

La costumbre

EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PRIVADO
COLOMBIANO: VISIÓN DESDE LA TEORÍA
ANALÍTICA DEL DERECHO Y LA TEORÍA DE LA
INTERACCIÓN ESTRATÉGICA*

Custom in the private

LAW BE COLOMBIAN VIEW FROM THE ANALYTICAL THEORY
AND THE THEORY OF STRATEGIC INTERACTION

RESUMEN

En la dogmática jurídica tradicional, la Ley y la Costumbre son los modos de manifestación típicos del Derecho. En el siglo XX, de las tesis iusfilosóficas de Norberto Bobbio (1950), nace la Teoría Analítica del Derecho, según la cual, 'el Derecho es el discurso prescriptivo del Legislador'. Dentro de este marco conceptual, la norma consuetudinaria ha recibido una atención residual como problema teórico; con todo, la Ley y la Costumbre han constituido fuente del Derecho desde *lege data*, es más, las *mores maiorum* han precedido cronológicamente a la Ley. Solo el estudio de Bruno Celano (1995), propone una posición moderada en la dialéctica analítica de Bobbio, dando lugar a la Teoría de la Interacción Estratégica; con esta, el profesor de la Universidad de Palermo, no pretermite la formación espontánea de las reglas sociales.

No es intención del autor exponer un trabajo de teleología jurídica vasto, con una exposición detallada de núcleos iusfilosóficos que, desbordarían el natural contenido de una lección divulgadora. Sí se espera, sostener una defensa razonada, del importante rol de la Costumbre en el ordenamiento jurídico privado colombiano.

Palabras clave: Consuetudinario, Costumbre, Ley, Teoría Analítica del Derecho y Teoría de la Interacción Estratégica.

ABSTRACT

In traditional legal doctrine, Law and Custom modes are typical manifestation of the law. In the twentieth century, the thesis ius philosophical Norberto Bobbio (1950) Analytical Theory of Law, according to which 'the law is prescriptive discourse Legislator' born. Within this conceptual framework, customary law has received attention as a residual theoretical problem; however, the Law and Custom have become a source of law from ledge data, moreover, the mores mairoum have chronologically preceded the Act. Only the study of Bruno Celano (1995) proposes a moderate position in analytical dialectic of Bobbio, leading to the Theory of Strategic Interaction; this, Professor, University of Palermo, not pretermite the spontaneous formation of social rules.

Is not the intention of the author, exposing a vast work of legal teleology, with a detailed description of nuclei ius philosophical overwhelm the natural content of disclosing lesson. Yes is expected to hold a reasoned defense of the important role of Tradition in the Colombian private law.

Keywords: Customary, Tradition, Law, Theory of Law and Analytical Theory and Strategic Interaction.

CARLOS ANÍBAL ESPINEL BENÍTEZ

Abogado de la Universidad Libre Seccional Barranquilla (2009); con estudios en Investigación y Aprendizaje Basado en Problemas (ABP) de la Fundación Universitaria San Martín Sede Caribe (2009); Dependiente Judicial en Vall de Ruten Fajardo Abogados (2009); Asistente en Herrera Abogados (2010); Investigador Externo del Grupo INCOM (2012), Categoría "A" en Colciencias; Auditor de Cartera en Creditítulos S.A. (2013); asesor en diferentes entidades privadas. cespinelb@hotmail.com

Recibido:
10 de febrero de 2014
Aceptado:
15 de abril de 2014

* Este trabajo se presenta ante la comunidad académica, como un requisito para optar el título de 'Especialista en Derecho Comercial', que otorga la Universidad Libre Seccional Barranquilla.

¿Qué diferencia hay entre la voluntad del pueblo expresada por escrito y esa misma voluntad expresada o manifestada en actos o hechos?

Juliano¹

1. INTRODUCCIÓN

En los albores de la historia, ínsito a su naturaleza, el hombre –*animal político* según Aristóteles– estableció medidas para fomentar la convivencia coordinada con sus semejantes; así, las comunidades primitivas no tardaron en regular la conducta de sus asociados, valiéndose –a falta de escritura– de las *mores maiorum*, es decir, de las “costumbres de los antiguos, modos de vivir institucionalizados pero no expresados conceptualmente”². De esta forma, en las primeras etapas de la civilización, la costumbre se erigió en única *fuerza normativa* y su observancia constante la conservó vigente por siglos.

En un estadio superior de la civilización y con el advenimiento de la *escritura*, las costumbres se condensan en textos adquiriendo un carácter vinculante y formal semejante a la Ley; con esto, la norma consuetudinaria se ve desplazada, teniendo una función residual y ocupando un lugar secundario en las reflexiones jurídicas. De todas formas –como se verá– resultan no ser pocas las materias que se revelan a través de las expresiones espontáneas de los pueblos, precisamente, porque el

formalismo de la Ley –*lato sensu*– inmoviliza algunos renglones de la vida económica que, precisan del dinamismo que le es propio al Derecho de formación consuetudinaria.

Ahora bien, teniendo presente la tesis de Norberto Bobbio (1950), el Derecho ‘es el discurso prescriptivo del Legislador’, con lo que resulta obvio que, la costumbre no encuentra lugar en la ‘Teoría Analítica del Derecho’ de corte *positivista*, pues, desde esa óptica se abordan fenómenos como el imperativismo y el normativismo. A su turno, el profesor Bruno Celano (1995-96), al encarar el tema de la costumbre, se apoya en la ‘Teoría de la Interacción Estratégica’ desde una tribuna moderada, reconociendo que, el convencionalismo da cabida a los usos en algunas materias, sobre todo, en el Derecho Privado.

Es de interés tener presente que, Colombia ha visto crecer por casi un siglo, generaciones de juristas que han enarbolado las banderas de la ‘Teoría Pura del Derecho’³, así que, obviamente en el país, también la costumbre ha sido omitida de las reflexiones jurídicas; es más, su importancia como fuente de normas, no es comprendida cabalmente por los estudiantes de pregrado, quienes llegan a la titulación con una visión incompleta del fenómeno jurídico.

La intención de este escrito es simple: demostrar que la costumbre cumple un papel destacado en las relaciones jurídicas; sin duda, la norma consuetudinaria, revelada en usos y

1. JULIANO, citado por PINZÓN, Gabino. *Introducción al Derecho Comercial*. Tercera edición. Bogotá: Editorial Temis, 1985. p. 102.

2. MEDELLÍN, Carlos. *Lecciones de Derecho Romano*. Decimocuarta edición. Bogotá: Editorial Temis, 2000. p. 25.

3. KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 1935.

prácticas, satisface necesidades en el Derecho Privado que no han sido advertidas por el legislador. Claro es que, no se lucirán las galas de una erudición profunda, en un concierto donde los maestros dan buena cuenta de sus saberes; eso sí, se harán las anotaciones pertinentes, donde la discusión ha pasado ‘sin pena ni gloria’.

2. LA DISCUSIÓN. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

2.1. Teoría Analítica del Derecho y Teoría de la Interacción Estratégica

La Teoría Analítica del Derecho parte de estimar a la Ley y la Costumbre, como los modos típicos de manifestación del Derecho como ciencia; aún así, la Costumbre no forma parte de las reflexiones teóricas importantes en Italia, algo que también cabe decirse de Colombia. “Esta situación está parcialmente justificada en la importancia completamente secundaria, y residual, que al menos a primera vista la costumbre conserva, en cuanto a fuente de producción jurídica, en el ámbito de los ordenamientos contemporáneos de Derecho codificado (sobre todo si disponen de una Constitución rígida)”⁴.

Si se tiene presente que “la Constitución rígida o firme es aquella cuyas disposiciones solamente pueden ser modificadas mediante procedimientos especiales y con la intervención de un órgano para tal efecto”⁵, entonces, es dable concluir que, la Carta Política co-

lombiana, responde a esta característica, pues una reforma solo es posible al observarse el procedimiento consagrado en sus artículos 374 a 380; subsecuentemente, la legislación es copiosa, por aquel anhelo de contar con un ordenamiento jurídico armónico (‘Pirámide’ de Kelsen).

