



LOS USOS Y COSTUMBRES EN EL DERECHO PRIVADO CONTEMPORANEO

Por Jorge Oviedo Albán*

SUMARIO

INTRODUCCION

- I. LOS USOS Y COSTUMBRES EN EL DERECHO MERCANTIL
- II. EL RECONOCIMIENTO DE LOS USOS Y COSTUMBRES EN EL DERECHO PRIVADO NACIONAL. COMPARACION CON OTROS REGIMENES.
- III. EL RECONOCIMIENTO DE LOS USOS Y COSTUMBRES EN EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
- IV. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Las tres décadas de vigencia del nuevo Código de comercio, expedido por medio del decreto 410 del 27 de marzo de 1971, son la oportunidad adecuada para plantear la reflexión sobre las virtudes y defectos del mencionado código, y hacer un alto en el camino para analizar sus aportes a la vida jurídico comercial de nuestro país. Varios foros han servido como escenario para el planteamiento de interrogantes y propuestas de análisis y por que no, de reformas a la legislación mercantil. El Código en su versión original ha sido objeto de varias reformas, como son la del régimen de sociedades y concursos, contenido en la ley 222 de 1995, la ley 389 de 1997 que modificó el régimen del contrato de seguro, la ley 527 de 1999 sobre comercio electrónico, la ley 256 de 1996 sobre competencia desleal para mencionar sólo algunas.

Las múltiples y dispersas reformas tal vez generen el caos y confusión entre los operadores del tráfico económico, entabando el comercio, antes que permitiendo su agilidad. Por esto, queremos plantear una vez más, tal como lo hemos hecho en varios foros académicos, la reordenación de la hoy dispersa legislación mercantil, su adaptación a las modernas tendencias y realidades del mundo de los negocios, así como su preparación para ser receptora del derecho mercantil del mundo globalizado y las nuevas tecnologías. La conformación de mercados comunes conlleva la necesidad de pensar en la armonización, cuando no en la unificación de

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Diplomado en Contratación Mercantil. Especialista en Derecho Comercial por la misma Universidad. Profesor de derecho comercial y derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Sabana. Coordinador y profesor de la Intensificación en derecho económico en la misma Facultad. Profesor invitado de la Universidad Mayor de San Marcos (Lima - Perú). Ha sido profesor del seminario "contratación mercantil internacional" en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, en la Especialización en Derecho comercial, conferencista invitado del Centro de educación continuada de la misma Facultad, así como en varios foros académicos. jorge.oviedo@unisabana.edu.co



los derechos locales o nacionales. Este panorama conlleva igualmente, a un estudio de derecho comparado de los estatutos locales, tanto con los códigos sobre la misma materia que rigen en los diferentes países, como con los instrumentos de derecho internacional privado aplicables a la materia mercantil, como es el caso de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, (incorporada a nuestro sistema jurídico por medio de la ley 518 de 1999), instrumento vigente para 60 países, entre otros.

Por otra parte, se requiere un análisis sobre la eficiencia de los mecanismos implementados para la recuperación de las empresas, el papel que desempeña la normatividad contractual en el desarrollo económico, la función que dentro del desarrollo empresarial cumplen las sentencias de las altas Cortes, el rol que asumen los consumidores como protagonistas de la actividad comercial y los mecanismos de protección de los mismos, la eficacia de la regulación del comportamiento en los mercados contenido en la legislación sobre competencia desleal, el papel que están cumpliendo organismos gubernamentales como las Superintendencias, y los estamentos a los cuáles se les ha asignado la vigilancia y control de algunos participantes del tráfico económico.

Con seguridad las normas mercantiles necesitan ser adecuadas a la realidad de los tiempos que corren, signados por los cambios tecnológicos, la celeridad en las transacciones comerciales, y los nuevos desarrollos constitucionales y jurisprudenciales, exigiendo por ende normas jurídicas ágiles, eficaces y que brinden la suficiente seguridad a los protagonistas de la vida económica.

Por ello, consideramos que el paso inicial, debe consistir en el estudio de los aspectos fundamentales del derecho mercantil, como en el caso que nos ocupa, el de la costumbre y los usos, fuente indispensable de esta rama del derecho privado.

I. LOS USOS Y COSTUMBRES EN EL DERECHO MERCANTIL

No es objeto de este escrito tratar de rastrear el origen y valor de los usos y costumbres como reglas de derecho en las comunidades primitivas. Abordaremos los referidos conceptos a partir de su reconocimiento y validez en el derecho que se empezó a gestar en la edad media para regular las actividades de los comerciantes, pasando por su inclusión en el derecho mercantil codificado del siglo XIX, hasta llegar a su reconocimiento en el moderno derecho mercantil.

Antes de entrar en materia, consideramos preciso definir y distinguir los términos utilizados para titular el presente escrito, toda vez que los mismos pueden ser comprendidos de manera diferente en la doctrina y legislación extranjera. Por ejemplo, mientras la legislación colombiana se refiere a la costumbre mercantil, como puede verse en el artículo 3 del código de comercio, al código de comercio español hace referencia en el artículo 2 a los usos del comercio observados generalmente en cada plaza.

De acuerdo con ROCCO, el término uso en el derecho moderno es un término amplio que "...comprende desde la simple habitualidad individual hasta la verdadera y propia costumbre jurídica"¹.

La costumbre la podemos concebir como una conducta general y obligatoria para una comunidad, conformada por "...hechos públicos, uniformes y reiterados"² en un

¹ ROCCO ALFREDO, Principios de derecho mercantil, Revista de derecho privado, Madrid, 1931, Pág. 119.

² Cfr. Artículo 3 del código de comercio colombiano.



lugar determinado³, o de acuerdo con BARBERO "La costumbre es una forma de producción de normas jurídicas que consiste en la repetición general, constante y uniforme, de un determinado comportamiento en determinadas circunstancias"⁴.

Por el contrario, en los denominados usos, no se presentan las características de publicidad y uniformidad que si tiene la costumbre. Estos, se constituyen como conductas observadas por las partes en sus contratos, de ahí que MADRIÑAN, siguiendo a ENNECCERUS⁵ los designe como "usos contractuales y convencionales o de tráfico", y que según GENY, citado por MADRIÑAN los conciba como "las prácticas, algunas generales, la mayor parte locales o profesionales, que envuelven tácitamente la formación de los actos jurídicos, especialmente en materia de contratos, y que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad purgada en un vano formalismo y dominada por la buena fe ... tienen por objeto interpretar o completar la voluntad de las partes, o la del autor del acto"⁶.

Por su parte, MADRIÑAN DE LA TORRE diferencia al uso de la costumbre de la siguiente manera:

"El uso, ... constituye un elemento de la situación de hecho, particular y concreta, y por consiguiente debe estimárselo como fuente de derecho en sentido subjetivo, como manifestación que es de la voluntad de los particulares enderezada a crear, modificar o extinguir situaciones concretas y particulares"⁷.

Además, y no sobra reiterarlo, el elemento característico y definitorio de la misma que además puede servir para diferenciarla con los usos es la denominada *opinio iuris*, o convicción generalizada de estar observando una norma jurídica.

Sabido es que entre los siglos XI y XII, se vivió una época de florecimiento de las actividades mercantiles, acorde con el desarrollo de las ciudades y la expansión de la economía agrícola, factores que conllevaron el surgimiento y expansión de la clase de los comerciantes⁸. Así, surgió en la edad media el derecho mercantil, configurándose como un conjunto de usos, aplicados entre los mercaderes en orden a reglar sus derechos y obligaciones, en general toda su actividad, ante, entre otras causas, la insuficiencia del derecho vigente en la época⁹. Por esta y otras características los autores coinciden en definir al derecho mercantil o *ius mercatorum*, diciendo que consistían en un conjunto de usos y costumbres. Así por

³ El profesor GABINO PINZÓN afirma: "... la regla consuetudinaria se presenta como la resultante de una serie de actos cumplidos del mismo modo, por varias o numerosas personas, por un tiempo más o menos largo". PINZÓN GABINO, *Introducción al derecho comercial*, Temis, Bogotá, 1985, pág. 105.

⁴ BARBERO DOMENICO, *Sistema del derecho privado, I*, Traducción de SANTIAGO SENTIS MELENDO, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1967, pág. 92.

⁵ MADRIÑAN DE LA TORRE, RAMON EDUARDO, *Principios de derecho comercial*, Temis, Bogotá, 1997, pág. 54.

⁶ *Ib. Op. cit.*, pág. 54.

⁷ *Ib. Op. cit.*, pág. 54 y 55.

⁸ BERMAN HAROLD J., *La formación de la tradición jurídica de occidente*, Fondo de Cultura Económica, México 1993, pág. 349 y siguientes.

⁹ Es necesario recordar que el derecho romano ya conocía reglas aplicables a las transacciones que hoy denominaríamos mercantiles contenidas principalmente en el *ius gentium*. "En realidad, era el *ius gentium*, el (consuetudinario) "derecho de las naciones", aplicable a quienes no eran ciudadanos romanos, el que gobernaba casi todos los tipos de transacciones comerciales dentro del Imperio romano, especialmente los que incluían el transporte de bienes sobre largas distancias. (...) Sin embargo, ni el recién redescubierto derecho romano ni el derecho consuetudinario romano, que apenas subsistía, incluyendo el *ius gentium*, eran adecuados para resolver los tipos de dificultades domésticas y comerciales internacionales que surgieron en el occidente de Europa a finales del siglo XI y durante el XII". BERMAN HAROLD, *Ib. Op. cit.*, pág. 356.



ejemplo PIRENNE, quien afirma que el jus mercatorum, "Consistía en un conjunto de usos surgidos de la práctica, una especie de derecho consuetudinario internacional que los mercaderes aplicaban entre ellos en sus transacciones"¹⁰.

Vemos así, que el derecho mercantil nace y se desarrolla como un derecho eminentemente consuetudinario, calidad en la cuál coincide la totalidad de la doctrina para definir y caracterizar a esta rama del derecho privado¹¹.

Así mismo, es necesario destacar, que este conjunto de usos y costumbres que se configuró como una rama del derecho privado, surgió con una vocación internacional¹², pues tal como afirma DE EIZAGUIRRE "La coincidencia de necesidades y de circunstancias económicas en Europa occidental, unido al carácter cosmopolita de la clase mercantil, propician la difusión por dicho ámbito de normas, fundamentalmente de origen italiano, aceptadas por doquier, en razón a su perfección y utilidad contrastadas en la práctica mercatoria"¹³.

Este conjunto de usos y costumbres con el paso del tiempo, llegaría a ser un conjunto de leyes que en esencia los recogieron¹⁴, dando paso así a la etapa de codificación y nacionalización del derecho mercantil, con las Ordenanzas de Luis XIV de 1673, las Ordenanzas de Bilbao dictadas por Felipe V en 1737, y los códigos napoleónicos de 1804 y 1807 (Civil y de comercio respectivamente). Con éstos últimos y de igual manera los que se inspiraron en ellos, los usos y costumbres quedaron en un segundo plano, frente a la ley¹⁵.

Sin embargo, no hay que perder de vista que los usos y costumbres siguieron influyendo en la evolución del derecho mercantil, pero en la mayoría de los casos supeditados a la ley, como lo veremos adelante. También debe advertirse, que los usos y costumbres, no han sido patrimonio exclusivo de la legislación mercantil. Como veremos más adelante, también han sido reconocidas por la legislación civil.

¹⁰ PIRENNE HENRI, Historia económica y social de la edad media, Fondo de cultura económica, Clásicos de economía, Colombia, 1993, pág. 45.

¹¹ MADRIÑAN DE LA TORRE RAMON, Principios de derecho comercial, Temis, 7º edición, NARVÁEZ Afirma: "Las compilaciones de los usos comerciales y de las decisiones o sentencias de la jurisdicción consular o tribunales de comercio constituyeron el principio de la elaboración consuetudinaria del derecho mercantil. En efecto, dichos usos adquirieron contornos concretos, y, sobre todo, certeza. La compilación de esos precedentes y costumbres fue una contribución decisiva de las corporaciones en la evolución de las instituciones jurídico - mercantiles". NARVÁEZ GARCÍA, JOSE IGNACIO, Derecho mercantil colombiano, parte general, octava edición, LEGIS, 1997, pág. 31. PINZÓN MARTINEZ, JOSE GABINO, Derecho comercial. Cuestiones generales y quiebras, Temis, Bogotá, 1957, pág. 10. PINZÓN GABINO, Introducción al derecho comercial, Temis, Bogotá 1985, pág. 18. Afirma el autor: "...las prácticas mercantiles generalizadas por los comerciantes y seleccionadas por los cónsules, en la primera época, permitieron establecer reglas o principios generales dominantes en la vida del comercio, que, sistematizados o considerados en abstracto, inspiraron las normas reguladoras de las actividades mercantiles".

