

“REFLEXIONES ACERCA DE LA COSTUMBRE MERCANTIL EN TIEMPOS DEL COVID-19”

En los últimos dos meses hemos sido testigo de que aún existen circunstancias que escapan al control de los seres humanos, el hecho de que un virus haya detenido al mundo ha permitido que se repiense no sólo desde el aspecto individual tan humano, sino desde los diversos institutos jurídicos a los que hemos venido acostumbrados que inveteradamente nos habían entregado soluciones prácticas a las diversas actividades reguladas por el derecho y en este caso particular, a quienes han ejercido el comercio de forma habitual.

Es por ello por lo que hoy nos encontramos revisando la costumbre, entendida esta como “una conducta o uso repetitivo, que surge espontáneamente y que es aceptada generalmente por la sociedad como de carácter obligatorio” (Cadena, 2002)

Adicionalmente, la ley prevé elementos para su validez, que se han desarrollado a través de la doctrina y la jurisprudencia, que para que una práctica sea considerada costumbre, debe reunir los requisitos de espontaneidad, generalidad, repetitividad, obligatoriedad, y uniformidad, y según lo dispuesto en el artículo 179 del C.G.P., se requiere que estos elementos sean probados para que valga la costumbre entre los comerciantes que la pretenden.

El artículo 3 del Código de Comercio señala que la costumbre tendrá la misma autoridad de la ley comercial bajo el presupuesto que aquella no la contraría manifiesta o tácitamente. Previniendo de manera especial en el artículo 4 que las estipulaciones de los contratantes se preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles.

La consensualidad es característica general de los negocios comerciales, por supuesto, ello interpretado bajo la égida constitucional del principio de buena fe, principio que el ordenamiento comercial incorpora en el artículo 871 señalando que los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y obligan no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda según la naturaleza de estos, la ley, la costumbre o la equidad natural.

Este recorrido nos lleva al artículo 13 el cual enuncia una serie de hechos que hacen presumir la calidad de comerciantes, quienes en suma al tenor del artículo 10 del mismo estatuto, son aquellas personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles, y es precisamente a este punto al que hemos llegado, el que nos permite cuestionarnos sobre el efecto que ha tenido la declaratoria de emergencia sanitaria en Colombia a través de la Resolución 385 del Ministerio de Salud y Protección social desde el pasado 12 de marzo de 2020 con ocasión a la declaración de pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud por cuenta del virus conocido como COVID-19.

La declaratoria de emergencia sanitaria estableció la adopción de medidas que claramente en procura de salvaguardar la vida y la salud de la población, también contuvo medidas que avizoraban cambios drásticos en las actividades comerciales, desde la prohibición eventos con un número determinado de personas, hasta el cierre de fronteras. Sin embargo, al revisar las cifras globales de avance del virus, así como los recursos que posee el país para afrontar las consecuencias del brote del virus, se determinó que Colombia se encontraba gravemente expuesto, debido a su capacidad de respuesta hospitalaria lo cual conllevó a tomar medidas más drásticas.

Cabe advertir que esta reflexión no pretende abarcar en cifras el efecto cuantificable en el sector denominado genéricamente -comercio- uno de los principales damnificados por los efectos de la declaratoria, debido al confinamiento, así como a cierre de los establecimientos por orden gubernamental, pues sería propio de otras ciencias sociales, lo que se pretende es determinar la aplicación de la costumbre para efectos de exigir el cumplimiento de los negocios una vez cese la declaratoria de emergencia y se hagan tangibles las controversias contractuales por el incumplimiento de los compromisos adquiridos y cuya fuente de solución lo serán en el orden comercial, el contrato, la costumbre o la ley.

El 17 de marzo de 2020, el Gobierno Nacional mediante el decreto 417 declaró el estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional por treinta días a partir de la fecha mencionada, autorizándose al Gobierno a tomar “todas aquellas medidas adicionales necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, así mismo dispondrá las operaciones presupuestales necesarias para llevarlas a cabo”. (Presidencia de la República de Colombia, 2020). Estado de emergencia que fue prorrogado mediante el decreto 637 hasta el 06 de junio del año 2020.

De las medidas derivas de la declaratoria del estado de emergencia sanitaria, así como las del estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica se destaca el confinamiento con fines preventivos que obligó a la población a suspender sus actividades presenciales y a permanecer en sus hogares. De igual forma, esto trajo como consecuencia el cierre de los establecimientos comerciales - en sentido amplio -, interrumpiendo la producción de bienes y prestación de servicio o generando cambio en la prestación o entrega de los mismos, salvo contadas excepciones que continuaron bajo estrictos parámetros de bioseguridad y que garantizan el abastecimiento a los hogares. De igual forma, continuaron otras actividades en las cuales se pudo implementar el teletrabajo y la mediación de procesos a través de las TICS. Es así como se inicia con el Decreto 457 del 22 de

