



LA PRIMACÍA DE LA LEY SOBRE LA COSTUMBRE MERCANTIL COMO FUENTE DEL DERECHO COMERCIAL: UNA DISCUSIÓN HISTÓRICA, DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

THE PRIMACY OF LAW OVER COMMERCIAL PRACTICE AS SOURCE OF COMMERCIAL LAW: AN HISTORICAL, DOCTRINAL AND JURISPRUDENTIAL DISCUSSION

DANIELA LÓPEZ SANÍN*

GABRIELA MONCADA SIGÜENZA**

MARIA JOSÉ VARGAS CARRIZOSA***

Fecha de recepción: 26 de enero de 2023

Fecha de aceptación: 17 de abril de 2023

Disponible en línea: 30 de junio de 2023

RESUMEN

A lo largo de la historia del derecho comercial, y desde sus inicios, la costumbre mercantil ha tenido especial relevancia en el desarrollo de las actividades mercantiles en la sociedad. De hecho, en la antigua Roma, la costumbre fue considerada como una de las fuen-

* Estudiante de séptimo semestre de la Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá D.C., Colombia). Contacto: daniella.lopezs@javeriana.edu.co

** Estudiante de séptimo semestre de la Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá D.C., Colombia). Contacto: moncada-gabriela@javeriana.edu.co

*** Estudiante de séptimo semestre de la carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá D.C., Colombia). Contacto: mj.vargasc@javeriana.edu.co

tes del derecho, creada de manera espontánea por las conductas reiteradas y generalizadas por parte de los miembros de la sociedad. Sin embargo, a partir de las grandes codificaciones que datan de la Revolución Francesa, la cual tuvo como efecto el Código Francés de 1807, esta se ha visto eclipsada por la aparente supremacía de la ley. Este Código cambió los presupuestos que emanaban de lo que antes se conocía como costumbre mercantil, convirtiéndose la objetivación en el eje central de la misma. A partir de ese momento histórico, la costumbre tomó un plano secundario y la reemplazó la ley en el plano principal dentro de las fuentes del derecho mercantil, hasta nuestros tiempos, como se puede ver reflejado en nuestro ordenamiento jurídico colombiano.

Palabras clave: costumbre mercantil, supremacía de la ley, perspectiva histórica, derecho mercantil, fuente de derecho.

ABSTRACT

Throughout the history of commercial law, and since its beginnings, mercantile custom has had special relevance in the development of commercial activities in society. In fact, in ancient Rome, customs were considered as one of the sources of law, created spontaneously by the repeated and generalized conducts of the members of the society. However, since the great codifications dating back to the French Revolution, which resulted in the French Code of 1807, it has been overshadowed by the apparent supremacy of the law. This Code modified the assumptions that emanated from what was previously known as mercantile custom, becoming the objectification in the central axis of the same. From that historical moment on, the custom took a secondary plane, taking the law the main plane within the sources of commercial law, until our times, as can be seen reflected in the Colombian juridical system.

Keywords: commercial custom, supremacy of law, historical perspective, commercial law, source of law.

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia de la humanidad, la costumbre mercantil ha tenido gran relevancia en la vida de las personas. En sus inicios fue la fuente principal del derecho, y nadie se atrevía siquiera a pensar que en algún momento la ley

tomaría su lugar. Sin embargo, con el pasar de los años y con la evolución del hombre, muchos se sintieron excluidos por el hecho de que la costumbre únicamente estuviera en poder de una clase social, siendo esta la de los comerciantes; por ello, los principios de igualdad y libertad iniciaron la era codificadora del derecho. Partiendo de ahí, la costumbre tomó un plano secundario en la vida cotidiana, pues la ley fue dispuesta como la fuente principal del derecho y por lo tanto, como máxima reguladora de las relaciones comerciales. Lastimosamente, los legisladores no contaban con que el derecho evolucionara tan rápido, dejando de lado la efectividad de la ley y generando discusiones sobre si la costumbre podría ser una fuente más eficiente del derecho mercantil, al otorgar flexibilidad, eficacia y seguridad jurídica.

Respecto de la costumbre mercantil en nuestro derecho, ésta se encuentra regulada en el artículo 3° del Código de Comercio, entendiéndose como aquella práctica pública, reiterada, general y uniforme de una colectividad que cuenta con carácter de obligatoriedad. De la misma manera, este mismo Código consagra el concepto de ley mercantil en su artículo 1°, el cual establece que los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial. Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener en cuenta que la ley se divide en ley mercantil imperativa, ley dispositiva por vía principal y ley supletiva; conceptos que serán analizados posteriormente en el presente artículo. Así mismo, la jurisprudencia ha sido enfática en la posición de la costumbre en el ordenamiento jurídico colombiano, otorgándole, en cada pronunciamiento, primacía a la ley, sin desconocer la importancia de la costumbre.

Por otro lado, si bien la ley, la jurisprudencia, y algunas posiciones doctrinales consideran a la ley como fuente principal del derecho comercial, en este artículo se buscará plantear una discusión alrededor de la mencionada afirmación; con el fin de proponer una idea crítica, y probablemente bastante controvertida sobre la clasificación de la costumbre mercantil al interior de la evidente jerarquía que establece nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, se buscará plantear diversos puntos de vista con el fin de llegar a una conclusión sustentada y a una posición crítica, la cual podrá ser objeto de infinitas discusiones en un futuro.

Para llegar a lo anterior, en primer lugar, se llevará a cabo una recopilación de momentos históricos importantes alrededor de la costumbre mercantil como fuente del derecho comercial; para posteriormente centrar este concepto a la actualidad de nuestro ordenamiento jurídico, utilizando la ley, la jurisprudencia, y distintas posiciones doctrinales de autores alrededor del mundo. De la misma manera, se ha realizado un acápite final de reflexiones y visión crítica sobre una

pregunta de investigación, con la cual también se busca que el lector cuestione sus conocimientos actuales respecto de lo que establece nuestro ordenamiento jurídico sobre la costumbre mercantil como fuente del derecho comercial. Para ello nos preguntamos, ¿debería primar la costumbre mercantil sobre la ley comercial dentro de nuestro sistema de fuentes del derecho?

2. CONCEPTO DE COSTUMBRE MERCANTIL

Según Ramón Eduardo Madriñan, la costumbre mercantil, de conformidad con el artículo 3° del Código de Comercio, es una fuente formal del derecho comercial y se caracteriza por ser una práctica uniforme, general, pública y reiterada de una colectividad que la considera jurídicamente obligatoria en un espacio de tiempo determinado. Con base en lo anterior, es importante explicar cada uno de los elementos del concepto de costumbre¹.

En primer lugar, en cuanto a los elementos objetivos de la costumbre mercantil, es importante empezar estableciendo que es uniforme, es decir, debe ser una práctica que siempre se dé de igual manera y que se haya creado y mantenido sin oposición alguna².

En segundo lugar, para ser costumbre mercantil se requiere que la práctica sea pública, lo cual significa que el conglomerado social, o el grupo social en el cual ésta se realiza, tenga acceso a dicha práctica y por ende pueda conocer de la misma³.

