

LA JURISDICCIÓN MERCANTIL, UNA ALTERNATIVA AL CONFLICTO
JUDICIAL Y SOCIAL EN COLOMBIA

RAFAEL VANEGAS HERRERA

JULIÁN BARRERA BOTERO

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL

MEDELLÍN

2012

LA JURISDICCIÓN MERCANTIL, UNA ALTERNATIVA AL CONFLICTO
JUDICIAL Y SOCIAL EN COLOMBIA

RAFAEL VANEGAS HERRERA

JULIÁN BARRERA BOTERO

Trabajo de grado para optar al título de Especialista en Derecho Comercial

Asesor Temático

Dr. ALFREDO TAMAYO JARAMILLO

Abogado Especialista en Derecho Comercial

Abogado Magíster en Derecho Privado

Asesor Metodológico

Dr. HOLMEDO PELÁEZ GRISALES

Abogado Magíster en Derecho Privado

Abogado Coordinador de Investigaciones de Posgrados en Derecho

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL

MEDELLÍN

2012

NOTA DE ACEPTACIÓN

Firma
Holmedo Peláez Grisales
Asesor Metodológico

Firma
Alfredo Tamayo Jaramillo
Asesor Temático

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	Pág. 5
RESUMEN	Pág. 12
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	Pág. 13
1.1. FRANCIA.....	Pág. 13
1.2. COLOMBIA.....	Pág. 14
2. JURISDICCIÓN MERCANTIL EN EL DERECHO COMPARADO	
FRANCIA: “EL TRIBUNAUX DE COMMERCE”.....	Pág. 17
3. ANÁLISIS DEL DECRETO 2273 DE 1989.....	Pág. 20
4. CRÍTICA AL ACTO DE COMERCIO EN COLOMBIA.....	Pág. 25
5. REFLEXIÓN FINAL.....	Pág. 31
CONCLUSIÓN.....	Pág. 37
BIBLIOGRAFÍA.....	Pág. 39

INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico colombiano, como todos los de tradición civilista, se compone por un grupo de normas codificadas que permiten a los juristas y personas ajenas al derecho conocer las reglas que regulan las infinitas relaciones sociales; por eso en aras de cubrir todos los campos que se presentaban en cualquier tipo de sociedad, el derecho forma diferentes especializaciones, siendo las primeras la civil, la penal, apareciendo posteriormente el derecho administrativo y laboral, entre otros; en ese constante cambio de paradigmas sociales nace el derecho comercial, no como una rama del derecho civil, sino como un alergia al mismo, ya que se estaban quedando por fuera los constantes y novedosos negocios entre mercaderes.

No es asunto de la presente monografía estudiar el nacimiento del derecho comercial, pues es un tema amplio que amerita un estudio individual, empero es importante saber que la norma de mayor categoría dentro del ámbito mercantil (en países que no pertenecen al Civil Law), es el Código de Comercio creado por Napoleón Bonaparte en 1807.

Resulta obvio que el derecho sustantivo no puede aplicarse por sí mismo, por lo cual es indispensable el derecho procesal para materializar los derechos ya consagrados, lo cual se logra básicamente y sin ahondar demasiado en el tema, a través de la aplicación judicial; como no podía ser de otra forma se crearon tantas especialidades en los jueces como campos hubiere en el derecho, pues siempre se ha buscado que sea un jurista experto y recorrido el que resuelva los conflictos presentados entre los asociados a un Estado, por ello el mencionado Código de Comercio Francés de 1807 consagra también una jurisdicción comercial, toda vez que resultaba obvio que cada vez eran más importantes las relaciones entre mercaderes, siguiendo el mismo patrón propuesto para las demás ramas, es decir un juez por cada área de conocimiento.

En la actualidad Francia ha conservado la estructura de la Jurisdicción Mercantil creada desde la época de la revolución, la cual ha revestido múltiples beneficios, no solo jurídicos sino económicos y sociales; sin embargo, el ordenamiento jurídico colombiano, si bien acata la gran mayoría de normas consagradas en el derecho francés, aplicando la un gran número de las instituciones jurídicas, hace caso omiso de la creación del Juez Mercantil especializado, por lo cual queda un desbalance que resulta apenas lógico, ya que si se copian la normas de un derecho extranjero, pero no se adoptan los mismos sistemas de aplicabilidad, lo único que puede resultar es la interpretación errada de algunas leyes del derecho mercantil y un fuerte impacto negativo en la economía y contexto social colombiano; por lo cual es importante, por lo menos reflexionar, acerca de la necesidad de recuperar la figura de un Tribunal de Comercio o de un Juez Mercantil. (Rico Puerta, Teoría General del Proceso, 2006)

Nuestro ordenamiento jurídico se compone de normas tanto sustantivas como procesales, a su vez ese derecho procesal, que existe básicamente para dar cumplimiento al derecho formal positivado en nuestro contexto legal, está amparado por una gran esfera que se denomina Jurisdicción, la cual es inclusive de rango constitucional, y consiste, explicándolo de forma somera, en la facultad que le otorga el Estado, a través de sus asociados, a los jueces para que entren a dirimir los conflictos que se presentan entre particulares y su relación con la Nación; si bien resulta ciertamente insuficiente la anterior definición, se debe aclarar que no es objeto del presente estudio profundizar en las consecuencias procesales de dicho tema, ya que existen múltiples tesis, que han sido lo suficientemente abordadas por reconocidos tratadistas de Derecho Procesal, tanto a nivel nacional, como internacional.

Ahora bien, es importante aclarar, aunque parezca una verdad desgastada, que no es lo mismo hablar de Jurisdicción y de Competencia, de lo cual surge una pregunta de gran relevancia, en palabras del Profesor Luis Alfonso Rico Puerta.

¿Existe una jurisdicción o existen tantas jurisdicciones cuantas sean las áreas de conflicto en las que deba actuar? (Rico Puerta, Teoría General del Proceso, 2006)

Si bien es cierto algunos defienden el fraccionamiento de la jurisdicción, esgrimiendo argumentos soportados en la Constitución Política y su supuesta consagración de varias jurisdicciones, resulta incoherente pensar que la misma se encuentra dividida, y es que dicha confusión se origina más en un problema de sintaxis y denominaciones que en un conflicto de técnica jurídica; así, siguiendo con el Profesor Rico Puerta, podemos dar solución al problema de las diferentes jurisdicciones:

“Es evidente que existe gran diversidad de trámites. Los del proceso penal son diversos a los del proceso civil y estos a su vez de los del laboral. No obstante, ello no es óbice para que cualquier juez, utilizando cualquier instrumento por diverso que sea, no concluya diciendo el derecho objetivo y subjetivo, aplicando sanciones, con apoyo en la coercibilidad y en la coacción como notas esenciales, dirimiendo el conflicto, no necesariamente la litis, con determinación irrevocable del derecho en un caso concreto, poniendo en vigencia los valores jurídicos con posibilidad de su actuación práctica consecencial, todo lo cual es derivación de una función pública, reglada, con límites, de carácter general, permanente, privativa o exclusiva, única, independiente, gratuita, de orden público, de derecho público, a cargo del Estado, extraterritorial, con unidades territoriales judiciales, y generadoras de responsabilidad para quienes la ejercen, que son las notas que hemos asignado a la jurisdicción.

De esa manera, se hace forzoso concluir la unidad de la jurisdicción y del derecho procesal, puesto que ella no se funda en codificaciones únicas o uniformes, procedimientos o trámites idénticos, sino tan solo en poder afirmar la existencia de unos principios que rigen por igual la totalidad de formas disímiles con identidad de objeto, de función, y con un método de conocimiento (...)

(...) Cabe señalar que el tema mereció en la Constitución Colombiana de 1991 un tratamiento a todas luces inadecuado e impropio, al establecer allí, en lugar de una, cuatro jurisdicciones.

En la de 1991, en los artículos 234 a 247, se consagraron como jurisdicciones, la ordinaria, la contenciosa administrativa, la constitucional y la especial.

Es evidente que entre la teorización general del proceso y el texto constitucional existe una contradicción. La teoría afirma la existencia de una sola jurisdicción, entendida como la función que emana y materializa la soberanía del Estado para dirimir los conflictos. La constitución reconoce cuatro.

