

LAS COSTUMBRES MERCANTILES EN BARRANQUILLA: REPORTE DE UN BALANCE DE RESULTADOS*

THE MERCANTILE CUSTOMS IN BARRANQUILLA: REPORTING A BALANCE OF RESULTS

Sandra I. Villa V.¹
Carlos A. Espinel B²

RESUMEN

La ponencia que a continuación se presenta ante la comunidad académica, es producto de una década de labores que van desde el análisis normativo y el trabajo de campo, hasta la adaptación y capacitación constante del capital humano en la última década. En efecto, tras dos lustros de vigencia, el convenio interinstitucional acordado entre la Universidad Libre y la Cámara de Comercio de Barranquilla, ha rendido resultados de la más variada índole, permitiéndole al investigador del presente, ofrecer una visión de conjunto de los resultados obtenidos durante este espacio ininterrumpido de actividades científicas; claro está, con el convencimiento de que no es posible concluir, pues el comercio es volátil, de suerte que, los espacios de indeterminación legislativos no tardarán en aparecer, siendo la costumbre mercantil, la herramienta idónea para permear en estos espacios. Así pues, se ofrece en este escrito un balance de los resultados obtenidos en las varias ediciones, en que se ha ejecutado el macro proyecto de las costumbres mercantiles en la ciudad de Barranquilla DEIP.

PALABRAS CLAVE

Clúster, Comercio, Costumbre mercantil, Derecho Comercial, Mercados.

ABSTRACT

The paper presented to the academic community is a product of a decade of work ranging from normative analysis and fieldwork to the constant adaptation and training of human capital in the last decade. In effect, after two years of validity, the interinstitutional agreement between the Universidad Libre and the Barranquilla Chamber of Commerce has yielded results of the most varied nature allowing the researcher of the present to offer an overview of the results obtained during this uninterrupted space of scientific activities. Of course, all this process is done with the conviction that it is not possible to conclude, since trade is volatile, so that the spaces of legislative indeterminacy will soon appear, which allows the mercantile custom to become the ideal tool to permeate in these spaces. Thus, this paper offers a balance of the results obtained in the various editions, in which the macro project of mercantile customs in the city of Barranquilla DEIP has been executed.

KEYWORDS

Cluster, commerce, commercial custom, commercial law, markets

Fecha de recepción: 31 de mayo de 2016.

Fecha de evaluación: 29 de junio de 2016.

Fecha de aceptación: 2 de agosto de 2016.

* Esta ponencia es producto del macro proyecto de investigación intitulado “Costumbres Mercantiles en el Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla”, ejecutado dentro del convenio marco suscrito por la Universidad Libre Seccional Barranquilla, y la Cámara de Comercio de la misma ciudad, desde el treinta (30) de abril de 2004; y refrendado el veinticinco (25) de febrero de 2010, aún vigente.

¹ Abogada de la Universidad Libre Seccional Barranquilla (1986); especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana (1991); también, es especialista en Derecho de Familia de la Universidad Libre Seccional Barranquilla (1997); igualmente, es Magister en Educación con énfasis en Gestión Educativa, en la Universidad Libre de Colombia (2010); actualmente es Directora del Centro de Investigación Jurídica y Sociojurídica del programa de Derecho de su alma mater; y es líder del Grupo INCOM- B. Correo electrónico: svilla@unilibrebaq.edu.co.

² Abogado de la Universidad Libre Seccional Barranquilla (2009); cuenta con estudios en Docencia Universitaria e Investigación y Aprendizaje Basado en Problemas en la Fundación Universitaria San Martín (2009); especialista en Derecho Comercial en La Universidad Libre Seccional Barranquilla (2014); investigador externo del Grupo INCOM-B de su alma mater; docente investigador de la Fundación Tecnar Atlántico y asesor en asuntos de derecho privado. Correo electrónico: cespinelb@hotmail.com.

INTRODUCCIÓN

En los inicios de la civilización misma, el hombre tuvo a bien normar la vida en sociedad; puesto que las relaciones intersubjetivas suponen un elevado índice de fricción, la consecuencia lógica no era otra que, el establecimiento de patrones o pautas conductuales que hicieran pacífica la convivencia. Con razón se ha dicho que “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’” (Espinel, 2014, p. 17).

