
JOSÉ ALPIANO GARCÍA MUÑOZ



INSTITUCIONES DE DERECHO COMERCIAL

VARIOS AUTORES

INSTITUCIONES DE DERECHO COMERCIAL

Arrubla Paucar, Jaime Alberto; Barrera Tapias, Carlos Darío; García-Muñoz, José Alpiniano; Gómez Leo, Osvaldo; Martínez Neira, Néstor Humberto; Mendoza Ramírez, Álvaro; Miranda Londoño, Alfonso; Muñoz Laverde, Sergio; Narváez García, José Ignacio; Neira Archila, Luis Carlos; Oviedo Albán, Jorge Ernesto; Pinzón Sánchez, Jorge; Reyes Villamizar, Francisco; Sanín Bernal, Ignacio; Velásquez Posada, Obdulio César. *Instituciones de Derecho Comercial*. Colección de Estudios de Derecho Económico, tomo I. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, D.C., 2003, 497 pp. (ISBN Obra 958-8192-33-1, volumen 958-8192-34-X).

Durante la época de la Alta Edad Media, cuando se establecieron los fundamentos de las modernas instituciones jurídicas y económicas¹, *Derecho y Economía* eran ciencias integradas que respondían a la unidad óptica de su objeto, esto es, a la acción humana encaminada a imperar eficientemente sobre las potencias personales y los bienes exteriores². Andando el tiempo el distincionismo racionalista, en su ánimo de encontrar ideas claras y distintas, se dio a la tarea de dividir lo que la realidad mostraba unido. La ciencia abandonó la búsqueda de la verdad, y en su lugar se ocupó en la creación de modelos útiles para manipular la realidad³.

Fue mucho lo que *Derecho y Economía* perdieron con tal distincionismo: los ilustrados abandonaron la visión unitaria desarrollada por los escolásticos españoles en sus estudios sobre economía⁴; la ilustración jurídica, por su parte, ignoró tal visión al igual que lo hizo con la ciencia jurídica de glosadores y postglosadores medievales. Para nada sirvió que en los siglos XV y XVI un tal Cardenal Cayetano,

1 Cfr. PIRENNE, Henri, *Historia económica y social de la Edad Media*. Fondo de Cultura Económica, México, 1986, pp. 159; WIEACKER, Franz, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Aguilar, Madrid, 1957, pp. 31-61; BERMAN, Harold, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pp. 586.

2 Así, por ejemplo, para DE AQUINO, Tomás, *Suma Teológica*, II-II, q. 58, a. 10, es propio del estudio de la justicia determinar la *proporción* [valor económico] que permite comparar las cosas objeto de conmutación.

3 Cfr. HAYEK, Friedrich, *Los Fundamentos de la Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1991, pp. 73-93.

4 ROTHBARD, Murray, *Historia del Pensamiento Económico*, vol. I, Unión Editorial, Madrid, 1999, pp. 21-30.

superior de los Dominicos, hubiese descubierto la naturaleza y el valor económico de la moneda comentando la noción clásica de justicia; o que Domingo de Soto, Martín de Azpilcueta, o Luis de Molina, profesores de Salamanca, entre otras cosas más, descubrieran las fuerzas que determinan el precio de los bienes⁵, enunciaran la ley de la oferta y la demanda o explicaran las razones que determinan y modifican los tipos de cambio en investigaciones cuyos temas centrales eran la justicia y el derecho⁶.

El distincionismo llevó a que la economía se ocupase de la eficiencia en el uso de potencias y bienes, mientras el derecho se dedicaba al estudio del imperio ejercido sobre ellos, en cuanto simple imperio. Con esta visión reducida de la realidad una y otro llegan al siglo XX, aunque la economía parecía más adelantada. Esto porque, desde poco antes, había logrado servirse del lenguaje formal de las matemáticas para expresar sus conclusiones⁷. En consecuencia "era más científica"⁸ y, por lo mismo, el derecho debía estar a su servicio. León Duguit, empezando el siglo, defiende este enfoque: el orden jurídico consiste en asignar una *función social* a cada individuo, en aras de lograr la eficiencia en el empleo de los bienes. Andando el siglo, el dogma keynesiano asigna al gobierno de turno la función de aumentar tal eficiencia, creando medios de pago que reemplazando al capital sólo estarán limitados por las buenas intenciones del gobernante⁹.

Gracias a Duguit y a Keynes, *Derecho y Economía* parecían encontrarse de nuevo. *Derecho Económico* empezó a llamárseles. Así, aparecía una nueva disciplina científica, cuyo propósito consistía en estudiar las normas legales con las que el gobierno intervenía en la actividad económica de los ciudadanos. Esta idea dominó durante casi todo el siglo XX, no obstante que para 1937 Ronald Coase ya había expuesto otro punto de vista¹⁰ en un artículo sobre *la naturaleza de la empresa*¹¹.