En tercer lugar, la costumbre mercantil es reiterada, por lo que la práctica no puede ser ocasional o transitoria, sino que debe repetirse en un lapso tiempo⁴.

En cuarto lugar, el último elemento material de esta fuente formal es la generalidad. En virtud de ésta, aquellos mandatos surgidos de una costumbre, deben ser mandatos parecidos a la ley, es decir, deben ser abstractos y aplicables a toda persona que lleve a cabo dicha práctica. Por ello, no se entenderá como costumbre mercantil aquella práctica que ejecute un sólo individuo o una serie de individuos aisladamente considerados⁵.

1 R.E. Madriñán & Y. Prada, Principios del derecho comercial, Ed. Temis, pág. 51 (2013).

2 R.E. Madriñán & Y. Prada, Ob. cit., pág. 51

3 R.E. Madriñán & Y. Prada, Ob. cit., págs. 52

4 R.E. Madriñán & Y. Prada, Ob. cit., págs. 52.

5 R.E. Madriñán & Y. Prada, Ob. cit., págs. 52.

Por otra parte, para que una costumbre tome la característica de fuente de derecho mercantil, debe tener un elemento subjetivo o psicológico que es la conciencia de obligatoriedad. Esta se refiere a que toda práctica debe ejecutarse mediante el entendimiento de que se está actuando conforme a derecho, y por ende que es una norma jurídica aplicable por los operadores jurídicos, y cumplida por la colectividad⁶.

Adicionalmente es importante tener en cuenta que no es suficiente que una práctica cumpla con todos estos elementos para que se considere costumbre mercantil, pues se requiere que la misma respete las leyes comerciales, la moral y el derecho natural (estos dos últimos por ser los supuestos esenciales del derecho con miras al bien común y a la justicia)⁷.

3. CONCEPTO DE LEY COMERCIAL

La ley en Colombia es una fuente principal de derecho en la cual los jueces sólo están sometidos al imperio de ésta, tal y como consta en el artículo 230 de la Constitución de 1991⁸. Además, el artículo 4° del Código Civil, consagra que la ley es una declaración de voluntad soberana, y dice que su carácter general es de mandar, prohibir, permitir o castigar⁹.

En materia comercial, la ley mercantil imperativa se encuentra consagrada en el artículo 1° del Código de Comercio, en donde se establece que los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por la ley comercial¹⁰. Dentro de las fuentes mercantiles, se encuentra la ley imperativa, la cual es de obligatorio cumplimiento y limita la autonomía de la voluntad privada de las partes, ya que no se puede pactar en contrario de esta ley. Además, ésta se encarga de imponer requisitos, prohibiciones y sanciones para proteger el orden público interno. El efecto que se genera al ser estas normas imperativas, es que no admite analogía, debido a que son de aplicación restrictiva, pues restringen la libertad, por lo cual no puede ampliarse su campo de aplicación¹¹.

6 R.E. Madriñán & Y. Prada, Ob. cit., págs. 53.

7 R.E. Madriñán & Y. Prada, Ob. cit., págs. 53.

8 Constitución Política de Colombia. [Const]. Art. 230. 7 de julio de 1991.

9 Código Civil Colombiano [CCC]. Ley 57 de 1887. Art. 4°. 15 de abril de 1887 (Colombia)

10 Código de Comercio Colombiano [CCO]. Decreto 410 de 1971. Art 1°. 27 de marzo de 1971 (Colombia)

11 Marcela Castro de Cifuentes. Derecho Comercial (actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios). Ed.Temis. pág. 125 (2016).

Otra clase de ley comercial que ha tenido desarrollo doctrinal más no legal es la ley dispositiva por vía principal, la cual se encarga de definir, reglamentar y organizar la materia comercial. A diferencia de la ley imperativa, éstas no tienen la función de proteger el orden público, y puede ser extendida su aplicación por medio de analogía cuando se presente un vacío legal. Sin embargo, un punto que tienen ambas en común yace en la limitación a la libre disposición de las partes de pactar en contrario las mismas, otorgando certeza y seguridad en la regulación de los comerciantes y del comercio¹².

Por último, se encuentra la ley comercial supletiva en el artículo 4° del Código de Comercio, la cual es aplicable cuando hay un vacío en las cláusulas convencionales con el fin de suplir la voluntad de las partes. Ésta ha sido un recurso del legislador que permite dar soluciones jurídicas razonables cuando las partes no manifiestan de forma expresa un acuerdo, o su voluntad¹³.

4. LA RELACIÓN DE LA LEY Y LA COSTUMBRE EN EL DERECHO ROMANO

En Roma la costumbre fue una de las manifestaciones que se convirtió en fuente de derecho. En la época arcaica preponderaban las normas no escritas, creadas espontáneamente por la conducta reiterada y generalizada de los miembros de la comunidad. Su obligatoriedad se fundamenta, según los antiguos romanos, en la voluntad presunta de los dioses¹⁴.

La importancia de la costumbre se puede ver en Roma en el *ius gentium*, el cual a raíz de la expansión del mercado era una clase de costumbre que aplicaba, tanto para ciudadanos romanos, como para extranjeros. En este sentido, le brindaba a estos últimos derechos para llevar a cabo intercambios y negociaciones comerciales. Por ello, la costumbre reflejaba y regulaba lo que se vivía cotidianamente en los negocios entre ambos (ciudadanos romanos y extranjeros)¹⁵.

Cabe aclarar, que, en Roma, por circunstancias económicas y jurídicas, el derecho se formaba a partir del *ius gentium* y de los dictámenes de los pretores, los cuales se basaban en el *ius civile*, en la equidad y en la buena fe. Lo anterior

12 Marcela Castro de Cifuentes, Ob. cit., pág 125

13 Marcela Castro de Cifuentes, Ob. cit., pág 126.

14 Carlos López Núñez, Fuentes de producción y conocimiento del derecho romano, pág. 149-151. (s.f.)

15 Dante De Corrente Spano, Fuentes del derecho romano, Ed. Pannedille, pág. 16 (1971)

generó que no se crearan normas especializadas, y que por ende la distinción entre derecho civil y comercial no existiera. Por ello, todo este desarrollo de la costumbre en el Derecho Romano aplica, tanto para las costumbres civiles, como mercantiles¹⁶.

Ahora bien, adentrándose en la época preclásica, si bien la costumbre seguía siendo relevante en el mundo del derecho, con el pasar del tiempo, y a raíz de cambios políticos, sociales y jurídicos, el Estado comenzó a regular por escrito las conductas para consagrar el conocimiento y satisfacer la generalidad y la fijeza del derecho. Lo anterior generó que el lugar de la costumbre fuera ocupado de forma significativa por las leyes, como lo afirma Geny¹⁷. Así mismo, De Corrente Spano explica que esto se puede ver reflejado en el *ius gentium* en donde las costumbres gentilicias pasaron a ser consagradas en la Ley de las XII tablas¹⁸.

