

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

León-Robayo, E.I. (2017). El valor de la jurisprudencia en el derecho mercantil colombiano. *Revista Jurídicas*, 14 (2), 141-161.
DOI: 10.17151/jurid.2017.14.2.9.

Recibido el 24 de enero de 2017
Aprobado el 23 de mayo de 2017

EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO MERCANTIL COLOMBIANO*

ÉDGAR IVÁN LEÓN-ROBAYO** |

RESUMEN

El Código de Comercio establece en sus nueve primeros artículos cuáles son las fuentes del derecho mercantil colombiano. Sin embargo, la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y los pronunciamientos de la Corte Constitucional han traído consigo modificaciones directas al sistema jurídico que orienta el derecho comercial, abriendo paso a la constitucionalización y la aplicación de la teoría del precedente judicial. Este artículo tiene por objeto determinar claramente cuál es la verdadera ubicación de la jurisprudencia en la escala de fuentes del derecho mercantil en Colombia, para precisar su ubicación como fuente principal y auxiliar, siguiendo los criterios que para tal efecto ha determinado la Corte Constitucional.

PALABRAS CLAVE: derecho comercial, precedentes, jurisprudencia, fuentes principales, fuentes auxiliares, Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado.

* Este artículo es producto del proyecto de investigación: "Propiedad, Empresa y Consumo" que actualmente adelanta la Línea de Investigación en Derecho Comercial del Grupo de Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

** Abogado y profesor de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Doctor en Derecho *Summa Cum Laude* de la Universidad Alfonso X El Sabio (España). E-mail: edgar.leon@urosario.edu.co.
Google Scholar. ORCID: 0000-0001-6113-6700.



THE VALUE OF THE JURISPRUDENCE IN THE COLOMBIAN COMMERCIAL LAW

ABSTRACT

The Commercial Code establishes in its first nine articles which are the sources of Colombian commercial law. However, the coming into force of the Political Constitution of 1991, and the pronouncement of the Constitutional Court, have brought about direct modifications to the legal system guiding commercial law, opening the way to constitutionalizing and to the application of the judicial precedent theory. The purpose of this article is to determine clearly the true position of jurisprudence in the scale of sources of the commercial law in Colombia, and to specify its location as a main and an auxiliary source, following the criteria established by the Constitutional Court for this purpose.

KEY WORDS: commercial law, precedents, jurisprudence, main sources, auxiliary sources, Constitutional Court, Supreme Court of Justice, Council of State.

INTRODUCCIÓN

El sistema de fuentes positivo apareció en la historia de la humanidad como una de las consecuencias del espíritu revolucionario francés (Ross, 2007). Dadas las circunstancias en que se gestó, se hizo necesario romper los esquemas propios del absolutismo de la Edad Media y terminar, definitivamente, con todos los rezagos del feudalismo europeo.

El Estado nacional se construyó entonces a partir de un sistema absolutamente positivista, afincado en el concepto de la ley como fuente única del derecho y reforzado bajo el concepto de soberanía (Merryman, 2012). Así, para los ideólogos revolucionarios se hacía imprescindible privar al juez de toda facultad de crear el derecho o admitir que la costumbre tuviera importancia dentro de él, habida cuenta de la desconfianza producida porque el juez era protector del aristócrata latifundista. Por ello, la Revolución Francesa trajo consigo la radicación del poder en el pueblo (Larroumet, 2006).

En materia mercantil ocurrió exactamente lo mismo, pues las leyes que regulaban el comercio se formaron dentro de los negocios y la determinación de sus principios se decantó de las conductas y contratos de los comerciantes, hasta que estos terminaron siendo reconocidos por el Estado nacional. Así, el absolutismo le brindó al príncipe la facultad de expedir leyes para regular los negocios, las cuales recopilaron disposiciones que venían siendo aplicadas por siglos. La revolución, por su parte, le otorgó al legislador la posibilidad de crear leyes, que se caracterizaron por ser compiladas en códigos con los que se pretendió regular todas las actividades de los particulares.

Hasta hace unos años, en Colombia la situación no era nada diferente de lo señalado para el derecho continental. Tanto los códigos de Comercio Marítimo y Terrestre del siglo XIX y el Código de Comercio de 1971 siguieron fielmente el ejemplo francés, dándole prevalencia a la ley como fuente por excelencia del derecho mercantil (Troper, 2018). No obstante, a partir de 1991, con la entrada en vigencia de la Carta Política y la creación de la Corte Constitucional, este último resultó impactado y modificado en virtud de la construcción de un sistema de precedentes. De un respeto absoluto e indiscutido de la ley se pasó a un cambio de rol en el esquema de creación del derecho.

La jurisprudencia pasó entonces de ser fuente auxiliar a principal, cuando esta es proferida por el juez constitucional. Algo similar ocurrió con las decisiones dictadas por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, las cuales adquirieron una obligatoriedad manifiesta que debe ser acatada por los jueces de menor jerarquía.

Este trabajo tiene por propósito definir y precisar cuál es la función que tiene la jurisprudencia mercantil. La metodología propuesta para realizar esta labor será documental y de análisis jurisprudencial, para lo cual se tratará la constitucionalización del derecho privado y cómo la Corte Constitucional realiza el control de constitucionalidad de las leyes, específicamente las comerciales, excluyendo de este estudio su labor como máximo tribunal en materia de tutela.