Marzo de 2020, que decreta el aislamiento preventivo obligatorio, siendo este uno de los más rigurosos por cuanto con treinta y cuatro excepciones permitió únicamente la prestación de servicios y venta de productos de primera necesidad y actividades esenciales, transcurriendo así por varios decretos en los cuales se ha prorrogado el aislamiento preventivo obligatorio y se ha procurado por la activación de varios sectores económicos de manera escalonada hasta llegar hoy al Decreto 749 de 28 de Mayo de 2020, el cual ha permitiendo la comercialización de productos o prestación de servicios no esenciales de manera presencial bajo estrictos protocolos de bioseguridad y bajo la autorización, vigilancia y control de Gobernadores y Alcaldes, manteniéndose la restricción en aquellos sectores de la economía donde podrán presentarse aglomeraciones como eventos de carácter público o privado, establecimientos de esparcimiento y diversión, de baile, ocio, juegos de azar, entre otros, gimnasios, piscinas, parques de atracciones mecánicas, cines, teatros y establecimientos gastronómicos siendo estos últimos limitados a la venta de sus productos a través de comercio electrónico, domicilio o entrega para llevar.

Sin embargo, los efectos económicos del aislamiento no se han hecho esperar, contratos suspendidos o terminados, no sólo en materia laboral, sino en las diferentes actividades económicas, créditos congelados, pagos de servicios privados y públicos atrasados, cánones vencidos, situaciones fácticas que han generado respuestas en el Gobierno, quien ha tomado una serie de medidas a partir de los poderes otorgados constitucionalmente dada la declaratoria de estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica Constitución Nacional.

No obstante, se reconoce una parte de la población que por no encontrarse entre los grupos que se han visto favorecidos con dichas medidas les ha tocado afrontar su propia crisis económica, debido a que sus ingresos dependían de actividades mercantiles que hoy se encuentran suspendidas o en algunos casos no pueden acceder a su renta porque los arrendatarios han suspendido el pago de sus cánones de arrendamiento sin que se pueda lograr entre los mismos acuerdos de

pago en la mayoría de los casos como consecuencia de la escases de recursos de las dos partes.

En suma, las medidas tendientes a cumplir con el estado de emergencia sanitaria han llevado al incumplimiento y en algunos casos a la cesación de pagos en los diversos contratos celebrados, aclarando que no en todos ellos es predicable los institutos legales tales como la fuerza mayor o el caso fortuito, sino además se enfrentan a la imposibilidad del ejercicio del derecho de acción que les asiste dadas las restricciones establecidas en su aplicación por parte del Gobierno Nacional.

Presentado el contexto en el cual se esta repensando el instituto de la **costumbre mercantil**, y atendiendo a que el Gobierno ha tomado las medidas para salvaguardar o mitigar los efectos que se generen por la declaratoria de emergencia sanitaria en el sector económico del cual hacen parte los comerciantes quienes reiteradamente manifiestan son estas medidas tardías o insuficientes, se deberá evaluar a posteriori la oportunidad, suficiencia, eficacia y eficiencia en la restricción del ejercicio de acción, así como la interpretación que se ha dado frente al cumplimiento de las obligaciones pendientes.

A partir del paulatino restablecimiento de las actividades económicas, se evidenciarán los contratos que habrán generado situaciones que conllevan a declarar el incumplimiento por las partes y que ya no estarán bajo el amparo gubernamental y será necesario en procura de la salvaguarda del negocio jurídico atenerse a los mecanismos que la ley y la costumbre han previsto para ello.

Sin embargo, si los efectos económicos son insuperables para las partes, el juez no tendría otro remedio para despachar favorablemente o no el petitum del demandante de dar aplicación a lo dispuesto en la ley o la costumbre, los cuales a nuestro entender limitarían las posibilidades de salvaguardar el negocio **y deberían las partes, antes de acudir a procesos judiciales hacer uso del artículo 1602 del C.C., donde por disposición particular puedan mediar una solución, siendo**

entonces los mecanismos alternativos de solución de conflictos los escenarios idóneos.

La costumbre mercantil se nutrirá de nuevos usos, si algo habremos aprendido de esta pandemia es que la equidad y la buena fe son principios fundantes del quehacer del comerciante y solo apelando a ellos se podrá conjurar la crisis a la cual estamos despertando.

¡Ser solidarios en tiempos de pandemia, ha sido la más valiosa de las costumbres!

Autor:

Dra. Laura Milena Parra Rojas
(Abogado Docente - USTA)

Equipo de revisión:

Dra. Denisse Herreño Castellanos
(Abogado Docente - USTA)

Dr. Pedro Pablo Contreras Pacheco
(Vicepresidente Unidad de Registro y Redes
Empresariales - CCB)

Dra. Lina María Rodríguez Buitrago
(Asesor Jurídico I - CCB)

Dra. Leidy Juliana López Carvajal
(Abogado Registro - CCB)

Marlon Javier Cabarique Gómez
(Auxiliar Proyecto Costumbre Mercantil – CCB)

Bucaramanga, Junio de 2020.