Con posterioridad, en la época post clásica, Constantino y Justiniano establecieron que la costumbre seguía siendo aplicable y relevante, pero no podía primar sobre la ley imperial, ya que la costumbre sólo regulaba las materias no previstas en ésta. Por lo tanto, para que una costumbre adquiriera valor general y eficaz, ésta tenía que ser elevada a ley por mandato del emperador. En este sentido, la ley seguía siendo una fuente del derecho imperante en la época de Justiniano, aunque no se debe olvidar que en ciertos casos concretos se aplicaban las costumbres provinciales, y se dejaba de lado la legislación romana¹⁹.

5. LA COSTUMBRE MERCANTIL EN LA EDAD MEDIA

De acuerdo con Madriñan, después de la caída de Roma, la costumbre halló en las prácticas propias de los comerciantes de las ciudades del Mediterráneo su máxima expresión. Esto se debe a que los comerciantes necesitaban de unas normas propias para regular sus relaciones comerciales y las nuevas situaciones que iban surgiendo en el tráfico mercantil²⁰.

16 Maritza Osorio Gutiérrez, Aspectos filosóficos del derecho comercial colombiano en el siglo, pág. 62 (2018).

17 Ramón Eduardo Madriñan de la Torre, la Costumbre Comercial (1962) (Tesis doctoral, Pontificia Universidad Javeriana).

18 Dante De Corrente Spano, Fuentes del derecho romano, Ed. Pannedille, pág. 16 (1971)

19 Carlos López Núñez, Fuentes de producción y conocimiento del derecho romano, pág. 149-151. (s.f)

20 Ramón Eduardo Madriñan de la Torre, la Costumbre Comercial (1962) (Tesis doctoral, Pontificia Universidad Javeriana).

Cabe resaltar, que fueron estas prácticas mercantiles comunes las que dieron origen al derecho comercial, y por ende a la costumbre mercantil como fuente formal y autónoma, siendo ésta distinta a la costumbre civil. Estas costumbres fueron difundidas, recopiladas y confirmadas como derecho vigente gracias a las Corporaciones de los Mercaderes²¹. En éstas, los Cónsules incorporaron en sus sentencias una doctrina acorde a estas costumbres, permitiendo un mayor conocimiento de las mismas²².

Por lo anterior, es claro que en la Edad Media la fuente formal preponderante del derecho mercantil era la costumbre que sirvió como base esencial para la creación de los modelos de las primeras regulaciones legislativas. Sin embargo, con la aparición de las ordenanzas de Bilbao y las francesas de Luis XIV, la costumbre comienza a ceder terreno a la ley con el surgimiento de los códigos²³.

6. LA CODIFICACIÓN DE LA COSTUMBRE MERCANTIL COMO CONSECUENCIA DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA

Es importante mencionar que el Código de Comercio Francés (1807), que se materializó como una de las consecuencias de la Revolución Francesa, logra sistematizar en un solo cuerpo legal toda la normativa en torno al derecho comercial y da inicio a la época codificadora.

Así mismo, es importante mencionar que, si bien el Código de Comercio de Napoleón (1807) recopiló las costumbres mercantiles, la importancia de las mismas nunca ha dejado de ser ampliamente reconocida por los tratadistas del Derecho Privado. Por esta razón, aunque las costumbres se codificaron, no por ello las mismas dejaron de ser lo que son, una fuente formal del derecho mercantil. En este Código simplemente se plasmaron las costumbres mercantiles que ya existían hasta el momento per no surtieron modificación alguna²⁴.

21 Ejemplo de las distintas compilaciones de las costumbres mercantiles realizadas por las corporaciones de mercaderes son: las “*consuetudines*” de Génova, el “*Constitut Usus*” de Piza y el “*Libro del Consulado del Mar*” de Barcelona.

22 Ramón Eduardo Madriñan de la Torre, la Costumbre Comercial (1962) (Tesis doctoral, Pontificia Universidad Javeriana).

23 Ramón Eduardo Madriñan de la Torre, la Costumbre Comercial (1962) (Tesis doctoral, Pontificia Universidad Javeriana).

24 Elianne Estecche, Proceso de codificación en derecho mercantil, Estudios de Derecho Empresario, s.f., At. 40-41

Sin embargo, a partir de este Código cambiaron los presupuestos que emanaban de la costumbre mercantil propiamente dicha, volviéndose la objetivación el eje central de la misma. Se pasó de un derecho mercantil subjetivo, en donde únicamente el que tenía la calidad de comerciante se regía por las normas comerciales, a un derecho mercantil objetivo, con la creación de la figura del ‘acto de comercio’. Por ello, lo verdaderamente importante en esta etapa de codificación del derecho mercantil, fue la aplicación de las normas del Código a toda actividad considerada como comercial²⁵.

Por lo previamente expuesto, la legislación mercantil, anteriormente destinada a regular exclusivamente el tráfico de los comerciantes, empezó a convertirse en el derecho regulador de los actos de comercio, sin importar la calidad de comerciante, entendiéndose éste como la persona que desempeñaba los mismos.

Por cuenta de esta codificación, la ley, al ser la mayor manifestación de la voluntad del pueblo, empezó a ocupar el primer lugar como fuente formal del derecho comercial²⁶.

7. ¿QUÉ HA DICHO LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO?

La línea jurisprudencial en cuanto al tema que nos compete ha tenido una inclinación similar respecto de la primacía de la ley sobre la costumbre como fuente de derecho. Por un lado, la Corte Constitucional en sentencia C-486 de 1993 hizo referencia a ello de la siguiente manera:

La ley es una de las principales normas que pertenecen al ordenamiento y la Constitución la reconoce como fuente válida de derecho. La ley a su turno admite y autoriza a la costumbre jurídica (Ley 153 de 1887, art. 13; C de Co art 3; C de P C art. 189), con las limitaciones que ella establece, como fuente de derecho²⁷.

Con esta referencia, se puede evidenciar claramente que la costumbre es una fuente de derecho, sin embargo, deja dudas respecto de las limitaciones de la misma. Para ello, la Corte Constitucional en esta misma sentencia hace referen-

25 R. Goldschmidt, Curso de Derecho Mercantil, Fundación Roberto Goldschmidt, 11 (2003).

26 A. Morales, Curso de Derecho Mercantil, Universidad Católica Andrés Bello, 16 (1998).

27 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-486 de 1993. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 28 de octubre de 1993)

cia a las limitaciones que tiene la costumbre para su aplicación. Por un lado, se debe entender que de acuerdo con los principios democráticos y unitarios, conforme a los cuales se conforma el Estado colombiano, y la clara supremacía que caracteriza a la Constitución Política, en ningún caso la costumbre puede ser contraria a las leyes de la República y a la misma Constitución. Por otro lado, respecto de la clara limitación con la que cuenta la costumbre, la Corte Constitucional hace referencia al artículo 8° del Código Civil²⁸ del cual se desprende el concepto de costumbre *contra legem*, figura que está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico. Dice entonces la Corte, que las costumbres aceptadas por nuestra legislación son la costumbre *secundum legem*, y *praeter legem*, las cuales no vulneran ni contrarían la Constitución o la ley y tienen aplicación a falta de legislación positiva²⁹.