Es en este sentido, que el universo jurídico ha estudiado la voz latina ‘*consuetumen*’; pues de otra forma, “si fuera tan fácil definir la costumbre, únicamente buscaríamos su acepción común para contestar de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española” (Olano, 2008, p. 1); empero, el sustrato material de esta fuente no formal del derecho, lo constituye, precisamente, el anhelo de normar, ordenar, regular, entre otras, la vida social. Y es por ello que, se acoge la definición que de ‘*costumbre jurídica*’ propone el profesor francés, Julien Bonnecase (1997, Vol. I, p. 23):

De acuerdo a la doctrina clásica, 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. En suma, 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 [...].

Así las cosas, lo que Bonnecase denomina ‘*aspiraciones sociales*’, no es nada distinto a la realización de un orden social equitativo y armónico. Sin embargo, sabido es que, para tales propósitos, la humanidad progresó y es-

tableció un ordenamiento jurídico escrito que, por oposición al consuetudinario- o, no escrito-, se considera más sofisticado y apropiado para la regulación de los fenómenos sociales de la modernidad, toda vez que sea una formulación preceptiva, emanada de la autoridad competente. Con todo, el germen de los usos sociales no demora en aparecer, sobre todo en aquellos espacios que adolecen de indeterminación legislativa; vale decir: que ante vacíos normativos, surgen prácticas supletorias.

Uno de los renglones de la vida social, en que es más latente el servicio de los usos sociales, es el comercio. De hecho, los más connotados autores del Derecho Comercial, casi al unísono predicán que esta especialidad jurídica, es producto de una formación consuetudinaria. Es por ello que el profesor Pinzón Martínez (1985, p. 142), afirmó que, el acto de comercio desconoció “el método propio del derecho comercial, en el que sus normas no son, como en el derecho civil, particularizaciones o deducciones de principios generales, sino generalizaciones de las prácticas comerciales, tecnificadas por la jurisprudencia y la doctrina de los tribunales de comercio”. En síntesis, mientras que el Derecho Civil es deductivo, partiendo de principios generales que incluso permean otras áreas del derecho; el Mercantil, es inductivo, se desarrolla a partir del caso concreto.

Ahora bien, si el derecho es el instrumento creado por el hombre para la satisfacción de su anhelo de convivencia pacífica, no es menos cierto entonces, que la sociedad evoluciona y en ese vórtice, las relaciones comerciales, parecen continuar su periplo. “Conscientes de ese fenómeno, los legisladores siempre han reconocido a la costumbre su importante misión en la regulación de la vida mercantil, y aunque han reservado a la ley la máxima jerarquía, no han cerrado las puertas a las manifestaciones consuetudinarias” (Madriñán, 2004, p. 32).

1. LA COSTUMBRE MERCANTIL EN BARRANQUILLA

Tras el esbozo inicial, bueno es precisar, hasta qué punto las *prácticas mercantiles* son germen de desarrollo comercial, en un mercado estra-

tégicamente situado, como lo es la Ciudad de Barranquilla DEIP; escenario marco dentro del cual, se ha venido ejecutando el proyecto macro entre las instituciones ya referidas, a saber: la Universidad Libre y la Cámara de Comercio.

Se justifica la incursión académica en este trabajo, pues se advirtió anteriormente que, el Derecho Comercial es una rama del universo jurídico, cuya característica principal es la formación consuetudinaria, de lo que se colige que, su desarrollo no se ha detenido en el tiempo; por el contrario, el mercado en Barranquilla se ofrece atractivo a la inversión. “Como consecuencia lógica, los profesionales del comercio [irrumpan] decididamente en la escena local, invirtiendo, negociando y, no pocas veces, regulando su quehacer” (Villa, 2014, p. 27). Desde luego, el análisis de esta realidad cambiante, corresponde a la academia y con ese ánimo, el Grupo INCOM de la Universidad Libre, aporta el capital humano para la lectura integral de los diferentes sectores del comercio estudiados.

Por su lado, la participación de la Cámara de Comercio de la ciudad es sobradamente entendible, pues como tal, estas entidades “se presentan bajo el denominador común de asociaciones de comerciantes que toman a su cargo la defensa y promoción de las actividades mercantiles” (Madrinán, 2004, p.149). Además, en el caso colombiano, las Cámaras de Comercio tienen como atribución legal, la recopilación y certificación de las prácticas susceptibles de ser costumbre mercantil³.