Empero, no es aventurado afirmar que existen materias en las cuales la norma consuetudinaria desempeña una labor precursora, penetrando en sectores que no son advertidos ni siquiera por el más acucioso legislador; es así, pues, como se presenta insuficiente la Teoría Analítica del Derecho –en lo sucesivo *TAD*– porque como señala Celano: “La identificación del Derecho con un cierto tipo de discurso, el discurso prescriptivo del legislador, implica que las normas jurídicas sean definidas como una cierta clase de fenómenos lingüísticos, la clase de las proposiciones prescriptivas que satisfacen unas particulares condiciones”⁶; es claro entonces, que la *TAD* precisa de la elaboración de una sintaxis, de una semántica y una pragmática, que se coordine con una lógica-dialéctica, o sea, un complejo sistema lingüístico con valor prescriptivo –caso axiológico– que, necesariamente ha de convergir –en algún punto– con la exégesis⁷. Por lo tanto, en la *TAD*, surge una duda: ¿Dónde queda la Costumbre?

4. CELANO, Bruno. *Dos estudios sobre la costumbre*. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Primera edición. México D.F.: Ediciones Coyoacán, 2009. p. 7.

5. NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Novena edición. Bogotá: Editorial Temis, 2003. p. 323.

6. CELANO, *ob. cit.*, p. 10.

7. La exégesis como sistema de interpretación, es una característica inherente a la codificación. En otras palabras, frente al ‘discurso prescriptivo del legislador’, la herramienta para robustecerlo, es, la Escuela Exegética. Ya advertía un autor francés: “El primer rasgo distintivo, el rasgo fundamental de la escuela de la exégesis, es el culto al texto de la ley o, más bien, el culto de la ley sustituido al del Derecho; para ella, el derecho positivo debe ser la pre-ocupación dominante”. BONNECASE, Julien. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, T. I., traducido por Enrique Figueroa Alfonso. México D.F.: Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1997. p. 45.

No sin dificultades, la Teoría de la Interacción Estratégica –también conocida como ‘Teoría de los Juegos’–, en adelante *TIE*, aborda el tema de la formación consuetudinaria de normas, encontrándose con la necesidad de derribar las bases de la *TAD*, porque es “lo que necesariamente sucede cuando el análisis versa sobre la noción de costumbre, el instrumental teórico del análisis del lenguaje entendido estrictamente (la determinación del tipo de significado atribuible a los enunciados prescriptivos, sus particularidades lógicas, y otras cuestiones como estas) se revela insuficiente”⁸.

Ahora bien, en la *TIE* el horizonte resulta a la postre, más amplio, porque permite una matización en la que el término *costumbre*, se entenderá como polisémico, razón por la que deberá ser ajustado al contexto de que tratan estas líneas; entonces, cabrá relacionarse a la costumbre con los ‘*convencionalismos sociales*’, pues, en diferentes renglones, la idea de costumbre se vincula estrechamente con la noción de convención, a tal punto que, la línea que pretende marcar límites se desdibuja, sobre todo al analizarse el Derecho Privado.

Como aproximación inicial, Celano propone que, “las concepciones de la costumbre elaboradas en el ámbito teórico-jurídico a menudo están viciadas o bien de la falta de consideración de la costumbre como fenómeno social (del conocimiento del problema de que sea, como tal, una costumbre), o bien de concepciones reduccionistas, o incluso de la

confusión entre el problema de un análisis de la costumbre en general y del problema del fundamento de juridicidad de la costumbre”⁹. Es así que, la concepción clásica de la *costumbre* como fuente, ha fundamentado su juridicidad sobre la *opinio iuris necessitatis*, pero, como se verá en lo sucesivo (**Punto 3.3**), puede pensarse que el fundamento de su validez como fuente, dependerá de la reciprocidad en la conducta, es decir, de un *convencionalismo social*.

2.2. El Positismo Jurídico Moderado de Norberto Bobbio y la Costumbre

El recordado profesor de la Universidad de Turín, Norberto Bobbio, asume una posición moderada en la dialéctica discusión entre iusnaturalistas y positivistas; en sus escritos confiesa: “Precisamente, por haber vivido a fondo los motivos de la oposición entre Positismo Jurídico y jusnaturalismo, no he creído nunca poder alistarme decididamente en uno u otro bando. Si he mostrado simpatías jusnaturalistas en la época del Positismo Triunfante, también he mostrado simpatías positivistas (tanto en la defensa de Kelsen como en la búsqueda de argumentos contrarios al Derecho Natural), en estos últimos años de renovado jusnaturalismo”¹⁰.

En virtud de su eclecticismo, el profesor Bobbio, resulta ser una opinión valiosa, pues, como teórico del Derecho, al exponer su

8. CELANO, *ob. cit.*, p. 10.

9. CELANO, *Ibidem*, p. 19.

10. BOBBIO, Norberto. *El problema del Positismo Jurídico*. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Primera edición. México D.F.: Ediciones Coyoacán, 2004. p. 10.

TAD, no desconoce la existencia del fenómeno jurídico conocido como ‘*costumbre*’, pero, elude su explicación; en cambio, los expositores posteriores a Bobbio proponen en la **TIE** que, solo en virtud de los *convencionalismos sociales* y las normas institutivas de la fuente de costumbre, es que, encuentran los usos su validez como norma jurídica¹¹. Entonces, junto con los teóricos de la **TIE**, puede afirmarse que la costumbre “comprende como sus elementos constitutivos un conjunto de expectativas recíprocas de conductas complementarias (de varios niveles), y de preferencias condicionales, cuya subsistencia es conocimiento común entre los participantes en una práctica consuetudinaria”¹², lo que equivale a hablar de convencionalismo social.

Cuando Bobbio habla de ‘La Teoría Formal del Derecho’, lo hace contraponiéndola al Derecho como forma, por tal razón afirma, cuando habla del formalismo jurídico, que no se trata de “una teoría de la justicia, es decir, del criterio según el cual las acciones o las leyes son juzgadas como justas o injustas, sino una teoría de lo ‘jurídico’, o sea, de aquella esfera de la actividad práctica del hombre que suele ser diferenciada de la moral, de la costumbre, de la economía, etc.”¹³; no obstante, la afirmación de Bobbio no puede ser interpretada exegéticamente, pues, no se niega a reco-

nocer la existencia de la *costumbre* como marco regulador de conductas, solo advierte que al tener una formación *sui generis* escapa al examen del Derecho como forma. En efecto, los *usos sociales* no cuentan con un proceso formativo preexistente como sí sucede con la Ley, pues, los usos se abren paso en las zonas de indeterminación que resultan –sin quererse– del texto mismo producido por el legislador; es entonces, en esas *zonas de indeterminación*, donde la voluntad de los asociados hace operar los *convencionalismos sociales*¹⁴.

Justamente aquí, al hacer mención de los convencionalismos sociales, es que surge la necesidad de elevar el análisis, pues la **TIE**, es, una herramienta compleja e independiente, que aporta una lente progresiva en el debate; en este particular aspecto, reconoce Celano una deuda en favor de D. Lewis (*Convention*, 1969), quien a la sazón, entendió a la *costumbre* como un fenómeno convencional, es decir, resultado de un acuerdo de voluntades que, permea en aquellos renglones vacíos de la legislación.

Corolario de sus estudios, Celano presenta un actual estado del arte según el cual, los estudios jurídicos han llegado más allá de las fronteras dogmáticas decimonónicas que, fueron producto de la pasividad con que se

11. Para Bruno Celano, una norma institutiva de la fuente de costumbre, es, “en general, una norma que correlaciona con la verificación de un cierto acto o hecho el nacimiento de una norma jurídica”. GUASTINI, citado por CELANO, *ob. cit.*, p. 81.

En lo sucesivo, al hacerse referencia a las normas institutivas de la fuente de costumbre, se utilizará la abreviatura NFC.

12. CELANO, *Ibidem*, p. 56.

13. BOBBIO, N., *ob. cit.*, p. 18.

14. Según el profesor colombiano Jacobo Pérez: “Las leyes en sentido formal son únicamente expedidas por el Congreso. Para que un acto de este tenga la denominación de ‘Ley’ debe revestir la forma y obtener la tramitación establecida en la Constitución”. PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho Constitucional Colombiano*. Séptima edición. Bogotá: Editorial Temis, 2004. p. 504.