Así mismo, la Corte fue muy clara al decir lo siguiente:

Respecto de la ley, pues, la costumbre es una fuente subordinada y subsidiaria. No obstante, el predominio incontrastable de la ley, la costumbre se mantiene como fuente de derecho y aporta al sistema jurídico flexibilidad y efectividad. Entre la ley y la costumbre justamente se ha observado la existencia de una relación dialéctica que es indisociable del fenómeno jurídico. La costumbre prepara y abona la materia sobre la que luego actúa el legislador dotando de estabilidad, certeza y mayor generalidad los dictados primarios de la praxis social. A su vez, la obra legislativa aspira a convertirse en comportamiento repetido y uniforme. Con pocas palabras, costumbre y ley son dos formas de ser del derecho. La exclusión de la costumbre, de ser ello posible, equivaldría a la deformación y empobrecimiento de la experiencia jurídica o a la supresión de una característica esencial de su dinámica³⁰.

Con ello, podría concluirse que la primacía de la ley escrita en nuestro ordenamiento jurídico es innegable y esta misma permite, prohíbe, reduce o extiende el terreno de la costumbre, por lo que se entiende que esta última es claramente una fuente subordinada y subsidiaria. Sin embargo, aunque exista

28 Artículo 8° <Fuerza de la Costumbre >. La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica, por inveterada y general que sea.

29 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-486 de 1993. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 28 de octubre de 1993)

30 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-486 de 1993. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 28 de octubre de 1993)

una clara jerarquía en ese aspecto, la costumbre se mantiene como fuente del derecho y la misma aporta flexibilidad y efectividad al sistema jurídico³¹.

Por otro lado, la Corte Constitucional en sentencia C-224 de 1994 ha dicho respecto de la costumbre que ésta no puede ser descalificada como fuente de derecho, toda vez que la misma, a pesar de ser considerada como secundaria a la ley, sigue siendo una fuente formal e imprescindible del derecho, pues sólo ésta puede enfrentar el problema que surge de los vacíos legales y de los espacios de discrecionalidad en la toma de las decisiones judiciales³².

Así mismo, la Corte también hace mención a la Constitución Política de Colombia, especialmente a su preámbulo y a su artículo 3°. De acuerdo con el primero, este claramente establece que el pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios, decreta, sanciona y promulga la Constitución. Mientras que, el artículo 3° de la misma hace referencia a que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo. Por ello, la Corte establece acertadamente que la fuerza obligatoria que emana de la costumbre tiene origen en el pueblo mismo, por lo que, así como los hechos sociales llevan al legislador a dictar la ley escrita, esos mismos hechos, en ocasiones, constituyen la ley por sí mismos. Entonces, no tendría sentido que se reconociera valor a la ley hecha por aquellos que se denominan representantes del pueblo, y no a la hecha por el pueblo, siendo esta la costumbre³³.

Para concluir este punto, hay una evidente tendencia en la jurisprudencia respecto de la primacía de la ley sobre la costumbre, pero ¿debería esto cambiar?

8. SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL EN COLOMBIA: ¿HAY UNA JERARQUÍA EVIDENTE?

Si se indaga respecto del concepto de ‘fuente’, es posible encontrar que diferentes acepciones apuntan a que ésta tiene su origen en la palabra en latín *fons*, la cual hace referencia al manantial de agua que brota de la tierra³⁴, o al principio,

31 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-486 de 1993. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: 28 de octubre de 1993)

32 Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía: 5 de mayo de 1994)

33 Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía: 5 de mayo de 1994)

34 Diccionario Hispánico Universal, México: W. M. Jackson, Tomo I, 686 (1968).

fundamento u origen de algo³⁵. Sin necesidad de vincularla a la teoría general del derecho, se podría afirmar que el concepto de fuente indica el origen de algo. Pero si se vincula a la categoría general del derecho, la expresión ‘fuente del Derecho’, se entiende entonces como aquello que da origen al mismo.

Ahora bien, entendiendo que la fuente de Derecho es aquello que le da origen al mismo, hay distintas posiciones en la doctrina que muestran una posición monista y una posición pluralista. De hecho, en cuanto a estas, Colin y Capitant aclaran que las posiciones monistas reducen todas las fuentes a la ley, mientras que las segundas reducen las fuentes no sólo a la ley, sino a cualquier pronunciamiento humano que tenga una considerable autoridad y pueda ser fuente de derechos subjetivos; por lo cual se incluiría la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina³⁶. Sin importar la distinción entre estas dos teorías, ambas parecen estar de acuerdo en el hecho de que las fuentes se clasifican según su propio origen.

Así mismo, la doctrina nacional hace referencia a dos tipos de fuentes, siendo estas la fuente directa, la cual está compuesta por la ley y la costumbre, y la fuente indirecta, conformada por la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho³⁷.

Ahora bien, sin importar las discusiones planteadas por la doctrina, no es discutible el hecho de que nuestra Constitución Política asume la posición monista, tal como lo dispone en su artículo 230, el cual aclara que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”³⁸. Como es de evidenciarse, este artículo no hace referencia a una clasificación de fuentes primarias, complementarias y aclaratorias, sino que únicamente se limita a dividir las entre principales y auxiliares.

De acuerdo con la costumbre, esta no es mencionada en el artículo transcrito, sin esto indicar que no sea una fuente de Derecho, pues si se hace una inter-

35 Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Ed Espasa, 1001 (2000)

36 Colin Ambrose & Henri Capitant, Derecho civil. Introducción, personas, estado civil, incapaces. Volumen I. Jurídica universitaria (2002).

37 Rocío Gómez Serrano. La Jurisprudencia frente a las fuentes del Derecho. Escuela de Derecho y Ciencia Política UIS, abril de 2007.

38 Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 230. 7 de julio de 1991.

pretación coherente con lo dispuesto en el artículo 3° del Código de Comercio podríamos afirmar que se equipara a la ley.

En estricto sentido, lo que dispone el artículo mencionado es lo siguiente:

La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella³⁹.

Es evidente entonces, que, en una primera lectura, este artículo le concede a la costumbre la misma autoridad que a la ley comercial. Sin embargo, una lectura más detallada permite evidenciar que este artículo le otorga primacía a la ley sobre la costumbre, ya que la última no puede contradecir manifiesta o tácitamente a la ley, por lo que la costumbre se encuentra subordinada a la ley para poder tener validez y aplicación.