Ahora bien, comprendido el papel de los actores en el proyecto de investigación, corresponde ahora, examinar la noción de las prácticas mercantiles y su relación con los diferentes sectores del comercio estudiados. Así pues, debe entenderse que: “La costumbre puede definirse como el uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio, y su conjunto el llamado derecho no escrito, no promulgado, tácito o consuetudinario, como aquel que se ha introducido por medio de

la costumbre en la aplicación de las mismas reglas reputadas jurídicamente obligatorias” (Madrinán, 2004, p. 47).

Con estas ideas en mente, vale suponer que, en no pocas ocasiones, los diferentes renglones del comercio serán regulados por la ley, pero en defecto de esta, la costumbre será precursora de sus líneas de conducta o parámetros conductuales. Y en este punto, valdrá la pena recordar al profesor Pinzón (1985, p. 103) quien enseñaba:

Porque, como anota Roubier, aunque el sistema del derecho escrito da la impresión de que representa un gran progreso y conduce al máximo de seguridad jurídica, esta no es, por desgracia, sino una mera ilusión, pues que las fuentes de carácter fijo o preestablecido son forzosamente estáticas y los grupos humanos no son estáticos, sino esencialmente dinámicos y su existencia no puede detenerse indefinidamente sobre las bases que les suministran las fuentes formales.

En este orden de ideas, vale recordar a Bobbio, pues en su trabajo mencionó que “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” (Espinel, 2014, p. 19); fenómenos estos que tienden a estatizar las normas sociales y que, de algún modo, pretermiten el valor de los usos sociales que, a la luz de la retórica de Bruno Celano (1995) siguen estando presentes por medio de los ‘*convencionalismos sociales*’. Y es que, en la órbita de acción del Derecho Privado –en concreto en el Derecho Comercial-, “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 cohesión colectiva a ellas” (Pinzón, 1985, p. 103).

³ 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 la existencia de las recopiladas; [...].

Así las cosas, desde la perspectiva de la Cámara de Comercio de la Ciudad de Barranquilla, los *clústers* más dinámicos, con registros de actividad más sensibles y que representaron el índice de las actividades de esta investigación, son: 1. El sector inmobiliario; 2. El sector financiero; 3. El sector de transporte de carga terrestre; 4. El sector hotelero-turístico; y 5. Sector Automotor. Cabe aclarar si, en este apartado que, además de los sectores relacionados anteriormente, han sido estudiados los sectores textil y confecciones, farmacéutico y mobiliario; y finalmente, constructor y transporte de personas; encontrándose estos, en una fase de depuración en vista de la amplitud y dispersión normativa; también, porque se está decantando el universo sobre el cual se aplicarían las encuestas para la determinación de las variables que son inherentes a la costumbre, a saber: la *publicidad*, la *uniformidad* y la *reiteratividad*⁴.

2. DISEÑO METODOLÓGICO

En un momento previo a la etapa propia del diseño metodológico, la Cámara de Comercio, asume el deber de seleccionar entre los clústers que atiende, cuál o cuáles han registrado un sensible movimiento, un repunte al alza en el índice porcentual de su actividad; acto seguido se proponen como candidatos para efectuar una inmersión preliminar que, facilite la identificación de vacíos o zonas de indeterminación legislativa, que precisen de atención integral, en el sentido de una correcta interpretación de su realidad y su contexto.

En orden al diseño metodológico propiamente tal, se define primero, el nivel del alcance de la investigación a realizar, tras lo cual se procede a determinar el tipo de investigación, que en este caso, será: una *investigación exploratoria*, pues que, según Hernández Sampieri *et al.* (2010, p. 77), los estudios exploratorios se caracterizan por: “investigan problemas poco estudiados; indagan desde una perspectiva innovadora; ayudan a identificar conceptos promisorio; y

preparan el terreno para nuevos estudios”; de ello resulta, que, de la ejecución del proyecto se puedan investigar aspectos de la actividad mercantil poco atendidos y se dé pie para una posterior profundización del tema.

Ahora, de acuerdo a lo afirmado por Villa & Espinel (2013), quienes citan a Eco, “la investigación tiene que decir sobre este objeto cosas que todavía no se han dicho o bien revisar con óptica diferente las cosas que ya han sido dichas”; por tanto, en cada edición se precisó de forma, método y revisión del diseño metodológico.