A renglón seguido, se precisará la manera como opera la “fuerza vinculante” de los órganos de cierre jurisdiccional, para después establecer la función que desempeña en materia mercantil la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, haciendo referencia, además, a la labor que de forma similar efectúa el Consejo de Estado. Posteriormente, se tratará la forma como el precedente puede ser desconocido o perder su validez y se finalizará con el tratamiento que le da el sistema legal colombiano a la jurisprudencia de los jueces de menor jerarquía, en su calidad de fuente auxiliar de creación del derecho comercial¹. Este último aspecto incluye igualmente las decisiones proferidas por las entidades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

La injerencia de la Constitución en el derecho colombiano ya no es simplemente formal, sino que su participación es efectiva en el diario acontecer nacional. Si bien podría inferirse que el derecho constitucional debería concentrarse en asuntos típicos del derecho público, por la tradicional distinción que existe en esta materia con el derecho privado, y habida cuenta de que la carta política es la hoja de ruta de la organización estatal, tanto la regulación de los derechos de los ciudadanos como las acciones constitucionales para garantizar su efectividad han hecho que todas las demás ramas del derecho sean influenciadas por sus disposiciones.

A ello no es ajeno el derecho privado, pues el juez constitucional toma decisiones que incluso trascienden las reglas propias de esta ciencia para resolver problemas específicos de los particulares (Calderón Villegas, 2011). Esta injerencia, conocida con el nombre de “constitucionalización del derecho privado”, también afecta el derecho mercantil y, por ende, recibe el nombre de “constitucionalización del derecho comercial” (Rengifo García, 2011). Sin embargo, la irrupción del

¹ Este artículo deja de lado la consideración de los tribunales arbitrales y sus laudos, quienes si bien ejercen funciones jurisdiccionales y sus decisiones son verdaderos fallos, en realidad no se trata de jueces ni de jurisprudencias en sentido estricto. No obstante, en el arbitraje nacional los árbitros están obligados a seguir los precedentes y la fuerza vinculante de las altas cortes en los términos fijados en este escrito. Una conducta contraria puede dar lugar al delito de prevaricato -Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Radicado 41198 de 2017. Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier- (Tamayo Jaramillo & Jaramillo Jaramillo, 2013).

derecho constitucional en los designios propios del derecho privado en el sistema romano-germánico ha traído consigo una oposición férrea y profunda por gran parte de académicos y practicantes en esta disciplina. Esto, por cuanto, el derecho civil y el comercial fueron creados, contruidos y transmitidos generación tras otra bajo una clara separación de poderes, el respeto a la ley en sentido formal y, por supuesto, gracias al rol de los propios comerciantes en la creación de sus normas vía costumbre mercantil².

No en vano, las normas fundamentales sobre las cuales se desarrolla el derecho privado son precisamente los códigos Civil y de Comercio, derivados en su mayoría de los postulados propios del derecho francés y su sistema de fuentes. Adicionalmente, el litigante en esta disciplina entiende que su juez natural es el ordinario o un tribunal de arbitramento integrado por expertos en temas comerciales o una superintendencia que ejerce funciones jurisdiccionales, y que de acuerdo con las diferentes instancias procesales que puede encontrar, su caso terminará siendo conocido por la máxima corporación en la materia, que para el caso colombiano será la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (Calderón Villegas, 2011; Tamayo Jaramillo y Jaramillo Jaramillo, 2013).

Pero el hecho de que por regla general los *iusprivatistas* colombianos vean con malos ojos la imposición constitucional de una solución a su caso, que no se encuentre expresamente establecida en la ley formal o que la contraríe, por parte de un tribunal diferente a su juez natural, no es solamente un asunto de celos profesionales. Tales críticas se resumen en dos posiciones, comentadas por Calderón Villegas (2011):

a. Inseguridad jurídica: los críticos son tajantes en mencionar que los negocios pueden ser inestables, pues las reglas contractuales son previas y obligantes, según la estructura dada por las partes al momento de la celebración del acuerdo. Por lo tanto, la intervención del juez constitucional en cualquier etapa de la ejecución puede dar lugar a modificaciones estructurales en las reglas de juego que perjudican el desarrollo de los contratos.

b. Resistencia de los agentes a la intervención constitucional en la técnica del derecho privado: el proceso constitucionalizador puede afectar no solamente a las reglas que rigen el contrato sino también recaer en sus aspectos técnicos (Cárdenas Mejía, 2018). Si el efecto es analizado, caso por caso, podría ser intrascendente desde un punto de vista financiero. No obstante, existen asuntos en los que una decisión puede incidir en una actividad industrial de actos en masa, como sucede, por ejemplo, con

² Es decir, la creada por el legislador. No se trata de la ley en sentido material, pues ella incluiría incluso la propia Constitución (Corte Constitucional. Sentencia C-486 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz).

los contratos bancarios³, de seguros⁴ o medicina prepagada⁵, entre otros. Para evitar controversias posteriores, las decisiones del alto tribunal son tenidas en cuenta por las compañías para modificar sus clausulados, con lo cual es factible que se generen costos que jamás fueron tenidos en cuenta y, así, tener un impacto macroeconómico relevante.

Lo cierto es que tanto el rol de la Corte Constitucional como su jurisprudencia y el régimen creado por ella para dotar de eficacia a sus decisiones, son una realidad vigente y ocupan un espacio importante dentro del ordenamiento jurídico nacional, el cual halla en el sistema de precedentes su más grande bastión, pues el constitucionalismo se encuentra en la cúspide de la pirámide de fuentes del derecho colombiano. Por ello, los defensores de este “nuevo derecho”, especialmente los constitucionalistas y teóricos, que por lo general no suelen ser expertos en derecho privado y, específicamente, en derecho comercial, defienden a capa y espada sus postulados, señalando irónicamente a sus detractores como “formalistas”, “tradicionalistas” o simplemente “defensores del viejo o antiguo derecho” (López Medina, 2002).

Transcurrido más de un cuarto de siglo de haber entrado en vigencia la Carta de 1991 no es factible un retroceso hacia una legalización del derecho privado —desconstitucionalización—. Por ello, resulta preciso buscar un punto medio, ajustado a las necesidades de la realidad nacional —constitucionalización adecuada—. Este debe respetar las reglas de juego de los particulares en sus contratos sin vulnerar las condiciones típicas de los mismos —supraconstitucionalización— o quedarse corto en la protección de los derechos constitucionales garantizados a los particulares —infraconstitucionalización—. La búsqueda de ese punto medio se vincula “a intensos esfuerzos por determinar cuáles son los límites a los que se encuentra sometida la adopción de decisiones en determinadas materias” (Calderón Villegas, 2011, p. 56).