Podemos asegurar que la ley encuentra su importancia frente al resto de fuentes del derecho, pues está ligada a la propia dinámica de los estados democráticos, debido a que quienes acceden al poder a través de la democracia mandan, y los que no acceden a él, simplemente obedecen sus mandatos⁴⁰. Respecto de este tema, el profesor David Mercado menciona que:

En realidad no puede concebirse la existencia de una sociedad humana sin una distribución por primaria y elemental que sea, en que uno o varios de los que la integran manden y tengan a sus órdenes la fuerza compulsiva para hacerse obedecer. La soberanía es la integración o suma, para algunos, de las voluntades de todos los ciudadanos o habitantes legalmente facultados para actuar, en su acepción más amplia y esos mismos habitantes se someten a la voluntad de los gobernantes escogidos por ellos⁴¹.

Entonces, frente a lo anterior, podría entenderse que la ley, en sentido amplio, tiene supremacía como fuente de derecho mercantil, debido a que esta es una manifestación del poder del pueblo a través de sus gobernantes⁴².

39 Código de Comercio Colombiano [CCO]. Art. 3°. 27 de marzo de 1971.

40 C. Arturo Hernández. La costumbre como fuente de derecho, Criterio Jurídico Garantista, junio de 2010.

41 David Mercado, Manual de Teoría Constitucional, Ed. Rodríguez Quito Editores, 152 (2008)

42 C. Arturo Hernández. La costumbre como fuente de derecho, Criterio Jurídico Garantista, junio de 2010.

A pesar de las anteriores disposiciones, que entregan a la ley supremacía como fuente del derecho comercial, no podemos dejar de lado a la costumbre mercantil, la cual es conocida como la fuente más antigua del derecho, pues su origen se encuentra en Roma como forma de creación del derecho, incluso antes de las XII Tablas. Así mismo, como se ha mencionado a lo largo de este escrito, la costumbre fue utilizada como fuente primordial del derecho durante la Edad Media y el Renacimiento, prolongándose hasta finales del siglo XVIII cuando se empezaron a expedir las grandes codificaciones, como el Código de Comercio Francés de 1807. Sin embargo, debido a estas grandes codificaciones, en ordenamientos jurídicos como el colombiano, la costumbre, a pesar de mantener importancia como fuente formal del derecho mercantil, cede ante el imperio de la ley comercial. Cabe entonces preguntarse, ¿cuál es la razón? A pesar de que no haya una respuesta clara al respecto, sería posible argumentar que la ley da una seguridad jurídica que la costumbre no otorga. Corolario de lo anterior, es que de admitirse la costumbre *contra legem*, siendo ésta aquella contraria a la ley, no se tendría certeza respecto de las consecuencias de los actos de las personas por ser variantes conforme a las prácticas consuetudinarias⁴³.

Para concluir este apartado, es importante hacernos la siguiente pregunta: ¿A pesar de la jerarquía evidente entre ley y costumbre, podrían llegar tener igual aplicación en la práctica?

9. POSICIONES DOCTRINALES Y DISCUSIÓN SOBRE LA LEY Y LA COSTUMBRE: ¿CUÁL DEBERÍA PRIMAR?

Es necesario precisar que, cuando la única fuente del derecho positivo era la costumbre, ninguna persona cuestionaba su poder normativo, sin embargo, cuando el derecho escrito ocupó el primer plano en la regulación de las manifestaciones en el mundo jurídico, se hace pertinente analizar la costumbre y cuestionar su preponderancia como fuente de derecho. Teniendo en cuenta lo anterior, doctrinalmente ha surgido la discusión sobre si la costumbre o la ley deben estar una a la sombra de la otra, y cuál debe tener prevalencia para regular las relaciones comerciales⁴⁴.

En primer lugar, tenemos a François Geny, un jurista francés que nació en 1861 y murió en 1959, quien dice que la ley cada vez tiene más preponderancia

43 C. Arturo Hernández. La costumbre como fuente de derecho, Criterio Jurídico Garantista, junio de 2010.

44 Ramón Eduardo Madriñan de la Torre, la Costumbre Comercial (1962) (Tesis doctoral, Pontificia Universidad Javeriana).

que la costumbre en el derecho continental, ya que en el derecho anglosajón la costumbre tiene una coherencia y armonía con la ley. Éste sustenta que la costumbre está en un segundo plano y es reducido su campo de acción, por lo que aplica en espacios geográficos limitados. En este sentido, rige relaciones de grupos sociales que no están regulados por la ley, es decir, llena vacíos legales⁴⁵.

Contrario a lo anterior, Julien Bonnecase (1858-1950), jurista francés, considera que la costumbre prima sobre la ley, dado que la costumbre nace de los mismos hechos que va a regular, y por ende se aproxima mucho más a la realidad del comercio, alejándose así de la utopía. Además, la costumbre se actualiza constantemente conforme a las situaciones que se vayan presentando, las cuales no regula la ley. Sin embargo, este autor es consciente de las virtudes y las fallencias de la ley y la costumbre, tanto así que se refiere a que la costumbre se basa en el particularismo y se crea de manera lenta. En contraste, la ley actúa de forma rápida, porque no depende del pasar del tiempo, es general y aplicable a toda una Nación por lo que es uniforme y permite a los receptores de las normas contenidas en la ley una mejor comprensión de lo que la misma regula. Esto último no se da en la costumbre, ya que su contenido puede llegar a ser impreciso y diverso. Bonnecase plantea que la costumbre, debido a su capacidad adaptativa, regula de mejor manera y se acomoda a las circunstancias nuevas e imprevistas, lo que lleva al legislador a supeditarse a la costumbre⁴⁶.

Recopilando lo anterior, Madriñan, un jurista colombiano nacido en 1938, si bien acepta la prevalencia de la ley sobre la costumbre, considera que ello no hace que la costumbre pierda completamente su valor, ya que frente a la ausencia o insuficiencia de la ley respecto de nuevas situaciones jurídicas se debe aplicar la costumbre. Por ello destaca que la costumbre sigue siendo fuente formal del derecho comercial⁴⁷.

Adicionalmente, Demolombe, Laurent, Aubry y Rau, entre otros de los intelectuales pertenecientes de la escuela de la exégesis (1804-1904), establecen que el legislador tiene la potestad de excluir por completo la eficacia de la costumbre si así lo desea, o puede permitir su aplicación en contados casos específicos.

45 Ramón Eduardo Madriñan de la Torre, *la Costumbre Comercial* (1962) (Tesis doctoral, Pontificia Universidad Javeriana).

46 Ramón Eduardo Madriñan de la Torre, *la Costumbre Comercial* (1962) (Tesis doctoral, Pontificia Universidad Javeriana).

47 Ramón Eduardo Madriñan de la Torre, *la Costumbre Comercial* (1962) (Tesis doctoral, Pontificia Universidad Javeriana).

Por lo dicho anteriormente, estos consideran que la costumbre no tiene poder jurídico como fuente de derecho, pues para ellos el derecho es la ley⁴⁸.

