

LA EMPRESA Y EL EMPRESARIO

Julio Enrique Bonilla Reyes

I. LA EMPRESA

LA EMPRESA es tema obligado de foros, mesas redondas, simposios y seminarios, en los cuales se pretende, desde diversos ángulos del conocimiento, estudiar su estructura, su relación con el entorno social en el que opera, las modalidades de gestión internas y externas o considerarla como el eje del derecho concursal y como punto focal de esa nueva disciplina llamada Derecho Económico. En últimas, la empresa es el punto de mira de diversas ramas del conocimiento o, como dijera el profesor Sotomonte, «... ésta se convierte en el centro de gravedad de lo económico en el mundo moderno»¹.

A. LA EMPRESA COMO CATEGORÍA ECONÓMICA

ASÍ COMO los métodos artesanales de producción fueron reemplazados por la producción en serie (fábrica), el comercio amplió su función económica de instrumento facilitador de la circulación de los bienes cuando se tomó en consideración que en el ciclo productivo, tanto de bienes como de servicios, intervienen en variada proporción el trabajo, el capital y los bienes de la naturaleza coordinados por la actividad creadora del hombre encaminada a la obtención de un fin de carácter económico.

Aparece entonces la noción de empresa como una categoría económica organizada para el intercambio o asignación de recursos, cuyo objeto principal es combinar los factores de la producción para minimizar los costos y maximizar las utilidades.

El capitalismo es básicamente un sistema de empresas, donde los modestos negocios son desplazados porque el crecimiento del mercado de bienes y servicios requiere la producción, la distribución y el mercadeo a escala.

Las necesidades del Estado como animador o como detentador de monopolios lo obligan a asumir el carácter de protagonista o por lo menos de copartícipe (intervencionismo de Estado), lo cual realiza a través de la empresa pública.

La empresa, pública o privada, constituye el centro solar del desarrollo socioeconómico con una connotación invariable: organización de actividades productivas y de los medios materiales e inmateriales indispensables para realizarlas.

¹ SAÚL SOTOMONTE SOTOMONTE. *El orden Privado*, Bogotá, Universidad Externado de *jurídico y la empresa*, Estudios de Derecho Colombia, 1986, p. 83.

B. LA EMPRESA COMO CATEGORÍA SOCIAL

EN LA MEDIDA en que la empresa es el centro del desarrollo socioeconómico, ella se convierte en un crisol en el cual las fuerzas en conflicto, internas o externas a ella, se encuentran, se amalgaman, se unen o se desintegran.

La empresa no puede concurrir únicamente a la satisfacción de las necesidades legítimas del individuo; ella es actora y partícipe en las satisfacciones colectivas; es generadora de conflictos socioeconómicos en los cuales los intereses particulares chocan con los sociales o colectivos².

C. LA EMPRESA Y LA POLÍTICA

SI LA EMPRESA es un crisol en donde las fuerzas de producción, capital y trabajo, entran en conflicto en pos de la satisfacción de sus propios intereses y la política es el arte de conducir a los pueblos en la búsqueda de la felicidad, es indudable que ella tiene que ser objeto de la atención de esta.

El poder y la empresa se interrelacionan de tal manera que sin temor a equivocarnos podemos afirmar que se influyen en una forma tal que nos permiten distinguir o caracterizar a los sistemas políticos según se considere a la empresa: libertad de mercado, economía planificada, etc.

Las medianas y grandes empresas constituyen un factor de poder y al agruparse conforman grupos de presión. Las transnacionales representan un poder de tal magnitud que trasciende sus fronteras de origen. La acumulación de riqueza, la creación y posesión de conocimientos tecnológicos, la formación de conglomerados permanentes o transitorios, permiten afirmar a los politólogos la existencia de un poder político diferente al constitucionalmente establecido.

La Constitución colombiana de 1991 introdujo el concepto de empresa, y de los varios artículos que a ella le dedica vale la pena resaltar el artículo 333 que consagra la función social de la empresa³.

D. LA EMPRESA Y LA CIENCIA JURÍDICA

EL DERECHO como ciencia no ha pensado a la empresa como un concepto general y unívoco; la ha visto desde las diversas ramas que, de una u otra manera, tocan el concepto. Aspectos específicos, facetas, relaciones, han sido objeto de tratamiento legislativo⁴.

«El tema de la empresa como objeto de negocios jurídicos [...] nos sitúa de lleno en la selva tropical de las construcciones dogmáticas, donde las más diversas teorías tratan de dar investidura jurídica al nuevo fenómeno económico que la empresa significa»⁵. Diversas construcciones de origen doctrinario o legislativo han tratado de responder la pregunta.

² Cfr. LEO HUBERMAN. *Los bienes terrenales del hombre*; las encíclicas papales *Rerum Novarum*, *Cuadragesimo anno*, *Mater et Magistra*, etc.

³ Cfr. Arts. 2º, 333, 334, 336 y 365, C. P.
⁴ «La empresa está ausente de los códigos; mejor dicho los códigos de derecho privado se limitan a levantar acta de que la empresa esta ahí, pero no se ocupan de ella». JOAQUÍN

GARRIGUES. *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Madrid, Edit. Tecnos, 1971, p. 273.

⁵ ALVARO CALVO ALFAGEME. «La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos», conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Madrid, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, Edit. Reus, 1945.

E. LA EMPRESA COMO PERSONA JURÍDICA

SE TIENDE A UNIFICAR los diversos elementos concurrentes en la empresa reduciéndolos a unidad; la empresa no es un conjunto de medios de producción inertes, su fusión corresponde a una independencia jurídica y al nacimiento de un nuevo sujeto con vida propia. Esta construcción jurídica confunde al titular de la empresa con la empresa misma.

F. LA EMPRESA COMO PATRIMONIO SEPARADO

LA UNIDAD JURÍDICA que en la construcción anterior se convierte en persona jurídica aquí se traslada al patrimonio, el cual se separa del patrimonio general del empresario y se convierte en un patrimonio de afectación. La empresa es un patrimonio autónomo distinto del patrimonio del empresario definido por su finalidad; tiene una administración propia, un nombre, una representación y una capacidad para ser titular de derechos y obligaciones. El comerciante tiene una doble personalidad: como comerciante y como persona, y deviene en ser titular de dos patrimonios distintos: la empresa y el patrimonio general.

Desde el punto de vista jurídico esta construcción no es cierta, ya que la separación entre el patrimonio autónomo o de afectación y el patrimonio general del empresario frente a los terceros no es viable; los acreedores mercantiles no pueden exigir una satisfacción privilegiada con el patrimonio de la empresa; los acreedores civiles podrían y pueden pretender el pago de sus acreencias con el patrimonio civil y/o con el patrimonio supuestamente autónomo. El patrimonio mercantil y el patrimonio civil responden por toda clase de deudas sin importar su origen⁶.

G. LA EMPRESA COMO UNIVERSALIDAD

COMO LA EMPRESA está integrada por una variedad de cosas, no necesariamente ligadas entre sí, sino vinculadas por una finalidad, se pretende que hay una universalidad. En algunos casos universalidad de hecho, en otros jurídica, dependiendo del énfasis que se le dé a la voluntad del sujeto constituyente (universalidad de hecho) o al reconocimiento que haga el derecho de la unidad (universalidad jurídica).

Retorna la vieja confrontación entre *universitas facti* y *universitas iuris*. Se olvida que la primera lo es en cuanto el *iuris* les concede ese carácter y la segunda tiene como substrato de la abstracción una pluralidad de cosas físicas. En últimas toda universalidad, en cuanto concepto jurídico, es al propio tiempo de hecho y de derecho.

H. LA EMPRESA COMO ACTIVIDAD

Esta construcción se separa del concepto económico de empresa (organización de factores de la producción con el fin de obtener una ganancia ilimitada) y observa que en la empresa existen dos fenómenos diferentes, coexistentes pero

⁶ En esta construcción tendría cabida la empresa unipersonal de reciente creación en el panorama jurídico y que se caracteriza precisamente por los elementos esbozados. (Arts. 75 ss. Ley 222/95).

independientes: la empresa como actividad económica del empresario y el establecimiento de comercio (azienda, fond de commerce) que se integra por el conjunto de medios instrumentales con los que aquel realiza su actividad.

La empresa no es un conglomerado de elementos de distinta naturaleza unidos por una finalidad económica (lucro) sino una actividad económica organizada con la finalidad de actuar en el mercado de bienes y servicios⁷.

Esta creación retorna al problema objeto de ella, ya que la actividad es la que crea la empresa, la cual es diferente, una vez creada de la actividad misma.