Según Ronald Coase, existen dos formas de organizar el uso de los bienes: uno que sus seguidores llamarían más tarde *orden jerárquico*, y otro que él llamó *mecanismo de los precios u orden del mercado*. En el orden jerárquico, hay alguien [un empresario, un gobernante, un burócrata] que impone el uso que se da a los bienes. En el orden del mercado el uso de los bienes está determinado por *el sistema de precios* que rige en el mercado. La adopción de uno u otro sistema implica

5 DE MOLINA, LUIS, *La teoría del precio justo*, Editora Nacional, Madrid, 1981, pp. 159-174.

6 Cfr. ROTHBARD, MURRAY, *Historia del Pensamiento Económico*, vol. I, Unión Editorial, Madrid, 1999, pp. 130-160.

7 Cfr. por ejemplo: JEVONS, William, *La teoría de la Economía Política*, Pirámide, Madrid, 1998, pp. 277.

8 Así, por ejemplo, POSNER, Richard, citado por COOTER, Robert y otro, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 11: "el aspecto más interesante del movimiento del derecho y la economía ha sido su aspiración a colocar el estudio del derecho sobre una base científica [...] El derecho es una institución social de enorme antigüedad e importancia, y no puede ver ninguna razón para que no sea susceptible al estudio científico. La economía es la más avanzada de las ciencias sociales [...]".

9 KEYNES, John Maynard, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1983, p. 331: "en la práctica podríamos proponernos (y esto no tiene nada de imposible) lograr un aumento en el volumen de capital hasta que deje de ser escaso".

10 Cfr. WILLIAMSON, Oliver y otro, *La naturaleza de la empresa. Orígenes, evolución y desarrollo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pp. 49-84.

11 COASE, Ronald, *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza, Madrid, 1988, pp. 33-49.

costos diferentes. Es labor del economista determinar, en cada caso concreto, cuál de los dos sistemas debe adoptarse por ser el menos costoso. El jurista, por su parte, se limitará a crear las normas legales que permitan el funcionamiento del sistema escogido.

La visión de Coase sobre las relaciones entre *Derecho y Economía* permitía vislumbrar dos campos perfectamente distinguibles: uno en que rigen decisiones impuestas, como ocurre con la intervención gubernamental en la actividad económica de los particulares, y otro dominado por las decisiones individuales en las que el contrato, inspirado en la autonomía de la voluntad, es el determinante. Concluir, a partir de Coase, que las relaciones entre *Derecho y Economía* comportan distinguir¹² el orden jurídico público [*Derecho Económico Público*] y el orden jurídico privado [*Derecho Económico Privado*] parece algo sencillo. Tal conclusión, sin embargo, no es evidente aún.

Si bien la visión de Coase sobre *Derecho y Economía* es más amplia que la de Duguit y Keynes, también es cierto que sufre del mismo defecto que la de éstos: el derecho debe someterse a la economía. En otros términos: la justicia debe ceder a la eficacia¹³. Tal supuesto lleva a conclusiones y acciones inhumanas de las que el siglo XX ha sido testigo: para lograr una eficiente mejora en las condiciones sociales de personas pertenecientes a la *raza aria*, al proletariado explotado, a los "normales", o simplemente a mis connacionales pueden asesinarse judíos, capitalistas explotadores, "personas subnormales", o crear tensiones comerciales y políticas con personas de otra nación.

A pesar de su limitación hay algo en común que las dos visiones de las relaciones entre *Derecho y Economía* expuestas a lo largo del siglo XX enseñan: la separación del derecho y de la economía, inventada por el pensamiento ilustrado, está superada. El problema no resuelto aún es el relacionado con la forma como estas diversas ciencias se ligan. Una respuesta válida que ya ha transitado un largo trecho es la del pensamiento clásico: *Derecho y Economía* son aristas diversas, necesarias y complementarias que manifiesta la unidad real de la acción humana¹⁴. Desde esta perspectiva el Derecho económico no sería una disciplina nueva, sino una forma más completa de abordar la realidad humana que es el propósito de estudio del derecho y de la economía.

12 *Ibid.*, pp. 79-119: 187-205.

13 POSNER, Richard, *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 33: "la economía siempre podrá proveer una aclaración del valor mostrando a la sociedad lo que debe sacrificar para alcanzar un ideal no económico de la justicia".

14 Es la visión de la "escuela austríaca de economía". Cfr. Mises, Ludwig, *La acción humana*, Unión Editorial, Madrid, 1986, pp. 1302; HAYEK, Friedrich, *Derecho, Legislación y Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1982; ROPKE, Wilhelm, *Introducción a la Economía Política*, Alianza, Madrid, 1966, pp. 251; ERIKSON, Ludwig, *Bienestar para todos*, Omega S.A., Barcelona, 1957, pp. 292, entre otros muchos.

Para abordar la investigación jurídica desde esta perspectiva que respeta la unidad de la acción humana, el *Área de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana de Bogotá* se ha propuesto estudiar las instituciones jurídicas colombianas no sólo con miras a describir su naturaleza y los desarrollos que han tenido desde su adopción a la hora presente, sino también con el fin de evaluar su idoneidad para responder con eficacia a los retos y desafíos que la realidad económica actual propone al ordenamiento jurídico.

Alentados por aquel fin, el claustro de profesores del *Área de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana de Bogotá*, en unión con un selecto grupo de colegas especialmente invitados para la ocasión, decidió en esta primera oportunidad realizar un estudio de *Derecho Económico Privado* dirigido a investigar las instituciones del derecho comercial colombiano con miras a abordarlas desde sus últimos desarrollos doctrinales, jurisprudenciales y legales para finalmente evaluar su adecuación a las realidades económicas actuales.