Por otra parte, Georg Jellinek (1851-1911), jurista alemán, dice que la fuerza obligatoria de la costumbre está en el uso, ya que la repetición de los hechos tiene un poder normativo que genera derecho. Afirma que el origen de las normas jurídicas es lo vivido en cada pueblo y que el ejercicio permanente de este derecho se convierte en norma jurídica porque representa el orden autoritario de la comunidad. Este adiciona que el derecho consuetudinario no nace de los legisladores, ni del común acuerdo o convicción del pueblo; por el contrario, nace de los usos reiterativos en la vida cotidiana, asimilando estos usos a la moda o las ceremonias en un momento de tiempo específico, lo cual hace que se considere la fuerza obligatoria de la costumbre como norma⁴⁹.

Otra posición es la de Savigny, Puchta y Hugo, pertenecientes a la escuela histórica del Derecho Alemán (Siglo XIX), consideran que la conciencia común del pueblo es la base del derecho positivo, y que de ésta surge la costumbre; mientras que la ley es establecida por unos entes especiales y que solo refleja los intereses de estas instituciones que intentan interpretar la conciencia común del pueblo sin plasmarla en esta fuente del derecho. Por lo anterior, estos autores afirman que la costumbre es superior a la ley, y en este sentido no depende de ésta, ya que refleja la conciencia colectiva⁵⁰.

Geny no comparte el pensamiento de los anteriores juristas, debido a que considera que la costumbre no surge o refleja la conciencia colectiva, sino la necesidad social. Por otra parte, se intenta plasmar la armonía de los sentimientos íntimos de la humanidad, los cuales buscan satisfacer los intereses expuestos en la ley. La costumbre tiene un reconocimiento general y voluntario, y busca un equilibrio en los intereses de los sujetos que intervienen en el comercio. Pero para darle realmente seguridad jurídica a los intereses privados y a los derechos individuales, y permitir la existencia de la justicia, se requiere de la ley para darle carácter de obligación jurídica. Adicionalmente, este jurista expone que

48 Ramón Eduardo Madriñan de la Torre, *la Costumbre Comercial* (1962) (Tesis doctoral, Pontificia Universidad Javeriana).

49 Ramón Eduardo Madriñan de la Torre, *la Costumbre Comercial* (1962) (Tesis doctoral, Pontificia Universidad Javeriana).

50 Ramón Eduardo Madriñan de la Torre, *la Costumbre Comercial* (1962) (Tesis doctoral, Pontificia Universidad Javeriana).

parte de la naturaleza humana se caracteriza por el respeto a las costumbres de los antepasados y por la oposición de modificarlas⁵¹.

En sentido contrario, Madriñan expresa que las ideas de Geny están basadas en la oportunidad y conveniencia sin llegar nunca se llega al fondo de la discusión. Pues el valor de la costumbre necesita un fundamento objetivo. Por ello, se considera que la ley, la costumbre y la jurisprudencia tienen la función de establecer cómo se regula la conducta social, que por siglos se ha llamado derecho, y que nace de las características y de la necesidad de la misma. La costumbre parte de que ya existe un orden en las relaciones sociales con carácter jurídico, y así mismo, éstas determinan la eficacia y la aplicabilidad de la costumbre en el mundo exterior⁵².

Por otro lado, resalta que las normas se manifiestan históricamente de acuerdo a las circunstancias y a las oportunidades históricas. Por esta razón, las prácticas comunes, públicas y reiteradas representaban una fuente jurídica desde la antigüedad cuando no existía el poder estatal y la escritura⁵³.

Ahora bien, aterrizando está discusión a la época contemporánea, Madriñan considera que cuando las situaciones sociales son más complejas y la humanidad desea una mejor y más sencilla forma para conocer del derecho, el orden jurídico halla en la ley escrita la solución. Sin embargo, critica el que los exponentes de la escuela de la exégesis y los positivistas hayan reducido todo el derecho a la ley. Lo anterior, debido a que, si bien es cierto que la ley ocupa el primer lugar en la contemporaneidad, la costumbre es una fuente formal del derecho autónoma que existe y tiene eficacia por sí misma, y por ende no necesita de un precepto legal que la autorice para ello⁵⁴.

Con base en lo anterior, vale la pena recalcar, que Madriñan establece que la clase de costumbre que adquiere el carácter de fuente formal es la *praeter legem*, considerando que regula asuntos que carecen de desarrollo legal que resulta insuficiente o que no tiene regulación alguna. Es por ello que tiene un amplio

51 Ramón Eduardo Madriñan de la Torre, *la Costumbre Comercial* (1962) (Tesis doctoral, Pontificia Universidad Javeriana).

52 Ramón Eduardo Madriñan de la Torre, *la Costumbre Comercial* (1962) (Tesis doctoral, Pontificia Universidad Javeriana).

53 Ramón Eduardo Madriñan de la Torre, *la Costumbre Comercial* (1962) (Tesis doctoral, Pontificia Universidad Javeriana).

54 Ramón Eduardo Madriñan de la Torre, *la Costumbre Comercial* (1962) (Tesis doctoral, Pontificia Universidad Javeriana).

campo de acción y es un instrumento enriquecedor del derecho al incorporar disposiciones nuevas al ordenamiento jurídico, de acuerdo con las exigencias de las situaciones del mundo actual⁵⁵.

Adicionalmente, señala que la costumbre no puede derogar, modificar o sustituir la ley, por ello, las costumbres *contra legem*, no tienen ningún valor en el ordenamiento jurídico colombiano. De acuerdo con el autor, esto es evidencia de que la costumbre no tiene fuerza sobre la ley y por ende está subordinada a ella. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la costumbre también tiene relevancia como fuente del derecho para regular situaciones jurídicas que no están especificadas o reguladas en la ley⁵⁶.

10. PRIMACÍA DE LA LEY SOBRE LA COSTUMBRE: UNA VISIÓN LAMENTABLE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Si bien se ha evidenciado a lo largo de este artículo que la ley en el ordenamiento jurídico colombiano tiene una clara supremacía sobre la costumbre mercantil, es lamentable este tipo de regulación, ya que no se tienen en cuenta los aspectos desarrollados a continuación.

En primer lugar, la costumbre no siempre ha estado a la sombra de la ley, ya que ésta persistió por sí misma durante siglos, como se puede evidenciar en el Derecho Romano en donde la costumbre regulaba los aspectos y las reglas de las relaciones comerciales. En esa época no se pensaba que la fuerza y la seguridad jurídica se concedieran por el hecho de estar escrita o codificada, sino lo relevante era que la costumbre se utilizara en la realidad de los negocios, con el fin de solucionar controversias surgidas dentro del mismo.

Si bien en la antigua Roma la costumbre tenía gran importancia, con la Revolución Francesa, la ley tomó mayor relevancia con el surgimiento del Código Civil y el Código de Comercio de Napoleón, en donde se intentó demostrar que sus redactores fueron los responsables de la regulación jurídica tan esperada que le iba a permitir a cualquier persona, independientemente de su calidad personal (comerciante o no), celebrar actos de comercio. En este sentido, se

55 Ramón Eduardo Madriñan de la Torre, *la Costumbre Comercial* (1962) (Tesis doctoral, Pontificia Universidad Javeriana).