I. LA EMPRESA COMO ORGANIZACIÓN

LA CIENCIA contemporánea se caracteriza por la especialización siempre creciente, impuesta por la inmensa cantidad de datos, la complejidad de la técnica y la diversidad teórica dentro de cada campo. La ciencia está escindida en innumerables disciplinas que sin cesar generan nuevas subdisciplinas.

El científico de hoy está encapsulado en un universo privado y es difícil que las palabras pasen de un compartimento a otro. Frente a esta realidad encontramos otro aspecto contradictorio: hay problemas y concepciones similares en campos distintos.

Este enfrentamiento parece inclinarse hacia un procedimiento que permita convertir en una realidad conceptual aquellos elementos comunes existentes en el conocimiento humano: la teoría de los sistemas. Su tema no es otro que la formulación y derivación de aquellos principios que son válidos para los sistemas.

La existencia de propiedades generales de sistemas es la aparición de similitudes estructurales. «La teoría general de los sistemas es una ciencia general de la totalidad»⁸.

Un sistema, es por lo tanto cualquier conjunto de elementos interrelacionados de tal manera que lo que afecta a un elemento afecta a todos los demás y lo que afecta a la totalidad, afecta a cada elemento.

Los sistemas a su vez se expresan por medio de organizaciones, las cuales se entienden como una estructura social, dinámica, de carácter permanente, compuesta por individuos en proceso de interacción, por recursos tecnológicos blandos y duros y por recursos financieros, creada deliberadamente con el propósito de alcanzar objetivos específicos⁹.

Vista desde este aspecto la empresa no es más que una organización caracterizada por la interdependencia entre sus elementos y el entorno, con una tendencia evolutiva al cambio permanente, producto de una causalidad circular y multifactorial.

La empresa al ser una organización creada por el hombre y para el hombre es un sistema abierto y como tal está influida por sus propios elementos, por la relación de estos con el entorno y por el entorno mismo.

⁷ Para Uría, la empresa en sentido jurídico-mercantil no es otra cosa que «el ejercicio profesional de una actividad económica organizada con la finalidad de actuar en el mercado de bienes o servicios». RODRIGO URÍA. *Derecho Mercantil*, 6ª ed., Madrid, 1968, p. 30.

⁸ L. VON BERTALANFFY. *Teoría General de los Sistemas*, p. 37.

⁹ Véase CARLOS AUGUSTO VIZCAYA GUARÍN. *Módulo de habilidades administrativas*, Diplomado en docencia universitaria, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

Destaca esta construcción el aspecto espiritual o inmaterial de la empresa como organización. La empresa es una organización de los medios de producción que conlleva una actividad que se ejerce a través del conglomerado de elementos que se han organizado para el desarrollo y obtención de la finalidad deseada.

El elemento decisivo de la empresa está en la organización, entendiéndola no como el simple ordenamiento material de un conjunto de cosas sino como un sistema en el que la fuerza espiritual del empresario (*feeling*, carisma) le da a la organización las peculiaridades que hacen que ella sea lo que es y no otra cosa. Es la diferencia entre el David de Miguel Angel y el David de cualquier otro escultor¹⁰.

J. LA EMPRESA EN EL DERECHO POSITIVO COLOMBIANO

La ausencia de un concepto jurídico unívoco acerca de la empresa, que anotábamos anteriormente, es realidad en el derecho positivo vigente colombiano: el Decreto 753 de 1956 define a la empresa como «Toda actividad organizada que tiende a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con el régimen jurídico especial, que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas». Esta consagración legal entiende a la empresa como una actividad encaminada a satisfacer necesidades de interés general; el concepto económico (maximización de las utilidades) es inexistente. En últimas, es el Estado paternalista.

El Decreto legislativo 2351 de 1965 entiende a la empresa como «... la unidad de explotación económica o las varias unidades independientes económicamente de una misma persona natural o jurídica que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio»¹¹. Construcción jurídica en la cual se confunde la empresa con el establecimiento de comercio; concepto útil para la declaratoria de unidad de empresa en el campo del derecho laboral pero ineficaz en el campo del derecho mercantil.

Sin negar la importancia que tiene la empresa dentro de la economía contemporánea (recuérdese Sotomonte), vale la pena preguntarnos por qué estudiarla, cuando nuestro derecho mercantil no se fundamentó en el concepto de empresa sino en el de acto de comercio.

En efecto, para la determinación del contenido y ámbito de aplicación del derecho mercantil (entendido como conjunto normativo y no como ciencia viva) el legislador no tuvo en cuenta el concepto de empresa, sino el acto de comercio, sin importar si él es aislado o perteneciente a una organización. En últimas, como lo señala el profesor Narváez, «El arbitrio legislativo, que es el criterio más certero para determinar la materia mercantil...»¹².

En nuestro Código de Comercio existen alusiones a la empresa pero ello no nos permite afirmar, como lo dijimos atrás, que ella sea el eje del derecho mercantil.

¹⁰ Véase JOAQUÍN GARRIGUES. *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, Madrid, Imprenta Aguirre, 1967.

¹¹ El artículo 194 citado fue modificado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990.

¹² JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ GARCÍA. *Introducción al Derecho Mercantil*, 7ª ed.,

Bogotá, Doctrina y ley, p. 104. En el mismo sentido véase FONTANORROSA. *Derecho Comercial Argentino*, Parte General, T. I, 6ª ed., Buenos Aires, 1979, p. 28; Rocco. *Principios de Derecho Mercantil*, Parte General, México, 1960, p. 42.

La consideración de la empresa y su entorno como tema de estudio, a más de las inclusiones que hizo el legislador en el Código de Comercio se fundamenta en el hecho de ser ella el presupuesto del concepto de empresario y concluye en el establecimiento de comercio con sus afectaciones en el mundo de los negocios¹³. Y por qué no, en la creación legislativa de la empresa unipersonal (Ley 222/95).

II. DEL CONCEPTO DE EMPRESA EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

PARA EL LEGISLADOR de 1971 (Decreto ley 410, Código de Comercio) la empresa es «toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio».

El concepto de empresa que consagra el Código de Comercio es impreciso: omite el elemento espiritual que constituye la esencia de la empresa y enfatiza la idea de actividad. Idea que responde a cualquier cosa. Actividad organizada es desde el puesto callejero de venta hasta la gran industria, pasando por la pequeña y mediana empresa.

La empresa conlleva una complejidad en la actividad; complejidad que no aparece en la conceptualización del artículo 25 del Código de Comercio.

La complejidad de la empresa entendida como la simbiosis entre el elemento espiritual y la actividad organizada requiere la colaboración de un número abundante de personas y la disponibilidad de maquinarias y equipos guiados por la fuerza del empresario hacia la obtención de un fin determinado: maximización de utilidades.

La conceptualización del legislador es eminentemente funcional antes que normativa. A pesar de lo anterior, debemos reconocer, como lo manifiesta Narváez, citando al tratadista Broceta Pont, «... que el código colombiano de Comercio de 1971 introduce algunas normas que dan cumplida respuesta a los conflictos que provoca especialmente el hecho de que la empresa es objeto de tráfico jurídico, (?) en forma más satisfactoria que algunos códigos europeos...»¹⁴ (interrogación fuera de texto).

III. DE LA CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS

A PESAR DE QUE los abogados somos tan dados a realizar clasificaciones que a veces se tornan innecesarias frente al ordenamiento jurídico, parece necesario distinguir las empresas que nos interesan como objeto de estudio de aquellas que no lo son, sin negar la trascendencia que ellas puedan tener en el mundo social.

A. EMPRESAS NO COMERCIALES

ES FRECUENTE LEER en los artículos económicos y políticos que el Estado es el primer empleador (léase empresario); sin embargo, debe recalcar que este lo único que hace es desarrollar su actividad administrativa. El Estado, con

¹³ En sentido contrario ENRIQUE GAVIRIA GUTIÉRREZ. "La inutilidad de la noción de Empresa en el Derecho Mercantil", en *Derecho Comercial Colombiano*, Medellín,

Cámara de Comercio, Colegio de Abogados, 1985, pp. 44 ss.

¹⁴ *Ibid.*, p. 170.

fundamento en la Constitución¹⁵, es el gran prestador de los servicios públicos a través de entidades descentralizadas de naturaleza pública que no constituyen empresa y cuyo tratamiento jurídico corresponde al derecho público, no a las normas comerciales.

Aclaremos que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con menos del 90% de aporte estatal en la constitución de su capital social se regirán por las reglas del derecho privado¹⁶, lo cual las constituye en verdaderas empresas.

En esta materia vale la pena resaltar, por su novedad en cuanto a su origen y concepción, a las empresas sociales del Estado que tienen origen en la Ley 100 de 1993 (art. 194) y las que constituyen «una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o consejos...».

