades comerciales, que se constituyen con aportes estatales y de capital privado, y agrega que ellas se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposiciones en contrario, lo que es igual al criterio consignado en el artículo 8º del Decreto 1050 de 1968 que definió las sociedades de economía mixta.

En el artículo 465 se dispone que las sociedades de economía mixta, cuando se tratare de anónimas, serán nominativas y se emitirán en series distintas para los accionistas particulares y para las autoridades públicas; pasando por alto que hubiera sido preferible otra expresión para referirse a la nación, los departamentos o los municipios o las entidades descentraliza das, tenemos que los aportes que estas personas jurídicas hagan son considerados estatales en el artículo 467 para efectos de la formación de una sociedad de economía mixta; en el acto de la constitución, ordena el artículo 462, deberán señalarse las condiciones que para la participación de éstas contenga la disposición que autorice su creación, y si la sociedad es nacional, departamental o municipal.

Por último, el artículo 463 facilita la constitución de sociedades de economía mixta al consagrar que los aportes estatales puedan consistir en ventajas financieras o fiscales, garantías de las obligaciones de la sociedad o suscripción de los bonos que emita, auxilios especiales, etc. o concesiones. Y en el artículo 466 se prevé que cuando en las sociedades de economía mixta la participación estatal exceda el cincuenta por ciento del capital social, no se aplicará la restricción del voto y quienes representen las acciones pueden representar las de otros entes públicos.

El título se cierra con el mandato del artículo 468 según el cual en lo no previsto en los artículos anteriores y en las disposiciones especiales de carácter legal, que son justamente las de la Reforma administrativa de 1968 en la materia, se aplicarán a las sociedades de economía mixta y en cuanto fueren compatibles, las reglas del libro de sociedades del Código de Comercio, declaración que pone de presente la dualidad jurídica que cubre el fenómeno de las sociedades de economía mixta, pues que de un lado existen para ellas disposiciones de carácter administrativo y de otro de carácter comercial.

JAIME VIDAL PERDOMO

JAIME VIDAL PERDOMO es abogado, especializado en derecho administrativo y derecho constitucional. Es catedrático de estas materias en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y en el Externado de Colombia. Ha publicado los siguientes libros: Derecho Administrativo, Derecho Constitucional General, Historia de la Reforma Constitucional de 1968, y sus Alcances Jurídicos. Ha desempeñado los siguientes cargos: Secretario General del Ministerio de Agricultura, Subgerente Jurídico del Incora y Secretario jurídico de la Presidencia de la República.

De las sociedades extranjeras

POR JULIO J. BENETTI SALGAR

Ante la imposibilidad de agotar un tema de tanta importancia como es el de las sociedades extranjeras, casi desconocido en la doctrina y jurisprudencia patrias, me limitaré a señalar los rasgos característicos de la nueva legislación mercantil, sin perjuicio de completar estas notas en otra oportunidad.

La primera observación que puede hacerse es la de que ahora se tendrá un estatuto más o menos completo sobre las sociedades extranjeras, del que se carece en la legislación vigente.

En el código cuya vigencia está próxima a expirar, tan sólo en el artículo 593 se dice que las compañías extranjeras dedicadas al negocio de seguros terrestres o marítimos requieren de previa autorización del poder ejecutivo para establecer agentes en el país, en orden a la celebración de tales negocios, principio que luego se recoge en la Ley 105 de 1927.

Al año siguiente de adoptado para la República de Colombia este código, la Ley 124 de 1888, luego de que la Ley 27 del mismo año derogara las normas según las cuales las sociedades anónimas nacionales estaban sujetas al control del Estado, ordena a las anónimas domiciliadas fuera del país cumplir una serie de requisitos en orden a su establecimiento dentro del territorio nacional, para realizar negocios o empresas de carácter permanente.

Mediante la Ley 58 de 1931 se establece el control y vigilancia para las sociedades anónimas domiciliadas fuera del país, atribuciones que se confían a la Superintendencia de Sociedades Anónimas, que las ejerce conforme con lo dispuesto en la misma ley y en los artículos 228 y los siguientes del Decreto Reglamentario 2521 de 1950, exceptuadas claro está aquellas sociedades cuya finalidad consiste en los negocios de banca y seguros, ya sometidas al mismo control, según las leyes 45 de 1923 y la citada 105 de 1927, respectivamente, el que se ejerce por medio de la Superintendencia Bancaria.

Tan sólo los decretos 2 y 37 de 1906 exigían el establecimiento de toda clase de sociedades o compañías domiciliadas fuera del país, cuando pretendieran realizar negocios de carácter permanente, con el requisito adicional de que el poder ejecutivo debía declarar cumplidos los requisitos

de establecimiento por parte de dichas compañías. Pero estos decretos, dictados en uso de las atribuciones que al Gobierno le confiere el estado de sitio, resultaron tener vigencia muy precaria y dejaron de regir desde el mismo año 1906, como claramente lo ha demostrado, por ejemplo, el doctor Rafael H. Gamboa, en artículo intitulado "Anotaciones sobre el régimen de las sociedades extranjeras. Nulidades", que aparece publicado en la revista *Universitas,* número 36, página 196.

Así pues, según la legislación vigente, no existe un estatuto regulador del régimen de todas las sociedades y personas naturales extranjeras con negocios o actividades de carácter permanente en el país, ya que esta legislación se refería exclusivamente a las sociedades que en su país de origen tuvieren el carácter de anónimas, sin perjuicio claro está del control que el Estado ejercía y ejerce sobre algunas sociedades extranjeras en razón de su objeto social, como bancos, compañías de seguros, empresas de aviación o petroleras, entre otras, estatuto que ahora sí se recoge en los artículos 469 y siguientes del nuevo código, sin distinción respecto a la organización jurídica de estas sociedades, y que se extiende también al comerciante extranjero, persona natural, no residente en el país, cuando pretende actividades de carácter permanente, como queda dicho.

Este rasgo característico de la nueva ley comercial, ajustado a las conveniencias nacionales, eliminará entre otras cosas la necesidad de que la Superintendencia de Sociedades y la Bancaria tengan que entrar a examinar la naturaleza jurídica de cada compañía, para deducir si está o no sujeta a control; y también que, como ocurrió en algunos casos, sociedades extranjeras por acciones quedaran exoneradas de dicho control, por considerar la Superintendencia de Sociedades, sin razón ciertamente, que según la ley del país de origen no reunían las notas propias de las sociedades anónimas nacionales.

II

Otra característica del nuevo Código de Comercio es definir como sociedades extranjeras aquellas "constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior" (artículo 469), en lo cual la ley acoge dos criterios para distinguirlas de las nacionales, a saber, el del domicilio y el de su constitución conforme a la ley extranjera. Reitera el código principios imperantes en la legislación anterior, como en la Ley 81 de 1960 (artículo 19), en relación con el impuesto a la renta y complementarios, y en el derecho internacional privado latinoamericano.

Pero no son éstos los únicos criterios legales para determinar si una compañía tiene la calidad de extranjera, pues la ley tiene como a tales muchas constituidas conforme a la ley colombiana pero respecto de las cuales una parte de su capital pertenece a extranjeros no domiciliados en el país o la dirección y administración de la sociedad escapan al control de los asociados o inversionistas nacionales. Tal ocurre, por ejemplo, con las empresas de navegación marítima o aérea, pues éstas sólo se considerarán nacionales cuando el capital extranjero vinculado a ellas no exceda el 40%, al tenor de los artículos 1426 y 1795 del código, o del 30% en el caso de los agentes marítimos, según el artículo 1490. La primera de tales disposiciones es más exigente que su antecedente, la Ley 89 de 1938, pues en ella se permitía una inversión extranjera hasta del 49% en empresas aéreas nacionales.

De la misma manera se consideran como **extranjeras** las sociedades constituidas y organizadas conforme a la ley nacional cuando la inversión foránea sea superior al 49%, o cuando siendo inferior ese porcentaje se refleja en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa, al tenor del artículo 1º del Estatuto del Grupo Andino, sobre capitales extranjeros (para Colombia, el Decreto 1299 de 1971).

En el mismo Estatuto del Grupo Andino sólo se tienen como **nacionales** las empresas en que, naturalmente constituidas y organizadas conforme a la ley nacional de cada país, su capital pertenezca en 80% por lo menos a inversionistas nacionales y esa proporción se refleje en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa.

Las que no se encuentren en ninguna de las categorías anteriores, o aquellas en que haya participación del Estado o de empresas estatales en proporción inferior al 51%, pero la representación estatal tenga capacidad determinante en las decisiones de la empresa, tienen el carácter de **mixtas** (artículos 1º y 36).

Por lo demás, estos criterios no son nuevos en la legislación nacional, ya que, además del caso citado de la empresa de aviación, también se tienen, para fines especiales, como no colombianas las empresas de radiodifusión (Decreto 2427 de 1956, artículo 303), producción de películas cinematográficas (Ley 9º de 1942), publicidad y propaganda comercial (Ley 29 de 1944, artículo 14), entre otras cosas, aun cuando estén organizadas conforme con la ley colombiana, según la participación del capital foráneo, conforme con el estatuto legal de cada tipo de empresas.

Igualmente puede citarse como antecedente el caso de los bienes pertenecientes a nacionales de países con los cuales Colombia estuvo en conflic-

to durante la última guerra mundial, sometidas a fideicomiso en nuestro país, conforme los decretos 50 y 147 de 1941 especialmente.

Finalmente, para efectos del régimen arancelario especial a las importaciones de productos del área latinoamericana, la Resolución 10 de 1970 del Consejo Nacional de Política Aduanera, denominaba empresas "multinacionales" a aquellas en las que como mínimo 80% de su capital pertenezca a personas naturales o jurídicas latinoamericanas y siempre que el aporte colombiano no sea inferior al de ninguno de los países miembros del grupo de ALALC, pero sin indicar la ley de su organización, por lo cual pueden estar constituidas aquí o en otro de los países que formen parte del Tratado de Montevideo.

III

Según el artículo 267, numeral 1º, letra A, del nuevo código, se encuentran sometidas al control y vigilancia del Estado, que ejerce a través de las referidas superintendencias Bancaria y de Sociedades, todas las sucursales de sociedades extranjeras que tengan negocios de carácter permanente en el país.

Termina así la dualidad existente, según la cual aquellas compañías extranjeras anónimas o asimilables a anónimas estaban bajo el control y vigilancia de las indicadas superintendencias, pero las demás compañías no lo estaban, necesitando éstas tan sólo del reconocimiento por parte del Gobierno del cumplimiento de los requisitos establecidos en los decretos 2 y 37 de 1906. Éstos tuvieron una vigencia muy precaria como se ha dicho, pero de todas maneras el gobierno ha venido profiriendo la declaración correspondiente.

En cuanto a las sociedades nacionales con participación de capital extranjero, se observa que el nuevo código no reproduce las disposiciones de los artículos 125 del Decreto 444 de 1967, y 10º del Decreto 688 del mismo año, en los cuales se ordenó su control y vigilancia por la Superintendencia de Sociedades, pero no existe inconveniente alguno para que ello pueda tener lugar bajo la vigencia del nuevo código, pues la letra D, numeral 1º, del citado artículo 267, permite que el presidente de la República, en ejercicio de la atribución constitucional de supervigilar las sociedades mercantiles, que le concede el artículo 120, numeral 15 de la Carta, puede decretar este control. Por otro lado, en el Régimen de capitales del Grupo Andino se dispone que toda inversión extranjera deberá estar autorizada

y controlada por el Estado y registrada ante el organismo competente de cada país (artículos 2º, 5º y 6º y artículos transitorios B y D).

También, según los artículos 477, 478 y 492 del código, resulta claro que la Superintendencia de Sociedades ejerce control y vigilancia sobre las extranjeras personas naturales domiciliadas en el exterior que pretendan realizar negocios de carácter permanente en el país.

Las sociedades y los comerciantes extranjeros tendrán un plazo de 3 meses, desde el próximo 1º de enero, para cumplir estos requisitos, en orden a poder continuar el desarrollo normal de sus actividades en Colombia (artículo 478).

IV

Por primera vez en nuestra legislación se hace una enunciación de lo que constituyen actividades o negocios de carácter permanente, para efectos del establecimiento de las sociedades extranjeras en el país.

El artículo 474 dice al respecto: "Se tienen por actividades permanentes para efectos del artículo 471, las siguientes:

1ª Abrir dentro del territorio de la república establecimientos mercantiles u oficinas de negocios, aunque éstas solamente tengan un carácter técnico o de asesoría;

2ª Intervenir como contratista en la ejecución de obras o en la prestación de servicios;

3ª Participar en cualquier forma en actividades que tengan por objeto el manejo, aprovechamiento o inversión de fondos provenientes del ahorro privado;

4ª Dedicarse a la industria extractiva en cualquiera de sus ramas o servicios;

5ª Obtener del Estado colombiano una concesión o que ésta le hubiere sido cedida a cualquier título, o que en alguna forma participe en la explotación de la misma;

6ª El funcionamiento de sus asambleas de asociados, juntas directivas, gerencia o administración en el territorio nacional.

En los dos primeros numerales, que estaban incluidos en el proyecto de código presentado el Congreso nacional en 1958, se recogen similares

disposiciones del Decreto 1381 de 1957, cuya vigencia fuera aplazada indefinidamente tan sólo seis días después de dictado.

En nuestra opinión la enunciación que hace el legislador no es taxativa, ya que pueden presentarse otros casos en que una sociedad extranjera desarrolle actividades de carácter permanente sin que se encuentre en ninguna de las hipótesis de la disposición que se comenta.

En efecto, se tienen, entre otros supuestos, los siguientes:

A) En el citado proyecto de 1958 se decía que constituía actividad de carácter permanente tener en el país, por más de seis meses "agentes, vendedores o intermediarios facultados para colocar o atender pedidos o hacer cualquier clase de negocios por cuenta de la sociedad". En el proyecto presentado por la Comisión Revisora al Gobierno en 1970 se hablaba de que la sociedad estableciera "en el país negocios de representación o agencia de firmas nacionales o extranjeras". Ninguna de las dos normas fue mantenida en el texto final del nuevo código. Pero se pregunta: ¿Si una sociedad extranjera no establecida tiene un agente o representante en el país, será esta circunstancia constitutiva de tener negocios o actividades de carácter permanente?

En mi opinión la respuesta debe ser afirmativa.

Según el artículo 1317 del código, el contrato de agencia comercial consiste en que un comerciante "asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo... como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo"; por su parte, el artículo 10º de la misma obra dispone que "la calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona".

A la vista de estas normas legales no puede quedar duda de que la sociedad o el comerciante extranjero que nombra un agente o representante suyo en el país tiene negocios de carácter permanente, porque este contrato se caracteriza por la estabilidad o permanencia del agente, que lo hace ser de tracto sucesivo, y porque naturalmente la intención de las partes es que las operaciones comerciales que se celebren sean continuas y sucesivas, con proyecciones en el tiempo, pues de otra manera el empresario extranjero no necesitaría constituir un agente comercial permanente, sino que podría actuar para un negocio determinado u operaciones comerciales esporádicas mediante cualquiera de los otros tipos de mandato que regula el código. Finalmente, porque la sociedad está ejerciendo el comercio

en el país de manera estable, por interpuesta persona, y como tal sujeta a las obligaciones que las leyes imponen al profesional del comercio.

B) Expresamente dispone el parágrafo 2º, del artículo 543 del código nuevo que el solo hecho de solicitar y obtener patentes o marcas en Colombia no implica para el peticionario extranjero tener negocios de carácter permanente en el país. El código regula, de otro lado, diversos tipos de licencia para la utilización de patentes y marcas otorgadas o registradas en el país, quedando siempre a cargo del titular de tales derechos la obligación de controlar la calidad del artículo producido bajo el sistema patentado o amparado con la marca, como se dispone en los artículos 557 y 594. Es necesario advertir que la explotación de patentes bajo licencia implica muchas veces la transferencia de tecnología al licencista y que éste debe pagar regalías como precio mientras dure la licencia.

De otra parte, también es conveniente tener en cuenta que según los artículos 18 y siguientes y artículos D y E transitorios del ya mencionado Régimen de capitales extranjeros del Grupo Andino, los contratos sobre importación de tecnología y licencia de patentes o marcas deben ser aprobadas por los organismos estatales correspondientes, tal como ha venido ocurriendo en Colombia desde el Decreto 444 de 1967.

Todo este conjunto de disposiciones permite presumir que el exportador de tecnología y el licencista extranjero están realizando negocios de carácter permanente y por consiguiente obligados a establecerse en el país, para cumplir con las disposiciones del código que se vienen examinando.

Naturalmente, este punto de vista resulta muy discutible y eventualmente sólo a la vista del respectivo contrato, o de la sentencia judicial o providencia administrativa que otorga la licencia podría determinarse con precisión si las obligaciones que adquiere el licencista foráneo implican o no el establecimiento de negocios con el carácter de permanencia que precisa la ley comercial.

C) Otro aspecto no regulado por el código, que como el anterior sí estaba previsto en el proyecto de 1970, habiéndose perdido la oportunidad para que existiera claridad legal al respecto, es el caso de las sociedades o comerciantes extranjeros que tengan inversiones en el país.

A la luz del artículo 66 de la Ley 135 de 1961, que estimo subsistente, no queda duda de que tiene el carácter de negocio permanente el poseer predios rurales en el país.

También parece claro que el inversionista extranjero tiene negocios permanentes y por lo mismo debe establecerse cuando adquiere la calidad

de socio colectivo en sociedades colectivas o comanditarias, porque esta circunstancia le confiere la calidad de comerciante y como tal debe cumplir con las obligaciones propias de los mismos, entre ellas la de inscribirse en el registro mercantil, lo que naturalmente supone estar organizado en la jurisdicción de la respectiva cámara de comercio. Lo mismo podría decirse en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada en que los socios se han reservado su administración, pues la gestión de los negocios sociales por parte de los socios supone una actividad constante de los asociados en la compañía.

Pero la cuestión no resulta clara en casos diferentes, como cuando el inversionista extranjero tiene acciones en una sociedad u otra clase de bienes en el país. Al respecto *conviene* recordar que la División de Impuestos Nacionales considera que existen negocios de carácter permanente cuando el inversionista tiene esas inversiones en el territorio nacional.

Queda abierta la discusión sobre cuestión tan dudosa y muy discutible, para que la doctrina y la jurisprudencia den la claridad de que careció la ley, por falta de norma expresa.

V

Salvo los casos antes indicados, sobre cuáles empresas de navegación marítima y aérea y de agencia marítima son colombianas, el código no indica negocios que no puedan ser realizados por sociedades extranjeras.

Pero en el Régimen de capitales del Grupo Andino se encuentran las siguientes limitaciones a la inversión extranjera, bien sea realizada a través de sucursales de sociedades extranjeras propiamente dichas o mediante la participación en el capital de sociedades organizadas conforme con la ley nacional que tengan la categoría, según el mismo estatuto, de "extranjeras" o de "mixtas".

Tales limitaciones, o, mejor dicho, actividades en que no será permitida la inversión extranjera, son las siguientes:

1. En las que se consideren, a juicio del gobierno respectivo, adecuadamente atendidas por las empresas existentes (artículo 3º).
2. Para la adquisición de acciones, participaciones o derechos de propiedad de inversionistas nacionales, a menos que se trate de inversiones extranjeras directas en una empresa nacional para evitar su quiebra inminente, conforme con el mismo artículo 3º, y de acuer-

do con los requisitos señalados en esa disposición. Sin embargo, el artículo 4º, permite la participación de la inversión extranjera en empresas "nacionales" o "mixtas", siempre que se trate de la ampliación del capital de éstas, pero con la condición de que esa participación extranjera no modifique la calidad de "nacional" o "mixta" de la empresa receptora de la inversión, lo que supone necesariamente un aumento similar de la inversión nacional en la ampliación del capital de la empresa receptora.

3. En el sector de productos básicos, que comprende las actividades primarias de exploración y exploración de minerales de cualquier clase, incluyendo hidrocarburos líquidos y gaseosos, gasoductos, oleoductos y la explotación forestal. Sin embargo, durante los primeros 10 años de vigencia del convenio podrán autorizarse inversiones en estas actividades por el sistema de concesiones del Estado, cuando el plazo del contrato no exceda 10 años, y para el caso de los hidrocarburos, preferentemente bajo la forma de contratos de asociación con empresas estatales del país receptor (artículo 40).
4. En servicios públicos, entendiéndose por tales los de agua potable, alcantarillado, energía eléctrica y alumbrado, aseo y servicios sanitarios, teléfonos, correos y telecomunicaciones (artículo 41). En esta clase de actividades ni siquiera es posible nueva inversión extranjera directa, a menos que se trate de obtener que las empresas extranjeras existentes puedan operar en condiciones de eficiencia técnica y económica.
5. En las ramas de seguros, bancos y demás instituciones financieras (artículo 42).
6. En empresas de transporte interno, publicidad, radioemisoras comerciales, estaciones de televisión, periódicos y revistas (artículo 43).
7. En las dedicadas a la comercialización interna de productos de cualquier especie (artículo 43).
8. En la producción de artículos que no se elaboran en los países del grupo y que se reserven para ser fabricados por Bolivia y Ecuador (artículo 46, en concordancia con el 50 del Acuerdo de Cartagena).
9. Los sectores de la actividad económica que cada país miembro reserve para empresas nacionales, pudiendo al mismo tiempo determinar si admite o no en ellos participación de empresas mixtas (artículo 38).
10. Los sectores de la actividad económica que la Comisión del Acuerdo de Cartagena reserve para empresas nacionales en todos los países

miembros, determinando también si admite en ellos la participación de empresas mixtas (artículo 38, inciso final).

Sin embargo, cada país podrá, por circunstancias especiales, determinar un régimen diferente al previsto en los artículos 40 a 43 del Estatuto de Capitales (numerales 3 a 8 anteriores). por autorizarlo así el artículo 44 del estatuto en cuestión, lo cual (como en el caso del numeral 9), está sujeto a la respectiva reglamentación gubernamental, no expedida aún en Colombia.

Es de observar que estas limitaciones a la inversión extranjera no se aplican tan sólo a aquellas empresas que deseen acogerse a las ventajas del Pacto Andino, sino también a todas las existentes o que en el futuro pretendan establecerse; y que el estatuto en cuestión modifica nuestra legislación intenta vigente, enumerada parcialmente en el capítulo II, con un mayor alcance, pues prohíbe terminantemente la inversión extranjera en muchos campos, cuando en dicha legislación era posible efectuarla bajo las limitaciones indicadas en las normas reguladoras de cada actividad en particular, que no es del caso examinar ahora.

VI

El Código de Comercio de próxima vigencia señala, en su artículo 471, aplicable también a las firmas individuales de comerciantes extranjeros no domiciliadas en el país (artículos 477 y 478), los requisitos necesarios para que la sociedad extranjera con negocios de carácter permanente pueda adelantar en Colombia sus actividades, en los términos siguientes:

> "Para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual cumplirá los siguientes requisitos:
>
> "1º Protocolizar en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el país, copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes; y
>
> 2º Obtener de la Superintendencia de Sociedades o de la Bancaria, según el caso, permiso para funcionar en el país".

Ahora, según el artículo 472:

> "La resolución o acto en que la sociedad acuerde conforme a la ley de su domicilio principal establecer negocios permanentes en Colombia, expresará:

"1º Los negocios que se proponga desarrollar, ajustándose a las exigencias de la ley colombiana respecto a la claridad y concreción del objeto social;

2º El monto del capital asignado a la sucursal, y el originado en otras fuentes, si las hubiere;

3º El lugar escogido como domicilio;

4º El plazo de duración de sus negocios en el país y las causales para la terminación de los mismos;

5º La designación de un mandatario general, con uno o más suplentes, que represente a la sociedad en todos los negocios que se proponga desarrollar en el país. Dicho mandatario se entenderá facultado para realizar todos los actos comprendidos en el objeto social, y tendrá la personería judicial y extrajudicial de la sociedad para todos los efectos legales; y

6º La designación del revisor fiscal, quien será persona natural con residencia permanente en Colombia".

Esta disposición, cuyo antecedente más próximo es el artículo 223 del Decreto 2521 de 1950, merece los siguientes comentarios especiales:

En cuanto a la enunciación de los negocios que la sociedad se proponga adelantar en el país, es necesario tener presente el numeral 4º del artículo 110 del código, según el cual "el objeto social... (debe indicar) la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales, (y) será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél". Lo anterior quiere decir que la compañía extranjera puede desarrollar una o varias actividades concretamente determinadas, pero no le es posible, como tampoco a las nacionales, llevar a cabo toda clase de negocios indiscriminados, lo que sí es permitido en otros países; y que, según lo tiene establecido la doctrina, en Colombia existen sociedades con un objeto social exclusivo, como las compañías de seguros o las corporaciones financieras, cuya actividad sólo puede consistir en aquellos negocios señalados por la ley.

B) En cuanto al numeral 2º de la disposición en estudio, en el proyecto de 1970 se decía que la resolución de establecimiento de negocios permanentes en Colombia debería expresar "el monto del capital asignado a la sucursal, **discriminando el que efectivamente haya de importarse** y el originario en otras fuentes, si las hubiera", con lo cual se estaba admitiendo la posibilidad de que la sociedad tuviera el capital de su sucursal formado en parte con recursos obtenidos en el país. Como en el texto del Código se suprimió la frase subrayada, parece, en primer lugar, que no es posible la

integración del capital con financiación nacional, pero la frase final puede haber quedado vacía de sentido, pues necesariamente todas las fuentes del capital deben haberse originado en el exterior en su integridad, sin perjuicio naturalmente de que la sociedad, una vez en funcionamiento, pueda capitalizar el superávit o las utilidades, según lo disponen las normas sobre cambios internacionales.

De otro lado, la sociedad debe acreditar ante la Superintendencia el pago total del capital asignado a la sucursal (artículo 475), lo que hará con certificación de un banco que opere en el país, por aplicación del artículo 269, pero siempre que el capital haya sido aportado totalmente en dinero, pues si lo fuere en especie, o por parte en dinero y en especie, deberá comprobar la importación de la maquinaria, mercancías o bienes que lo constituyen y que éstos han ingresado realmente al patrimonio de la compañía, con certificación, además, suscrita por el gerente y el revisor fiscal.

A este respecto, me parece que continúa vigente el artículo 2º del Decreto 3203 de 1959, dictado para reglamentar normas sobre cambios internacionales y comercio exterior, según el cual el valor de las importaciones de bienes destinados al pago del capital de una sociedad extranjera se expresará en moneda colombiana y se determinará de acuerdo con el tipo de cambio de la moneda extranjera en el mercado de divisas el día de la nacionalización de los bienes importados. Adicionalmente, la norma prevé que la sociedad, cuando se trata de aumento de capital, debe acreditar previamente ante la Superintendencia tanto la nacionalización como el tipo de cambio antes de proceder a la protocolización de la decisión de aumentar capital tomada por la casa matriz.

Finalmente, es muy útil tener en cuenta que el monto del capital asignado a la sucursal contribuye a formar el límite de su capacidad de endeudamiento dentro del sistema bancario del país, ya que el Decreto 1031 de 1963 prohíbe a los bancos prestar a las sociedades extranjeras más del 100% de su patrimonio radicado en el país; y que la falta de inversión del capital asignado puede dar lugar a sanciones por parte de la Superintendencia, inclusive la liquidación de sus negocios en el país (artículos 276, 491 y 495).

C) En cuanto al lugar escogido como domicilio para la sociedad, por ser disposición especial, considero subsistente el artículo 10º del Código de Petróleos, según el cual Bogotá ha de ser el domicilio de las compañías dedicadas a los negocios regulados en dicho código. Con esta limitación, las sociedades pueden libremente señalar su domicilio dentro del país.

D) El código elimina la necesidad de que el revisor fiscal tenga un suplente, como en la legislación que deroga, pero es naturalmente aconsejable que se le asigne uno en el acto de establecimiento de la sucursal, a fin de que la sociedad no carezca de este funcionario en un momento dado, ya que el nombramiento de su remplazo puede, en la práctica, demorarse algún tiempo, con perjuicio para los intereses de la sociedad.

También se nota que esta disposición constituye una excepción al artículo 215, según el cual se puede designar como revisor fiscal a una asociación o firma de contadores, o sea que el revisor de las sociedades siempre ha de ser una persona natural con residencia permanente en el país.

E) Una innovación del código, importante de tener en cuenta, es que el cónsul de Colombia o el de una nación amiga, cuando autentique los documentos de establecimiento de la sociedad, debe hacer "constar que existe la sociedad y ejerce su objeto conforme a las leyes del respectivo país" de origen, como lo manda el artículo 480.

F) Finalmente, el permiso de funcionamiento por parte de la Superintendencia de Sociedades debe ser inscrito en el registro mercantil, que se lleva en la cámara de comercio del domicilio social escogido por la compañía en el país, y publicado por lo menos en el boletín de esta cámara y en los de las cámaras de los lugares en que vayan a funcionar otras sucursales de la sociedad dentro del territorio, por así mandarlo el artículo 280. A este respecto se observa que el artículo 486 establece un doble sistema probatorio, innecesario y engorroso, consistente en que la existencia, cláusulas de los estatutos y personería de la sociedad se acreditan con certificación de la cámara de comercio, pero el permiso de funcionamiento se demuestra con certificado de la superintendencia, cuando todo podía acreditarse por medio de la cámara, como ocurre con las compañías nacionales.

VI

El proyecto de código presentado al Congreso nacional en 1958 regulaba la manera de acreditar la existencia y personería de las sociedades extranjeras que no tuvieran negocios de carácter permanente en el país y consiguientemente no estaban obligadas a establecerse; regulación que consistía, en resumen, en presentar copias de los documentos mediante los cuales se constituyó la sociedad, de sus estatutos sociales y de aquellos mediante los cuales se había designado su representante legal, autenticados por el competente funcionario del país de origen de la sociedad, o median-

te certificación expedida por la cámara de comercio del mismo lugar, en uno y otro caso autenticados también por el cónsul de Colombia o por el de un país amigo, quien debería dejar constancia de que la sociedad realmente existe y funciona conforme con las leyes del respectivo país.

El Código de Comercio no contiene disposiciones similares, lo cual en manera alguna significa que las sociedades extranjeras sin negocios permanentes en el país carezcan de la posibilidad de acreditar su personería sustantiva y adjetiva, y de designar apoderados, cuando tengan que hacer valer sus derechos en el territorio nacional, especialmente ante las autoridades administrativas o judiciales.

Ordenamientos legales al respecto han estado incluidos siempre en nuestros estatutos procedimentales, como en efecto lo están en los artículos 48, 49 y 65 del Código de Procedimiento Civil expedido el año pasado.

Las normas citadas se refieren tanto a las sociedades comerciales extranjeras, con negocios permanentes o sin éstos en el país, como a las demás personas jurídicas de derecho privado que tengan domicilio en el exterior.

Es bueno tener en cuenta que el legislador extraordinario, que expidió los códigos de Comercio y de Procedimiento Civil con pocos meses de diferencia el uno del otro, no ha sido muy armónico en la regulación de estas situaciones. En efecto, en el segundo de los códigos mencionados se habla de que las sociedades extranjeras con negocios de carácter permanente deberán constituir apoderados en Colombia, con capacidad suficiente para representarlas judicialmente, para cuyo efecto se protocolizar en una notaría del respectivo circuito la prueba idónea de la existencia y representación de la compañía y el correspondiente poder, de todo lo cual el notario expedirá un extracto destinado a ser inscrito en el registro de comercio del lugar. Ahora, el nuevo Código de Comercio sustituyó el sistema de los extractos notariales dentro del régimen de las sociedades por el de la inscripción de una copia íntegra de la respectiva escritura en el registro mercantil, que continúa a cargo de las cámaras de comercio. Es claro que los artículos 48 y 49 del nuevo Código de Procedimiento Civil resultarán parcialmente modificados por el Código de Comercio, por ser este ordenamiento legal posterior al procesal civil y además especial, ya que regula en el lugar que corresponde dentro de la legislación el tema de las sociedades extranjeras con negocios de carácter permanente. Así pues, los referidos artículos sólo tendrán aplicación respecto de personas jurídicas extranjeras que no sean sociedades, o que sean sociedades pero sin estar establecidas por carecer de negocios permanentes dentro del territorio nacional.

Estas sociedades sin negocios permanentes pueden constituir un apoderado que las represente para toda clase de procesos administrativos o judiciales, conforme con los artículos 48, inciso 2º y 65 del Código de Procedimiento, para lo cual se requiere básicamente que la sociedad confiera el poder delante de un funcionario de su país de origen, con autenticación de firmas hasta por el respectivo cónsul de Colombia o el de una nación amiga, o directamente lo otorgue ante uno de estos cónsules, siempre y cuando que el funcionario consular certifique haber tenido a la vista las pruebas de la existencia de la sociedad y de que quien confiere el poder es su representante legal.

Para terminar, el parágrafo 1º del artículo 543 dispone que los solicitantes de patentes y marcas que residan fuera del país, deberán designar un representante en Bogotá, con facultades para recibir notificaciones y nombrar apoderados judiciales o extrajudiciales, indicando, así mismo, la dirección de dicho representante. Es claro que esta disposición se aplica aún en el caso de que la patente o marca no sea explotada o usada en Colombia; y que no se relaciona con las sociedades o comerciantes extranjeros establecidos, pues ellos tienen su representante legal debidamente acreditado, conforme con el régimen legal atrás estudiado.

JULIO BENETTI SALGAR

JULIO J. BENETTI SALGAR es abogado, especializado en derecho comercial. Es catedrático de derecho comercial en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Ha publicado "De la Asamblea General de Accionistas" y "Prontuario de la Legislación Nacional Colombiana". Ha sido relator de la Corte Suprema de Justicia, abogado de la Superintendencia de Sociedades y Subsecretario de la Cámara de Comercio de Bogotá.