56 Ramón Eduardo Madriñan de la Torre, *la Costumbre Comercial* (1962) (Tesis doctoral, Pontificia Universidad Javeriana).

implantó la idea de que, con la nueva legislación mercantil, se contaría con una aplicación más amplia. Sin embargo, no se puede dejar de lado que el origen y contenido de estos Códigos no sería hoy objeto de estudio de no ser por su origen, siendo éste la mera recopilación de las costumbres que previamente ya existían en el mundo comercial.

En este sentido, no se puede dejar de lado el hecho de que es la costumbre misma la que provee contenido a la legislación, como se mencionó anteriormente. Por ello, debería ser la ley la que se armonice con la costumbre, y no al revés. Incluso, la ley no debería tener el poder de limitar la creación de la costumbre, o el poder de imponer reglas para su desarrollo. En el ordenamiento jurídico colombiano se puede evidenciar como la ley no positiviza la costumbre, sino que la restringe, ya que se parte del hecho de que la costumbre debe ser *secundum legem* y *praeter legem*, clasificaciones que sólo la limitan a casos subsidiarios y para llenar vacíos legales, dejando su poder vinculatorio a la merced de la norma legal. De hecho, en Colombia, si la costumbre es *contra legem*, su aplicación estará prohibida, evidenciando así una clara limitación a la autonomía de la voluntad privada de fijar cómo se van a llevar a cabo los negocios mercantiles. Teniendo en cuenta que nadie conoce mejor el comercio que quien está dentro de él, esta limitación otorgada por el legislador carece de sentido alguno, pues éste al no saber cómo funciona realmente el comercio en la vida cotidiana, no conoce las verdaderas necesidades del comercio.

La propuesta en este artículo con respecto a este punto es precisamente que al invertir el orden de los factores sí se pueda alterar el producto, es decir, que las costumbres mercantiles sean las que le dan contenido a la ley, y no al revés, pues en este último escenario, la realidad del mundo comercial quedaría únicamente plasmada en el papel, el cual muchas veces se reduce a letra muerta, no reflejándose así la realidad de las relaciones mercantiles.

En segundo lugar, cabe resaltar que la ley no es la única forma de consagrar las costumbres y brindar seguridad jurídica. Si bien la ley, al ser pública, garantiza que todas las personas tengan acceso y puedan conocer de ella, las Cámaras de Comercio que recopilan las costumbres mercantiles, también aseguran lo mismo. En el caso colombiano, las costumbres locales están recopilada por temas en las distintas páginas web de las correspondientes Cámaras de Comercio del país. Por esto mismo, no tiene sentido hablar de que únicamente la ley otorga seguridad jurídica, pues por lo anterior es claro que la costumbre también la otorga, dado que, al estar registradas las costumbres mercantiles, existe certeza sobre las mismas, sus condiciones y su desarrollo. Por lo anterior, es posible afirmar que el argumento que han sostenido distintos doctrinantes a lo largo de

los años respecto de la inseguridad jurídica emanada de la costumbre, no tiene, hoy en día, fuerza argumentativa.

En tercer lugar, tampoco se puede dejar de lado el hecho de que el carácter vinculante de la ley está relacionado con el poder coercitivo del Estado, mientras que la conciencia de obligatoriedad emanada de la costumbre es una manifestación de la consciencia colectiva. Por esta razón, la ley comercial que representa primordialmente los intereses políticos y jurídicos del legislador y no los del pueblo, es inferior a la costumbre mercantil.

En cuarto lugar, el ordenamiento jurídico colombiano, al otorgarle supremacía a la ley sobre la costumbre, ha olvidado un punto crucial, tanto de la vida cotidiana, como del derecho. Es en efecto un error pensar que la realidad y la vida cotidiana se mantienen sin cambios en el tiempo, pues es evidente que la misma evoluciona y varía más de lo que se puede imaginar. Si bien la expresión legal puede contener los elementos invariables de la norma jurídica, aquellos que proceden de la naturaleza y constante evolución del hombre no pueden ser consagrados de la misma manera por la simple razón de que la vida misma impone un cambio constante, por lo tanto, exige la modificación e implementación de normas acordes a la realidad. A lo largo de la historia, la vida económica y comercial ha creado situaciones que nunca han podido siquiera ser contempladas por el legislador, y a pesar de ello, estas situaciones fueron partícipes en el origen del derecho comercial como se conoce hoy en día. Es claro entonces, que la costumbre es más adaptable a la realidad que la misma ley, incluso pudiendo afirmar que es más práctica en la vida cotidiana. Entonces, ¿por qué el ordenamiento jurídico colombiano no lo ha considerado así? Si bien no hay una respuesta clara, de pronto podría decirse que es por la necesidad de control y poder que ha caracterizado, no solo a nuestro Estado, sino a los estados alrededor del mundo.

En quinto lugar, otro elemento importante que no ha sido considerado por nuestro ordenamiento es la flexibilidad que otorga la costumbre mercantil como fuente de derecho. Esta no aplica únicamente a aquellos que ostentan la calidad de comerciantes, sino a todos los que actúen dentro del comercio, otorgando igualdad y flexibilidad en ese sentido. También, como la costumbre mercantil es una práctica uniforme, general, pública y reiterada con sentido de obligatoriedad, que nace de la misma persona que la necesita, provee la oportunidad de que la norma que de allí surja tenga relación con las necesidades diarias de las personas, mientras que es absurdo pensar que la vida puede someterse completamente a moldes rígidos y muchas veces alejados de las necesidades de la sociedad, como lo es la norma dictada por el Estado.

En sexto lugar, cabe resaltar un punto que ha tenido novedad. Después de la posguerra comenzó a surgir la nueva *lex mercatoria*, es decir, un conjunto de reglas, usos y prácticas comerciales internacionales surgidas de las prácticas de las multinacionales, de los principios internacionales del derecho y de lo regulado en las diferentes leyes modelo, entre otros. Esta nueva fuente del derecho comercial internacional es universal, pues regula las relaciones comerciales internacionales sin importar la nacionalidad de las partes y a su vez es obligatoria. Además, ostenta su calidad de obligatoriedad por el hecho de que las partes de esas relaciones jurídicas comerciales así lo consideran. Debido a lo anterior, la nueva *lex mercatoria* puede llegar a regular las relaciones jurídicas comerciales internacionales, sin necesidad de que las leyes domésticas de los estados intervengan. Lo anterior, es posible gracias a las figuras denominadas “*forum shopping*” y “*lex shopping*” que permiten que las partes, en un contrato comercial internacional, elijan que su relación jurídica se regule por la nueva *lex mercatoria* y sus controversias sean dirimidas con la ayuda de esta última.