De manera expresa, la Constitución de 1991 dispone en sus artículos 150 a 170, un proceso formativo de la ley, que procura ser lo más detallado posible.

abrazó la doctrina clásica romana de la *opinio iuris necessitatis*, para proponer hoy, en su lugar, la ‘expectativa de reciprocidad’. En sus ensayos, Bruno Celano explica:

En teoría del Derecho, se ha sostenido recientemente que el requisito tradicional de la *opinio* ha de ser sustituido por el requisito de la “expectativa de reciprocidad”. Con arreglo a este punto de vista, el aspecto interno (actitud pasiva) constitutivo de una práctica consuetudinaria consiste en la disposición, por parte de los que participan en ella, a comportarse de una cierta manera en relación a los otros participantes, *con la condición de que*, sin embargo, los demás hagan lo mismo o que, en general, correspondan de algún modo, a la prestación obtenida. En este sentido, subsiste una costumbre cuando varios individuos se conforman a una regularidad de comportamiento porque se espera que también los demás se conformen y por la misma razón¹⁵.

Entonces, a fuerza de conceptualización, se deben reformular los paradigmas que soportaban la validez de la *costumbre*; en efecto, al desplazarse el aspecto interno (o subjetivo, como se verá en el **Punto 3.3**), de la *opinio iuris necessitatis*, por la noción de la ‘expectativa de reciprocidad’, se está convalidando la interacción o interdependencia estratégica, producto de los *convencionalismos sociales*, y, a la postre, natural decurso de los intereses

particulares, regidos por el Derecho Privado. Se aprecia así, un desplazamiento de la *TAD*, por la complejidad y amplitud de la *TIE*, en la que se le otorga un margen de acción a la iniciativa privada, operando en las denominadas *zonas de indeterminación* no previstas por el legislador, sin detenerse a calificar su validez en cuanto a forma, sino, con respecto a su valor objetivo en relación con la autonomía de la voluntad.

3. FORMACIÓN DE UN CONCEPTO DE COSTUMBRE

Para la formulación de una noción siquiera aceptable, es necesario intentar un escalonamiento, es decir, proceder por categorías; en efecto, es necesario verificar que el *uso* cumpla con la uniformidad, la publicidad y la reiteración. Así es como se ha intentado a través del tiempo, y es, precisamente, la razón de que pueda presumirse que se está frente a un *convencionalismo social*, con el que se cuente como herramienta, para la interpretación de una realidad no contemplada por el legislador, en un renglón concreto de la economía.

3.1. Costumbre Jurídica. Doctrina Clásica

En el Derecho Romano clásico se advertía: “El Derecho escrito es aquel que el uso ha hecho válido. Porque las costumbres repetidas diariamente y aprobadas por el consentimiento de los que las siguen, equivalen a las leyes”¹⁶. En esas pretéritas épocas, los modos de vivir

15. CELANO, *ob. cit.*, p. 35 (Cursivas dentro del texto original).

16. MEDELLÍN, *ob. cit.*, p. 25.

se institucionalizaban dando lugar a las *mores maiorum*, de suerte que, ante la inexistencia de la escritura, los usos sociales se transmitirían por tradición oral a través de las distintas generaciones.

Con el advenimiento de la escritura, las compilaciones que se emprendieron con el ánimo de conservarlas, paradójicamente, dieron al traste con la importancia que tenía; afirma Carlos Medellín: “La costumbre fue la principal y prácticamente la única fuente en la primera época del Derecho Romano. Paulatinamente y en la medida que se desarrolló la jurisprudencia y la legislación, la costumbre fue perdiendo su valor original y derogatorio de la ley para adquirir un carácter supletorio ante el vacío legal”¹⁷. Por tanto, las fuentes del Derecho en Roma fueron: la Ley, la Costumbre, la Jurisprudencia y la Doctrina; entre tanto, con ciertas reservas, puede pensarse que la situación no ha variado hasta hoy.

Producto de la concepción romana del Derecho en general, el Derecho Civil, es, sin duda, su principal aporte, comoquiera que buena parte de las instituciones jurídicas romanas hayan sido sometidas a un proceso de sofisticación que les ha permitido conservarse vigentes tras 20 siglos de existencia; en síntesis, el Derecho Civil moderno, es, Derecho Romano amalgamado con la realidad de cada pueblo en particular¹⁸.

Por lo anterior, al definir la *costumbre jurídica*, conforme a la doctrina clásica, es menester recurrir a los autores de Derecho Civil. El profesor Claude Du Pasquier enseña que “la costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio; es el Derecho nacido consuetudinariamente, el *ius moribus constitutum*”¹⁹. Otro francés, el célebre profesor Julien Bonnecase, en su *Tratado Elemental de Derecho Civil*, enseña que “la costumbre es una regla de Derecho que se constituye progresivamente bajo la influencia subconsciente de la noción de Derecho y de las aspiraciones sociales”²⁰; en efecto, la *costumbre jurídica* es un fenómeno social innato al desarrollo social del hombre, hasta tal punto que, la regulación de las sociedades primitivas, dependió en un primer momento, del establecimiento de patrones conductuales obligatorios, antes que de fórmulas escritas con fuerza vinculante²¹.

público y las internacionales. [...]. Poco a poco, entonces, el Derecho Civil se convirtió en un Derecho común, general y supletorio. Bastante elaborado, tildase de clásico. Es, con todo, fuente ineludible de todo Derecho”. PARRA BENÍTEZ, Jorge. *Manual de Derecho Civil, Personas, Familia y Derecho de Menores*. Cuarta edición. Bogotá: Editorial Temis, 2002. p. 53.

19. DU PASQUIER, Claude, citado por MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho*. Decimotercera edición. Bogotá: Editorial Temis, 2003. p. 204 (Cursivas dentro del texto original).

20. BONNECASE, J., *ob. cit.*, p. 23.

21. En una interesante monografía, el Dr. Hernán Olano, tras citar a la más alta doctrina extranjera y nacional, propone: “La costumbre es una norma jurídica. Es un convencimiento colectivo (no ya, por consiguiente, individual) que considera jurídicamente obligatoria determinada actividad humana (elemento formal de la costumbre). Esta actividad es determinada por la existencia de una práctica general y constante que se observa en determinada materia de relaciones humanas (contenido material de la costumbre o elemento material). OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Qué es la Costumbre, Monografías Jurídicas*, Núm. 8. Bogotá: Editorial Temis, 2008. p. 18.

17. *Ibis Ibidem*.

18. “[...] el origen del Derecho Civil está en Roma. Inicialmente es el Derecho quirritario, llamado así por aplicarse a los quirites, o varones portadores de armas. Luego se extendió, siendo el Derecho de la ciudad, pero comprendió toda clase de relaciones jurídicas, aún las de carácter

3.1.1. El problema de los Elementos de la Costumbre. Doctrina Clásica. Continuación

Más que un problema, en realidad se trata de la concepción dual de los elementos constitutivos de la *costumbre jurídica* desde la perspectiva clásica, pues, la concepción bipartita ha hecho crisis hoy como se verá posteriormente (Punto 3.3). Por lo pronto, bastará recordar a Bonnecase quien expone que: “la costumbre es una regla de Derecho que resulta de la unión de dos elementos: uno, de orden material, que consiste en la práctica por medio de la cual se resuelve, en una época dada y al margen de la ley, una dificultad jurídica determinada; el otro, de orden psicológico, constituido por la convicción en los que recurren a ella, o de las que la sufren, de su fuerza obligatoria”²².

En su reconocida obra, Monroy expone en otros términos la doctrina tradicional o clásica, de que se trata este apartado, afirmando: “en la costumbre jurídica pueden distinguirse dos elementos: a) elemento material u objetivo, es decir, repetición constante de actos uniformes, y b) elemento espiritual, o subjetivo o psicológico, que es la conciencia de su obligatoriedad o convencimiento de que aquello debe hacerse porque es jurídicamente obligatorio”²³.