³ En 2003, la Corte Constitucional analizó el deber de solidaridad que deben cumplir los bancos frente a las víctimas del secuestro. En esta medida, modificó el contrato de mutuo y el cobro que de los intereses realizaba una entidad bancaria, los cuales se regían por las normas vigentes (Corte Constitucional. Sentencia T-520 de 2003. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil).

⁴ La corporación indicó en su fallo que en materia de seguros solo es aplicable la prescripción ordinaria, pues la extraordinaria conlleva consecuencias negativas en el goce de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección que no fueron negligentes, pero se encontraban en imposibilidad de presentar su reclamación. Con ello, la corporación dejó sin efecto los términos del artículo 1081 del Código de Comercio (Corte Constitucional. Sentencia T-662 de 2013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva).

⁵ En otro fallo, el alto tribunal decidió renovar un contrato de medicina prepagada para garantizar el servicio de salud y la integridad física de una mujer de la tercera edad, quien había quedado sin cobertura y desafiada por haber terminado el convenio entre la compañía de medicina prepagada y la entidad donde su hija trabajaba (Corte Constitucional. Sentencia T-724 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño).

LAS DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EJERCICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES MERCANTILES

Los fallos que dicta la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, dentro de las que se cuentan las mercantiles, hacen tránsito a cosa juzgada, según lo dispone el artículo 243 de la Carta. Esta función fue atribuida por el alto tribunal a través del sistema de precedentes, el cual se analizará a continuación.

Antecedentes del sistema de precedentes

El sistema de precedentes constituye una verdadera innovación en el esquema de fuentes del derecho colombiano, pues el hecho de reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia era algo típico del *common law*, no del derecho civil, familia jurídica a la que pertenece el ordenamiento nacional. No obstante, este fenómeno no tiene diferencia alguna con lo que ocurre en los ordenamientos europeos, lo cual es distinto del principio estadounidense denominado *stare decisis*, cuyo significado podría ser: estar a las cosas decididas. Este postulado vincula a los jueces cuando se cumplen las siguientes condiciones: (i) la decisión judicial a seguir es una opinión final en un asunto; (ii) el punto de derecho a seguir debe estar necesariamente decidido e incluido en la opinión del juez en el caso inicial y (iii) la cuestión legal en la que el juez actual funda su decisión debe ser la misma o sustancialmente similar a la que tuvo en cuenta el anterior.

En Colombia, primero surge la denominada “vinculación de jurisprudencia”, originada a partir de la segunda posguerra y normativizada en el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, que subrogó el artículo 10 de la Ley 153 de 1887. Esta disposición establecía que tres sentencias uniformes de la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituían “doctrina legal probable”. Sin embargo, no se trataba de un precedente obligatorio, pues tan solo era una fuente que el juez podía utilizar como criterio de orientación para la solución de un nuevo caso (Bernal Pulido, 2005). Esta posibilidad sufrió profundos cambios con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según se verá más adelante⁶.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999. Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

El precedente y sus características

Aunque las sentencias de la Corte Constitucional son extensas, no todo el contenido de sus fallos tiene fuerza vinculante frente a los poderes públicos y a los particulares, pues esta función la cumple el precedente⁷. Se trata entonces de un caso especial de jurisprudencia en el que se concreta el alcance de una disposición constitucional, es decir, en donde se explicita qué es aquello que la Constitución prohíbe, permite, ordena o habilita respecto de un tipo concreto de supuesto de hecho (Bernal Pulido, 2005). La construcción del precedente obedece a tres características, las cuales son denominadas por la propia Corte Constitucional *obiter dicta*, *ratio decidendi* y *decisum*⁸.

“Obiter dicta”

Son los párrafos contenidos en un fallo, por lo general teóricos, que permiten fundamentar la jurisprudencia sin que constituyan el trasfondo del asunto jurídico que se resuelve. Estos, por su naturaleza, no pueden revestir obligatoriedad, pues su papel es meramente argumentativo y, por ello, no son cruciales para resolver el caso. No obstante, esta parte de la sentencia “dispone de una ‘fuerza persuasiva’ que depende del prestigio y jerarquía del tribunal, y constituye criterio auxiliar de interpretación” (Bernal Pulido, 2005, pp. 153-154).

En su operativa, es posible verificar cómo las partes en una controversia podrán citar las afirmaciones analizadas por un tribunal para establecer que un asunto fue tratado jurisprudencialmente y, por ello, convertirse en obligatorio. No obstante, la otra parte podrá controvertir estas afirmaciones señalando que solamente constituyen *Dicta* y que, por ende, deben ser ignoradas por el juez al momento de fallar.

“Ratio decidendi”

Describe el razonamiento ubicado en la motivación de la sentencia y que le permite a la Corte Constitucional justificar su providencia. En otras palabras, consiste en la formulación general del principio, regla o razón general que fundamentará las razones jurídicas sobre las que se tomarán tanto la decisión judicial como la interpretación constitucional adecuada para el caso concreto y que, posteriormente, será aplicable a otros asuntos, basados en circunstancias idénticas¹⁰. En efecto, los hechos relevantes del caso tienen una importancia decisoria, pues la futura aplicación de la jurisprudencia depende de la semejanza que estos tengan con

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-816 de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-1300 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹ En plural, *dicta* o *dictum*.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-569 de 2001. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

los que configuren los casos posteriores que puedan ser resueltos bajo la misma óptica (Bravo Arteaga, 2011). Por tal motivo, la *ratio decidendi* se constituye como el verdadero precedente judicial (Bernal Pulido, 2005).