De la fiducia o fideicomiso en el Código de Comercio

POR ARTURO VALENCIA ZEA

Los artículos 1226 a 1244 del nuevo Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) disciplinan la **fiducia o propiedad fiduciaria** con criterio diferente a la reglamentación que de tal instituto hacía el Código Civil en sus artículos 794 a 822.

En líneas generales, el Código de Comercio trata de adaptar al derecho colombiano las reglas del **trust** del derecho anglosajón. Esta institución es más fecunda, amplia y flexible que la reglamentada por el derecho romano y por el Código Civil. Para comprender lo más exactamente posible las nuevas normas sobre **fiducia** o **fideicomiso** es aconsejable partir de las que sirvieron de fundamento al fideicomiso romano y al contemplado por nuestro Código Civil; de esta forma nos es posible apreciar en qué puntos ha sido superado el Código Civil y si las innovaciones se justifican o no.

1. LA FIDUCIA O FIDEICOMISO DEL DERECHO ROMANO

El fideicomiso **(fideicommissum)** tiene sus raíces en el derecho romano. El excesivo rigorismo y formalismo lo hizo necesario. En razón de que eran muchas las personas incapaces de recibir bienes por herencia, se ideó un medio indirecto: disponer en favor de una persona capaz y rogarle en el testamento, o bien de palabra, que restituyese o sea que entregase la herencia o legado a la persona incapaz que el testador le designaba. Era una donación indirecta, confiada al honor y buena fe del instituido heredero. Justa mente ésa es la etimología de la palabra **fideicommissum: fides,** fe y **commissum,** encomendado, confiado. Su fundamento era siempre la confianza que alguien tenía en la **lealtad y honor** de otro. Y por cierto que aún en el más moderno derecho subsisten dichas motivaciones psicológicas.

Al respecto se refiere que Lucio Léntulo, moribundo en África, escribió varios codicilos en los cuales pedía a Augusto por medio de fideicomiso la ejecución de ciertas mandas, y que el emperador cumplió con el encargo, después de haber consultado a varios jurisconsultos notables, entre ellos a

Trebacio, quienes le dieron concepto favorable. Se afirma igualmente que el famoso León hizo uso de esta clase de fideicomisos y que de ahí en adelante nadie puso en discusión su perfecta validez[1].

El emperador Augusto concedió obligatoriedad a los fideicomisos y dispuso que los cónsules interpusieran su autoridad para hacer ejecutar los fideicomisos y más tarde se instituyó el cargo de **pretor fideicommissarius.**

Al lado de esta fiducia y que recibió el nombre de **fiducia cum amico** también conocieron los romanos la **fiducia cum creditori,** consistente esta última en proporcionar al acreedor una garantía real mediante la transmisión de una propiedad debía cesar cuando el fiduciente pagara al fiduciario la deuda.

2. LA FIDUCIA EN EL CÓDIGO CIVIL DE BELLO

Con la caída del imperio romano muchas de sus instituciones cayeron en el olvido, entre otras esta del fideicomiso o fiducia. En cuanto a nuestro Código Civil, llama la atención que el fideicomiso destinado a hacer pasar bienes por herencia a una persona incapaz fue terminantemente prohibido. En efecto, el artículo 1023 estatuye que "será nula la disposición a favor de un incapaz, aunque se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso, o por interposición de persona". Esta prohibición se justificaba cuando por el viejo artículo 1021 del Código Civil se incapacitaba para recibir herencia o legado a las personas jurídicas, especialmente a las asociaciones y entidades religiosas. Pero semejante incapacidad desapareció por el artículo 27 de la Ley 57 de 1887. Por otra, parte en nuestro derecho es hábil para recibir herencia o legado cualquier sujeto de derecho. Tal vez la única excepción es la del sacerdote que haya confesado al testador en la última enfermedad o habitualmente en los dos últimos años (artículo 84 de la Ley 153 de 1887).

Sin embargo, el Código Civil conoce un tipo diferente de fideicomiso, el que se reglamenta en los artículos 794 y ss. El 794 lo define así:

"Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición...". Y como el artículo 796 advierte que los fideicomisos pueden constituirse por acto entre vivos otorgado por instrumento público o por acto testamentario, deducimos que en toda propiedad fiduciaria encontraremos normalmente tres

---

[1] Más detalles en RICARDO J. ALFARO, "Adaptación del **trust** del derecho anglosajón al derecho civil en la obra **Cursos monográficos,** vol. 1, La Habana, 1948, pp. 20 y 21.

sujetos: el que la constituye o sea el **fiduciante** o **fideicomitente**; el titular de la propiedad condicional o sea el **fiduciario** y, finalmente, aquella persona a quien ha de pasar la propiedad cuando la condición se cumpla y a quien se denomina **fideicomisario** o **beneficiario**.

Si tenemos en cuenta lo que advierte el artículo 807 que cuando el fiduciente o fideicomitente no designe expresamente quien ha de ser el fiduciario, o cuando falte el nombrado, estando todavía pendiente la condición, gozará fiduciariamente la propiedad el mismo constituyente, resulta que en ciertos casos una misma persona puede ejercer simultáneamente los dos papeles de fiduciante y fiduciario.

También debe tenerse en cuenta que en otros casos una misma persona puede tener las dos calidades de fiduciante y fideicomisario, como cuando el deudor hace transmisión de una propiedad a su acreedor en garantía del cumplimiento de una obligación. Aquí, cuando el fiduciario reciba el pago del fiduciante, debe restituirle la propiedad. Lo que indica que, en esta hipótesis, fiduciante y fideicomisario son una misma persona.

En todo caso, la propiedad fiduciaria supone siempre que una condición se encuentra pendiente, por ejemplo, el pago de determinada obligación.

Ejemplos de transmisión de propiedad sometida a una condición (resolutoria para el fiduciario) existen en el Código Civil. Así, el artículo 1135 estatuye que la condición de casarse o no casarse con determinada persona, y la de abrazar un estado o profesión cualquiera, valdrán. Lo que indica que el testador puede instituir a su sobrina como legataria de determinado inmueble con la condición de que no contraiga matrimonio con NN; en semejante caso el testador tendrá que advertir a quién se transmite el inmueble si se cumple la condición o sea si contrae matrimonio con NN. En el mismo sentido, el artículo 12 de la Ley 95 de 1890 (subrogatorio del artículo 1132 del CC).

Repárese que el Código Civil en su artículo 794 condicionó invariablemente la fiducia al hecho concreto de cumplirse una condición. La condición puede ser de cualquier clase: cumplir determinada edad, obtener un título profesional, cumplir cierta obligación, no contraer matrimonio con fulano de tal, etc.

La existencia de una condición susceptible de cumplirse o no, es esencial dentro de la reglamentación propuesta por Bello y recogida por el Código Civil colombiano. El mismo Bello en las anotaciones a los artículos 876 y ss. de su último proyecto[2] advierte que debe distinguirse la sustitu-

---

[2] Obras completas. T. 59, Editorial Nacimiento, Santiago de Chile. 1932. pp. 222 y ss.

ción fideicomisaria del usufructo. Todas las veces que el objeto asignado implica necesariamente la necesidad de restituirlo, nos encontramos ante un usufructo, como cuando el testador asigna un inmueble a alguien para que lo usufructúe mientras viva o durante un término; para que exista **fiducia** se requiere que el fiduciario goce del objeto encontrándose sujeto a que por el advenimiento de una condición se encuentre obligado a restituirlo: condición que bien puede no cumplirse, caso en el cual desaparece la propiedad fiduciaria para convertirse en propiedad pura y simple. Expresamente lo dijo así en el artículo 801 o sea que las disposiciones a día que no equivalgan a condición, "no constituyen fideicomiso".

Sin embargo, nuestra jurisprudencia nacional en sentencia de 1917 y otras confundió el usufructo con la propiedad fiduciaria. Así, dijo que cuando el testador asignaba bienes a determinadas personas con la obligación de usufructuarlos, debiendo transmitirse a su muerte a sus respectivos herederos, nos encontrábamos ante un fideicomiso[3]. Ciertamente dicha asignación no es fideicomiso, sino un simple usufructo vitalicio.

En todo caso, la propiedad fiduciaria del Código Civil estaba destinada a servir los fines limitados de propiedades sujetas a extinguirse en el fiduciario por el cumplimiento de una condición. No obstante, existe un interesante artículo y es el 808 así concebido: "Si se dispusiere que mientras pende la condición se reserven los frutos para la persona que en virtud de cumplirse o de faltar la condición, adquiera la propiedad absoluta, el que haya de administrar los bienes será un tenedor fiduciario, que sólo tendrá las facultades de los curadores de bienes". Este artículo ya no juega con los viejos principios del derecho romano ni con los del Código Civil. En él se propone y anuncia algo nuevo o sea la posibilidad de combinar el fideicomiso con el usufructo. El denominado tenedor fiduciario no goza de la propiedad para sí, pues está obligado a entregar los frutos al fideicomisario o beneficiario. Nos hemos salido de los estrechos cuadros del antiguo derecho y pisamos un terreno totalmente nuevo. Por tanto, el padre de familia puede perfectamente constituir un **tenedor fiduciario** de amplia experiencia en la administración de bienes, para que administre un inmueble o un patrimonio y destine los frutos para la educación y sostenimiento de sus hijos. Sin embargo, la disposición tiene un grave defecto y consiste en que el **tenedor fiduciario** puede con el tiempo **adquirir la plena propiedad** o sea cuando se sepa que la condición de restitución al fideicomisario, o sea al beneficiario, no se cumplirá. Debe recordarse que según el artículo 800 del

---

[3] Con esta jurisprudencia en ORTEGA TORRES, notas al artículo 794 del Código Civil, 7º ed., Bogotá. Editorial Temis, 1970. ARTURO VALENCIA ZEA

Código Civil toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de treinta años en cumplirse, se tendrá por fallida. Volviendo con nuestro ejemplo, sucede que el tenedor fiduciario de que habla el artículo 808 tiene la expectativa de convertirse en propietario absoluto si no se cumple la condición de restitución después de 30 años. En dicho *evento* el fideicomisario perdería el derecho a seguir percibiendo los frutos.

3. EL MODERNO CONCEPTO DE FIDUCIA EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

En general, debe estimarse que el fideicomiso romano y el recogido por nuestro Código Civil han perdido toda su eficacia dentro del derecho actual. Prescindiendo de la reglamentación de la fiducia o fideicomiso en el derecho alemán o sea de la antigua institución del **Treuhander** cuyos alcances son bien limitados[4], el moderno concepto de fideicomiso o fiducia ha sido creado y establecido por el derecho inglés, el cual ha sido adoptado por el derecho norteamericano, con la denominación genérica del **trust.**

La idea más simple y al mismo tiempo más viva del **trust** anglosajón consiste en la transmisión de la propiedad u otro derecho patrimonial que una persona hace a otra a fin de que lo administre como dueña, con la obligación de entregar los frutos al mismo constituyente o a otro beneficiario. También puede consistir en la transmisión del derecho para que otro disponga de él con la obligación de entregar el producido a un beneficiario. En todo caso, lo más característico del **trust** anglosajón consiste en su flexibilidad y adaptabilidad a diversas situaciones.

La palabra **trust** debe traducirse al español por **fiducia** y mejor aún por **fideicomiso**[5]. En derecho inglés, el que constituye el fideicomiso o fiducia recibe el nombre de **settlor;** en nuestro derecho se llamará **fiduciente** o **fi-**

---

4 Sobre fiducia o fideicomiso en derecho alemán cons. ENNECCERUS. NIPPERDEY, Derecho Civil. parte general. Traed. esp. de Pérez González y Alguer, Barcelona, 1944, vol. 2º S 139-ll. También a von TUHR, Derecho Civil, trad. de Tilo Ravá, Buenos Aires, 1948, vol. III-1, S 77.

5 Debe anotarse la recomendación hecha por la Federación Interamericana de Abogados en su 3ª reunión celebrada en México en 1945, que dice: "Recomendar que se adopte para esta institución (1" del **trust)** el término fiducia u otro análogo...". ALFARO, en su monografía **Adaptación del trust del derecho anglosajón al derecho civil,** critica la palabra **fiducia** y recomienda emplear la de **fideicomiso.** El jurista panameño tiene razón, pero, como veremos, los autores del nuevo Código de Comercio emplearon de preferencia **fiducia;** nosotros usaremos indistintamente una y otra.

deicomitente. Quien recibe el derecho o derechos para ejecutar un encargo es el **trustee** y que nosotros denominaremos **fiduciario.** El beneficiario del fideicomiso o **trust** es denominado en aquel derecho como el **cestui que trust;** en lengua española es simplemente el **fideicomisario o beneficiario.**

De inmediato podemos apreciar la diferencia esencial entre el fideicomiso de los romanos y el de nuestro Código Civil con el del derecho anglosajón. El antiguo fideicomiso contempla la posibilidad de que una propiedad se transmita a un **fiduciario,** quien será titular de ella durante un término (concepción romana) o hasta que se cumpla una condición (concepción actual del derecho colombiano y de los códigos influenciados por el redactado por Andrés Bello). El **trust** anglosajón también contempla la transmisión de una propiedad u otro derecho a un **trustee,** pero es una transmisión destinada a producir unos efectos actuales, inmediatos: los frutos del derecho transmitido o el producido de su enajenación deben entregarse al **cestui que trust** o beneficiario.

Podemos ahora hacernos una pregunta: ¿fue totalmente extraño al Código Civil de Bello el **trust** inglés? Acabamos de poner de presente la regla del artículo 808 que dispone que el fiduciante puede ordenar que los frutos del fideicomiso se entreguen al fideicomisario. La única falla del texto es la de someter ese fideicomiso a una condición. Como la norma del artículo 808 es totalmente extraña al Código Civil francés y a otras de las fuentes que tuvo en cuenta Bello al redactar su código, debe concluirse que Bello tuvo en cuenta sobre el particular el derecho inglés, el que conocía lo suficiente, pero desgraciadamente no supo adaptarlo en toda su amplitud. Hubiera Bello suprimido la palabra **condición** y empleado la de **término** y nos encontraríamos pisando la institución anglosajona.

A fin de prepararnos en la mejor forma posible en el estudio del **trust** y cuya vigencia en Colombia comienza con la del nuevo Código de Comercio, es aconsejable exponer sumariamente los orígenes históricos de esta materia en el derecho inglés. Hubo autores antiguos como Bacón que sostuvieron que el **trust** nació del **fideicommissum** de los romanos; empero, hoy día se tiene entendido que la institución inglesa tuvo un desenvolvimiento libre y original en dicho país.

Advierte Óscar Rabasa que durante las guerras dinásticas en Inglaterra, la llamada guerra de las dos Rosas, entre otras, los bienes de los vencidos estaban expuestos a ser confiscados por los vencedores como castigo por el delito de traición que se imputaba a los del partido contrario. Para prevenir la confiscación y proteger la familia, los terratenientes que participaban en esas contiendas hacían cesión de sus bienes a una persona de su con-

fianza, en la inteligencia de que el adquirente poseería esos bienes para uso exclusivo del propio otorgante o de sus herederos. Si el transmitente caía en poder de sus contrarios y resultaba condenado por traición, no había bienes qué confiscar, pues lo que tenía ya no le pertenecía. Empero el adquirente estaba obligado por su honor a permitir que el transmitente o sus herederos los disfrutaran[6].

De esta manera surgió en Inglaterra una **propiedad legal** sometida al uso **(use)** de otro. El propietario legal era el **trustee** y el que recibía, el **use,** la denominación de **cestui que use.** El **common law** protegía en toda su intensidad la propiedad legal o sea a su titular: el **trustee;** ninguna protección daba al **cestui que use** (o beneficiario del **use).** Pero al lado del **common law** se formó con el tiempo el **derecho de equidad** y cuya finalidad consistió en convertir los simples deberes morales en obligaciones jurídicas. De esta manera el fiduciario, o sea el **trustee,** tenía a su favor una **propiedad legal** protegida en toda su intensidad por el **common law;** pero el derecho de equidad estableció una protección para el **cestui que use** a quien se consideró como titular de la denominada **propiedad beneficiosa.** Éste es el origen del **trust,** el cual aparece hoy depurado de sus antiguas impurezas, especialmente de cualquier motivo encaminado a violar el orden público; y también se realizó un cambio de nombre para el beneficiario que **de cestui que use** pasó a llamarse **cestui que trust**[7].

4. LOS PRIMEROS ENSAYOS DE ADAPTACIÓN DEL TRUST ANGLOSAJÓN AL DERECHO LATINOAMERICANO

El estudio profundizado del **trust** angloamericano realizado por algunos juristas de la América Latina los condujo al convencimiento de que dicha institución podía prestar servicios que no podían prestar las figuras jurídicas regimentadas por los códigos civiles de factura francesa, española, alemana, etc. Además, casi en lodos los códigos latinoamericanos se encuentra vigente la regla de que los particulares pueden celebrar todos los pactos que a bien tengan en el gobierno de sus bienes, con la condición de que no sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres (artículo 16 del CC); circunstancia por la cual no existe inconveniente alguno en que alguien transmita un derecho patrimonial a otro (propiedad, créditos, etc.) para que lo administre y entregue a otro sus frutos, o para que lo

---

6 RABASA, OSCAR. **El derecho angloamericano.** México, 1944. p. 274.

7 Más detalles en RABASA, Op. cit., pp. 274 y ss.

enajene y transmita el producido en dinero al beneficiario. Especialmente cuando alguien carece de experiencia para administrar sus bienes.

El primer estudio serio fue realizado por el jurista panameño Ricardo J. Alfara. Se titula: "Adaptación del **trust** del derecho anglosajón al derecho civil". Alfara demostró que diversas situaciones de la vida práctica era imposible resolverlas con las reglas del usufructo, del mandato, de la prenda, etc. y que bien podrían resolverse con el **trust.** Es muy valioso el proyecto de ley que propuso para los países de América Latina con la denominación de "Bases para una ley sobre institución de fideicomisos" y que consta de 38 lacónicos y claros artículos. En el artículo 1º aparece esta definición del fideicomiso: "El fideicomiso es un acto en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme ordena el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario. Puede también el fideicomitente instituir el fideicomiso en favor de sí mismo".

Posteriormente, en 1959, en el proyecto de Código Civil colombiano que tuve ocasión de elaborar, acogí las ideas fundamentales de Alfara y propuse remplazar la arcaica reglamentación de la propiedad fiduciaria de nuestro Código Civil por la institución anglosajona, con las modificaciones y adaptaciones necesarias. El art. 543 del proyecto reza así: "Por el fideicomiso una persona (fideicomitente) transmite a otra (fiduciario) determinados bienes para que los administre o disponga de ellos conforme lo ordena el que los transmite a beneficio del transmitente o de un tercero (fideicomisario)".

Al leer detenidamente el nuevo Código de Comercio en sus artículos 1226 a 1244 se cae en cuenta que de plano sus autores, inspirados en los proyectos anotados y posiblemente en otros, han hecho un interesante **trasplante** al ordenamiento jurídico de los colombianos del **trust** angloamericano. Interesante y valiosa operación de cirugía jurídica. ¿será aceptado este trasplante por las costumbres colombianas o se producirá un rechazo? Debemos esperar que el tiempo dé su veredicto favorable o desfavorable. Yo estimo que será favorable, pese a que seguramente surgirán contradictores a la nueva innovación; ¿no surgieron acaso a la Ley 28 de 1932, a la 45 de 1936, a la que organizó la propiedad horizontal?

5. CONCEPTO DE FIDUCIA EN EL NUEVO CÓDIGO DE COMERCIO

El artículo 1226 nos presenta la siguiente definición del **trust** o fiducia: "La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una

persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más **bienes** especificados a otra, llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario...".

Las diferencias entre el nuevo concepto de fideicomiso o fiducia a que se refiere el citado artículo 1226 del Código de Comercio y el del derecho romano y nuestro Código Civil son bien notorias, según ya se expuso. Es verdad que en ambas concepciones existe un elemento común de orden psicológico: el que una persona tenga confianza en la honorabilidad y lealtad de otra. El ciudadano romano instituía a una persona como su heredero para que recogiera sus bienes con el encargo (generalmente secreto) de que los transmitiera más tarde a otro. El Código Civil también parte de la confianza que tiene el fiduciante en el fiduciario para que éste al cumplirse una condición los transmita al beneficiario o fideicomisario. Pero la primera gran diferencia se encuentra en los fines que es posible realizar con la vieja y la nueva concepción. En el **trust** anglosajón y en el Código de Comercio se hace también una transmisión de uno o varios bienes, pero semejante transmisión persigue ante todo una correcta administración o enajenación de los bienes y la percepción de los frutos o de las sumas de dinero para realizar ciertos y concretos fines.

La fiducia o fideicomiso del derecho anglosajón y a que se refiere el artículo 1226 del Código de Comercio, mira más al destino que es necesario dar a los frutos o al producto de la enajenación de los bienes fideicomitidos; dichos frutos o sumas de dinero no redundan en beneficio del fiduciario, sino de otra persona: el beneficiario.

Una institución suele apreciarse ante todo por sus resultados. De ahí que nosotros, para relevar los alcances de la nueva institución, procedamos a señalar algunas de las finalidades prácticas del nuevo instituto y que no podían realizarse con la antigua reglamentación del derecho romano del Código Civil.

Primer caso. Cuatro hermanos fueron llamados a la sucesión de una tía suya. Tres tenían bienes suficientes y eran buenos administradores; el otro había vivido a expensas de sus hermanos y acusaba falta de capacidad para administrar. Los tres hermanos querían renunciar a la herencia para que la recogiera el hermano pobre e inexperto. Pero éste seguramente la malgastaba. ¿cómo hacer? Este ejemplo pertenece al jurista panameño Alfara, quien dice que la institución del **trust** anglosajón hubiera servido para resolver esta situación, pues un fiduciario administraría los bienes, entregaría los frutos al fideicomisario o sea el hermano pobre y a su muerte los bienes se entre-

garían a sus respectivos herederos[8]. Nuestro Código Civil carece de solución para este problema; pero la tiene dentro del nuevo libro de leyes mercantiles que amplió a casos como el expuesto la fiducia o fideicomiso.

Segundo caso. Un caballero casado con mujer joven y bella con quien tenía dos hijos, poseía una fortuna de consideración y naturalmente quería transmitírsela. Pero la mujer carecía de inteligencia, energía y experiencia; además, bien podría contraer nuevo matrimonio y, lo que frecuentemente sucede, producirse la dilapidación del patrimonio. En Inglaterra y Estados Unidos, la legislación sobre el **trust** señala una buena solución a este respecto: el caballero de nuestro ejemplo bien puede transmitir sus bienes a una entidad seria para que ésta administre los bienes y pase a la viuda e hijos determinada renta mensual para su sostenimiento; más tarde, cuando los hijos alcancen determinada edad y fallezca la viuda. puede instituirse que los bienes administrados se entreguen a los hijos. Este ejemplo es igualmente de Alfara[9]. También este caso puede formar el contenido de una fiducia al tenor de lo que dispone el artículo 1226 del Código de Comercio de 1971.

Tercer caso. Nuestro Código Civil conoce la institución de la cesión de bienes o sea el abandono voluntario que el deudor hace de todos sus bienes a su acreedor o acreedores, para que éstos los administren o enajenen hasta pagarse de sus créditos (arts. 1672 y ss. del CC). Existen deudores que tienen deudas que en el momento actual no pueden pagar, pese a que su patrimonio es bien superior al monto total de aquellas (por ejemplo un patrimonio de un millón de pesos con deudas de quinientos mil pesos). El inconveniente de la cesión de bienes que reglamenta el Código Civil se encuentra en que los fiduciarios son los propios acreedores y en que el código no ha dictado medidas que controlen en forma efectiva las facultades de administración y de disposición por parte de dichos acreedores. Pero si existieran instituciones fiduciarias solventes económica y moralmente bien podrían los deudores que se encuentran en el caso previsto por el artículo 1672 del CC transmitir sus bienes a una de tales instituciones para que atiendan al pago de las deudas y evitar su ruina, es decir, su quiebra total. Creemos, en todo caso, que la nueva reglamentación de la fiducia dejará sin contenido los artículos del CC que tratan de la cesión de bienes.

Cuarto caso. El nuevo Código de Comercio en sus artículos 1910 y ss. organiza para los comerciantes el concordato preventivo. Dicho concordato estatuye el artículo 1911, podrá tener por objeto cualquiera de las medidas

---

8 Ob. cit., p. 12.

9 Ob. cit., p. 12 y 13.

siguientes: "La administración de los bienes o negocios del deudor por una tercera persona, o la simple vigilancia de la administración ejercida por el deudor mismo". En verdad, esta tercera persona que toma la administración de los bienes es un fiduciario quien además tiene facultades de disposición sobre los bienes o una parte de ellos (por ejemplo las mercancías y demás bienes muebles). El fiduciante es el deudor quien de común acuerdo con los acreedores escoge el fiduciario; y el fideicomisario es el mismo deudor. El nuevo estatuto permite que la transmisión de los bienes se haga a una institución fiduciaria.

Podernos ya emitir una apreciación general entre los fines del fideicomiso o fiducia de nuestro Código Civil y la nueva reglamentación del Código de Comercio y que es equivalente a la del derecho anglosajón. La del Código Civil sólo sirve para resolver situaciones relativamente pobres en relación con las necesidades de nuestro comercio: transmitir bienes a una persona bajo una condición resolutoria. En cambio, en los casos que hemos citado, la transmisión no se encuentra sometida a condición alguna; los bienes se transmiten a otro para que se cumplan ciertos fines.

6. FINES QUE PUEDE REALIZAR El FIDEICOMISO O FIDUCIA

El fideicomiso en el derecho anglosajón es una institución flexible, pues sirve para cualquier fin, siempre que sea lícito o sea no contrario al orden público o a las buenas costumbres. Ya sea para asegurar una administración ordenada de los bienes fideicomitidos y evitar así que sus herederos o legatarios los dilapiden o malgasten, en razón de su inexperiencia; ya para que el fiduciario con la administración o enajenación pague las deudas del fiduciante evitando así su quiebra y ruina; también puede perseguir la ejecución **post mortem** de un legado consistente en prestaciones periódicas; igualmente el **trust** o fideicomiso puede buscar la correcta administración de una industria o comercio; la conservación de bienes futuros, etc.

Esta amplitud del **trust** anglosajón la tiene igualmente la definición que de fiducia nos da el citado artículo 1226. El fiduciario debe cumplir "una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero...". El único límite consiste en que la finalidad u objeto no deben ser contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Fuera de las finalidades indicadas en los casos citados se encuentran muchas otras en el derecho inglés. Por ejemplo, el denominado **charitable trust** permite a una persona afectar los rendimientos de un capital o patrimonio para el sostenimiento de una institución cultural o de beneficencia. El **charitable trust**

suele ser perpetuo; así lo exige su propia naturaleza. ¿Puede instituirse en Colombia esta clase de **trust?** Parece que sí, pues si bien el artículo 1230 del nuevo Código de Comercio prohíbe las fiducias cuya duración sea superior a veinte años, no obstante, en la frase final de dicho artículo se exceptúan del límite de tiempo los fideicomisos constituidos en favor de "entidades de beneficencia pública o utilidad común".

Conocen también los ingleses y americanos el **trust for sale** y que se constituye a fin de facilitar la venta de bienes pertenecientes a varios. El fiduciario (o sea el **trustee)** recibirá los bienes en propiedad y procederá a administrarlos conforme a las instrucciones de los fiduciantes **(settlors);** en el momento más oportuno los venderá y repartirá el dinero del producto de la venta entre los **settlors** o fideicomitentes en proporción a sus respectivos derechos[10].

En Estados Unidos y en Inglaterra han aprovechado el **trust** para evitar la formación de grandes sociedades de capitales mediante los **bussines trust,** los **trading trust,** los **Massachusets trust** y que consiste en esto: los liduciantes o aportantes (que no tienen estrictamente el papel de accionistas) transmiten sus bienes a los **trustee** (fiduciarios); teóricamente son dueños de todos los bienes de la explotación comercial, pero sin formar un capital unitario; los beneficiarios **(settlors)** tienen derechos análogos a los de los accionistas y los ejercen mediante certificados negociables como las acciones.

En Estados Unidos se ha llegado a la creación de los **voting trust** cuyo mecanismo es el siguiente. Las acciones o simplemente el derecho de voto de los accionistas son transferidos al **trustee** (fiduciario). Los titulares de estas acciones reciben en cambio certificados al portador. De esta manera, los **voting trustee** disponen de la mayoría en las asambleas de accionistas en ciertas sociedades; y de tal manera pueden tener el control soberano de ramas enteras de la producción y el comercio. Este tipo de **trust** tiene ventajas, pero también grandes inconvenientes. El poder económico se concentra en cabeza de unos pocos, sin ser titular de tal poder y ello puede conducir al abuso. De ahí que recientemente numerosas leyes de EE. UU. han procurado mitigar los posibles abusos de semejantes **trustees**[11].

Sin duda, una de las características más notables del **trust** angloamericano consiste en que sirve para la realización de cualquier fin, con la

---

10 ARMINJON, BORIS NOLDE, WOLFF, Ob. cit. T. 3, núm. 796.

11 Más detalles en ARMINJON. BORIS NOLDE, WOLFF, ob. cit., t. 3, núm. 796.

condición de que no sea contrario al orden público. Austtn Scott, profesor de la Universidad de Harvard y quien ha estudiado a fondo esta materia, se expresa así:

"El **trust** puede ser utilizado para cualquier fin que no sea ilícito o contrario al orden público. Las obligaciones del fiduciario o **trustee** pueden ser cualesquiera que el fideicomitente o **settlors** tenga a bien imponerle. Los beneficios del fideicomisario pueden ser los que el constituyente quiera conferirle. Los fines para los cuales puede instituirse un **trust** son tan ilimitados como la imaginación de los abogados"[12].

El jurista francés Pierre Lepaulle, quien ha estudiado con profundidad la institución angloamericana, se expresa sobre ella así:

> "El **trust** es el ángel custodio del anglosajón. Los acompaña impasible por todas partes, desde la cuna hasta el sepulcro. Está en su escuela y en su asociación deportiva; lo sigue por la mañana a su oficina, por la tarde a su club. Está a su lado los domingos, ya en la iglesia, ya en el comité de su agrupación política; sostendrá su ancianidad hasta el último día; después velará al pie de su tumba, y todavía proyectará sobre sus nietos la sombra protectora de sus alas"[13].

Quizá una de las diferencias entre el modo de pensar y de legislar de los romanos y de los pueblos cuyas instituciones tienen su origen en las romanas, y el modo de legislar de los anglosajones estriba en que los primeros han pretendido siempre presentar **figuras jurídicas apolíneas,** es decir, suficientemente limitadas en su contenido y fines; en cambio, los segundos desechan la excesiva precisión en la reglamentación y dejan más bien que la costumbre, los hábitos y tendencias psicológicas se encarguen de hacer servir una institución a fines no previstos por anticipado. Tal sucede precisamente con esta institución del **trust** que se caracteriza un tanto por su imprecisión reglamentaria, al mismo tiempo que por su flexibilidad y adaptabilidad a diversas y nuevas situaciones de hecho.

7. LOS BIENES QUE PUEDEN SER OBJETO DE FIDUCIA

Según se desprende de nuestros anteriores desenvolvimientos, no sólo la propiedad puede constituirse en **trust** o fideicomiso, sino cualquier derecho patrimonial, inclusive las meras ventajas patrimoniales. Sobre el particular,

---

12 Cons. en ALFARO R., ob. cit., p. 8.

13 Cons. en ALFARO R., ob. cit., p. 8.

el artículo 1226 del nuevo Código de Comercio estatuye que pueden ser objeto de fiducia "uno o más **bienes** especificados". La palabra bienes es comprensiva de cualquier derecho patrimonial. En primer lugar, el derecho de propiedad que recae sobre cosas muebles o inmuebles; puede ser la propiedad unitaria, o la propiedad indivisa, o la horizontal. En segundo lugar, cualquier otro derecho real, como el usufructo, excepción hecha de los de uso o habitación. En tercer lugar, toda clase de créditos: tanto los nominativos como los negociables. En cuarto lugar, las herencias, los gananciales del viudo o viuda. En este caso exige el nuevo código que los bienes deben especificarse, es decir, inventariarse. En quinto lugar, el interés social de los socios en sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, en comandita o colectivas. En sexto lugar, algunos de los derechos sociales anexos al interés social, como sucede con el derecho al voto en las asambleas de accionistas; al respecto ya vimos cómo en EE. UU. se crearon los **voting trust** para administrar únicamente el derecho que el accionista tiene al **voto.**

En general, un determinado patrimonio puede ser objeto de fideicomiso o sea un conjunto de derechos patrimoniales de distinta clase: propiedades, créditos, derecho a suscribir acciones, etc. Lo único que exige el nuevo código es que tal conjunto de bienes se inventaríe debidamente.

En el derecho inglés pueden ser objeto del **express trust** toda clase de intereses y derechos: la misma propiedad literaria o derechos de autor, las marcas de comercio, el derecho de clientela, los derechos que se esperan adquirir, etc. [14].