¿Cómo resolver esa contradicción?

¿Cómo armonizar la teoría con la disposición superior expresa? Creemos solo entendiendo las denominadas jurisdicciones, como competencias por áreas, a pesar de ser esta una denominación que fuera abandonada por el legislador colombiano en 1971.

Ello impone en consecuencia, concluir que cuando la Constitución habla de cuatro jurisdicciones, lo hace de manera impropia y en su lugar la referencia deberá entenderse hecha a la competencia en diferentes áreas en las que el conflicto ha de dirimirse por la función soberana de juzgar, es decir por una sola función jurisdiccional que es la del Estado, así se ejerza en diferentes ámbitos materiales.”. (Rico Puerta, Teoría General del Proceso, 2006)

Como ha quedado claro al hacer referencia en el texto anterior, solo existe una jurisdicción a nivel nacional, no obstante la doctrina y la academia para efectos prácticos sigue llevando el patrón de la Constitución Política, al hacer referencia a cuatro jurisdicciones, ello con el objetivo de crear un mejor entendimiento.

La anterior aclaración es significativamente importante, ya que el tema objeto de estudio de la presente monografía, busca profundizar en la mal denominada Jurisdicción Comercial o Mercantil, por ello cada vez que se haga referencia a dicha terminología, deberá entenderse como competencia mercantil o comercial.

Es necesario tocar varios elementos que contiene el tema de investigación, los cuales son similares, pero diferenciables, es decir no pueden existir sin el conjunto que los rodea. El primer tema de importancia es determinar la importancia del Decreto 2273 de 1989, el cual creó los denominados Jueces Civiles del Circuito Especializados, asignándoles competencia de temas esencialmente comerciales, valga decir, que el nombre asignado carece de cualquier técnica y lógica jurídica, ya que no se puede equiparar terminológicamente un Juez Civil Especializado y un Juez Mercantil, toda vez que no es lo mismo hablar de Derecho Civil y de Derecho Comercial y este primer tema puede dividirse en algunos subtemas.

El segundo punto hace referencia al mal criterio con el que fue adoptado el acto de comercio en nuestro ordenamiento jurídico no sólo planteó la incoherencia al no crear una competencia comercial, sino que además logró poner en conflicto el Código de Comercio y el Código Civil, ya que ambas normas consagran en algunas ocasiones las mismas figuras, pero de manera absolutamente diferente; en ese sentido encontramos el contrato de promesa, el régimen de intereses, entre otros, por lo cual se debe recurrir al mencionado artículo 20 del Código de Comercio, el cual presenta grandes dificultades de interpretación, para determinar si el acto es mercantil o civil y saber cual consagración normativa es aplicable, lo cual a todas luces es un error, pues el acto de comercio fue creado en Francia para escoger Jurisdicción, no norma sustantiva.

El Derecho Comercial le da vital importancia a la eficacia y dinámica de su legislación, es decir, es consciente de la imperiosa necesidad en que se ven los

particulares de resolver sus litigios con la mayor antelación posible, ya que no solo es una cuestión económica, sino una serie de relaciones que se pueden derivar de ello; así como el comercio no es estático, pues permanece en una constante evolución social, el derecho mercantil y mucho menos la Jurisdicción, como derecho objetivo, pueden ser ajenos a esa dinámica y por ende deben tener la misma agilidad y eficacia, y eso precisamente plantea un problema no solo jurídico, sino también pragmático y es la poca especialidad y estudio que tienen los jueces civiles en temas consagrados en derecho comercial.

Para la mayoría de los Jueces Civiles, el derecho económico es un universo absolutamente amplio y que además no es usual para ellos, por eso cuando a sus despachos llegan temas relacionados con aspectos societarios, financieros, concursales, entre otros, reviste una gran dedicación y preocupación, pues en su mayoría no están preparados para proyectar decisiones de fondo optimas y adecuadas, lo que inevitablemente conlleva, no solo a colaborar con la congestión judicial, sino a dejar los temas mercantiles en último lugar, reteniéndolos hasta que puedan empaparse un poco mas de dichos conceptos y eso, como es obvio, no respeta la agilidad y eficacia que promueve la legislación mercantil, por el contrario estanca importantes relaciones no solo patrimoniales, sino jurídicas en general.

Es importante hablar de la coherencia que deben tener dos principios, uno que pertenece al Derecho Procesal y el otro que pertenece al Derecho Comercial; por un lado encontramos el libre acceso a la administración de justicia (concordado con la gratuidad de la justicia), el cual tiene, además, rango constitucional, y que consagra básicamente, siguiendo nuevamente al Doctor Luis Alonso Rico: *“Está postulado en la Constitución Política sobre la base de la igualdad, según la cual no existe razón de orden económico, social o político que sirva de fundamento suficiente para limitar, inhibir o impedir el acceso a esa prestación”*. (Rico Puerta, Teoría General del Proceso, 2006)

Por otro lado se encuentra como principio fundamental del derecho Comercial, el cual se ha reiterado en varias ocasiones, la celeridad que debe caracterizar al mismo y ello significa que en el mundo mercantil actual los sujetos de derecho necesitan que sus conflictos tengan una pronta solución, ya que económicamente es inviable congelar asuntos que representan cuantías exageradas de dinero.

En segundo lugar se debe tocar un tema de gran importancia y es la seguridad jurídica en materia mercantil, y para ello se debe empezar claramente con crear una jurisdicción comercial completa, donde se priorice la especialidad y experiencia en materia mercantil. Como ya se ha dicho, genera grandes dudas entre los ciudadanos y los abogados litigantes, que un juez que no cumple con la experiencia y conocimiento para resolver sus conflictos, decida en temas de gran importancia, y ello conlleva tres consecuencias claras:

Empezando por la devaluación de la justicia, los asociados cada vez creen menos en la Rama Judicial para resolver temas mercantiles, en primer lugar porque se rigen por parámetros jurisprudenciales que son a todas luces anacrónicos, y además por la tardanza que representa en sus negocios, por lo que quienes tienen la posibilidad económica optan por acudir a los tribunales, empero quienes no pueden hacer uso de los mismos, se ven ampliamente perjudicados y sobre todo porque ello lleva inclusive consecuencias económicas, por ejemplo en inversión extranjera , donde por obvias razones los inversionistas buscan una estabilidad jurídica para que su patrimonio este protegido.

RESUMEN

En el devenir histórico del derecho en Colombia cada una de las ramas que lo componen ha ido adquiriendo una autonomía tanto sustantiva como procesal que le permite a las instituciones jurídicas tener una aplicabilidad bajo los principios constitucionales de igualdad y libre acceso a la administración de justicia. No es este el caso del derecho comercial, pues la promulgación del Decreto 2273 de 1989, mediante el cual se crearon los Jueces Civiles del Circuito Especializados, se convirtió en un intento fallido de institución de la jurisdicción mercantil, dejando hoy en día la resolución de los conflictos de esta índole a los jueces civiles y a los tribunales de arbitramento, con el problema que conlleva la poca especialidad de los primeros y los altos costos de los segundos.

Las crecientes relaciones socioeconómicas de Colombia con el mundo requieren la generación de un clima de confianza en las instituciones jurídicas de nuestro país garantizándoles a los comerciantes, empresarios e inversionistas tanto nacionales como extranjeros una solución oportuna y con observancia del principio fundamental de la seguridad a los posibles conflictos que de estas relaciones puedan surgir.

La presente monografía busca, mediante la aplicación de un tipo de estudio descriptivo, realizar un análisis de la evolución del derecho mercantil en Colombia, especialmente en su aspecto procesal, remitiéndonos al derecho comparado con el estudio de los *Tribunaux de Commerce* en Francia y realizando una crítica al Decreto 2273 de 1989, con el fin de elaborar una reflexión acerca de la necesidad del establecimiento de una jurisdicción autónoma en materia comercial.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Es importante revisar algunos conceptos históricos que dieron lugar a la Jurisdicción Comercial en Francia a través de los Tribunales de Comercio, y por supuesto realizar un recorrido por la pequeña e inútil evolución que tuvo en Colombia la consagración de una Jurisdicción Mercantil; es importante aclarar que estos antecedentes históricos están enfocados en la evolución de los jueces mercantiles y no existe intención de estudiar la génesis del Derecho Comercial, lo cual constituye un tema absolutamente diferente.