La propia Corte Constitucional ha establecido cuáles son los requisitos para que una argumentación constituya *ratio decidendi*: (i) que establezcan el principio general de la decisión tomada¹¹; (ii) que guarden unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia¹², o (iii) que estén íntima e inescindiblemente unidos con la parte resolutive de la sentencia¹³. Si se cumple una de estas condiciones los efectos que producirá serán vinculantes, por cuanto tendrá un carácter de “norma adscrita” o, como lo llama el alto tribunal, de ‘subregla’, pues concretarán las disposiciones constitucionales indeterminadas en prescripciones específicas, aplicables a los casos sometidos a su conocimiento. Por ello, se puede concluir que la “*ratio decidendi*” está formada por la enunciación de una norma jurídica general y por la descripción de los hechos relevantes del respectivo proceso (Bravo Arteaga, 2011).

Sin embargo, no resulta fácil determinar cuándo se está en frente de una *ratio decidendi* en un fallo constitucional. Tal labor no le compete al juez o tribunal que profirió la decisión, sino que esta actividad le corresponde al juez del caso posterior, según lo ha indicado la propia Corte Constitucional¹⁴. “Es únicamente este juez el autorizado para interpretar las sentencias anteriores, identificar en ellas los precedentes, y, hacia el futuro, aplicarlos o modificarlos” (Bernal Pulido, 2005, pp. 179-180)

Esta indeterminación resulta profundamente criticable, por cuanto va en contra de la seguridad jurídica. Para cumplir con el propósito de crear un verdadero esquema de precedentes el alto tribunal debería especificar cuál es su *ratio decidendi* y no dejar esta tarea al arbitrio de intérpretes y operadores jurídicos. Lo anterior, sin olvidar el problema que conlleva un fallo inhibitorio, luego de una extensa argumentación, donde no podría existir *ratio decidendi* u *obiter dicta*¹⁵, como ocurrió con la sentencia que decidió la exequibilidad del artículo 52 de la Ley 1676 de 2013, respecto de las garantías reales en los procesos de liquidación judicial, contenido en la normativa sobre garantías mobiliarias.

Desde un punto de vista operativo podría afirmarse que, si un caso presenta los mismos hechos que un asunto anterior y es decidido con referencia a ese precedente, bastará una simple mención a esa cuestión previa para ser considerada como *ratio decidendi*.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999. MM. PP. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-447 de 2015. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

“Decisum”

Es definida por la Corte como la resolución concreta del caso, es decir, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional. En principio, tiene alcance general, pues se trata del fallo o la solución para el caso concreto. Sin embargo, esto solo opera respecto de las sentencias de constitucionalidad. En tutela esto no resulta tan evidente, cuando, por ejemplo, los efectos son interpartes —si solo afectan las situaciones particulares de los sujetos que intervienen en el proceso— o *inter comunis* —si se extiende el fallo de tutela a las personas que si bien no promovieron el amparo constitucional, sí se ven afectadas por una situación de hecho o de derecho de una autoridad o de un particular, basado en la necesidad de brindar un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de los derechos fundamentales¹⁶—.

Clasificación de los precedentes

La evolución del precedente conlleva a concluir que la jurisprudencia puede vincular a la propia Corte Constitucional para resolver casos posteriores. En estos eventos, la doctrina considera que se trata de un “precedente horizontal”. Al mismo tiempo, la *ratio decidendi* resulta obligatoria para los jueces de otras jurisdicciones, así como para los jueces de menor jerarquía e, incluso, respecto de los demás operadores jurídicos. A esto se le denomina “precedente vertical”¹⁷ (Cárdenas Mejía, 2018).

El control del respeto al precedente constitucional

Al crear el sistema, una de las preguntas más importantes que se hizo la Corte Constitucional fue cómo garantizar el cumplimiento del precedente por parte de las autoridades públicas y de los particulares¹⁸. Así, el alto tribunal diseñó una estrategia basada en cuatro pilares para cumplir con este propósito: (i) la reiteración de jurisprudencia; (ii) la acción de tutela contra providencias judiciales; (iii) la anulación de sentencias de tutela dictadas por las salas de revisión de la propia Corte Constitucional, cuando no se observa la jurisprudencia de la misma corporación, y (iv) la excepción de inconstitucionalidad contenida en el artículo 4º de la Constitución Política.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-149 de 2016. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencias T-360 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-443, junio 15/2010 Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-816 de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

LA “FUERZA VINCULANTE” DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES DE CIERRE Y LA SUPREMACÍA DE LOS PRECEDENTES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La aplicación de los precedentes judiciales no solamente ha sido un asunto de carácter jurisprudencial, sino que actualmente ha quedado consagrada como mandato legal en el sistema jurídico colombiano. Esta situación ha sido aprovechada por la Corte Constitucional para aclarar la posición que ocupa la jurisprudencia de los tribunales de cierre —Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado— dentro de la jerarquía de las fuentes del derecho.

Al analizar el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (L. 1437/2011), y recordando su decisión al revisar la constitucionalidad del artículo 114 de la *Ley de Descongestión Judicial* (L. 1395/2010)¹⁹, normas que obligan a los jueces y a los servidores públicos a aplicar los precedentes del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, las disposiciones acusadas pasaron por alto la observancia de los de la Corte Constitucional²⁰. En su fallo, le asignó el carácter de fuente primaria de derecho a la jurisprudencia de las altas cortes, en lugar de considerarla un simple criterio auxiliar. Como se aprecia, en ningún momento el alto tribunal utilizó la expresión precedente sino “fuerza vinculante o normativa”.

Según la corporación, al tratarse de autoridades de unificación jurisprudencial, esta facultad vincula a los tribunales, jueces e, incluso, a sí mismos, fundamentalmente por cuatro razones²¹: (i) la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato, por tratarse de autoridades de la república; (ii) su condición de órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de su actuación; (iii) el principio de la buena fe, entendida como la confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado y (iv) la necesidad de seguridad jurídica que tiene el ciudadano para la protección de sus derechos, es decir, la llamada “predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos”.