¹² "... la lex mercatoria, a pesar de múltiples diferencias locales de detalle, poseía un fundamental carácter unitario internacional: era un derecho común europeo especial para comerciantes". ZIMMERMANN REINHARD, Estudios de derecho privado europeo. Traducción de ANTONI VAQUER ALOY, Civitas, 2000, Madrid, pág. 197.

¹³ DE EIZAGUIRRE JOSE MARIA, Derecho mercantil, Civitas, Segunda edición, 1999, pág. 12.

¹⁴ "Las primeras manifestaciones legislativas (Ordenanzas de Bilbao y de Luis XIV), que no fueron otra cosa que la presentación sistemática, ordenada, y, si se quiere más clara, y de más fácil acceso a buena parte del derecho mercantil consuetudinario vigente en los siglos XVI y XVII, no agotaron su capacidad disciplinante, pues los avances del comercio habían de seguir encontrando en las costumbres la respuesta a sus nuevas exigencias, costumbres que luego se integrarían en los códigos nacionales que, en el mundo contemporáneo, no obstante su apego a la fuente escrita, se siguen contemplando al recoger el legislador en ellos nuevas reglas surgidas de las prácticas, previamente consideradas por os doctrinantes y aplicadas por los tribunales, en una permanente y cíclica renovación del contenido del ordenamiento". MADRIÑAN DE LA TORRE, RAMON, "La costumbre mercantil en los principios sobre contratos comerciales compilados por UNIDROIT", en Revista Universitas n°. 100, Diciembre de 2000, pág. 177.

¹⁵ "En cuanto al derecho consuetudinario, se dejaron subsistir las antiguas costumbres, lo mismo que se había hecho con el antiguo derecho legal; por lo que hace a las nuevas, la cuestión fue debatida por la doctrina: para unos, la costumbre tenía valor únicamente como derecho supletorio de la ley mercantil, incluso en segundo término después de las leyes civiles generales; para los otros, prevalecía por encima incluso de la ley mercantil y de la ley civil general". REHME PAUL, Historia universal del derecho mercantil, Traducción de E. GÓMEZ ORBANEJA, Editorial revista de derecho privado, Madrid, 1941, pág. 194.



Los usos y costumbres constitutivos de la *lex mercatoria*, fueron recogidos también por el derecho inglés¹⁶, al ser incorporados por el *common law*¹⁷.

Sin embargo, consideramos pertinente traer a colación las palabras del profesor FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, sobre el papel de la costumbre en el derecho anglosajón:

"Es equivocado sostener en la actualidad que el *Common law* sea de carácter consuetudinario. En realidad, la costumbre constituyó fuente fundamental del sistema inglés en la Edad Media. En la medida en que la misma se incorporó dentro del cuerpo jurídico de los precedentes jurisdiccionales, dejó de tener importancia tanto en Inglaterra como en los demás países que hacen parte de esa tradición jurídica. Actualmente, la costumbre ocupa un papel apenas secundario como fuente del derecho y, por tanto no prevalece frente a la legislación ni a los precedentes jurisdiccionales. Además, los requisitos para hacerla valer frente a las cortes son tan exigentes, que rara vez esta resulta vinculante y obligatoria. En efecto, "el establecimiento original de la costumbre prueba de su existencia ininterrumpida por un largo período de tiempo, así como de que la misma ha existido como consecuencia de un acuerdo entre las partes y no en virtud del uso de la fuerza. Igualmente, debe ser concordante con otras costumbres, tener certidumbre y ser aceptada como obligatoria y de importancia significativa. También debe ser razonable"¹⁸.

A pesar de esta incorporación y de la pérdida al menos formal, de importancia de la costumbre en el derecho mercantil posterior a la codificación, en la realidad ésta continuó en su papel de reglar la conducta de los partícipes de las transacciones económicas y que permite que el derecho evolucione a la par de las necesidades de los operarios de dicho tráfico¹⁹.

Aun hoy, los usos y costumbres continúan en su papel revitalizador del derecho de los negocios. Además, se constituye como una alternativa a las dificultades que pueden presentarse a la hora de tratar de definir la ley nacional o internacional que resulte aplicable a los contratos y negocios en particular. Las nuevas realidades mercantiles, la apertura de los mercados, el desarrollo de tecnología que facilita las transacciones de bienes y servicios, la agilidad en los modernos medios presentes en el transporte de mercancías, seguramente llevan en sí, una dosis alta de costumbres que por la *opinio iuris seu necessitatis*, o convicción de tratarse de normas de derecho obligatorias para las partes, la uniformidad, reiteración y

¹⁶ "Inglaterra era, en este aspecto, parte de Europa, su economía estaba integrada en el sistema comercial europeo, por lo que la *lex mercatoria* se propagó ahí, y lo hizo, en correspondencia con la general <<precocidad>> de Inglaterra". ZIMMERMANN REINHARD, Ib. Op. cit., pág. 198.

¹⁷ "Por ello, con seguridad podía afirmar COKE que la <<[*lex mercatoria*] us part of the Lawes of this Realm for the advancement and continuance of Commerce and Trade, which is pro bono publico>>. De modo semejante se pronunció BLACKSTONE un siglo más tarde: <<the custom of merchants or *lex mercatoria* (...), however different from the general rules of the common law, is yet ingrafted into it, and made part of it; being allowed, for the benefit of trade, to be of the utmost validity in all commercial transactions>>" ZIMMERMANN, Ib. Op. cit., pág. 202.

¹⁸ REYES VILLAMIZAR FRANCISCO, *Sociedades comerciales en Estados Unidos*, Ediciones doctrina y ley, Santafé de Bogotá D.C. 1996, páginas 40 y 41. El autor cita a GLENDON MARY ANN ET AL., *Comparative legal traditions in a nut shell*. West publishing Co., Saint Paul, 1982, pág. 241.

¹⁹ "El derecho internacional consuetudinario tiene su origen en la conducta de los sujetos del derecho internacional (especialmente los estados y las organizaciones internacionales), que durante un determinado tiempo y con una expresión contemporánea generan la correspondiente convicción legal. El derecho consuetudinario internacional básicamente ocupa un segundo lugar respecto de las reglas contractuales especiales". HERDEGEN MATTHIAS, *Derecho económico internacional*, Primera edición latinoamericana., Medellín, Diké, 1994, pág. 22.



publicidad de las mismas, las convierten en la nueva *lex mercatoria* del mundo moderno.

Consideramos necesario reiterar que frente al fenómeno de globalización de las relaciones económicas, en el que se ven cada día más involucrados académicos, prácticos y jueces, sea necesario pensar en la necesidad de crear unas reglas jurídicas ágiles, aplicables a todos los sistemas sociales, políticos y económicos con las que se dote de seguridad y agilidad a las mencionadas transacciones²⁰. Las costumbres sin duda, serán las llamadas a dotar al derecho global de la agilidad requerida²¹.

Actualmente el derecho comercial, está asistiendo a la conformación de una nueva *lex mercatoria* o derecho mercantil internacional, manifestada en contratos estándar, prácticas comerciales reconocidas por los actores del tráfico²², - usos o costumbres- códigos de conducta, reglas y principios reconocidos y recomendados por organizaciones internacionales, *lex mercatoria* que es incorporada o reconocida de alguna manera por el derecho nacional, cuando se trate de normas que hacen parte de tratados adoptados por los países, o mediante fallos de cortes locales o tribunales de arbitramento que les reconozcan valor²³.

²⁰ Cfr. OVIEDO ALBAN JORGE, "Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena para la compraventa internacional de mercaderías. (Comparación con la legislación privada colombiana)", en Revista Universitas n.º. 101, pág. 158 y siguientes.

²¹ "To many jurists, these reasons to promote a supra-national legal system were sound and convincing, and soon the idea of a new *lex mercatoria* found many admirers who picked up its elements and developed them further. Meanwhile, a number of distinguished authors adhere to the concept of the modern *lex mercatoria*. They see it as a growing body of uniform and a-national rules consisting of customs and usages of international trade and of those principles, concepts and institutions which are common to all or most of the states engaged in international trade. And it is the dynamic potential inherent in the merchant community and in all areas of modern international commercial law which they regard as the driving force behind the creation of this uniform body of transnational law". BARON GESA. "Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new *lex mercatoria*?", <http://www.cisg.law.pace.edu>. Pace Law School Institute of International Commercial Law - 1998, pág. 7.

²² "Cierta parte de la doctrina y de la práctica internacional han apostado recientemente por una des-estatalización del Derecho que regula el comercio internacional. Esta tesis se basa en dos puntos:

1.º) Existe una sociedad internacional de comerciantes, -los operadores del comercio internacional, la *Societas Mercatorum* (F.GALGANO)-, auténtica protagonista del comercio internacional.

2.º) Dicha sociedad de comerciantes operaría como un legislador privado internacional al margen de los legisladores nacionales o estatales, porque crea normas jurídicas que regulan el comercio internacional, y en particular, la compraventa internacional de mercancías: usos mercantiles internacionales, cláusulas y prácticas comerciales comunes en el comercio internacional, -INCOTERMS, AFTD, condiciones generales de la contratación, contratos -tipo, Reglas Uniformes CCI para créditos documentarios, etc- Resultado: existe un conjunto de reglas producidas por dicha sociedad de comerciantes. Es la <<Nueva *Lex mercatoria*>> o del <<Derecho transnacional>>.

3.º) Estas reglas prescinden por completo de los Derechos estatales, que los comerciantes consideran <<inadaptados>> para regular el comercio internacional. Tales reglas de la Nueva *Lex Mercatoria* aparecen acompañadas de un sistema sancionatorio propio, al margen del DIPr. De los Estados. Si en la Baja Edad Media existía una *Lex Mercatoria*, -que constituía un Derecho aplicable a los comerciantes con independencia de lo dispuesto por los derechos estatales- ahora se habla, en otro contexto, de una nueva *Lex Mercatoria*. CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, CARRASCOSA GONZALEZ, JAVIER y otros, Derecho Internacional Privado, Granada 2000, Volumen 1, pág. 43.

²³ Recuérdese la finalidad de los INCOTERMS, que consiste en "... establecer un conjunto de reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales más utilizados en las transacciones internacionales. De ese modo, podrán evitarse las incertidumbres derivadas de las distintas interpretaciones de dichos términos en países diferentes o, por lo menos, podrán reducirse en gran medida". INCOTERMS 2000, Cámara de Comercio Internacional, Barcelona, 1999, pág. 7.

De igual manera el preámbulo de los Principios de UNIDROIT: "Estos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos comerciales internacionales.

Ellos deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones.

Estos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los "principios generales del derecho", la *lex mercatoria* o expresiones semejantes.



Por los motivos brevemente esbozados, puede afirmarse que el valor de los usos y costumbres dentro de la evolución del derecho mercantil, ha sido el de contribuir a su nacimiento y desarrollo, característica que con algunos matices, se ha mantenido a través del tiempo y que acude cada vez con mas fuerza a renovar las instituciones jurídicas mercantiles, y por ende, permitir la consabida agilidad de los negocios. Su presencia en la normatividad de nuestro país y en algunas legislaciones comparadas además de la legislación internacional aplicable a la compraventa, será el objeto de las líneas siguientes. Llegaremos a ver cómo influye en la reinterpretación del derecho nacional.

Finalmente, y antes de pasar al siguiente punto, es necesario recordar cuáles son las funciones que la costumbre ha cumplido tradicionalmente frente a la ley. Ello nos servirá de base para precisar y analizar los conceptos que trataremos en los puntos siguientes.

La doctrina ha denominado a la costumbre *secundum legem*, a aquella que acude la ley para llenar algunos vacíos, o le deja la determinación de algún aspecto. Por el contrato, la costumbre *praeter legem* tiene vida propia sin que una ley determinada le haga llamado alguno para que rija. Finalmente, la costumbre *contra legem*, es aquella que va contra la ley²⁴.