1.1. FRANCIA:

La jurisdicción comercial en Francia tiene su génesis en la Edad Media, durante los siglos XIII y XIV, época en la cual el crecimiento de los intercambios comerciales entre los países del mediterráneo y del norte de Europa dieron origen a la creación de las grandes ferias, que se convirtieron en los lugares predilectos de los comerciantes para el comercio internacional de sus mercaderías. (Bouvier, 2005)

Con la creación de las ferias, se comenzaron a implementar unas jurisdicciones especializadas en lo mercantil, con atribuciones especiales para solucionar los conflictos suscitados entre los comerciantes en virtud de los negocios que surgían en el devenir diario de estos lugares privilegiados para el comercio, si bien la idea era ya conocida, estos desarrollos de reuniones comerciales lo convirtió casi que en un sistema.

Es así, como empiezan a surgir los primeros textos importantes en atención a estas relaciones socio-económicas que ya hace algún tiempo se venían desarrollando en Francia. Las "*Lettres Patentes*" del Rey Luis XI de marzo de 1462 conceden a ciertos comerciantes el privilegio de ser juzgados por

personas con esta misma calidad, condición que garantizaba de cierta forma la especialidad jurisdiccional requerida. (Ripert, 1954)

La primera Jurisdicción Comercial instituida como tal, fue creada en París en 1563 por el Rey Carlos IX y su “*Edit*”, cuyos jueces eran llamados “*consules des merchants*” (cónsules de los mercaderes). Posteriormente, durante el gobierno de Luis XIV, esta institución es generalizada para todo el territorio Francés, llegando a tener inclusive 77 consulados, que no conocían de negocios marítimos, pues estos eran conocidos por el Tribunal de Almirantazgo; posteriormente las ordenanzas de 1673 en su título XII se ocupan de la jurisdicción, competencia y procedimiento de los cónsules, los cuales se mantuvieron durante la revolución francesa denominándolos Tribunales de Comercio en la Ley 1624 de 1790, otorgándoles, además, la competencia marítima, siendo así consagrados en el Código de Comercio de Napoleón de 1807. (Ripert, 1954)

1.2. COLOMBIA:

Los antecedentes se remontan al siglo XIX, donde la Ley 10 de 1824 estipuló una forma específica de conocer los temas comerciales, consagrando:

“...varios ciudadanos de los puertos y plazas comerciantes han solicitado que se establezca un juzgado particular para los negocios contenciosos de comercio (...) por el cual se despachen con toda brevedad posible dichas causas, sin que los individuos de esta útil profesión experimenten demoras indispensables en los juzgados ordinarios de primera instancia, que son causa de atrasos y perjuicios considerables en sus contratos, viajes y especulaciones”.

Esta normativa consagra principios de celeridad en el procedimiento, equivalentes a preceptos, tales como el pronunciamiento de las decisiones conforme “... *a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada*”; también se consagraba el establecimiento de un monto mínimo en el valor de las

pretensiones, con lo que se presentaba la recusación de algunos de los miembros de los tribunales, que es lo que se conoce en la actualidad como la apelación en efecto. (Martinez Neira, 2003)

Posteriormente se expide la Ley 23 de 1836, que en su segundo considerando, consagra:

“Que en la formación de este tribunal¹, prescindiendo de otros inconvenientes, sufren los comerciantes los perjuicios consiguientes a ser distraídos de sus ocupaciones, sin que por otra parte sean de mayor provecho sus conocimientos siempre que la causa haya de fallarse con dictamen de asesor, o que el juez de primera instancia sea letrado”.

Con esta norma se pretendió copiar la forma de funcionamiento del Tribunal de Comercio Francés, ya que se designaban comerciantes para que con la respectiva asesoría pudieran resolver los litigios entre mercaderes; sin embargo las respectivas designaciones y la imposibilidad de eximirse para ocupar los cargos (salvo por causas graves), conllevaron a que los comerciantes tuvieran que dedicar mucho tiempo y ello generaba incalculables pérdidas que no se compensaban con los ahorros surgidos de tener una justicia rápida.

En tal sentido la Ley estableció:

“Los jueces letrados, y en su defecto los que hayan de reemplazarlos en calidad de jueces de primera instancia, conocerán sobre procedimiento civil de todos los pleitos y diferencias que ocurran o estén pendientes sobre los actos de que tratan las Ordenanzas de Bilbao, y en su defecto por las leyes comunes vigentes”.

Con la intención de superar los fallidos intentos de la jurisdicción comercial, años más tarde, es decir en 1852, el Congreso de la Nueva Granada emite la Ley del 4 de mayo, con la cual si bien restablece los Tribunales de Comercio y

¹ Se está haciendo referencia a los Tribunales de Comercio.

regula el procedimiento correspondiente, se preocupa por superar errores cometidos en el pasado, por lo cual prescribe:

“Los jueces de los tribunales de comercio deben proceder y sentenciar en todos los negocios de su competencia, bajo su responsabilidad, y sin consultar abogado en ningún caso” (artículo 4º)

La ley crea un procedimiento expedito para los denominados juicios ordinarios de comercio, así como institucionaliza la elección de los jueces por asamblea de los comerciantes nacionales o extranjeros que se hallen en la cabecera del circuito, para un período de dos años, pudiendo ser siempre reelegidos. Empero, no existen argumentos verdaderamente contundentes que justifiquen la desaparición de una jurisdicción especial y su posterior resurgimiento en un lapso tan corto como el citado, de tal suerte que pueda concluirse en forma más o menos inequívoca la bondad de uno u otro ordenamiento.

El 16 de junio de 1853, una vez expedido el Código de Comercio de la Nueva Granada, el cual deroga las Ordenanzas de Bilbao, establece:

“En todas las cabeceras de circuito en que lo crea conveniente la respectiva legislatura provincial, (...) un tribunal de comercio a cargo de juez, que actuando con un secretario, conocerá privativamente de los negocios comerciales comprendidos en el Código Sustantivo de la materia, y de las tercerías en juicios de comercio”.

Las leyes vigentes para el año de 1858, y con ellas substancialmente el Código de 1853, comienzan a perder su contenido y aplicación reales con ocasión del cambio jurídico-político operado en esa fecha y que convirtió a la Nueva Granada en la Confederación Granadina, bajo la forma de organización federativa. Desde entonces, y con mayor fuerza en la instauración de los Estados Unidos de Colombia en 1861 y en la Carta de Rionegro, los estados soberanos fueron facultados para expedir Códigos propios de derecho privado, no reservándose los Estados Unidos sino lo relacionado al comercio marítimo a fin de establecer una legislación nacional sobre la materia.

El 11 de julio de 1870 se expide, por Ley, el Código de Comercio Marítimo cuya edición oficial de 1874 será la adoptada en la Ley 57 de 1887, cuando bajo el nombre de República de Colombia el país regresa al centralismo del estado unitario.

De ese modo se desmoronan los juzgados especializados en temas de comercio, dando paso a la consagración de una Jurisdicción Civil única, que conociera de todos los casos. (Wiesner M, 1989)

El último intento por crear una jurisdicción mercantil se presenta con el Decreto 2273 de 1989, el cual crea los Jueces Civiles del Circuito Especializados.

2. JURISDICCIÓN MERCANTIL EN EL DERECHO COMPARADO

Es de trascendental importancia para comprender el impacto que tiene la Jurisdicción Mercantil, hacer un estudio descriptivo del modelo aplicado en el ordenamiento que fue la cuna de nuestro sistema jurídico, por eso, en la presente monografía se profundizará en la comprensión del derecho comparado, específicamente del sistema judicial francés en materia de comercio, ya que es este la génesis de la gran mayoría de sistemas judiciales latinoamericanos y su entendimiento proporcionará las herramientas necesarias para realizar algunas reflexiones y apreciaciones posteriores.

FRANCIA: “TRIBUNAUX DE COMMERCE”:

Consagrado en el libro IV del Código de Comercio Francés y en el Código de Organización judicial, donde se regulan temas de gran importancia como la competencia de los Tribunales de Comercio, la forma de proceder ante los mismos, y las formas de apelación; si bien es un tema que debería estar regulado exclusivamente por los Códigos procedimentales, lo cierto es que se regula, también, por el Código de Comercio por razones históricas, ya que con el

Código de Procedimiento de 1806 no se incluyó la Jurisdicción mercantil, la cual vio su consagración en el Código de 1807.