En atención a la unidad conceptual y de propósito de los investigadores, este estudio complejo se realizó, confrontando las teorías expuestas por la más autorizada bibliografía y los hechos en su estado natural, tal como se presentan en la realidad, obteniéndose así, ‘*ciencia factual*’; es decir, “el tipo de investigación que puede considerarse también como activa o dinámica que se sirve de la primera (teórica pura) en cuanto utiliza los descubrimientos y aportes teóricos. Esta forma de investigación tiene como objeto confrontar la teoría con la realidad, ir a los problemas concretos, en circunstancias y características concretas” (Clavijo. 2010, P. 45). De lo dicho hasta este punto, se puede colegir que, el trabajo desarrollado en los últimos diez años se corresponde, en vista de su impacto, con lo que los metodólogos han denominado ‘*investigación factual, activa o dinámica*’.

Ahora bien, en cuanto a la técnica seguida, el profesor Clavijo –siguiendo a Víctor Morales-enseña que, el método debe ser visto como la estrategia concreta integral de la investigación, ya que no existe un método único y eterno para crear ciencia, partiendo del hecho de que cada investigación científica es un acto original y creativo (Clavijo. 2010, P. 163). Y no deja de ser así, porque la investigación versa sobre un objeto reconocible y definido de tal modo que también sea reconocible por los demás (Eco. 2001, P. 48); es más, por tratarse de un proceso,

⁴ Código de Comercio. Art. 3.- 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 investigación debe nutrirse por la flexibilidad y creatividad con que el sujeto activo –o investigador– campea las barricadas que se presentan –muy frecuentes, por cierto–, además de la ponderación de los mismos y la adopción de medidas que redirijan la actividad en aras de cumplir con los objetivos; por eso le sobra razón a Clavijo, cuando cita de Arias, quien afirma que, la investigación puede ser definida como una serie de métodos para resolver problemas cuyas soluciones necesitan ser obtenidas a través de una serie de operaciones lógicas, tomando como punto de partida datos objetivos (Clavijo. 2010, P. 15).

Siendo así las cosas, en atención al marco anteriormente descrito, se precisa que este es un estudio descriptivo, puesto que se detallan las singularidades de los fenómenos sociales objeto de análisis en su natural círculo de operación, de suerte que los métodos analítico y deductivo sirven de estrategia para desglosar los elementos que estructuran cada una de las prácticas mercantiles identificadas; esto, en un primer momento. Posteriormente, la inducción hiló los resultados previos para identificar y confirmar los patrones generales. En efecto, el estudio integral de un fenómeno aislado –dentro y fuera de su contexto–, permite crear probable norma social aplicable.

3. RESULTADOS OBTENIDOS

Con la brevedad propia de la extensión de esta ponencia, pero, sin medrar en la exactitud de la exposición, se presentarán los resultados obtenidos en los diferentes sectores estudiados, presentando para tales efectos, una de las prácticas que tras su estudio jurídico, se determinó que cumplía con las condiciones necesarias, para ser certificada como *costumbre mercantil*, con todas las consecuencias jurídicas que le son naturales; a saber:

3.1 SECTOR INMOBILIARIO

Durante los años 2007 y 2008, el Grupo INCOM, en ejecución del proyecto a que se ha aludido en este texto, encontró que en el sector inmobiliario existían diferentes prácticas no reguladas legalmente; en ese vórtice, se estu-

diaron y de las mismas solo se comentará una (Ver 3.1.3), aunque obtuvo la certificación de las siguientes:

3.1.1 Cobro por Gastos de Adjudicación

Según se consignó en el libro de Villa Villa (2014, p. 35), en su momento la Cámara de Comercio, mediante la Resolución de Marzo 2 de 2006, certificó que es costumbre mercantil “que un agente inmobiliario recaude de los arrendatarios una suma especial, con motivo de las erogaciones causadas por la celebración del contrato, lo que engloba papelería, asesoría y elaboración de documentos, entre otros; todo bajo el concepto de ‘Gastos de Adjudicación’, equivalente al 60% del canon –renta– de un mes”.