8º. EL PROBLEMA CAPITAL: QUIÉN HA DE SER EL FIDUCIARIO

A nuestro parecer, el problema de fondo en la nueva reglamentación de la **fiducia** que nos presenta el Código de Comercio se encuentra precisamente en la persona que ha de ejercer las funciones de **trustee** o **fiduciario.** La concepción civilística corriente enseña sobre el particular que el **fiduciario** debe ser persona de la confianza del fiduciante o **settlors.** El fiduciante deposita su confianza en personas que normalmente reúnan estas dos condiciones: honorabilidad en el desempeño de su cargo y cierta capacidad o habilidad (experiencia) en el manejo de negocios ajenos. Sin embargo, la fiducia anglosajona y el más moderno derecho suelen exigir algo

---

[14] Cons. ARMIJON, BORIS NOLDE, WOLFF. ob. cit., t. 3, núm. 796.

más: la seguridad. Ciertamente puede tenerse confianza en determinada persona por su honorabilidad y capacidad; pero no existirá una **seguridad** completa, pues el fiduciario puede fallecer de un momento a otro, puede incapacitarse mentalmente, en fin, puede que su honorabilidad sufra merma; también puede acaecer que en virtud de circunstancias fortuitas decrezca su capital y se coloque en condiciones de insolvencia, etc.

De ahí que en el derecho anglosajón los fiduciantes o **settlors** escojan como fiduciarios o **trustees** a entidades de suficiente solvencia económica y moral. Ya no interesa la íntima amistad que presupone nuestro Código Civil entre fiduciante o fiduciario, o los lazos de parentesco, sino la **seguridad** que una persona tenga de que sus encargos o fines sean cumplidos efectivamente, es decir, que su confianza no resulte defraudada.

En general, este aspecto de la moderna fiducia fue correctamente interpretado por el Código de Comercio al establecer el artículo 1226 en su párrafo final que "sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios". Lo que indica que las personas físicas no pueden ser fiduciarios. Ciertamente, en los Estados Unidos, en general, los fiduciarios o **trustees** son los bancos. Vale la pena tener en cuenta aquí lo que advierte Alfara: "En los Estados Unidos existen 17.000 bancos, 3.000 de los cuales se dedican a operaciones de fideicomiso... Hay unas veinticinco compañías fiduciarias puras, es decir, que no se dedican a ningún negocio excepto la administración de fideicomisos"[15]. Según Stephenson, "el pueblo americano se ha acostumbrado a tratar con sus banqueros sus asuntos económicos y familiares. Así como acuden a su abogado para asuntos legales, a su ministro o sacerdote para asuntos espirituales y a su médico para su salud, del mismo modo concurren a los banqueros para sus negocios y cuestiones económicas"[16].

Igualmente, en Inglaterra se encomienda a los bancos poderosos la misión de ejecutar los fideicomisos en favor de individuos, sucesiones y compañías. "El banco o compañía fiduciaria tiene la ventaja de su responsabilidad como sociedad anónima, en la cual están comprendidas su vida permanente, sus oficinas, sus bóvedas y cajas a prueba de incendio y la colaboración de empleados especializados en cada departamento, que dedican exclusivamente su tiempo y su atención al desempeño de sus funciones..."[17].

---

15 Ob. cit., p. 29.
16 Cita tomada a ALFARO, ob. cit., p. 29.
17 Cita tomada a ALFARO, ob. cit., p. 29.

9. TRANSMISIÓN DE LOS BIENES Y SEPARACIÓN DEL FIDEICOMISO DE LOS DEMÁS BIENES DEL FIDUCIARIO Y LOS DEL FIDUCIANTE

Constituido el fideicomiso por acto entre vivos o por testamento, en la forma que expresa el artículo 1228 del nuevo Código de Comercio, el constituyente o **settlors** debe hacer entrega de los bienes al fiduciario. Normalmente, en tratándose de propiedades, acciones, créditos, la transmisión se hace mediante la entrega material acompañada o no, según el caso, de una nota de cesión. Si se trata de un patrimonio, por ejemplo el herencial, la entrega se hace permitiendo al fiduciario o **trustee** la posesión junto con la hechura de un inventario riguroso.

a) Conforme al artículo 1233 del Código de Comercio, "para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo".

Como consecuencia de esta separación resulta que los bienes objeto de fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida (artículo 1227 del CC).

b) La separación de los bienes fideicomitivos de los demás del fiduciario, se realiza igualmente en lo tocante con los demás bienes del constituyente o fideicomitente. Vale decir: el fideicomiso produce una doble limitación de responsabilidad para el **settlors** o fiduciante, o sea, una primera para los bienes no constituidos en fideicomiso y, una segunda, para los bienes llevados a la fiducia.

Entregados los bienes, los acreedores del fiduciante sólo podrán perseguir el pago de sus acreencias sobre los bienes que se haya reservado o sea que no se encuentran en fideicomiso. Tales acreedores no podrán perseguir para el pago los bienes fideicomitidos, sino solamente los rendimientos que produzcan en caso de que el mismo fiduciante sea el beneficiario de los mismos.

Otra cosa diferente acaece con las acreencias anteriores a la constitución del fideicomiso. Al respecto es muy claro el artículo 1238 del nuevo estatuto: "Los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo. Los acreedores del beneficiario sola-

mente podrán perseguir los rendimientos que le reporten dichos bienes". Agrega el mismo artículo que "el negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados".

La razón es clara: la fiducia implica desprendimiento de la titularidad de los bienes que el **settlors** o fiduciante lleva a un fideicomiso. La mencionada transmisión es total. El dueño de los bienes es ahora el **trustee** o fiduciario. Pero este **trustee** no es propietario o dueño en forma absoluta sino relativa. Es decir, es dueño en lo que sea necesario para ejecutar un encargo o fin. Por ese motivo tampoco los acreedores pueden perseguir para su pago los bienes o patrimonios fideicomitidos.

10. DERECHOS Y OBLIGACIONES

a) En cuanto a los primeros cabe enunciar los siguientes: el fiduciario, constituida la fiducia, tiene el derecho a exigir se le ponga en posesión de los bienes fideicomitidos reclamándolos de quien los tenga y esté obligado a devolverlos; además, el fiduciario tiene derecho a reclamar el valor de su gestión. El artículo 1237 del Código de Comercio. precisa que "todo negocio fiduciario será remunerado conforme a las tarifas que al efecto señale la Superintendencia Bancaria.

b) En cuanto a las obligaciones del fiduciario o **trustee,** varios textos del nuevo libro de leyes comerciales las indican: 1231, 1234, 1235 y otros. En primer lugar, el fiduciario debe hacer inventario riguroso de los bienes recibidos y prestar caución especial a petición del fiduciante (artículo 1231); en segundo lugar, debe proceder a realizar las gestiones que se le encomienden, no pudiendo renunciar a ellas sino en los casos previstos por el artículo 1232; en tercer lugar, debe mantener los bienes objeto de fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios[18]; en cuarto lugar, está obligado a llevar la personería para la defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del constituyente o del mismo beneficiario (art. 1234, ord. 4º); en quinto lugar, pedir instrucciones al Superintendente Bancario para el mejor ejercicio de su encargo y tolerar el control de tal persona (art. 1234, ord. 5º); en sexto lugar, pro-

---

[18] Sobre este particular es demasiado celoso el derecho inglés al obligar al **trustee** a mantener cuentas rigurosamente separadas de los bienes de cada fiducia y los bienes propios. Se le prohíbe compensar los rendimientos de la fiducia con lo que el beneficiario **(cestui que trust)** le deba. Cons. ARMINJON, BORIS NOLDE, WOLFF, ob. cit., t. 3, núm. 790.

curar el mayor rendimiento de los bienes fideicomitidos y entregarlos al beneficiario al término de la fiducia (art. 1234, ords. 6º y 7º); en séptimo lugar, rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses (art. 1234, ord. 8º).

En cuanto a la personería que tiene el fiduciario para defender los bienes fideicomitidos "contra actos de terceros" (ord. 4º art. 1234 del CC) es fácilmente comprensible, pues él tiene la titularidad del derecho constituido en fideicomiso. Por tanto, el fiduciario puede ejercer ante la justicia las acciones posesorias, acción reivindicatoria, ele. En la práctica de los tribunales norteamericanos se ha planteado el caso de las pólizas de vida. La jurisprudencia de dichos tribunales sostiene que es el fiduciario quien tiene personería para ejercitar la acción correspondiente en su propio nombre, contra la compañía de seguros, para exigir el valor de la póliza; igualmente se ha establecido que el fideicomisario o beneficiario carece de acción para reclamarla, pues sólo tiene una acción contra el fiduciario.

En general, todo fiduciario está obligado a entablar los juicios y oponer las defensas que sean necesarias para conservar incólume el patrimonio confiado a su manejo y administración. "En el sistema procesal angloamericano, si el fiduciario se abstiene de cumplir con esta obligación o se niega a ellos, el fideicomisario dispone entonces del recurso de promover juicio en su contra y obtener mandamiento de un tribunal de "equidad" que ordene al fiduciario ejercitar la acción u oponer la defensa que fuere del caso"[19].

c) El fiduciario compromete su responsabilidad y responderá de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión (art. 1243). Los perjuicios se determinarán con el mismo criterio que se precisan los de los curadores de bienes. En este mismo sentido, un juez inglés, Lord Blackburn, exige que el **trustee** tenga "el cuidado ordinario que un hombre prudente de negocios tendría en la administración de sus propios negocios parecidos a aquel de que se trata"[20]; sin embargo, otro juez, Lindley, expresó sus dudas sobre la tesis de Blackburn al afirmar que un hombre prudente puede en la administración de sus negocios exponerse a ciertos riesgos, lo que le está prohibido al **trustee**[21]. Nada de **riesgos** en la administración encomendada al **trustee,** parece ser la opinión que prevalece en Inglaterra. Todo constituyente, o sea el **settlors,** tan sólo exige que los bienes objeto de fiducia sean correctamente administrados y no se dilapiden o pierdan sin causa

---

19 Más detalles RABASA, ob. cit., p. 347 y ss.

20 Cons. en ARMINJON, BORIS NOLDE, WOLFF, ob. cit., t. 3, núm. 790.

21 En ARMINJON, BORIS NOLDE, WOLFF, ob cit., t. 3, núm. 790.

justificada; en manera alguna pretende que tales bienes se aumenten o disminuyan en operaciones un tanto aventuradas.

d) Se prohíbe que el fiduciario en razón de estipulación del fiduciante se convierta definitivamente, por causa del negocio fiduciario, en propietario de los bienes fideicomitidos (art. 1244 del CC).

11. DERECHOS DEL FIDUCIANTE Y DEL FIDEICOMISARIO

El fiduciante o constituyente del fideicomiso puede ejercer los derechos que se hubiere reservado sobre los bienes fideicomitidos. Igualmente, puede revocar el fideicomiso o fiducia, cuando se hubiere reservado tal facultad en el acto constitutivo, pedir la remoción del fiduciario y nombrar un sustituto, cuando a ello hubiere lugar. Puede también exigir rendición de cuentas y ejercer la acción de responsabilidad y demás derechos a que se refiere el artículo 1236 del Código de Comercio.

El fideicomisario o beneficiario tiene el derecho de exigir al fiduciario el cumplimiento de todas sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por su incumplimiento; pedir la nulidad de los actos nulos del fiduciario dentro de los cinco años siguientes al día en que tuvo conocimiento de los mismos; pedir al Superintendente Bancario, por causa justificada, la remoción del fiduciario y, como medida preventiva, el nombramiento de un administrador interino (art. 1235 del CC). Finalmente, exigir la entrega de los bienes a la extinción de la fiducia o fideicomiso.

12. LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL FIDEICOMISARIO Y DEL FIDUCIARIO

Para indicar con la mayor precisión jurídica la naturaleza del derecho que corresponde al fideicomisario en sus relaciones con el fiduciario y con terceros, como la del fiduciario o **trustee** en su vinculación con terceros y con el fideicomisario o **cestui que trust,** es aconsejable exponer al respecto la teoría del derecho anglosajón, la que seguramente nos prestará una gran utilidad para señalar la que corresponda y se adapte mejor a la naturaleza propia de nuestro ordenamiento jurídico.

Los juristas ingleses y norteamericanos distinguen en el **trust** una **propiedad legal** y una **propiedad beneficiosa (legal and beneficial ownership).** La primera es una propiedad formal y es la que corresponde al fiduciario;

se encuentra gobernada en todo por el **common law.** La segunda o sea la **propiedad beneficiosa** es la del beneficiario o fideicomisario y se gobierna por el **derecho de equidad (equity).** Esta tesis de la existencia de dos derechos de propiedad aplicándose simultáneamente a una y misma cosa parece paradójica y sólo puede explicarse por la existencia simultánea de dos órdenes jurídicos paralelos, el del **common law** y el de la **equity,** cada uno con sus propios principios y su propia jurisdicción[22].

Debe tenerse en cuenta que en derecho angloamericano el **derecho** de equidad se gobierna por esta importante máxima: "La **equity** obra únicamente sobre las personas, no sobre las cosas". De ahí que muchos autores ingleses sostengan que el derecho del fideicomisario o **cestui que trust** es apenas un derecho personal o sea un **jus in personam. El cestui que trust** es titular apenas de una acreencia que ejercerá frente al **trustee** o fiduciario. Entre otros Maitland, en su obra **Equity,** y Lichtwood han defendido esta tesis[23]. Otros autores ingleses han defendido la tesis de que el fideicomisario o **cestui que trust** es titular de un verdadero real: **jus in re;** y no han faltado autores que afirman que se trata de una situación híbrida, intermedia.

La primera tesis o sea la que sostiene que el derecho del fideicomisario constituye apenas un derecho personal debe rechazarse para el derecho colombiano por dos motivos muy claros. El primero consiste en que nuestro derecho, como el de los demás países latinos, no está integrado, como en Inglaterra y Estados Unidos, por órdenes jurídicos superpuestos o para ellos, sino por uno solo; el mismo conjunto de leyes que gobierna la situación jurídica del fiduciario gobierna también la del fideicomisario. El segundo, estriba en que la situación jurídica de un fideicomisario o beneficiario es bien superior a la de los **nudos propietarios** en relación con los **usufructuarios.** En el derecho real de usufructo se estima que el nudo propietario es titular de un verdadero derecho real cuyo goce tendrá cuando se extinga el derecho del usufructuario. Bien, el fideicomisario o **cestui que trust** tiene no sólo la expectativa de los nudos propietarios sino algo más: los frutos o provechos que resulten de la administración del bien o bienes por parte del fiduciario o **trustee.**

Bien examinadas las cosas, debemos concluir que el **trust** o fideicomiso (tal como se encuentra reglamentado por el nuevo Código de Comercio)

---

22 Cons. ARMINJON, BORIS NOLDE, WOLFF, ob cit., l. 3, nú m. 788; también RABASA, ob. cit. P. 272 s.; M. NAVARRO MARTORELL, **La propiedad fiduciaria,** Barcelona, 1950, p. 205 s.

23 Cfr. ARMINJON, BORIS NOLDE, WOLFF, ob. cit., t. 3, núm. 788.

implica la existencia de dos derechos reales que se ejercen por distintas personas sobre una y misma cosa. De la misma manera que el artículo 824 del Código de Comercio advierte que el usufructo "supone necesariamente dos derechos coexistentes: el del **nudo propietario** y el del **usufructuario",** así mismo tendremos que afirmar que todo fideicomiso o fiducia supone dos derechos reales coexistentes: el del fideicomisario y el del fiduciario. Tan sólo es necesario precisar un poco mejor la naturaleza de cada uno de esos derechos.

El derecho del fiduciario representa pura y simplemente un derecho de propiedad limitada desde dos puntos de vista: el fiduciario no es titular de los frutos o del producido que resulten de la administración o enajenación, por una parte, y, por la otra, semejante propiedad se encuentra condenada a extinguirse por un acto ajeno a su voluntad o sea cuando se extinga el fideicomiso o fiducia.

Al examinar estas notables limitaciones podría objetarse que su derecho no debe calificarse como propiedad o derecho real. Sin embargo, no es así por cuanto el fiduciario administra o dispone en su propio nombre y no en nombre ajeno; se comporta frente a terceros como si fuera un propietario pleno. Defiende el derecho frente a los ataques de terceros sin que se le pueda objetar que no es propietario absoluto o pleno. Y ya en este terreno observaremos que al respecto nos son insuficientes las categorías lógicas que nos legaron los romanos.

También el derecho del fideicomisario o **cestui que trust** es derecho real de propiedad por estas razones: la goza, ya que le corresponden los frutos o producidos y tiene la expectativa futura de adquirir la posesión de la misma. Pero es una propiedad limitada. El propietario común no sólo tiene la facultad de poseer la cosa, sino, especialmente, de influir con su voluntad en la administración y disposición, lo que es consecuencia natural del desenvolvimiento de su capacidad de obrar o de ejercicio. Precisamente esta facultad de obrar sobre la cosa es la que tiene suprimida el fideicomisario mientras exista el **trust** o fiducia.

Esta explicación es bastante sencilla y puede aclarar las diferentes clases de fideicomisos o fiducias. En primer término, en la fiducia más conocida o sea cuando se transmiten a un banco u otra institución de crédito acciones, bonos u otros papeles negociables para que sean vendidos y su valor se entregue al propio constituyente o **settlors** o se destinen a la cancelación de una deuda, tenemos que el fiduciante o **settlors** por un acto voluntario transmitió al fiduciario su normal capacidad de obrar o de ejercicio en lo referente a su titularidad sobre las acciones o bonos, vale decir: se despo-

jó a favor del **trustee** de sus poderes de administración y de disposición. Tal desposesión de los poderes de administración y de disposición implica necesariamente la transmisión de la propia titularidad o dominio sobre los bienes fideicomitidos. En segundo término, cuando el beneficiario es persona diferente al fiduciante o **settlors** resulta que aquel es titular del derecho, pero sin la capacidad de obrar o de ejercicio sobre el bien o bienes fideicomitidos, la que tiene el fiduciario o **trustee.**

13. DE LA EXTINCIÓN DE LA FIDUCIA O FIDEICOMISO

Los artículos 1239 y 1240 del nuevo Código de Comercio señalan las causales de extinción del fideicomiso o fiducia. Se extingue ante todo por la realización plena de sus fines o por la imposibilidad de realizarlos (ords. 1º y 2º del art. 1240 del CC). También se extingue por la expiración del plazo o por haber transcurrido el término de 20 años, salvo los fideicomisos o fiducia de beneficencia a que se refiere el artículo 1230, párrafo final. Otras causales de extinción son las siguientes: la disolución de la entidad fiduciaria; la declaración de nulidad del acto constitutivo por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario; por la revocación del fiduciante, cuando expresamente se haya reservado ese derecho; cuando el fiduciario incurra en dolo o grave negligencia en sus funciones o cuando no haga el inventario de los bienes objeto de fiducia, o cuando no preste caución o tome las medidas de carácter conservativo que le imponga el juez.

14. EL NUEVO REGLAMENTO DEL FIDEICOMISO O FIDUCIA Y OTRAS FIGURAS SEMEJANTES DEL CÓDIGO CIVIL

a) El hecho de que la fiducia o fideicomiso sea reglamentado por el Código de Comercio da la impresión de que tal institución producirá sus efectos en relación con comerciantes y que quienes no tengan dicha calidad tendrán que gobernarse por la antigua **propiedad fiduciaria** del Código Civil. Éste sería un grave error. La nueva figura jurídica de la fiducia o fideicomiso entra a formar parte de nuestro derecho común o derecho civil, más que del derecho de comercio, lo que fácilmente puede demostrarse.

En primer lugar, el **settlors o fiduciante** puede ser cualquiera; no se necesita que sea comerciante. Toda persona, gobiérnese o no por un estatuto especial de leyes, puede constituir un fideicomiso. En segundo lugar,

el fideicomisario o **cestui que trust** normalmente será una persona que no tenga la calidad de comerciante (incapaces, mayores con capacidad comercial limitada, instituciones culturales o de beneficencia, etc.).

La única persona que ha de ser comerciante es el **trustee** o fiduciario, ya que dicho papel lo ha de desempeñar un establecimiento de crédito o una sociedad fiduciaria (párrafo final del art. 1226 del C C). Conforme al artículo 22 del nuevo Estatuto Mercantil, "si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial". Por este motivo fue calificada la fiducia como operación mercantil por el artículo 1226 del Código de Comercio, pero el fideicomiso o fiducia en general es negocio que se encuentra al alcance de cualquier persona, de donde deducimos que se trata de una institución del derecho común.

¿Qué suerte toman ahora las viejas reglas del Código Civil (art. 794 a 822) sobre propiedad fiduciaria? No fueron derogadas ni era necesario que lo fueran, pues ya las costumbres las habían hecho innecesarias. Pueden utilizarse en su orientación original o sea para constituir fideicomisos sometidos a la situación de extinguirse por el cumplimiento de una condición. Tan sólo será suficiente advertir que ningún parentesco ni analogía existirá entre el fideicomiso del Código Civil y el reglamentado por el Código de Comercio. Es más: aconsejable será no dar el nombre de **propiedad fiduciaria** ni de fideicomiso a las propiedades sometidas a extinguirse por el cumplimiento de una condición; podría denominárselas con el nombre de **propiedades condicionales o resolubles.**

Podemos contemplar ahora otras figuras del Código Civil con las cuales puede tener alguna semejanza el nuevo instituto del **trust** o fiducia.

b) El fideicomiso o fiducia y el mandato (arts. 2142 a 2199). El mandatario tiene como función realizar determinados negocios jurídicos en nombre y por cuenta del mandante o representado. La diferencia con un fiduciario o **trustee** es muy clara, pues éste se comporta como propietario, obra en nombre propio; en cambio, el mandatario actúa en nombre del mandante y no hace un negocio propio sino uno ajeno. Por otra parte, el negocio que celebre el **trustee** o fiduciario produce sus efectos inmediatos en su propio patrimonio y lo obliga en forma directa. Diferente cosa sucede con el negocio representativo que celebra el mandatario, pues los efectos de tal negocio se proyectan en la esfera jurídica del mandante; el indicado a cumplir las obligaciones resultantes del negocio representativo es el representado o mandante y no el mandatario (art. 1505 del CC). Los fines del mandato son limitados desde un doble punto de vista: en el apoderamiento deben especificarse claramente las facultades del mandatario:

y generalmente con la muerte del mandante termina el mandato, lo que indica que los efectos no van más allá de la vida del mandante. Los fines del fideicomiso o fiducia son mucho más amplios y no está destinado a extinguirse con la muerte del **settlors** o fiduciante; es más: casos habrá y serán los más interesantes, en que la fiducia o **trust** cobra vida con la muerte del constituyente o **settlors.** Todas estas diferencias reconocen como causa la circunstancia de que en el mandato no existe transmisión del derecho administrado al mandatario, pues la titularidad permanece siempre en cabeza del mandante; en el **trust** o fiducia, según se ha advertido, existe transmisión del derecho al **trustee** o fiduciario.

En el futuro, ambas figuras jurídicas subsistirán en el derecho colombiano sin necesidad de que la nueva absorba totalmente a la vieja. Encargos sencillos, temporales, destinados a producir sus efectos en vida de los contratantes seguirán gobernándose con las reglas de mandato sin necesidad de recurrir al **trust.** Aquellos otros encargos más complicados o que estén destinados a ejecutarse después de la muerte de una persona, o simplemente cuando hace el encargo quiera desprenderse totalmente del control de la titularidad del derecho y de toda iniciativa en él, podrán realizarse mejor con el **trust** o fideicomiso.

En todo caso no debe confundirse el fideicomiso o fiducia con un mandato irrevocable, como sucedió en México con la adopción de esta figura jurídica a las instituciones de crédito mediante una ley del 31 de agosto de 1926. Se definía así: "El fideicomiso es un mandato irrevocable, en virtud del cual se entrega al banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario". Los juristas mexicanos se dieron cuenta pronto que el fideicomiso o **trust** es algo esencialmente diferente de un mandato, aunque se le concibiera como irrevocable; de ahí que la nueva ley del 26 de agosto de 1932 remplazó la definición transcrita por esta otra: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de este fin a una institución fiduciaria". Es una definición tímida que peca por un exceso de prudencia al no señalar la característica esencial de todo **trust** o fiducia o sea la transmisión de la titularidad de los bienes al fiduciario[24]; defecto en que no incurre el nuevo ordenamiento colombiano de leyes comerciales.

---

[24] Cons. NAVARRO MARTORELL, Db. cit., p. 210 s.

c) EL fideicomiso o **truts** se diferencia del contrato a favor de tercero (estipulación activa) a que se refiere el artículo 1506 del Código de Comercio. En este contrato, uno de los contratantes o sea el prominente se obliga a realizar una prestación a favor de persona distinta del otro contratante o sea del **estipulante,** en forma que el tercero (destinatario) se convierte en acreedor por el solo hecho de quererlo así el **estipulante** y el **promitente.** Tal sucede con el seguro de vida, el contrato de transporte, el seguro de manejo y cumplimiento, etc. Normalmente, el estipulante no hace transmisión de la titularidad de un derecho al promitente (por ejemplo en el transporte de mercancías se entiende que la propiedad pasa directamente del estipulante al destinatario). En el seguro de vida, las sumas de dinero que la compañía aseguradora debe pagar a los destinatarios es obligación que nace directamente en cabeza de la compañía. En general, en ningún caso debe confundirse al promitente con un fiduciario o **trustee,** ni al estipulante con un **settlors** o fiduciante, ni al destinatario con el fideicomisario.

Ambas figuras jurídicas, o sea el fideicomiso y el contrato a favor de tercero, tienen su propia fisonomía y realizarán sus fines en forma separada.

d) También se diferencia el fideicomiso o fiducia del contrato de mutuo. El mutuatario o deudor recibe sumas de dinero o cosas fungibles en plena propiedad, obligándose a pagar otro tanto de la misma especie y calidad. El mutuatario se diferencia de un fiduciario en que éste recibe en propiedad determinados bienes que no se confunden con su patrimonio, sino que permanecen separados; en el deudor de un mutuo las cosas fungibles recibidas se confunden totalmente con los demás elementos patrimoniales de que sea titular. Además, el campo de aplicación del mutuo es restringido únicamente al dinero y demás cosas fungibles; no así, el de la fiducia o fideicomiso que se aplica a toda clase de bienes.

e) **Patria potestad, tutela.** El reglamento de las tutelas y curatelas es muy difuso y no ha dado en Colombia los beneficios perseguidos. Un tutor o curador es representante y administrador de bienes ajenos; el titular de los bienes ha de ser un incapaz (menor de edad, demente, disipador, sordomudo que no puede darse a entender por escrito). Sin embargo, la experiencia demuestra que en el comercio jurídico existen dos clases de incapaces: los contemplados por el Código Civil y aquellos otros mayores de edad calificados de plenamente capaces ante el código, pero faltos de experiencia para el manejo y administración de un patrimonio.

Agréguese a lo dicho que muchos representantes legales (padre, madre, guardadores, curadores de bienes) son malos administradores de los

bienes de sus hijos o pupilos, ya sea por falta de experiencia, ya por mala fe, ya por otras causas.

De aquí que el nuevo instituto del fideicomiso o fiducia podrá realizar en el futuro estas funciones prácticas con más eficacia que la reglamentación de las guardas y la patria potestad: a) un fiduciario debidamente especializado en la administración de bienes ajenos o sea un Banco o una institución fiduciaria, podrá realizar mejor la conservación del patrimonio de aquellos capaces ante la ley civil, pero inexpertos en la administración de bienes (fideicomiso de mayores de edad); b) Igualmente un fiduciario, en muchos casos, será más competente y podrá suministrar mejores condiciones de seguridad, en la actual administración que se confía por el Código Civil al viudo o viuda y a los tutores y curadores.

f) **Cesión de bienes, quiebra y fideicomiso.** Sobre este particular ya advertimos que el campo propio de una cesión de bienes y de una quiebra podría ser ocupado por la fiducia o fideicomiso con mejores garantías para el insolvente o quebrado y para los acreedores.

g) El **albaceazgo** constituye un reglamento anticuado e ineficaz en muchas ocasiones; además, no goza de la confianza necesaria en el comercio. Quizá la nueva institución de la fiducia o **trust** podría cumplir mejor los objetivos que persigue todo testador al estatuir un albacea con tenencia de bienes. La institución fiduciaria tomaría el dominio de los bienes herenciales, enajenaría los que fuere necesario para cancelar los impuestos y las mandas ordenadas por el testador; finalmente liquidaría los bienes herenciales y los entregaría, en la oportunidad establecida por el testador, a los beneficiarios o fideicomisarios.

h) **El fideicomiso y las asignaciones modales.** Según el artículo 1147 del Código de Comercio "si se asigna algo a una persona para que lo tenga como suyo, con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un **modo** y no una condición suspensiva...".

Sin duda, muchas asignaciones modales serán equivalentes a un fideicomiso o fiducia, pues en ambas figuras jurídicas se distingue un beneficiario. En la asignación modal será la persona en cuyo beneficio redunde la realización de la obra o de la carga. La Corte Suprema, en sentencia de 1930, advirtió que "la asignación que hace el testador de ciertos bienes para la fundación de unas becas, es asignación modal..."[25]; también podríamos de-

---

[25] Cons. G. J. t. XXXVII, p. 450 y ORTEGA TORRES. **Código Civil.** Notas *al* artículo 1147.

cir que es un fideicomiso en donde el asignatario que debe establecer las becas hace el papel de fiduciario y los favorecidos con las becas son los beneficiarios o fideicomisarios. Desde luego, la hipótesis contemplada por el artículo 1150 o sea cuando el modo redunda en beneficio del asignatario exclusivamente, está lejos de constituir una fiducia. Y cuando el modo es parte en beneficio del asignatario y parte en beneficio de otro, nos encontramos ante una situación híbrida que debe gobernarse exclusivamente por los artículos de las asignaciones modales y no por los que reglamentan la fiducia.

i) Finalmente, ¿qué suerte corren los artículos 1368 a 1373 del Código Civil que reglamentan la figura jurídica de los **albaceas fiduciarios?** Dichos textos autorizan a los testadores para hacer encargos secretos y confidenciales a fin de que el albacea fiduciario invierta en uno u más objetos lícitos la mitad de los bienes de que libremente puede disponer (arts. 1368 y 1370). El Código de Comercio en su artículo 1230 dice textualmente: "Quedan prohibidos: 1º los negocios fiduciarios secretos".

Creemos que el mencionado artículo 1230 del Código de Comercio modificó sustancialmente el espíritu que informaba las reglas de los albaceas fiduciarios en el sentido de que en el futuro los encargos no pueden ser secretos. Por tanto, el testador debe expresar el fin y destino que debe darse a los bienes fideicomitidos y la persona o personas a quienes quiere beneficiar. Por lo demás, bueno es advertir que en Colombia fue muy escasa la aplicación que se dio a las reglas de los albaceas fiduciarios precisamente por el hecho de que el cumplimiento del encargo quedaba en un todo a la buena voluntad del escogido como fiduciario.

ARTURO VALENCIA ZEA

ARTURO VALENCIA ZEA es abogado, especializado en derecho civil. Es catedrático de su especialidad en varias universidades de la capital del país. Es autor de la obra Derecho civil, en seis tomos. Ha sido magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Títulos-valores en el nuevo Código de Comercio

POR FERNANDO LONDOÑO HOYOS

De muy diversas maneras se han empeñado los juristas en ponderar la importancia que corresponde en la vida económica de nuestro tiempo a los documentos que desempeñan la tarea de incorporar derechos de crédito, de mercancías o sobre partes alícuotas de una obligación. Pero entre todos los caminos para mostrar esa su grande significación, ninguno mejor que el escogido por aquel escritor que se limitó a observar que no era imaginable la vida económica de hoy sin los títulos valores. Trataremos, entonces, no de un tema de relativa o circunscrita importancia, sino de uno que tiene el grave encargo de hacer posibles, por lo rápidas y lo seguras, las transacciones mercantiles entre los hombres y los pueblos.

No pasó mucho tiempo desde la creación de la economía como ciencia autónoma, con objeto formal bien definido, hasta el descubrimiento de la movilidad de los bienes como factor determinante de riqueza. Nadie se atrevería hoy a medir un sistema económico sólo por la cantidad de bienes que están en el comercio: la consideración de la rapidez con que se desplazan del productor al distribuidor, del distribuidor al comerciante minorista y de este último al consumidor final es una de las variantes decisorias en la suerte de la economía.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que ese movimiento mercantil se expresa y mide por el curso de los documentos ideados para representar los bienes y los derechos de crédito que se crean con el traspaso de los mismos de unas manos a las otras.

LA CUESTIÓN EN NUESTRO DERECHO

La ley que regula el régimen de los documentos destinados a circular es la 46 de 1923, propuesta al gobierno por la misión Kemmerer y tomada de la ley americana de instrumentos negociables.

Fue costumbre de tratadistas y de jueces atribuir las dificultades que la aplicación de aquella ley anglosajona encontraba entre nosotros y sus comprensibles defectos, a la traducción del original inglés al texto castellano.

Mas admitiendo en gracia de discusión que la necesaria traición que toda traducción envuelve fuera causa de malos entendimientos, es lo cierto que aquel complejo normativo encontraba para su aplicación en Colombia el mismo inconveniente de cualquiera ley anglosajona, implantada en una sociedad acostumbrada a las categorías jurídicas formales derivadas del sistema legislativo como base primera de las fuentes del derecho. Para regular fenómenos de convivencia, la ley tiene que adaptarse a la comunidad que pretende regir. El conflicto que surge entre norma y vida social termina por resolverse siempre en contra de ambos extremos del litigio: la norma termina siendo violentada, falseada en su aplicación, desvirtuada en su auténtico significado, pero a la vez la realidad social sufre encerrada en una camisa de fuerza que la perturba cuando no es suficiente para dañarla del todo.