La Jurisdicción Comercial surge a partir de las necesidades de los comerciantes, por ello éstos cuentan con su propio sistema judicial, cuyas reglas de funcionamiento y procedimiento son una derogación de las normas consagradas en el denominado “Derecho Común”; con la creación de los Tribunales de Comercio, el órgano legislador francés busca evitar que las relaciones comerciales, las cuales se presentan a gran escala y con una dinámica constante, se vean trabadas y estancadas por los complejos y costosos procedimientos de la justicia ordinaria²; de ese modo los mercaderes y comerciantes pueden acudir a una justicia propia, siempre que sus conflictos nazcan de operaciones comerciales, logrando obtener decisiones proferidas por Jueces no abogados, que son elegidos por sus pares. (Guyenot, 1975)

Los Tribunales de Comercio hacen parte de la denominada Organización Judicial, estos funcionan bajo la dependencia del Ministerio de Justicia y son considerados Tribunales de excepción, es decir procede en casos específicos cuando no se pueda acudir a los demás tribunales, lo cual ha sido fuente de críticas para la doctrina, toda vez que ello generó problemas de competencia, pues la Jurisdicción Mercantil fue instituida solo en primera instancia, debiendo acudir a la Corte de Apelación o a la Corte de Casación³, según sea el caso. (Ripert, 1954)

² Nótese que el espíritu de la norma francesa constituye el fundamento principal de una de las críticas planteadas en el presente trabajo, pues resulta claro que la dinámica mercantil, conexas a la economía, es de vital importancia, no solo en lo que respecta a las relaciones jurídicas sino económicas, por ello una jurisdicción mercantil puede serle útil a la necesidad de eficacia que en nuestra sociedad colombiana aún se encuentra carente.

³ Los problemas de aplicabilidad e interpretación que se presentaron en la legislación francesa, sirven como reflejo en el ordenamiento normativo de Colombia, ya que, es claro que se debe instituir una Jurisdicción Completa, es decir que esté revestida por lo menos de la doble instancia, pues, como en repetidas ocasiones se ha puesto de manifiesto, ninguna utilidad tendría un Juez Mercantil, si su superior funcional sigue siendo la sala civil, y no una sala comercial especializada.

Los Tribunales de Comercio están conformados por jueces cuyos electores deben ser comerciantes franceses, mayores de edad, inscritos en el registro de comercio; también pueden serlo las sociedades inscritas en el registro de comercio, quienes designando a tres representantes por cada sociedad, que serán electores con el mismo título de las personas físicas; así mismo pueden ser electores algunas personas no comerciantes, tales como oficiales de marina mercantes o los presidentes de los tribunales de conciliación laboral.

En ese sentido son elegibles los electores inscritos, que tengan por lo menos 30 años y hubieren ejercido su profesión por lo menos durante cinco años, así como los antiguos comerciantes los que no ejerzan profesión libre o asalariada; las funciones judiciales son gratuitas, por lo que en ocasiones se vuelven molestas y absorbentes para los jueces.

Cada tribunal consta de un presidente, jueces titulares y jueces suplentes, cuyo número se fija por decreto, los grandes tribunales se dividen en cámaras siempre que la cantidad de jueces sea superior a ocho; cada tribunal se designa con el nombre de la ciudad donde tiene su sede, salvo el caso del Tribunal de París que se denomina “Tribunal de Comercio del Sena”. Las funciones de juez son transitorias y los comerciantes podrán llegar a ellas siempre y cuando hayan ejercido como jueces suplentes por lo menos tres años.

En cuanto a la competencia de la Jurisdicción Mercantil, debe decirse que es de carácter excepcional, ya que solo conocen de lo expresamente asignado por la ley⁴, empero los Tribunales de Comercio son absolutamente incompetentes para conocer cualquier caso de naturaleza civil, la cual puede ser planteada por los Tribunales de oficio o por los abogados, contrario sensu, el Tribunal Civil conoce excepcionalmente de casos mercantiles. (Bouvier, 2005)

En la actualidad la competencia se rige por un doble concepto denominado “Ratione Materiae”, en el cual los Tribunales de Comercio son competentes para

⁴ Tal como ocurrió en Colombia con el Decreto 2273 de 1989.

juzgar litigios entre comerciantes y para juzgar toda clase de personas en los litigios relativos al acto de comercio.⁵

Por último, en lo referente a la apelación, los Tribunales de Comercio juzgan en primera o en única instancia dependiendo de la cuantía, la apelación se interpone ante el mismo Tribunal de Comercio y se resuelve por la Corte de Apelación, la cual se tramita en un procedimiento sumario.

3. ANÁLISIS DEL DECRETO 2273 DE 1989

El Decreto 2273 de 1989, sobre el cual no hay certeza, en principio, de sí se encuentra vigente, suspendido o derogado, buscaba que algunos temas que son supremamente específicos, fueran conocidos por un profesional que tuviera la experiencia y estudios necesarios para ello, sin embargo su artículo 3°, consagró de forma ambigua y somera la competencia de los Jueces Civiles Especializados generando en si mismo varios problemas.

Dicha consagración normativa no permitió que estos nuevos jueces tuvieran la acogida que se pretendía, si bien se logró un avance significativo, también se crearon múltiples conflictos de competencia entre los jueces civiles y los “Jueces Civiles Especializados”, además como consecuencia obvia se crearon celos profesionales entre los diferentes funcionarios judiciales, ya que mientras los jueces civiles se quejaban por el exceso de trabajo en sus despachos y contrario sensu los pocos procesos conocidos por los “jueces mercantiles”, estos últimos argumentaban la especialidad de los procesos que tenían bajo estudio, explicando que si bien era en cantidad mucho menor, en dificultad realmente estaban equilibradas las cargas; pese a ello hubo un sinnúmero de procesos sobre los cuales no se podía determinar con claridad cuál era el juez competente; por ello uno de los principales problemas que trata de abordar la

⁵ Esta determinación de competencia se analizará en el numeral 10 de la Monografía cuando se estudie el acto de comercio.

monografía es estudiar los errores cometidos por el Decreto 2273 de 1989 en torno a la competencia asignada para los jueces que creó.

Así como la independencia del derecho comercial sustantivo es una evidente muestra de la imperiosa necesidad de autonomía del derecho comercial, el órgano ejecutivo en Colombia dio origen al Decreto 2273 de 1989 como un complemento procesal a esta autonomía y una forma de instituir una jurisdicción comercial especializada.

Hace ya más de 20 años que este tímido intento de independencia procesal del Derecho Comercial tuvo lugar, y se le califica de tímido ya que desde su presentación habla de la creación de unos “Jueces Civiles del Circuito Especializados”. ¿Por qué no hablar desde el principio de Jueces Comerciales?

Debido a las singularidad que comportan los asuntos mercantiles, cada vez más amplios y especiales, es evidente la necesidad de un órgano que, conforme al principio constitucional de libre acceso a la administración justicia, garantice al creciente gremio de comerciantes, empresarios, inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, soluciones a los conflictos que entre ellos se pudieran presentar en razón del devenir diario de sus negocios y que no sea el Tribunal de Arbitramento, una justicia que aunque relativamente efectiva y especializada no está al alcance de todos por sus elevados costos, casi que la única alternativa para la solución de sus discrepancias. Así lo entendió el Legislador en áreas como el derecho de familia y el derecho agrario, dos ejemplos claros en los cuales se creó una regulación especial. (Correa Moran, 2010)

El Decreto 2273 en su artículo primero consagra la creación de veintitrés (23) Juzgados Civiles del Circuito Especializados para las principales ciudades de Colombia, a saber Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Cali, Cartagena, Cúcuta, Ibagué y Medellín, considerados para la década de los 80 como los principales focos de desarrollo económico del país, consagrando asimismo en su artículo cuarto que en los demás circuitos judiciales las controversias

descritas en el artículo tercero del decreto serían resueltas por los jueces civiles del lugar, según competencia y cuantía asignadas por las normas generales que regulan el tema, concepción que sin lugar a duda hoy en día no es aplicable debido a que la globalización de la economía ha permitido un desarrollo económico homogéneo en todo el país.