3.1.2 Comisión por Suscripción de Contrato

En la didáctica obra de la profesora Villa (2014, p. 37), Líder del Grupo INCOM, se registró que, a través de la Resolución de Marzo 2 de 2006, se estimó como certificable “la práctica consistente en el cobro realizado por la agencia inmobiliaria de una comisión al propietario, por virtud de haber gestionado un contrato de arrendamiento en su lugar o por cuenta de éste, y la consecuente administración de dicho contrato, equivalente al 10%”.

3.1.3 Comisión por Venta de Inmueble (3%)

Esta práctica resulta interesante de comentar, puesto que la voz ‘comisión’ está íntimamente relacionada con la actividad comercial; efectivamente, el corretaje es un típico acto de comercio y los emolumentos que se asignan al corredor, reciben el título genérico de *comisión*.

En atención a lo descrito, vale la pena tener muy presente que, el contrato de compraventa, la actividad inmobiliaria y el corretaje están interrelacionados. Eso sin duda, ha dado paso para que Villa (2014, p. 38) afirme:

Ahora bien, es un hecho incontrovertible que los mercados se expanden y por tal virtud, se hacen complejos; en consecuencia, personas dedicadas –casi que

exclusivamente- a conocer estos renglones del mercado, se sitúan entre los extremos de la negociación, asumiendo el rol de director o asesor de la operación, porque dados su conocimiento y experiencia, reconocen las necesidades de los contratantes.

Este *sujeto* no es parte de la negociación, empero está en medio de la operación, es un perito en el tema, por eso al comentar el artículo 1340 del Código de Comercio, el profesor Pérez Leal enseña que el corredor es “la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación”.

En la Ciudad de Barranquilla, no siempre un potencial comprador sabe con exactitud qué inmueble va a comprar; de igual manera, un potencial vendedor desconoce a qué público ofertar. Es así como las Agencias Inmobiliarias funcionan como corredores; en efecto, acercan a los extremos de un contrato de compraventa, sin que medie un nexo contractual con ninguna de las partes. Su labor –normalmente de resultados estimada por el ahorro de tiempo y esfuerzo con que beneficia a las partes, de manera que, se ha estilado otorgar una comisión del 3% sobre el precio por cada contrato de compraventa perfeccionado.

Si bien es cierto, legalmente no existe una definición para el ‘contrato de corretaje’; lo que sí se ha podido establecer por vía de doctrina es, qué notas distintivas lo informan y le dan la estructura que se le conoce; entonces, es sabido que la principal característica del corredor es su ‘conocimiento del mercado’; el objeto contractual consiste en la realización de una operación comercial –para este caso contrato de compraventa-; el éxito del corretaje es medido por el resultado, es decir, se entenderá cumplido con el perfeccionamiento del negocio; y siempre tendrá el carácter de oneroso porque el corredor persigue una remuneración. Entonces, según lo recoge Villa en su documentada obra:

[...] el contrato de corretaje inmobiliario, es aquel por el cual el propietario otorga el derecho a un agente inmobiliario para que este consiga un comprador o arrendatario a cambio de una retribución que, puede ser un monto fijo o un porcentaje o una cuota mensual. Así mismo, el contrato de corretaje inmobiliario puede ser un contrato por adhesión o con negociación previa, es decir, en este contrato no siempre existen tratativas, tratos previos o preliminares, ya que es probable que las agencias inmobiliarias establezcan documentos preestablecidos y no admitan negociar las cláusulas.

3.1.3.1 Tabulación de resultados

Tabla No. 1

REQUISITO DE LA COSTUMBRE	PORCENTAJE (%)
Uniformidad	
<u>Comisión por Intermediación</u>	100%
<u>Titular del Pago</u>	
Propietario del Inmueble	100%
Comprador	0%
Otro	0%
<u>Cuantía</u>	
Suma Fija	0%
Porcentaje	100%
Otro	0%
<u>Base de Porcentaje</u>	
Precio de Venta	100%
Otro	0%
Reiteración	
<u>Siempre</u>	
Si	100%
No	0%
Vigencia	
<u>Aplicación Actual</u>	
Si	100%
No	0%

REQUISITO DE LA COSTUMBRE	PORCENTAJE (%)
<u>Tiempo de Aplicación</u>	
Meses	0%
Años	100%
Obligatoriedad	
Si	100%
No	0%
Publicidad	
Si	100%
No	0%

Fuente: Elaboración propia de los autores

3.1.3.2 Certificación de la práctica

En atención a los datos que se obtuvieron, lo preceptuado por el artículo 3° del Código de Comercio, se cumple cabalmente con esta práctica y así se certificó en la Resolución No. 9 de 2010 fechada el 26 de enero; la práctica consiste en “el hecho de que un agente o corredor inmobiliario sirva de intermediario en un contrato de compraventa de inmueble urbano, cobrando una comisión del 3% sobre el precio de venta” (Villa, 2014, p. 41).