II. EL RECONOCIMIENTO DE LOS USOS Y COSTUMBRES EN EL DERECHO PRIVADO NACIONAL. COMPARACION CON OTROS REGIMENES

Los usos y costumbres han sido reconocidos por la legislación nacional, tanto civil como comercial. En el derecho civil, las costumbres también se han hecho presentes a lo largo de los tiempos, cediendo eso si espacio frente a los cuerpos legislativos que han recogido las disposiciones en este campo²⁵. El código civil, adoptado para la República por medio de la Ley 57 de 1887 que adoptó a su vez, por medio del artículo 1 el Código civil de la nación, sancionado el 26 de mayo de 1873, se refirió a la costumbre en el artículo 8 disponiendo que:

Estos principios pueden proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla (rule) de derecho aplicable a dicho contrato.

Estos principios pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme. Estos principios pueden servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional".

Algunos como CALVO CARAVACA y CARRASCOSA FERNANDEZ, citados anteriormente indican que dentro del contenido de la nueva *lex mercatoria* se encuentran los usos y prácticas uniformes observados en la práctica comercial internacional, "En este apartado debe incluirse todos aquellos <<conjuntos normativos>> propuestos por ciertas Asociaciones privadas o públicas que operan en el comercio internacional. Son reglas repetidamente seguidas en la práctica del comercio internacional. Como ejemplos pueden citarse determinados <<contratos tipo>> preparados por determinadas empresas y Asociaciones que se emplean frecuentemente en el comercio internacional, como las << Reglas Uniformes relativas a los créditos Documentarios>>, las <<Reglas Uniformes sobre cobranzas de documentos>>, o los INCOTERMS, predispuestos todos ellos por la Cámara de comercio Internacional- Ib. Op.cit., pág. 44.

²⁴ Cfr. BARBERO DOMENICO, Sistema del derecho privado, I. Introducción. Parte preliminar, Parte general, traducción de SANTIAGO SENTIS MELENDO, ediciones jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1962, pág. 96, MADRIÑAN DE LA TORRE, RAMON EDUARDO, Ib. Op. cit.

²⁵ VALENCIA ZEA, ARTURO, Derecho civil. Tomo 1. Parte general y personas, Temis, 1989, pág. 159 y siguientes.



"La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que esta sea".

Por su parte, la Ley 153 de 1887, en el artículo 13 dispuso:

"La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva".

La costumbre en la legislación civil, de acuerdo con las anteriores disposiciones, fue llamada en un plano secundario, ante el silencio de la legislación civil. La función asignada fue, de acuerdo con VALENCIA ZEA, de norma supletiva que "...sirve para llenar los vacíos legales"²⁶.

El Código civil, se refirió a los usos y costumbres, en el artículo 1621, de la siguiente manera:

"En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen".

Este artículo se refiere a cláusulas que los contratantes frecuentemente incluyen en sus contratos. Ahora, si nos atenemos a los requisitos que deben cumplir los hechos constitutivos de la costumbre, es decir: ser generales, públicos y reiterados, además de contar con el convencimiento u opinio iuris, de que se trata de reglas de derecho, vemos que esas cláusulas de uso común, son verdaderas costumbres, a las que el legislador incluso le dio un valor superior al presumirlas incorporadas a los contratos, "así no se expresen" en el mismo, para usar la expresión del artículo citado.

Los hermanos MAZEAUD, plantean un criterio según el cual, al afirmar que el llamado que la ley hace a la costumbre en punto de los contratos, es en un carácter simplemente subsidiario y como una regla a la cual se debe acudir cuando la voluntad no sea clara. Afirman los autores, comentando el código civil francés:

"La costumbre está considerada también como una regla supletoria a la que se presume que se han referido tácitamente las partes: los artículos 1.159 y 1.160 del Código civil no apelan a ella sino a título subsidiario, cuando la voluntad de las partes no sea determinable"²⁷.

No hay que limitarse sin embargo a pensar que la ley civil solamente se refirió a la costumbre o cláusulas de uso común, como un criterio para interpretar la voluntad de los contratantes. Lo hizo muy claramente para integrar el contrato, es decir: para establecer en concreto cuál es la norma que deberá aplicarse ante el silencio de las partes. Pudiera pensarse lo primero, es decir, que es un simple criterio de interpretación, por la ubicación de la norma dentro del título XIII que se titula De la interpretación de los contratos, más sin embargo, creemos que la interpretación adecuada de la norma es la que hemos establecido. Si se mira con cuidado el artículo 1621, puede verse que se estructura en dos partes: en la primera si se acoge un criterio de interpretación de la voluntad, al establecer que "En aquellos

²⁶ Ib. Op. cit., pág. 158.

²⁷ MAZEAUD HENRI, LEON Y JEAN, Lecciones de derecho civil, Parte segunda, Volumen 1, Traducción de LUIS ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978, pág. 382.



casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato". Pero en la segunda parte, lo reiteramos, se consagra un criterio de integración, no sólo de interpretación²⁸.

Así entonces, y como conclusión a este acápite podemos decir que la legislación civil hizo un llamado doble a la costumbre: como regla de derecho, a falta de legislación positiva aplicable al caso, y como regla de derecho incorporada a los contratos, que se presume incluida en los mismos, así las partes no lo expresen.

Debe decirse además, que ésta no puede ir contra la ley, es decir, no la puede contrariar ni derogar.

Ahora bien, además deberá tenerse en cuenta lo siguiente: En materia general, la costumbre constituye derecho, a falta de ley aplicable. Es decir: Estaría al mismo plano de la ley, pero de la de carácter supletivo. Sin embargo, y refiriéndose ya a los contratos, cabría pensar que de la redacción de la segunda parte del mencionado artículo 1621, puede deducirse que, solamente cuando se trate de contratos, la costumbre podría estar en un plano igual, cuando no superior a la ley supletiva, y que sin derogarla, primaría frente a ésta en el caso en concreto.

En segundo lugar, y refiriéndonos al caso de los usos, estos también fueron tenidos en cuenta por el legislador civil, quien le dio una función interpretativa de las cláusulas contractuales, de la siguiente manera:

"Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte".

En el código civil español, se hace un llamado a la costumbre y a los usos, de la siguiente manera:

"Artículo 1:

(...)

3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre".

Por su parte, el artículo 1.287 ubicado dentro del capítulo IV del Título II del libro IV, que se titula "De la interpretación de los contratos", estableció:

"El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse".

²⁸ Las normas del código civil que se refieren a la costumbre son: Artículos 11246, 1256, 1621, 1879, 1998, 2002, 2009, 2044. Esta referencia ha sido tomada de ORTEGA TORRES JORGE, Código Civil, Decimacuarta edición, Temis, Bogotá, 1980, pág. 23. Concordancia al artículo 8 del código civil.



Cómo puede apreciarse, el artículo 1 del código civil español reconoce el valor de la costumbre con carácter subsidiario, es decir: se aplica, cuando no aparezca ley aplicable al caso concreto²⁹.

En cuanto al concepto de usos incluidos en la segunda parte del referido artículo 1 del Código civil español, la doctrina de ese país se expresa de la siguiente manera:

"Mejor que entrar en disquisiciones acerca del significado del término <<usos>>, es aludir al problema de fondo que se intenta abordar con esta regla. Desde hace tiempo, en determinados ámbitos (especialmente en el mundo de los negocios), se viene reclamando que al modo habitual de proceder en la contratación se le asigne un cierto valor normativo. Así, si en un determinado sector del mundo de los negocios, es habitual contratar la prestación de ciertos servicios por un determinado porcentaje, se persigue que todos los contratos de esos servicios que se celebren, se entiendan sometidos a la tarifa usual, aunque no se especifiquen expresamente al celebrar el contrato concreto e, incluso, alguno de los contratantes ignore la existencia de ese uso o hábito. Extiéndase lo mismo para otras condiciones o cláusulas de los contratos (modalidad de prestación de los servicios o entrega de los bienes, calidades a prestar, significado de ciertas palabras o símbolos, plazos de garantía y reclamaciones, etcétera). Esto representa tanto como conferir un cierto poder normativo, consagrado jurídicamente, a los grupos dominantes en el mundo de los negocios.

Quienes esto pretendían lo consiguieron en la reforma del título preliminar del Código civil de 1974. A partir de entonces hay base para sostener que el modo usual de proceder en el tráfico tiene o puede tener eficacia normativa"³⁰.

A nuestra manera de ver, lo que el código civil español denomina usos, así sean de un sector económico determinado, son costumbres, y no en el sentido que al uso le hemos dado según la definición de los mismos adoptada. Nos parece que la distinción que puede hacerse es en el sentido de la función que esa costumbre y usos están llamados a cumplir frente a la ley, que puede ser normativa-integradora, (a falta de ley aplicable), o interpretativos, en un sentido similar al que expresa el artículo 1622 del código civil colombiano.

Las mismas funciones, en nuestro criterio, le son reconocidas a la costumbre y los usos en el artículo 1.287 del Código civil español; interpretativa cuando afirma que "El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos ...", e integradora, cuando se afirma "...supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse"³¹.

²⁹ Cfr. LASARTE CARLOS, Curso de derecho civil patrimonial. Introducción al derecho, Séptima edición, reimpresión, 1997, Madrid, Tecnos, pág. 53.

³⁰ Ib. Op. cit., pág. 54.

³¹ Consideramos pertinente citar la palabras de DIEZ PICAZO sobre estas dos normas: "El uso aludido por el art. 1.287 debe considerarse que es el mismo que menciona el art. 1.258, con la diferencia de que en este último precepto cumple una función integradora del contrato, mientras que en el art. 1.287 cumple una función interpretativa. Es el llamado uso del tráfico o uso de los negocios, considerando como tal la manera general de proceder en el mundo de los negocios. Esta conclusión aparece hoy oscurecida a la vista de lo que dispone el art. 1.3 del Código Civil, donde, al mencionar los usos jurídicos, parece distinguirse, de acuerdo con una línea que era cara a la doctrina mercantilista, unos usos normativos y otros interpretativos. Cualquiera que sea le exégesis del art. 1.3 CC. Que no corresponde a este lugar, entendemos que no hay diferencia de naturaleza entre unos y otros usos, sino solo diferencia de función en la influencia que ejercen en el contrato. El problema se complica, porque el uso tiene en el art. 1.287 dos alcances diversos, de los cuales uno es meramente interpretativo y el otro es supletorio o complementario (<<supliendo en ellos...>>), a lo que hay que añadir la función que ya estaba establecida en el art. 1.258". DIEZ PICAZO LUIS, Fundamentos del derecho civil patrimonial, I, Introducción, Teoría del contrato, quinta edición, Civitas, Madrid, 1996, páginas 407 y 408.

N. del A. El artículo 1.259 del código civil español a que hace alusión el autor citado establece: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las



En el Código civil italiano de 1942, igualmente se hace un llamado a los usos y costumbres como fuente del derecho.

El artículo 1 de dicho Código establece que "Son fuentes del derecho;... los usos". Es este un llamado o reconocimiento general de la costumbre como fuente del derecho. A pesar de que se refiera a los usos, la doctrina parece no distinguir de lo que hemos venido llamando usos para diferenciarlos de la costumbre en estricto sentido. Así por ejemplo se expresa BARBERO³². Ahora, además del llamado general como fuente en el artículo 1, el 8 expresa que "en las materias reguladas por las leyes y por los reglamentos, los usos tienen eficacia, sólo en cuanto a ellos se hace referencia. Esto quiere decir siguiendo a BARBERO, que en las materias generales que tienen regulación en la ley o reglamentos, se acudirá a las costumbres en cuanto en ellas se haga el respectivo llamado, es decir la costumbre secundum legem. En los otros casos, cuando no haya un llamado expreso a la costumbre por la ley aplicable a una situación expresa, se aplicará el artículo 1, "...en virtud del reconocimiento general..."³³.

Por otra parte, también el Código italiano reconoce a las costumbre en su función de estar incorporadas al contrato, cuando las partes no dispongan en contra. El artículo 1340, reza:

"Las cláusulas de uso se entienden insertadas en el contrato, si no resultara que no han sido queridas por las partes".

El Código civil italiano de 1942, igualmente se refiere a la costumbre interpretativa. En efecto, esta función está reconocida en el artículo 1368 que establece:

"Las cláusulas ambiguas se interpretarán de acuerdo con lo que se practique generalmente en el lugar en que el contrato haya sido concluido.