Connotados tratadistas –estudiosos del Derecho Civil– han expuesto, igualmente, posiciones que merecen tenerse presentes, pues, en no pocos aspectos, la doctrina Civil y Comer-

cial se intersectan, desdibujando de a poco, las pretendidas fronteras que se han demarcado en favor de los trabajos de especialización. Así las cosas, el profesor Cañón Ramírez advierte que: “La costumbre es uso o modo de obrar uniforme, directa y espontáneamente en la vida de relación de los asociados; inspirada y observada en la convicción de que dicha manera de obrar tiene obligatoriedad jurídica”²⁴; con esto, se expresa la unanimidad de la doctrina clásica, porque hasta el momento de exponer sus elementos, Cañón coincide con los autores franceses precitados, afirmando: “En la costumbre se advierten dos elementos: uno material u objetivo y otro espiritual o subjetivo; el primero se encuentra integrado por la constante y uniforme repetición de comportamientos similares; el segundo por la convicción o conciencia de los sujetos de la necesidad jurídica de aquella regla”²⁵.

Para abundar en detalles, perteneciente a una generación más moderna, el profesor antioqueño Jorge Parra Benítez, expuso sintéticamente que, la costumbre “es el uso reiterado por un grupo o colectividad, que lo considera jurídicamente obligatorio. Dicho uso (factor externo) es costumbre jurídica cuando quienes lo practican lo tienen por obligatorio (factor interno) y es reconocido por el poder estatal”²⁶. El profesor Parra, integra a la noción de *costumbre* sus elementos constitutivos, y propone identificar el uso y la costumbre, como nociones idénticas; además, re-

22. *Ibidem*, p. 24.

23. MONROY C., *ob. cit.*, p. 204.

24. CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo. *Derecho Civil, Parte General y Personas*, Vol. I, T. I. Bogotá: Editorial ABC, 1994. p. 112.

25. *Ibis Ibidem*.

26. PARRA, *ob. cit.*, p. 24.

salta que el uso requiere de la ratificación del poder estatal. La verdad es que no son pocos los ejemplos que se ven a diario, en los que el poder estatal no alcanza a reconocer la validez de estos usos; aún así, para la colectividad tienen valor como patrón conductual.

Resulta más feliz la interpretación correcta del artículo 8 del Código Civil, según la cual, la competencia de la *costumbre jurídica*, es, residual, meramente supletoria, nunca superior a la Ley²⁷.

3.2. Costumbre Jurídica Mercantil. Doctrina Comercial

En la doctrina mercantil, la *costumbre jurídica* desempeña un papel fundamental: no solo sirvió de catalizador para la estructuración de una nueva rama del Derecho, sino que, también, remoja día a día la estructura del Derecho Comercial, es decir, su función precursora no se ha detenido, tal como el comercio mismo no se detiene. Aunque pueden aceptarse –no, sin beneficio de inventario– las definiciones clásicas del Derecho Civil, los estudios mercantilistas redimensionan el fenómeno jurídico de la *costumbre*, por reconocer en ella el germen del desarrollo de este sistema de normas.

Desde finales del siglo XIX, la doctrina mercantil –en proceso de formación– exponía ya,

una pretendida reformulación de los estatutos civiles y mercantiles, proponiendo una saludable unificación bajo el género –*nomen iuris*– de Derecho Privado; además, el gran Cesare Vivante, al hablar de la costumbre mercantil, enseñaba:

El Código de Comercio no regula todas las instituciones comerciales, porque nuevas formas nacen y se desarrollan de continuo por la afanosa vida de los negocios. Hay muchos contratos de banca y de bolsa, muchas especies de ventas, muchos negocios marítimos que el legislador no ha regulado, ya porque no tenían líneas uniformes en todo el país, ya porque no eran bastante seguros o importantes; y esta parte del Derecho que el legislador abandonó a la fuerza de la costumbre, se va extendiendo cada vez más conforme nos alejamos del tiempo en que se promulgó el Código, porque este permanece fijo mientras que el Derecho se mueve²⁸.

El maestro colombiano, profesor de profesores, José Gabino Pinzón Martínez, expuso en su documentada obra, que: “Las costumbres han cumplido una función de innegable importancia en la formación del Derecho escrito, pues se han presentado siempre como precursoras suyas y como reveladoras de una tendencia natural del hombre hacia el

27. Código Civil. Art. 8. La costumbre en ningún caso tiene fuerza de ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea.

28. VIVANTE, Cesare. *Derecho Mercantil*, traducido por Francisco Blanco Constans, Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia. Madrid: Editorial La España Moderna, 2002, p. 33.

orden²⁹. Siendo así, las prácticas mercantiles cumplen con una sensible labor social, pues el Derecho escrito es estático y por esa razón envejece; mientras que, la sociedad es dinámica –y más el comercio–, entonces, resulta así un campo amplio para la experimentación, es decir, para la formulación de soluciones que con el tiempo son absorbidas por el Derecho escrito.

De la misma escuela, el profesor Madriñán da noticias en una de sus obras elementales: Principios de Derecho Comercial, manual en el que cita al mexicano Eduardo García Máynez, para afirmar que la costumbre, es, “el uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio³⁰. De igual manera, al tratarse del mismo fenómeno, la *costumbre jurídica* en materia estrictamente mercantil, cuenta con unos elementos constitutivos, a saber: el aspecto material y el aspecto psicológico.

“En primer lugar, en la costumbre se manifiesta un aspecto material, objetivo, constituido por una serie de actos realizados por los asociados en forma constante y con respecto a un cierto aspecto de la vida social³¹. Este elemento es tangible, palpable en la realidad diaria del comercio; con razón, no pocos au-

tores clásicos civilistas lo consideran el verdadero sustrato de la costumbre; en efecto, por ser observable, pueden concretarse en él, una serie de características verificables, a saber: la uniformidad, la publicidad y la reiteración. “El otro elemento de la costumbre, calificado como subjetivo, psicológico o formal, se manifiesta en el sentimiento de ajustar una determinada conducta a la regla implícita en las prácticas, porque se entiende que procediendo de acuerdo con ella se procede conforme a derecho³². Este elemento constitutivo, es delicado de comprobar en la praxis, por eso, hoy por hoy, la *opinio iuris necessitatis* ha hecho crisis, pues se le ve desplazada por la expectativa de reciprocidad propuesta por la *TIE*.

3.2.1. Uso, Práctica y Costumbre. Alcances Diferentes en la Doctrina Comercial. Continuación

La discusión que suscita el subtema que se propone es tan bizantina como interesante; aunque, bueno es decirlo, existen connotados autores que, ven con desdén este tópico. Por ejemplo, el profesor Pinzón afirma: “La discusión sobre la diferencia entre estos dos conceptos ha sido tan larga como inútil y en ella cada autor propone planteamientos que, en su mayor parte, apenas contribuyen a oscurecer o borrar la distinción³³. En su defensa, Pinzón, se apoya en el histórico profesor Alfredo Rocco, quien en sus conferencias enseñó: “la palabra *uso* encierra un significado amplísimo, que comprende desde la simple habitualidad individual hasta la verdadera y

29. PINZÓN M., *ob. cit.*, p. 101. Bastante ilustrativo resulta leer, al profesor brasileiro Waldemar Ferreira, quien afirma de las costumbres: “Se presentan en el origen de todas las legislaciones, precédenlas como precede la palabra hablada a la escrita. Son como suele decirse, el Derecho en un estado cartilaginoso, en vía de osificarse en las leyes escritas”. FERREIRA MARTINS, Waldemar, citado por PINZÓN M., *ob. cit.*, p. 101.

30. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, citado por MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón. *Principios de Derecho Comercial*. Novena edición. Bogotá: Editorial Temis, 2004. p. 47.

31. *Ibis Ibidem*.

32. *Ibidem*, p. 49.

33. PINZÓN, *ob. cit.*, p. 103.

propia costumbre jurídica”³⁴. No obstante, el Derecho como ciencia, admite una pluralidad de puntos de mira y enfoques variopintos; así las cosas, colocar punto final a esta discusión es una osadía sin par, de suerte que en este espacio, se expondrá el estado del arte sin dejar de lado, el apoyo a la posición que parece más favorable académicamente.