La Ley 46 de 1923, entonces, por carecer de una construcción fundada en grandes líneas de pensamiento jurídico y por basarse al contrario en una detallada casuística como al derecho anglosajón conviene, fue siempre cuerpo extraño en el sistema jurídico colombiano que como tal, notaron estudiantes, jueces, tratadistas y, por supuesto, sus destinatarios los comerciantes. La modificación de la ley era entonces imperativo impostergable y la expedición del nuevo Código de Comercio inmejorable coyuntura para redimir un pecado histórico y tornar a un sistema normativo incomprensiblemente abandonado.

LOS TÍTULOS VALORES Y LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA

He querido decir hasta ahora que padecernos en Colombia, desde 1923, una reglamentación legislativa sobre instrumentos negociables, que por ser ajena a nuestro sistema de derecho es abierta y peligrosamente inconveniente para la vida de nuestro comercio. Por ello, la reforma del sistema resultaba inaplazable. Pero ocurre, además, que no era muy difícil advertir en qué sentido debía orientarse ese nuevo esfuerzo legislativo.

No puede haber jurista ni sociólogo tan ciego que no encuentre en los signos de los tiempos una clarísima tendencia a la universalización de las instituciones.

Es posible que se discuta con ardor si ese afán del mundo por la unidad llegue alguna vez a la síntesis suprema de la comunidad mundial como genialmente la pensara Kelsen. Pero no es discutible, sino axiomática, la presencia de núcleos más o menos amplios de países que buscan una mejor

participación en los negocios del mundo y una recíproca inteligencia más fácil, a través de la integración de sus formas de vida social.

Ese camino de integración está precedido, como muchos de los grandes hechos históricos, por la actividad comercial. Si los esfuerzos por unificar el derecho privado o el penal, y con mucha mayor razón el relativo al manejo de las cosas del Estado es de muy incierto porvenir, el de uniformar las prácticas y reglamentaciones del comercio obtendrá con toda seguridad buena fortuna, simplemente porque su logro es necesario.

Los modelos de las economías cerradas sirven hoy para reminiscencias de teóricos o para el necesario comienzo de una tarea docente. Porque la inclusión del factor "resto del mundo" en los modelos de la renta nacional, no solamente es imprescindible sino que trae consigo una de las consideraciones que de más definitiva manera inciden en la suerte del esquema económico que se trata.

Si el trato comercial externo es una de las cuestiones más importantes que tiene un país entre manos, y si además ese negocio muestra una equívoca tendencia a la universalización de las formas que le son propias, no puede remitirse a duda que el derecho comercial está emplazado a tomar el camino de la integración, y entre todas las partes que lo conforman con mayor razón la que se refiere al manejo de los documentos que hacen posible el intercambio.

Siendo, pues, la integración no prescindible para nuestro futuro, sólo cabría medir en asocio de quienes podemos presentarnos a la escena mundial para conformar lo que llamaríamos, utilizando un término bien empleado en el derecho judicial una de las "partes" de la relación. Algunos, como los doctores Emilio Robledo Uribe, Álvaro Pérez Vives y Gabriel Escobar Sanín, se muestran amigos de buscar nuestra integración con los Estados Unidos, Inglaterra y los demás países de la comunidad Británica (1). Sin embargo, parece bien complicado este ideal integracionista y sería menester averiguar hasta dónde los socios escogidos por estos tres ilustres juristas están conformes con ese nombramiento y hasta dónde sean para nosotros cómodas las condiciones del acuerdo. Mucho me temo que, como diría algún colombiano ilustre, "por ahí no es la cosa". En materia de comercio internacional, lo mismo que en negocios particulares, el socio ideal, que suele ser el más rico y solvente, no es siempre el socio probable.

Descartada esta idea integracionista con los países anglosajones no hay más remedio que admitir como dato histórico, perceptible para el genio del Libertador hace 150 años y hoy mucho más claro para todos los espíritus, el de la integración latinoamericana.

A pesar de todas las dificultades, marcha adelante América Latina en el cumplimiento de su destino histórico, dándole forma al hecho sociológico y moral de su unidad en la raza, en la religión y sobre todo en la circunstancia presente y en la aspiración por el porvenir.

Pues bien: para darle vida a esta gran idea de la integración latinoamericana se están ideando y perfeccionando sistemas mercantiles y financieros, de inmediata realización en unos casos y en otros de ejecución menos inminente. Ya está funcionando desde hace 6 años un sistema de pagos y créditos recíprocos cuya sede está en Lima, inventando no sólo para solucionar más rápidamente las deudas contraídas en nuestras operaciones de comercio internacional, sino para evitar el costo que a todos nuestros países en conjunto les representa hacer siempre los pagos en moneda extranjera y sobre New York; también persiguiendo los mismos fines, se ha estructurado técnicamente un cheque latinoamericano de viajero, que aparecerá en cuanto lo requiera el movimiento turístico entre estos países; pendiente de detalles cada vez menos importantes se encuentra la creación de un mercado de aceptaciones bancarias ideado para buscar financiamiento de nuestras exportaciones con la creación de un documento, letra de cambio latinoamericana, respaldada por todos los bancos centrales del área y que con buena promesa de rendimiento se colocaría en los grandes mercados de dinero en el mundo; por último, para no fatigar con la enumeración, se viene pensando con serias probabilidades futuras en la organización de un mercado latinoamericano de acciones y obligaciones emitidas por las sociedades anónimas, a efecto de atraer para la zona los Capitales que se han fugado en busca de seguridad o de más alto producido. Repase el lector esta breve lista de proyectos de segura adopción, sobre cuya bondad no cabe discurso ni controversia y encontrará que todos ellos, como apenas fuera obvio suponerlo, descansan en la eficacia universal que llegue a merecer una orden de pago, un cheque, una letra de cambio o un bono. En fin, que el proceso económico de la integración latinoamericana, que sólo puede postergarse por insensata negligencia, depende en última instancia del adecuado manejo de los títulos valores y de la fe que merezcan en el comercio de bienes y dinero.

EL PROYECTO DE LEY UNIFORME DE TÍTULOS VALORES PARA AMÉRICA LATINA

Presionadas por tantos y tan serios argumentos como la realidad de la integración presenta, las autoridades de los organismos que de ella se ocu-

pan resolvieron hacerse cargo del problema de la unidad jurídica de los títulos valores.

Fue así como a instancias del Parlamento latinoamericano, el Instituto para la Integración de América Latina, INTAL llamó a los más grandes juristas de estos países a participar en la creación de una Ley que pudiera regir en todos ellos. Consultada opinión tan valiosa, coincidió sin reservas en que la integración jurídica propuesta era necesaria y además posible, siempre y cuando Colombia y Panamá, que habían dejado a un lado el sistema jurídico continental europeo para adoptar en materia de títulos valores el Anglosajón, que reñía con su propia tradición y con la de los demás países de América Latina, volvieran al sistema tradicional de su derecho.

Hecha la anterior salvedad, la redacción de un proyecto de tan ambiciosa perspectiva se encomendó al profesor mexicano Raúl Cervantes Ahumada, quien lo elaboró consultando las más modernas concepciones europeas sobre títulos valores, siguiendo muy de cerca, para superarlas en lo que han mostrado ser superables, las leyes de Ginebra y ateniéndose a las específicas modalidades creadas en el manejo de los títulos en América Latina.

Ese proyecto fue discutido en la Argentina por los mejores especialistas de cada país en la materia y vuelto luego al Parlamento latinoamericano por el INTAL, una vez recogidas las observaciones que en aquella reunión de Buenos Aires se le hicieron al texto original de Cervantes Ahumada.

La Asociación Bancaria de Colombia, luego de escuchar al Comité de Abogados que reuniera para el efecto, convencida de la bondad del proyecto y de los graves riesgos que para el país supondría hacerse a algún género de exclusividad en el manejo de los títulos valores, pidió muy respetuosamente a la Comisión del Gobierno su adopción integral. Los redactores de la reforma se dividieron entre partidarios de la Ley INTAL y partidarios de la Ley de Kemmerer, mejor traducida. Conocí hasta ese desacuerdo radical (1) pero ignoro cuál fue el mecanismo para llegar a un sistema ecléctico, donde buena parte del articulado corresponde textualmente al Proyecto INTAL, pero que no pudo escapar a la veneración que por la Ley Kemmerer sentían varios de los miembros de la comisión. En suma, y para decirlo de una vez, se promulgó una Ley sobre títulos valores que no gozará de todas las ventajas de la uniformidad –ni con los países de América Latina, ni con los anglosajones–, pero que seguirá soportando instituciones que por espacio de 48 años demostraron su inconveniencia.

No hay duda de la mejoría experimentada por la nueva reglamentación de títulos valores con relación a su antecesora de 1923. Pero lástima gran-

de que por capricho o por inoportunos brotes de genialidad nos veamos privados de un estatuto que tendría la ventaja fundamental de ser el mismo que están adoptando y adoptarán nuestros socios en la empresa del desarrollo económico compartido.

Al entrar pues a exponer los lineamientos generales de la nueva Ley de Títulos Valores, debo advertir que ahora, por primera vez en gran parte, serán valederas para Colombia las opiniones de Vivante, Escarra, Messineo, Garrigues, Langle Rubio, Tena, Winizqui, Yadarola y de tantos otros ilustres expositores de una materia tan rica en doctrina extranjera como limitada en la propia. Con el cuidado, eso sí, de ir contando a menudo con los artificiales obstáculos que para solaz de los amigos del conflicto como institución social surgen de cuando en vez como abrupto accidente sobre la que era tersa superficie de la ley.

FUNCIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES

Desde que Ihering introdujo la consideración del fin en el derecho, ningún análisis de las Instituciones Jurídicas puede prosperar al margen de su comprensión teológica. Por eso es menester iniciar un estudio sistemático sobre los títulos valores con la revisión de los fines sociales que están emplazados a satisfacer.

Los títulos valores instrumentos prácticos de operación para hombres eminentemente prácticos, los comerciantes, buscan satisfacer una doble exigencia primordial: la seguridad y la rapidez en los negocios mercantiles.

En principio, los instrumentos que nos ocupan tienen que ofrecer un amplio marco de garantías a quienes los toman. Por ello reclaman una eficacia incuestionable, de tal manera que su posesión equivalga a la posesión del derecho que anuncian incorporar. Vale decir entonces que los títulos valores sienten horror por los litigios: su seguridad, base de la misión que cumplen en el desarrollo de la vida económica, depende de la certeza jurídica que prestan a quien los adquiere.

Cualquiera institución jurídica que se apoye primordialmente en el valor de la seguridad, supone el sacrificio de valores que dentro del plexo axiológico del derecho ocupan un grado jerárquico superior. Así, por ejemplo, la prescripción se afirma y garantiza a riesgo de favorecer al deudor moroso o al usurpador audaz contra el acreedor o el propietario legítimos; la presunción de que la ley es conocida por todos, garantiza la certeza en las relaciones sociales muchas veces a costa de la buena fe y el ánimo

desprevenido con que obran las gentes por ignorancia que no siempre les resulta imputable.

Así pues, el sistema regulador de estos títulos, al exigir la prevalencia del valor de la seguridad, anuncia un sacrificio axiológico a cambio de la satisfacción de una necesidad colectiva que se estima más importante. Ésta es la única manera de entender la separación que en las normas respectivas se hace entre los títulos valores y la intención del agente que los otorga o los endosa, o entre el título y el negocio que le dio origen. o el rechazo de la ley a excepciones litigiosas generalmente admitidas en el derecho procesal.

Además de la eficacia ejecutiva e incuestionable que estos títulos deben ofrecer, exigen condiciones que permitan su circulación veloz. Téngase ahora en cuenta lo que se dijo al principio sobre la rapidez del movimiento de los créditos y de los bienes como elemento constitutivo esencial de la riqueza, para comprender hasta dónde es importante organizar un sistema que asegure una forma de transacción tan rápida como el movimiento mercantil demande. Son, pues, los títulos valores instrumentos destinados a ser eficaces y a circular prontamente y la reglamentación que desvirtúe estas características los frustra desde el punto de vista de la finalidad que deben servir. No se puede olvidar, sin cometer una gravísima equivocación, que para el movimiento de bienes y de créditos que no reclame seguridad y rapidez antes que otra consideración, están previstas en el Código Civil las viejas formas de tradición de bienes y de cesión de créditos, que han sido, ellas sí, organizadas desde otra perspectiva que les da en justicia lo que les quita en seguridad y rapidez.

NATURALEZA DE LOS TÍTULOS VALORES

Los títulos valores son documentos escritos. La afirmación, que suena necia por lo elemental, es en verdad de tan rico contenido que nos colocará en el camino de entender muchas de las cuestiones más interesantes de la institución y que de otra manera, vistas a posteriori en su aplicación práctica, aparecerían incomprensibles y arbitrarias.

Diversa es la misión que cumplen los documentos en la vida del derecho. Es lo más frecuente que se utilicen para dar cuenta de manifestaciones de voluntad unilaterales o bilaterales que liguen a los declarantes con el vínculo obligacional. En este caso, sigue el documento la suerte del acuerdo como lo accesorio a lo principal: su misión es tan sólo la de servir

de prueba frente a las partes y eventualmente ante terceros de un acto jurídico que tiene vida independiente con relación al escrito que se limita a denunciar su existencia. Cuando cumplen esta función. se llaman los documentos **Ad probationem.**

En otros casos la significación del documento no es meramente probatoria sino constitutiva. Su creación es un elemento esencial del acto que contiene, el cual, por este requisito de su existencia, se denomina solemne. Hay entonces unidad indestructible entre el documento y la génesis del Derecho que en él se incorpora. Se llaman estos documentos **Ad solemnitatem** para expresar que son forma esencial de los actos jurídicos a los que dan vida.

Muy distinta es la función del documento en materia de títulos valores a estos dos que acabamos de analizar y que son los tradicionalmente reconocidos en el derecho general. El título valor no solamente es prueba y requisito constitutivo de un derecho, sino que lo incorpora y se lo lleva consigo definitivamente, de tal manera que derecho y título forman una estructura jurídica inseparable. El derecho corresponde a quien ostenta el Título según la forma que le es propia, que los tratadistas llaman la ley de su circulación. Tan fuerte es la relación entre el documento y las obligaciones que contiene, que es frecuente y adecuada la calificación de "cartular" para referirse a la disciplina jurídica que se ocupa de los títulos valores.

Para captar la novedad que en materia jurídica representa esta naturaleza de los títulos valores, recuérdese el gran esfuerzo doctrinado por separar el derecho de propiedad de la cosa sobre la cual recae y las críticas que el Código de Bello ha merecido siempre por no haber escapado a esta confusión. Pues de lo que aquí se trata es precisamente de aceptar la idea de la unidad indisoluble de la cosa, que es el título, y el derecho que existe en el título y por el título.

Cuando para servir altísimos intereses sociales se rompen esquemas jurídicos de rancia tradición, es preciso estar dispuesto a llegar a las últimas consecuencias de la tarea emprendida, entendiendo de una vez por todas que los reconocidos moldes del pensamiento jurídico serán incapaces de contener la nueva figura. Para el caso concreto, cuando en función de la seguridad y la rapidez que el comercio organizado reclama se destruye la vieja idea del derecho subjetivo como ente abstracto, para materializarlo en un trozo de papel, corresponde admitir sin reservas las conclusiones que forzadamente se desprenden del punto de partida.

Antes de la aclaración anterior que me pareció indispensable para fundar lo que sigue, decía que el documento que se convierte en título valor

se confunde con el derecho mismo que en él se contiene. Es lo mismo que indicar el carácter absolutamente formal que caracteriza toda la vida jurídica de los títulos valores. Estamos ante un sistema de derecho rígidamente objetivo, formal, que confiere todos sus efectos a las manifestaciones regulares externas, renunciando deliberadamente a ocuparse de sus causas jurídicas, de los móviles y de las intenciones de quienes las crean.

Con lo anterior no he querido decir nada distinto a que en materia de títulos hay que concederle plena vigencia al instituto de la posesión para admitir todas las consecuencias que de él se derivan. Lo cual no significa que se prefiera la posesión a la propiedad. Se insiste, eso sí, en que siendo lo normal y corriente que la posesión revele la propiedad, sea su forma aparente ordinaria, o como lo dijera Messineo con especial fortuna, constituya una avanzada del derecho de propiedad, en homenaje a las exigencias del comercio debemos atenernos a ella y organizar todo el sistema sobre la base que presta su noción fundamental y sus aplicaciones en la vida del derecho.

LA FUENTE DE LAS OBLIGACIONES EN LOS TÍTULOS VALORES

Con derroche de ingenio se han ocupado largamente los autores de precisar en dónde se origina la obligación que se incorpora a un título valor. Si en el título va el derecho mismo como cosa adherida a él consustancialmente, de lo que se trata ahora es de averiguar de qué manera y en qué momento nacieron las obligaciones correlativas a los derechos sugestivos que allí se contienen.

Quisieron atribuir algunos a un contrato la responsabilidad de la creación de estas obligaciones. Y es la verdad que sería muy difícil suponer la transmisión de un título valor al margen de un acuerdo previo entre tradente y adquiriente. Pero es más cierto aún que la primera calidad que hemos encontrado en el título valor es la de su independencia con relación a los orígenes y su inhabilidad para correr la suerte de los acuerdos subyacentes. Crearon otros autores teorías que se llaman intermedias porque ocupan esa posición entre las que atribuyen al título un origen contractual y las que le señalan como fruto de decisión unilateral. En efecto, sostienen que entre el creador y el primer tomador del título surge una obligación derivada de su acuerdo, mientras que entre el creador y los tomadores subsiguientes, lo mismo que entre estos últimos, la obligación nace en virtud de una decisión unilateral. Artificiosa y complejísima teoría que como

buena parte de los ensayos eclécticos recoge los defectos de los extremos privándose de sus virtudes.

Posiblemente, el punto de vista más defendido entre los autores es aquél según el cual la obligación en un título valor nace por una manifestación de voluntad de quien se obliga, de tal manera que nos encontraremos ante un caso típico de actos jurídicos unilaterales. Desde este punto de vista básico del acuerdo, se bifurcan las opiniones en dos sentidos: la una sosteniendo que ese acto unilateral consiste en la suscripción del título, en su firma; mientras para la otra la obligación cambiaria nace de la firma sumada a la entrega del título con la intención de obligarse.

Aun cuando no sea la solución más aguda, yo resuelvo el problema adhiriendo a aquellos que piensan que en toda obligación cambiaría hay una declaración unilateral de voluntad que tiene especialísimos efectos jurídicos por virtud de la Ley. Hay pues una combinación de acto jurídico unilateral, que se materializa con la firma del instrumento, con la intervención de la ley que precisa con normas taxativas, no supletivas, los efectos que esa firma produce.

En el párrafo anterior notaron los lectores una decisión de mi parte por la tesis según la cual la obligación cambiaría se deriva simplemente de la firma puesta en el título valor, sin consideración a la intención del agente para su negociación ulterior. En seguida, conviene aclarar el fundamento en el que esta tesis descansa.

La única manera de ser fiel a los postulados que se dejaron expuestos como características de los títulos valores, es rechazando todo intento de comprometer su existencia con la inclusión del elemento intencional de quien se obliga. Si el título consiste en su pura forma externa, en su apariencia, y sólo por la garantía de esa limitación de su esencia a la forma externa que reviste cumple con los objetivos de seguridad y de rapidez que lo justifican, es forzoso concluir que la obligación cambiada depende de la firma y no del vínculo sicológico entre quien firmó y el papel que firmó. Esta doctrina que se llama de la creación, es entonces la única admisible conforme a la naturaleza misma del instrumento. La otra, la de la emisión, entrega la suerte del instrumento a las peligrosas vicisitudes de una voluntad no revelada, originándole un riesgo que convertiría su adquisición en un acto de audacia, en lugar de un acto de comercio.

Aunque siempre lo estimo como el más débil de los argumentos, no puedo evitar la tentación de transcribir el comentario del Profesor Felipe de J. Tena, sobre el artículo de la ley mexicana que adoptó la teoría de la

creación y negó la otra posible, la de la emisión, cuyo alcance íntegra mente comparto:

> "Y a fe que hizo bien en repudiarla. Pues si el efecto traslativo del endoso tuviera que depender de la realidad de la emisión; si el endosatario, para poder estar seguro de su derecho, tuviera que cerciorarse previamente de que el título salió de las manos del suscriptor por un acto de su voluntad (investigación difícil y hasta imposible a veces, ya que el tercero, por definición nada tuvo que ver en aquel acto), todo el instituto de la legitimación saldría sobrando, y la rápida y segura circulación de los títulos, que constituye la máxima preocupación de los ordenamientos modernos, resultaría irrealizable".

DEFINICIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES

Organizando de una vez los varios elementos constitutivos que han venido dibujando sus perfiles en el razonamiento anterior, aparecerá ya, con toda la claridad deseada, la noción de los títulos valores. Recordemos para el efecto ciertas cosas fundamentales que quedaron dichas.

Consisten los títulos valores en documentos escritos que ligan indisolublemente los derechos y las obligaciones que en ellos se originan. Son además instrumentos objetivos y formales, que se bastan a sí mismos para utilizar el giro feliz de algún doctrinante, de tal manera que no dependen de los actos ni de los hechos jurídicos que los anteceden en el tiempo, ni siquiera de las intenciones de quienes los suscriben. Así, de esa manera, nacen con el destino de circular, pasando legítimamente de mano en mano entre quienes son sus poseedores, propietarios aparentes que derivan su derecho cambiario de la regularidad formal extrínseca del documento. Recogidos estos principios fundamentales, basta ahondar en cada uno para precisar con propiedad sistemática los elementos constitutivos de los títulos valores.

INCORPORACIÓN. El título valor constituye un derecho, pero además lo vincula definitivamente a su suerte. Con esto se quiere decir que toda la vida de la facultad jurídica que se promete en el título dependerá de él, de tal suerte que no hay circulación, gravamen, pago parcial ni definitivo que produzca efectos al margen de su expresa indicación escrita en el documento. Incorporar, pues, consiste en confundir el derecho con la cosa y entender que forma con ella unidad consustancial.

El título valor incorpora diversas clases de derechos subjetivos: puede tratarse, en efecto, de un derecho personal o de crédito que dé a su titu-

lar la posibilidad jurídica de exigir una prestación de dar a quien aparezca cambiariamente obligado. Pero se trata de un derecho personal o de crédito no discutible y que no requiere para hacerse efectivo de ninguna decisión jurisdiccional previa. Para explicarlo gráficamente, diría que se trata de un derecho cuya sentencia declarativa está implícita en el mismo y reclama ejecutividad directa inmediata. Llámanse estos títulos de crédito por el derecho que contienen y son los más comunes la letra, el pagaré, el cheque y la factura cambiaria.

Puede ser el título representativo de mercaderías, caso en el cual confiere a su tenedor legítimo el derecho de disposición sobre esos bienes. Son de esta clase los conocimientos de embarque, las cartas de porte, los certificados de depósito y se denominan como dije al enunciarlos, títulos representativos de mercaderías.

Se llaman de participación, los que incorporan una parte alícuota de un crédito, generalmente a cargo de una persona jurídica. Tal es el caso típico de los bonos, impropiamente llamados "obligaciones" en el derecho mexica no y "debentures" en el argentino y el brasilero.

LEGITIMACIÓN. El título valor permite a su titular aparente, a su poseedor, exigir que se le considere como sujeto activo de la relación cambiaria. No requiere prueba adicional ni complementaria, de tal manera que la posesión regular le confiere pleno derecho de acción, sin que se necesite, y es más, sin que sea permisible exigirle prueba alguna de su carácter de titular del derecho de dominio sobre el título. En este sentido se habla de legitimación activa.

Pero de la misma manera que la posesión concede al titular el derecho de acción, confiere al obligado cambiario la facultad de hacer un pago válido a quien se lo demande con la presentación del título formalmente perfecto. Ésta, que es la regla general, tan sólo se altera de un título a otro en lo referente al **quantum** de requisitos necesarios para poseerlos válidamente. Tratándose de un documento al portador, el pago es válido si se hace a quien lo detente materialmente. Si el documento es la orden, se requiere la comprobación de dos factores, a saber: la identidad física de quien presenta materialmente el título para su cobro y la existencia de una cadena no interrumpida de endosos que formalmente conecten al tenedor con el primer beneficiario. Con esto se quiere decir que no hay necesidad de comprobar la autenticidad de ninguno de los endosos ni siquiera la existencia física o jurídica de las personas intermediarias entre el beneficiario y el tenedor que exige el pago: aquí la regla de la posesión, de los plenos efectos de la apariencia, cobra todo su vigor. Por último, cuando el título

es nominativo, la legislación requiere la posesión material del documento, la regularidad formal de la cadena de endosos y la inscripción del tenedor en el registro del creador del instrumento.

Satisfechos los anteriores requisitos formales, el pago está bien hecho, y libera al deudor. Es la legitimación pasiva de los títulos valores.

LITERALIDAD. Si el derecho que en el título valor se incorpora se confunde con la materialidad del documento, bien fácil es entender que no hay obligación ni derecho cambiaría que no se ajuste exactamente a lo expuesto por escrito en el cuerpo mismo del instrumento.

No es posible, desde el punto de vista cambiario, oponer una excepción de pago, o intentar la prueba de una obligación cuantitativamente diferente, o a una fecha de vencimiento distinta, o un compromiso adicional o menor, por fuera de lo que está literalmente pactado en el texto del documento. Se trata de la independencia objetiva del título valor con relación a cualquier otra circunstancia o negocio jurídico, incluyendo aquel que le dio origen y que los tratadistas llaman acuerdo subyacente.

AUTONOMÍA. Pero si *el* título valor reclama absoluta independen cia desde el punto de vista objetivo, es decir, que es refractario a la posibilidad de que lo afecten hechos o negocios que no estén literalmente previstos en su texto, también reclama independencia subjetiva, lo cual significa que se trata siempre de un título originario para quien lo adquiere, nunca gravado con los defectos subjetivos de quien fue su tenedor anterior.

Contra la regla universal de que nadie transmite un mejor derecho del que tiene, **nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet** dicen los latinistas, en los títulos valores es bien frecuente esa posibilidad.

Quien lo adquiere –y por ahora debemos simplemente presumir que lo adquiere de buena fe sin afrontar otra cuestión distinta que debe dejarse al cuidado de un capitulo posterior– de un incapaz, o de quien lo sustrajo dolosamente, o de quien tenía una deuda de igual o mayor valor para con el obligado, adquiere un título perfecto desprendido de todos los vicios que afectaba n la tenencia anterior, y por ello amparado contra toda posible excepción subjetiva que al tradente irregular hubiera sido posible oponerle.

Así descritos los elementos constitutivos de los títulos valores, basta recogerlos para alcanzar la definición que desde Vivante, con adiciones siempre accidentales e insignificantes, es clásica en el derecho mercantil y que el artículo 619 de nuestro nuevo Código de Comercio recogió correctamente:

> "Los títulos valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora".

Esta es la figura que descriptivamente precisada ahora en una fórmula que ya está cargada para nosotros con las más sugestivas indicaciones, constituye lo que Ascarelli llamó "la mejor aportación del derecho mercantil a la civilización moderna" y con respecto a la cual escribió Tena estos conceptos lapidarios: profano que nos preguntase cuáles con los méritos y cuál la contribución del derecho mercantil en la formación de la civilización moderna, acaso no podríamos indicarle ningún instituto más perfecto ni de más alta significación que el de los títulos de crédito. La vida jurídica moderna sería inconcebible sin su tupida red de tales documentos; los inventos técnicos carecerían de medios de disciplina para su adecuado funcionamiento social; las relaciones de cambio tomarían necesariamente otro aspecto. Que son justamente los títulos de crédito los medios de que ha podido servirse el mundo moderno para movilizar sus riquezas; y son ellos a quien deben los ordenamientos jurídicos poder superar los obstáculos del tiempo y del espacio, transportando con mayor facilidad estos elementos representativos de bienes lejanos y materializando en el presente las posibles riquezas del futuro". Sobre ellos seguiré escribiendo en cuanto la paciencia de los lectores resista y no me falle el ánimo para tan comprometedora empresa.

FERNANDO LONDOÑO H.

NOTA: (1) Véase la parte pertinente de las observaciones presentadas por estos miembros de la Comisión Redactora del Código de Comercio a la Ley de Títulos Valores. **Revista de la Federación Latinoamericana de Bancos** Nº 7, página 173 y ss.

FERNANDO LONDOÑO HOYOS es abogado y economista. Es catedrático de introducción al derecho y teoría general del derecho civil. Ha publicado *El Poder del Juez*. Ha sido Prefecto de Control de Cambios y Secretario General de la Federación Latinoamericana de Bancos desde 1968.

Régimen de la capacidad en el nuevo Código de Comercio

POR RAMÓN E. MADRIÑÁN DE LA TORRE

CONSIDERACIONES GENERALES

La profesión de comerciante se caracteriza por la realización de actos jurídicos. En consecuencia, es lógico que su estatuto se ocupe en regular las condiciones que, de una parte, permiten al sujeto actuar en el mundo jurídico mercantil sin el ministerio o autorización de otra persona y, de la otra, las que desde el punto de vista estrictamente gremial hace legítimo su acceso al estatus respectivo. Surgen así, en términos generales, las situaciones en torno de las cuales se desarrollan los conceptos de capacidad y habilidad.

La primera no es cosa distinta que el atributo general que se presume en toda persona y que confiere validez a sus manifestaciones de voluntad en la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas. La segunda supone, simplemente, una aptitud circunscrita al campo estrictamente mercantil y de manera particular al que se configura sobre un conjunto de derechos, obligaciones e instituciones exclusivas.

La distinción expuesta ha sido recogida en el nuevo Código de Comercio en los artículos 12 y 14 al adoptar, el primero, el régimen común del Código Civil en materia de capacidad y al mencionar, el segundo, las circunstancias en que, supuesta dicha capacidad en el sujeto, sin embargo, se le califica como inhábil para ejercer en forma profesional actos que tengan carácter mercantil.

La capacidad y la habilidad y sus opuestos incapacidad e inhabilidad tienen, como consecuencia de sus fundamentos jurídicos, modalidades y consecuencias diferentes que deben subrayarse.

LA CAPACIDAD EN GENERAL

Como ya se anotó, el nuevo código, al igual que el anterior, invoca las normas del Código Civil para regular la materia. En consecuencia, salvo disposiciones expresas, el régimen mercantil de la capacidad se desarrolla

en torno al principio general de la existencia de ésta (artículo 1503 del Código Civil) y de sus excepciones expresas en relación con las incapacidades absolutas, relativas y particulares (artículo 1504 del Código Civil).

Al respecto, el código, siguiendo la tradición, antes que limitar las posibilidades del sujeto para la realización de actos mercantiles, prevé ampliaciones en favor de ciertos incapaces. Tal es el caso de los menores habilitados de edad a quienes, al admitírseles al ejercicio del comercio, se les permite enajenar y gravar toda clase de bienes (artículo 12), lo cual supone una evidente ventaja respecto a su posición conforme a las normas del Código Civil, que excluyen para ellos todo acto de disposición sobre inmuebles (artículo 345 del CC) y sobre la del viejo Código de Comercio que conserva parcialmente esta restricción en punto a los actos de enajenación (artículo 15 del CC).

En virtud de los términos de la disposición comentada, puede afirmarse que, en materia mercantil, la capacidad del menor habilitado de edad es plena.

En relación con los menores con peculio profesional, que tanto el Código Civil como el antiguo de Comercio miran como habilitados de edad (artículos 294 del CC y 15 del CC) para los efectos de administración y disposición de los bienes que configuran ese aspecto de su patrimonio, el artículo 12 trae dos modificaciones de importancia. La primera, en cuanto restringe del ejercicio de la profesión de comerciante a los mayores de 18 años y la segunda, en cuanto elimina, aun para estos, la posibilidad de gravar libremente sus bienes inmuebles. Estas dos limitaciones que afectan, a partir del primero de enero de 1972, la capacidad parcial de que han venido gozando se justifican en la finalidad de protección que normalmente debe perseguir el legislador en razón de las complejidades y los riesgos que conlleva el desarrollo actual del comercio.

Algunos autores[1] estiman que la disposición que admite la realización por parte de menores adultos de ciertos actos de comercio, en nombre y por cuenta de otras personas, bajo la dirección y responsabilidad de éstas y mediando la autorización de sus representantes legales, constituye una excepción al régimen de su incapacidad. Sin embargo, los términos del inciso final del artículo 12 del nuevo código, que sustituye, en forma general, lo preceptuado por los artículos 452 y 456 del antiguo, sugieren más bien la confirmación de los principios generales en relación con la forma como pueden actuar los incapaces relativos (artículos 301 y 528 del CC) y la menor exigencia que, en punto a la capacidad de los mandatarios, admite el régi-

---

[1] PINZÓN JOSÉ GABINO - **Introducción al derecho comercial,** p. 183. Editorial Temis Bogotá - 1966.

men común, dadas las circunstancias en que se desenvuelven los contratos realizados en desarrollo de un mandato. (artículos 2154 y 1505 del CC).

El nuevo código prohíbe expresamente a ciertas personas realizar determinados actos, estableciendo así, en adición a las previstas en el Código Civil, otras incapacidades particulares. Ejemplos de ellas están consignadas en el artículo 103 en relación con la participación de menores no habilitados de edad en algunas formas de contrato de sociedad, en el artículo 906 en relación con el contrato de compraventa, en el artículo 1132 en relación con el depositario, y en el artículo 1339 en relación con los factores, etc.