En los contratos en que una de las partes sea un empresario, las cláusulas ambiguas se interpretarán de acuerdo con lo que se practique generalmente en el lugar donde esté la sede de la empresa".

Varias son las anotaciones que se pueden hacer a esta norma. En primer lugar, establece una diferenciación en cuanto al tipo de costumbre, en primer lugar se trata de costumbres generales y en segundo de prácticas de los negocios. A pesar de la unificación, nótese como dicho Código sigue pensando en que puede haber dos clases de costumbre, las generales y las empresariales³⁴. En segundo lugar, el ámbito de aplicación de las mismas se restringe a interpretar las cláusulas ambiguas y no que no lo sean, como se desprende de la lectura de la referida disposición.

consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley". Esta norma coincide con el artículo 1603 del código civil colombiano, salvo en la referencia a los usos que no se encuentra en la norma colombiana.

³² "En nuestro ordenamiento, el reconocimiento de los "usos", es decir, de la costumbre, como forma o medio de producción del derecho, se da en vía general en el primer artículo de las disposiciones antepuestas al Código civil sobre la ley en general. De manera que donde posteriormente no sea limitada o excluida, la costumbre impera. Pero en subordinación a la ley". BARBERO, DOMENICO, Sistema del derecho privado. I Introducción. Traducción de SANTIAGO SENTIS MELENDO, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, pág. 96.

³³ Ib. Op.cit., pág. 96.

³⁴ Sobre tal distinción BARBERO anota: "Con la costumbre verdadera y propia, forma de producción del derecho objetivo, no deben confundirse los llamados "usos interpretativos", llamados también "haciendales" o "usos de negocios". Estos consisten en un comportamiento que determinadas personas, o firmas, o haciendas, suelen observar entre sí en el ejercicio de sus negocios. No constituyen regla para todos -derecho objetivo-, sino que sirven para reconstruir, o sea para interpretar (y de ahí su calificación de "usos interpretativos"), la relevancia de los actos que son llevados a cabo por aquellas personas". Ib., Op.cit., pág. 99.



En el Código de comercio colombiano, se puede apreciar de una manera un poco más clara que en el civil, la consagración de la costumbre como fuente de derecho.

En primer lugar, el Código de comercio consagra el papel normativo de la costumbre, es decir, como regla de derecho impersonal, general y abstracta. En efecto, el artículo 3 del referido estatuto, establece: "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 ella.

En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior".

La norma además de establecer una clasificación de costumbres y de concretar un orden de prelación entre ellas, fija los límites y condiciones que deben cumplir los hechos constitutivos de la costumbre. De la norma se puede deducir la conclusión según la cual nuestro ordenamiento no reconoce valor derogatorio de la costumbre, la cual siempre debe ir de acuerdo con los preceptos legales, no la puede contrariar³⁵, es decir, no existe costumbre contra legem.

Sin embargo es necesario aclarar el siguiente aspecto: si bien es cierto que nuestro derecho no admite la costumbre contra legem, debe tenerse en cuenta que en tratándose de la costumbre mercantil, ésta tiene el mismo valor de la ley, de acuerdo con el artículo 3 del estatuto mercantil. Ahora, en cuanto a la ley civil aplicable a la materia mercantil, debe decirse que ésta, de acuerdo con las previsiones del artículo 2 del Código de comercio, resulta aplicable, siempre y cuando se haya agotado toda posibilidad en las leyes mercantiles entre las que se encuentran las costumbres con fuerza de ley según lo dispuesto en el artículo 3 del mismo estatuto³⁶. Ahora, esto no quiere decir que en todo caso sea así, pues existen algunas normas civiles que por disposición expresa del Código de comercio, son normas mercantiles³⁷. En ese caso, las normas civiles sobre las materias específicas, como son las del artículo 822 del Código de comercio, priman sobre las costumbres mercantiles. En otras palabras: si existe en nuestro derecho privado un caso en que la costumbre contra legem tiene valor, cuando se trate de costumbres mercantiles que por expresa disposición del artículo 3 del Código de comercio tienen el mismo valor de la ley mercantil, la cual a su vez prima en materias comerciales sobre la ley civil. En este caso deberá preferirse la costumbre mercantil sobre la ley civil, aun cuando le sea contraria, haciendo las salvedades indicadas expresamente, es decir: los casos de remisión directa a la ley civil como sucede con el artículo 822 del Código de comercio³⁸.

³⁵ En igual forma el artículo 8º del Código civil.

³⁶ El profesor GAVIRIA GUTIERREZ, al respecto anota: "En este evento prima la costumbre mercantil, porque ésta, según el artículo 3º del Código de comercio, tiene la "misma autoridad que la ley comercial", la cual desplaza siempre a la ley civil, al tenor de lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de dicho estatuto.

Esto quiere decir que, en asuntos mercantiles, la legislación civil, aun la imperativa, debe siempre ceder al precepto de contenido comercial existente en una ley escrita o en una costumbre". GAVIRIA GUTIERREZ ENRIQUE, Lecciones de derecho comercial, Diké, pág. 14.

³⁷ Como es el caso del artículo 822 del Código de comercio que hace un llamado directo a las normas civiles, no supletivo como sería el caso del artículo 2 de dicho Código.

³⁸ Esta posición puede basarse incluso en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana. En efecto, en sentencia de la Sala de casación civil y agraria, Magistrado Ponente: Dr. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ, Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998), referencia: Expediente No. 4798, dispuso la Corte: "Los arts. 1º a 9º del C. de Comercio, consagran las fuentes formales del derecho mercantil colombiano, estableciendo una jerarquía en el orden de aplicación.



En cuanto a la función *secundum legem* y *praeter legem*, debe observarse los casos concretos para ver si nos encontramos frente a uno u otro caso. La primera es a la que se hace un llamado concreto en varias disposiciones del Código, como por ejemplo:

El artículo 827 del Código de comercio que dispone:

"La firma que procede de algún medio mecánico no se considerará suficiente sino en los negocios en que la ley o la costumbre lo admitan".

Artículo 909: "Los gastos que ocasione la celebración del contrato se dividirán por partes iguales entre los contratantes, si éstos no acuerdan otra cosa.

Salvo costumbre comercial o pacto en contrario, los gastos de entrega de la cosa vendida corresponderán al vendedor y los de recibo de la misma, al comprador".

Otras normas del código que se refieren a la costumbre en su función *secundum legem* son los artículos 912, 933, 935, 1050, 1170, 1271, 1297 inciso 2 y 1661.

En el Código de comercio español se reconoce también la función normativa de la costumbre, en los siguientes términos:

"Artículo 2º. Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común.

(...)"

Esto que el Código español denomina usos del comercio corresponde a lo que nuestro legislador ha denominado como costumbre. Tal aseveración puede confirmarse con las palabras de la doctrina más autorizada sobre el derecho mercantil en ese país. Por ejemplo URÍA afirma:

"Los usos del comercio. Son normas de Derecho objetivo creadas por la observación repetida, uniforme y constante de los comerciantes en sus negocios". A estos usos URÍA manifiesta que igualmente se le puede reconocer una función normativa como interpretativa³⁹.

Conforme a lo prevenido en tales disposiciones, las situaciones o relaciones jurídicas de éste linaje se rigen prioritariamente por la ley mercantil. Si ella no regula la situación específica que se suscita, debe recurrirse a la solución que la ley comercial haya dado a una situación semejante, es decir, a la analogía interna, mediante la cual se colman las lagunas de la ley, que dado su carácter general y abstracto no puede prever todas las situaciones que pueden surgir en la práctica (art. 1º C. de Co.). Si con tal procedimiento tampoco se encuentra la solución, debe acudir a la costumbre, que de reunir las condiciones señaladas por el art. 3º ejúsdem, tiene la misma fuerza normativa de la ley mercantil y por ende resulta de aplicación preferente a las normas del derecho civil, a las cuales el art. 2º permite acudir para llenar las deficiencias del derecho mercantil positivo o consuetudinario, pero por virtud de aplicación subsidiaria. Sin embargo, cuando es la misma ley mercantil la que de manera expresa invoca la regulación de la ley civil, la aplicación de ésta no es subsidiaria, sino principal y directa, por lo que pudiera denominarse mercantilización de la norma civil, ya que se da una integración o reenvío material de normas". (Bastardillas fuera de texto).

³⁹ Dentro del campo genérico de las normas consuetudinarias de los negocios o usos del tráfico, los usos del comercio entran en la categoría especial de usos de los negocios o usos del tráfico, nacidos en el seno mismo de la contratación mercantil, bien para suplir la ausencia de regulación legal adecuada, bien para colmar las lagunas que existan en el contenido de los contratos o bien, sencillamente, para resolver las dudas que surjan en la interpretación de éstos". Y más adelante coincide en afirmar explícitamente que "Atendiendo a la función que el uso desempeña, suele hablar la doctrina de usos normativos y usos interpretativos, reservando la primera denominación a los usos nacidos para suplir las lagunas de la ley, y la segunda a aquellos otros que ayudan a la interpretación de los contratos, <<supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse>>, como dice el artículo 1.287 del Código civil". De todos modos debe tenerse en cuenta que el autor critica la denominación distintiva pues según él, todos los usos son normativos, independientemente de la función que cumplan. URÍA RODRIGO, Derecho mercantil, vigésimo tercera edición, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 26 y 27. Igualmente puede verse a DE EIZAGUIRRE JOSÉ MARÍA, Derecho



En el Código de comercio de la República Argentina, también se reconoce el papel normativo de las costumbres⁴⁰. Así el acápite II del Título preliminar:

"II. En las materias en que las convenciones particulares pueden derogar la ley, la naturaleza de los actos autoriza al juez a indagar si es de la esencia del acto referirse a la costumbre, para dar a los contratos y a los hechos el efecto que deben tener, según la voluntad presunta de las partes".

En el Código de comercio chileno, la función normativa de la costumbre de carácter supletivo frente a la Ley se reconoce de la siguiente manera:

"Artículo. 4. Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio".

Además de la anterior función, - la normativa- el Código de comercio colombiano, le reconoce a la costumbre un papel interpretativo, al decir que:

"Las costumbres mercantiles servirán, además, para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles".

Asimismo al artículo 57 del Código de comercio español se le ha reconocido esta función. El artículo dispone:

"Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias en sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones".

DE EIZAGUIRRE, afirma que este artículo puede servir para que en caso de litigio el Juez interprete el sentido de las cláusulas, y en caso de que se tratara de ambigüedades, éstas "...se resolverán conforme al <<sentido usual>>. ... esos usos no constituyen costumbre"⁴¹.

En el derecho argentino, se reconoce igualmente la función interpretativa asignada a los usos, de la siguiente manera:

El acápite V del título preliminar dispone:

"V. Las costumbres mercantiles pueden servir de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, y para interpretar los actos o convenciones mercantiles".

mercantil, Segunda edición, Civitas, 1999, pág. 159 y siguientes. Este autor critica la posición de URÍA, al afirmar que "...esta postura resulta desde 1974 inconciliable con el artículo 1º III.2 CC, que expresamente priva del carácter de costumbre a <<los usos jurídicos meramente interpretativos de una declaración de voluntad>>". Ib. Op.cit., pág. 163.

⁴⁰ El Código de comercio de la República Argentina fue sancionado por medio de la Ley 2.637 de 9 de octubre de 1889, y empezó a regir desde el primero de mayo 1890.

⁴¹ Ib. Op. cit., pág. 162.



Por su parte el artículo 218 de la misma codificación:

"Artículo 218.- Siendo necesario interpretar la cláusula de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguientes:

(...)

6. El uso y práctica generalmente observados en el comercio, en casos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras.

(...)"

Nótese como en el derecho argentino, la función interpretativa está reconocida tanto para los usos como para las costumbres, a diferencia de la legislación española que solamente lo reconoce para los usos.

En el derecho chileno, el artículo del Código de comercio reconoce tal función de la costumbre del siguiente modo:

"Artículo 6. Las costumbres mercantiles servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones mercantiles".

En el derecho colombiano, la función de interpretación está señalada a la costumbre en el artículo 3 del estatuto mercantil que dispone:

"Las costumbres mercantiles servirán, además, para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, y para interpretar los actos y convenios mercantiles".