En el mundo contemporáneo y para la solución de las ingentes necesidades de los miembros de la comunidad, hacen su aparición una serie de organizaciones que a pesar de su actividad y de la magnitud que pueden llegar a tener sus activos no son empresa por cuanto carecen de una de las características que tipifican la actividad mercantil: el ánimo de lucro¹⁷. Su objeto es altruista y su función eminentemente comunitaria; ONG, cooperativas, sindicatos. Lo anterior no es óbice para que ellas realicen actos de comercio, lo cual las torna en sujetos impropios pero no en sujetos propios (léase comerciante).

Por razones de política de Estado o de tratamiento tradicional (incentivar la agricultura y la ganadería, etc.) en algunas legislaciones mercantiles se ha considerado la explotación agrícola y ganadera como no mercantil, siempre que se reúnan los requisitos establecidos por el legislador (art. 23 C. Co.)¹⁸. El numeral 4 del artículo citado exige que las enajenaciones de los productos (frutos o ganados) sean hechas en su estado natural, o que si ellos se transforman la transformación sea hecha por los mismos productores, siempre y cuando ella en sí misma no constituya una empresa.

¹⁵ Art. 2º: «Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución ...». Art. 365: «Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley. Podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente por comunidades organizadas o por particulares...». Art. 366: «El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, son finalidades del Estado...».

¹⁶ Véase arts. 461, 464 y 466 C. de Co.

¹⁷ Cfr. NARVÁEZ. *Op. cit.*, pp. 41 y 42. RAÚL

CERVANTES AHUMADA. *Derecho Mercantil*, 3ª ed., México, Edit. Herrero, pp. 2 ss.; GARRIGUES, *Op. cit.*, pp. 8 ss.; GIUSEPPE BRANCA. *Instituciones de Derecho Privado*, trad. de PABLO MACEDO, 6ª ed., México, Edit. Porrúa, 1978, p. 502.

¹⁸ «No son mercantiles:

«4) Las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural. Tampoco serán mercantiles las actividades de transformación de tales frutos que efectúen los agricultores o ganaderos, siempre y cuando que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa, y

«5) La prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales».

Ahora bien, ¿cuando la transformación del producto incluye la producción del mismo y aquella constituye por sí misma una empresa esta será comercial? ¿Las actividades agrícolas y ganaderas que tienen las características de empresa son civiles o comerciales?

IV. DE LOS ELEMENTOS DE LA EMPRESA

A pesar de los comentarios hechos anteriormente al artículo 25 del Código de Comercio, todo parece indicar que el legislador del 71 adhirió en la conceptualización de empresa a la corriente doctrinaria que ve en ella la idea organizadora del empresario (la empresa organización) actuando sobre un patrimonio y dando lugar a relaciones jurídicas y de hecho¹⁹.

Los variados elementos que componen la empresa están unidos por el elemento espiritual (idea organizadora) del empresario que no es otro, que una identidad de destino común que hace que el actor y los terceros la consideren unitariamente. Pero esta voluntad unitaria es insuficiente mientras el ordenamiento no la reconozca para convertirla en un objeto unitario (persona) del derecho. La empresa es una construcción conceptual de gran importancia en el derecho, pero ella no es por sí misma *sujeto de derecho*, a pesar de lo que parecería indicar el legislador en algunos artículos del Código de Comercio cuando confunde a la empresa ya sea con el empresario, ya sea con la actividad o con el establecimiento de comercio²⁰. En conclusión, la empresa no es sujeto de derechos y obligaciones²¹ y por lo tanto sobre ella, entendida en su prístino concepto, no se producen ni es objeto de negocios jurídicos.

La empresa existe en cuanto desarrolla una actividad encaminada a la búsqueda de un fin, y fallece cuando cesa su actividad; en este sentido, la ciencia económica es clara cuando en la rama de la valuación comercial distingue entre avalúo de empresa en marcha y de empresa en liquidación.

La empresa como concepto dinámico integra tres aspectos, sin los cuales no es posible hablar de empresa, a saber: las personas, la actividad económica y el establecimiento mercantil. Repetimos que a nuestro parecer esta simbiosis se hace bajo una fuerza espiritual, que es el modo como los tres elementos se combinan y que da lugar en la administración de empresas a las diversas teorías de la administración.

V. DE LAS PERSONAS

DOS CLASES de relaciones jurídicas confluyen en la empresa acerca de las personas, los propietarios y los trabajadores. Sin negar la importancia que ambas tienen²², no solamente en la elaboración del concepto sino en la vida y extinción de la empresa, será objeto de escrutinio el concepto de propietarios, ya que los

¹⁹ Cfr. art. 25 C. de Co.

²⁰ En este sentido, véase NARVÁEZ GARCÍA, *Op. cit.*, pp. 171 ss. *Hoy, Derecho Mercantil Colombiano*, Parte General, 8ª ed., Bogotá, Edit. Legis, pp. 236 ss.

²¹ SAÚL SOTOMONTE SOTOMONTE, *Op. cit.*, pp. 84 ss., requiere por un reconocimiento de personalidad a la empresa.

²² La consagración de la empresa como función social en la Constitución tiene fundamento en las relaciones sociales que nacen de la empresa y que en últimas colaboran para que el Estado logre la felicidad y el bienestar de los coasociados.

trabajadores son sujetos de reglamentación en el derecho del trabajo, sin desconocer que en algunos aspectos ellos tocan los linderos del derecho comercial²³. Respecto de las personas como propietarias de la empresa y sin olvidar que la empresa exige una magnitud en los elementos materiales que la componen, magnitud que no fue tenida en cuenta por el legislador del 71, debemos aclarar que nos referiremos al sujeto propietario, ya sea real o no esta condición, sin que ello nos impida en su momento hacer algunas distinciones respecto de la realidad o no de la propiedad.

Los sujetos del derecho mercantil son las personas naturales o jurídicas que tienen la calidad de empresarios mercantiles (art. 1° C.Co.) y también quienes sin ostentarla realizan accidental u ocasionalmente actividades que la ley reputa mercantiles (art. 11 C. Co.). Podemos hablar de sujetos propios o improprios del derecho mercantil según sea la forma como realicen la actividad²⁴. Cualquier persona puede ser sujeto de una relación jurídico mercantil sin ser comerciante. En una palabra, todos en algún momento somos sujetos del derecho mercantil.

A. LOS SUJETOS PROPIOS

EL SUJETO PROPIO es nada menos que el empresario mercantil, quien no es otro que aquel que realiza profesionalmente una actividad que la ley considera mercantil²⁵. En este mismo sentido se pronunció el legislador del 71 por medio del artículo 10° del Código de Comercio.

Resulta curioso señalar cómo, a pesar de los significativos avances que presentó la normatividad legal colombiana para el momento de su expedición, en cuanto a esta materia continuó con la tradición y empleó la expresión comerciante, de contenido limitado en cuanto se entiende por él a la persona que se dedica al intercambio de productos²⁶, desechando la expresión empresario que se vincula con el concepto de empresa, en el cual el legislador del 71 tomó una posición de avanzada al consagrar una definición legal de ella.

Debemos entender que el concepto de comerciante debe asimilarse al de empresario ya que, como dice De Solá Cañizares, «El comerciante es el sujeto del derecho comercial tradicional. El empresario lo es del derecho comercial después de una evolución en la que se ha constituido jurídicamente la noción de empresa»²⁷.

²³ Recuérdese auxiliares del comerciante, privilegios de los créditos laborales, etc.

²⁴ «Las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles no se considerarán comerciantes, pero estarán sujetas a las normas comerciales en cuanto a dichas operaciones (art. 11 C. Co.)».

²⁵ En el mismo sentido el artículo 2082 del Código italiano: «Es empresario quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada para el fin de la producción o del intercambio de bienes y servicios»; art. 3°, C. de Co. mexicano de 1887:

«Se reputan en derecho comerciantes:

«1. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio hacen de él su ocupación ordinaria.

«2. Las sociedades constituidas con arreglo

a las leyes mercantiles.

«3. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de estas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio».

²⁶ «Comerciante: persona que se dedica al comercio; particularmente dueño de una tienda». MARÍA MOLINER. *Diccionario de uso del español*, 2ª ed., Madrid, Edit. Gredos, 1981, p. 682.

²⁷ FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES, *Tratado de derecho comercial comparado*, T. II, Edit. Montaner y Simón, 1963, p. 31. En este sentido, véase *Garrigues Op. cit.*, p. 265. Cfr. MARCELA PARRA CASTRO DE CIFUENTES. *Actos de Comercio*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1991, p. 41: el comerciante es un concepto genérico del cual el empresario es una especie.