En el párrafo de dicho artículo se estipula:

“PARAGRAFO: Los jueces de que trata este artículo serán nombrados por los respectivos Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Los Tribunales Superiores de Distrito Judicial podrán especializar Juzgados Civiles del Circuito cuando las necesidades así lo exijan, para el conocimiento de los asuntos enumerados en el artículo 3° del presente Decreto”. (Subrayado fuera de texto original)

Es un error desde el principio partir de la base de que un juez civil está preparado para atender la generalidad de los asuntos mercantiles y que la especialización de los mismos no es una prioridad, cuando es claro que el derecho mercantil está marcado por la especialidad que comportan la gran mayoría de sus asuntos, tal y como lo demuestra el artículo tercero del decreto.

El artículo tercero del decreto asigna la competencia a los jueces civiles del circuito especializado para conocer de concordatos, de los procesos de liquidación y reestructuración, investigación y sanción de los delitos de que trata el Capítulo VII, Título II, del Libro Sexto de Código de Comercio, de los procesos de declarativos, de condena y ejecutivos en materia de seguros, de los contratos bancarios a que se refiere el Título XVII del Libro Cuarto del Código de Comercio, de los contratos de transporte terrestre, marítimo y aeronáutico, de las sociedades comerciales y civiles, en cuanto a ineficacia, inexistencia, nulidad e inoponibilidad del contrato societario; impugnación de decisiones de asambleas, juntas de socios y juntas directivas; disolución y liquidación, de los contratos de fiducia y encargos fiduciarios, leasing o arrendamiento financiero y factoring o compra de cartera, de la reposición,

cancelación y reivindicación de títulos valores, de la regulación por expertos o peritos de que trata el Código de Comercio, de la designación, impedimentos y recusaciones de árbitros en los casos previstos en el régimen de arbitramento, de la competencia y propaganda desleales, de las derivadas de los contratos de agencia comercial, comisión, corretaje y preposición, y de las relacionadas con operaciones y contratos que tengan por objeto establecimientos de comercio.

Son todos estos asuntos de una gran singularidad que requieren operadores jurídicos que realmente tengan la especialización requerida en estos temas, razón por la cual se crearon los Jueces Civiles del Circuito Especializados, surgiendo así un conflicto de competencia, pues a pesar de la taxatividad con la que el legislador consagró los asuntos de los que conocerían estos jueces, el problema se suscitaba a la hora de determinar si la controversia era de naturaleza civil o mercantil, tema en el cual el decreto se quedaba corto. Así, por citar un ejemplo, en un proceso de responsabilidad civil en el cual el llamamiento en garantía realizado a la aseguradora involucraba un contrato de seguro, de naturaleza eminentemente mercantil, surgía un conflicto de competencia pues no se sabía si el juez competente para conocer de este asunto era el civil o si quien debería dirimir el conflicto era el juez civil del circuito especializado (juez mercantil), problema que, anticipando en algo la reflexión final de esta investigación, podría resolverse con la inclusión de la frase *cualquiera sea su naturaleza* dentro del artículo que otorga competencia a los jueces mercantiles.

Y la última gran falencia del Decreto 2273 de 1989 se encuentra en el artículo quinto del mismo, el cual consagra:

“ARTICULO 5° Las Salas Civiles de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocerán en segunda instancia de los recursos que se interpongan contra las providencias de los Jueces Civiles del Circuito Especializados.”

Es un punto que no fue previsto de una forma adecuada en el Decreto 2273 de 1989, y se relaciona con la necesidad de una completa autonomía del Derecho Comercial, ya que resulta absurdo crear un Juez que puede ser mucho más apto para resolver litigios que se presentan en temas estrictamente mercantiles, y además pudieren descongestionar significativamente a los Despachos civiles, pero por otro lado no tenga una estructura completa que lo soporte, así por ejemplo no se encuentra sentido si un Juez Mercantil de categoría Circuito, profiere un fallo, en el cual la parte vencida decide interponer un recurso de apelación y la competencia sea del Tribunal del Distrito, sala Civil; entonces en un escenario parecido no se logra ningún avance importante, ya que se cae nuevamente en problemas como la poca especialidad del Juez competente (no importa su categoría), y la congestión judicial.

El derecho Mercantil es cada vez más usado para el infinito número de relaciones jurídicas, así que debería dársele la importancia que realmente merece. Un ejemplo claro sería el derecho de Familia, cuya competencia fue creada de forma adecuada estructurando una categoría Circuito y su propia sala en los Tribunales de Distrito y su génesis es realmente sencilla, pues solo bastó verificar que el Derecho de Familia era sustancialmente diferente al Derecho Civil y por ende un experto Juez Civil, no necesariamente tenía grandes conocimientos en temas de familia tan importantes como las sucesiones, por ello precisamente se asignó su competencia, respetando por lo menos la doble instancia.

Por lo demás, en cuanto a la planta de personal de los Juzgados Civiles del Circuito Especializados, en cuanto al trámite establecido para los asuntos que son competencia de estos jueces, entre otros, el Decreto 2273 de 1989 es un gran aporte para la construcción de una jurisdicción mercantil que acerque cada vez más al Derecho Comercial a la autonomía que este requiere, garantizando así una justicia gratuita con posibilidad de acceso para todas las personas

naturales o jurídicas que puedan verse involucradas en un asunto mercantil.
(1989, 1989)

4. CRÍTICA AL ACTO DE COMERCIO EN COLOMBIA

Uno de los aspectos de mayor relevancia dentro del presente trabajo, es tratar de entender, a través de una descripción, la naturaleza del acto de comercio, realizando un estudio de su estructura en el Derecho Colombiano y su consagración en el Derecho Francés, como fuente principal; en ese sentido es importante comenzar explicando la naturaleza del acto de comercio en Francia.

Si bien los más importantes doctrinantes de Francia no siempre han estado de acuerdo en la definición de acto de Comercio, el tratadista Jean Guyenot trae una noción que él mismo denomina "*provisoria*":

"El acto de Comercio se puede definir como el acto realizado por el comerciante en el ejercicio y por las necesidades de su comercio"
(Guyenot, 1975)

Sin embargo esa definición es ciertamente parcial, ya que en el derecho francés los actos de comercio no dependen en toda su dimensión de que sean realizados exclusivamente por comerciantes, toda vez que estos son objetivos, tal como se explicó en el respectivo desarrollo histórico, por lo que no importa por quien sean efectuados los actos de comercio (comerciante o no comerciante), pues se toma a quien lo realiza como un comerciante, sea ocasional o transitorio.

El legislador francés ha considerado que el derecho mercantil no debe regir únicamente las actividades de los comerciantes, sino todas aquellas relaciones donde un acto de comercio objetivo deba ser aplicado en detrimento del Derecho Civil.

Los redactores del Código de Comercio Francés consideraron de gran importancia determinar cuáles eran los actos de comercio que permitieran delimitar el derecho civil y el mercantil (Art 632), ello en el derecho sustantivo y aún más importante en el derecho procesal, ya que en el artículo 631 reglamentaron la competencia de los tribunales de comercio consagrando que éstos conocerían de los litigios entre y comerciantes y los asuntos relativos a los actos de comercio entre todas las personas, por lo cual resulta obvio que prima el acto de comercio objetivo, pues evitan de ese modo crear una jurisdicción profesional.