Esta función de interpretación encuentra correspondencia con la norma del artículo 1622 del Código civil comentada anteriormente. La diferencia radica en que mientras la norma civil se refiere tan solo a los usos, la norma mercantil reconoce la misma función pero a la costumbre⁴². Sin embargo, podemos afirmar que de

⁴² Es necesario recordar en este punto, la concepción que la Corte Constitucional colombiana tiene de la costumbre, y el problema interpretativo que se origina en relación con una norma de la Constitución política de 1991.

Los ciudadanos Alfonso E. Rodríguez y José Ruiz López, presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el decreto 410 de 1971, la ley 04 de 1989 y los artículos 3 a 9 y 98 y 514 del Código de comercio ⁴². "Los ciudadanos Alfonso Rodríguez Pizarro y José Ruiz López formularon diversos cargos contra las normas del Código de Comercio reseñadas".

El argumento, al menos en lo que tiene que ver con el tema que nos ocupa, fue el siguiente:

" La costumbre mercantil:

- La costumbre mercantil, elevada por el Código a rango legal, también fue derogada con ocasión de la expedición de la CP de 1991, por virtud de su artículo 230, argumentan los demandantes. Esta norma señala a los jueces su sometimiento al imperio de la ley, y les permite acudir a los criterios auxiliares de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, en su función de administrar justicia. Consideran que la no inclusión de la costumbre mercantil como uno de aquellos criterios, equivale a su desconocimiento por parte de la Constitución, con lo que implica que los jueces están impedidos para utilizarla como fuente de derecho".

La Corte consideró:

" La costumbre como fuente de derecho



5. Según el demandante los artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 del Código de Comercio, dado que confieren a la costumbre mercantil "la misma autoridad que la ley comercial", violan el artículo 230 de la C.P. que, de una parte, ordena a los jueces, en sus providencias, someterse sólo al imperio de la ley y, de otra, al enunciar los criterios auxiliares de actividad judicial, no incluye la costumbre.

Los actores asumen que la materia de las fuentes de derecho, tanto formales como materiales, ha sido regulada directamente por el Constituyente, excluyendo de las mismas la costumbre y circunscribiéndose aquéllas a las específicamente nombradas y que corresponden a la "ley" - fuente principal - y a la "equidad", la "jurisprudencia" y la "doctrina", como criterios auxiliares.

6. Se discute si el derecho que debe aplicar el juez se limita al que emana exclusivamente del legislador y que se presenta bajo la forma de "ley" luego de haberse surtido un procedimiento consciente y formalizado y, consiguientemente, si no puede ser tal el que se elabora como fruto de la costumbre de manera natural, informal, inconsciente, espontánea, impersonal y que hunde sus raíces en la tradición y de ella deriva su legitimidad.

7. El órgano legislativo proyecta en las disposiciones que elabora un determinado saber social. La función prescriptiva está indisolublemente ligada a una interpretativa. Las normas legales pretenden gobernar el devenir social y es por ello imposible que no se tome en consideración, se pondere y sopesen en cada caso una serie de conocimientos relativos al presente y al pasado de la sociedad, máxime si se parte de la premisa de que existe un proceso consciente de creación del derecho.

Entre las fuentes de conocimiento de las que extrae su material el legislador, no puede excluirse la costumbre internacional, nacional o local. La costumbre, como objetivación de una determinada práctica social, muchas veces ha sido incorporada por la ley. De hecho, la legislación comercial, en buena parte responde a la codificación de la costumbre mercantil que, así, ha ganado más estabilidad y generalidad. La Constitución no coarta la libertad del legislador y no aparece en ella precepto alguno que prohíba que la costumbre, surgida en cualquiera de los ámbitos de la vida social, pueda servir de nutriente de su concreta labor legiferante. De otra parte, sería inconveniente e impensable imponer una veda semejante a esta actividad que, como manifestación de la cultura de un pueblo, debe consultar sus hábitos, creencias y valores, casi siempre encarnados en sus costumbres y tradiciones.

8. Si el antecedente inmediato de una determinada ley puede estar constituido por una práctica social desarrollada como costumbre, su interpretación y aplicación por el juez, de presentarse dificultades cognoscitivas sobre su correcta inteligencia, no puede realizarse sin adentrarse en el conocimiento de dicha práctica y de los comportamientos que la integran. Muchas veces, por ello, puede ser relevante apelar a la costumbre para aprehender la esencia misma de la ley. Aquí la costumbre, objeto de estudio, suministra elementos de juicio para tomar la decisión y sirve, por tanto, como criterio auxiliar de la actividad judicial. Si en esta situación se negare la invocación de la costumbre como medio cognitivo, se arriesgaría la cabal y justa aplicación de la ley. También, en otros eventos, la costumbre puede estar inextricablemente unida al entendimiento adecuado de una ley o a la aplicación de la equidad y, prescindir de ella en esas condiciones, significaría ni más ni menos desatender el sentido de aquélla o abandonar ésta última.

De lo dicho hasta este punto se desprende que la costumbre puede fungir como fuente material o cognitiva de la actividad que despliega el legislador al hacer las leyes como del juez al dictar sus providencias. Si bien el segundo inciso del artículo 230 de la C.P. sólo menciona como criterios auxiliares de la actividad judicial a la equidad, la jurisprudencia y los principios generales del derecho, no excluye en modo alguno otros criterios que sea indispensables en relación con la materia sujeta a su decisión y que a este respecto revistan utilidad como apoyo de la misma. La mención que la Carta hace de aquéllas, no se orienta a asignarles el papel de únicos criterios auxiliares del juez, sino a calificarlas justamente como auxiliares y, por esta vía, despojarlas de cualquier posibilidad de servir como fuentes directas y principales de las providencias judiciales.

9. La Corte procede ahora a analizar si la costumbre, además de poder ser utilizada como criterio auxiliar de la actividad judicial, puede servir como fuente de producción jurídica, esto es, constituirse en hecho generador de normas jurídicas que el juez pueda y deba, en ciertos casos, aplicar y con base en ellas resolver las controversias sometidas a su decisión.

10. De acuerdo con la tesis de los actores, la costumbre nunca podría ser aplicada como fuente formal de derecho, pues "los jueces - así reza el artículo 230 de la C.P. - sólo están sometidos al imperio de la ley". El precepto, a juicio de los demandantes, indica que los jueces sólo están autorizados a aplicar las leyes dictadas por el Congreso.

Limitar el universo de las fuentes del derecho, como se propone, a la ley entendida en su acepción formal, conlleva una serie de consecuencias absurdas que le restan al planteamiento toda plausibilidad. En efecto, la Constitución, norma de normas (CP art. 4), por no ser equiparable formalmente a la ley, no podría ser aplicada ni observada por la jurisdicción (1); las leyes, no obstante que pudieran vulnerar la Carta, en todo caso deberían acatarse y ejecutarse, y no podrían ser inaplicadas por los jueces (CP art. 4) (2); los derechos fundamentales de aplicación inmediata requerirían de una ley previa para poder ser aplicados por los jueces en los diferentes procesos (CP art. 85) (3); los valores y principios constitucionales, no estando incorporados en leyes ni necesitando, podrían ser dejados de lado por los jueces (4); los decretos del Presidente, las ordenanzas de las Asambleas, los acuerdos de los Concejos y, en general, todas las normas jurídicas, diferentes de las leyes, cuyo proceso de creación y cuya existencia se regula y reconoce en la Constitución, pese a su pertinencia para solucionar el asunto o controversia, no podrían aplicarse por los jueces (5); los contratos y demás actos con valor normativo, fruto de las relaciones intersubjetivas del orden privado, quedarían por fuera de la función jurídica (6); los derechos y garantías no consagrados expresamente en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, pese a ser inherentes a la persona humana, no podrían ser reconocidos judicialmente (CP art. 94).

Podría continuarse la enumeración de consecuencias irrazonables que se derivarían de dar curso favorable a la tesis formulada. Sin embargo, las esbozadas son suficientes para concluir que el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada - la "ley" captada en su acepción puramente formal - sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra "ley" que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe "ordenamiento jurídico". En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones "Marco Jurídico" (Preámbulo) y "orden jurídico" (C. art. 16).



11. La doctrina es conteste en definir la costumbre, en términos generales y sin abarcar a la internacional y a la que puede germinar en el contexto de las instituciones públicas, como una práctica o comportamiento social que se repite durante un período de tiempo con características de generalidad - acción o conducta predicable de una pluralidad de sujetos -, uniformidad - semejanza del hecho en la situación contemplada -, constancia - sin solución de continuidad o interrupciones -, frecuencia - reiteración de los actos que la constituyen en breves intervalos - y publicidad - transparencia y reconocibilidad del proceder en el ámbito social.

La costumbre, elemento imprescindible de la cultura de un pueblo - inclusive, tejido conjuntivo necesario para la Constitución de una Nación -, puede tener relevancia en el mundo del derecho y dar lugar a reglas de comportamiento que tengan la connotación de normas jurídicas y conformar, por lo tanto, el ordenamiento jurídico.

12. Pese a que en términos generales se acepte que en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, la costumbre general puede llegar a adquirir fuerza jurídica, se controvierte en la doctrina el fundamento de su juridicidad. Es esta una materia en la que difícilmente se puede alcanzar el consenso, pues cada postura sobre el concepto y la naturaleza del fenómeno jurídico, apareja una visión diferente y correlativa de la costumbre como fuente de reglas jurídicas.

Para la doctrina tradicional el fundamento jurídico de la costumbre radica en la voluntad tácita del pueblo que como ente político puede manifestarse tanto de manera formal - ley escrita - como informal - costumbre jurídica. Dentro de esta línea de pensamiento SANTO TOMAS DE AQUINO, en el TRATADO DE LA LEY, expone (Suma. I-II, questio 97 artículo 3): " (...) De ahí que, aún cuando una persona particular no tenga potestad en absoluto para instituir una ley, sin embargo todo el pueblo unido, mediante la costumbre, si tiene tal poder". Una variante relativamente moderna de esta línea de pensamiento, prefiere referirse al pueblo en cuanto formación social y natural que refleja y vierte en la costumbre su espíritu.

Sin duda la doctrina más extendida, de impronta psicologista, se coloca en el área visual del destinatario de la costumbre y desde allí percibe que su juridicidad proviene de la creencia arraigada sobre la obligatoriedad del comportamiento que ella indica (opinio iuris et necessitatis) y la consecuencia jurídica negativa que acompaña a su inobservancia.

En un plano objetivo se ha dicho que la costumbre se torna jurídica si recae sobre una esfera de la vida que tenga relevancia para el derecho y sea pasible de una disciplina jurídica, lo que puede advenir allí donde resulte necesario configurar prácticas uniformes para constituir o conservar el grupo o una determinada actividad social.

Desde otra vertiente del pensamiento se ha sostenido que la juridicidad de la costumbre se supedita a que el juez la acoja como fuente y la aplique a la solución de la controversia.

13. No es función de la Corte dirimir un asunto que tiene cariz marcadamente doctrinario. La escueta relación de tesis sobre la costumbre ha servido, sin embargo, para poner de presente su relevancia jurídica y la importancia que para la sociedad ha tenido y sigue teniendo mantenerla como fuente, lo que ha sido oportuno subrayar dado que el argumento central de la demanda se endereza a excluirla como fuente de reglas jurídicas válidas.

Lo que si resulta decisivo desde el punto de vista constitucional es que la costumbre pueda ser considerada parte integrante del ordenamiento jurídico que se estructura orgánica, material y formalmente a partir de la Constitución como norma de normas. Establecido este punto lo concerniente a su relación con otras fuentes, especialmente con la ley en sentido formal, es una materia que en su interior define ese mismo ordenamiento con base en las reglas de prelación y jerarquía que históricamente se hayan adoptado.

Si bien en la costumbre podrían identificarse las notas que caracterizan a una norma jurídica, lo determinante es que pueda plantearse su pertenencia al sistema jurídico. Para tal efecto es importante considerar si la Constitución, máxima norma de reconocimiento, la toma en consideración o si otra norma, integrante del sistema, autoriza a hacerlo. Definida su inclusión dentro del ordenamiento, se precisará su ubicación y relaciones con otras fuentes.

14. La Constitución de manera específica reconoce el valor jurídico de las costumbres cuando se refiere a las comunidades indígenas. En efecto, dispone el artículo 330 de la Carta: "De conformidad con la Constitución y las Leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades (...)". La fuerza prescriptiva de los usos y costumbres de las comunidades indígenas se relleva aún más en el artículo 246 de la C.P. que señala que "Las autoridades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República (...)".