Lo que caracteriza al empresario es la realización de una actividad mercantil en una forma profesional; y no como antiguamente, cuando el sujeto calificaba a la actividad (derecho de los comerciantes).

A la persona, para adquirir la calidad de comerciante, no le basta con realizar una actividad que la ley considere mercantil; es necesario que el ejercicio de esa actividad se haga de una manera *profesional*. La característica de profesionalidad empleada por el legislador del 71 resulta confusa, si se tiene en cuenta que en nuestro medio este concepto está íntimamente ligado con la idea de una persona que ha cursado estudios sistemáticos en una institución dedicada a impartirlos (institución de educación superior)²⁸. Este no fue el sentido en el cual lo empleó el legislador. El legislador utilizó la expresión profesión en el sentido de actividad a la que se dedica una persona²⁹. En esta materia el código mexicano, el Código de Comercio español y el código de Costa Rica tienen una mejor redacción que la empleada por nuestro legislador³⁰. Profesionalidad debe entenderse en el sentido de habitualidad, modo de vida³¹.

La calificación de empresario, como consecuencia del *ejercicio* de una actividad de manera habitual, es una calificación adquirida a título originario (esto es, por la realización de la actividad o con el propósito de realizarla); ella no puede ser adquirida a título derivado ya que como actividad en sí misma no puede ser transmitida. Lo que se transmite es la empresa en sentido figurado, y en sentido particular sus componentes; quien la recibe puede adquirir el status a través del nuevo ejercicio o no adquirirlo nunca y deshacerse del ente unitario en forma individual o unitaria. La calidad de empresario, en razón del ejercicio, no se transfiere por herencia: es una consecuencia de la realización de una actividad *inter vivos*.

Debe señalarse, además, que la definición del artículo 10° del C. de Co. omite el requisito del ejercicio de la actividad *en nombre propio*, lo que trae como consecuencia el que se pueda predicar la condición de comerciante de personas que a pesar de ejercer el comercio no lo son efectivamente (auxiliares del comerciante), y que se excluya de tal calificación a personas que sin ejercerlo efectivamente por falta de capacidad sí lo son, por ejercerlo por medio de representantes legales, tal como lo establece el parágrafo 2° del mismo artículo citado. Y se desconoce así al empresario social, que adquiere la condición de comerciante por la declaración de objeto sin tener en cuenta el ejercicio³².

No sobra señalar que en el derecho colombiano se es comerciante o no se es. No hay comerciantes plenos y comerciantes semiplenos, no hay comerciantes grandes o pequeños. El concepto de comerciante es único e indivisible. Las clasificaciones son útiles desde el punto de vista pedagógico-académico o para

²⁸ En el mismo sentido NARVÁEZ, *Op. cit.*, p. 199.

²⁹ Véase MARÍA MOLINER, *Op. cit.*

³⁰ Véase nota 25 respecto del código mexicano; el artículo 1° del C. de Co. español dice: «Son comerciantes los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente»; el art. 5° del C. de Co. de Costa Rica define al comerciante como «las personas con capacidad jurídica para que ejerzan en

nombre propio actos de comercio, haciendo de ello su ocupación habitual».

³¹ En este sentido, entre otros, NARVÁEZ GARCÍA, *Op. cit.*; BRANCA, *Op. cit.*; TULLIO ASCARELLI. *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*, 1ª ed., Barcelona, Edit. Bosch, 1962.

³² La definición del artículo 10° del C. de Co. debe entenderse dirigida fundamentalmente al comerciante individual.

otras ramas del derecho. Las obligaciones del comerciante se imponen sin tener en cuenta la magnitud de la empresa: la tienda de barrio y la empresa de cadena están sometidas a las mismas obligaciones, por ejemplo al registro mercantil³³.

B. DE LOS CRITERIOS PARA ADQUIRIR LA CONDICIÓN DE COMERCIANTE

LAS DIVERSAS LEGISLACIONES mercantiles señalan diversas formas para adquirir la condición de comerciante: el ejercicio de la actividad (criterio material) o el cumplimiento de determinados requisitos (criterio formal). El Código de Comercio adoptó ambos sistemas dando prevalencia al criterio material.

El empresario individual y el colectivo adquieren la condición de comerciante por el ejercicio profesional de una actividad que la ley considera mercantil, independiente de que cumplan con la obligación de matricularse en el registro mercantil. El hecho de estar matriculado en el registro mercantil es una presunción de la condición de comerciante (art. 13 C. Co.); presunción de carácter legal, por lo cual se podrá demostrar que a pesar de estar matriculado, no se es comerciante por cuanto no se ejerce la actividad o se ejerce en forma ocasional. *Contrario sensu*, quien ejerce la actividad en forma habitual y en nombre propio, aun cuando no esté matriculado, será comerciante. La formalidad del registro es meramente publicitaria³⁴.

Los empresarios jurídicos adquieren la condición de comerciantes, por la declaración del objeto y el cumplimiento de las formalidades (escritura pública o documento escrito e inscripción en el registro, según el caso) de constitución. La sociedad constituida para un solo negocio es comerciante por su actividad—objeto (mercantil) a pesar de que su propósito es la realización de un solo negocio³⁵. Los empresarios jurídicos nacen comerciales sin haber realizado una sola actividad; los empresarios individuales y los colectivos se hacen.

VI. DE LOS PRESUPUESTOS PARA ADQUIRIR LA CONDICIÓN DE EMPRESARIO MERCANTIL

EL ANÁLISIS DEL CONCEPTO de empresario debe comprender los siguientes requisitos: capacidad legal, ejercicio de la actividad en forma habitual y ejercicio de la actividad en nombre propio³⁶.

³³ La tendencia del derecho mercantil contemporáneo presenta un doble movimiento: objetivamente amplía su campo de aplicación para abarcar todas las relaciones comerciales; subjetivamente limita su aplicación a los grandes empresarios desplazando de su cobertura al pequeño empresario.

³⁴ Resulta curiosa en esta materia la disposición del C. de Co. ecuatoriano en su artículo 6° complementado por el artículo 2° del D.S. 995.RO114 de noviembre 26 de 1963, que establece el criterio formal como causa de la condición de comerciante y sanciona como “ilícita cualquier actividad mercantil” que se realice sin el cumplimiento de la afiliación a la Cámara de Comercio.

³⁵ GIUSEPPE BRANCA, sostiene que este tipo de empresarios lo es por cuanto, «dada su organización, que requiere cierto tiempo (una duración) implica algo más que un acto único que se agote en sí mismo», *Op. cit.*, p. 504.

³⁶ En el mismo sentido, entre otros, NARVÁEZ *Op. cit.*; BORIS KOZOLCHYK y OCTAVIO TORREALBA. *Curso de Derecho Mercantil*, T. I, San José de Costa Rica, Edit. Juricentro, 1983. Vale la pena señalar que estos autores establecen un cuarto requisito: la actividad. Nosotros lo hemos unido; sin negar que por razones pedagógicas debería hacerse esa distinción. No se hace por cuanto el acto de comercio no es objeto de análisis.

A. DE LA CAPACIDAD LEGAL

LA CAPACIDAD LEGAL es comprensiva de los conceptos de capacidad de goce y de capacidad de ejercicio. La capacidad de goce es un atributo de la persona humana por el hecho del nacimiento (art. 90 C. C.) en virtud del cual es titular de derechos y obligaciones. Como atributo de la persona humana no es concebible una persona sin capacidad de goce, ni una capacidad de goce sin una persona a quién atribuírsela. La capacidad de ejercicio es la aptitud para ser titular de derechos y adquirir obligaciones por sí mismo (art. 1502 C. C.). Algunas personas pueden no tener capacidad de ejercicio (incapaces) o tenerla restringida (personas jurídicas).

La capacidad legal es predicable tanto de las personas naturales como de las jurídicas (art. 27, Ley 57 de 1887).

En materia mercantil, nuestro legislador reguló en los artículos 12, 14, 15, 16, 17 y 18 del C. de Co. el fenómeno de la capacidad, la incapacidad y las inhabilidades. En términos generales el artículo 12 resulta innecesario ya que no es más que una referencia a la legislación civil.

Por lo tanto, son plenamente capaces las personas mayores de 18 años³⁷ que no se hallen incurso en un fenómeno de incapacidad sobreviniente, absoluta o relativa, y que no sean inhábiles para ejercer el comercio.