En el plano de las definiciones el terreno siempre será sinuoso; sin embargo, es un imperativo ilustrativo, iniciar una delimitación estableciendo las diferencias entre uno y otro concepto. Así pues, como afirma Bonnacase “el uso sería, también un medio para resolver, extralegalmente, intereses opuestos, pero se considera que solo puede aplicarse en virtud de la voluntad tácita de los interesados”³⁵; es decir, que la primera diferencia que se percibe es su fuerza vinculante, pues la costumbre, se impone ineludiblemente, en contra de la voluntad, inclusive; mientras que, “el uso solamente tendría la fuerza coercitiva que le hubieren otorgado con anterioridad los interesados al referirse a él, para la solución de sus conflictos eventuales”³⁶.

El gran tratadista del Derecho Comercial, Cesare Vivante, distingue también las diferencias entre el *uso* y la *costumbre*, afirmando que aquel, es, una costumbre jurídica mercantil en potencia, es decir, el uso es un proyecto de costumbre. En sus palabras, se lee: “Muchas veces comienzan las costumbres por ser usos adoptados por un comerciante con su propia clientela; después llegan a ser propios de un

ramo del comercio, hasta que en ocasiones se extienden por toda la Nación y hasta por fuera de sus confines”³⁷. Siguiendo a Vivante, puede recordarse que en la plenitud de la Edad Media –origen indiscutido del Derecho Mercantil– las *costumbres comerciales*, no hicieron su aparición espontáneamente, no, todo lo contrario, llegaron a ser costumbres en virtud de su reconocimiento y observación, por parte de los comerciantes de la cuenca del Mar Mediterráneo; entonces, en algún momento incipiente, estas prácticas fueron *simples usos*, obligaron a los interesados en su celebración y en paz, no tuvieron la vocación de efectos *erga omnes*.

En Colombia, el profesor Jairo Medina, sostiene un planteo interesante y similar. Conviene en diferenciar el uso y la costumbre, en razón de su vinculación causal, puesto que, es un hecho incontrovertible que las dos participen de un aspecto común: el acto o hecho que se repite; “pero la *costumbre* participa de otro factor esencial del que carece el uso: el convencimiento general de que las cosas deben ser así y no de otra manera, el sentimiento colectivo de la obligatoriedad de la regla jurídica instituida por la costumbre”³⁸.

37. VIVANTE, *ob. cit.*, p. 33.

38. MEDINA VERGARA, Jairo. *Derecho Comercial, Parte General*. Quinta edición. Bogotá: Editorial Temis, 2013, p. 91. En esta interesante obra, el doctor Vergara presenta una diferenciación interesante que merece la pena transcribir: “Como ejemplo de uso se puede mencionar el horario de los bancos. El hecho de que un banco abra sus puertas al público a las nueve de la mañana y las cierre a las tres de la tarde, es un simple uso. Aquí no se observa factor moral alguno. Bien podría ser el horario otro cualquiera y nadie se molestaría por eso. En cambio, el pagar digamos un 3 % del valor de la transacción de un inmueble al corredor de finca raíz, sería una costumbre, porque en este caso se ve como justo que el corredor gane algo por su trabajo; hay un convencimiento general de que las cosas deben ser así y no de otra manera”. MEDINA V., *Ibis Ibidem*.

34. ROCCO, citado por PINZÓN, *Ibidem*, p. 104.

35. BONNECASE, *ob. cit.*, p. 24.

36. *Ibis Ibidem*.

En cambio, se sostiene –aunque de manera aislada– que, la práctica es el uso reconocido por un sector del comercio al que le afecta directamente su observación, de manera que adquiere un elevado margen de publicidad, sin que se exima al comerciante, de presentar pruebas idóneas que respalden su existencia. En síntesis, la *práctica* es una costumbre potencialmente certificable por la Cámara de Comercio, o probable en juicio, con un margen de popularidad mayor al que goza el *uso* (Ver **Punto 4.2**); mientras que la costumbre es el producto de las prácticas uniformes, públicas y reiteradas que son introducidas al tráfico mercantil por los mismos comerciantes; es por eso que “la autoridad de la costumbre, como fuente de Derecho, se funda en el carácter social de esas reglas de conducta elaboradas por los comerciantes mismos, esto es, de esa especie de adhesión colectiva a ellas”³⁹. Para terminar este punto, vale recordar la autoridad que tiene y tendrá –ya desaparecido– el profesor José Pinzón, quien participó en la comisión redactora del actual Código de Comercio; para él, la confusión es corolario de “la forma precipitada como se hizo la revisión final del proyecto. Por eso en ninguna parte del Código se ha hecho distinción alguna entre usos y costumbres, mediante un verdadero deslinde de conceptos”⁴⁰.

3.3. Costumbre Jurídica. Doctrina Moderna

En la actualidad, la doctrina jurídica dista de

los primeros trabajos importantes realizados por Celso o Ulpiano; igualmente, los comentaristas del Código Civil de 1804, han sido superados por la técnica y la investigación jurídica actuales, pues, el decurso de la sociedad no se ha detenido y ha impuesto necesidades muy diferentes a las vividas en otrora tiempos. Es así como hoy, ante el fenómeno social de la *globalización*, se aprecian estudios doctrinales más completos.

En Bélgica, el profesor René Robaye, enseña: “La costumbre se distingue de un simple uso y requiere tres elementos: un comportamiento repetido, un carácter obligatorio y una antigüedad suficiente”⁴¹; es, entonces, evidente que hace curso en la doctrina moderna, una redimensión de la *costumbre*, pues se le está distinguiendo abiertamente del *uso*, y, se le atribuyen actualmente, tres elementos: la práctica en sí, la creencia de la obligatoriedad y la expectativa que se genera en un determinado grupo social, respecto a la observación de la misma, porque se estima la existencia de una *convención social tácita*.

Con todo, es el profesor de Palermo, Bruno Celano, quien propone, estructura y mejor explica la *TIE*. Según su obra, la *costumbre* es, en una teoría mínima:

La costumbre, en cuanto fuente del Derecho, consta de dos elementos fundamentales:

- 1) La repetición, general y constante,

39. PINZÓN, *ob. cit.*, p. 103.

40. *Ibidem*, p. 104.

41. ROBAYE, René. *Le Droit Romain*. Bruselas: Editorial Academia Bruylant, 1996. p. 33.

de un cierto tipo de comportamiento observable (el elemento llamado exterior, material u objetivo de la costumbre, comúnmente denominado *usus*).

2) Una actitud interior (“espiritual”, psicológica, mental, subjetiva), llamada *opinio iuris ac (seu) necessitatis*.

En otros términos, para que haya una costumbre es necesario que se satisfagan dos condiciones:

- 1) Que un cierto tipo de comportamiento sea generalmente y constantemente repetido;
- 2) Que el comportamiento repetido sea advertido (juzgado, tenido, creído, sentido, reconocido, asumido, etc.) como vinculante (como un comportamiento que *debe ser realizado*).

A estas dos condiciones se puede razonablemente añadir una tercera:

- 3) Que el tipo de comportamiento en cuestión venga repetido *porque* sea advertido como vinculante (que, es decir, la primera condición sea satisfecha porque es satisfecha la segunda). En caso contrario, en realidad, la conformidad con el uso puede ser accidental⁴².

Ahora bien, con Celano no se ha hecho nada distinto a redimensionar el alcance de la *costumbre* como fuente del Derecho, pues, no deja de reconocérsele su calidad de tal, más bien, se refuerza su valor intrínseco al exigir

para su existencia tres elementos constitutivos, a saber: el *usus*, el *animus* y la ‘expectativa de reciprocidad’. Precisamente este último, es el elemento que reporta intereses para este trabajo, pues que su estudio además de novedoso, ha dejado establecido un fundamento distinto al valor de la *costumbre*; es aquí que, se habla de la *TIE*, concretamente de los *convencionalismos sociales*.