La función productora de derecho de la costumbre también tiene claro fundamento en los tratados internacionales de derechos humanos incorporados al orden jurídico interno en virtud del artículo 94 de la Carta. Sobre el particular dispone el artículo 5 numeral 2º del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, aprobado por Ley 74 de 1968: "No podrá admitirse restricción o menoscabo alguno de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado". (...)

16. De los principios democrático y unitario conforme a los cuales se configura el estado colombiano y de la primacía de la Constitución (CP arts. 1 y 4), puede desprenderse que en ningún caso la costumbre puede contrariar la Constitución y las leyes de la República. Esta regla de prelación de la Constitución y de la Ley, de otra parte, se consagra de manera contundente en los artículos 246 y 330 de la CP respecto de las comunidades indígenas, aunque cabe advertir que la mencionada regla jerárquica tiene valor general y cobra todavía más fuerza tratándose de otro tipo de costumbres. En efecto, el artículo 8º del C.C señala que "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". En estos términos, claros y perentorios, se proscriben en el ordenamiento jurídico la costumbre contra legem.

La legislación, en términos generales, acepta la costumbre secundum legem y la praeter legem, en este caso siempre que sea general, no vulnere la Constitución, y a falta de legislación positiva (Ley 153 de 1887, art. 13).



acuerdo con lo dispuesto en el artículo 822 del Código de comercio colombiano, la norma del artículo 1622 del Código civil, se aplica a la materia mercantil, por lo que tenemos que ante la función interpretativa, nuestro derecho privado la asigna tanto a los usos como a las costumbres⁴³.

Es decir; debe tenerse en cuenta, de acuerdo con el artículo 822, que el legislador mercantil hace un llamado expreso a "los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa".

Esto quiere decir que los criterios de interpretación de los contratos del código civil son normas mercantiles para esta materia, por la expresa remisión del tan mentado artículo 822 del Código de comercio. Así las cosas, debe acudir nuevamente a las normas del Código civil que reconocen a la costumbre y los usos como fuentes del derecho, y decir que las cláusulas de uso común en materia comercial se presumen aunque no se expresen⁴⁴, y que los usos mercantiles sirven para interpretar igualmente los contratos y actos de tal naturaleza⁴⁵.

Sin embargo, creemos que el punto puede dar a equívocos y confusiones en la práctica, por esto sería conveniente pensar en una regulación unificada en materia

El primado de la ley escrita, - mejor sería hablar de "Derecho legislado" - en nuestro sistema, es innegable y se manifiesta como factor que controla los ámbitos donde permite, prohíbe, reduce o extiende el terreno de la costumbre. 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 indisoluble 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 dinámica".

La Corte decidió declarar exequibles las normas demandadas.

Corte Constitucional. Sentencia No. C-486. Octubre 28 de 1993. REF: Demanda N° D-244. Actores: Alfonso E. Rodríguez y José Ruiz López. Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 410 de 1971, la Ley 04 de 1989 y los artículos 3 a 9 y 98 a 514 del Código de Comercio. Magistrado Ponente: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

⁴³ Consideramos de interés anotar que el Uniform Commercial Code de los Estados Unidos, reconoce la aplicación de usos y prácticas de comercio, de la siguiente manera:

§ 1-205. Course of dealing and usage of trade.

- (1) A course of dealing is a sequence of previous conduct between the parties to a particular transaction which is fairly to be regarded as establishing a common basis of understanding for interpreting their expressions and other conduct.
- (2) A usage of trade is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question. The existence and scope of such a usage are to be proved as facts. If it is established that such a usage is embodied in a written trade code or similar writing the interpretation of the writing is for the court.
- (3) A course of dealing between parties and any usage of trade in the vocation or trade in which they are engaged or of which they are or should be aware give particular meaning to and supplement or qualify terms of an agreement.
- (4) The express terms of an agreement and an applicable course of dealing or usage of trade shall be construed wherever reasonable as consistent with each other; but when such construction is unreasonable express terms control both course of dealing and usage of trade and course of dealing controls usage of trade.
- (5) An applicable usage of trade in the place where any part of performance is to occur shall be used in interpreting the agreement as to that part of the performance.
- (6) Evidence of a relevant usage of trade offered by one party is not admissible unless and until he has given the other party such notice as the court finds sufficient to prevent unfair surprise to the latter.

⁽⁷⁾
⁴⁴ Cfr. Artículo 1621 del código civil.

⁴⁵ Cfr. Artículo 1622 del Código civil.



de obligaciones y contratos además de en las reglas generales comunes aplicables a la materia civil como mercantil.

Finalmente, es necesario anotar que para el caso colombiano, la costumbre, tanto local como nacional, se prueba conforme a las disposiciones del artículo 6 del Código de comercio, y que una de las funciones atribuidas a las Cámaras de comercio, frente a la costumbre, es según las voces del numeral 5 del artículo 86: "Recopilar las costumbres mercantiles de los lugares correspondientes a su jurisdicción y certificar sobre la existencia de las recopiladas".

Por otra parte, los artículos 7, 8 y 9 del código de comercio se refieren a la costumbre mercantil internacional y a la extranjera, diciendo en estas dos últimas normas, de que manera se prueban una y otra. El concepto de una y otra lo explica magistralmente el profesor MADRIÑAN de la siguiente manera: Las costumbres internacionales, al decir del autor: "...como su nombre lo indica tienen por fundamento la conducta cumplida por comerciantes de diversos países en los negocios que celebren entre sí", mientras las costumbres extranjeras "Son las que tiene carácter local o general en países distintos de Colombia"⁴⁶.

La doctrina en general ha manifestado que esas costumbres extranjeras e internacionales son, al decir de NARVÁEZ, Arbitrios complementarios que colman vacíos del derecho positivo, y de acuerdo con lo cuál cuando el intérprete no encuentre norma aplicable al caso concreto, podrá acudir a ellos para solucionar la cuestión que se le plantee⁴⁷.

Además, el profesor NARVÁEZ, manifiesta que las costumbres extranjera e internacional adquieren prevalencia "..respecto de normas supletivas, cuando en sus transacciones las partes las hayan invocado expresamente"⁴⁸. Es decir, que además de ser "arbitrio complementario", pueden valer dentro de un contrato, pero solamente cuando las partes así lo invoquen de manera expresa.

En el siguiente punto de este escrito, nos referiremos a las costumbres y usos internacionales, y la forma como planteamos, debe reformularse su valor en el derecho colombiano a la luz de algunos instrumentos jurídicos de carácter internacional.

La legislación extranjera también hace un llamado expreso a la costumbre mercantil como fuente del derecho. Por ejemplo el artículo 2 del código de comercio de España, dispone:

"Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común. (...)".

Recapitulando, y a manera de conclusión de este acápite, podemos hacer notar el menosprecio al menos doctrinal y jurisprudencial que ha tenido la costumbre en nuestro derecho privado. Sin embargo, del análisis anterior creemos que se deduce claramente la verdadera ubicación de las costumbres mercantiles en la jerarquía de las fuentes formales de esta rama del derecho privado, principalmente incorporadas a los acuerdos de voluntades en una labor de integración del contrato, y el valor de

⁴⁶ MADRIÑAN DE LA TORRE, RAMON, Principios de derecho comercial, Séptima edición, Temis, Bogotá, 1997, pág. 38.

⁴⁷ NARVÁEZ GARCÍA JOSE IGNACIO, Derecho mercantil colombiano. Parte general, Octava edición, Legis, 1997, pág. 123.

⁴⁸ Ib. Op. cit., pág. 119.



la costumbre frente a la ley civil - cuando no se trate, insistimos, de las normas civiles especialmente llamadas por el Código de comercio como en el caso del artículo 822.

III. EL RECONOCIMIENTO DE LOS USOS Y COSTUMBRES EN EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

Las transacciones económicas no han conocido fronteras, salvo cuando el Estado interventor las ha impuesto. Recuérdese el concepto mismo de *lex mercatoria* surgido en la edad media, al cual hicimos referencia anteriormente. Actualmente el conjunto de usos y costumbres contribuyen a conformar el derecho de las transacciones internacionales que algunos denominan derecho mercantil internacional, el cual está compuesto además por tratados de derecho internacional privado, disposiciones contractuales, conjunto de reglas recopiladas por entidades especializadas en el tema, leyes modelo recomendadas por organismos como UNCITRAL. Algunos autores como FERNANDEZ DE LA GANDARA y CALVO CARAVACA, identifican a la lentitud con que progresa la unificación de la legislación "...por la obstinada renuncia de los Estados respecto de todo lo que signifique un mínimo de compromiso internacional que afecte su soberanía"⁴⁹, como un factor que favorece la progresiva formación del que denominan derecho autónomo del comercio internacional. Asimismo los autores citados, señalan que los usos comerciales internacionales, entre otras fuentes, constituyen las típicas fuentes de expresión de este derecho.

En este escrito nos referiremos a dos instrumentos internacionales en cuanto a la regulación sobre los usos y costumbres manifestada en ellos. Esto, pues la misma, puede ser cogida por los operarios de nuestro derecho, para aplicarla a los casos concretos tal como lo recalcaremos más adelante.

Nos referiremos en primer lugar a la regulación de los usos y costumbres en la Convención de Viena de 1980, para dar paso a una visión comparativa de su tratamiento en los principios UNIDROIT⁵⁰.

Debe tenerse en cuenta que la Convención, ha sido aceptada por más de las dos terceras partes del globo, entendiéndolas como el conjunto de reglas unificadoras que regulan la parte más significativa del comercio internacional, por lo que su estudio es un imperativo del derecho privado contemporáneo.

Los negocios requieren agilidad, tanto en la parte técnico operativa, como en la parte jurídica, esto es: en cuanto a las reglas que los van a regir. Esta agilidad no siempre la da el derecho legislado, bien en códigos nacionales o en tratados internacionales. Además, la ley escrita, siempre se va a quedar corta ante la mencionada agilidad, por lo que los usos y costumbres se convierten en la fuente más adecuada para regir los mencionados negocios. Y de más relieve es la

⁴⁹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS. CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS, Derecho mercantil internacional, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 49.

⁵⁰ Sobre una visión general de la Convención de Viena de 1980, puede verse PERALES VISCASILLAS, MARIA DEL PILAR, El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980). En <http://www.cisg.law.pace.edu>, GARRO ALEJANDRO. ZUPPI, ALBERTO, Compraventa internacional de mercaderías, Buenos Aires. La Roca, 1990. OVIEDO ALBAN JORGE, Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, en Universitas no 101, Junio de 2001, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, y CABRERA ORJUELA MARIA CLARA, GALÁN BARRERA DIEGO RICARDO, Comentarios a la Ley 518 del 4 de agosto de 1999, aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, en la misma revista y en la página <http://www.cisg.law.pace.edu>.



costumbre en tratándose de comercio internacional, toda vez que "... en la sociedad internacional, sigue teniendo una relevancia de primer orden. Es por ello por lo que todo Convenio de Derecho uniforme no puede ignorar la presencia de estos usos y costumbres mercantiles de carácter internacional y debe -si pretende asegurarse el éxito- incorporarlos, en la medida posible, a su articulado"⁵¹.

Las prácticas y los usos están reconocidos en varios artículos de la Convención, como adelante veremos, pero en sus funciones principales, en los artículos 9 y 8 (3).

Las normas en comento disponen:

Artículo 8.

(...) 3. Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes".

El artículo 9 por su parte:

Artículo 9. 1 Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

2. Salvo pacto en contrario se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate".

De las normas anteriormente mencionadas se puede establecer la siguiente clasificación de usos y costumbres y sus funciones:

a. Prácticas negociales y usos convencionales.

Aun cuando pudiere pensarse que se trata del mismo fenómeno la convención las distingue, al expresar en el artículo 8 (3) que a ellas se acudirá para determinar la intención de las partes, y al decir el artículo 9 (1) que las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

La Convención, en los artículos 8 y 9 les reconoce una doble función: interpretativa y normativa. Creemos que la única distinción predicable es que en las primeras hay un acuerdo tácito que las incorpora a las transacciones, mientras en las segundas se trata de un acuerdo expreso. Encuentran, de alguna manera, equivalencia en su concepción y funciones, con el artículo 1622 de nuestro Código civil, comentado anteriormente. Se trata de usos de aplicación interpartes que no trascienden ni obligan a la comunidad negocial.