1. Capacidad para ser empresario y capacidad para actuar como empresario

De la definición legal de comerciante (art. 10° C. Co.) no se puede deducir que para ser comerciante se necesite la capacidad legal, de que habla el artículo 12, ya que sin tener esa capacidad se puede ser comerciante. Hay que distinguir entre la condición de *ser* comerciante como *status*, *del ejercicio* del comercio como actividad. Hay que distinguir entre la *capacidad para ser* comerciante y la *capacidad para actuar* como comerciante.

Se puede ser comerciante sin tener capacidad para actuar como comerciante. Para actuar por sí mismo como comerciante, se requiere la capacidad de que habla el artículo 12 del C. de Co.³⁸ y la dedicación habitual al ejercicio de la actividad. Para ser comerciante basta tener capacidad legal, sin necesidad de dedicarse personalmente al comercio. Son comerciantes, por lo tanto, los menores de edad o los incapaces que actúan por medio de representante legal (tutor, curador), y las personas que ponen al frente del ejercicio de la actividad a un representante, absteniéndose de toda intervención personal (apoderado, intermediario o interpuesta persona: representación)³⁹. Ripert, con base en el derecho francés, opina en sentido contrario: «El menor no emancipado cualquiera que sea su edad, no puede ejercer el comercio y ninguna autorización puede

³⁷ La Ley 27 de 1977 modificó la mayoría de edad, estableciendo que son mayores de edad quienes han cumplido 18 años (art. 1°) y disponiendo que en todos los casos en los que la ley señale los 21 años como aptitud legal para ejecutar determinados actos jurídicos o para obtener la capacidad de ejercicio se entenderá por 18 años (art. 2°).

³⁸ Son plenamente capaces para ejercer el comercio los mayores de 18 años que sean

capaces y no se hallen incurso en alguna inhabilidad.

³⁹ Art. 10°, parág. 2 C. Co. En este sentido GARRIGUES, *Op. cit.*, p. 270, CÉSAR VIVANTE. *Instituciones de derecho comercial*, trad. MAZZI RUGGERO, De Hispana, 1982, p. 42. Con salvedades propias del derecho mexicano, RAFAEL DE PINA VARA. *Derecho mercantil mexicano*, p. 47.

librarle de esta incapacidad. La razón es que el menor no puede actuar por sí mismo y que no hay representación posible en el ejercicio de una profesión»⁴⁰. Ripert, reconoce los inconvenientes de esta posición y admite que ella ha derivado en que el propietario de un *fond de commerce* (léase establecimiento) puede concederlo en gerencia locación (léase factor), y añade: «... En este caso el comerciante es el gerente y no el propietario. El menor podrá pues conservar la propiedad del fondo [...] Es este (gerente) quien ejercerá el comercio»⁴¹.

A nuestro parecer es más lógica y útil, la posición sostenida por Garrigues y otros (véase nota 35) ya que se distingue entre los fenómenos de ser comerciante y de ejercer el comercio por sí mismo. Distinción útil y que soluciona los problemas que conlleva la transferencia de la empresa por causa de muerte y la incapacidad sobreviniente para ejercer el comercio, apuntalando los principios de la estabilidad y conservación de la empresa.

2. De las incapacidades

Tal como lo dijimos anteriormente, la capacidad legal debe entenderse en materia comercial como la capacidad legal general propia del derecho común. Reiteramos que el legislador del 71 no estableció una capacidad jurídica propia y especial para el comerciante. Por lo tanto las incapacidades para ejercer el comercio no son otras que las propias del derecho común, así:

- Son incapaces absolutos los menores impúberes, es decir, los varones menores de 14 años y las mujeres menores de 12 años, los dementes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito.

- Son incapaces relativos los menores púberes, o sea, los varones mayores de 14 años, las mujeres mayores de 12 años y menores de 18 años y los disipadores interdictos.

3. De las inhabilidades

Las inhabilidades (incapacidades particulares de que habla el art. 1504 C. C., por el contrario, son limitaciones (prohibiciones) que la ley impone a determinadas personas para ejecutar, en este caso, actividades comerciales de forma habitual. Las inhabilidades son, generalmente, sanciones o prohibiciones por razón de un interés general⁴².

El artículo 14 del C. de Co. establece algunas inhabilidades. Adviértese que esta enumeración no es taxativa, por cuanto otras normas contenidas en el mismo

⁴⁰ GEORGES RIPERT. *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, trad. de FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES, T. I, Argentina, Labor, 1988, p. 169. BARRERA GRAF sostiene: «de que el menor que adquiere a título gratuito una empresa, no sea comerciante no se sigue que no sea empresario; lo uno no implica lo otro, se puede ser empresario sin ser comerciante como sucede con ciertas sociedades de economía mixta [...] y se puede ser comerciante, sin ser empresario, como es el caso de los pequeños comerciantes [...] La titularidad

de la empresa no otorga ni confiere, en nuestro derecho, por sí mismo, status de comerciante». «Sujetos del derecho mercantil», en *Revista de Derecho Mercantil*, enero/marzo 1967, Madrid, pp. 41 ss.

⁴¹ RIPERT, *Op. cit.*, p. 170.

⁴² El C. de Co. ecuatoriano establece en el artículo 7º una inhabilidad que llama la atención por el sujeto de la misma: «no pueden comerciar: 1. Las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y los clérigos».

código o en otras leyes establecen limitaciones o restricciones a la capacidad de ejercicio en materia mercantil⁴³.

Además de las diferencias conceptuales, la diferencia fundamental entre las incapacidades y las inhabilidades aparecen frente al resultado en el caso del ejercicio del comercio:

– Si la persona es inhábil y ejerce una actividad comercial en forma habitual, adquiere el *status* de comerciante y por ende está sometida a las obligaciones y carga con las consecuencias de dicho *status*.

– Si la persona es incapaz (absoluta o relativa) y ejerce, *por sí misma*, una actividad mercantil en forma habitual *no* adquiere el *status* de comerciante y por ende no está sometida a las obligaciones ni a las cargas correspondientes a dicha condición.

– Si la persona es inhábil y ejerce una actividad mercantil, además de las sanciones establecidas en las normas particulares o especiales se le sancionará con multas sucesivas (art. 14, párrafo final). Los negocios jurídicos celebrados cuando se es inhábil serán eficaces en la medida en que ellos mismos lo sean⁴⁴.

– Las nulidades por falta de capacidad serán resueltas según el régimen común; por lo tanto los negocios jurídicos mercantiles realizados por incapaces absolutos serán nulos absolutamente (inexistencia-ineficacia), y los celebrados por incapaces relativos deberán ser declarados pero podrán subsanarse.

Sin perjuicio, de regresar posteriormente al tema, vale la pena comentar que en materia mercantil el legislador del año 71, modificado por la Ley 222 de 1995, estableció unas reglas peculiares que enunciaremos:

– Los incapaces (menores de 18 años, sordomudos que no puedan darse a entender por escrito y los disipadores interdictos) no podrán ser socios de sociedades colectivas o gestores de sociedades en comandita.

– Los menores impúberes (mujeres menores de 12 años, varones menores de 14 años), los menores púberes (mujeres mayores de 12 años y varones mayores de 14 años, ambos menores de 18 años), los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito y los disipadores interdictos podrán ser socios de sociedades diferentes a la colectiva, siempre y cuando no sean gestores, por conducto de sus representantes o con su autorización (art. 2º)⁴⁵.

B. DEL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD EN FORMA HABITUAL

LO QUE CARACTERIZA al empresario, según el derecho colombiano, es el ejercicio en forma habitual de alguna «... de las actividades que la ley considera mercantiles» (art. 10º C. Co.). Esta caracterización, *prima facie*, es simple ya que bastaría relacionarla con el artículo 20 del mismo código; si no fuese porque la dogmática jurídica ha refinado la elaboración de los conceptos de acto y de negocio jurídico sin detenerse a elaborar el de actividad; si no fuese porque, a pesar de la realización

⁴³ Entre otros cfr. arts. 1334, 15, 16, 222, 284, 1945, 2002 del C. de Co., Ley 222 de 1995, art. 8º Decreto-ley 250/70.

⁴⁴ En este sentido véase ASCARELLI, *Op. cit.*, pp. 142 y 143; GARRIGUES, *Op. cit.*, p. 289. En sentido contrario véase NARVÁEZ, *Op. cit.*, p. 209.

⁴⁵ Como nota al margen, hacemos nuestro el comentario de Hinestrosa y lamentamos que el legislador hubiese desaprovechado esta oportunidad para reglamentar, por lo menos en esta materia, el ejercicio de la curaduría por parte de los padres. FERNANDO HINESTROSA. *De la representación*, borrador inédito, 1993, p. 11, nota 37.

habitual de algunos actos de comercio, quienes los realizan no adquieren el status de empresario mercantil; si no fuese porque algunos actos adquieren la característica de mercantilidad en razón del sujeto que los realiza.