En este sentido, se puede evidenciar como la evolución de las fuentes del derecho mercantil es un proceso cíclico, debido a que mediante la nueva *lex mercatoria* volvemos al origen del ciclo, es decir al Derecho Romano. Por medio de la nueva *lex mercatoria* se puede ver cómo la costumbre regula los aspectos y las reglas de las relaciones comerciales a nivel internacional, tal y como se evidenciaba en el Derecho Romano, que regulaba las relaciones comerciales entre ciudadanos romanos y extranjeros. A través de estas regulaciones se buscaba darle fuerza y seguridad jurídica a las prácticas de los intervinientes en el comercio, brindaban libertad y se promovía la autonomía de la voluntad privada. Esto lleva a que hoy en día la nueva *lex mercatoria* tenga mayor aplicabilidad e importancia en el mundo comercial que las leyes domésticas de los estados.

Finalmente, teniendo en cuenta todo lo anterior, puede evidenciarse que el derecho comercial continúa siendo un derecho eminentemente consuetudinario y no ha renunciado a la fuerza instintiva de su origen.

11. CONCLUSIONES

Para concluir este artículo, y responder la pregunta de investigación planteada es importante hacer una recopilación de los aspectos tratados a lo largo del escrito.

Por un lado, se hizo un recuento histórico pasando por el Derecho Romano, en dónde primaba la costumbre sobre la ley, pues la primera era la fuente re-

guladora de todas las relaciones comerciales. Luego, en la Edad Media, surgió la costumbre mercantil como fuente autónoma y formal del derecho comercial, producto de la creación de reglas por los comerciantes y de la posibilidad de dirimir sus controversias a través de los Cónsules. Posteriormente, se habló acerca de la Revolución Francesa, período en el cual se recopilaban las costumbres mercantiles en el Código de Comercio de 1807, y en donde primaba la ley sobre dichas prácticas, ya que una de las finalidades de la mencionada codificación era que cualquier persona pudiera ser sometida a las normas mercantiles, primando el criterio objetivo.

Por otro lado, la Corte Constitucional se ha pronunciado en años pasados sobre la primacía de la ley sobre la costumbre, estableciendo que en el ordenamiento jurídico colombiano esta última no puede ir en contra de las leyes de la República ni de la Constitución. Además, la Corte afirma que es la ley la que permite, prohíbe, reduce o amplía el terreno de la costumbre. Por lo tanto, la costumbre es una fuente subsidiaria, pero aporta al sistema jurídico flexibilidad y efectividad frente a los vacíos legales. Por ello, resalta la Corte, no se puede excluir la costumbre como fuente formal del derecho comercial, pues esto implicaría la deformación y empobrecimiento del mismo.

Ahora bien, en la doctrina, a partir de las distintas posiciones planteadas, se puede concluir que existen tres tendencias preponderantes. La primera de éstas, sostenida por Geny, contempla la posición de que la ley tiene más preponderancia que la costumbre, ya que la última está reducida a un segundo plano, por lo que su campo de acción también se ve disminuido y limitado a simplemente a llenar vacíos legales. Otros teóricos, como los de la escuela de la exégesis, tienen una posición similar, pues establecen que se debe excluir por completo la eficacia de la costumbre o permitir su aplicación en casos contados, debido a que el derecho está limitado a la ley.

La segunda tendencia, establecida por doctrinantes como Jellinek, plantea que la costumbre prima sobre la ley, pues ésta nace de los hechos que va a regular y por ende se aproxima a la realidad del comercio. Además, se establece la fuerza obligatoria de la costumbre a partir de los hechos, es decir, de lo vivido en cada pueblo, lo cual le da origen a las normas jurídicas. Otros teóricos, como la escuela histórica del Derecho Alemán, afirman que la costumbre es superior a la ley, y en este sentido no puede depender de ésta, dado que la costumbre refleja la conciencia colectiva.

Una tercera tendencia, planteada por Madriñan, establece que, teniendo en cuenta las situaciones sociales, el ordenamiento jurídico halla en la ley escrita la

solución, sin embargo, el derecho no se puede reducir a la ley, pues la costumbre es una fuente formal y autónoma del derecho que existe y tiene eficacia por sí misma, y por lo tanto no necesita de la ley para su existencia. A pesar de lo anterior, conforme al valor otorgado a la costumbre en el ordenamiento jurídico colombiano, se evidencia que ésta no tiene fuerza sobre la ley, lo que quiere decir que se encuentra subordinada a la misma.

Por último, respondiendo a la pregunta de investigación planteada desde un punto crítico, es evidente que la costumbre debe primar sobre la ley, pues invertir el orden de los factores sí altera el producto. Las costumbres mercantiles deberían ser las que le dan contenido a la ley, y no al revés, pues la costumbre es creada a partir de las prácticas de comerciantes o de personas que realizan actos de comercio, es decir, actores que están permeados por las relaciones mercantiles y conocen su funcionamiento. La ley, por el contrario, surge del trabajo de unos pocos motivados por sus propios intereses y que no tienen el conocimiento necesario sobre el funcionamiento del ámbito mercantil, por lo que varias de las leyes establecidas, se reducen a la mera calificación de letra muerta.

Concluimos con la idea de que la jerarquía de fuentes del derecho mercantil del ordenamiento jurídico colombiano se equivoca al otorgarle primacía a la ley sobre la costumbre, pues de hecho es la costumbre la que debería ser la fuente principal del derecho mercantil sin estar supeditada a la ley comercial. Pero ¿podría alguna vez evidenciarse un cambio tan sustancial en nuestra normatividad?

REFERENCIAS

- Alfredo Morales, *Curso de Derecho Mercantil*, Universidad Católica Andrés Bello, 1998.
- Carlos Arturo Hernández, *La costumbre como fuente de derecho*, Criterio Jurídico Garantista, 2010.
- Código de Comercio Colombiano [CCO]. (43ª. ed.) Legis.
- Colin Ambrose & Henri Capitant, *Derecho civil. Introducción, personas, estado civil, incapaces*. Jurídica universitaria, 2002.
- Carlos López Núñez, *Fuentes de producción y conocimiento del derecho romano*, s.f.
- Constitución Política de Colombia [Const]. (41ª. ed.) Legis.
- Corte Constitucional, Sala Plena, (5 de mayo de 1994). Sentencia C-224 de 1994 [M.P. Arango, J.].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (28 de octubre de 1993). Sentencia C-486 de 1993 [M.P. Cifuentes, E.].

- Dante De Corrente Spano, *Fuentes del derecho romano*, 1971.
- David Mercado, *Manual de Teoría Constitucional*, 2008.
- Diccionario Hispánico Universal, México: W. M. Jackson.
- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española.
- Elianne Estecche, *Proceso de codificación en derecho mercantil*, Estudios de Derecho Empresario, s.f.
- Marcela Castro de Cifuentes, *Derecho Comercial: Actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*, 2016.
- Ramón Eduardo Madriñán de la Torre, *La Costumbre Comercial*, 1962.
- Ramón Eduardo Madriñán de la Torre & Yolima Prada Márquez, *Principios del derecho comercial*, 2013.
- Roberto Goldschmidt, *Curso de Derecho Mercantil*, Fundación Roberto Goldschmidt, 2003.
- Rocío Gómez Serrano, *La Jurisprudencia frente a las fuentes del Derecho*. Escuela de Derecho y Ciencia Política, 2007.