De otra parte, del fallo se desprende que las decisiones jurisprudenciales de otros órganos y autoridades judiciales son el verdadero criterio auxiliar de interpretación, señalado en el inciso segundo del artículo 230 de la Carta Política. De ellas se afirma que los jueces en sus providencias “sólo están sometidos al imperio de la ley”.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-816 de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 2008. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Finalmente, al analizar los posibles conflictos que se pueden presentar entre los precedentes de los tribunales de cierre jurisprudencial, la corporación aclaró que las decisiones de la Corte Constitucional priman sobre las de los demás, con fundamento en dos razones principales: (i) se trata del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y (ii) por cuanto ella es la guardiana de la “supremacía e integridad” de la Carta Política. De esta manera, el alto tribunal determinó su condicionamiento frente a la norma demandada, en el entendido de que las decisiones de cierre de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado “deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional, la cual es prevalente en materia de interpretación de los derechos fundamentales y de la Constitución en general”.

En sentencia posterior, la propia corporación fue más allá y precisó que el precedente tiene una posición especial en el sistema de fuentes, en atención a la relevancia que tiene para la vigencia de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de las personas. “Por ello existe una obligación prima facie de seguirlo y, en el caso de que la autoridad judicial decida apartarse, debe ofrecer una justificación suficiente. Incluso la jurisprudencia ha reconocido que la acción de tutela procede contra providencias judiciales cuando estas violan el precedente aplicable” (C.C, Sentencia C-284 de 2015)²²

LA “FUERZA VINCULANTE” DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA EN MATERIA MERCANTIL... Y DEL CONSEJO DE ESTADO

Una vez precisado el lugar que tiene la jurisprudencia dentro del ordenamiento jurídico colombiano²³ es necesario hacer una serie de consideraciones para determinar cuál es el lugar de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado dentro del esquema de fuentes mercantil. Como quedó previamente señalado, en principio su posición en la jerarquía de fuentes general del artículo 230 de la Carta Política sería de fuente auxiliar. No obstante, también quedó claro que sus decisiones tienen fuerza vinculante, pues los particulares deben ser tratados de manera igual por los jueces.

Como se mencionó, la vinculación de jurisprudencia establecida por la Ley 169 de 1896 fue declarada exequible por la Corte Constitucional, quien precisó que esta

²² Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 2015. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Este postulado fue posteriormente reiterado en la Sentencia C-621 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²³ Cabe recordar que, en materia jurisdiccional, Colombia no dispone de una competencia judicial en materia mercantil. Ante esta necesidad, a partir de la Ley 446 de 1998 se les otorgó facultades jurisdiccionales a las superintendencias. Por tal motivo, y salvo pactos arbitrales, el máximo tribunal de casación respecto de los asuntos comerciales es la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

se ajusta a la Carta Política “siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión”²⁴ (Cárdenas Mejía, 2018; Quinche, 2012; Tamayo Jaramillo y Jaramillo Jaramillo, 2013).

Esta decisión se constituye como el origen del sistema de precedentes en la jurisdicción ordinaria establecido por la Corte Constitucional, aunque esta corporación utilizó la expresión “fuerza vinculante”. Tal postura fue recogida por el legislador en el artículo 7º del Código General del Proceso —legalidad—, en los siguientes términos²⁵: “Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos...”

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional precisa que la doctrina probable debe entenderse como una vía para darle fortaleza a la decisión judicial, al establecer una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta su parte considerativa. En cambio, los precedentes fijan reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afectando “aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión” (Corte Constitucional. Sentencia, C-621 de 2015)²⁶. Por todos estos motivos, Bravo Arteaga explica cómo el sistema de precedentes aplicable a la jurisprudencia constitucional lo es igualmente a la ordinaria en virtud de los principios de igualdad y de seguridad jurídica. En efecto, los precedentes judiciales se deben respetar tanto en su sentido horizontal²⁷ como en el vertical²⁸ (Bravo Arteaga, 2011).

Otras disposiciones que deben ser tenidas en cuenta para precisar la validez como fuente de derecho de la jurisprudencia ordinaria son las contenidas en los artículos 17²⁹ y 25³⁰ del Código Civil. La primera de estas normas se refiere a la fuerza

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

²⁵ Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional precisando que se trata de “(...) un esfuerzo del legislador por implementar a través de la ley una fórmula jurídica que ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de las demás altas cortes y cuya importancia y funcionalidad en el derecho colombiano actual resulta de la mayor valor, por lo que, el artículo demandado contribuye a dar aún más solidez a las decisiones de los tribunales de cierre y con ello fortifica la seguridad jurídica del sistema judicial colombiano” (Corte Constitucional. Sentencia C-621 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-621 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

²⁹ “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”.

³⁰ “La interpretación que se hace ~~con autoridad~~ para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador” (El texto tachado es del original).

obligatoria de las sentencias, la cual se predica exclusivamente de las causas en que fueron pronunciadas, y se prohíbe a los jueces disponer en ellas de manera general o reglamentaria. La segunda, por su parte, indica cómo debe hacerse la interpretación de una ley oscura, labor que se fija en cabeza del legislador. Respecto de esta última, la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones “con autoridad” y “solo”, con las cuales se designaba este tipo de interpretación y la competencia que se le daba al Congreso para ser la única entidad estatal encargada de fijar el sentido de la ley oscura³¹.

Previamente se indicó cómo el sistema de precedentes judiciales encuentra resistencia entre los *ius* privatistas. Sin embargo, este no es su principal problema, sino que existe una situación que genera mayores inconvenientes como lo es la confusión que podría generar su aplicación entre los operadores de esta área del derecho. Así se advierte en una decisión de la Corte Suprema de Justicia³² en la que se analizó la denominada “cesantía comercial”, contenida en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio³³ (Uprimny, 2012).