1. De la actividad

A nuestro parecer, el concepto de actividad tiene más relación con el concepto de empresa que con el concepto de acto o negocio jurídico. Lo que parece indicar que en el subconsciente del legislador existió la idea de rediseñar el eje del derecho comercial (en vez del acto, la empresa)⁴⁶.

Por actividad no puede entenderse la realización habitual de una serie de actos sino la realización de un conjunto de actos coordinados entre sí para una finalidad. Esta actividad entraña en sí misma dos conceptos que la han caracterizado y que son la razón de ser de ella: la intermediación y el ánimo de lucro⁴⁷.

Entendiendo por intermediación la interposición entre la oferta y demanda, ya sea de bienes o servicios. Y por ánimo de lucro, el propósito de obtener una utilidad. Propósito que no es necesario que se concrete en una ganancia efectivamente obtenida; basta el propósito y el deseo de obtenerlo⁴⁸. La actividad que confiere el status de comerciante está ligada con la realización de actos objetivos de comercio.

La enumeración del legislador del 71 en el artículo 20 es la base para definir el ámbito de aplicación del derecho comercial; pero ella, en sí misma, especifica actividades que no confieren la condición de empresario mercantil: el giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos valores no atribuyen por sí solos la condición de comerciante, aun cuando se realicen con habitualidad (num. 6).

Debe recordarse por otra parte que el legislador (art. 23 C. Co.) establece que algunas actividades, a pesar de que se hagan con habitualidad y en algunas ocasiones estén acompañadas de mediación y ánimo de lucro, no son mercantiles. Esta enumeración negativa ¿no quiere decir que ellas podrían ser comerciales? En últimas, como lo dijimos anteriormente, es el arbitrio legislativo el que delimita el contenido y el ámbito de aplicación del derecho mercantil.

Los actos que coordinados conforman el concepto de actividad, individualmente considerados no tienen que ser válidos. La actividad resultante individualmente mirada, negocio jurídico, puede no ser válida, puede no ser lícita y sin embargo conferir la condición de comerciante. Los actos que el sujeto realiza pueden estar afectados de nulidad (nulidad relativa) y a pesar de ello conferir la condición de comerciante, ya que la característica exigida por el legislador no es la validez sino la reiteración de actos con contenido económico (actividad)⁴⁹.

⁴⁶ ¿Muy avanzado el concepto para la naciente empresa de la década de los 60-70?

⁴⁷ BRANCA, *Op. cit.*, p. 504, considera que la característica fundamental es que la actividad debe ser económica, es decir, «destinada a la creación de riqueza: y ésta se crea ya sea por la producción, ya sea por el intercambio, tanto de bienes (ej., fabricación de automóviles, compra de cosas para revender) cuanto de servicios (ej., gestión

de un hotel, organización de espectáculos públicos)».

⁴⁸ Uno de los principios generales del derecho mercantil es la onerosidad y el desconocimiento de la gratuidad.

⁴⁹ Piénsese en el propietario de un motel o de un hotel de garaje, cuya actividad podría ser atentatoria contra la moral y las buenas costumbres.

2. De la habitualidad

Nuestro Código de Comercio, al igual que la mayoría de las legislaciones, exige, además del ejercicio de la actividad, el carácter de habitualidad de ella (profesionalidad = habitualidad). El concepto de habitualidad debe entenderse en el sentido de constante. Aun cuando no necesariamente debe ser principal, ya que puede ser desarrollada en forma secundaria, entendiéndose por ello menos importante. Piénsese en un abogado que además del ejercicio de su profesión (actividad no comercial según el art. 23) abre un establecimiento de comercio en el cual vende libros de contenido jurídico (actividad mercantil).

El ejercicio habitual de la actividad conlleva el hecho de que él debe ser público; es decir, la actividad mercantil ejercida en forma habitual implica un reconocimiento social. La comunidad sabe y reconoce que el sujeto que realiza la actividad es un comerciante.

Por otro lado, con base en el artículo 10º tan citado, y distinguiendo entre el empresario individual o colectivo y el empresario social, debe señalarse que la calificación de comerciante no puede otorgarse a partir del momento en el cual se inicia la realización de la actividad⁵⁰. La reiteración conlleva el paso del tiempo.

Lo anterior justifica y explica que el legislador haya establecido en el artículo 13 las presunciones de la condición de comerciante⁵¹. Presunciones de carácter legal y que por lo tanto admiten prueba en contrario. Si la presunción está acompañada por el ejercicio de una actividad que la ley considera mercantil en forma reiterada, dejará de ser presunción para tornarse en realidad. No se presumirá la actividad del sujeto; el sujeto será comerciante.

C. DEL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD EN NOMBRE PROPIO

NO BASTA CON EJERCER una actividad que la ley considere mercantil para adquirir la condición de comerciante, sino que es necesario que ese ejercicio se haga en nombre propio, sin importar mucho si se hace por cuenta propia o ajena: «Ejercer el comercio en nombre propio quiere decir adquirir derechos y obligaciones por consecuencia del ejercicio del comercio»⁵².

En nuestro sistema jurídico, el centro de imputación jurídica es el sujeto de los actos de los que resulta la actividad, y sujeto de esa actividad es el que con base en estos adquiere los derechos y asume las obligaciones.

Jurídicamente, comerciante es el titular de los derechos y obligaciones surgidas del ejercicio de una actividad (realizada en forma profesional) que la ley considera mercantil; económicamente, comerciante es quien ejerce la actividad. «Parte del contrato o contratante en sentido substancial (léase comerciante en sentido jurídico) es el titular de la relación contractual o sea el sujeto a quien se imputa directamente el conjunto de efectos jurídicos del contrato [...] Parte del contrato

⁵⁰ Recuérdese que el comerciante social adquiere la condición de comerciante con base en el criterio formal: por razón del objeto que pretende desarrollar y el cumplimiento de las ritualidades. Lo anterior es aplicable a la nueva creación jurídica, empresa unipersonal (Ley 222/95).

⁵¹ Art. 13 C. de Co.: «Para todos los

efectos legales, se presume que una persona ejerce el comercio en los siguientes casos:

«1) Cuando se halle inscrita en el registro mercantil;

«2) Cuando tenga establecimiento de comercio abierto, y

«3) Cuando se anuncie al público como comerciante por cualquier medio».

⁵² GARRIGUES, *Op. cit.*, p. 296.

o contratante en sentido formal (léase comerciante en sentido económico) es el autor del contrato o sea quien emite las declaraciones contractuales constitutivas»⁵³.

En consecuencia, el comerciante desde el punto de vista económico no será necesariamente comerciante desde el punto de vista jurídico; pero todo comerciante desde el punto de vista jurídico lo será económicamente hablando. En otras palabras, el empresario mercantil adquiere los derechos y asume las obligaciones que surgen del ejercicio de la actividad en razón de su propio quehacer (en nombre propio y por cuenta propia) o por medio de otros que lo realizan para él y en nombre de él (en nombre ajeno y por cuenta ajena)⁵⁴, o asume los efectos del negocio jurídico como consecuencia del quehacer de alguien que corre los riesgos de la actividad pero cuyas resultas las traslada a otro que puede o no ser empresario comercial (en nombre propio pero por cuenta ajena)⁵⁵.

Cuando el quehacer se realiza en nombre ajeno y por cuenta ajena hablamos de los auxiliares del comerciante; si el quehacer es realizado en nombre propio pero por cuenta ajena encontramos a los auxiliares del comercio. Cervantes Ahumada prefiere hablar de auxiliares subordinados y auxiliares autónomos⁵⁶.

1. Auxiliares del comerciante (*dependientes*)

La complejidad del quehacer material y espiritual de la empresa implica que el empresario no pueda actuar personalmente en la realización de todos los actos que coordinados (actividad) confluyen a la realización del fin de la misma. El empresario requiere en su ejercicio profesional, ya sea por razón de la complejidad o por su propio querer, de la colaboración de otras personas que lo auxilien en forma permanente o esporádica. Estos auxiliares se denominan auxiliares dependientes, subordinados; ellos ejercen permanentemente el quehacer comercial pero dicho ejercicio no se hace en nombre propio y por cuenta propia o por cuenta ajena, sino en nombre ajeno y por cuenta ajena. En razón de la forma como realizan la actividad comercial, ellos no adquieren la condición de empresarios mercantiles. Su actividad en relación con el empresario mercantil está regulada por el derecho laboral⁵⁷.

En sentido jurídico mercantil, no toda persona vinculada por una relación laboral con el empresario es auxiliar del mismo.