En efecto, con la *TIE* presente es dable estimar que, en esas zonas de indeterminación –vacíos normativos–, la voluntad de los particulares logra ampliar su esfera de acción; entonces, ante la incertidumbre jurídica que eventualmente puede percibirse en la vida de los negocios, los usos sociales empiezan a permean en esos espacios libres; con el tiempo, la publicidad que adquieren esos usos sociales, los cataliza a tal punto que, se revisten de una atmosfera de juridicidad, en la cual, se los estima obligatorios, no por un grupo reducido de sujetos de Derecho, sino por todo un renglón de la vida económica. Por tanto, se reciben las palabras de Celano: “El concepto de costumbre, como ha sido definido aquí, comprende como sus elementos constitutivos un conjunto de expectativas recíprocas de conducta complementarias (de varios niveles), y de preferencias condicionales, cuya subsistencia es conocimiento común entre todos los participantes en una práctica consuetudinaria”⁴³. Esa actitud espiritual frente al patrón conductual, es lo que a la postre da origen a un *convencionalismo social*, un pacto tácito entre los sujetos de Derecho que convergen en

42. CELANO, B, *ob. cit.*, p. 17 (Cursivas dentro del texto original).

43. CELANO, B., *ob. cit.*, p. 56.

un sector de la economía, concretamente, un sector del comercio; agrega Celano: “Las formas estables de interacción sostenidas por la presencia, no accidental, de estos factores pueden sin duda llamarse, en una acepción realmente no marginal ni secundaria de este término, ‘convencionales’”⁴⁴.

3.3.1. Costumbre Jurídica. Doctrina Moderna: Fuente Formal o Fuente Material. Continuación

Es muy importante hacer unas anotaciones muy puntuales respecto a su ubicación como fuente del Derecho, comoquiera que hoy se discutan los postulados de la Doctrina Clásica, entre ellos, la ubicación de la *costumbre* como fuente formal; en efecto, desde Roma, se han clasificado las fuentes del Derecho en *formales y materiales*; aquellas, son “las formas obligadas y predeterminadas que ineludiblemente deben revestir los preceptos de conducta exterior, para imponerse socialmente, en virtud de la potencia coercitiva del Derecho”⁴⁵. En otras palabras, son el resultado de formalizar la interpretación de la realidad, elevándola a preceptos emanados del legislador, no es otra cosa que el ‘discurso prescriptivo del legislador’ de que hablara Bobbio; y, tradicionalmente “los autores clasifican las fuentes formales en cuatro grupos: a) la legislación; b) la costumbre; c) la doctrina; d) la jurisprudencia. Estas dos últimas no han sido consideradas como fuentes en sentido estricto, sino como autoridades”⁴⁶. Por

su parte, al hablarse de fuentes materiales, se estudian los fenómenos económicos, políticos y sociales que con su ocurrencia, afectan al hombre. Las fuentes materiales o reales, según Abelardo Torr  “son los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas. Estos factores son las necesidades o problemas (culturales, econ3micos, gremiales, etc.) que el legislador tiende a resolver, y, además, las finalidades o valores que el legislador quiere realizar en el medio social para el que legisla”⁴⁷.

Pero, la Doctrina Moderna, parte de una premisa contundente, s , evidentemente, la característica insita de la *costumbre* es gestarse y crecer, por fuera de las formalidades propias de la Ley. No obstante, el debate está abierto, pues que no son mayoría, los estudiosos que estiman que la *costumbre* es una fuente material y no formal, comoquiera que se forma con hechos vívidos, reales y objetivos, como si se tratara de la voluntad de todos, puesta al servicio de las mayorías.

Con estas ideas en mente, el profesor José Pinz3n concluye que: “Hay reglas que tienen su fundamento en la experiencia, que corresponden a las necesidades de la vida social y que, como reglas espontáneamente observadas en la práctica jurídica, constituyen reglas consuetudinarias”⁴⁸. En efecto, los *usos* nacen empíricamente, no mediante un proceso *a fortiori*, entonces, en el recorrido realizado atraviesa por la *práctica*, y, solo tras su veri-

44. *Ibidem*, p. 57.

45. BONNECASE, Julien. *Introducci3n al estudio del Derecho*, traducci3n de Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis, 1982. p. 130.

46. MONROY C., *ob. cit.*, p. 131.

47. TORRE, Abelardo. *Introducci3n al Derecho*. Quinta edici3n. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1965. p. 274.

48. PINZ3N, J., *ob. cit.*, p. 70.

ficación mediante certificación de la Cámara de Comercio, o reducción en sentencia judicial, adquiere el *status* de *costumbre jurídica*.

4. SU IMPORTANCIA EN EL DERECHO PRIVADO

Sin que sea posible afirmarlo categóricamente y exclusivamente, la *costumbre jurídica* tiene un amplio campo de acción en el Derecho Privado; no obstante, esta sentencia no debe leerse con exégesis, pues, los *usos* están presentes en todas las diferentes disciplinas jurídicas, solo que, las instituciones y las normas de orden público, limitan el espacio a la autonomía de la voluntad. Mientras tanto, en el Derecho Privado, dada la volatilidad de la vida comercial, es que, se le concede un amplio margen de actividad a la esfera volitiva y por extensión, a los *usos*.

4.1. La Costumbre en el Derecho Privado. Contratos

El renglón jurídico con mayor vocación para la libertad individual, es, el negocio jurídico, la principal especie de este, la constituyen los contratos. No obstante, los diferentes estatutos –civil y comercial– en el ordenamiento jurídico interno, permiten que las cláusulas bajo las que regirán su conducta las partes, se tengan por ley; además, ante lo no previsto, las normas contractuales en uno y otro Código, entrarán a suplir los eventuales vacíos.

Aún así, las zonas de indeterminación, los silencios accidentales y los preceptos legales omitidos, permiten la formación de *usos*.

Atrás se vio (ver **Punto 3.2.1**), cómo estos usos no tardan en mutar a prácticas sin formalidad alguna, hasta adquirir el reconocimiento oficial por los cauces previstos por la ley, como se anotarán más adelante (ver **Punto 4.2**).

Según Bruno Celano “en sede de interpretación o integración de los contratos puede suceder que las nociones de acuerdo (deliberado y consciente) y de costumbre se revelan entrelazadas la una contra la otra”⁴⁹; entonces, la comprensión cierta de lo estipulado por las partes del contrato, bien sea con relación a la ejecución o no; ya sea que se trate de cómo se va a ejecutar, requerirá con frecuencia de una contextualización. Agrega Celano que “tal contexto está constituido normalmente, al menos en parte, por las prácticas generalmente seguidas en los sectores de actividades a los que el contrato se refiere. Se presume que lo que ha sido expresamente convenido por las partes ha de entenderse, y eventualmente suplirse, a la luz de las prácticas generalmente seguidas”⁵⁰. Sin embargo, en este punto, debe pensarse en las motivaciones de los contratantes, o más bien, en cómo los móviles pueden engendrar prácticas, de las que se espera una reciprocidad posterior.

El maestro francés, Louis Josserand, aporta luces desde la teleología jurídica, cuando estudia los móviles, por ello afirma: “así como los móviles deciden del carácter gratuito u oneroso de un acto jurídico, también juegan

49. CELANO, *ob. cit.*, p. 69.

50. *Ibidem*, p. 70.

un papel fundamental cuando se trata de fijar una línea demarcadora entre los actos civiles y las operaciones comerciales por su propia naturaleza, ya para los que se reputan tales solamente en virtud de la teoría de lo accesorio y en razón de los vínculos de dependencia en que se hallan con respecto a una empresa comercial⁵¹. Entonces, en la aceptación de los *usos*, están presentes los móviles, las motivaciones, el querer de los contratantes; con esto, la legislación se afina admitiendo la consolidación de prácticas que, en algún momento –más o menos tarde– se certificará como costumbre jurídica.

4.2. Los Aspectos Probatorios. Su importancia en Juicio

En el Derecho Privado, en virtud de la ocurrencia frecuente de negocios soportados en *prácticas*, y, dado que, no le es obligación a los operadores judiciales conocer el estado de los *usos* que se aducen en juicio; por el contrario, es carga procesal de las partes probar sus argumentos en el curso del proceso, por tal motivo, la Ley procesal en Colombia ha tenido presente que, débese demostrar el fundamento de las prácticas que se alegan.

4.2.1. Sistema del Código de Comercio

En razón de su importancia, a pesar de tratarse de un estatuto sustantivo, en su **Título Preliminar**, el Código de Comercio resalta el valor jerárquico de la *costumbre* en su artícu-

lo 3⁵²; pero, con carácter adjetivo, el artículo 6⁵³ por remisión normativa presenta una solución en el Código de Procedimiento Civil, y, a la vez, establece un sistema sencillo de prueba mediante testigos; así que, para probar la *costumbre mercantil nacional*, se requerirá de cinco comerciantes idóneos, inscritos en el Registro Mercantil, con capacidad para rendir buena cuenta de lo exigido en el mencionado artículo 3; o, la presentación de dos decisiones judiciales definitivas, proferidas dentro de los últimos cinco años en los que se pretende hacer valer la costumbre de que trata el eventual diferendo.