La doctrina ha criticado ferozmente la reglamentación dada por el legislador francés a la competencia de los Tribunales de Comercio, consagrada en el mencionado artículo 631:

“Que la redacción fue poco hábil es evidente. Como los redactores del Código habían comenzado por definir los comerciantes llegaron a confundir en su enumeración las profesiones comerciales y los actos jurídicos. Por otra parte, acordándose de la doctrina de los antiguos autores sobre los burgueses considerados comerciantes y transponiendo la expresión a los actos de comercio, dicen “se reputan actos de comercio...”, lo que es una forma de disposición bastante singular cuando se trata de una determinación impuesta por la ley. Es, pues, únicamente para reglamentar de nuevo una cuestión de competencia y para no determinar únicamente esta competencia sobre la condición de las personas, que el código formulo la noción de un acto que sería acto de comercio entre todas las personas” (Ripert, 1954)

Varios temas importantes se derivan del texto anterior, ya que comienza con una crítica a la forma en que se han consagrado las competencias de los Tribunales de comercio, dada la confusión de ciertos conceptos; sin embargo no es objetivo de este capítulo ni de este trabajo estudiar de fondo los criterios que permiten distinguir los actos de comercio de los actos civiles en Francia, por el contrario, resulta ciertamente interesante la referencia que hace al autor

al objetivo del Código de Comercio, pues es claro al expresar que lo que busca es determinar la competencia⁶, es decir los actos de comercio consagrados en el artículo 632 lo que pretenden es guiar los conflictos que se presentan entre particulares, ya sea a una jurisdicción civil o a una estrictamente mercantil, claro está, aplicando la norma sustantiva que le corresponda conforme al Juez competente, sin crear a priori los conflictos de normas que se presentan en nuestra jurisdicción.

Es tan cierto lo anterior, que resulta obvio que el actual Derecho Comercial se edifique sobre el Código de Comercio de 1807 creado por Napoleón, donde se le da significativa importancia a la Jurisdicción Mercantil, por lo que no es cierto que a partir de los Códigos creados por Napoleón surgiera la dicotomía del Derecho privado, ya que los autores del Código de Comercio de 1807, no concibieron el acto de comercio como un concepto que pudiera diferenciar el régimen de obligaciones (civiles y mercantiles), por el contrario su filosofía era, casi exclusivamente, consagrar, delimitar y definir la competencia de los Tribunales de Comercio (Jurisdicción Mercantil), pues en dicho Código ni siquiera se incluyó en ninguno de sus libros, un régimen de obligaciones y contratos. (Zamora Pierce)

La justificación de los Tribunales de Comercio cambia a partir de la creación del Código de Comercio de 1807, ya que Napoleón Bonaparte materializa la idea de que todas las personas que se obliguen por hechos de comercio, deberán someterse a la justicia de los Tribunales de Comercio, a pesar de ser considerado un no comerciante, pues en ese caso sería tomado como un comerciante o mercader transitorio u ocasional; empero el objetivo tampoco era convertir a todas las personas en comerciantes en contra de su voluntad, ni que todas sus actuaciones estuvieran sometidas a la jurisdicción mercantil, por lo cual los Tribunales de Comercio funcionarían como jueces de excepción de los comerciantes (permanentes y transitorios).

⁶ Entiéndase Jurisdicción con las salvedades hechas.

En cuanto al régimen judicial de los actos de comercio, como ya se mencionó, la norma es clara en establecer que los Tribunales de Comercio conocerán tanto de los litigios entre comerciantes, así como de los actos de comercio de toda clase de personas y es aquí donde se presenta un gran problema en la forma en que Colombia acoge los actos de comercio, lo cual se explicará más adelante.

Así pues, la norma mencionada trae consigo unos criterios claros de competencia, los cuales es importante, por lo menos, mencionar nuevamente, siguiendo los patrones propuestos por la doctrina francesa:

- Cuando la norma francesa habla de litigios entre comerciantes, refiere a todas las personas que tengan dicha calidad, así la norma no lo diga, es decir son comerciantes por la profesión a la que se dedican.
- En cuanto a los litigios relativos a los actos de comercio se refiere a los conflictos entre toda clase de personas cuyos actos sean de naturaleza comercial, así por ejemplo cuando se trata de un título valor, no podrá decirse que será un acto civil.

En este segundo punto es importante explicar que dicha forma de delimitar la competencia es bastante útil en el caso que un comerciante pretenda iniciar una acción judicial en contra de un no comerciante ante el Tribunal de Comercio, buscando por supuesto que el acto sea tomado como estrictamente mercantil y no civil; el Tribunal de Comercio es una justicia más ágil y eficaz, empero hay casos en los que el Tribunal de Comercio pueda declararse incompetente debido a que el acto es de naturaleza civil. (Narváz García, 2010)

Ahora bien, presenta también la doctrina los denominados actos mixtos, que surgen a raíz de las dificultades presentadas en la delimitación de la competencia y así por ejemplo aquellos actos que sean de naturaleza mercantil porque una de las partes es comerciante, pero la otra parte no lo es, se resolvería en principio acudiendo siempre a los Tribunales de Comercio, no

obstante la jurisprudencia ha ido más allá, consagrando que cuando es el no comerciante quien inicia la acción, éste puede escoger si acudir al Tribunal Civil o al Mercantil, por el contrario el comerciante debe acudir al Tribunal Civil cuando la contraparte no tenga su misma calidad.

En Colombia se sigue además con la herencia dejada por Francia, por lo cual se consagró en el artículo 20 del Código de Comercio los actos de Comercio, con los cuales se busca separar la frontera existente entre el derecho mercantil y el derecho civil, generando múltiples dificultades ya que no es claro en nuestro ordenamiento qué se entiende por actos de comercio, más aún si se tiene en cuenta que el legislador colombiano no lo define, pues simplemente se dedica a enunciarlos y se crean grandes conflictos, ya que de los artículos posteriores se logra entender que no todo lo que hace un comerciante es mercantil y no todo lo que se considera derecho comercial es realizado por un comerciante. (Velasquez Restrepo, 2003)

El artículo 20 del Código de Comercio trae en su encabezado:

“Son mercantiles para todos los efectos legales” (Subrayado fuera de texto original).

Es allí donde comienza la crítica más grande a la consagración de los actos de comercio en Colombia, ya que el principal efecto legal de este artículo es la posibilidad de escoger norma entre civil y mercantil, por lo cual cabría preguntar ¿resulta útil crear conflictos normativos entre dos tipos de normas que regulan de forma diferente instituciones jurídicas que tienen la misma filosofía? La respuesta obvia tendría que ser negativa, ya que lo único que hace este artículo es poner al Juez Civil, que además conoce indiscriminadamente de los litigios comerciales y civiles, a decidir si a un asunto se le aplica el derecho mercantil o el derecho civil ¿y qué utilidad tiene ello si al final es el mismo juez, con los mismos conocimientos personales y académicos el que resuelve el litigio sin importar si es mercantil o civil?(Velasquez Restrepo, 2003)

La crítica tiene cierta lógica si se considera que un juez que conoce de un caso tiene que invertir un gran esfuerzo en decidir que norma es aplicable, lo que además implica muchos problemas para los abogados y al final sin importar la decisión seguirá siendo competente y nunca se declara su incompetencia por este asunto, y es allí donde el desgaste judicial se torna realmente ridículo, pues debería en ese caso existir una sola norma que regule una misma institución, sin dar lugar a maniqueísmos innecesarios.

La situación sería diferente si en nuestro ordenamiento existiera una Jurisdicción Comercial, tal como existe en Francia (por supuesto, contextualizada con la realidad social colombiana), ya que, como se ha dicho, esa fue la filosofía del código de Comercio francés (génesis del Código de Comercio colombiano), lograr determinar una justicia especializada pero no privada a la cual pudieran acudir todos, es decir crear una jurisdicción mercantil adecuada, y es por ello que al trasladar una norma de un ordenamiento a otro, sin tener en cuenta las instituciones que la sostienen dentro de su base, surgen problemas graves de interpretación y aplicabilidad, lo cual se refleja perfectamente en que el acto de comercio no se aplica en Colombia de la misma forma que en Francia, por la sencilla razón de que el país europeo tiene un sistema judicial comercial autónomo, inclusive podría decirse autóctono, por el contrario Colombia tiene un derecho comercial copiado que carece de una jurisdicción mercantil debidamente conformada; al respecto es importante traer a colación un extracto de doctrina francesa que considera:

“El artículo 631 del Código de Comercio establece que los Tribunales de Comercio conocerán por una parte de los litigios entre comerciantes, y por otra de aquellos relativos a los actos de comercio entre toda clase de personas. La segunda regla está destinada a destruir el carácter profesional de la jurisdicción. No lo consigue sin embargo y provoca en cambio graves dificultades de aplicación. En los países en los cuales no existe la jurisdicción comercial, la teoría de los actos de comercio no reviste la misma importancia que en Francia.” (Ripert, 1954)

Queda así sentada la crítica a un sistema de actos de comercio que en Colombia ha traído más problemas que soluciones, simplemente porque las instituciones no son las mismas que se crearon en el derecho original de donde se deriva el nuestro, sería más importante considerar la opción de crear una jurisdicción mercantil que le dé forma a nuestro derecho comercial y haga de los actos de comercio algo más que una fuente de problemas en los litigios.