A ellas se refiere el artículo 8 (3), reconociéndoles una función meramente interpretativa

b. Usos generales.

⁵¹ CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, En La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario a la Convención de Viena, Director: DIEZ - PICAZO Y PONCE DE LEON, LUIS, Civitas, Madrid, 1998.



A ellos se refiere tanto el artículo 8 (3) como el 9 (2). Debe hacerse la siguiente precisión en cuanto a la terminología adoptada: lo que la Convención denomina como usos en el artículo 8 (3) y en el artículo 9 (2), son lo que nuestra legislación denomina costumbres.

Los requisitos que el artículo 9 (3) señala son:

- Debe tratarse de un uso del que las partes tenían o debían haber tenido conocimiento.

No se requiere que efectivamente lo conozcan, pues su obligatoriedad se deriva de la generalidad de los mismos y que los diferencia precisamente de los usos particulares o convencionales. En muchos campos del comercio internacional, como son las compraventas marítimas, los seguros, las transacciones financieras, entre otras, se aceptan prácticas o usos que se aplican a tales negocios a pesar del desconocimiento por parte de los comerciantes o de su inclusión en los contratos.

- Que se trate de usos ampliamente conocidos y regularmente observados en el comercio internacional, por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

Se trata del requisito de publicidad, uniformidad y reiteración indicados en el artículo 3 de nuestro Código de comercio, generalidad requerida no sólo en el tráfico interno, sino relativo a las operaciones de comercio internacional. .

Por otra parte, las funciones son:

- a) Función interpretativa:

De acuerdo con lo estatuido en el artículo 8 (3) al que nos referimos anteriormente.

- b) Función normativa:

Reconocida en el artículo 9 (2). Valga señalar, que además de presumirse incorporados al contrato, se presumen incorporados a su formación, siendo más amplia esta norma que las de los códigos nacionales citados anteriormente.

Nótese cómo hay un efecto coincidente entre los usos y costumbres en la Convención, que es el de servir como instrumentos de interpretación⁵². Ya habíamos anotado que a la misma conclusión puede llegarse en materia mercantil en Colombia, de una interpretación armónica de los Códigos civil y de comercio.

La importancia de las costumbres en la Convención es tal, que de acuerdo con la doctrina, estos se aplican de preferencia a la Convención y de una manera supletiva de la voluntad de las partes⁵³. Recuérdese que el artículo 6 ratifica la naturaleza supletiva de la Convención: "Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos". Quiere decir lo anterior, que dentro del contexto de la Convención, si se reconoce el valor contra legem de los usos y costumbres, dado que si nos encontráramos con un enfrentamiento de los usos y costumbres y el texto de la Convención, deberán prevalecer los

⁵² PERALES VISCASILLAS, MARIA DEL PILAR. El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980). En <http://www.cisg.law.pace.edu>, 2001, pág. 21.

⁵³ En igual sentido PERALES VISCASILLAS, Op. cit., pág. 22



primeros⁵⁴. Sin embargo hay que anotar con FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA que la eficacia y validez de dichos usos y costumbres, se ven limitados por las normas de orden público internacional, "en este caso prevalecerá la disposición internacionalmente imperativa del derecho nacional que hubiere sido aplicable de no estar vigente la Convención de Viena"⁵⁵.

De manera coincidente con la Convención, el artículo 1.8 de los Principios de UNIDROIT reconocen a los usos y costumbres las siguiente funciones:

"Usos y prácticas

1. Las partes están obligadas por cualquier uso en cuya aplicación hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
2. Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el tráfico mercantil de que se trate por sujetos participantes en dicho tráfico, a menos que la aplicación de dicho uso no sea razonable⁵⁶.

Este principio establece la obligación para las partes de respetar la costumbre internacional y los usos expresamente convenidos, usados regularmente en el tráfico mercantil, siempre que la aplicación de dichos usos sea razonable. La observancia de éste, tiene aplicación dentro del contexto de Los Principios, entre otros, para la interpretación del contrato⁵⁷.

En el comentario al artículo 1.8 de los Principios de UNIDROIT se afirma que los usos prevalecen sobre los Principios⁵⁸, coincidiendo en esto, con el comentario que sobre el particular hecho a la Convención de Viena.

En el comentario oficial al artículo 1.8 de los principios de UNIDROIT se incluye un ejemplo sobre las prácticas establecidas entre las partes como obligatorias. Dicho ejemplo es:

"1. "A", un proveedor de mercaderías, ha aceptado repetidamente reclamaciones de "B", un cliente, por defectos en la cantidad o cualidad de las mercaderías, realizadas hasta dos semanas después de su entrega. En una ocasión en que "B" comunicara los defectos una quincena después de dicha entrega, "A" no podría objetar que fuera realizada demasiado tarde, porque la práctica de comunicar los defectos dentro de las "dos semanas" se había convertido en una práctica establecida entre las partes, por la cual "A" se encuentra obligado".

⁵⁴ "En todo caso, al igual que los usos convenidos o prácticas seguidas por las partes, también aquí prevalecerán los usos mercantiles objetivamente aplicables sobre las disposiciones de la CV eventualmente contrarias a ellos (usos contra legem). CALVO CARAVACA. En DÍEZ PICAZO (Director). La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena, Op cit., pág. 141.

⁵⁵ Ib. Op. cit., pág. 599.

⁵⁶ El artículo 9 de la CISG, reza: "1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate".

⁵⁷ Cfr. artículo. 4.3. de los Principios.

⁵⁸ Edición del Ministerio de Justicia, pág. 58.



En cuanto al requisito de que el uso ampliamente conocido es obligatorio salvo que la aplicación de dicho uso no sea razonable, consideramos útil traer a colación la explicación y el ejemplo que se incluye en el comentario oficial a los principios de UNIDROIT sobre tal concepto:

"Un uso puede ser regularmente observado por la generalidad de los comerciantes de determinada rama del comercio, no obstante lo cual su aplicación en ciertos supuestos puede no ser razonable. La falta de razonabilidad de un uso puede corresponder a las circunstancias particulares en las que una o ambas operan y/o a la naturaleza atípica de la operación. En dichos supuestos, el uso no será razonable.

Ejemplo:

5. Conforme a un uso regularmente observado en cierto sector comercial de géneros (commodity trade sector), el comprador no puede reclamar por los defectos de las mercaderías a menos que los mismos sean corroborados por una agencia de inspección reconocida internacionalmente. Cuando un comprador, "A", se hace cargo de las mercaderías en el puerto de destino, la única agencia de inspección reconocida internacionalmente que opera en dicho puerto se encuentra en huelga, y solicitar los servicios de otra agencia del puerto más cercano resultaría excesivamente costoso. En este supuesto la aplicación del uso en cuestión no sería razonable, por lo que "A" tiene derecho a reclamar los defectos que ha descubierto en las mercaderías aún cuando no hayan sido corroborados por un certificado expedido por una agencia de inspección reconocida internacionalmente"⁵⁹.

Durante las conferencias en las cuáles se debatió la redacción de la Convención de Viena, se discutió sobre la posibilidad de incluir el término razonabilidad, para los usos. Sin embargo, éste no se incluyó⁶⁰.

A pesar de esto, creemos que no hace falta tal inclusión, si se tiene en cuenta la previsión del artículo 7 numeral 2 de la Convención, que expresamente dispone:

"Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado".

De la aplicación del deber de actuar de buena fe, se podría llegar a la misma conclusión que se esboza en el ejemplo citado para comentar la disposición de los principios UNIDROIT.

Por otra parte, y si ello no bastara, podría tenerse en cuenta que en varias ocasiones, doctrina y jurisprudencia arbitral han acudido a los mencionados principios para llenar las lagunas de la Convención⁶¹. Podría en este caso, acudir a la norma de los principios aludida y señalar que los usos y costumbres aplicables

⁵⁹ UNIDROIT. Principios sobre los contratos comerciales internacionales. República de Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho, Santafé de Bogotá D.C., agosto de 1997, pág. 58.

⁶⁰ BOUT, PATRICK X. Trade usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods. En <http://www.cisg.law.pace.edu>, pág. 4.

⁶¹ Cfr. OVIEDO ALBAN JORGE. Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena para la compraventa internacional de mercaderías, en revista Universitas, nº 101, junio de 2001, pág. 157 y siguientes.



bajo la Convención deben ser razonables, toda vez que los principios de UNIDROIT así lo expresan.

Además de todo lo anterior, creemos que la razonabilidad y buena fe, son criterios que inspiran a toda la Convención sin necesidad de que las normas expresamente lo hayan reconocido. De la lectura cuidadosa del artículo 7 y 8 se puede deducir esto. En efecto, el artículo 7 (2) reitera que las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se base la Convención, y en su defecto por las normas de derecho internacional privado. A su vez, el artículo 8 que dispone que para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, entre otros criterios.

Sobre la validez del uso y su prueba, la Convención no dispone nada. De acuerdo con el artículo 4 de la Convención⁶², la cuestión referida deberá resolverse por las normas del derecho internacional privado, y podrá acudir a fallos que los hayan reconocido como tal, a las opiniones de las Cámaras de comercio del lugar o a las recopilaciones de los mismos hechas por instituciones especializadas.

Un ejemplo claro de recopilaciones de usos y costumbres, son los INCOTERMS y las reglas y usos uniformes relativas a los créditos documentarios, (RUU 500), de la Cámara de comercio internacional⁶³.

⁶² Artículo 4: (...) Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular:

A) A la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso.

(...)"

⁶³ Sobre este punto, vale la pena tomar en cuenta lo decidido por el Juzgado Nacional de primera instancia en lo comercial n° 7, en Argentina, de fecha 20 de mayo de 1991, dentro del concurso preventivo de ELASTAR S.A.C.I.F.I - BETTCHEER INDUSTRIES INC, referente al incidente de impugnación promovido por este último, al que hacemos referencia a continuación, y que por su especial importancia transcribimos en los principales apartes:

Bettcher Industries Inc, presentó impugnación respecto del crédito informado por el síndico del proceso referido. " Bettcher Industries Inc., se insinuó por la suma de US\$ 3.249,55 (fs. 10/11) y el síndico aconsejó verificar el crédito por la suma de US\$ 3.065,61, ya que rechazó el crédito por intereses por la suma de US\$ 183,94 (fs. 840/41). La impugnación de la acreedora está referida exclusivamente a la suma de US\$ 183,94".

La causa de la obligación cuya verificación se pretende en el concurso preventivo consistió en una compraventa internacional de mercaderías regida por la Convención Viena, que el Juez de conocimiento encontró aplicable por encontrarse verificado el presupuesto del artículo 1.1. a. de la Convención, al tener la vendedora Bettcher Industries Inc, establecimiento en el estado de Ohio, Estados Unidos de América.

" (...)

4) Los arts. 53, 54, 57 y 58 de la Convención de Viena de 1980 se refieren a la obligación del comprador de pagar el precio y al lugar y tiempo de pago, pero no hay una norma expresa que indique la procedencia de los intereses cuando el pago se conviene a determinado plazo. Se trata en realidad de un uso del comercio internacional ampliamente conocido y observado".

5) En efecto, las modalidades de pago de una compraventa internacional son básicamente tres: crédito documentario, cobranza documentaria y orden de pago o transferencia generalmente bancaria.

En este caso, la modalidad adoptada es la cobranza documentaria a través del Banco de Quilmes, por medio de una libranza de una letra de cambio a 180 días. (...)

En la cobranza documentaria los bancos no asumen una obligación propia respecto del precio de la compraventa, sino que actúan por encargo del vendedor: entregarán la documentación que permite al importador retirar la mercadería (factura comercial, y conocimiento de embarque en este caso), contra la aceptación de una o varias letras de cambio giradas por el exportador, generalmente de acuerdo a los plazos otorgados, que son habituales en el comercio internacional, especialmente si se trata de productos manufacturados, o a veces contra el pago de las letras.

6) Constituye un uso del comercio internacional que los intereses no se incluyen en la factura comercial sino que se instrumentan por separado ya sea con una nota débito, con otra factura o directamente con la libranza de una letra de cambio



Otras disposiciones de la Convención hacen referencia a los usos y costumbres. Estos son:

El artículo 18 (3), que se refiere a la aceptación de la oferta y que establece que "... si en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente"⁶⁴.