En lo relacionado con la *costumbre mercantil extranjera*, el Código de Comercio, establece en su artículo 8⁵⁴, que puede recurrirse a prevención, bien, a la certificación que expida el Cónsul colombiano o de una Nación amiga en su defecto, rindiendo buena cuenta

51. JOSSERAND, Louis. *Los móviles de los Actos Jurídicos en el Derecho Privado*. Colección Clásicos del Derecho. Bogotá: Editorial Leyer, 2005, p. 312.

52. Código de Comercio. Art. 3. La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contrarie 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.

53. Código de Comercio. Art. 6. La costumbre mercantil se probará como lo dispone el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, cuando se pretenda probar con testigos, estos deberán ser, por lo menos, cinco comerciantes idóneos inscritos en el Registro Mercantil, que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos en el artículo 3o.; y cuando se aduzcan como prueba dos decisiones judiciales definitivas, se requerirá que estas hayan sido proferidas dentro de los cinco años anteriores al diferendo.

54. Código de Comercio. Art. 8. La prueba de la existencia de una costumbre mercantil extranjera, y de su vigencia, se acreditará por certificación del respectivo Cónsul colombiano o, en su defecto, del de una Nación amiga. Dichos funcionarios para expedir el certificado solicitarán constancia a la Cámara de Comercio local o de la entidad que hiciere sus veces y, a falta de una y otra, a dos abogados del lugar, de reconocida honorabilidad, especialistas en Derecho Comercial.

de la existencia de la costumbre que se alega, acompañada de la constancia de una Cámara de Comercio local; ora, a la confirmación que realicen dos abogados reconocidos y especialistas en Derecho Comercial.

De igual manera, prevé para la *costumbre mercantil internacional*, un mecanismo probatorio basado en el soporte mediante sentencia o laudo proferidos por una autoridad internacional, que dé fe en cuanto a su existencia, interpretación y aplicación; también, puede probarse a través de certificación expedida por una institución idónea como la Cámara de Comercio Internacional, según las voces del artículo 9⁵⁵.

Lo anterior sea dicho, sin perjuicio de las atribuciones legales de las Cámaras de Comercio nacionales, por cuanto el artículo 86, numeral 5⁵⁶, radica en cabeza de estas entidades la responsabilidad de recopilar y certificar las diferentes *costumbres mercantiles* en el territorio de su jurisdicción.

4.2.2. Sistema del Código de Procedimiento Civil

En la Doctrina Procesal Nacional, habida cuenta del sensible desarrollo de las institu-

ciones probatorias, los autores han sostenido que la *costumbre* es tema probatorio; así según Devis: “La necesidad de la prueba procesal de la costumbre, cuando suple a la ley o la complementa, depende de la política legislativa de cada país. Por ello debemos contemplar dos hipótesis: existencia de norma legal que exija su prueba o que la haga innecesaria, y falta de regulación normativa”⁵⁷. Según la cita anterior y teniendo presente lo preceptuado en el Código de Comercio, la política legislativa colombiana contempla dentro de su procedimiento civil, la necesidad de probar, por esa razón Azula afirma que la *costumbre*: “También es objeto de prueba, por tratarse de situaciones propias de la conducta humana, pero necesita establecer los requisitos esenciales que la configuran, como es que sea reiterada, ocurra en un lugar determinado y quienes la realicen consideren observar una regla o precepto”⁵⁸.

Y de conformidad con el Código de Procedimiento Civil –cuyos redactores fueron Hernando Devis y Hernando Morales–, sosteniéndose en la misma línea argumentativa del Código de Comercio, las costumbres se prueban mediante documentos auténticos –certificaciones– y testimonios, tal cual se prescriben en los artículos 189 y 190 del Estatuto Procesal⁵⁹.

55. Código de Comercio. Art. 9. La costumbre mercantil internacional y su vigencia se probarán mediante copia auténtica, conforme al Código de Procedimiento Civil, de la sentencia o laudo en que una autoridad jurisdiccional internacional la hubiere reconocido, interpretado o aplicado. También se probará con certificación autenticada de una entidad internacional idónea, que diere fe de la existencia de la respectiva costumbre.

56. Código de Comercio. Art. 86. Las Cámaras de Comercio ejercerán las siguientes funciones:
[...]

5. Recopilar las costumbres mercantiles de los lugares correspondientes a su jurisdicción y certificar sobre la existencia de las recopiladas.

57. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Tratado General de la Prueba Judicial*, T. I, Quinta edición. Bogotá: Editorial Temis, 2006, p. 186.

58. AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual de Derecho Procesal*. T. VI, Segunda edición. Bogotá: Editorial Temis, 2003, p. 19.

59. Código de Procedimiento Civil. Art. 189. Los usos y costumbres aplicables conforme a la ley sustancial, deberán acreditarse con documentos auténticos o con un conjunto de testimonios.

4.2.3. Sistema del Código General del Proceso

A pesar de su particular forma de entrar en vigencia, es importante realizar tres anotaciones de interés, a saber: en primer lugar, los documentos se estimarán como prueba, aunque no tengan el carácter de auténticos –modificación con respecto al régimen anterior–; en segunda instancia, la norma habla de copias sentencias, sin especificar cuántas, no obstante el mínimo plural es dos; y por último, con un conjunto de testimonios⁶⁰.

En todo caso, con mayores detalles, este estatuto novel, ha convalidado la jubilación interpretativa de los textos que regulaban esta materia, en el Código de Comercio, razón por la que se autorizará la transcripción del artículo 179 del Código General del Proceso:

La costumbre mercantil nacional y su vigencia se probarán:

1. Con el testimonio de dos (2) comerciantes inscritos en el Registro Mercantil que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos en el Código de Comercio.
2. Con decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia, proferidas dentro de los cinco (5) años anteriores al diferendo.

Art. 190. La costumbre mercantil nacional invocada por alguna de las partes, podrá probarse también por cualquiera de los medios siguientes: 1. Copia auténtica de dos decisiones judiciales que aseveren su existencia. 2. Certificación de la Cámara de Comercio correspondiente al lugar donde rija.

60. Código General del Proceso. Art. 178. Los usos y costumbres aplicables conforme a la ley sustancial deberán acreditarse con documentos, copia de decisiones judiciales definitivas que demuestren su existencia y vigencia o con un conjunto de testimonios.

3. Con certificación de la Cámara de Comercio correspondiente al lugar donde rija.

La costumbre mercantil extranjera y su vigencia se acreditarán con certificación del respectivo Cónsul colombiano o, en su defecto, del de una Nación amiga. Dichos funcionarios para expedir el certificado solicitarán constancia a la Cámara de Comercio local o a la entidad que hiciere sus veces y, a falta de una y otra, a dos (2) abogados del lugar con reconocida honorabilidad, especialistas en Derecho Comercial. También podrá probarse mediante dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia en cuanto a la ley de un país o territorio, con independencia de si está habilitado para actuar como abogado allí.

La costumbre mercantil internacional y su vigencia se probarán con la copia de la sentencia o laudo en que una autoridad jurisdiccional internacional la hubiere reconocido, interpretado o aplicado. También se probará con certificación de una entidad internacional idónea o mediante dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia.

Ahora bien, no se perciben cambios sustanciales en el régimen probatorio nuevo, sí se aprecia una mayor destreza en la técnica legislativa al condensar en un solo texto procesal, las reglas que en otrora tiempo se consignaran en el Estatuto Mercantil, sustancial por

demás; también, se observa un intento –que es de recibo, sin duda– por simplificar el procedimiento probatorio al reducir el número de testigos comerciantes –de cinco a dos–, y la supresión de la calidad de auténticos, dada a algunos documentos.