3.2 SECTOR FINANCIERO

En Colombia no pocos autores reconocen la independencia del Derecho Financiero, frente a su género más próximo: el Derecho Comercial. Lo que sí se discute sin acuerdo a la vista, es, su lugar dentro de la tradicional clasificación del Derecho. Eso sí, por parte de la doctrina se afirma que el Derecho Financiero “es precisamente, el que se refiere a la percepción, gestión y erogación de los medios económicos conferidos al Estado y a los entes públicos para el desarrollo de sus actividades” (Aftalión *et. al.* citado por Villa, p. 41). Con todo, la perspectiva anotada anteriormente, solo aprecia el panorama a partir del Derecho Público; no obstante, la realidad del sistema financiero en Colombia permite aseverar que, las entidades dedicadas a la actividad bancaria, son personas jurídicas privadas seguidas –o vigiladas- de cerca por el Estado. Tanto es así, que los principales contra-

tos bancarios se regulan en el **Libro Cuarto, De los Contratos y Obligaciones Mercantiles, Título XVII del Código de Comercio**. Dentro del contenido del Título XVII y de particular interés para efectos de este trabajo es el Capítulo VI contentivo de las Cartas de Crédito.

3.2.1 La palabra ‘contragarantía’

Al hablarse de operaciones de Crédito Documentario o Cartas de Crédito, la voz compuesta ‘contragarantía’ ha sido empleada con frecuencia y por tal, debe entenderse “el respaldo que le permite a una aseguradora resarcirse patrimonialmente, en el evento de verse obligada a pagar la indemnización por la ocurrencia de un siniestro” (Cueto, Espinel & Mercado, 2009, p. 295).

Mediante la contragarantía “el tomador de la póliza se obliga con la aseguradora a reembolsar las sumas de dinero que ésta llegue a pagar por concepto de la atención de un siniestro. Pueden ser: personales (pagaré en blanco o una contragarantía de casa matriz) o reales (hipoteca, fiducia inmobiliaria, endoso de CDT)” (Cueto, Espinel & Mercado, 2009, p. 296).

En forma adicional conviene anotar que el concepto de contragarantía no se encuentra definido en la ley, tampoco existe disposición que enuncie los tipos admisibles, ni que imponga a las aseguradoras limitaciones en el establecimiento de formalidades para efectos de la constitución de las contragarantías. Su exigencia obedece a las políticas y criterios fijados por el asegurador para efectos de una adecuada suscripción (análisis y selección de riesgos en donde se evalúa la calidad de la persona y de la obligación, cuyo cumplimiento se garantiza; su seriedad; estabilidad económica, etc.).

3.2.3.1 Tabulación de resultados

Tabla No. 2

REQUISITO DE LA COSTUMBRE	PORCENTAJE (%)
Uniformidad	
Si	75%

REQUISITO DE LA COSTUMBRE	PORCENTAJE (%)
Reiteración	
Frecuentemente	75%
Vigencia	
Años	75%
Obligatoriedad	
Si	75%
Publicidad	
Si	75%

Fuente: Elaboración propia de los autores

3.2.3.2 Certificación de la práctica

Entonces, en la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Barranquilla, se entiende que la expresión ‘Contragarantía’ utilizada en las operaciones de emisión de carta de crédito, hace referencia a la entrega por parte del tomador (comprador - importador) al emisor (banco) de un pagaré en blanco con carta de instrucciones, para que sea usado como título ejecutivo para el cobro en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas por el tomador. Y en ese sentido se aprobó en la Resolución 9 de enero 26 de 2010 (Villa, 2014, p. 44).