El auxiliar del empresario, objeto de atención para el derecho mercantil, reúne dos características que lo singularizan: su colaboración es de carácter permanente y obra por cuenta del empresario⁵⁸.

⁵³ C. MASSIMO BIANCA. *Diritto Civile*, III, Il Contratto, Milano, 1987, p. 53, citado por FERNANDO HINESTROSA. *De la representación*, *cit.*, p. 1.

⁵⁴ En este caso, quien realiza la actividad no adquiere la condición de comerciante aunque es el impulsor de la actividad (auxiliar del comerciante).

⁵⁵ En este caso, quien realiza el quehacer es comerciante y su actividad es precisamente la de mediar (auxiliar del comercio).

⁵⁶ RAÚL CERVANTES AHUMADA. *Derecho Mercantil*, 3ª ed., México, Edit. Herrero,

1980, p. 292; NARVÁEZ cita a FERNANDO SÁNCHEZ CALERO. *Instituciones del Derecho Mercantil*, Edit. Clares, 1978, p. 125. En el mismo sentido, ASCARELLI, *Op. cit.*

⁵⁷ Adviértese que lo anterior no impide que dicha persona sea sujeto del derecho comercial en razón de lo dispuesto en el artículo 11 del C. de Co.; o que sea comerciante por realizar una actividad semejante o distinta a la del patrón pero en forma accesoria a su actividad principal (empleado).

⁵⁸ En este sentido véase NARVÁEZ, *Op. cit.*, p. 258.

El auxiliar del comerciante actúa dentro de la figura jurídica de la representación; ya sea por atribución legal (tutor, curador), por decisión del empresario (representación directa) y excepcionalmente por iniciativa propia (agencia oficiosa). Cuando el auxiliar actúa en nombre propio pero por cuenta ajena (representación indirecta) será un auxiliar autónomo o sea de la actividad mercantil; será un comerciante.

«La representación implica una legitimación excepcional, mejor aún, puede decirse que consiste en ella, cualquiera que sea su razón de ser o su origen; poder de disposición para ante los demás que le permite a alguien (representante) sustituir a otra persona (representado) en la celebración del negocio jurídico o contrato, y, declarando que obra en nombre y por cuenta ajenos sin vincularse personalmente, y si haciendo que todos los efectos de su actuación vayan a parar inmediatamente al *dominus*»⁵⁹.

Los auxiliares del comerciante al actuar, dentro del campo de la representación jurídica, tienen como fuente de la misma a la ley, al querer del representado y excepcionalmente a la intervención espontánea del auxiliar. Esta última es excepcional y, como tal, no se puede hablar de un auxiliar del comerciante ya que faltaría la singularización “de permanencia” de que habla Narváez⁶⁰.

La representación directa, sin importar su fuente, exige el poder o legitimación (fuente), la declaración expresa o la deducción tácita, de que obra a nombre y por cuenta ajena (representado), y que su actuación esté dentro de las facultades expresas o legalmente otorgadas. Si no existe la fuente, será un agente oficioso con la característica señalada anteriormente: no será auxiliar del comerciante; si se extralimita, se vinculará él personalmente, y los efectos los recibirá en cabeza propia (art. 833 inc. 2)⁶¹. Si su actuación se cumple dentro de los términos referenciados los efectos del negocio jurídico se colocarán directamente en cabeza del poderdante (art. 833 C. Co. inc. 1).

El representante tiene el deber de advertir que obra en nombre y por cuenta ajena⁶². El representado tiene la carga de anunciar a los terceros que en su representación puede actuar el representante. (Obligaciones del comerciante, art. 19 num. 2 C. Co.). Los terceros tienen el deber de verificar las facultades del representante (art. 837 C. Co.).

El representante como auxiliar del comerciante no es un mero instrumento mecánico del negocio; al contrario, es un colaborador jurídico para la celebración del negocio y como tal deberá actuar en todo de acuerdo con la voluntad del representado.

⁵⁹ FERNANDO HINESTROSA, *Op. cit.*, p. 6. En el mismo sentido VIVANTE, *Op. cit.*, pp. 72 ss.

⁶⁰ Interesante en esta materia resulta el artículo 842 del C. de Co. HINESTROSA plantea la duda de si el fenómeno que se da en la conducta del 842 es una representación anómala o un efecto sancionatorio por una apariencia que el *dominus* permite en razón de su negligencia o por su culpa. Comparámos el criterio expuesto por HINESTROSA cuando concluye que es un efecto sancionatorio antes que una forma anómala de repre-

sentación. CERVANTES AHUMADA considera que hay una representación tácita (*Op. cit.*, p. 292).

⁶¹ Vale la pena anotar que los negocios jurídicos realizados extralimitando las facultades del apoderado podrán ser ratificados por el poderdante; caso en el cual se radicarán sus efectos en cabeza del representado a partir del momento de la culminación del negocio objeto de la ratificación a posteriori.

⁶² Véase VIVANTE, *Op. cit.*, p. 72; HINESTROSA, *Op. cit.*, p. 7.

2. De la representación legal

La representación legal tiene su fuente en la ley y obedece, principalmente, a la incapacidad del representado. Debe distinguirse, dentro de la representación legal, el fenómeno de la patria potestad, «... conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de sus deberes que su calidad les impone» (art. 288 C. C.), donde la ley designa a quien la ejerce (art. 288 C. C., modificado art. 24 Dcto. 2820/74); de la representación judicial en la cual el juez selecciona, posesiona y discierne el cargo al representante (arts. 649 C. P. C., 463 C. C.). En estos casos, el representado es comerciante aun cuando no tiene la capacidad para ejercer el comercio por sí mismo⁶³.

3. De la representación voluntaria

Consiste en la facultad o autorización que el representado concede a otra persona, llamada representante, para que a nombre y por cuenta suya celebre uno o varios negocios jurídicos cuyos efectos se colocan en cabeza del representado, siempre y cuando el representante haya actuado dentro de los límites impuestos por aquel. El fenómeno de la representación puede darse, al igual que en el derecho civil, para un negocio o acto jurídico específico o para muchos negocios jurídicos; en el primer caso, estaremos frente a un representante especial. En el otro, a una representación general. Teniendo en cuenta las especificidades establecidas para el auxiliar del comercio objeto de comentario, no cabe duda que nos interesa la representación general.

La representación voluntaria (especial o general) tiene fundamento en un instrumento técnico, el poder. El poder como tal es un «negocio unilateral, recepticio, revocable, de autorización, cuya función se agota en la mera legitimación del procurador designado...»⁶⁴.

El ejercicio del poder, por lo tanto, la celebración y conclusión de los negocios jurídicos para los cuales fue facultado tienen su legitimación en el poder, pero su regulación se encuentra en la relación entre representante y representado (instrucciones). Son las facultades otorgadas al representado y la celebración de los negocios dentro de este marco general, lo que coloca los efectos del negocio jurídico celebrado por el representante y el tercero en cabeza del representado.

La regla general es que el poder desde el punto de vista formal no tiene solemnidades, por lo tanto podrá otorgarse «por escritura pública o privada, por carta, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible y aún por la aquiescencia tácita...» (art. 2149 C. C.). Norma aplicable en materia comercial (arts. 2° y 822 C. Co.).

En materia comercial, el legislador estableció en el artículo 836 del C. de Co. que el poder para celebrar un negocio jurídico que deba constar en escritura pública «deberá ser conferido por este medio o por escrito privado debidamente autenticado». Por lo tanto, solo la exigencia de una solemnidad para la celebración del negocio jurídico exige formalidad en la fuente de la representación. Si no hay

⁶³ Véase el acápite, “De la capacidad para ser comerciante y para ejercer el comercio”.

⁶⁴ HINESTROSA, *Op. cit.*, p. 2.

solemnidad en los negocios jurídicos a celebrar o celebrados, la fuente no tendrá formalidad de ninguna clase. Regla general, pacífica en materia de derecho comercial, más si se tiene en cuenta la regla establecida en el artículo 824 del Código de Comercio⁶⁵.

El poder como fuente de legitimación comprende no solamente los actos expresamente contemplados en él sino todos aquellos «... comprendidos dentro del giro ordinario de los negocios cuyas gestión se le haya encomendado...» (art. 840 C. Co.). El representante siempre tendrá como regla de oro que *el poder no es una fuente de atribuciones omnímodas sino una autorización para efectuar los actos necesarios de administración*.

El representante deberá atender fundamentalmente el interés del representado y por ende el de los terceros participantes en la relación; el representante tiene como obligaciones fundamentales el ceñirse a los términos de la fuente y a las instrucciones recibidas del representado, dar cuenta de su gestión y entregar los bienes que haya recibido para o como consecuencia de la gestión.