De estas disposiciones merece especial mención la primera, según la cual se prohíbe a todos los menores no habilitados de edad formar parte de sociedades en las cuales se comprometa su responsabilidad en forma ilimitada, reservando para ellos solamente aquellas formas en que, como la anónima, la de responsabilidad limitada y la en comandita (como socio comanditario), las consecuencias patrimoniales de su vinculación social sólo se extienden hasta el monto de la suma aportada. El código ha querido con esta norma extremar los cuidados que al respecto traducía el artículo 464 del antiguo ordenamiento ya que, no obstante eximir de autorización judicial la intervención del habilitado de edad, cuya capacidad según se anotó se hace plena en materia comercial, se prohíbe al menor con peculio profesional su acceso en calidad de socio colectivo o gestor que le era posible mediante autorización especial[2]. Esta restricción, en punto al menor con peculio profesional, es consecuente con los términos de los artículos 12, 294 y 323, puesto que mientras el artículo 12 sólo le permite comprometerse, en ejercicio del comercio, hasta concurrencia de los bienes adquiridos a través del ejercicio de su empleo, profesión liberal, industria u oficio mecánico, por virtud de los artículos 294 y 323 su admisión a la calidad de socio colectivo o gestor, extendería su responsabilidad sobre la totalidad de su patrimonio, el cual, en su caso, incluye sus peculios ordinario y adventicio.

Como el artículo 103 invoca las disposiciones generales para regular la vinculación de menores no habilitados en las sociedades en las cuales se les admite, debe entenderse, conforme al artículo 12 que, siendo incapaces relativos tales menores, requieren para celebrar el contrato respectivo la autorización o ratificación de su representante legal cuando éste, como en el caso invariable de los impúberes, no ha intervenido en su nombre, sin perjuicio de que puedan concurrir sin tal ministerio o autorización cuando habiendo cumplido 18 años tienen peculio profesional y su aporte no compromete bienes inmuebles.

---

[2] PINZÓN opus cit., pág. 183.

El código omitió, acertadamente, las disposiciones que, en el proyecto de 1958 y en el del Senado de la República, ratificaban, sin necesidad alguna, la plena capacidad de la mujer casada mayor de edad para ejercer el comercio. La inclusión de disposiciones como esas en un código de comercio, en contraste con su ausencia en las que regulan otras profesiones a las cuales también ha accedido la mujer, hubiera dado al ordenamiento un curioso, inútil y anacrónico aspecto.

INHABILIDAD PARA EJERCER EL COMERCIO

Bajo la denominación genérica de inhabilidades, el código, en el artículo 14, regula algunas circunstancias que hacen ilegítimo el acceso a la profesión de comerciante y que la doctrina explica con diversos nombres, en atención a las consecuencias que de ellas se siguen conforme con la ley[3].

Para Mantilla Molina[4] esas circunstancias pueden designarse con los nombres de **prohibiciones, incompatibilidades y restricciones.** Todas ellas han sido establecidas por consideraciones distintas a la protección del sujeto, cuya capacidad se supone[5] y miran, bien a la seguridad y seriedad de la profesión misma, bien a la dignidad del ejercicio de ciertos cargos, en especial los del Estado, bien a las limitaciones que exige el objeto social de algunos sujetos excepcionales, a quienes se atribuye en el ámbito mercantil el privilegio de una explotación exclusiva. "La incompatibilidad y la prohibición pueden distinguirse entre sí en cuanto aquélla, por derivar de la profesión de la persona, depende de la voluntad de ésta hacerla cesar, abandonando dicha profesión antes de dedicarse al comercio, al paso que la prohibición se impone en virtud de circunstancias que no depende del afectado hacer desaparecer"[6]. La **restricción,** se agrega, tiene una finalidad primordialmente económica y por constituir uno de los límites del privilegio respectivo, no es susceptible de modificación mientras subsista la regulación legal correspondiente.

Según nuestro nuevo ordenamiento, caen dentro de las prohibiciones, de acuerdo con la clasificación expresada, el comerciante declarado en quiebra mientras no haya sido rehabilitado (artículo 14, numeral 1º) y las personas a quienes, por ley o por sentencia judicial, se les prohíbe el ejerci-

---

3 RIPERT, RUBIO. MANTILLA. TENA.

4 MANTILLA MOLINA ROBERTO. Derecho mercantil, pág. 81. Editorial Porrúa, México 1964.

5 RUBIO, JESÚS, Introducción al derecho mercantil. pág. 568. Editorial Nauta, Barcelona 1969.

6 Opus cit., p. 91.

cio de actividades mercantiles (artículo 14, numeral 3). Por su parte, constituyen incompatibilidades el ejercicio por parte de funcionarios públicos de actividades que tengan relación con sus funciones (artículo 14, numeral 2) y en general las contempladas expresamente para el ejercicio del comercio en el estatuto del funcionario respectivo (de la administración, la rama jurisdiccional o del Ministerio Público). Hay, de otro lado, restricciones en los ordenamientos que disciplinan la actividad de los establecimientos de crédito, las compañías de seguros, etc.[7].

El nuevo código, en comparación con el anterior, presenta un mejor tratamiento de estos aspectos. En efecto, contempla con más claridad y precisión las causas de prohibiciones e incompatibilidades; prescribe cuáles conductas lesivas del comercio y sancionables, por vía penal o administrativa, conllevan como pena accesoria la inhabilidad (artículo 16); y establece un adecuado sistema de publicidad en interés de terceros, de cuya ausencia se resiente en la actualidad en forma notoria el comercio (artículos 15 y 28, numeral 3º).

CONSECUENCIAS DE LA INCAPACIDAD Y LA INHABILIDAD

El tratamiento legal de un acto celebrado por un incapaz es diferente al prescrito cuando el comercio se ejerce por persona colocada bajo la prohibición, incompatibilidad total o parcial o con violación de restricciones.

La ausencia de capacidad legal, según lo prevén, expresamente, los artículos 18, 899 y 900, afecta de nulidad el acto, vicio éste que requiere declaración judicial en la forma y términos previstos en el Código Civil. Según este ordenamiento y los artículos citados, el carácter de la nulidad es distinto según el tipo de incapacidad que la genere. El acto realizado por un absolutamente incapaz es absolutamente nulo (artículo 899, numeral 3). aquel en el cual ha intervenido un relativamente incapaz relativamente nulo o anulable, según la nueva terminología del código (Artículo 900), en fin, el que ha sido realizado con violación de una disposición expresa (incapacidad particular) absolutamente nulo, salvo que la ley disponga otra cosa (artículo 899, numeral 1). En los dos primeros casos, los actos son saneables por ratificación o por prescripción, según los términos del Código Civil, con la advertencia de que el artículo 900 del nuevo código disminuye a dos años la prescripción cuatrienal para la nulidad relativa. En este punto es pertinente anotar cómo el nuevo código no reprodujo la

---

7 Ley 45 de 1923, Ley 105 de 1927, Decreto 3233 de 1965.

norma que dispone doblar el término de prescripción en favor de las personas jurídicas (artículo 1750 del CC) y la circunstancia de que, para ellas, éste se cuenta desde la fecha de celebración de acto o contrato anulable, pues su incapacidad relativa sólo es fruto de una asimilación legal y nunca cesa. Como no se ve razón para que se hubiera pensado en una modificación de estos principios y no hay norma exactamente aplicable al punto, según lo establecido en los artículos 18 y 822, que adoptan expresamente el régimen civil de la capacidad y de las obligaciones, debe considerarse vigente tal principio en materia mercantil. En concordancia con el tema que se viene tratando debe anotarse que el artículo 108 fija en dos años, para el contrato de sociedad, el término de prescripción de la nulidad absoluta proveniente de incapacidad absoluta.

Las incapacidades particulares, es decir aquellas que surgen de la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para realizar ciertos actos, siguen, según los términos de los artículos 899 y 822, el régimen común de la nulidad absoluta (artículos 6º, 1523 y 1741 y ss. del Código Civil) salvo que la ley haya dispuesto otra cosa, como en los casos del depositario, el factor, etc. Tal nulidad, por lo general, no es saneable por ratificación, según lo preceptuado en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

El antiguo código regulaba en forma deficiente las consecuencias de las prohibiciones e incompatibilidades para el ejercicio del comercio. Su artículo 17 abría las puertas a la teoría de la nulidad absoluta de todos los actos realizados en tales circunstancias. La ausencia de medios para que los terceros se impusieran de tales limitaciones permitía frecuente y continuado desconocimiento de ellas. En fin, el hecho de que las prohibiciones e incompatibilidades no afectaban la validez de los actos mercantiles ocasionales, introducía mayor confusión en el sistema. El nuevo código establece sanciones adecuadas a los fines propuestos. Circunscritas las prohibiciones e incompatibilidades al aspecto puramente profesional, y ajenas por tanto a toda consideración relacionada con el desarrollo mental y la experiencia del sujeto, los actos mercantiles celebrados en tales circunstancias se tienen por plenamente válidos, aunque su ejecución en forma profesional, se tipifica como violación de normas de contenido disciplinario, de la profesión misma o del estatuto de ciertos empleados, que conlleva sanciones administrativas como las consagradas en los artículos 14 y 15. Lo propio ocurre en relación con las restricciones y así ha sido definido en repetidas oportunidades por la Superintendencia Bancaria[8].

---

[8] Doctrinas.

Las inhabilidades (prohibiciones e incompatibilidades) y la incapacidad tienen efectos sobre la adquisición o pérdida de la calidad de comerciante. Según los artículos 12 y 17, la falta de capacidad impide el acceso a tal calidad y la sobreviniente ocasiona su pérdida. El antiguo código era especialmente claro en este punto, por cuanto, al igual que el código español (artículo 1º) menciona la capacidad como elemento esencial de la definición de comercian te. Si como se anotó en un principio tal profesión se funda en la ejecución de actos jurídicos no sería concebible la adquisición de la calidad correspondiente sobre supuestos de nulidad.

Esta apreciación no es tan clara cuando hay de por medio una situación de inhabilidad. Comentarista s como Ripert[9] y Mantilla Molina[10] admiten que el ejercicio de comercio en contravención a normas que lo prohíben o lo califican como incompatible, confiere la calidad de comerciante, aunque da lugar a sanciones penales o administrativas. Tena, por su parte, estima que dichas circunstancias impiden la calificación respectiva[11]. Entre nosotros, el artículo 17 del nuevo código define con claridad el punto, puesto que, si la inhabilidad sobreviniente hace perder al comerciante la calidad de tal, es obvio que el ejercicio profesional del inhabilitado no la confiere y, por tanto, las normas que configuran el estatuto del comerciante no le son aplicables.

Esta posición implica una consecuencia poco afortunada, por cuanto el sujeto que ejerce el comercio en condiciones de inhabilidad no está sometido al proceso de quiebra y por tanto no le son imputables las conductas penales correspondientes.

RAMÓN E. MADRIÑÁN DE LA TORRE

RAMÓN E. MADRIÑÁN DE LA TORRE es abogado, catedrático de derecho mercantil en la Pontificia Universidad Javeriana. Su tesis de grado versó sobre "La costumbre comercial". Ha sido gerente del Banco Comercial Antioqueño, funcionario de la Superintendencia Bancaria, secretario general del Ministerio de Hacienda y Vicepresidente de Asecolda.

---

9 **Derecho comercial.** Tomo 1, p. 174. Editorial TEA, Buenos Aires. 1954.

10 Opus cit. p. 92.

11 Derecho mercantil mexican o, p. 148. Editorial Porrúa, México. 1964.

La legislación aeronáutica en el nuevo Código de Comercio

POR DIEGO PARDO TOVAR

I. INTRODUCCIÓN

La segunda parte del libro quinto del nuevo Código de Comercio trata de la aeronáutica. Pero desde luego no solamente las disposiciones de dicha parte, que se dividen en quince capítulos, agotan la materia ya que otras partes del mismo código son aplicables a la aeronáutica, como las normas contenidas en el título IV del libro cuarto que trata sobre el contrato de transporte, así como algunas de las que constituyen el título XIII de la primera parte del libro quinto que trata del seguro marítimo.

Pocos de los temas incluidos en la nueva legislación comercial merecieron por parte de la Comisión Redactora mayor atención o por lo menos mayor volumen de trabajo que la parte relativa a la aeronáutica.

El Subcomité de Derecho Marítimo y Aéreo, así como la Comisión Central Revisora del Código de Comercio, se basaron fundamentalmente en el Proyecto de Código de Comercio elaborado por la comisión constituida por los doctores Víctor Cock, José Gabino Pinzón, Álvaro Pérez Vives, Efrén Ossa y Emilio Robledo Uribe y que diera como resultado el proyecto presentado en Julio de 1958 por el doctor Rodrigo Noguera Laborde, entonces ministro de Justicia. Igualmente, se tomaron en cuenta los principios de la Ley 89 de 1938, los decretos que la adicionaron y los reglamentos aeronáuticos dictados por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. Además, una abundantísima bibliografía de autores extranjeros, así como un importante número de leyes orgánicas de aviación civil en muchos países del mundo y en particular de aquellos cuyos problemas aeronáuticos acusaban marcada similitud con los problemas colombianos. Se tomaron también en cuenta los principales convenios internacionales suscritos o no por Colombia sobre la materia y también, en su oportunidad, se analizaron las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales colombianos, relativas al transporte aéreo.

Si bien la Ley 89 de 1938 cumplía en forma satisfactoria con su función, muchas de sus normas eran inaplicables u obsoletas y, sobre todo, en el

campo del derecho privado acusaban inmensas lagunas de suerte que era necesario aplicar los principios del derecho común a una materia tan altamente especializada como el derecho aéreo.

II. DERECHO PÚBLICO

El capítulo I, que trata las disposiciones generales, contiene las normas relativas al campo de aplicación del código en materia aeronáutica. Se refiere a las actividades que quedan cobijadas bajo su imperio, y a las aeronaves que quedan sometidas a su control.

En cuanto a las fuentes de derecho, el artículo 1781 contiene una regla especial, si se considera en relación con los artículos 1º y 2º del código que con tienen las normas generales de interpretación del código en general. El citado artículo 1781 para el caso de lagunas de derecho o de interpretación recurre, en primer término, a los principios generales de derecho aéreo, luego a las normas y principios de derecho marítimo y, finalmente, a los principios generales de derecho común, sucesivamente.

En segundo lugar, vale la pena destacarse que la gran mayoría de las leyes aeronáuticas del mundo consagra un artículo que tiene un valor constitucional como quiera que se refiere a la soberanía del Estado sobre el espacio. En este sentido se planteaba el problema de saber hasta dónde podría la República de Colombia, desde el punto de vista de la soberanía vertical, reclamar su jurisdicción. Cabrían dos posibilidades: o se reclamaba soberanía respecto al espacio "aéreo" o al espacio "atmosférico", limitando la soberanía a aquellos espacios que contuviesen aire o atmósfera, o bien se reclamaba soberanía ilimitada sobre el espacio que cubre su territorio. La primera solución no parecía muy racional y es impracticable, puesto que aún desde el punto de vista geodésico no se ha podido determinar o no se han podido establecer criterios que expresen hasta qué altura puede considerarse que existe aire o atmósfera. Tampoco, por impracticable, se consideraba posible el reclamo de una soberanía absoluta e ilimitada sobre el espacio. En tales condiciones, el código acogió un criterio ecléctico consistente en el abandono de los términos tradicionales calificativos del espacio tales como "aéreos" o "atmosférico" y ensayó una definición de espacio dentro de un criterio geométrico, es decir, prefirió describirlo como continente y no como contenido. Con respecto a la altura y en el convencimiento de que en un futuro el asunto será definido dentro de marcos internacionales, hizo la reserva en este sentido.

Finalmente, en relación con el desarrollo de la ley, el código, en su artículo 1782, le otorgó a la autoridad aeronáutica la facultad de expedición de los reglamentos de carácter eminentemente técnico, puesto que en el pasado y de conformidad con las normas de la Ley 89 de 1938, si se hacía un serio análisis jurídico respecto a la legalidad de dichos reglamentos, se corría el riesgo serio de concluir que tales reglamentos no descansaban sobre bases de derechos firmes.

* * *

El Capítulo II trata de la navegación aérea, y comienza por definirla, y señala luego las limitaciones a dicha libertad. Una de tales limitaciones figura en el artículo 1785 según el cual el llamado tráfico de "cabotaje", es decir, el que se realiza entre los puntos situados en el territorio de la República, está reservado a aeronaves colombianas con la única salvedad de lo que pudieran establecer los convenios internacionales. A este respecto se acoge lo establecido por el artículo 79 del convenio sobre aviación civil internacional que establece: "Cada Estado contratante tiene derecho a negar a las aeronaves de los demás estados contratantes el permiso de embarcar en su territorio pasajeros, correo o carga para transportarlos, mediante remuneración o alquiler con destino a otro punto situado en su territorio".

Fue este un tema muy debatido y se llegó a pensar en la posibilidad de que en determinada circunstancia pudiera ser aconsejable que aeronaves extranjeras pudieran realizar tráfico, como en efecto se ha hecho en el pasado, entre puntos situados en el territorio de Colombia. Sin embargo, se creyó conveniente conservar el principio de la reserva del cabotaje a las aeronaves colombianas que figuraban ya en la Ley 89 de 1938.

* * *

El capítulo III está dedicado al régimen jurídico de las aeronaves. En primer término, la definición de aeronave fue objeto de un prolongado estudio y se ensayaron toda clase de criterios, puesto que no hay uno realmente internacional que pueda definir lo que se entiende por tal, aunque se han ensayado muchas definiciones. Por ejemplo, el Instituto de Estudios Internacionales David Davies Memorial de Londres dice: "Se entiende por aeronave cualquier vehículo que dependa para el vuelo de la utilización del aire, de la sustentación o de ambos". El código prefirió decir: "Todo aparato que maniobre en vuelo, capaz de desplazarse en el espacio" y, además, "que sea apto para transportar personas o cosas". El primero de los elementos es bastante aceptado, puesto que quedarían incluidas dentro del concepto de aeronaves aquellas cuya naturaleza es

dudosa. A este respecto, Jhon Coob Cooper decía: "... deberá encontrarse una definición de nave cósmica, dándose al mismo tiempo respuesta al complejo y delicado problema planteado por el X-15, es decir, ¿cómo puede ser clasificado el X-15 y los demás vehículos que son operables indistintamente en el espacio aéreo y en el espacio ultraterrestre?" El segundo criterio no parece muy adecuado porque pueden, por vía jurisprudencial, eliminarse ciertos aparatos del campo de aplicación del código con consecuencias importantes.

El problema de la definición de la aeronave dista mucho de ser académico puesto que de la misma se derivan ciertas consecuencias de alcance jurídico tal cual ocurriría por ejemplo con el régimen a que estaría sometida la responsabilidad por los daños causados a terceros en la superficie por balones meteorológicos. ¿Podría considerarse que el balón meteorológico o radiosondas son aparatos aptos para transportar personas o cosas?

El capítulo III contiene además las bases legales para el establecimiento de las normas reglamentarias técnicas sobre aeronaves, así como lo relativo a las marcas de nacionalidad y de matrícula y al registro aeronáutico nacional.

Respecto a las marcas de nacionalidad, el código dejó abierta la posibilidad de operación de aeronaves matriculadas sobre una base no nacional, es decir, desvinculadas de un Estado determinado, como es el caso de las aeronaves operadas por organismos internacionales o empresas de explotación en común del transporte aéreo, creadas en virtud de acuerdos especiales, tal como sucede en el caso de la compañía "Air Afrique" creada por el tratado de Yaoundé en el cual participan cerca de catorce estados de África Ecuatorial, antiguas colonias francesas.

En relación con la propiedad de las aeronaves es importante señalar que se aplican también las normas contenidas en el artículo 1426 correspondiente a la primera parte del libro quinto, según el cual el 60% del valor de la aeronave debe estar en cabeza de nacionales colombianos.

Finalmente, dentro del régimen jurídico de las aeronaves, es necesario también destacar el hecho de que si bien la comisión no dejó una constancia expresa en el articulado respecto a la naturaleza jurídica del bien del que se trata, puede afirmarse que el criterio unánime de la comisión consistió en considerar a la aeronave como un bien mueble sometido a ciertas características propias de los inmuebles, tales como el que los actos o contratos que afecten el dominio o que tengan por objeto la constitución de derechos reales sobre aquéllas, deben perfeccionarse por medio de la escritura pública, sistema el cual es común para las naves y aeronaves según

establece el artículo 1427, el cual, además, determina que la tradición se efectuará mediante la inscripción en el registro aeronáutico nacional, oficina dependiente del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, acompañada de la entrega material de la aeronave.

* * *

El capítulo IV trata sobre el personal aeronáutico y se limita, en líneas generales, a dar las bases necesarias para la elaboración de los reglamentos. Señala algunas de las facultades del comandante de la aeronave y de la tripulación. Hubiera sido deseable que el capítulo en cuestión hiciera referencia específica al régimen laboral del personal aeronáutico, en vista de las características muy peculiares de las funciones que cumple dicho personal y que las más de las veces no encuentran una expresión adecuada en el Código Sustantivo del Trabajo.

En relación con el capítulo V, que habla de infraestructura aeronáutica, puede afirmarse que éste era uno de los temas de la Ley 89 de 1938 cuya revisión era imperiosa. La Ley 89 tiene una serie de ecuaciones y fórmulas matemáticas cuya aplicación resulta en extremo difícil y que obedecía a criterios sin ninguna actualidad.

El código, en este punto, se caracteriza en primer término por dejar la parte eminentemente técnica a la apreciación de la autoridad aeronáutica que la más de las veces sigue en este campo criterios establecidos internacionalmente. Por otra parte, puede afirmarse que el código elimina algunas trabas u obstáculos que figuran en la Ley 89 y que a la postre se traducían en desestímulo a la construcción de aeropuertos en un país que como Colombia depende tanto de los transportes aéreos.

Desde el punto de vista técnico, el código incluye un criterio que es bastante novedoso en la legislación nacional y que consiste en el establecimiento de las llamadas "superficies de despeje" que son ciertas áreas oblicuas y horizontales que se extienden sobre cada aeródromo y sus instalaciones, las cuales determinan para cada caso especial la altura de las construcciones en las inmediaciones de los aeropuertos y las demás normas tendientes a una libre circulación aérea carente de obstáculos.

* * *

Los capítulos VIII, IX y XI dan las normas generales sobre búsqueda, rescate, asistencia y salvamento; investigación de accidentes de aviación y transporte privado, escuelas de aviación, aeronaves dedicadas al turismo y mantenimiento de aeronaves, respectivamente. Tales disposiciones cons-

tituyen, como otras de las partes que se comentan, la base para que los reglamentos desarrollen, desde el punto de vista administrativo y técnico, los principios de la ley.

Vale la pena destacar solamente que la comisión redactora discutió largamente el carácter legal de los informes que sobre los accidentes de aviación, elabora el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y en particular sobre el valor probatorio en juicio de aquellos. Finalmente se acordó que el código no debiera pronunciarse sobre este punto, dejando la cuestión en manos de la legislación procesal civil.

El capítulo X que trata sobre el explotador de aeronaves viene a llenar un vacío importante en la legislación vigente. La mayoría, por no decir todas las legislaciones aeronáuticas del mundo, contiene un capítulo especial relativo a las empresas de transporte aéreo. Hasta el presente en Colombia el problema había sido abordado por los reglamentos, debido a que la Ley 89 no ofrecía soluciones al asunto en cuestión.

El capítulo en referencia define Jo que se entiende por "explotador", señala los requisitos que debe cumplir y describe los servicios que puede prestar. Señala la naturaleza jurídica y los alcances del permiso de operación y en general somete todas las actividades del explotador al control y vigilancia de la autoridad aeronáutica.

III. DERECHO PRIVADO

Si bien las normas específicas del contrato de transporte aéreo se encuentran en el capítulo XII del libro quinto (parte segunda) es obvio que también se aplican ciertas de las disposiciones del título IV del libro cuarto del código que trata del contrato de transporte.

Vale la pena destacar, entre las normas generales, la contemplada en el artículo 982 que contiene la obligación fundamental del transportador al decir que éste "estará obligado a conducir a las personas o a las cosas sanas y salvas al lugar o sitio convenido..." con lo cual se determina en forma clara y precisa el contenido de las obligaciones del transportador.

Dentro de las normas generales se encuentran también las bases con que contará el Gobierno para reglamentar lo relativo al contrato y otros aspectos conexos tales como el funcionamiento de las empresas de transporte de que habla el artículo 997, los horarios e itinerarios mencionados en el artículo 982 y, en general, las disposiciones del título IV, según se expresa en el artículo 999.

En desarrollo de la norma general contenida en el artículo 981, el contrato de transporte es eminentemente consensual, y más precisamente, si se trata de empresarios públicos, "podrá perfeccionarse por simple adhesión".

El clásico billete transporte se ha mantenido como un simple medio probatorio aunque las condiciones del transporte pueden constar también en anuncios colocados en las oficinas de los empresarios donde pueden ser leídas fácilmente. Con lo anterior, el código ha tomado en cuenta la tendencia que existe a suprimir el billete; sobre todo en determinadas rutas donde el tráfico es muy denso ha recibido la sana influencia de la legislación internacional donde el billete –según el Convenio de Varsovia– desempeñaba un papel de importancia extrema puesto que su falta, irregularidad o pérdida colocaron al transportador en situación de no poderse amparar en los límites de responsabilidad consagrados en el mismo convenio. Este principio fue suprimido por el Protocolo de Guatemala.

Los aspectos más importantes del código en cuanto al derecho privado se refieren al problema de la responsabilidad civil del transportador aéreo, la cual se ha considerado tanto desde el punto de vista contractual, es decir, la derivada de la celebración de un contrato de transporte aéreo, como del extracontractual, referido entre otros a los daños causados a terceros en la superficie.

Hasta el presente, la responsabilidad contractual había venido siendo regulada por las normas del derecho común y le había correspondido a la jurisprudencia la consideración de la responsabilidad en el transporte aéreo. Según la relación de Donald M. Barret **(Responsabilidad de los transportadores aéreos en el derecho colombiano),** "la Corte examinó –en el famoso caso Marshall– la naturaleza del transporte aéreo en general y encontró que por su índole, naturaleza y medio en que actúa el avión tiene bastantes diferencias con los transportes terrestres y marítimos". Y anotó: "En Colombia se echan de menos disposiciones legislativas en este punto". "Corresponde entonces a la jurisprudencia llenar el vacío estructurando la doctrina que mejor armonice con nuestro orden jurídico general sin olvidar la característica especial del transporte aéreo y la necesidad que tiene el país de estimular su incremento y desarrollo". "Así, la Corte escogió no aplicar directamente el Código de Comercio Terrestre o el Código de Comercio Marítimo al transporte aéreo". Y agrega luego la misma cita: "Con respecto al Código de Comercio Terrestre la Corte notó la diferencia entre transportadores "públicos" y "particulares" al tenor del artículo 271 y citó, aceptándolo, un caso de 1941 para demostrar que el criterio de cuidado de

un "empresario público", según el artículo 322 es diferente del de un "empresario privado" bajo el artículo 306. El caso citado, en el cual se trata del transporte por cable aéreo, afirmó que de acuerdo con el artículo 306 un transportador particular solamente podrá exonerarse de responsabilidad demostrando que el accidente ocurrió por un caso fortuito, mientras que el artículo 322, sección 4, solamente requería prueba de ausencia de culpa (prudencia y diligencia) de parte del transportador público. En la decisión del caso Marshall, la Corte encontró que el artículo 306 era incompatible con el transporte aéreo por empresarios públicos".

La novedad más importante establecida por el código en cuanto a la responsabilidad contractual en el transporte aéreo consiste en que la legislación interna acoge, con algunas modificaciones, el sistema de responsabilidad objetiva consagrado recientemente en la legislación internacional, es decir, en el protocolo firmado en ciudad de Guatemala a principios del presente año.

De acuerdo con este sistema, el transportador aéreo es responsable de los daños causados por muerte o lesión de los pasajeros o por avería o pérdida de los equipajes independientemente de su culpa. No se trata de establecer en juicio si el transportador aéreo es culpable de un daño causado con motivo del transporte aéreo, sino que el juicio va a versar sobre la cuantía de los perjuicios causados.

Y puesto que se habla de cuantía, la segunda de las características fundamentales del sistema reside en que el transportador no será responsable sino hasta ciertos límites fijados según el valor que tenga, al momento de dictarse la sentencia, un gramo de oro de 900 milésimas.

En el transporte de personas, el artículo 1880 determina la responsabilidad del transportador en el caso de muerte o lesiones con la sola prueba de que el hecho que causó el daño se produjo a bordo de la aeronave o durante cualesquiera de las operaciones de embarque y desembarque, de suerte que ocurrido el daño al demandante le bastará probar que el mismo ocurrió a bordo de la aeronave y, además, deberá probar la cuantía del daño para obtener la indemnización respectiva.

Pero si bien el transportador no puede oponer a una demanda las clásicas excepciones de fuerza mayor o caso fortuito, en virtud de que dentro del sistema de responsabilidad objetivo no se trata de investigar su conducta, tampoco quiere ello decir que cualesquiera que sean las circunstancias el transportador estará siempre obligado a pagar. El código consagra algunas de ellas y remite el problema al artículo 1003 del capítulo 11, libro IV que trata del "transporte de personas" dentro del tema del contrato de

transporte en general y al efecto comienza por consagrar como excepción "cuando los daños ocurrieran por culpa exclusiva de terceras personas" con lo que se han englobado hechos tales como conflictos armados, disturbios civiles, apoderamiento ilícito de aeronaves, etc. Pero si el transportador opone una de tales excepciones, deberá probar, además, que tomó todas las medidas necesarias para evitar el hecho que produjo el daño o que le fue imposible tomarlas. Igualmente, puede el transportador oponer como excepción la culpa concurrente o también las lesiones orgánicas o el estado de salud del pasajero. En cuanto a la culpa concurrente ni aún dentro de los sistemas más estrictos de responsabilidad objetiva, se pensó en eliminarla, lo cual es apenas lógico pues de lo contrario se prestaría a hechos de gravedad extrema como el sabotaje.

En cuanto al estado de salud del pasajero es apenas natural que el transportador no deba, además, correr con riesgos ubicados en cabeza exclusiva del pasajero como es su propio estado de salud.

Con respecto a los límites de responsabilidad, se estableció el equivalente a veinticinco mil gramos de oro puro que al momento de elaborar el cálculo era de unos quinientos mil pesos con lo cual, si se toma el promedio de indemnizaciones por muerte, es dable pensar en que quedarán totalmente indemnizados una apreciable mayoría de casos.

En cuanto al período del transporte, durante el cual están vigentes las reglas de responsabilidad, el código eligió, por lo que respecta a las operaciones de embarque y desembarque, un criterio particular con respecto a los demás sistemas tratados por la doctrina, al determinar en el precitado artículo 1880 que "Dichas operaciones comprenden desde que los pasajeros se dirigen a la aeronave abandonando el terminal, muelle o edificio de aeropuerto, hasta que ellos acceden a sitios similares". Sin perjuicio del error de formulación que en dicho texto aparece, ya que quedaría también dentro de dichas operaciones incluido el vuelo propiamente dicho, se dijo que el sistema era particular puesto que la doctrina y la legislación extranjeras han mencionado que tal período comprende desde que los pasajeros se dirigen al aeropuerto a fin de tomar la aeronave hasta que llegan a su punto de destino, o desde que los pasajeros llegan al aeropuerto del lugar del embarque hasta que abandonan el aeropuerto en el lugar de desembarque.

Si bien como se indicó, el código acoge el sistema de la responsabilidad objetiva contenido en el Protocolo de Guatemala, no lo hace en forma tan severa como dicho instrumento puesto que éste no admite excepciones distintas a la culpa concurrente y al estado de salud del pasajero.

Mientras el Protocolo de Guatemala equipara dentro del régimen de responsabilidad a los pasajeros y a los equipajes, el Código de Comercio sujeta al mismo régimen a los equipajes, mercancías y objetos de mano, transporte para el cual también se establece el régimen de responsabilidad objetiva. El transportador será responsable pues, según el artículo 1887, "de la pérdida o avería de la mercancía y equipaje registrado, cuando el hecho que causó el daño ocurra a bordo de la aeronave o hallándose aquellos bajo la custodia del transportador, sus agentes, dependientes o consignatarios".

En relación con los objetos de manos, el artículo 1886 determina que "el transportador será responsable de la pérdida o avería cuando el hecho que causó el daño ocurra a bordo de la aeronave o hallándose aquellos bajo la custodia del transportador, sus agentes o dependientes".

Los límites de responsabilidad en estos casos, traducidos a pesos al momento en que el código se redactó, son los siguientes: para la mercancía y el equipaje registrado, doscientos pesos por kilogramo del equipaje o mercancía, por persona y cuatro mil pesos por todos los objetos de mano de cada persona.

En relación con las excepciones para el caso de mercancías, equipajes y objetos de mano, el código consagra en el artículo 1888 el principio de que el transportador no será responsable "cuando el daño sea consecuencia exclusiva de la naturaleza o vicio propio de las cosas transportadas". "Tampoco –agrega el citado artículo– será responsable el transportador cuando éste pruebe que la pérdida o avería ocurrió cuando la mercancía y equipaje registrados estaban bajo la custodia exclusiva de las autoridades aduaneras". Además y aunque explícitamente no se encuentren enunciadas en el artículo que se comenta, es obvio que también en este caso se pueden invocar las excepciones consagradas en el artículo 1003, es decir, cuando los daños ocurran por culpa exclusiva de terceras personas o la culpa concurrente. Pensar en lo contrario equivaldría a sostener que el código colocó a las cosas (equipajes y mercancías) bajo un régimen de responsabilidad más favorable que el establecido para las personas.