Con anterioridad, la doctrina del máximo tribunal de la justicia ordinaria indicaba que la mencionada prestación correspondía a una norma imperativa, razón por la que no le era dable a las partes modificarla o renunciar a ella, en ninguna etapa del contrato. Fue así como la nueva decisión señaló, en un caso cuyos problemas jurídicos no se relacionaban con este tema y, por lo tanto, en un *obiter dicta*, que los contratantes pueden modificar o excluir esa prestación en cualquier momento del contrato de agencia, con lo cual se varió completamente la posición previa.

Sin referirse a la regulación específica de la figura, tal vez por no tratarse de un área de su experticia, el autor se pregunta: “¿En qué medida, desde el punto de vista constitucional, esa decisión puede ser considerada o no un precedente judicial, con la fuerza vinculante que podría tener para los otros jueces civiles por emanar de la Corte Suprema de Justicia?”. A su juicio, la decisión del caso no requería de un cambio de posición doctrinaria, por cuanto de los hechos de la demanda resultaba evidente que el demandante tenía derecho a la prestación indicada por la ley.

Del análisis del proceso, Uprimny (2012) señala que la rectificación doctrinaria realmente constituye un *obiter dictum* y no la *ratio decidendi* del fallo, “pues no representa el principio o regla de derecho que sustentó en forma directa la

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-820 de 2006. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 11001-3103-032-2001-00847-01 de 2011. Magistrado Ponente: William Namén Vargas.

³³ Según esta disposición: “El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor”.

parte resolutive". Es así como el autor concluye que no es posible afirmar que la rectificación doctrinaria sobre la cesantía comercial en la jurisprudencia mencionada sea en sentido estricto un precedente judicial, sino que configura un *obiter dictum*. Por naturaleza, este no es vinculante, a pesar de tener una gran fuerza persuasiva, al provenir de una sólida argumentación contenida en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

Como se aprecia, todavía quedan muchas líneas por escribir sobre la teoría del precedente en la jurisprudencia ordinaria³⁴. Su implementación todavía requiere de mucha explicación teórica y práctica por parte de los jueces y de la doctrina, de manera que realmente se afiance dentro del esquema constitucional propuesto por la Carta Política y su intérprete directo, la Corte Constitucional. Mientras estas deficiencias no queden cubiertas y se suplan correctamente sus imprecisiones y vacíos, sus detractores tendrán el suficiente caldo de cultivo para atacar el sistema con argumentaciones sólidas que impiden el desarrollo del derecho colombiano.

Adicionalmente, cabe preguntarse en este punto: cuando el Consejo de Estado tiene en cuenta la interpretación que hace de la ley mercantil para solucionar asuntos sometidos a su consideración y fija en ellos sus posiciones propias, consideradas para tales fines como *ratio decidendi*, creando a partir de ellas precedentes, cómo se solucionan conflictos en los cuales estas decisiones sean contrarias a las líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia. Al ser los dos órganos de cierre, y no existir constitucionalmente la definición de una jerarquía entre los altos tribunales, pueden presentarse fallos contrarios, con lo cual se podrían generar los denominados "choques de trenes", con las consecuencias institucionales que estos conllevan.

EL DESCONOCIMIENTO O PÉRDIDA DE VALIDEZ DEL PRECEDENTE Y LA POSIBILIDAD DEL APARTAMIENTO JUDICIAL

Si el derecho es cambiante, el precedente judicial no podría ser siempre igual, frente a casos que con el tiempo mutan de acuerdo con la realidad fáctica. Es decir, bajo ciertas circunstancias, tanto la misma autoridad que ha originado la jurisprudencia vinculante, como los jueces inferiores, pueden apartarse de lo decidido en fallos anteriores.

³⁴ Incluso, la propia Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se refiere a precedentes, cuando en realidad debería usar la expresión fuerza vinculante. Para un ejemplo, véase: Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Expediente 6800122130002006-00007-01 de 2006. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Los eventos que hacen posible la adopción de decisiones judiciales contrarias a los precedentes son las siguientes: (i) si la norma legal aplicada ha variado por un tránsito constitucional o legal relevante, los fallos posteriores deben fundarse en la nueva preceptiva; (ii) cuando el ordenamiento vigente se analice desde una perspectiva más amplia, las consideraciones formuladas en el precedente admiten su modificación; (iii) el juez puede ponderar de forma distinta los valores y principios contenidos en el sistema legal, según la realidad social cambiante y (iv) si en la jurisprudencia anterior existe contradicción o ambigüedad, el juez debe hacerlo explícito y tomar las decisiones que interpreten de la mejor manera el imperio de la ley.

En esta medida, cuando el juez opte por cambiar la jurisprudencia existente deberá desarrollar una argumentación que permita establecer que no se ha desconocido arbitrariamente el principio de igualdad³⁵. En estos casos, se habla de apartamiento judicial del precedente, figura que consiste en la potestad que tienen los jueces de desconocer la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre como expresión de su autonomía judicial constitucional.

Según la Corte Constitucional, para que este apartamiento judicial opere no basta que el tribunal o el juez considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Para que no exista arbitrariedad, se requiere que el juez aporte razones que sean de peso y fuerza tales que, en el caso concreto, primen no solo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho³⁶. Así mismo, es preciso un proceso de contra-argumentación que explique sus razones por alguno de estos tres motivos³⁷: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, lo cual es lógico, pues si los hechos no son iguales, no existe apartamiento; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente y (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial.