4. De la representación orgánica

La representación orgánica o propia de las personas jurídicas es en todo diferente de la representación ordinaria. El representante legal y las personas que representan a la persona jurídica, interna y/o externamente, no tienen la fuente de su actividad en un acto de apoderamiento, sino en las facultades otorgadas en el acto constitutivo de la persona jurídica (ley en sentido general, escritura pública, documento de constitución); el representante orgánico no es representante en sentido propio de la persona jurídica, es la concreción material de la persona jurídica (órgano): «... quienes desempeñan las funciones adscritas a los órganos tienen un carácter muy acentuado de funcionarios con poderes propios ya que no le son delegados, vale decir, de órganos legales de la sociedad. De manera que si a lo largo de varios siglos sus atribuciones y facultades se enmarcaron dentro de la figura del mandato hoy se consideran funciones sociales»⁶⁶.

Lo anterior no impide que la persona jurídica, como tal, tenga representantes; caso en el cual tendrán la fuente y serán de las clases vistas anteriormente (representación voluntaria)⁶⁷.

VII. DE LOS AUXILIARES DEL COMERCIANTE EN PARTICULAR

COMO SE DIJO ANTERIORMENTE, no todo dependiente (empleado) es auxiliar del comerciante. El auxiliar del comerciante, objeto de análisis, es el centro de una compleja relación jurídica con una doble manifestación: 1. Una manifestación interna, que es fundamentalmente una relación de servicios cualificados por el elemento de continuada dependencia o subordinación que se manifiesta en deberes de obediencia y facultades de mando⁶⁸. 2. Una manifestación externa o

⁶⁵ Art. 824 C. de Co.: «Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco...».

⁶⁶ JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ GARCÍA. *Teoría General de las Sociedades*, 3ª ed., Librería del Profesional, 1980, p. 287; en el mismo

sentido HINESTROSA, *Op. cit.*, p. 142; GARRIGUES, *Op. cit.*, p. 560.

⁶⁷ Véase el texto al que se refiere la nota 63.

⁶⁸ GARRIGUES manifiesta que esta relación es más cercana al concepto de arrendamiento de servicios fiel germánico que al arrenda-

poder de representación, que mira al exterior y se concreta en la posibilidad de realizar negocios jurídicos que comprometen al empresario (representación). A pesar de que el legislador del 71 no reguló de manera general y específica el tema de los auxiliares del comerciante, es pacífico el aserto de cuáles son los sujetos que merecen esta consideración⁶⁹.

A. EL FACTOR

ES UNA DE LAS PARTES contratantes de una forma de mandato denominada preposición: «La preposición es una forma de mandato que tiene por objeto la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo» (art. 1332 C. Co.). El mandatario recibe el nombre de factor.

El factor es un auxiliar del comerciante con poder de representación frente a terceros, en virtud del cual podrá celebrar o ejecutar todos los actos relacionados con el giro ordinario de los negocios del establecimiento que administre, incluyendo enajenación y gravamen de los elementos que componen el establecimiento y que estén comprendidos dentro del giro ordinario de las actividades, a menos que el preponente (comerciante) le limite expresamente las facultades⁷⁰.

El contrato de preposición deberá inscribirse en el registro mercantil⁷¹, lo mismo que la revocación. El artículo 1333 del C. Co., sanciona con la inoponibilidad de la revocatoria a terceros cuando ella no está inscrita en el registro mercantil.

Como el factor ejerce la actividad comercial en nombre y por cuenta ajena, así lo deberá expresar en los documentos que suscriba. Cuando el factor obra dentro de los límites de las facultades y en nombre del comerciante este quedará obligado frente al tercero contratante. Cuando el factor viola las instrucciones del preponente, pero actúa dentro del límite de sus facultades o se apropia del resultado de las negociaciones los actos realizados en estas condiciones son de suyo pertenecientes al preponente; es decir, el factor compromete al empresario cuando actúa dentro de las facultades y en nombre del comerciante, aunque lo haga en contra de las instrucciones del preponente o se apropie del resultado (art. 1336 C. Co.); la regla general es que el factor está dotado de un contenido típico en su poder y como tal puede hacer todo lo que el comerciante podría hacer, "... salvo lo que sea personalísimo o implique la negación de la actividad mercantil (*v. gr.*: venta del establecimiento)"⁷² o el cambio del objeto de la misma⁷³.

miento romano inspirado en el arrendamiento de cosas. *Op. cit.*, pp. 658 ss. En nuestro derecho, no cabe duda que es una relación laboral.

⁶⁹ Véase GARRIGUES, *Op. cit.*, pp. 654 ss.; NARVÁEZ, *Op. cit.*, pp. 258 ss.; ASCARELLI, *Op. cit.*, pp. 262 ss.; VIVANTE, *Op. cit.*, pp. 75 ss.; CERVANTES AHUMADA, *Op. cit.*, pp. 291 ss.; RIPERT, *Op. cit.*, pp. 139 ss.

⁷⁰ El factor como auxiliar del comerciante y las limitaciones que se le impongan para el desarrollo de su actividad deberán ser

inscritos en el registro mercantil so pena de que ellas no sean oponibles a terceros.

⁷¹ Obligación del comerciante contemplada en el artículo 19 numeral 2. Esta inscripción tiene un efecto declarativo, es decir, el contrato existe aun cuando no se inscriba. La inscripción cumple efectos meramente publicitarios y los terceros podrán probar la existencia del contrato por cualquier medio de prueba.

⁷² GARRIGUES, *Op. cit.*, p. 666.

⁷³ En este sentido véase ASCARELLI, *Op. cit.*, p. 263; VIVANTE, *Op. cit.*, p. 76.

Como el factor es el alter-ego del empresario, los actos que él realiza en su propio nombre se colocarán en cabeza del preponente cuando ellos correspondan al giro ordinario de los negocios y sea conocida en forma notoria tal condición, o los resultados del negocio sean útiles al preponente aun cuando ellos no correspondan al giro ordinario del establecimiento y no sea notoria la calidad de factor. En estos casos el tercero contratante podrá ejercitar las acciones que tenga contra el factor o el preponente mas no contra ambos (art. 1337, parág. C.Co.).

Vivante distingue entre el factor propiamente dicho y el dependiente; entendiendo por este «A los que sirven de ayuda al patrón o al *institor* (léase factor)»⁷⁴. Distinción útil desde el punto de vista práctico y de la legislación italiana en la cual se establecen en el artículo 379 las funciones del dependiente. Ellas, aunque de gran importancia, no hacen más que reiterar el carácter de no representante del dependiente. Lamentable que el legislador colombiano no hubiese tomado dicha previsión cuando ella sería útil desde la praxis de la actividad.

B. EL AGENTE VENDEDOR

TAMBIÉN SE CONSIDERAN como auxiliares del comerciante a los agentes vendedores o agentes viajeros o viajantes de comercio o técnicos de ventas, que son personas naturales, mayores de edad, que bajo la dependencia de un patrón, o de varios simultáneamente, realizan la distribución de bienes, en algunos casos servicios, por un emolumento (sueldo, comisión, honorarios, porcentaje, etc.).

Su ocupación consiste en conseguir una clientela para el empresario. Generalmente estos auxiliares del comercio no tienen la facultad de representar al patrono; por lo tanto, la clientela que consiguen y por ende los negocios jurídicos que realizan quedan condicionados a la aprobación posterior del empresario.

Los agentes viajeros suelen tomar una denominación según el objeto (bien o servicio) fin de la actividad: agentes de seguros, agentes vendedores, etc.

VIII. DE LOS AUXILIARES DE LA ACTIVIDAD MERCANTIL

SUELEN LOS AUTORES presentar el tema de los auxiliares de la actividad mercantil anexo al tema de los auxiliares del comerciante; sin profundizar en la conveniencia o no del tratamiento pedagógico anterior y partiendo del supuesto de que los auxiliares de la actividad mercantil (en nombre propio y por cuenta ajena) son verdaderos empresarios mercantiles, «cuya actividad consiste en poner su organización y sus servicios a disposición del empresario representado. Ambos empresarios (representado y representante) no están ligados por un contrato de trabajo sino por un contrato de agencia, de comisión, o de corretaje»⁷⁵, omitiremos entrar en el tema, siguiendo la presentación de Ascarelli, por cuanto ellos deben ser objeto de análisis en la materia general de contratos⁷⁶.

⁷⁴ *Op. cit.*, pp 78 ss.

⁷⁵ MANUEL BROSETA PONT. *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, Edit. Tecnos,

1987, p. 161, citado por NARVÁEZ, *Op. cit.*, p. 263.

⁷⁶ ASCARELLI, *Op. cit.*, p. 264.