5. REFLEXIÓN FINAL

Las relaciones socio-económicas de hoy en día crecen a una velocidad desconcertante e integran un sinnúmero de factores tanto internos como externos que le permiten a la sociedad ir un paso delante de la ley, razón por la cual el Estado debe hacer todo lo posible por garantizar un desarrollo paralelo entre dichas relaciones y el derecho. En el devenir actual de la economía tanto nacional como mundial los sujetos de las relaciones que de allí surgen propugnan por una pronta solución a sus conflictos, ya que económicamente es un despropósito congelar asuntos que representen cuantías exageradas de dinero, y, como se ha reiterado en varias ocasiones, la gratuidad y celeridad son características fundamentales del derecho Comercial, y en general de la administración de justicia, lo cual conlleva a la sensación de seguridad jurídica y a la creación de un ambiente de confianza en la institucionalidad. Pero en este punto volvemos a una de las preguntas planteadas en esta investigación: ¿actualmente en Colombia se garantiza el cumplimiento de dichos preceptos?

La respuesta reviste un tinte especial, pues el acceso a la administración de Justicia, por lo menos en materia comercial, no es tan libre, ni tan gratuito como lo consagra la Constitución y la ley, y mucho menos puede afirmarse que se caracterice precisamente por la celeridad. Para explicar ello es importante aclarar por qué no está el derecho económico revestido de la agilidad que necesita, y el foco del problema se encuentra en las falencias de la administración de Justicia, que por un lado le asigna a los Jueces Civiles

competencia mercantil, convirtiendo sus despachos en montañas de procesos que ahondan la crisis de la congestión, y por otro lado no los capacita para afrontar litigios que en algunas ocasiones toman dimensiones muy complejas. De ese modo son pocos los jueces que optan por prepararse en materia comercial, relegando de entrada cualquier tema mercantil que por reparto llegue a sus Juzgados; ello no es tan criticable después de todo, ya que si son muchos los conflictos por resolver, los jueces civiles van a preferir resolver temas en los cuales son realmente expertos, dejando en un rincón, muchas veces olvidados, temas comerciales, pues ello significa invertir un número exagerado de horas en estudio, para poder tomar una decisión de fondo y por ende significaría, también, congestionarse mucho más; de ese modo quedan postergados temas que son de especial importancia (financieros, bancarios, tributarios, societarios, entre otros), que por norma general no son de conocimiento para todos los juristas civiles (advirtiendo que no todos los funcionarios judiciales desconocen la normativa mercantil), siendo importante resaltar que no necesariamente, como muchos creen, quien es perito en materia civil, lo es en comercial y allí se encuentra una falencia importante, pues el derecho Comercial no cumple realmente con la celeridad que académicamente se consagra. (Correa Moran, 2010)

Pero como siempre existen alternativas, muchos doctrinantes han visto en los Tribunales de Arbitramento la panacea de la descongestión judicial y de la especialidad para la toma de decisiones, y ello es una verdad a medias, ya que si bien los árbitros cumplen una función realmente importante, pues en su mayoría son verdaderos expertos en el tema a resolver, el común de los sujetos de las relaciones patrimoniales, no pueden acceder a dicha “Justicia Especializada”, ya que esta es sumamente costosa y en su mayoría solo puede pagarse por los empresarios más grandes, dejando a un lado a los pequeños y medianos empresarios, afectando por ende la economía nacional. (Guyenot, 1975)

Por las anteriores razones no puede hablarse de una administración libre, gratuita y ágil, tal como es el ideal (diferencia del ser y el deber ser), y en ese punto la Jurisdicción mercantil encuentra su justificación más importante, ya que puede presentarse como una alternativa a dichos problemas generando en los ciudadanos la sensación de que su aparato judicial cumple con las necesidades de la sociedad.

Otro de los problemas que trata de resolver esta investigación, y que se aborda a continuación a modo de reflexión, es saber si en la actualidad la Jurisdicción Mercantil debe ser a nivel nacional o seguir con el patrón anteriormente propuesto por el Decreto 2273 de 1989 y que solo funcione en las grandes ciudades. Como se planteó anteriormente, Colombia, y en general el comercio mundial, se encuentran en el auge de las integraciones económicas mediante la firma de tratados de libre comercio y acuerdos de apoyo económico que buscan la apertura de fronteras, lo cual genera un comercio cada vez más globalizado, logrando de esta forma que tanto las grandes urbes como las ciudades pequeñas sean focos de desarrollo económico y que por lo tanto allí también se generen los conflictos propios de la actividad mercantil; y es por esto que hoy en día la eventual creación de una Jurisdicción Mercantil que busque convertirse en garantía de gratuidad y libre acceso a la administración de justicia debe tener el mismo alcance que tienen la jurisdicción civil o de familia, solo por mencionar algunos ejemplos. (Narváz García, 2010)

Con respecto a esta separación que debe existir entre el Derecho Civil y el Derecho Comercial, del cual se ha predicado hasta la saciedad la necesidad de un régimen especial, que sea reflejo de la autonomía de este último, la Corte Suprema de Justicia en sentencia 006 del 7 de febrero de 1996, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss expresó: (1996)

“Bien sabido es que al igual que ocurre con el Derecho Civil, el Derecho Mercantil se ocupa de regular relaciones privadas, pero evidentemente no todas sino apenas aquellas que de acuerdo con el ordenamiento positivo

constituyen la que acostumbra a denominarse “materia comercial”. Por eso es necesario, como acontece con cualquier estatuto normativo de carácter especial o singular, que él mismo se ocupe de fijar la clase de relaciones a las cuales les es aplicable, y a este objetivo tienden sin duda alguna, por lo que al Código de Comercio vigente en el país concierne, un buen número de sus disposiciones de entre las que aquí importa destacar los Arts. 1o, 11, 20, 21, 22, 23, 24 y 100 de dicho cuerpo legal, habida cuenta que son ellos los que de manera general por lo menos, van a permitir saber, en cada caso particular, si el negocio, contrato u operación de que se trata da origen o no a un verdadero “asunto mercantil”, independientemente de la calidad subjetiva de empresarios individuales o sociales (comerciantes) que tengan quienes participaron en su celebración o en su ejecución, esto por cuanto no es esa calidad, contra lo que podría suponerse sin mayor estudio del tema, el único elemento que permite reconocer el acto de comercio y calificarlo como tal para los muchos conceptos en que hacerlo es cuestión jurídica prioritaria. (...).

Y sentada la premisa que antecede, cuya utilidad resulta evidente en punto de despejar las dudas que sobre el tema dejó consignadas el sentenciador de instancia en la providencia que aquí es objeto de impugnación, debe advertirse a continuación que esa legislación especial de la cual viene hablándose, no contempla una definición genérica del acto de comercio, sino que presenta apenas una enumeración “declarativa” (Art. 24 del C. de Com.) de los que deben ser tratados como tales cualquiera que sea la profesión de las personas que hayan tomado parte en ellos, y dentro de esa enumeración que con sentido positivo y a la vez negativo aparece conjugada en los Arts. 20 y 23 de la codificación en cita, preciso es señalar que hay allí un buen número de actos que por su esencia no son ni mercantiles ni civiles, habida cuenta que de acuerdo con el criterio que inspira los textos legales que los contemplan, pueden revestir uno u otro carácter según las circunstancias en que se realicen y donde los móviles determinantes juegan un papel preponderante cual ocurre, por ejemplo, con la adquisición a título oneroso de toda clase de bienes, así como también con su enajenación, que se catalogan como mercantiles si la

*manera como las respectivas operaciones son gestionadas y la extensión que se les imprime, de hecho dan origen a una corriente comercial de negocios. Dicho en otras palabras, tratándose en concreto de esta clase de actos de compra y venta descritos en el num. 1o del Art. 20 del c. de Com., la intención de especular bajo forma comercial sobre bienes raíces o muebles es el elemento que, por el ministerio de la ley, determina el carácter mercantil de esos actos y permite, por añadidura, identificar la legislación de fondo que le es aplicable. (...)*⁷

Es claro entonces como la Corte Suprema de Justicia separa los asuntos civiles de los mercantiles resaltando las marcadas diferencias que impiden que unos y otros puedan resolverse bajo el mismo criterio jurídico, el cual también es claro que hoy en día se limita solamente al ámbito sustantivo del derecho, pues en materia procesal el derecho Colombiano se ha quedado corto a la hora de otorgarle al Derecho Comercial la autonomía que la Corte pregona.