3.3 SECTOR TRANSPORTE DE CARGA TERRESTRE

En aras de no agotar páginas de páginas, en lo sucesivo, a partir de esta certificación, se hará citación directa de la tabulación y la resolución mediante la cual se aprobó su certificación; con esto, se proponen los autores motivar la discusión en la puesta en escena o sustentación de este texto. Conforme a lo anterior se tiene:

3.3.1 Tabulación de la información

Tabla No. 3

REQUISITO DE LA COSTUMBRE	PORCENTAJE (%)
Uniformidad	
<u>Contraentrega</u>	
Si	97.07%

REQUISITO DE LA COSTUMBRE	PORCENTAJE (%)
No	2.92%
Ns/Nr	0%
Reiteración	
Si	97.07%
No	2.92%
Ns/Nr	0%
Vigencia	
Meses	0.58%
Años	96.49%
Ns/Nr	2.92%
Obligatoriedad	
Si	93.56%
No	5.84%
Ns/Nr	0.58%
Publicidad	
Si	93.56%
No	5.26%
Ns/Nr	1.16%

Fuente: Elaboración propia de los autores

3.3.2 Certificación de la práctica

Entonces, “dados los resultados referidos, en Barranquilla 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” (Villa, 2014, p. 49).

1.4 SECTOR HOTELERO Y TURÍSTICO

1.4.1 Tabulación de la información

Tabla No. 4

REQUISITO DE LA COSTUMBRE	PORCENTAJE (%)
Uniformidad	
<u>Hora de Salida Check Out</u>	

REQUISITO DE LA COSTUMBRE	PORCENTAJE (%)
12:00 p.m.	4.86%
01:00 p.m.	7.35%
02:00 p.m.	4.86%
03:00 p.m.	80.5%
Otra	2.43%
Ns/Nr	0%
Horario Check Out	
Lunes – Viernes	0%
Lunes – Domingo	97.57%
Otra	2.43%
Ns/Nr	0%
Reiteración	
Hora Check Out	
Si	100%
No	0%
Ns/Nr	0%
Vigencia	
Aplicación Actual Check Out	
Si	100%
No	0%
Ns/Nr	0%
Tiempo de Aplicación Check Out	
Meses	7.35%
Años	92.65%
Ns/Nr	0%
Obligatoriedad	
Si	92.65%
No	7.35%
Ns/Nr	0%
Publicidad	
Conocimiento en el Sector	
Si	100%
No	0%
Ns/Nr	0%

Fuente: Elaboración propia de los autores

1.4.2 Certificación de la práctica

Entonces, “en la jurisdicción correspondiente a la Cámara de Comercio de Barranquilla, se tiene por costumbre mercantil que, la hora de salida o Check Out de los hoteles, de lunes a domingo, es a las 3:00 p.m. Y en ese estricto sentido, fue aprobada mediante la Resolución 46 de diciembre 5 de 2011” (Villa, 2014, p. 54).

3. CONCLUSIONES

En este punto de la ponencia que se expone, se tratan los temas convulsos del proyecto investigativo que se presenta a la comunidad académica, a saber: el valor de las costumbres en la vida de los negocios privados y las cuestiones probatorias.

No sobra entonces, recordar que, ya se había intentado justificar el valor de los usos sociales, cuando se presentó en la introducción, cómo estos inciden en la vida de los negocios, pues que, de algún modo, tienden a ser la cuota de perfeccionamiento de no pocas operaciones mercantiles que carecen de una regulación específica; además, dado que la línea divisoria entre el vacío normativo y las zonas de indeterminación es tan delgada que, no se contará con pautas a cada paso.

Teniendo en cuenta lo dicho hasta aquí, bien merecen recordación lo esbozado en otro estudio, cuando se afirmó que: “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’, 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” (Espinel, 2014, p. 36).

En relación con el régimen probatorio, el recordado profesor Hernando Devis Echandía, enseñó que, existe necesidad de probar una norma consuetudinaria nacional cuando suple a la ley o la complementa (2006, T. 1, P. 186); y añade que esto depende de la política legislativa adoptada en cada país. Por ello debemos contemplar dos hipótesis: existencia de norma le-

gal que exija su prueba o que la haga necesaria, y falta de regulación normativa (2006, T. 1, P. 186). Siendo así las cosas, el primer presupuesto fáctico es el aplicado en el Derecho Positivo colombiano, pues, la norma consuetudinaria tiene en el Derecho Comercial efectos iguales a los de la norma legal, en los supuestos y bajo las condiciones que se han hecho notar; no obstante, la dificultad radica en la génesis de cada cual, de manera que no se le exige al operador jurídico –juez-, conocer las costumbres jurídicas del territorio nacional; pero sí se espera, su valoración objetiva cuando es allegada al proceso y aducida como prueba.