5. CASOS CLÍNICOS

Como se advirtió atrás (ver **Punto 4.2**), las Cámaras de Comercio han sido las encargadas de recopilar y certificar las prácticas susceptibles de ser calificadas como *costumbre jurídica* de carácter *mercantil*. Así, las diferentes Cámaras en Colombia, han emprendido la labor proactiva de estudiar los diferentes sectores del comercio –a los que denomina *cluster*– para cumplir de manera eficiente con su deber legal. Como botón de muestra, pueden tenerse presentes, las labores de la Cámara de Comercio de Bogotá y la Cámara de Comercio de Barranquilla.

5.1. Cámara de Comercio de Bogotá

En la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Bogotá, se certificó la costumbre “de que en el contrato de comisión para acordar la compraventa del bien inmueble, el vendedor deba pagar al comisionista una comisión, cuando por la intermediación de este se ha logrado celebrar la compraventa del bien inmueble. La comisión se determinará así: (i) si el bien inmueble vendido está en el área urbana de Bogotá D.C., la comisión equivale al 3 % del precio de venta del inmueble; (ii) si el bien inmueble vendido está fuera del área urbana de Bogotá D.C., pero dentro de los municipios

que integran la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Bogotá, la comisión equivale al 5 % del precio de venta del inmueble”⁶¹.

También en la ciudad de Bogotá D.C., se ha podido certificar por parte de la Cámara de Comercio, la costumbre “que expresa que existe costumbre mercantil entre los concesionarios de vehículos nacionales de realizar promociones comerciales para la venta de vehículos nuevos de servicio particular, que consisten en otorgarle al comprador descuentos a partir del precio general de venta al público o dar regalos como radios, tapetes, forros y otros accesorios”⁶².

5.2. Cámara de Comercio de Barranquilla

Igualmente, en la ciudad de Barranquilla, en virtud de una labor señera realizada mancomunadamente por la Cámara de Comercio de la ciudad y el Grupo Incom de la Universidad Libre Seccional Barranquilla⁶³, se ha podido constatar que en la ciudad, “se entiende por el término ‘contraentrega’, la entrega inmediata del precio del flete pactado en el contrato de transporte, al momento en que la mercancía llega al lugar de destino. Y en esa dimensión se aprobó como costumbre mercantil, según la Resolución 46 de diciembre 5 de 2011”⁶⁴.

Y, de igual manera, tras la ejecución de un tra-

61. OLANO, G., *ob. cit.*, p. 66.

62. *Ibis Ibidem*.

63. El Grupo Incom, es un grupo de investigación en Derecho Comercial, dirigido hace 10 años por la doctora Sandra Villa, docente y directora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Socio-jurídicas de la Universidad Libre; en el grupo, el autor de este trabajo funge como Investigador Externo.

64. www.camarabaq.org.co

bajo de campo, se sabe que en Barranquilla, se tiene por costumbre mercantil, que al momento de celebrar un contrato de hospedaje, la tarifa incluía: costo de la habitación, seguro hotelero, impuestos y desayuno; entendido así, se aprobó a través de la Resolución 46 de diciembre 5 de 2011⁶⁵.

6. CONCLUSIONES

De la mano del gran jurista Ángel Ossorio y Gallardo, se puede afirmar que “las expansiones de la vida han creado en pocos años un Derecho Mercantil al margen de los códigos y más fuerte que todos ellos”⁶⁶; evidentemente, ha sido esta afirmación, una verdad de Perogrullo, más hoy, inclusive, cuando las expansiones de la vida comercial, han puesto en el telón de fondo a la *globalización*. Así las cosas, se tienen como corolarios:

1. El proceso formativo del Derecho Comercial, es a todas luces, empírico. Entonces, ha sido la inducción el método natural para la formación, desarrollo y constante evolución del Derecho Comercial; la herramienta indispensable para que esta disciplina jurídica se remoce constantemente, es, precisamente su razón de ser: *las costumbres mercantiles*.
2. Dentro de la *TAD*, el estudio de la *costumbre* es incipiente porque en los países con ordenamientos jurídicos del tipo continental, rehúyen a la elasticidad de la norma consuetudinaria, para colocar en

manos del imperio de la Ley, la regulación total de la vida social; eso sí, los preceptos legales por remisión normativa, normas de reenvío, o por normas institutivas de la fuente de costumbre (*NFC*), dan lugar a la aplicación del Derecho no escrito.

3. La *TIE* es un avance doctrinal importante, comoquiera que no se detenga a contemplar normas –por naturaleza– estáticas, sino que, se endereza al estudio de la dinámica social, comprendiendo que es la esfera volitiva de los sujetos de Derecho el catalizador para imprimir dinamismo a la vida de los negocios; razón que justifica, la existencia de los *convencionalismos sociales*.
4. Si bien es cierto que “la costumbre cesó de ser la forma ordinaria de revelación del Derecho, cuando aparecieron las primeras leyes que elaboraron los juristas romanos”⁶⁷, no es menos cierto que hoy, continúan remozando las instituciones jurídicas que se heredaron de Roma, dotándolas de ductilidad en el tráfico jurídico y mercantil.
5. Es un hecho contundente que, ante los efectos de una *globalización* de mercado, las zonas de indeterminación de la norma, van a ampliarse al recibir formatos de negocios atípicos en Colombia; de suerte que, el proceso formativo de la *costumbre jurídica* no se va a detener, es más, se va a multiplicar el trabajo que con denuevo realizan las Cámaras de Comercio del país.

65. *Ibis Ibidem*.

66. OSSORIO Y GALLARDO, Ángel. *El Alma de la Toga*. Colección Clásicos del Derecho. Bogotá: Editorial Leyer, 2005. p. 24.

67. VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil, Parte General y Personas*, T. I. Decimoquinta edición. Bogotá: Editorial Temis, 2004. p. 171.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZULA CAMACHO, Jaime. *Manual de Derecho Procesal*. T. VI. Segunda edición. Bogotá: Editorial Temis, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *El problema del Positivismo Jurídico*. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Primera edición. México D.F.: Ediciones Coyoacán, 2004.
- BONNECASE, Julien. *Introducción al Estudio del Derecho*. Traducción de Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis, 1982.
- BONNECASE, Julien. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, T. I. Traducido por Enrique Figueroa Alfonso. México D.F.: Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1997.
- CELANO, Bruno. *Dos estudios sobre la costumbre*. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Primera edición. México D.F.: Ediciones Coyoacán, 2009.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Tratado General de la Prueba Judicial*, T. I. Quinta edición. Bogotá: Editorial Temis, 2006.
- JOSSERAND, Louis. *Los móviles de los Actos Jurídicos en el Derecho Privado*. Colección Clásicos del Derecho. Bogotá: Editorial Leyer, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 1935.
- MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón. *Principios de Derecho Comercial*. Novena edición. Bogotá: Editorial Temis, 2004.
- MEDELLÍN, Carlos. *Lecciones de Derecho Romano*. Decimocuarta edición. Bogotá: Editorial Temis, 2000.
- MEDINA VERGARA, Jairo. *Derecho Comercial, Parte General*. Quinta edición. Bogotá: Editorial Temis, 2013.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Introducción al Derecho*. Decimotercera edición. Bogotá: Editorial Temis, 2003.
- NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Novena edición. Bogotá: Editorial Temis, 2003.
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. *Qué es la Costumbre*. *Monografías Jurídicas*, No. 8. Bogotá: Editorial Temis, 2008.
- OSORIO Y GALLARDO, Ángel. *El Alma de la Toga*. Colección Clásicos del Derecho. Bogotá: Editorial Leyer, 2005.
- PARRA BENÍTEZ, Jorge. *Manual de Derecho Civil, Personas, Familia y Derecho de Menores*. Cuarta edición. Bogotá: Editorial Temis, 2002.
- PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. *Derecho Constitucional Colombiano*. Séptima edición. Bogotá: Editorial Temis, 2004.

PINZÓN, Gabino. *Introducción al Derecho Comercial*. Tercera edición. Bogotá: Editorial Temis, 1985.

TORRÉ, Abelardo. *Introducción al Derecho*. Quinta edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1965.

VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil, Parte General y Personas*, T. I. Decimoquinta edición. Bogotá: Editorial Temis, 2004.

VIVANTE, Cesare. *Derecho Mercantil*. Traducido por Francisco Blanco Constans, Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia. Madrid: Editorial La España Moderna, 2002.