También en esta parte existe una diferencia entre el código y el Protocolo de Guatemala, por cuanto en éste el régimen de responsabilidad en relación con las mercancías sigue siendo el establecido por el Convenio de Varsovia de 1928, enmendado por el Protocolo de La Haya de 1955, es decir, el de la responsabilidad basada en la culpa, en tanto que aquél, como ya se indicó, establece también para las cosas el régimen de responsabilidad absoluta. Cabe agregar, por lo que se refiere al Protocolo de Guatemala,

que no existió razón alguna que impidiera la unificación del sistema en cuanto a las personas y a las cosas y podría entonces afirmarse que fue solo una cuestión de método o de tiempo la que determinó que no se hubiese unificado el criterio.

En relación con el retardo, el código decidió, aquí sí, mantener el sistema de la responsabilidad basada en la culpa, según el cual el transportador puede exonerarse de responsabilidad "si prueba que le fue imposible evitar el daño", según lo expresa el artículo 1883, es decir, la prueba de la diligencia y cuidado.

En relación con los límites de responsabilidad por daños resultantes del retardo, el código, al hablar del contrato de transporte en general, los autoriza expresamente en el párrafo 3 del artículo 992 y, por consiguiente, si en la parte especial dedicada al transporte aéreo no se establecen, queda entonces la cuestión librada al contrato de transporte que se celebra con los pasajeros o expedidores.

Otro aspecto que queda librado al contrato de transporte que se celebre es el referente a la definición de retardo, puesto que el código habló solamente de "riesgos del transporte", como justificativo de cláusulas limitativas de responsabilidad.

Finalmente, la norma establecida en el artículo 1006 según la cual "los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte no podrán ejercitar acumulativamente la acción contractual transmitida por su causante y la extracontractual derivada del perjuicio que personalmente le haya inferido su muerte, pero podrán intentarse separada y sucesivamente"; no parece aplicable al caso del transporte aéreo, justamente, debido al régimen especial adoptado, diferente al aplicable a los demás medios de transporte. En efecto, se ha colocado al transportador aéreo en situación más gravosa que a los demás transportadores, pero en cambio se ha limitado su responsabilidad a determinadas sumas que, como se había sostenido, a la postre, poco es lo que lo beneficiaba puesto que quedarán plenamente indemnizadas la mayoría de las demandas.

Sostener la aplicabilidad de dicha norma equivaldría prácticamente a colocar al transportador dentro de un régimen de responsabilidad objetiva pero sin límites a su responsabilidad. Las normas del capítulo XII del libro quinto se refieren a la responsabilidad contractual del transportador aéreo y tales normas tienen sentido si dicho transportador va a estar sometido a demandas por responsabilidad contractual. La doctrina y la jurisprudencia extranjeras, en particular la de países de derecho escrito, ha n estado

siempre orientadas en el sentido que se acaba de indicar. A mayor abundamiento, como ya se expresó, el nuevo sistema de responsabilidad del transportador aéreo está íntegramente inspirado en las nuevas orientaciones del derecho internacional aéreo y en particular en el Protocolo de Guatemala. El artículo 24 del Convenio de Varsovia determinaba que "En los casos previstos en los artículos 18 y 19 (equipajes, mercancías y retardos) toda acción de responsabilidad no podrá ser ejercida, cualquiera que sea su título, sino dentro de las condiciones y límites señalados en el presente Convenio". Y agrega luego: "en los casos previstos en el artículo 17 (transporte de pasajeros), se aplicarán igualmente las disposiciones del párrafo anterior, sin perjuicio de la determinación de las personas que tengan derecho a obrar y de sus respectivos derechos". Esta norma fue modificada en el Protocolo de Guatemala en su artículo IX, según el cual el nuevo artículo 24 quedó redactado así: "en el transporte de mercancía toda acción por daños, cualquiera que sea su título, solamente podrá ejercitarse dentro de las condiciones y límites señalados en el presente convenio. En el transporte de pasajeros y equipaje, cualquier acción por daños, ya se funde en el presente convenio, ya en un contrato, ya en un acto ilícito, ya en cualquier otra causa, solamente podrá ejercitarse de acuerdo con las condiciones y límites de responsabilidad previstos en el presente convenio, sin que ello prejuzgue la cuestión de qué personas pueden ejercitar las acciones y de sus respectivos derechos. Estos límites de responsabilidad constituyen un máximo que será infranqueable cualesquiera que sean las circunstancias que hayan dado origen a dicha responsabilidad".

El segundo de los términos dentro del cuadro de la responsabilidad civil en el código, se encuentra en el capítulo VI que habla de los daños a terceros en la superficie, capítulo inspirado en el "Convenio referente a la unificación de ciertas reglas relativas a los daños causados por la aeronave a terceros en la superficie", firmado en Roma el 7 de octubre de 1952.

El derecho a la indemnización se tiene desde el momento en que se pruebe que los daños provienen de una aeronave en vuelo o de una persona o cosa caída de la misma, pero no habrá lugar a indemnización. –Dice el artículo 1827– "... Si los daños no son consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado, o cuando se deban al mero hecho del paso de la aeronave a través del espacio aéreo, si se observaron los reglamentos de tránsito aéreo".

Aquí, como en todo el régimen de responsabilidad establecido en el código, se señala el sistema de la responsabilidad objetiva puesto que en juicio no se examinará la conducta del transportador, sino en la medida del

establecimiento de la relación de causalidad entre el hecho que produjo el daño y este último.

En este caso, el transportador no podrá oponer como excepciones sino la culpa concurrente –difícil de concebir tratándose de daños a terceros en la superficie o en el caso de daños ocasionados por dependientes del transportador, que éstos no actuaban en ejercicio de sus funciones. Claro está que todo sin perjuicio de que el transportador pueda ejercer sus acciones de repetición con respecto al autor del daño. Tampoco será responsable el explotador de la aeronave si prueba que los daños son "consecuencia directa de conflictos o disturbios civiles o si ha sido privado del uso de la aeronave por acto de autoridad pública o por el apoderamiento ilícito de aeronaves por parte de terceros".

Es interesante anotar que la comisión redactora dedicó particular atención al problema de la responsabilidad por el ruido causado por las aeronaves, problema hoy de frecuente ocurrencia, en particular con la entrada en circulación de las aeronaves supersónicas y el consiguiente llamado "boom supersónico", que no pocos daños ha causado y que ha dado lugar a numerosas sentencias de tribunales en particular de Francia y de los Estados Unidos. El Código mantuvo el principió que figura en la parte final del artículo 1827 ya citado, que es en la práctica igual al artículo 1º del Convenio de Roma y que se ha considerado como un obstáculo a la regulación internacional de la responsabilidad del transportador por daños causados por el ruido.

En relación con la cuantía de la responsabilidad, también, los daños a terceros en la superficie están sujetos al régimen de los límites, pero esta vez referidos al peso de la aeronave que causó el daño y siguiendo los mismos criterios de peso, en relación con la indemnización, que establece el Convenio de Roma. En el código, los límites van desde seiscientos mil pesos aproximadamente para aeronaves que pesen menos de mil kilogramos, hasta catorce millones de pesos aproximadamente más unos ciento veinte pesos por kilogramo de peso para las aeronaves que pesen más de cincuenta mil kilogramos.

Los límites de responsabilidad por daños a terceros en la superficie son franqueables si se prueba que hubo dolo de parte del transportador o de sus dependientes, aunque en el caso de los dependientes es necesario que hayan actuado en el ejercicio de sus funciones.

El capítulo VII trata de la responsabilidad por abordaje, entendiéndose por tal "... toda colisión o interferencia entre dos o más aeronaves en vuelo

o sobre la superficie". Se trata entonces de la regulación de la responsabilidad de un transportador frente a otro u otros.

En lo internacional, el tema está aún dentro de un proceso de elaboración, proceso el cual se ha visto afectado precisamente por el cambio de criterio en cuanto al fundamento de la responsabilidad. El Código de Comercio ha armonizado este tema con los demás que tocan con la responsabilidad.

Se establecieron en esta parte también límites iguales a los establecidos en relación con los pasajeros y las mercancías y se agrega solamente que el límite de responsabilidad "por daños derivados de la no utilización de la aeronave, el 10% del valor de tal aeronave...".

El cuadro de la responsabilidad del transportador aéreo en el nuevo Código de Comercio está completado por el artículo 1817 que dice: "los explotadores de aeródromos, así como las personas o entidades que presten los servicios de infraestructura aeronáutica, son responsables de los daños que cause la operación de los aeródromos o la prestación de los servicios citados". Y agrega después: "esta responsabilidad se rige por lo dispuesto en los artículos 1881, 1886 y 1887".

Como en la mayoría de los casos el Estado es el operador de la infraestructura aeronáutica, queda pues en esta forma comprometida su responsabilidad.

El capítulo XIII trata de los contratos de utilización de aeronaves y se divide en dos secciones: la primera relativa al arrendamiento o locación y la segunda al fletamiento. Dentro de estas dos figuras, la comisión entendió que quedaban incluidas todas las modalidades de contratos posibles o, por lo menos, las más usuales en Colombia.

El contrato de arrendamiento o locación se caracteriza porque el arrendatario pasa a tener el carácter de explotador y como consecuencia se colocan en cabeza suya todos los derechos y obligaciones que competen al explotador. Por esta razón, no toda persona puede asumir tal carácter ya que para ser arrendatario se requiere de la autorización previa de parte de la autoridad aeronáutica, autorización que se otorgará de conformidad con el reglamento.

Por su parte, el contrato de fletamiento consiste en que el fletante, mediante remuneración, cede al fletador el uso de la capacidad total o parcial de una o varias aeronaves, para uno o varios viajes, por kilometrajes o por tiempo, reservándose al fletador la dirección o autoridad sobre la tripulación y la conducción técnica de la aeronave.

La diferencia que existe entre los contratos citados reside en que en el primero se cede la calidad de explotador y en el segundo no, puesto que el fletador continúa siendo explotador de la aeronave en cuestión.

El capítulo XIV trata del seguro y dentro de este tema hay que destacar el hecho de que el código consagra la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil, lo cual viene a ser una garantía sobre todo para los usuarios del transporte aéreo e igualmente para las mismas empresas. Los empresarios no podrán entonces excusarse de cubrir las indemnizaciones a que están obligados de conformidad con los términos del código, pero por otra parte sabrán a ciencia cierta la cuantía de los riesgos, puesto que los montos de los seguros ascenderán a las sumas hasta las cuales se encuentra limitada la responsabilidad civil del transportador.

Finalmente, en cuanto a los derechos reales sobre aeronaves, el código mantiene el sistema consagrado en la Ley 89 de 1938, según el cual se considera la aeronave como un bien mueble sujeto en cierta forma al régimen de los inmuebles.

La comisión resolvió consagrar un principio de mucha importancia con el fin de resguardar al transporte aéreo y sustraerlo de ciertos abusos que pueden ser cometidos por acreedores de los empresarios, principio que consiste en que el secuestro de aeronaves (entendido naturalmente como la medida preventiva), sólo es posible con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia que ordena llevar adelante la ejecución, a menos que la nave se hallare fuera del servicio por un término no mayor de un mes con lo cual, como se dice, queda resguardado no solamente el derecho de un acreedor sino también el servicio de transporte, sin interferencias de ninguna clase.

Bogotá, agosto de 1971.

DIEGO PARDO TOVAR

DIEGO PARDO TOVAR es abogado, especializado en derecho aéreo. Ha sido catedrático del derecho internacional público y Privado en la Universidad Externado de Colombia. Ha colaborado en diversas revistas nacionales y extranjeras. Ha sido embajador de la Misión Permanente de Colombia ante la OACI, presidente del Comité Jurídico de la Organización de Aviación Civil Internacional y ha participado en la revisión del Código de Comercio.

"La competencia desleal"

POR ALFONSO TORRES M.

La competencia desleal es un mero aspecto, una pequeña parte del amplio y profundo tema de la buena fe cuyo espíritu debiera inspirar todos los actos jurídicos, pero que en las sociedades modernas ávidamente motivadas por el afán de ganancias y calvinistamente cohonestadas por el principio amoral de que el fin justifica los medios, ha venido a convertirse en una especie de antigualla, de esas que tanto envanecen a sus dueños aunque para nada las usan y tanta incomodidad les causan.

La mala fe parece ser la nota característica de los pueblos que se esfuerzan por superar el subdesarrollo económico a costa del desarrollo moral, y los economistas jóvenes llegan a apreciarla y encarecerla como clara demostración de esa toma de conciencia que los impele a crear y a robustecer sus industrias. De tomarlos en serio llegaríamos a pensar que Colombia está en trance de superar la etapa del subdesarrollo, ya que la mala fe se ha enseñoreado de los negocios públicos y privados hasta el punto de haberse generalizado un angustioso sentimiento de inseguridad jurídica.

De aquí la importancia que le damos al título V del nuevo Código de Comercio que trata de la "competencia desleal", en el bien entendido que sus normas pasarán pronto a ser letra muerta, si es que el país entero desde todos los ángulos de la vida pública y privada y por todas las personas que pueden guiarlo con su autoridad o sus enseñanzas y mayormente con su ejemplo, no emprende una cruzada tendiente a restaurar el espíritu de la equidad y de la buena fe que mal puede ser atropellado por un auténtico desarrollo humano.

El nuevo código confunde en los tres artículos de que consta el título V, dos casos bien distintos: el del industrial o comerciante que tiende a menoscabar en alguna forma ilícita, directa o indirecta, los intereses de otro industrial o comerciante, ya sea por imitación de sus marcas, modelos o patentes, ya por desacreditar sus productos o sus servicios, ya por birlarle su clientela, ya por usurpar sus privilegios, etc., que es en lo que realmente consiste la competencia desleal; y el del industrial o comerciante que atenta contra la sociedad engañando a los consumidores, bien sea por atribuir-

le a la mercancía orígenes o calidades que no tiene, bien por aumentar los precios, mermar las cantidades, descontinuar súbitamente la producción o tantas otras que perjudican al público consumidor sin lesionar intereses privados de la competencia.

Uno y otro caso son contrarios a la llamada "lealtad comercial" que Pascual di Guglielmo en su **"Tratado de la propiedad industrial"** define como "aquel mínimo de buena fe colectiva considerada como absolutamente indispensable para la tutela de los intereses del consumidor, el incremento de las operaciones mercantiles y la conservación de la clientela".

La competencia desleal puede vulnerar junto con el interés particular de un competidor el interés general de la sociedad; al paso que la deslealtad para con el consumidor puede no afectar interés particular alguno.

Esta distinción que no hace el código, se hace necesaria para determinar la naturaleza de las acciones y la de las autoridades llamadas a conocer y a sancionar las diferentes clases de "deslealtad comercial"; pues cuando se hiere un interés particular surge una acción privada de la que conocen los jueces civiles a petición de parte, y cuando se afecta un interés público la autoridad debe proceder de oficio a través, principalmente, de los alcaldes municipales.

Los dos tipos de deslealtad comercial son tan diferentes que si el primero, "la competencia desleal", es muy propio del Código de Comercio, el segundo queda mejor ubicado y desarrollado en el Código de Policía.

Y como quiera que en toda competencia desleal, hoy deslealtad comercial, pero que no toda deslealtad comercial redunda en competencia desleal, creemos que el rubro de este título habría sido mejor por más comprensivo: "de la deslealtad comercial".

Nos preguntamos si los tres artículos que el código dedica en el consabido título V a la competencia desleal son suficientes para prevenir y sancionar todos los casos de deslealtad comercial.

Comencemos por aquellos actos que atentan contra intereses de la colectividad por ser los más graves y frecuentes.

A este tipo de actos se refieren los numerales 7º y 8º del artículo 75 y, en parte, también el numeral 9º, que a su letra dicen:

> "7º La utilización directa o indirecta de una denominación de origen falsa o engañosa; la imitación de origen aunque se indique la verdadera procedencia del producto o se emplee en traducción o vaya acompañada de expresiones tales como 'género', 'manera', 'imitación' o similares".

> "8º Las indicaciones o ponderaciones cuyo uso pueda inducir al público a error sobre la naturaleza, modo de fabricación, características, aptitud en el empleo o cantidad del producto, y
>
> "9º En general, cualquier otro procedimiento similar a los anteriores, realizado por un competidor en detrimento de otros o de la colectividad, siempre que sea contrario a las costumbres mercantiles".

Aunque la enumeración es por vía de ejemplo, quedan por fuera los actos de deslealtad comercial que más frecuente y efectivamente socavan los derechos del consumidor, cuales son los que conllevan alteración en los precios, calidades y cantidades. Además, no se mencionan modernos trucos, artificios y sofismas con que el fabricante o comerciante atrae al incauto consumidor como son las certificaciones y retratos, muy usuales en el renglón de cosméticos, y otros peores con que se presiona al consumidor para obligarlo a comprar en exceso o a hacer gastos inconsiderados. Tal sucede cuando por la súbita descontinuación de un producto o sus frecuentes cambios de color, forma o tamaño, la falta de una pieza obliga al cambio de todo un conjunto.

Habría sido preferible sentar un criterio general sobre deslealtad comercial, dejando que el tiempo y las circunstancias se encargaran de concretar los hechos.

La generalización que pretende hacerse al final del numeral 9º aludiendo a cualquier otro caso similar "siempre que sea contrario a las costumbres mercantiles", traza una pauta eminentemente equívoca, porque las costumbres mercantiles pueden ser buenas o malas y porque nos podemos encontrar con costumbres perniciosas ya establecidas contra las cuales, precisamente, se hace necesario reaccionar. Otra cosa sería que el código se hubiera referido a "las sanas costumbres mercantiles".

Este artículo no dice qué autoridades sean las competentes para reprimir y sancionar la deslealtad comercial en cuanto ella afecte los intereses de la comunidad. No obstante la omisión, creemos que las autoridades de policía son las indicadas para dar protección al consumidor y sabemos que dichas autoridades son absolutamente ineficaces, posiblemente por las dificultades en la determinación de calidades técnicas y usos permitidos en el comercio, todo lo cual escapa a sus conocimientos.

Sería menester que las autoridades de policía contaran con la asesoría y colaboración de un organismo estatal que a escala nacional estableciera el control efectivo de precios, medidas y calidades, organismo que no obstante su manifiesta utilidad estamos lejos de poseer. Algo se oye decir de una oficina de control de precios sobre artículos de primera necesidad que no

satisface ni puede satisfacer la apremiante exigencia de moralizar la industria y el comercio, a sabiendas de que no obstante existir la libertad de precios para muchos productos, ello no excusa a los fabricantes y vendedores para no responder por la cantidad y calidad de sus mercancías.

Esperar, por otra parte, que sea el consumidor el que vele por la lealtad comercial a base de interponer acción de reparación de perjuicios porque un jabón no quita las manchas con la facilidad mágica con que lo hace ver su televisor, o porque un perfume no es francés como lo dice la etiqueta sino fabricado en el país, o porque un barniz no resiste el sol o una tela se destiñe a la primera lavada, o porque se sisan los contenidos o se alteran las calidades, equivale, en la práctica, a asegurar la impunidad con que desde tiempo atrás se viene protegiendo la mala fe. El consumidor acepta el engaño en vez del ridículo de una acción de menor cuantía.

Dados los términos muy generales con que el artículo 2033 del nuevo Código de Comercio deroga "todas las leyes y decretos complementarios y reformatorios que versen sobre las mismas materias", debemos concluir que esa suerte corrió el Decreto Extraordinario 2061 de 1955, "por el cual se prohíben los procedimientos contra el libre comercio", específicamente los convenios y acuerdos entre productores o distribuidores tendientes a impedir el libre juego de los precios, y se faculta al Ministerio de Fomento, hoy de Desarrollo Económico, para que de oficio o a petición de parte sancione este tipo de infracción con prohibición de ejercer el comercio hasta por el término de cinco años.

¿Quiere esto decir que tales convenios quedan legalizados o que el ministerio ya no los puede sancionar de oficio y que sólo procede la demanda de perjuicios de que trata el artículo 76 y que ya vimos que es tan desusada como inefectiva?

Estas consideraciones nos llevan a concluir que la deslealtad comercial contraria a los intereses de la comunidad, no resulta reprimida sino estimulada en el nuevo Código de Comercio.

Y en cuanto a la competencia desleal propiamente dicha, tampoco se prevén hechos astutos y malévolos, ya consagrados por la costumbre, como el de los establecimientos de crédito que dan referencias "de primerísima" sobre clientes indeseables precisamente con el propósito de desembarazarse de ellos y aun de lograr que otro banco les preste el dinero con que han de cancelarle sus deudas.

La competencia desleal fue definida por el artículo 65 de la Ley 31 de 1925, en estos términos:

> "El acto de mala fe que tiene por objeto producir una confusión entre los artículos de los fabricantes o de los comerciantes o agricultores o que sin producir confusión, tiende a desacreditar un establecimiento rival".

La confusión se produce, ordinariamente, por violación de los privilegios conferidos por la propiedad industrial, como son los nombres comerciales, marcas, dibujos, modelos y patentes, y de ahí la necesidad de que la ley garantice eficazmente esos derechos "exclusivos" que constituyen la propiedad industrial.

Y es precisamente en la falta de protección suficiente a esos derechos "exclusivos" donde encontramos una brecha en el nuevo Código de Comercio que abre el paso a la competencia desleal, con proyecciones tan graves que nos mueven a analizarlas con algún detenimiento.

Según la ley citada, 31 de 1925, las patentes de privilegio de invención se conceden por diez años y son renovables por períodos de cinco años hasta completar veinte. Conforme al nuevo código el registro se hace inicialmente por ocho años y se puede renovar por cuatro a condición de que la patente se esté explotando en el país.

Hasta aquí encontramos la innovación encomiable porque en este mundo acelerado doce años son suficientes para usufructuar una invención y ocho también lo serían para determinar si se explota directamente o se negocia su explotación.

En general, somos partidarios de todo cambio, de toda innovación que limite la extensión en el espacio o en el tiempo de los derechos, si en reciprocidad se asegura su eficacia y se les da mayor protección. En los bienes materiales como en los inmateriales, en los derechos como en las cosas, resulta preferible la "calidad" a la "cantidad", y el orden y la justicia de la sociedad moderna imponen una orientación más a la seguridad que a la abundancia, más a la eficacia que a la extensión, más a lo que realmente se protege que a lo que nominalmente se otorga. Pero en este caso de las patentes de invención, el código no realizó ese ideal de sustituir "cantidad" por "calidad", ya que no sólo acorta los términos del privilegio, sino que hace endeble e incierto el derecho del inventor.

Bajo el régimen de la ya antigua aunque todavía vigente Ley 31 de 1925, el derecho del titular de la patente era absoluto y mientras el registro estuviera vigente, era libre para explotar o no explotar su invención.

Bajo el régimen del código, el titular de la patente debe explotarla directamente o mediante "licencia contractual", so pena de que al cumplirse

tres años desde la expedición o cuatro desde la solicitud de registro, cualquier competidor pueda pedir judicialmente "licencia obligatoria" para hacerlo.

Pero es más: aunque el inventor esté explotando su patente, puede sufrir la misma contingencia según el artículo 558, si la explotación no satisface "en condiciones razonables de cantidad, calidad o precio, la demanda del mercado", o si no se han concedido licencias contractuales "en forma que el beneficiario de éstas pueda satisfacer la demanda del mercado nacional en condiciones razonables de cantidad, calidad y precio".

Y todavía le amaga el peligro de las "licencias de oficio" que son aquellas que proceden a solicitud del Ministerio Público (artículo 560), "cuando se trate de patentes que interesen a la salud pública, o por necesidades del desarrollo económico, o si los productos a que se refiere el objeto de la patente no han sido puestos a disposición del público en cantidad o calidad suficientes para su normal consumo", o sea que cualquier patente puede ser rematada a solicitud del Ministerio Público.

Hoy está fuera de toda discusión, de cualquier duda, que el interés social prevalece sobre el interés particular y que el Estado no puede renunciar ni limitar su derecho a expropiar bienes muebles o inmuebles, materiales o inmateriales necesarios para su defensa, seguridad y progreso. Pero es fundamental asegurar que la confrontación surja entre el interés público y el interés privado, no entre el interés privado del inventor y el interés privado del competidor, caso en el cual la protección legal debe dispensarse sin reserva al primero, máxime en un ambiente como el nuestro que se rige más por las intrigas que por las leyes.

Ciertamente que en esto de los privilegios de la propiedad industrial confluyen y deben armonizarse dos intereses: el del inventor y el de la sociedad. La sociedad no puede sacrificarse indefinidamente y ni siquiera por largo tiempo en provecho de un inventor incapaz de explotar económicamente su invención; pero el inventor no puede dejarse a merced de meras ambiciones económicas que desestimulen su consagración y su afán investigativo, porque la falta de inventores también puede redundar en perjuicio de la sociedad. No. No se debe exagerar hasta el punto de matar la gallina de los huevos de oro.

Dos consideraciones elementales, a nuestro juicio, dejaron de tomarse en cuenta al permitir la competencia a costa del derecho tradicionalmente "exclusivo" del titular de la patente: la primera que los inventores son ordinariamente hombres de estudio y no hombres de negocios y que como a tales no se les puede acuciar para que exploten sus patentes o cedan su

explotación; la segunda, que según un orden lógico y natural, los seres y las cosas se inician pequeños y van creciendo y desarrollándose con el transcurso del tiempo. Por manera que una empresa y esa es la historia de todas las empresas, comienza en pequeño y lentamente va ampliándose hasta abastecer el mercado nacional y luego la demanda extranjera. Utópico es esperar que la explotación de una patente y la producción de los artículos que ampara comience por el final, es decir, por saturar desde sus comienzos el mercado nacional so pena de perder su exclusividad.

De otro lado, la mayor parte de los nuevos productos que se lanzan al mercado, lejos de satisfacer una necesidad crean una necesidad. Podría aceptarse la existencia de un interés social cuando el producto satisfaga realmente una necesidad, mas no cuando el producto cree la necesidad o meramente satisfaga un capricho, caso en el cual y especialmente en un país pobre y subdesarrollado como el nuestro, el interés social debiera manifestarse en sentido contrario o dejar que los intereses particulares se regulen por las reglas de juego de la libre competencia.

El nuevo Código de Comercio, al acortar el término de las patentes de invención, por las cuales el Decreto 435 de marzo 27 de 1971 aumentó considerablemente los derechos de timbre, ha debido rodearlas de seguridades y garantizar el derecho "exclusivo" a su explotación. Desafortunadamente y sin discriminación ninguna, exige su explotación casi inmediata y total o sea en cantidad suficiente para satisfacer el consumo nacional en condiciones óptimas de calidad y precio.

Es fácil prever que la exclusividad será una simple añagaza ya que cualquier competidor que ofrezca mejorar la calidad, aumentar la producción o rebajar el precio, y ya sabemos que aquí el todo está en ofrecer, podrá obtener derecho a la explotación de patentes ajenas y arruinar, inclusive, a sus titulares, que hoy, más que derechos adquieren obligaciones y más que garantías corren riesgos al registrar sus patentes, a través de la que podríamos llamar "competencia desleal legalizada".

¿Cuáles serán los efectos de esta legalización sobre las patentes extranjeras? ¿Qué interés podrán tener los propietarios de licencias foráneas en registrarlas en Colombia? ¿Registrarlas no será exponerlas a la usurpación de sus competidores?

No se sabe qué se propusieron los revisores del proyecto o los "espontáneos" de última hora, al limitar y debilitar en forma tan sensible los derechos emanados del registro de las patentes ¿se dirá que quisieron industrializar el país a la brava? La intención habría sido buena pero los medios muy ingenuos porque la industrialización de un país se obtiene mejor por las buenas

que por las malas, más atrayendo que imponiendo, más dando facilidades que creando riesgos y obstáculos. Y exigir que toda patente se explote dentro de los tres años siguientes a su registro, sin discriminar siquiera entre las industrias que en nuestra condición de país subdesarrollado puedan sernos de inmediata utilidad y aquellas otras que escapan a toda posibilidad de pronta utilización o que por nuestro deficiente tecnicismo no estamos ni estaremos en capacidad de montar en muchos años, es de un iluso infantilismo que alejará muchas inversiones extranjeras e impedirá que industrias hoy por hoy exóticas se aclimaten y realicen su desarrollo gradual.

Tampoco podemos esperar, razonablemente, en lograr de la noche a la mañana una autarquía económica en lodos los campos, por manera que podamos producir todo lo que necesitemos. Esa utopía no la persiguen ni los países más industrializados del mundo que hoy se resignan a exportar lo que mejor producen y a importar un sinnúmero de productos que no pueden fabricar con las calidades y los precios que los producen otros pueblos. De manera que la exigencia de explotación de toda clase de patentes no es justa, ni económica, ni tampoco es posible. Con ello se crea el peligro de desalar una competencia desleal de proyecciones internacionales en la que los propietarios de patentes verdaderamente valiosas se guardarán de intervenir, soslayando el mercado colombiano que seguramente no les significa gran cosa.

Podemos sintetizar nuestras apreciaciones sobre el capítulo V del nuevo Código de Comercio, en los siguientes acápites:

1º El código no discrimina entre los actos ilícitos que afectan el interés de la comunidad y los actos ilícitos que menoscaban intereses particulares. Consecuencialmente, no establece procedimientos y sanciones adecuadas para reprimir los unos y los otros.

2º La deslealtad comercial se presenta, en la vida moderna, con gamas y modalidades que no fueron previstas y que no es posible encajar en la regla general que trató de formularse en el numeral 9º del artículo 75.

3º La competencia desleal tal como fue contemplada en el Código, tampoco abarca todas las formas asumidas por los usos y las técnicas inspiradas en la mala fe y al exigir la explotación inmediata y suficiente de todas las patentes que se registren, abre nuevas perspectivas a la deslealtad para con los beneficiarios de las mismas.

Finalmente y ante la balumba de nuevos códigos que se han expedido, casi todos inspirados en legislaciones extrañas, ajenos en parte a nuestras

tradiciones jurídicas y en parte en franca contradicción con ellas, no podemos dejar de observar el afán y la suficiencia con que actualmente se legisla **sobre** (sobre todo lo habido y por haber) y el ningún cuidado con que se legisla **para,** para el ciudadano colombiano que al fin y al cabo es el sujeto de toda norma jurídica y cuyas circunstancias, posibilidades y reacciones son tan propias, exclusivas y características.

ALFONSO TORRES M.

ALFONSO TORRES M. es abogado, con especialización en derecho civil. Ha sido catedrático de derecho de familia *y* obligaciones *y* contratos.

Algunas incidencias económicas del nuevo Código de Comercio

POR ANTONIO COPELLO FACCINI

El propósito de estos comentarios es el de hacer, alrededor del nuevo Código de Comercio, algunas reflexiones de carácter económico sobre la incidencia de varias disposiciones para el futuro desarrollo económico de Colombia. En ninguna rama del derecho positivo resultan, como en el derecho comercial, válidas y aplicables las sabias observaciones del profesor Ripert, en sus libros, sobre las relaciones existentes entre la economía y el derecho, De ahí que sean ciertas las palabras del ministro de Justicia de Francia, señor Jean Foyer, en la sesión del 14 de abril de 1966, a propósito de la nueva ley francesa sobre sociedades:

"Es innecesario subrayar la importancia que tiene la legislación sobre sociedades en la vida económica. En este campo el derecho francés no representa en la hora actual un modelo digno de imitarse. En efecto, nuestra legislación sale de múltiples fuentes, resultado de leyes de épocas diferentes y mal coordinadas"[1].

El nuevo Código de Comercio, adoptado por el Gobierno nacional por medio del Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, representa un gran avance en la legislación positiva del país, a pesar de las diversas críticas que a él se han hecho por autorizados tratadistas de la materia y que en muchos puntos compartimos. Sería superfluo, por haberlo hecho ya ilustres profesores de derecho comercial, en las páginas mismas de esta revista, intentar un esbozo histórico del código, a partir del proyecto presentado hace más de doce años y de las vicisitudes sufridas en un largo proceso. Nos limitaremos a cementar algunas de las más importantes disposiciones de los libros I y II del nuevo código, desde el punto de vista económico, *sin* perder de vista, desde luego, la íntima relación existente entre ambos fenómenos.

* * *

---

[1] HAMIAUT, Marcel. La reforme des societés commerciales, Dalloz Librairie, París, 1966. p. 11.

El título V del Código de Comercio se refiere, en sus artículos 75 a 77, a la competencia desleal. De aquél fueron eliminadas muchas disposiciones que básicamente coincidían con las del Proyecto de Ley 75, presentado a la consideración del Congreso nacional, "por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas restrictivas del comercio y control de los monopolios", proyecto que buscaba modificar la Ley 155 de 1959 sobre la materia.

Las disposiciones del código, sin embargo, parecen vagas y confusas y no corresponden a la realidad del mundo moderno. Además, por referirse a hechos y circunstancias cambiantes no parece que sea el código el lugar apropiado para ellas. El modelo de la competencia perfecta, que diseñaron los economistas clásicos, ya no existe y no pasa de ser una figura teórica de los textos de economía. Como afirma el profesor Mark Massel, "la competencia pura y el puro monopolio no existen en ningún mercado. Cada estructura de mercado es un complejo de fuerzas monopolísticas y competitivas"[2]. Esta realidad fue la que llevó a Adolfo Berle, autor con el profesor Means de la obra clásica sobre la moderna corporación, a ver en los problemas de la competencia un aspecto de la política económica de los Estados más que un fenómeno de mercado o de economía propia de la empresa[3]. Las imperfecciones del mercado condujeron en los países más avanzados, donde la Revolución industrial se había realizado, a consolidar el poder de la gran sociedad anónima y el de los sindicatos, como las dos grandes fuerzas de balance en la época contemporánea, ambas muy alejadas de la competencia perfecta y con elementos monopolísticos y oligopolísticos visibles. Fue la tesis que para los Estados Unidos divulgó Galbraith en su libro sobre El capitalismo americano. Años después, reflexionando sobre el tema acuñó el término de la "tecnoestructura", para referirse al complejo burocrático, humano y técnico que caracteriza a las grandes sociedades como a su nota dominante.