Como se señaló anteriormente, el Decreto 2273 de 1989, aun vigente, pues no hay norma expresa que consagre su derogatoria expresa o tácita, ha sido el mayor intento de lograr esta tan anhelada autonomía procesal del Derecho Comercial, lo cual no se logró por los grandes errores cometidos por el órgano ejecutivo en su creación que no permitieron que este decreto tuviera el impacto esperado, pero que podría “reactivarse” por decirlo de alguna forma, realizando las correcciones pertinentes en los puntos más importantes del mismo.

Valdría la pena reflexionar (después de realizar las descripciones históricas, extranjeras y nacionales, el estudio de las normas que han existido en Colombia y algunas críticas realizadas), acerca de la importancia que tiene el derecho comercial en la economía de cada sociedad y por consiguiente la creación o reactivación de un Juez experto en materia comercial.

⁷ Nótese que el fallo hace referencia a la importancia de la separación de la legislación civil y la legislación mercantil, la cual se ve trabada porque ciertamente carece de sentido sino tienen un Juez especializado

La importancia del Tribunal de Comercio en Francia, como guardián del derecho comercial y máximo órgano de la jurisdicción mercantil tiene ciertamente una importancia económica, tal como se expresa en la doctrina:

“El término comercio, que dio origen a la expresión “derecho comercial”, tiene un sentido más amplio en el lenguaje jurídico que en el de los economistas. Si se olvida o se confunde, surgen incertidumbre o errores en la comprensión e interpretación de los textos de derecho comercial. No es posible, en ese caso, darse cuenta de su verdadero campo de aplicación, que es muy extenso.

- 1. En el lenguaje jurídico tiene un sentido amplio porque el vocablo “comercio” está dado en su significado casi etimológico. La expresión “commercium” designaba en Roma al conjunto de actividades referidas a los bienes materiales, susceptibles de ser objetos de operaciones jurídicas, de suerte que las cosas y las actividades profesionales se clasificaban en dos categorías: a unas se les denominaba in commercio y a otras, extra-commercium. Las operaciones de intercambio, de compra para vender así como las operaciones de producción, formaba parte de la primera categoría; todavía hoy se hace distinción entre comercio e industria.*

(...) El derecho comercial se aplica, pues, lo mismo a la industria que al comercio propiamente dicho. En el sentido jurídico de la palabra, el industrial es un comerciante.

- 2. En el lenguaje económico, por el contrario, se distingue entre el comercio y la industria. Aquel abarca solamente la circulación y distribución de las riquezas, mas no su producción.” (Guyenot, 1975)*

Se observa la relevancia que le da el derecho francés al derecho comercial y por consiguiente a sus Tribunales de Comercio; el derecho comercial en Colombia ha contribuido ampliamente al desarrollo del derecho económico, no es posible en la actualidad concebir el derecho mercantil sin preocuparse de su impacto económico, pues ambas disciplinas se encuentran recíprocamente

justificables; tan grande es el impacto, que un sector de la doctrina colombiana a considerado ampliar la denominación del derecho comercial y llamarlo “Derecho Económico”. (Narváez García, 2010)

Con base en lo anterior, sería importante plantear nuevamente la siguiente pregunta: ¿Necesita el derecho comercial (Derecho Económico), su propia organización judicial que permita desarrollar el potencial que las ciencias jurídicas reflejan en las ciencias económicas? Claro que si, en Colombia la falta de un Juez Mercantil ha causado grandes perjuicios no solo a los comerciantes, productores y negociantes, sino al Estado mismo, que tiene menos posibilidades de llevar a cabo una política fiscal eficiente que colabore al desarrollo económico y físico del país, debido a la ineficacia de la jurisdicción civil; además se busca con ello incentivar la inversión extranjera que ayuda en gran forma al desarrollo económico; es imposible desligar en la actualidad el derecho y la economía.

6. CONCLUSIÓN

Varios temas importantes pueden derivarse de las consideraciones anteriormente expuestas, es importante subrayar que un país en crecimiento y constante evolución económico no puede ser ajeno a la necesidad creciente de consagrar en su normativa una jurisdicción de comercio, tal como se desarrolló en Francia, donde inclusive hay un mercader, que no es jurista y que tiene funciones judiciales; cabe concluir que el Decreto 2273, que en la actualidad no se encuentra derogado, trajo consigo significativos avances, pero a su vez reflejó algunos problemas de manejo y estructura de una nueva jurisdicción, ya que se demuestra la necesidad de una estructura completa donde se respete adecuadamente el principio de doble instancia.

De igual modo, se logra identificar las falencias de la consagración del acto de comercio en correlación a la carencia jurisdiccional del ordenamiento jurídico

colombiano, pues resulta claro que el artículo 20 del Código de Comercio nacional, ha representado grandes problemas de interpretación normativa.

Por último debe resaltarse la relación existente entre sociedad y derecho, ya que el crecimiento del primero, obliga al crecimiento del segundo, pues en un plano de seguridad jurídica, el derecho no puede quedarse ajeno al contexto social.

BIBLIOGRAFÍA

- ZAMORA PIERCE, Jesús. Proceso Mercantil (Pasado, Presente y Futuro). [En línea] disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/640/32.pdf>.
- MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. Seis Lustros de Jurisprudencia Mercantil. [En línea] disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/825/82510505.pdf>
- BOUVIER, Yannick. El “TRIBUNAL DE COMMERCE” en Francia. [En línea] disponible en: http://www.icas.es/export/sites/default/icas/es/galerias/descargas/CRI/El_Tribunal_de_Comercio_en_Francia.pdf
- CORREA MORAN, Ana Margarita y NARANJO MEJÍA, Shirley Tatiana. Incidencias Socio-Jurídicas que traería Consigo la implementación de la Jurisdicción Comercial en el Sistema Judicial Colombiano. [En línea] disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos-pdf4/incidencias-socio-juridicas-que-traeria-consigo/incidencias-socio-juridicas-que-traeria-consigo.pdf>
- CASTRILLÓN, Víctor. Los Fundamentos del Derecho Procesal Mercantil. [En línea] disponible en: http://www.buap.mx/investigacion/invesjuri/tlame/17y18/p_242.pdf
- WIESNER M, Luis Roberto. Los códigos mercantiles en la Colombia decimonónica: La migración de un ideal igualitario. [En línea] disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_comercial/material/documentos_interes/wiesner_los_codigos_mercantiles.pdf
- LEAL PÉREZ, Hildebrando. Código de Comercio Anotado. Vigésimosegunda edición. Bogotá D.C. Leyer, 2005.
- PEÑA ALZATE, Oscar y PEÑA, Luis Guillermo. Constitución Política de Colombia. Comentada, Concordada e Indizada. Décima edición. Medellín. Señal Editora, 2006.

- RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General del Proceso. Primera edición. Medellín. Editorial Comlibros, 2006. 874 p.
- NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Introducción al Derecho Mercantil. Décima edición. Editorial Legis, 2010. 232 p.
- VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. Orden Societario. Tercera edición. Medellín. Librería Señal Editora, 2010. 897 p.
- VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. Instituciones de Derecho Comercial. Cuarta edición. Medellín. Librería Señal Editora, 2003. 700 p.
- GUYENOT, Jean. Curso de Derecho Comercial, Volumen I. Primera edición. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1975.
- RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Comercial, Volumen I. París. Segunda edición. París. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954. p. 404.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia 006 del 7 de febrero de 1996, con Magistrado Ponente: Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.
- Código de Comercio, Vigésimo Sexta Edición, Bogotá D.C., Legis 2011.
- Código Civil, Vigésima Quinta Edición, Bogotá D.C., Legis 2010.
- Código de Procedimiento Civil, Vigésima Edición, Bogotá D.C., Legis 2008.