Respecto de esta última hipótesis, así ha ocurrido, por ejemplo, en los siguientes casos:

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-123 de 1995. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-123 de 1995. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU-406 de 2016. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

a. Para la Corte Suprema, era posible asimilar la dación en pago a la compraventa y, por ende, le eran aplicables las reglas de la lesión enorme. Esta postura cambió, por cuanto no se trata de conceptos equiparables, pues en aquella solamente existe el interés de pagar y no de comprar o vender, se trata de un acto unilateral y consensual y porque no es dable acudir en estos eventos a la analogía, dado que no existe un vacío legal en la materia³⁸.

b. La procedencia de la acción de enriquecimiento cambiario no depende exclusivamente de la exhibición como única prueba del título valor. Sin embargo, al decidir una tutela, la Corte Suprema afirmó que es posible presentar los títulos valores impagados, porque en virtud de la onerosidad presupuesta en su creación se da cuenta del valor dejado de recibir y el correlativo incremento patrimonial³⁹.

c. Según la Corte Constitucional, las impugnaciones de las actas de asamblea y de juntas directivas de las sociedades por acciones simplificadas pueden ser conocidas por árbitros, siempre y cuando así se pacte en los estatutos. Con esta postura se deja de lado la jurisprudencia previa respecto de las otras sociedades comerciales, cuya competencia se defiere exclusivamente a los jueces⁴⁰.

d. Las marcas notorias deben ser protegidas incluso por su no uso. Lo contrario admitiría el aprovechamiento del esfuerzo ajeno por parte de un tercero para promocionar sus productos. Con esta tesis, el Consejo de Estado varió su jurisprudencia, pues con anterioridad el no uso de las marcas notorias daba lugar a la cancelación del registro⁴¹.

e. Para el Consejo de Estado resultaba viable admitir desistimiento en acciones contra registros marcarios que involucraran causales de nulidad relativa. Así, modificó esta posibilidad por cuanto en estos eventos se encuentra presente el interés general⁴².

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, radicaciones 11001-31-03-037-1998-00058-01 y 41298-3103-001-2002-00015-01 de 2007 y 2008. Magistrados Ponentes: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo y Arturo Solarte Rodríguez.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Radicación 11001-02-03-000-2009-01636-00 de 2009. Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-014 de 2010. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Primera, radicación 11001-03-24-000-2003-00322-01 de 2012. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla.

⁴² Consejo de Estado, Sección Primera, radicación 11001-03-24-000-2008-00349-00 de 2013. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla.

De otro lado, es posible que las entidades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales se aparten de los precedentes y la fuerza vinculante de las altas cortes, como ocurrió, por ejemplo, con el levantamiento del velo corporativo. De conformidad con el Consejo de Estado, este se debe realizar si surge o se percibe un asomo de mala fe, fraude, abuso del derecho o simulación⁴³. Por su parte, la Superintendencia de Sociedades ha precisado que para que prospere esta acción el demandante debe demostrar, con suficientes méritos, que se han desbordado los fines para los cuales fueron concebidas las formas asociativas. Es decir: “Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria”⁴⁴.

En definitiva, para que resulte procedente el cambio jurisprudencial se deben cumplir cuatro requisitos⁴⁵: (i) las decisiones se deben fundamentar en las fuentes del derecho que el ordenamiento ha previsto; (ii) la aplicación del derecho debe atender las reglas que para su interpretación haya establecido la ley; (iii) las decisiones judiciales actuales deben guardar coherencia con las decisiones previas y (iv) el precedente judicial debe seguirse y la separación del mismo demanda cumplir cargas argumentativas especiales.

Para finalizar este apartado, es preciso señalar que la Corte Constitucional ha indicado que el cambio de una determinada posición jurisprudencial por el respectivo órgano de cierre implica modificar una interpretación jurídica. Por ello, en atención al carácter vinculante general e inmediato del precedente, se determina la urgente aplicación judicial —en el orden horizontal y vertical— del derecho sustancial o procesal, según sea el caso.

Aunque, en principio, la nueva interpretación jurisprudencial rige con efectos inmediatos y vincula a los operadores judiciales que deben tenerla en cuenta en sus decisiones, es factible que en ciertas circunstancias la actuación de los sujetos procesales pudo estar determinada por la jurisprudencia vigente para entonces. Por ello, al momento de proferir su decisión el fallador debe establecer si el cambio de jurisprudencia puede afectar derechos fundamentales al modificar las reglas procesales y, así, resuelva inaplicar el nuevo precedente⁴⁶.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, radicación 10641 de 1999. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

⁴⁴ Superintendencia de Sociedades, Expediente: S.801-15 de 2013.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-816 de 2011. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-406 de 2016. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE AUXILIAR

Como se ha mencionado, la *ratio decidendi* de la jurisprudencia proferida por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en materia mercantil tiene “fuerza vinculante” y no puede ser considerada fuente auxiliar, en los términos del artículo 230 de la Constitución. Esta entonces será la proferida por los juzgados, tribunales y superintendencias en ejercicio de funciones jurisdiccionales.

La aplicación de las normas se puede explicar a partir de la base de que toda decisión judicial tiene dos componentes: (i) se encuentran los motivos que justifican la decisión proferida por la autoridad judicial y (ii) la parte resolutive que cierra el litigio y resulta ser la regla especial desarrollada por el juez y aplicable al caso en concreto (Mendonca, 2000). Para su validez, la providencia debe resultar acorde con los preceptos legales vigentes, a los cuales el fallador debe someterse, pues si este no deduce la solución adoptada de las reglas existentes en el sistema, las definiciones pertinentes y los hechos del proceso, su sentencia será infundada o arbitraria.

De todo lo anterior, se puede concluir que en el esquema mencionado el juez con su jurisprudencia crea derecho para el caso específico al decidir el asunto sometido a su consideración. Sin embargo, al existir norma aplicable realmente su actividad no podría catalogarse como fuente, lo cual coincide con lo dicho por los positivistas clásicos.