Podría argumentarse que en los países subdesarrollados este modelo de la competencia imperfecta no corresponde a la realidad y que la política económica debería buscar la eliminación de las necesarias imperfecciones del mercado. Los pocos estudios sobre el tema indican lo contrario, y dada la insuficiencia del ahorro nacional, el proceso de industrialización ya alcanzado, el reto de la integración económica con otros estados, el efecto de demostración de los resultados de la administración científica y

---

2 Competition and Monopoly. Leguland Economic Issues, Doubleday New York, 1964. p. 4.

3 The 20th Century Capitalist Revolution. Harcourt, Brace, Inc. New York. p. 48.

otros hechos igualmente importantes señalan que al Estado corresponde, como es el caso de Colombia, la orientación general de la actividad económica, dentro de un sistema en que las personas y las sociedades puedan libremente tomar decisiones, y siendo esto así, las estructuras imperfectas de mercado lejos de eliminarse per se deben someterse al proceso de regulación, para llegar a la solución óptima. Que es lo que ha ocurrido, dicho sea de paso, en el área de los servicios públicos y de otras empresas comerciales e industriales del Estado, donde tampoco puede hablarse de una competencia perfecta y el poder intervencionista se limita a señalar las tarifas y los niveles de producción, que permitan financiar los ensanches de las empresas, adoptar depreciaciones realistas y convenientes y prestar el servicio con la necesaria eficiencia.

* * *

El libro II sobre las sociedades comerciales exigiría un denso tratado para comentar las posibles implicaciones que en la vida de aquéllas tiene el nuevo código. Por las limitaciones inherentes a un trabajo de esta índole, nos limitaremos a breves comentarios sobre algunas reformas introducidas o disposiciones que en nuestro concepto tendrán efectos inconvenientes al aplicarse:

A) El artículo 568 del viejo Código de Comercio que prohibía la disminución del capital social, durante la vida de la sociedad, fue modificado por el artículo 122, que permite aumentarlo o disminuirlo en virtud de la correspondiente reforma estatutaria. Esta disposición, ya consagrada en la ley francesa sobre sociedades del 24 de julio de 1966[4] (4), con la debida protección, representa una mayor flexibilidad en la administración financiera de las sociedades y se encuentra más conforme con los principios científicos. La reducción del capital no implica que la sociedad haya sufrido pérdidas, o que los terceros que negocian con ella vean disminuida la garantía con la cual la ley los protege.

B) En nuestro concepto, el artículo 155 del nuevo código consagra una disposición abiertamente inconveniente para el futuro desarrollo económico y la cual se encuentra en contradicciones con los objetivos de política económica de las últimas administraciones. Dispone, en efecto, que "salvo determinación en contrario, aprobada por el setenta por ciento de las acciones cuotas o partes de interés representadas en la asamblea o en la junta de socios, las sociedades repartirán, a título de dividendo o participación,

---

4 HAMIAUT, op. cit. Tomo II, *Dalloz,* París, 1966, p. 188.

no menos del cincuenta por ciento de las utilidades líquidas obtenidas en cada ejercicio o del saldo de las mismas, si tuviere que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores".

En un sistema de economía de mercado, la posibilidad del ahorro de las personas y de las sociedades es uno de sus elementos básicos. La sociedad es, como ya lo vieron Barle y Means[5] no sólo un método para organizar la propiedad, sino un medio de organización de la vida económica. Y uno de los poderes mismos de ellas es el de poder ahorrar, para financiar los ensanches del futuro, para acometer las grandes tareas de investigación y desarrollo que le son propias, para tener una estructura sólida.

En los países subdesarrollados es ya un lugar común la afirmación de que su ahorro es insuficiente, y de que la baja tasa de capitalización de muchos de ellos es responsable del insuficiente crecimiento económico. La formación de capital ocupa, pues, lugar de señalada importancia y prioridad. En un medular estudio sobre los "Problemas del ahorro privado en Colombia", afirma el doctor Gabriel Poveda Ramos: "en el terreno de la capitalización nacional el sector público es ya con mucho un participante mayoritario. El ahorro del Estado (unos $ 4.000 millones al año) es casi el doble del ahorro bruto que pueden hacer las empresas particulares (incluido aun lo que ellas destinan a acumulación de inventarios). La comparación con el ahorro neto de las empresas privadas es peor, porque las más de las veces éste ha sido inferior al 40% del gubernamental y tiende a retroceder frente a éste".

De los tres grandes grupos de ahorro que en una economía de mercado existen; el Estado y el conjunto de instituciones dentro del sector público, las personas naturales y las sociedades, principalmente las anónimas, sólo el primero viene aumentando considerablemente su participación en toda la actividad económica en general.

C) La política de reservas consagrada en los artículos 451 y siguientes del nuevo código, se resiente de la misma falla, en cuanto busca implícitamente penalizar el ahorro empresarial, que por concepto de reservas puedan realizar principalmente las sociedades anónimas para fines socialmente útiles y económicamente benéficos. Así, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 454, según el cual el porcentaje establecido en el artículo 155 se aumentará al 70% cuando la suma de reservas legales estatutarias y ocasionales excede el ciento por ciento del capital suscrito, es una clara

---

[5] The Modern Corpora tion and Private Property. The Mcmlllan Company, New York, 1962. Capítulo I.

manera de disminuir la posibilidad del ahorro empresarial, en momentos en que la continua depreciación monetaria hace necesario fortalecer financieramente las compañías para atender los ensanches futuros y a la reposición de los activos fijos.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 455, efectuadas las reservas anteriores el remanente será distribuido entre los accionistas. En éste, como en los demás artículos que hemos comentado, se ve claramente la intención de disminuir la posibilidad del ahorro privado que pueda realizar la sociedad, con el laudable propósito de aumentar el dividendo a los accionistas de la Empresa, pero sin tener en cuenta que la mejor garantía de todo inversionista, grande o pequeño, es la posición financiera sólida que pueda tener la Empresa, no solamente con el capital sino también con las reservas de todo orden y del más diverso origen, las cuales necesariamente aumentan el valor del patrimonio social e individual, y el ahorro en particular.

Los dos últimos grupos han sufrido, especialmente en los últimos diez años, el impacto fuerte de la política monetaria, de la alta tributación que impide el ahorro personal y en términos reales eleva cada año el gravamen impositivo, de las restricciones al comercio internacional para la adquisición de bienes de capital, de la política de inversiones forzosas que limita la capacidad de ahorro de los inversionistas institucionales. A todo lo anterior se agrega ahora el artículo del Código de Comercio que comentamos, inspirado sin duda en el laudable propósito de garantizar al socio o accionista una parte apreciable de las utilidades de la empresa, pero cuyos efectos serán negativos en la formación bruta del capital nacional durante los próximos años. Las utilidades netas de las compañías anónimas inscritas en la Bolsa de Bogotá alcanzaron la modestísima cifra de $ 2.351 millones, en 1970, frente a un presupuesto del Estado y de los establecimientos descentralizados superior a los $40.000 millones. Y este hecho se registra en el mismo año en que se hicieron públicas las conclusiones del Simposio sobre problemas de ahorro y capitalización en Colombia, donde se llamó la atención sobre este peligroso y alarmante fenómeno del país.

D) Por principio consagrado en la Constitución nacional, el presidente de la República ejerce, a través de las Superintendencias Bancaria y de Sociedades, la inspección y vigilancia de aquellas compañías que, por la naturaleza misma de sus actividades, por el gran volumen de sus negocios, por la importancia de ellas en la vida económica de la nación, deben ser especialmente controladas por el Estado. Es una consecuencia del fenómeno

intervencionista que caracteriza la vida moderna y que en concepto de un tratadista de derecho económico[6] (6) se halla en la base misma del poder privado económico. Se las somete a vigilancia especial porque son depositarias de aquél, dentro de un régimen capitalista en el cual manifiestan y ejercen esa característica misma de la sociedad. Aun en los Estados Unidos sería interminable la lista de actividades económicas sometidas, por el mandato de leyes especiales, al control del Estado. El profesor Berle lo intenta en uno de sus libros, no sin antes advertir que la enumeración será incompleta: la actividad bancaria a través del Sistema de la Reserva Federal: el transporte a través del Interstate Commerce Act y toda la legislación de aquél derivada; la energía eléctrica por medio de la Comisión Federal de Energía; la bolsa de valores y los inversionistas institucionales por el Seucurities and Exchange Commission; la televisión y la radio a través de la Federal Communications Act; la industria petrolera por el Interstate Oil Compact de 1925 y el Connallt Hot Oil Act; la marina mercante por la legislación que emana de la Maritime Commission; la industria azucarera por la Sugar Act de 1948; el transporte aéreo por el Civil Aeronautics Board, sin hablar de muchas industrias individualmente consideradas que operan en líneas generales bajo las normas comunes del Antitrust Law.[7] (7). Si se intentara una enumeración como la que antecede, en el caso de Colombia, la lista del profesor Berle, hecha antes de su muerte y de los cambios en la dirección económica de su país, sería fácilmente comparable, sin agregar el proceso intervencionista que el país empieza a conocer a través de organismos internacionales vinculados a la integración económica de América Latina.

La inspección y vigilancia de prácticamente todas las sociedades de alguna importancia que funcionan en el país, al tenor de lo dispuesto en el artículo 267 del nuevo código y de las que discrecionalmente quiera agregar a la lista de las ya vigiladas el presidente de la República, convertirá a la Superintendencia en un gigantesco organismo policivo e intervencionista, con aumento considerable de sus gastos de funcionamiento y quizás demora en los trámites normales. Ese carácter discrecional y las facultades de que queda investida hacen perder muchas veces el papel de organismo de inspección y vigilancia, y surgirá la duda muchas veces de cuando este organismo ejerza funciones que, de acuerdo con nuestro sistema constitucional y la división de funciones en los diversos órganos del Estado, corresponden propiamente a la actividad judicial. Porque tradicionalmente los es-

---

6 (6) FARJAT, Gerard. *Droit Economique*. Presses Universitaires de France, p. 119.

7 (7) Berle. op. cit. p. 62.

tudiosos de la materia consideraban que esa tarea de inspección y control debería versar fundamentalmente sobre la manera de llevar, de acuerdo con sanos principios, la contabilidad de la empresa, para que demostrara su real situación financiera, y sobre las operaciones o actos jurídicos de la sociedad. para verificar su conformidad de acuerdo con la ley.

E) A pesar de que en el código se eliminaron disposiciones inconvenientes, que por ejemplo, para el caso de Colombia habrían hecho nugatorios los benéficos efectos de las sociedades para el hemisferio occidental, que conoce la ley americana, sujetas a una tarifa impositiva del 38% y que básicamente es aquella que desarrolla sus negocios en esta parte del mundo, y por lo menos el 95% de sus ingresos se originan de fuentes fuera de los Estados Unidos[8] (8), creemos que las disposiciones del título VIII representan un nuevo desestímulo al inversionista extranjero, y quizás no se encuentran plenamente armonizadas con el Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros, aprobado por la Comisión del Acuerdo de Cartagena recientemente.

ANTONIO COPELLO FACCINI

ANTONIO COPELLO FACCINI es abogado. Economista, especializado en economía, administración y relaciones internacionales. Ha sido catedrático de economía política y derecho comercial en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Ha desempeñado la subsecretaría de la Presidencia de la República, la subgerencia comercial del Banco Comercial Antioqueño, la vicepresidencia comercial de Acerías Paz del Río. Fue funcionario del Banco Mundial en Washington y actualmente es gerente de la Asociación Nacional de Industriales en Bogotá.

---

[8] (8) **Taxation of lnternational Trade anl lnvestment.** Harvard Law School, parte II, p. 10.

El libro V del Código de Comercio

POR GUILLERMO SARMIENTO RODRÍGUEZ

Como es bien sabido, Colombia ha venido rigiéndose para su comercio marítimo por el código de la materia del extinguido Estado soberano de Panamá, que a su vez lo había tomado del Código Chileno.

Esta abrogación se hizo de acuerdo con la Ley del 30 de junio de 1870, sancionada el 11 de julio del mismo año, por el presidente Eustorgio Salgar. Posteriormente se modificó con la Ley 10 de 1873 adoptándose por la Ley 57 de 1887, habiéndose hecho aplicable por extensión al comercio fluvial de acuerdo con la Ley 35 del 19 de mayo de 1875.

Estas disposiciones se aplicaron hasta 1931, en que apareció la primera ley con sabor nacionalista, en la que se enunciaba el fomento de la marina mercante nacional, con la Ley 95, para el desarrollo de nuestro comercio exterior.

Posteriormente apareció la Ley 201 de 1936 en donde se excluyó a las naves de bandera extranjera en el comercio de cabotaje, atribuyéndoselo exclusivamente a las naves de bandera colombiana.

En este lento desarrollo, en 1946 apareció la fusión Grancolombiana en una flota mercante, nacida por la necesidad de colocar nuestros productos en el mercado externo, ya que la capacidad de bodega de las na ves que antes hacían esta operación había sido destinada en actividades bélicas durante la segunda conflagración mundial.

Para regular esta actividad que aunque es una de las más antiguas en el panorama universal, en un país llamado a ser marítimo en toda la extensión de la palabra como es el nuestro, esta actividad hasta ahora empieza a tener acogida, se dictó en ejercicio del artículo 121 de la Constitución nacional, el Decreto Legislativo 3183 del 20 de diciembre de 1952, por el cual se establecen algunas condiciones para el ejercicio del comercio marítimo con buques de bandera colombiana, especialmente en lo que se refiere a la matrícula, patente de navegación, capitán y tripulación.

En desarrollo de estas inquietudes y a fin de colocar la realidad nacional plasmada en una norma general y moderna, el gobierno contrató la elabo-

ración de un Código de Comercio, en el cual se incluyó como libro VI, la navegación marítima y fluvial en su aspecto comercial.

En este proyecto, conocido como el de 1958, se tuvo en cuenta una serie de convenios internacionales que se encuentran vigentes en la mayor parte de los estados signatarios, mas no en Colombia, por lo cual la iniciativa de incluirlos dentro del articulado del código coloca en igualdad de condiciones a nuestros nacionales en el ejercicio del comercio marítimo.

Se considera importante esta inclusión, ya que esta actividad no está circunscrita a un marco local, sino que rebosa los límites nacionales y el lenguaje marítimo se hace universal en su aplicación bien sea bilateral o unilateral.

Mientras este importante proyecto era revivido por la Ley 16 de 1968 para ser nuevamente revisado, en el plano universal, especialmente en el denominado Tercer Mundo (países en vías de desarrollo), se presentaron nuevas inquietudes en la aplicación equitativa del comercio marítimo, para aquellos medios invisibles del comercio, como son los fletes y seguros, llegándose a acuerdos dentro del marco de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, para establecer la llamada "reserva de carga", en el comercio de y hacia nuestros países, así como la igualdad de tratamiento a las respectivas banderas, lo cual quedó acordado en el "Convenio de transporte por agua de la ALALC".

Aunque nuestro honorable Congreso no lo ha ratificado, algunas de estas normas se desarrollaron en nuestro derecho positivo, por medio del Decreto Legislativo 994 de 1966 y de su reglamentario 1208 de 1969.

Con estos antecedentes resumidos podremos mencionar algunos elementos de juicio que tuvo la comisión en la revisión del libro sexto del proyecto, que se convirtió en libro V del Decreto-Ley 410 de 1971, para tratar de coordinar nuestra desuela e incompleta legislación, terminando con aquellos vocablos legendarios como el de "henchir velas y hacerse a la mar" y de instituciones ya desaparecidas como la del "préstamo a la gruesa".

Es así que se tuvieron en cuenta los convenios internacionales sobre la materia, tales como: "Tratado de Derecho Comercial Internacional", celebrado en Montevideo en 1889; "Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Abordajes"; de Bruselas 1910; "Asistencia y Salvamento"; reglas de La Haya, mejor conocidas como la "Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos", Bruselas 1924; responsabilidad del armador, privilegios e hipotecas; "Tratado de Navegación Comercial Internacional", Montevideo 1940; otros de carácter técnico, los

códigos italiano, francés, español y los hispanoamericanos, así como también el proyecto de "Ley General de la Navegación", presentado por don Atilio Malvagni, 1960 al gobierno argentino.

En vía de armonía con el comercio aéreo, cuya codificación realmente es moderna, se proyectó un capítulo de disposiciones preliminares y comunes para las dos actividades, en donde se consagran los requisitos de proporción en la propiedad de nave y aeronaves, se ordena su registro ante las entidades técnicas que tienen relación directa con estas dos clases de operaciones comerciales.

En el acápite de disposiciones generales de la primera parte del Libro V, se define lo que es la actividad marítima, el espacio donde se desarrolla y la autoridad que la controla, definiciones necesarias dentro de un ordenamiento jurídico moderno acorde con la realidad nacional.

En términos generales, también se regulan las naves y su propiedad, las personas que intervienen en el comercio marítimo, el capitán y la tripulación en sus funciones y atribuciones, los riesgos y daños de la navegación, los créditos, privilegios e hipotecas navales, el transporte en sí de las cosas por mar, el fletamiento y arrendamiento de las naves, las compraventas marítimas y el seguro en sus diferentes modalidades, enunciados que serán materia de comentarios a fondo en futuras contribuciones.

GUILLERMO SARMIENTO R.

GUILLERMO SARMIENTO RODRÍGUEZ es abogado. Ha sido catedrático de legislación marítima y portuaria en la Universidad Jorge Tadeo Lozano. Ha publicado "Riesgos y daños en la navegación marítima". Ha desempeñado diversos cargos relacionados con su profesión en la Armada Nacional, secretario ejecutivo de la Comisión Colombiana de Oceanografía y delegado de Colombia a las reuniones de Alamar *y* de Transporte por Agua.

El nuevo Código de Comercio y la legislación tributaria en materia de sociedades

POR ALBERTO REVOLLO BRAVO

Desde hace muchos, muchísimos años, los colombianos estábamos ansiosos de cambiar ciertas y determinadas estructuras jurídicas por ser arcaicas y estar fuera de la realidad de la vida moderna. Entre esas estructuras estaban nuestros códigos de Comercio Terrestre y el de Comercio Marítimo, ambos adoptados por la Ley 57 de 1887, el primero de los cuales correspondía al extinguido Estado Soberano de Panamá, sancionado el 12 de octubre de 1869 (hace algo más de un siglo), y el segundo que era el Código nacional de 1884.

Muy variados intentos se habían hecho para darle al país un Código de Comercio moderno, todos ellos fallidos por la sencilla pero triste razón de que definitivamente en Colombia el verdadero Legislador ya no es el Parlamento. Este organismo, pilar del sistema democrático, ya no sirve entre nosotros sino para revestir al presidente de la República de facultades extraordinarias, a fin de que el ejecutivo haga lo que el Congreso no es capaz de hacer.

Menos mal que nuestro centenario Código de Comercio Terrestre (el de Panamá) trae en su artículo 2º el sabio principio de atribuirle a las costumbres mercantiles la misma autoridad que la ley, siempre que no la contraríen expresa o tácitamente, y además con otros requisitos que no es del caso recordar. El mismo Código, en su artículo 39, admite las costumbres mercantiles extranjeras de los pueblos más adelantados, si llenan ciertas condiciones. Pues bien; gracias a estas normas que han sido repetidas en el nuevo código que regirá desde el 1º de enero del año venidero en su casi totalidad (pues algunas normas ya están en vigor), la jurisprudencia nacional avanzó y modernizó en algo los negocios comerciales, pero sin que su avance fuera suficiente.

Ahora ya tenemos un nuevo Código de Comercio que abarca en un solo cuerpo la parte mercantil terrestre y la marítima, el cual fue expedido por el actual Gobierno mediante el Decreto-Ley 410 de 1971.

La Cámara de Comercio de Bogotá me hizo el honor de solicitarme un estudio sobre las modificaciones que a la Legislación Tributaria le haya

introducido indirectamente este nuevo Código de Comercio. Para hacer dicho estudio, le solicité la colaboración al señor Adán Hernández, experto contador y quien trabajó para el Ministerio de Hacienda hace algunos años, colaboración que me brindó dicho señor Hernández en forma por demás amplia.

Quiero dejar sentada la base de que el presente artículo no pretende agotar toda la materia, pero creo que sí lo más importante de ella. Más bien debiera considerarse el mismo como un papel de trabajo para ser desarrollado por otros más expertos que yo.

Sea lo primero advertir que el artículo 2035 del nuevo Código establece que "el Gobierno nacional en ejercicio de las facultades que le confiere el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución nacional, podrá reglamentar las disposiciones de este código globalmente o por títulos, capítulos, secciones o materias", lo cual indica claramente, en primer término, que al desconocerse cuál será el sentido de estas reglamentaciones, en muchos casos las interpretaciones que le den al código los estudiosos de la materia podrán ser modificadas por los reglamentos, y en segundo término, implica que si la reglamentación del código no se hace en forma global sino por títulos, capítulos, secciones o materias, el país se va a quedar con una legislación quizás no unificada y de difícil consulta, que podrá dar lugar a contradicciones que traerán como consecuencia que el propósito inicial de tener un código unificado y completo, podrá verse frustrado. No deja también de asaltar el temor de que el ejecutivo "reglamentador" resuelva modificar su propio decreto-ley, como lo ha hecho tantas veces en materia tributaria, como lo pueden atestiguar los múltiples fallos del Consejo de Estado.

Hecha la anterior salvedad, vamos a hacer un análisis de los artículos más importantes del nuevo código en relación con las sociedades comerciales, que implican una modificación, adición o cambio en la legislación tributaria del país para dichas sociedades.

1º LIBROS DE COMERCIO

Importantísima modificación es la que traen los artículos 48 y 49 del Código nuevo, cuando se establece en el primero de ellos que lodos los comerciantes, además de tener que llevar su contabilidad, libros, registros contables, inventarios y estados financieros en general de conformidad con el nuevo código, autoriza el uso de sistemas que, como la microfilmación, faciliten la guarda de sus archivos y correspondencia. Pero algo más,

se establece expresamente en el mismo artículo 48 que será permitida la utilización de todo procedimiento de reconocido valor técnico contable, con el fin de asentar sus operaciones, siempre y cuando que esos procedimientos faciliten el conocimiento y prueba clara y completa de los asientos individuales y el estado en general de los negocios. Esto implica que dentro de la era de los computadores que estamos viviendo, gran parte de los datos suministrados por estas prodigiosas máquinas harán parte de la contabilidad, inventarios, etc., de los comerciantes, si tales documentos facilitan el conocimiento y prueba clara y completa de las operaciones en general.

Así mismo, el artículo 49 trae la novedad de que para los efectos legales se entienden por libros de comercio no sólo los que la ley cita como obligatorios, sino que se modifica el anterior código en el sentido de incluir los libros auxiliares necesarios para el completo entendimiento de los libros de comercio.

Como se puede apreciar, ésta es una modificación directa a la legislación tributaria que hace factible presentar pruebas en las declaraciones de renta de las sociedades que antes no tenían ningún valor legal.

También el artículo 63, numeral 1º dice: "los funcionarios de la rama jurisdiccional y ejecutiva del poder público solamente podrán ordenar de oficio la presentación para examen de los libros del comerciante en los casos siguientes: 1º Para la tasación de los impuestos a fin de verificar la exactitud de las declaraciones...".

El artículo 66, relacionado directamente con el parcialmente transcrito trae una modificación de gran importancia a la legislación tributaria actual. Efectivamente, dicho artículo 66, al establecer que el examen de los libros se practicará en las oficinas o establecimientos del comerciante y en presencia de éste o de la persona que lo represente, viene a modificar la práctica de la División de Impuestos Nacionales de exigir que los comerciantes, cuando el Gobierno quiera revisar sus libros, los lleven a las dependencias u oficinas de las administraciones de impuestos o de la división, con el grave peligro de pérdidas de documentos. Por otro lado, estas revisiones actualmente son sumamente demoradas y hacen que los comerciantes, especialmente las sociedades, carezcan de los antecedentes de sus negocios y no puedan consultarlos por estar sus libros arrumados muchas veces y en completo desorden en las dependencias del Gobierno, produciendo el retraso en el registro de sus operaciones, con el enorme perjuicio de no poder producir estados financieros a tiempo y consecuentemente privándoles de los elementos adecuados para la dirección, toma de decisiones, fijación de políticas y conocimientos generales del estado de sus negocios.

2º DE LAS SOCIEDADES EN GENERAL

Ha sido la práctica de las oficinas de impuestos de actuar como agentes oficiosos en la vigilancia o cumplimiento de algunos aspectos de las sociedades que corresponden a otras entidades, como son la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Sociedades, etc., designadas por la ley para tal efecto; esto se debe al conocimiento que tienen de las mismas, mediante las relaciones o informaciones allegadas a las declaraciones de renta.

Por tal razón, comento aquí algunos aspectos sobre nulidades que modifican el tratamiento fiscal en determinados momentos de las sociedades.

El inciso 1º del artículo 104 establece que "los vicios del contrato de sociedad o el defecto de los requisitos de fondo indicados en el artículo 101 del mismo código, afectarán únicamente la relación contractual u obligación del asociado en quien concurran", lo cual significa que la sociedad subsiste como se formó ante terceros, cuando esos vicios o defectos no concurran en la totalidad de los socios, o en el mínimo requerido para su formación o subsistencia (artículo 108).

Por otro lado, el concepto de sociedad de hecho cambia en el código nuevo, pues según el artículo 498 sólo es de hecho la sociedad que no se constituya por escritura pública, al contrario de lo establecido en el código anterior en los artículos 469, 470 y, especialmente, el 472.

Además, el artículo 500 del nuevo código consigna la institución de la "sociedad irregular" que son aquellas que aunque constituidas por escritura pública, actuaren sin permiso de funcionamiento en los casos en que el mismo código lo exige. En estos casos, y en cuanto a la responsabilidad de los asociados, tales sociedades se asimilan a sociedades de hecho, y la superintendencia respectiva, de oficio o a petición de interesado (por ejemplo, las oficinas de impuestos) ordenará su liquidación y disolución.

Otra modificación importantísima la trae el artículo 113 que permite que una sociedad constituida por escritura pública, pero omitiendo "alguna de las estipulaciones indicadas en el artículo 110, o expresado en forma incompleta o en desacuerdo con el régimen legal del respectivo tipo de sociedad" puede ser adicionada por los mismos socios en escrituras posteriores, antes de que se haga la correspondiente inscripción, todo lo cual cambia radicalmente lo estatuido en el artículo 473 del código derogado que declara que "el incumplimiento tardío, la **ratificación expresa** y la ejecución voluntaria del contrato, no lo purgan del vicio de nulidad".

3º UTILIDADES SOCIALES

Introduce el artículo 149 del nuevo código un cambio trascendental a la legislación tributaría, al decir que "sobre el capital social solamente podrán pactarse intereses por el tiempo necesario para la preparación de la empresa y hasta el comienzo de la explotación de la misma". Claro está que estos intereses pueden diferirse y deducirse cuando se produzcan utilidades hasta el monto que anualmente fija la División de Impuestos Nacionales.

Otra modificación realmente revolucionaria que trae el nuevo código está consignada en el artículo 155 que obliga a las sociedades en general a repartir a título de dividendo o participación no menos del 50% de las utilidades líquidas de cada ejercicio, o del saldo de las mismas si tuvieren que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores, a menos que otra cosa decida en contrario el 75% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la asamblea o junta de socios.

Pero la anterior norma es todavía más drástica en cuanto a las sociedades anónimas, pues el artículo 454 ordena que si la suma de las reservas legales, estatutarias y ocasionales excediere del ciento por ciento del capital suscrito, el porcentaje obligatorio de utilidades líquidas de que habla dicho artículo 155, se elevará al 75%. Será el decreto reglamentario que se expida al respecto el que dirá si el 75% de las acciones representadas en la asamblea, de que habla el artículo 155, puede tomar determinación en contrario. A todo lo anterior debemos agregar que el artículo 371 ordena a las sociedades de responsabilidad limitada que formen reserva legal "con sujeción a las reglas establecidas para las anónimas", agregando el artículo mencionado que "estas mismas reglas se observarán en cuanto a balances de fin de ejercicio y al **reparto de utilidades**". Esta reserva legal incidirá en las utilidades de los socios pero fortalecerá a tal clase de sociedades.

4º REFORMAS DEL CONTRATO SOCIAL

El artículo 158 establece respecto a la reforma del contrato social que ellas deberán reducirse a escritura pública, que se registrará como se dispone para la escritura de constitución en la cámara de comercio correspondiente al domicilio social al tiempo de la reforma, y que si tales requisitos no se cumplen, la reforma no producirá efecto alguno respecto de terceros pero sí entre los asociados, desde cuando se acuerden o pacten conforme los estatutos. Esto significa que aquellas modificaciones entre los socios, tales como las relativas a la distribución de utilidades, sí tienen validez entre

los socios aunque no se hiciere el registro indicado; consecuencialmente las autoridades fiscales deberán aceptar dicha nueva distribución de utilidades.

5º DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Respecto a las causales específicas de disolución y liquidación que trae como innovación o modificación el nuevo código, tenemos: el numeral 2º del artículo 457 establece que la sociedad anónima se disolverá además de por las causales del artículo 218; "Cuando ocurran pérdidas que reduzcan **el patrimonio neto** por debajo del 50% del capital suscrito". Esto implica una disminución de la posibilidad de liquidación de la sociedad por tal causal respecto al código anterior que hablaba de la pérdida de un 50% del capital social, ya que dentro del nuevo concepto que ordena la nueva norma, aquellos superávits de que disponga la sociedad distintos de la reserva legal, podrán enjugar las pérdidas ocurridas en la sociedad. (Esta norma también la consagra para las sociedades en comandita por acciones el artículo 351).

El numeral 3º del mismo artículo 457 establece que habrá causal de disolución y liquidación de la sociedad anónima cuando el 95% o más de las acciones suscritas llegaren a pertenecer a un solo accionista. Esta causal es completamente nueva y podrá ser observada por las autoridades de impuestos ya que dentro de las obligaciones fiscales está la de acompañar a la declaración de renta y patrimonio una relación de los accionistas o partícipes de la sociedad con indicación de sus derechos (Decreto 154 – 1968).

Así mismo, el artículo 218 numeral 3º, que es aplicable a toda clase de sociedades, establece que no se podrá reducir el número de asociados a menos del requerido en la ley para su formación o funcionamiento o por aumento que exceda el límite máximo fijado en la misma ley. Por ejemplo, para las sociedades limitadas establece que no debe ser mayor de 25 el número de socios, y para las anónimas el artículo 374 ordena que ellas no podrán constituirse ni funcionar con menos de 5 accionistas.

6º SOCIEDADES EN COMANDITA

La sociedad en comandita ha sido un tipo de sociedad que por su característica sui géneris ha sido objeto de ciertos abusos que obligaron principalmente a que se constituyeran en fuente constante de evasión fiscal y por tales razones el nuevo código introdujo modificaciones importantísimas que casi hacen desaparecer el aliciente que tenían ciertas entidades o per-

sonas para desarrollar sus actividades dentro de este tipo de sociedades, al establecer los artículos 337 y 343 que en el acto constitutivo de esta sociedad no será necesario que intervengan los socios comanditarios, pero en la escritura **siempre se expresará el nombre, domicilio y nacionalidad de los suscriptores, y el valor de su derecho social en la misma.**

También respecto de las sociedades en comandita, tanto simples como por acciones, se establece una norma en el artículo 335 de gran importancia al ordenar dicho artículo que en el caso de duda sobre la calidad de un socio se presumirá que es colectivo y que cuando haya duda sobre la especie o tipo de sociedad se reputará que ella es colectiva. Los efectos fiscales de este artículo son notorios, porque en cuanto a los socios si hay caso de duda de su calidad, entonces se les gravará como si pertenecieran a una sociedad colectiva, o serán socios colectivos, lo cual implica que se les aplicará la tarifa para los mismos sobre las utilidades obtenidas durante el mismo ejercicio o en otros, y la sociedad deberá abonar en cuenta la proporción de cada socio aunque no lo reciba efectivamente.

En cuanto a la sociedad misma deberá aplicársele la tarifa de la colectiva, lo que trae los siguientes cambios: la sociedad en comandita simple se le grava con la misma tarifa de la limitada de acuerdo con la actual legislación tributaria, pero con la modificación que hace el código nuevo se le disminuye el impuesto al darle tratamiento de colectiva. En el caso de la comandita por acciones se le dará tratamiento tributario de sociedad colectiva y no el de anónima, que actualmente establece la ley tributaria, con lo cual se le reduce sustancialmente el impuesto a la sociedad, pero en cambio, **en ambos casos,** aumenta la base gravable en cabeza de los socios, que se convierten en colectivos.

7º CONTROLES A LAS SOCIEDADES

Respecto a la vigilancia de las sociedades por la Superintendencia de Sociedades, el nuevo código trae, entre otras, las siguientes innovaciones o reformas:

a) La Superintendencia ejercerá la inspección o vigilancia sobre todas aquellas sociedades, cualquiera que sea su forma, en las que una compañía de las sometidas a su vigilancia tenga el 20% o más de su capital social (literal B del numeral 1º del artículo 267). Consecuentemente, dichas sociedades quedarán sometidas al cumplimiento de los requisitos de orden contable que contienen las leyes fiscales.

b) Cualquier compañía mercantil puede ser vigilada por la Superintendencia cuando un número plural de asociados que posean el 20% o más del capital social así lo soliciten (literal C).

c) Cuando así lo determine el presidente de la República. A la anterior vigilancia debe agregarse la reforma establecida en el artículo 203 que además de las sociedades por acciones y de las compañías extranjeras (como existe ahora) en toda sociedad en donde por ley o por estatutos la administración no corresponda a todos los socios, los socios excluidos de tal administración que representen no menos del 20% del capital, pueden pedir el nombramiento, o mejor, elección de un revisor fiscal.