Otras referencias se hacen en el artículo 32 (2) de la Convención, relativo al transporte de las mercaderías, y en 35 (2) relativo a la aptitud que deben tener los bienes para que sean conformes.

IV. CONCLUSIONES

A manera de conclusiones del presente trabajo, podemos anotar:

La relación con el derecho nacional de esta consagración de los usos y costumbres, tanto en la Convención de Viena como en los principios UNIDROIT, y que proponemos es la siguiente:

Como lo anotamos en su momento, la doctrina ha relegado a un segundo plano lo que ha denominado arbitrios complementarios, del derecho comercial, entre los que encontramos, siguiendo la redacción del artículo 7 del Código de comercio colombiano, los tratados no ratificados, los principios generales de derecho comercial, y la costumbre mercantil internacional. Sin embargo, de la interpretación armónica de reglas del Código civil y el de comercio, así como de las modernas

separada de las que se giran por el capital. Así sucede no sólo cuando se trata de una cobranza documentaria, sino incluso cuando se abre crédito documentario.

Las facturas comerciales de compraventa internacionales nunca incluyen intereses, por lo que no deja de sorprenderme lo aconsejado por el síndico.

Obvio resulta aclarar que entre los usos del comercio internacional se incluyen también la percepción de intereses cuando se otorga plazo para el pago.

- 7) Los usos del comercio internacional han sido receptados desde antiguo por la jurisprudencia del fuero comercial -por caso las modalidades FOB, C&F, CIF de la Compraventa reguladas por los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional-, pero actualmente están receptados como fuente normativa aplicable a las compraventas internacionales, aún por encima de las normas de la Convención de Viena de 1980, por imperio de la misma Convención que así lo dispone en su art. 9 segundo párrafo".

La decisión consistió en hacer lugar a la impugnación planteada y verificar a favor de Bettcher Industries Inc, el crédito por la suma de US\$ 3.065,61 con carácter de quirografario y declarar admisible con el mismo carácter y a favor del mismo acreedor un crédito por la suma de US\$ 183,94". ELASTAR, S.A. C.I.F.I. s/concurso preventivo s/ Incidente de impugnación promovido pro BETTCHER INDUSTRIES INC. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo comercial n° 7, 20 de mayo de 1991. Buenos Aires República Argentina.

La doctrina suele considerar a los INCOTERMS y su incorporación a los contratos como un ejemplo de usos cuya aplicabilidad han pactado las partes. Así por ejemplo CALVO CARAVACA en LUIS DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON (Director), La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena, Civitas, 1998, pág. 136. Sobre este punto, consideramos necesario traer a colación la referencia anotada por la profesora PILAR PERALES VISCASILLAS, sobre la naturaleza de los INCOTERMS, quien expresa: "Dentro de la categoría del uso convencional entran por definición los INCOTERMS 2000 y los RUU 500; no obstante podrían considerarse por algunos tribunales como usos de comercio en el sentido del artículo 9.2 CNUCCIM", y cita la decisión del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n° 7 de Argentina con fecha mayo 20 de 1991 que consideró a los INCOTERMS, versión 1990, como usos de comercio dentro del artículo 9.2 de la Convención de Viena de 1980, al cual hacemos igualmente referencia. Ib. Op. cit. Pág. 22.

⁶⁴ De manera similar el artículo 2.6 UNIDROIT.



disposiciones del tráfico internacional, nos encontramos frente a una reivindicación, de los mencionados arbitrios complementarios⁶⁵. En primer lugar, y tratándose de la aplicación a un asunto mercantil de carácter nacional, mediante la reubicación de los usos y costumbres en la pirámide jurídica, y en segundo lugar, tratándose de las costumbres internacionales, no sólo reubicándolas en la mencionada pirámide, sino además haciéndolas prevalecer, aun para temas de derecho interno, sobre las normas de la legislación civil, mencionadas en el artículo 2 del Código de comercio, las que en realidad pasarían a ocupar el puesto de los arbitrios complementarios.

Por otra parte, ha sido tan dejada de lado, que incluso se afirma tajantemente que la costumbre en nuestro medio no tiene valor contra legem⁶⁶. De lo afirmado en páginas anteriores creemos que en nuestro derecho la costumbre si tiene valor contra legem, en dos casos: el primero, cuando se trate de aplicar las costumbres mercantiles a un caso de esta naturaleza, evento en el cuál y a pesar de ser contraria dicha práctica a la norma civil (salvo las de directa aplicación vía remisión directa, como es el caso del artículo 822 del Código de comercio), deberá prevalecer la costumbre mercantil, por tener ésta el mismo valor de la ley comercial, según las voces y requisitos del artículo 3 del mencionado Código, y además, tratándose de costumbres de carácter internacional, las que primarán sobre la ley 518 de 1999 que ratificó la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, que como anotamos, tiene naturaleza supletoria de la voluntad de las partes y se aplica en defecto de previsión contractual y costumbre aplicable. Ahora y por otra parte, debe darse cuenta el intérprete que con la incorporación de la Convención por medio de la Ley 518 de 1999, la costumbre mercantil internacional, ha dejado de ser una de las cenicientas de las fuentes del derecho mercantil, si se tiene en cuenta que la mencionada ley es de naturaleza comercial, y que el artículo 1º del Código es muy claro al decir: "Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas".

Interprétese si se quiere, que la mencionada Ley aprobatoria de la Convención de Viena, se aplica a contratos comerciales de carácter internacional, pero mírese también que la norma del Código establece que la solución debe buscarse en la ley comercial y en la analogía de sus normas. Creemos que podría incluso aplicarse la costumbre internacional en su valor de ley comercial, para solucionar un asunto mercantil interno si recurrimos al criterio de la analogía de la misma.

Finalmente, y como lo hemos afirmado en otros escritos y conferencias, la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa internacional de mercaderías, parece destinada a convertirse en ley uniforme de carácter mundial. La probabilidad en la que la Convención entre con fuerza en un futuro no muy lejano a nuestro medios comercial y jurídico, es muy alta, no sólo por la incorporación a nuestro

⁶⁵ Un sector muy destacado de la doctrina en Colombia, viene haciendo un llamado al principio de prevalencia de las soluciones de carácter mercantil sobre las de carácter civil. En este sentido se pronuncia ALVARO MENDOZA RAMIREZ, Principios generales del derecho comercial, en "Seminario internacional: Código de comercio: 30 años", autores varios, publicación en C.D. Rom. LEGIS - Universidad de La Sabana. Bogotá D.C. 2001, pág. 295 y 296.

⁶⁶ Queremos con esta anotación aclarar, ampliar y rectificar lo que pensábamos sobre este punto, y que puede verse en el escrito "Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías", citado anteriormente, donde manifestamos: "Sin embargo, y a pesar de que la Convención tiene naturaleza dispositiva, hay que recordar que su naturaleza es legal, y al ser incorporada al sistema normativo interno de los países que la aprueban, como en caso de Colombia, debe aplicarse el principio según el cual la costumbre derogatoria o contra legem no tiene ningún valor. El artículo 3 del Código de Comercio le reconoce validez a la costumbre, siempre y cuando no contrarie la ley, sea ésta dispositiva o imperativa. Igualmente este precepto está regulado en el Código Civil, así: "La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea". Revista Universitas n° 101, pág. 217. Para ello, téngase en cuenta lo dicho a lo largo de este escrito.



orden jurídico por medio de la ley 518 de 1999, sino por el marco de la globalización en el que se insertan las economías y el tráfico mercantil. Esto conlleva un llamado urgente a los operadores del tráfico, tanto abogados, jueces, estudiantes, como empresarios, a familiarizarse con la Convención, analizando sus previsiones en frente de las normas de derecho interno.

Además, valga la pena afirmar una vez más que el derecho mercantil está asistiendo a una nueva etapa en su desarrollo que lo lleva mas cerca de lo que fue en sus orígenes: un derecho que se nutre de los usos y prácticas de los comerciantes, que se depura en el laboratorio del comercio y que no conoce fronteras.

BIBLIOGRAFIA

BARBERO DOMENICO, Sistema del derecho privado, I, Traducción de SANTIAGO SENTIS MELENDO, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1967.

BARON GESA. "Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria?". <http://www.cisg.law.pace.edu>.

BERMAN HAROLD J., La formación de la tradición jurídica de occidente, Fondo de Cultura Económica, México 1993.

BOUT, PATRICK X. Trade usages: Article 9 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods. En <http://www.cisg.law.pace.edu>.

CABRERA ORJUELA MARIA CLARA, GALÁN BARRERA DIEGO RICARDO, Comentarios a la Ley 518 del 4 de agosto de 1999, aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, en revista Universitas 101 y en la página <http://www.cisg.law.pace.edu>

CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, CARRASCOSA GONZALEZ, JAVIER y otros, Derecho Internacional Privado, Granada 2000, Volúmen 1.

Código civil colombiano.

Código civil español.

Código de comercio de la República Argentina.

Código de comercio colombiano.

Código de comercio español.

Corte Constitucional. Sentencia No. C-486. Octubre 28 de 1993. Magistrado Ponente: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

DE EIZAGUIRRE JOSÉ MARÍA, Derecho mercantil, Segunda edición, Civitas. 1999.



DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, LUIS (Director), La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena, Civitas, 1998.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS. CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS, Derecho mercantil internacional, Tecnos, Madrid, 1995.

GARRO ALEJANDRO. ZUPPI, ALBERTO, Compraventa internacional de mercaderías, Buenos Aires. La Roca, 1990.

GAVIRIA GUTIERREZ ENRIQUE, Lecciones de derecho comercial, Diké.

HERDEGEN MATTHIAS, Derecho económico internacional, Primera edición latinoamericana., Medellín, Diké, 1994.

INCOTERMS 2000, Cámara de Comercio Internacional, Barcelona, 1999.

LASARTE CARLOS, Curso de derecho civil patrimonial. Introducción al derecho, Séptima edición, reimpresión, 1997, Madrid, Tecnos.

MADRIÑAN DE LA TORRE, RAMON EDUARDO, Principios de derecho comercial, Temis, Bogotá, 1997.

MADRIÑAN DE LA TORRE, RAMON, "La costumbre mercantil en los principios sobre contratos comerciales compilados por UNIDROIT", en Revista Vniversitas n^o. 100, Diciembre de 2000.

MAZEAUD HENRI, LEON Y JEAN, Lecciones de derecho civil, Parte segunda, Volumen 1, Traducción de LUIS ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978.

NARVÁEZ GARCÍA, JOSE IGNACIO, Derecho mercantil colombiano, parte general, octava edición, LEGIS, 1997.

ORTEGA TORRES JORGE, Código Civil, Decimacuarta edición, Temis, Bogotá, 1980.

OVIDEO ALBAN JORGE, Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, en Vniversitas no 101, Junio de 2001, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.

PERALES VISCASILLAS, MARIA DEL PILAR, El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980). En <http://www.cisg.law.pace.edu>.

PINZÓN MARTINEZ, JOSE GABINO, Derecho comercial. Cuestiones generales y quiebras, Temis, Bogotá, 1957.

PINZÓN GABINO, Introducción al derecho comercial, Temis, Bogotá, 1985.

PIRENNE HENRI, Historia económica y social de la edad media, Fondo de cultura económica, Clásicos de economía, Colombia, 1993.

REHME PAUL, Historia universal del derecho mercantil, Traducción de E. GÓMEZ ORBANEJA, Editorial revista de derecho privado, Madrid, 1941.



REYES VILLAMIZAR FRANCISCO, Sociedades comerciales en Estados Unidos, Ediciones doctrina y ley, Santafe de Bogotá D.C. 1996.

ROCCO ALFREDO, Principios de derecho mercantil, Revista de derecho privado, Madrid, 1931.

UNIDROIT. Principios sobre los contratos comerciales internacionales. República de Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho, Santafé de Bogotá D.C., agosto de 1997.

URÍA RODRIGO, Derecho mercantil, vigésimo tercera edición, Marcial Pons, Madrid, 1996.

VALENCIA ZEA, ARTURO, Derecho civil. Tomo 1. Parte general y personas, Temis, 1989.

VARIOS "Seminario internacional: Código de comercio: 30 años", autores varios, publicación en C.D. Rom. LEGIS - Universidad de La Sabana. Bogotá D.C. 2001.

ZIMMERMANN REINHARD, Estudios de derecho privado europeo. Traducción de ANTONI VAQUER ALOY, Civitas, 2000, Madrid. ♠