Sin embargo, no se debe olvidar que en el sistema positivo pueden encontrarse vacíos. Por tal motivo, Larroumet (2006) se pregunta qué ocurre cuando se acude al juez para que se pronuncie sobre asuntos que no han sido objeto de regulación por el legislador y que tampoco han sido decididos por otra jurisdicción. En estos casos, resulta evidente que corresponde al fallador crear la regla en su totalidad, pues se ha dicho que el juez tiene como principal deber emitir su decisión, así no encuentre norma aplicable a la causa sometida a su conocimiento. Es aquí donde realmente la jurisprudencia toma su verdadero papel de fuente.

CONCLUSIONES

El legislador del Código de Comercio colombiano tomó como punto de partida para organizar su sistema de fuentes al derecho francés y estableció una jerarquía de creación normativa, donde se ordena un respeto absoluto a la ley. Sin embargo, partió de una premisa fundamental, según la cual no es posible regular absolutamente todos los negocios mercantiles ni las conductas del comercio.

Dentro de esas posibilidades, el mencionado estatuto consagró a la jurisprudencia como una fuente auxiliar de creación del derecho mercantil. Y es que, en el momento actual, no es posible concebir a un juez que no sea partícipe activo en el proceso de creación del derecho. Por ello, la Constitución de 1991 y las decisiones de la Corte Constitucional, al establecer el sistema de precedentes y la denominada “fuerza vinculante” de los fallos de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado hicieron que ese sistema estático resultara modificado en sus bases y fundamentos. De esta manera, el papel de los jueces ha evolucionado progresivamente, gracias al desarrollo de principios y reglas.

Los fallos de última instancia proferidos por estos altos tribunales escalaron posiciones en la jerarquía de fuentes del derecho mercantil, convirtiéndose en fuente directa o formal, a través de la “constitucionalización del derecho comercial”, la cual se ubica en el primer renglón de la pirámide, al lado de la propia Constitución. Posteriormente, al lado de la ley comercial y de los tratados internacionales se encuentra la *ratio decidendi* de la Corte Constitucional y la “fuerza vinculante” de la jurisprudencia de cierre de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, cuando resuelven asuntos mercantiles.

Resulta relevante, además, precisar que si bien el esquema de precedentes y fuerza vinculante es obligatorio desde los puntos de vista horizontal y vertical, es factible que los jueces se aparten de la jurisprudencia obligante, y sigan los parámetros que ha precisado la Corte Constitucional. Lo interesante de este punto es que si bien las interpretaciones judiciales que varían resultan inmediatas, el juez debe hacer un análisis fáctico del caso y determinar si la nueva postura puede vulnerar derechos fundamentales, caso en el cual es posible extender en el tiempo precedentes ya derogados. En esta medida, es factible afirmar que se trata de una especie de “ultractividad”.

Por su parte, la jurisprudencia que conserva su calidad de indirecta o auxiliar es la proferida por los magistrados de tribunales y los demás jueces, según el artículo 230 de la Constitución. No obstante, es factible que los jueces se aparten de la decisión de los organismos jurisdiccionales de cierre, para lo cual deberán desarrollar una debida y adecuada argumentación. En cualquier caso, el sistema de fuentes del derecho mercantil colombiano ya no es el indicado expresamente en los artículos 1º a 9º del Código de Comercio. La jurisprudencia en Colombia ocupa actualmente un lugar muy distinto al formulado en 1971, pues esta se encuentra, incluso, por encima de la ley.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado.
- Bravo Arteaga, J.R. (2011). La fuerza del precedente judicial. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, (347).
- Calderón Villegas, J.J. (2011). *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario, Universidad de los Andes, Temis.
- Cárdenas Mejía, J.P. (2018). El 'precedente' en el derecho colombiano: ¿un juez creador de derecho? La perspectiva del derecho civil. En García, L.F. (Ed.), *Justicia y Democracia*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Garrorena Morales, Á. (2011). *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Larroumet, Ch. (2006). *Derecho civil. Introducción al estudio del derecho privado*. Bogotá, Colombia: República Francesa, Universidad del Rosario, Legis.
- López Medina, D. (2002). *El derecho de los jueces*. Bogotá, Colombia: Universidad de Los Andes, Legis.
- Mantilla Espinosa, F. (2009). "Interpretar": ¿aplicar o crear derecho? Análisis desde la perspectiva del derecho privado. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. (33), 537-597.
- Mendonca, D. (2000). *Las claves del derecho*. Barcelona, España: Gedisa.
- Merryman, J.H. (2012). *La tradición jurídica romano – canónica*. (Traducción de Eduardo L. Suárez). México: Fondo de Cultura Económica.
- Quinche Ramírez, M.F. (2012). *Derecho constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas* (5ª ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Rengifo García, E. (2011). Principales transformaciones del derecho mercantil en sus últimos cuarenta años. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, (347).
- Ross, A. (2007). *Teoría de las fuentes del derecho*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Tamayo Jaramillo, J. y Jaramillo Jaramillo, C.I. (2013). *El precedente judicial en Colombia. Papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Bogotá, Colombia: Universidad Javeriana, Ibáñez.
- Troper, M. (2018). Tribunales constitucionales: alcance de su jurisprudencia en el ordenamiento jurídico. El rol del juez constitucional y los efectos de su jurisprudencia en Francia. En L.F. García (Ed.), *Justicia y Democracia*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Uprimny, R. (2012). "¿Es precedente judicial la nueva teoría de la 'cesantía comercial' de la Corte Suprema?". *Ámbito Jurídico*. Recuperado de: [www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Noti-120314-12\(es_precedente_judicial_la_nueva_teoría_de_la_%E2%80%99Ccesant\)/noti-120314-12\(es_precedente_judicial_la_nueva_teoría_de_la_%E2%80%99Ccesant\).asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Noti-120314-12(es_precedente_judicial_la_nueva_teoría_de_la_%E2%80%99Ccesant)/noti-120314-12(es_precedente_judicial_la_nueva_teoría_de_la_%E2%80%99Ccesant).asp).