Sin lugar a discusiones estériles, la dogmática jurídica nacional, viene aceptando desde las épocas de Antonio Rocha Alvira, que la costumbre jurídica mercantil sea objeto de prueba; desde luego, la conducta humana por compleja impone la necesidad de ser probada. Es más, por tratarse de una costumbre jurídica, lo que pretenderá probar será, la conducta humana con contenido normativo. Se presenta así, la existencia de medios probatorios concretos, a saber: el documento, el testimonio y la certificación.

Siendo así, el marco normativo dispuesto por el Derecho Positivo nacional, establece un sistema legal que lleva a concordar los Códigos de Comercio y el de Procedimiento Civil. Además, en líneas supra se advirtió de la función de raigambre legal de las Cámaras de Comercio del país; atribución esta, consistente en la identificación, ponderación, certificación y posterior recopilación de las prácticas mercantiles, susceptibles de atender la normatividad vigente y constituir costumbre jurídica mercantil, con fuerza vinculante y valor probatorio.

En un trabajo reciente se estudió el régimen probatorio traído en el Código General del Proceso, teniéndose entonces que 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 de sentencias, sin especificar cuántas, no obstante el mínimo plural es dos; y por último, con un conjunto de testimonios (Espinell, 2014: p. 34).

REFERENCIAS

- Bobbio, N. (1965). *El problema del positivismo jurídico* (Octava reimpresión. Primera ed.). (E. G. Valdés, Trad.) México D.F.: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política.
- Bonnetcase, J. (1997). *Tratado elemental de derecho civil* (Vol. I). (E. F. Alfonzo, Trad.) México D.F.: Editorial Pedagógica Iberoamericana.
- Celano. (1995). *Dos estudios sobre la costumbre*. (J. J. Moreso, Trad.) México D.F.: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política.
- Clavijo Cáceres, D. (2010). *El proyecto de la investigación, haciendo posible la tesis de grado*. Cucutá: Universidad Libre Seccional Cucutá.
- Cueto Estrada, J. P., Espinell Benítez, C. A., & Mercado Salgado, L. J. (2009). *Monografía de grado intitulada: Recopilación y certificación de las costumbres mercantiles en el Sector Financiero de la Ciudad de Barranquilla*. Barranquilla: Sin publicar.
- Devis Echandía, H. (2006). *Teoría General de la Prueba Judicial* (Quinta ed., Vol. I). Bogotá: Temis.
- Eco, U. (2001). *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*. Barcelona: Gediosa.

Sandra I. Villa V., Carlos A. Espinel B.

Espinel Benítez, C. A. (2014). La costumbre en el ordenamiento jurídico privado colombiano: una mirada desde la teoría analítica del derecho y la teoría de la interacción estratégica. *Advocatus*, 11(23), 17-38.

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2010). *Metodología de la investigación* (Quinta ed.). Lima: McGraw Hill.

Madriñán De La Torre, R. E. (2004). *Principios de derecho comercial* (Novena ed.). Bogotá: Temis.

Monroy Cabra, M. G. (2003). *Introducción al derecho* (Decimotercera ed.). Bogotá: Temis.

Narváez García, J. I. (2008). *Introducción al derecho mercantil* (Primera reimpresión, Décima ed.). Bogotá: Legis.

Olano Valderrama, H. A. (2008). *Qué es la costumbre*. Bogotá: Temis.

Pinzón Martínez, J. G. (1985). *Introducción al derecho comercial* (Tercera ed.). Bogotá: Temis.

Sarmiento Miranda, Y. e. (2009). *Monografía de grado intitulada Recopilación de las Costumbres Mercantiles en el Sector Inmobiliario de la Ciudad de Barranquilla*. Barranquilla: Sin publicar.

Valencia Zea, A. (2004). *Derecho Civil. Parte general y personas* (Segunda reimpresión, decimoquinta ed., Vol. I). Bogotá: Temis.

Vergara Medina, J. (2013). *Derecho comercial. Parte general* (Quinta ed.). Bogotá: Temis.

Villa Villa, S. I. (2014). *Costumbres mercantiles en el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla*. Barranquilla: Universidad Libre.