Todo lo anteriormente visto en cuanto a controles a las sociedades incide en materia fiscal probatoria y contable.

8º APORTES DE INDUSTRIA O TRABAJO

El artículo 137 del nuevo código establece que podrá ser objeto de aportación en cualquier clase de sociedades mercantiles, la industria o trabajo personal, sin que tal aporte forme parte del capital *social,* y dentro de los derechos que le confiere tal aportación está el de que el aportante podrá administrar la sociedad y en caso de su **retiro o liquidación de la misma,** participará de la distribución de las utilidades, reservas y valorizaciones patrimoniales producida s durante el tiempo en que estuvo asociado.

Esta prerrogativa, concretamente respecto de la sociedad anónima, está regulada por el artículo 380 pero de una manera distinta y confusa en cuanto a su operancia, pues el numeral 3º de dicho artículo dice que al liquidarse la sociedad, los titulares de las acciones de goce o de industria tendrán derecho a participar de las reservas acumuladas y valorizaciones producidas durante el tiempo que fue accionista, en la forma y condiciones estipuladas.

Como puede observarse, el artículo 137 establece que el socio de industria en caso de **retiro o liquidación** de la misma participará de las reservas y valorizaciones patrimoniales producidas durante su permanencia en la misma, en tanto que el artículo 380 establece que sólo al **liquidarse** la sociedad podrá participar de las reservas y valorizaciones acumuladas producidas durante el tiempo en que fue accionista, lo cual constituiría el derecho reconocido en la ley como una perspectiva remota e incierta, pues la sociedad, por regla general, sobre todo la anónima, se constituye a término muy

largo y a veces indefinido. Para los efectos fiscales no se ve claramente cuál es el tratamiento por seguir, lo cual será objeto de los reglamentos ya que no solamente al tiempo de la liquidación de la sociedad debe decretarse a su favor la renta correspondiente originada por las reservas o valorizaciones acumuladas y que es objeto de gravamen, sino también ante su retiro, como lo establece el artículo 137 citado.

Lo dije al principio de este artículo, y ahora lo ratifico. Las anteriores líneas no constituyen un estudio exhaustivo del tema de las sociedades en el nuevo Código de Comercio enfrente de la ley tributaria, sino más bien una iniciación a un trabajo que otros más expertos que yo deben continuar, pues tenemos un Código de Comercio, en mi modesto sentir, muy bueno y técnico, que va a traer cambios fundamentales en la vida jurídica del país.

ALBERTO REVOLLO BRAVO

ALBERTO REVOLLO BRAVO es abogado, especializado en derecho tributario y legislación minera y petrolera. Ha sido catedrático de hacienda pública en la Universidad Jorge Tadeo Lozano y de minas y petróleos en la Universidad Nacional. Ha publicado diversos artículos sobre temas mineros, petroleros y tributarios en varias publicaciones nacionales. Ha sido abogado jefe del Ministerio de Minas y Petróleos, secretario general del Ministerio de Minas y Petróleos, secretario general de Ecopetrol, secretario general del Ministerio de Hacienda y director de Credibanco en el Banco Cafetero.

Bibliografía sobre inversiones multinacionales

POR ÁNGELA HERNÁNDEZ DE CALDAS

ABAD, Darío. Régimen de capitales en Colombia. Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Bol. (Bogotá) 239: 14-25 jun. 1971.

ABS, H. J. **The European Security and New issues Market with a view to international financing.** Institut International d'Etudes Bancaries. Session 28a, 1964. Bélgica, Frankfort-Main, 1965. 81 p.

ACUERDO DE CARTAGENA. "Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros". Revista Cámara de Comercio de Bogotá, 1(2): 15-32 mar. 1971.

ADILER, R, W. y MIKESELL, R. F. **Public External financing of Development Banks in Developing Countries.** Eugene, Ore. Bureau Business end Economic Research, University of Oregon Press, 1966. 89 p.

AFTALION, E. R. "Sociedades multinacional es". En: CICYP. Empresas multinacionales, Montevideo, 1970. pp. 43-56.

AMERICAN MANAGEMENT ASSOCIATION. International Management División. **Sources and Melhods of International Financing, Practical Guides for U. S. Inverstors and Traders.** Nueva York. 1961.

AMSTERDAM – ROTERDAM BANK. Economic Research Group. **Capital. Markets in Europe.** Amsterdam, 1966. 103 p.

ARGENTINA. CONSEJO FEDERAL DE INVERSIONES. "Financiación Internacional para empresarios del interior". Revista de Economía Regional (Buenos Aires) 1 (1): 80-89 mar. 1964.

ASOCIACIÓN DE LA BARRA INTERAMERICANA. Conferencia, 11a, Miami, Fla. **Fuentes de financiación para inversiones extranjeras y desarrollo económico en América Latina.** 3a. ed. México, D.F. Centro Regional de Ayuda Técnica, 1963. 35 p.

ASOCIACIÓN NACIONAL DE INDUSTRIALES. Evaluación práctica de las inversiones privadas extranjeras en los países en desarrollo. Medellín, 1970.

BAUS, S. **Análisis de mercados latinoamericanos de capitales.** Washington, Banco Interamericano de Desarrollo. 1969. 203 p.

BANCO CENTROAMERICANO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA, Tegucigalpa. **Investment Opportunities in the Central American Common Market.** Tegucigalpa, Central American Bank, 1968. 65 p.

BANCO CENTROAMERICANO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA, Tegucigalpa. **Un mercado de capitales centroamericanos.** Tegucigalpa, 1967. 221 p.

BANCO DE LA REPÚBLICA, Bogotá, Colombia: **Guía para el inversionista. A Guide for the Inverstors.** Bogotá, Banco de la República, 1965, 1966, 1967, 1970. Texto bilingüe; español-inglés.

BANCO DE MÉXICO, S. A. Departamento de Estudios Económicos. Biblioteca. **Inversiones extranjeras en México,** 1940-1967. México, D. F., 1968. 28 p. (Serie de Bibliografías Especiales. Nº 7).

BANCO DE MÉXICO, S. A. **El mercado de capitales en México.** México, Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, 1968. 123 p.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. Washington. **El Banco Interamericano de Desarrollo y la Integración Económica de América Latina.** Washington, D. C., 1967.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. Las inversiones multinacionales, públicas y privadas en el desarrollo y la integración de América Latina. Washington, D. C., 1969. 404 p.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. La participación de Europa en el financiamiento del desarrollo de América Latina. México, D. F., Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, 1966. 412 p.

BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO. Trends in Developing Countries; Econontc Growth, International Development Finance and International Trade. Washington, D. C., 1968. 25 p.

BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO. Washington, D. C. Instituto de Desarrollo Económico. **Inversiones y ayuda extranjera.** Washington, D. C. 1965. 287 p.

BOSKEY, S. "La propuesta Horowítz". **Finanzas y Desarrollo** (Washington, D. C.) 2 (3): 188-196 sept. 1965.

BASCH, Antonín. **Análisis de mercados latinoamericanos de capitales,** Preparado por el Banco Interamericano de Desarrollo. México, CEMLA, 1969. 203 p. (Estudios CEMLA).

BASCH. Antonín. **El mercado de capitales en Colombia.** México, Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos 1968, 139 p.

BASCH. Antonín. **El mercado de capitales en México.** México, Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, 1968. 123 p. (Estudios BID).

BASCH. Antonín. Recursos nacionales de inversión en América Latina; con la colaboración de Luis Sánchez Masi. México. CEMLA. 1971. 259 p. (Estudios CEMLA).

BARROS CHARLIN, R. **Introducción al estudio de las empresas multinacionales.** Santiago, Universidad de Chile, 1969. Seminario sobre aspectos prácticos del Grupo Andino. 1969.

BEHRMAN, J. N. "Inversión privada norteamericana y ayuda para el desarrollo económico". En su: **Teoría, práctica, normas, economía internacional.** México. D. F., Libreros Mexicanos Unidos, 1963. pp. 561-596.

BELALCÁZAR Lucero, H. "El desarrollo industrial y el estatuto de capitales del Grupo Andino". Cámara de Comercio de Bogotá. Revista 1(2): 105408 mar. 1971.

BENCHETTRIT, J. M. "La empresa multinacional zonal". En: CICYP. Empresas multinacionales. Montevideo, 1970. pp. 37-42.

BERNSTEI. M. D. ed. Foreign investmenl in Latin America; cases and altitudes. Nueva York, Alfred A. Knopf. 1966. 305 p.

BERTIN, G. Y. "Mouvements de capilaux a long terme et actifs liquides internationaux". **Revue Economique** (París) 19: 1004-1018. nov. 1968.

BOSKEY, S. "La propuesta Horowítz". **Finanzas y Desarrollo** (Washington. D.C.) 2 (3): 188-196. sept. 1965.

BRANDO. J. de S. "Desarrollo e integración. Empresas multinacionales". En: CICYP. **Empresas multinacionales.** Montevideo. Monteverde, 1970. pp. 67-100.

BRASIL. CONSULADO GENERAL. Milán. Legislacao e normas reguladores dos investimentos de capital extranjero. 2ª. ed. Rev. Milán. Consulado Geral do Brasil. Sector de Promocao Comercial. 1968. pág. irr.

BRASIL. EMBAJADA. Washington. D. C. **A guide to investing in Brazil.** Washington. 1969. 85 p. (Su: Document on Brasil. 3).

BUSINESS INTERNATIONAL. New York, Ed. lnvesting & Licensing conditions in 40 countries. 6ª. Ed. New Yotk, Bussiness lnternational, 1902. 207 p.

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. París. Accords bilatéraux et investissemnent privés. París, 1970.

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, París. Bilateral Treaties for international private investment. París. 1970. 29 p.

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, París. Comisión de Inversiones Internacionales y Desarrollo Económico. Public Aid and private capital in Developing Countries. París, 1970. (Su: Document 111/195) 10 p.

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL, París. Tratado equitativo de las inversiones extranjeras. Código internacional. París, Cámara de Comercio Internacional. 1964. 14 p.

CÁMARAS DE COMERCIO AMERICANAS DEL BRASIL. Empresas multinacionales. En: CICYP. Empresas multinacionales. Montevideo. Monteverde. 1970. pp. 253-261.

CAMPOS, R. de O. La empresa multinacional: monstruo o amigo. En: CICYP. Empresas multinacionales. Montevideo, 1969,

CAMPUÑAY MIMBELA, O. Perú. Participación del capital extranjero en la banca nacional. Boletín mensual CEMLA (México. D. F.) 15 (2): 6944, feb., 1969.

CÁRDENAS, J. C. La experiencia de América Latina en materia de inversiones multinacionales. En: BID. Las inversiones multinacionales en el desarrollo y la integración de América Latina. Mesa redonda, Bogotá. 1968. pp. 347-404.

CÁRDENAS, A. M. J. Sociedades multinacionales. En: CICYP. Empresas multinacionales. Montevideo. Monteverde, 1970. pp. 101-112. Publicado también en: Comercio Exterior (Bogotá) 3 (1): 85-99. enero, 1971.

CARRILLO, B. T. E. Las inversiones extranjeras en Venezuela. Revista de Economía Latinoamericana (Caracas) 1 (23): 47-60. 1968.

CENTRO DE ESTUDIOS MONETARIOS LATINOAMERICANOS, México. Mercados de capital en los países desarrollados. México. 1965.

CLAIRMONTE, F. La morfología de las Inversiones internacionales. En su: Liberalismo económico y subdesarrollo. Bogotá, Tercer Mundo. 1963. pp. 175-244.

COLOMBIA. CORPORACIÓN NACIONAL DE TURISMO. Guide far the investor in tourism in Colombia. Bogotá, Arco, 1971. 108 p.

COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Información sobre la inversión extranjera en Colombia, incluyendo la minería y petróleo. Bogotá, 1970. 9 p.

COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Informaciones sobre la inversión privada extranjera en Colombia. Bogotá, 1971. 8 p.

COLOMBIA. LEYES. DECRETOS, ETC. Decreto 1299 de 1971. Por el cual se pone en vigencia el régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas y patentes, licencias y regalías del Acuerdo de Cartagena. Bogotá, Incomex, 1971, 17 p.

COLOMBIA. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Garantías al capital extranjero. Bogotá. Empresa Nacional de Publicaciones. 1957. 107 p.

COMITÉ DE ACCIÓN INTERAMERICANA. Comentarios al estatuto de capitales extranjeros. Bogotá, 1971. 24 p.

CONFEDERATION OF BRITISH INDUSTRY. Overseas investment: why and how. London. 1967. 30 p.

CONSEJO INTERAMERICANO DE LA ALIANZA PARA EL PROGRESO. Washington, D.C. Domestic efforts and the need far external financing far the development of Bolivia. Washington, D.C., 1971. 169 p.

CONSEJO INTERAMERICANO DE COMERCIO Y PRODUCCIÓN. Empresas multinacionales. Montevideo. Monteverde, 1971. 261 p.

CONSEJO INTERAMERICANO DE COMERCIO Y PRODUCCIÓN. Reunión 5a, Madrid, 1969. Las empresas multinacionales en Latinoamérica; problemas que plantean. Por B. Superviclle. Madrid, 1969.

CONSEJO INTERAMERICANO DE COMERCIO Y PRODUCCIÓN. Reunión Plenaria, 13ª Caracas, 1970. Encuesta IRS sobre la vinculación de las empresas nacionales y extranjeras en la economía nacional. Versión de las respuestas de Argentina, Brasil. Colombia, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela. 1970. 90 p.

CONSEJO INTERAMERICANO DE COMERCIO Y PRODUCCIÓN. Integración Económica: la ALALC y el Grupo de Libre Comercio. Montevideo, 1970. CICYP. Reunión Plenaria, 13ª Caracas, 1970.

CONSEJO INTERAMERICANO ECONÓMICO Y SOCIAL, Washington, D. C. La inversión privada extranjera en el desarrollo Latinoamericano. CIES. Reunión Anual 6ª Puerto España, Trinidad y Tobago, 1969.

CONSEJO INTERAMERICANO DE COMERCIO Y PRODUCCIÓN. Sesión estadounidense. Posición oficial norteamericana acerca de la cuestión de las preferencias comerciales generalizadas en favor de los países menos desarrollados. En: CICYP. Sesión Plenaria, 13ª, Caracas. 1970. 6 p.

CONSEJO INTERAMERICANO DE COMERCIO Y PRODUCCIÓN. Reunión Plenaria, 13ª. Caracas. 1970. Sociedades multinacionales. Informe y recomendaciones específicas. Caracas. 1970. 7 p.

COPELLO FACCINI, A. Las inversiones extranjeras en el Área Andina. Cámara de Comercio de Bogotá. Rev. 1 (2): 85-93 mar. 1971.

COPPE, A. La experiencia en materia de inversiones de la comunidad Europea del Carbón y del Acero. En: BID. Las inversiones multinacionales en el desarrollo y la integración de América Latina. Mesa redonda, Bogotá, 1968. pp. 255-271.

CORPORACIÓN DE FOMENTO DE LA PRODUCCIÓN. Santiago de Chile. Inversiones extranjeras en Chile. Santiago de Chile, 1967. 61 p.

CORTÉS RODRÍGUEZ, HERNÁN. Las inversiones extranjeras en Hispanoamérica. Madrid. 1953. 196 p. (Ediciones Cultura Hispánica).

COSTA, R. VAZ. D. Financiamiento internacional para el crecimiento industrial sostenido. En: Temas del BID, Washington, D. O. (2): 53-60. 1946.

COUNCIL OF THE AMERICAS. La función, de la inversión privada estadounidense en el desarrollo latinoamericano. CUA Report, (Nueva York), 5 (9): 1-7 oct. 1969.

GRAZUT, R. J. Consideraciones acerca de las inversiones privadas extranjeras en Venezuela. Caracas. Ed. del Cuatricentenario de Caracas, 1967. 142 p.

CHAPPE LEMOS, I. Efectos Políticos y económicos del estatuto de capitales. Cámara de Comercio de Bogotá. Rev. 1 (2): 137-148. mar. 1971.

CHILE. OFICINA DE PLANIFICACIÓN NACIONAL. El capital privado extranjero en Chile en el período 1964-1968 a nivel global y sectorial. Santiago, 1970. 121 p.

DAGUM, O. El Banco Interamericano de Desarrollo y América Latina. En: estudios económicos, (Bahía Blanca, Argentina), 4 (7-8): 57-76 enero-die. 1965.

DANIEL, J. (ed). Inversiones privadas llave del desarrollo industrial internacional. Buenos Aires, Agora, 1959.

DELTEC PANAMERICANA, S. A. El mercado de capitales en el Perú. México, Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, 1968. 188 p.

DELTEC PANAMERICANA, S.A. Os mercados de capitais do Brasil. México, Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, 1968. 207 p.

DI CAPUA, A. Las perspectivas del sector privado en las empresas multinacionales de Integración. Seminario sobre integración de América Latina. Quito, 1969.

Las Empresas Multinacionales y la circulación de capitales en la Cuenca del Plata y el Grupo Andino. Universidad de Chile. Seminarios sobre aspectos prácticos del Grupo Andino. Costa Rica, 1969.

ENRICH, A. La empresa mixta hispanoamericana. En: CICYP. Empresas multinacionales. Montevideo, Monteverde, 1970. pp. 125-132.

ESCANDÓN, E. El desarrollo económico internacional: el papel o los derechos y responsabilidades de la Compañía Internacional. Congreso Mundial de Cámaras de Comercio Internacional. Estambul, 1969.

ESPAÑA. PRESIDENCIA. Comisaría del Plan de Desarrollo Económico. Inversiones extranjeras en España; refundición de disposiciones, textos literales vigentes, sistematizados. Madrid, Imp. Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1964 48 p.

ESTADOS UNIDOS. AGENCIA PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL. Fuentes de financiación para inversiones extranjeras y desarrollo económico en la América Latina. México, D.F., Centro Regional de Ayuda Técnica, 1962. 35 p.

EUSSE HOYOS, G. Significado del capital extranjero para la educación. Cámara de Comercio de Bogotá. Rev. 1 (2): 133135. marzo, 1971.

FALCON, W. D. (ed). Dinancing international operations; a guide to sources and methods. Nueva York, American Management Association, 1965. 192 p.

FEDERACIÓN DE LA PRODUCCIÓN, INDUSTRIA Y COMERCIO. Asunción. La empresa privada: su función promocional del hombre de la comunidad. CICYP. Reunión Plenaria, 13ª, Caracas, 1970. 7 p.

FERRERO, R. A. Las empresas multinacionales en América Latina. En: CICYP. Empresas multinacionales. Montevideo, Monteverde, 1969.

FERRERO, R. A, Entidad financiera privada multinacional para el desarrollo agrícola. Montevideo, Consejo Interamericano de Comercio y Producción, 1967.

FLEITAS, O. Préstamos internacionales administrados por el Banco Nacional de Fomento. Economista paraguayo (Asunción) 4 (5): 32-43. sep. 1964.

FLIGER, C. Multinacional Public lnterprises. Washington, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, 1967.

GRAY, C. S. Resource flows lo less developed countries; financial terms and their constraints. Nueva York, Praeger, 1969, 326 p.

HAZARI R. K. y otros. Public International development financin in India. Nueva York, Columbia University Scbool of Law, 1964. 256 p. (Columbia university. Research Protej in Public International Development Financing. Report, (9).

HERRERA, F. El desarrollo de América Latina y su financiamiento. Buenos Aires, Aguilar Argentina, 1967. 632 p.

HERRERA, F. Interamericana Development Bank: financial leader far Latin American development. The L. Banker (Londres) 117 (499): 762-769. sept. 1967.

HERRERA, F. lnvestiment and financial policies far Latin America. En: Bader Robert L. Business Leadership in a changing world. Nueva York. Me Graw-Hill, 1962. pp. 162-171.

INSTITUTO COLOMBIANO DE COMERCIO EXTERIOR. Propuesta sobre el régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros presentada por la junta del Acuerdo de Cartagena a la Comisión, Bogotá, 1970. 25 p.

INTERNATIONAL INVESTMENT FORUM, ist. Asunción. 1970. The meeting the work done. The policy framework Council of the Americas. Report (Nueva York) 6 (4): 1-.4 jul, 1970.

KAMARCK, A. M. Capital e inversiones en los países en desarrollo. Washington, D. C., 1971. (2): 2-40 jun. 1971.

KAPLAN, M, Corporaciones públicas multinacionales para América Latina Unitar. Seminario Reg. de Derecho Internacional, Quito, 1969.

KILEINMAN, DAVID T. Los Bancos de inversión privados y la evolución del mercado de capitales en Brasil. México, Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, – 1968. 62 p. (Estudios CEMLA, 20).

KELLER, E. Agriculture, production and marketing of food in Latin America. Lima, ADELA, 1968.

KELLER, E. Compañías multinacionales. Montevideo, Monteverde, 1970. pp. 227-240.

KELLER, E. Multinacional companies sill spur economic integration in Latin America. ADELA, Monthly bull. jun. 1969.

KELLER E. La Sociedad anónima multinacional en América Latina. En: CICYP. Empresas multinacionales. Montevideo, Monteverde, 1970. pp. 209-226.

KIDRON. M. Foreign investments in India. London, Oxford Univ. Press. 1965.

KIENDL, THEODRE. El mercado de capitales en el Perú. México. Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, 1968. 188 p. (Estudios CEMLA).

KIENDL, THEODRE Y OTROS. El mercado de capitales en Venezuela. México, Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, 1908. 184 p. (Estudios CEMLA).

KLEINMAN, D. T. Mercado de capitales como motor del desarrollo y utilización de la ayuda externa. Progreso (E. U.) 3 (2): 8448: 103-104-107 mar./abr., 1970.

KLEINMAN. D. T. Structuring capital markets far ficient use of foreign aid: the case of Brazil. Industrial Management Review (Cambridge, Mass) (2): 47-67. 1969.

KREDITANSTALT FUR WIEDERAUFBAU. Frankfurt am Main. Germán Loans to developing countries. Frankfurt am Main, 1969. 7-1 p.

LAGOS, G. Empresas multinacionales: aspectos socio-económicos, jurídicos e institucionales. En: BID. Las inversiones multinacionales en el desarrollo y la Integración de América Latina. Mesa redonda. Bogotá. 1968. pp. 211-253.

LARA, C. La evaluación de proyectos de Integración económica. Algunos planteamientos y sugerencias. En: BID. Las inversiones multinacionales en el desarrollo y la integración de América Latina. Mesa redonda, Bogotá, 1968. pp. 152-210.

LILIENTHAL, O. E. Posibles enseñanzas de la autoridad del Valle de Tennessee para el proceso de la Integración de América Latina. En: BID. Las Inversiones multinacionales en el desarrollo y la integración de América Latina. Mesa redonda, Bogotá, 1968. pp. 327446.

MÁRQUEZ/BLASCO/JAVIER. 1909. Inversiones Internacionales en América Latina; problemas y perspectivas por Javier Márquez. México. 1945. 189 p. (Informaciones Económicas del Banco de México, 3).

MAY, H. K. Los efectos de las inversiones en los Estados Unidos y naciones extranjeras en América Latina Nueva York, Consejo para América Latina. 1970. 103 p.

MEJÍA PALACIO, J. El acuerdo sobre capitales extranjeros en el Grupo Andino. Cámara de Comercio de Bogotá. Rev. 1 (2): 3345. mar. 1971.

MELO GUEVARA, G. El Congreso y la integración Andina. Cámara de Comercio de Bogotá. Rev. 1 (2): 57-65. mar. 1971.

MILLER, J. T. Les Gouvernements et les placement privés a l'entranger. par John Thomas Miller, Jr. París, Eds. Domat Montchrestien, 1950. 212 p.

NACIONES UNIDAS. Comisión Económica para América Latina. La corriente internacional de capitales privados, 1946-1952. New York, 1954. 70 p.

NACIONES UNIDAS. Comisión Económica para América Latina. Foreign capital in Latin America. New York, 1955. 164 p. (United Nations documents/CN. 12/360).

NACIONES UNIDAS. Comisión Económica para América Latina. El financiamiento externo en América Latina. Nueva York, 1964. 285 p.

NACIONES UNIDAS. Comisión Económica para América Latina. Economic Comission for Asia and the Fas East. Working party of experts on the Mobilization of domestic Capital. Mobillzaben of domestic capital: report and documents of the first working party of experts. Bangkok, Dept. of economic Affairs. 1952. 296. p. (ITS: Sales no. II F. 2, 1953).

NACIONES UNIDAS. Comisión Económica para América Latina. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Grupo encargado de examinar la cuestión de las inversiones extranjeras en los países en desarrollo. Nueva York. 1969. 61 p. (Su: No. de ventas S. 69. ILA.12).

NACIONES UNIDAS. Comisión Económica para América Latina. Requerimientos jurídicos y administrativos de los proyectos y obras hidráulicas multinacionales en América Latina. Unitar. Seminario Regional de Derecho Internacional para América Latina. Quito, 1969.

NOMBETE, B. D. La inversión multinacional en África, En: BID. Las inversiones multinacionales en el desarrollo y la integración de América Latina. Bogotá, 1968. pp. 305-325.

OEA. Departamento de asuntos jurídicos. Informe preliminar sobre el tema de las empresas multinacionales. Washington, D.C., 1969.

OEA/CIES. La inversión privada extranjera en el desarrollo económico latinoamericano. CIES, reunión anual. 6a, 1969. (OENser. 14/1371).

OLIVEIRA CAMPOS, R. de. Función de la empresa privada. Montevideo, 1970. CICYP. Reunión de la comisión ejecutiva, 54, Montevideo, 1970. 18 p.

ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO. París. Investing in developing countries, facilities for the promotion of foreing private investment in developing countries. París, 1970. 120 p.

OTEYZA, José Andrés de. Políticas de Fomento de los mercados de capitales. México, CEMLA, 1971. 185 p. (Estudios, CEMLA).

PACHÓN, M. El tratamiento uniforme de la propiedad industrial en los países miembros del Acuerdo de Cartagena. Cámara de Comercio de Bogotá, Rev. 1 (2): 75-83 mar, 1971.

PALACIOS MEJÍA, H. El Acuerdo Subregional Andino y la Constitución Colombiana. Cámara de Comercio de Bogotá, Rev. 1 (2: 4746. mar. 1971.

PARPNER, Nathaniel Samuels. The investment banking banckground of issuing and marketing foreing securities in the United States. New York, Kuhn, Loeb & Co., s.f. 16 p.

PEHROUX, E. Las inversiones multinacionales y el análisis de los polos de integración. Las inversiones multinacionales en el desarrollo y la integración de América Latina. Washington, BID, 1968. pp. 107-151.

PIZER, Samuel. El papel que desempeñan las inversiones de los Estados Unidos en la Economía de América Latina, Washington, 1957.

PIZER, Samuel Y CUTLER, Frederick. Investment in the Latinamerican economy, by Samuel Pizer and Frederick Cutler. Washington, D.F., Goverment Printing Office, 1957. 194 p.

POSADA MEJÍA, Mauricio. Inversiones privadas extranjeras. Bogotá, 1952. 116 p. (Tesis de grado. Economista, industrial y comercial. Gimnasio Moderno).

POVEDA RAMOS, G. Transferencia y desarrollo regional de tecnología en el Grupo Andino. Cámara de Comercio de Bogotá. Rev. 1 (2): 95-103 mar. 1971.

RESURGIMIENTO DE LAS INVERSIONES ALEMANAS. Progreso (E. U.) 3 (3): 35-40. may/jun., 1970.

RODAN, P. N. R. Las inversiones multinacionales en el marco de la integración de América Latina. En: BID. Las inversiones multinacionales en el desarrollo de América Latina, Mesa redonda. Bogotá. 1968. Washington, BID., 1968. 25 p.

SANTOS, T. de A. Las empresas nacionales y multinacionales. En: CICYP. Empresas multinacionales. Montevideo, 1970. pp. 57-66.

SIMPOSIO SOBRE EL MERCADO DE CAPITALES EN COLOMBIA, Medellín. 1971 publicación. Bogotá, Banco de la República, 1971. 3 v.

STOPLER, MAX. La empresa multinacional en América Latina. En: CICYP. Empresas multinacionales. Montevideo, Monteverde, 1970. 241 p.

SUPERVIELLE, B. Empresas multinacionales en Latinoamérica. Montevideo, CICYP., 1968.

SUPERVIELLE, B. Sociedades internacionales y empresas multinacionales en América Latina. En: CICYP. Empresas multinacionales. Montevideo, Monteverde, 1970. 149 p.

SUPERVIELLE, B. Tratamiento adecuado para las sociedades multinacionales en América Latina. Montevideo, Consejo Interamericano de Comercio y Producción, 1970. 27 p.

TEIXEIRA DA COSTA, Roberto. Os Mercados de capítais do Brasil. México, Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, 1968. 207 p. (Estudios CEMLA).

URIBE DURÁN, J. Inversión de capitales extranjeras y aspectos tributarios. Cámara de Comercio de Bogotá, Rev. 1 (2): 67-73 mar. 1971.

URIC, P. Las inversiones extranjeras: la experiencia de Europa. En: BID. las inversiones multinacionales en el desarrollo y la integración de América Latina. Mesa redonda. Bogotá, 1968. 273 p.

VELA, W. A. Fondo especial para el desarrollo económico para los países y áreas subdesarrolladas en América Latina. CICYP. Reunión Plenaria, 13a, Caracas, 1970. 16 p.

VENEZUELA. MINISTERIO DE HACIENDA. Incentivos fiscales para la inversión en Venezuela. Caracas, 1967. pg. irr. Texto trilingüe: Castellano, francés, inglés.

VERRIER, ROBERTO Y otros. El mercado de capitales en Argentina. México, Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, 1969. 223 p. (CEMLA estudios).

WIESNER DURÁN, E. Barreras artificiales a la inversión doméstica de la industria nacional y barreras artificiales a la inversión extranjera en la Industria nacional. Bogotá, Centro de Estudios sobre el Desarrollo Económico, 1960. 17 p.

WINKLER PRINS, A. Prívate foreing capital investment in Honduras and Its impact on the Honduras Economy. Intercambio (Nueva York) 6 (3): 1-6 ju. 1970.

WIONCZEDKS, M. S. El Grupo Andino y la inversión extranjera privada. Bogotá, 1970. 24 p.

WIONCZEDKS, M. S. La integración económica Latinoamericana y la inversión privada extranjera. Cámara de Comercio de Bogotá. Rev. 1 (2): 109-131 mar. 1971.

WIONCZEDKS, M. S. Problemas involucrados en el establecimiento de su trato común para la inversión extranjera en el mercado común andino. Bogotá, Acuerdo de Cartagena. 1970.

YÁÑES, J. A. El dilema de las naciones en desarrollo frente a las inversiones extranjeras. Bogotá. Antares, 1971. 12 p. (Separata de Lámpara).

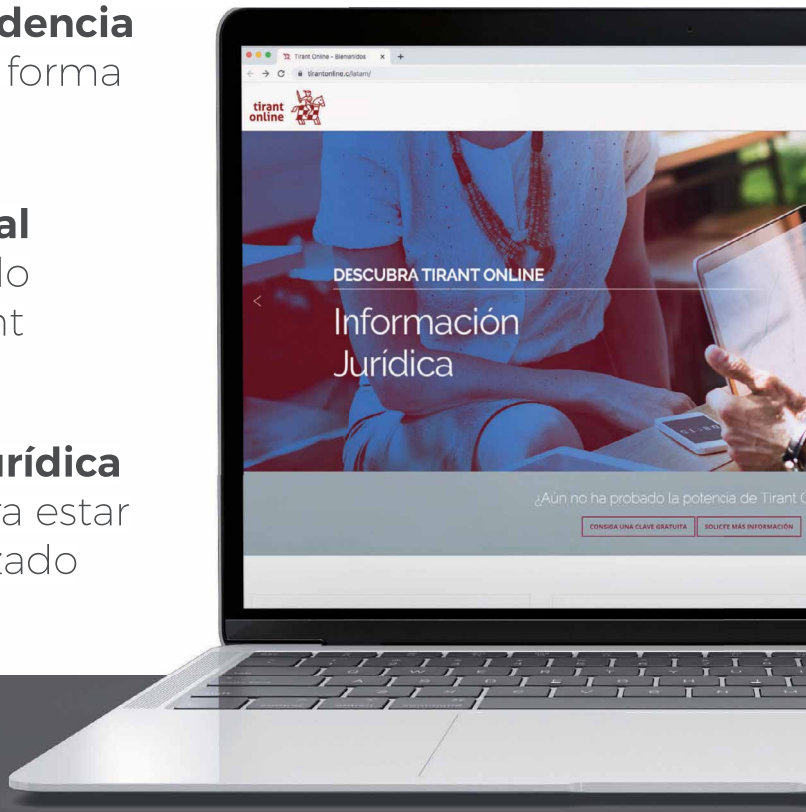
ÁNGELA HERNÁNDEZ DE CALDAS

Se terminó de imprimir esta Revista el 30 de septiembre de 1971, en las prensas de los Talleres de El Catolicismo.
Bogotá, D.E. – Colombia.

tirant
online®
Colombia

La **base de datos jurídica** más completa del mercado

- **Toda la jurisprudencia y legislación** de forma fácil e intuitiva
- **Biblioteca virtual** con todo el fondo editorial de Tirant a un click
- **La actualidad jurídica** al momento para estar siempre actualizado



tirantonline.com.co

tirant tech | Tecnología e innovación jurídica

Más información: **atencionalcliente@tirantonline.com**