

La costumbre mercantil: una visión sobre su reconocimiento como fuente de derecho en las legislaciones de México, Chile y Argentina

6

Jessica Barrios Ramírez³⁷
Jonathan Zapata Flórez³⁸
Óscar Humberto González Benjumea³⁹
Kelly Maritza Córdoba^{40,41}

La costumbre mercantil: una visión sobre su reconocimiento como fuente de derecho en las legislaciones de México, Chile y Argentina

Resumen

Al estudiar la normativa mercantil, reconociendo el origen consuetudinario de la misma, se hace imperativo analizar el papel que cumple la costumbre como fuente del derecho mercantil en la actualidad.

Colombia cuenta con un régimen jurídico desde el que se puede hacer lectura de un reconocimiento de la relevancia de la costumbre como fuente al establecer medios de prueba de la misma y que, en comparación con otros países, resultan flexibles, siendo sumamente importante, toda vez que desde el mercado en el que interactúan los diferentes actores en su dinámica de oferta y demanda constantemente se identifican nuevas formas, usos y prácticas que tienen un peso en las relaciones comerciales y que con el tiempo nutren el sistema jurídico.

Atendiendo a que el comercio trasciende fronteras, se da una corta referencia a la costumbre internacional para luego centrar el escrito en la costumbre extranjera en tres países de Latinoamérica: México, Chile y Argentina; en torno a estos observaremos la estructura de cada Estado, sus sistemas de fuentes y el rol de la costumbre mercantil en cada sistema para, finalmente, concretar en la prueba de la costumbre los países referidos.



- 37 Abogada, docente investigadora, de la Corporación Universitaria de Sabaneta, Unisabaneta.
- 38 Abogado, docente investigador de la Universidad de Antioquia.
- 39 Abogado, docente investigador de la Universidad Autónoma Latinoamericana.
- 40 Abogada, docente investigadora de la Universidad de Medellín.
- 41 Integrantes del Grupo de Estudios en Derecho Privado, que participaron en la búsqueda y el desarrollo del texto concerniente a la costumbre extranjera en Chile: Lina María Velásquez, abogada, docente investigadora de la Universidad de Medellín; Andrés Felipe Noreña Piedrahita, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín; Carolina Hidalgo Mejía, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín; David Fernando Páez Grisales, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín.

Selecciona para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO

1/ Introducción

El Código de Comercio colombiano establece que la costumbre mercantil goza de las mismas prerrogativas que la ley comercial, siempre que aquella no la contraríe y se trate de una práctica uniforme, pública y reiterada, por lo tanto, en nuestro sistema jurídico la costumbre mercantil también es fuente formal de derecho comercial.

Esa disposición del artículo 3 del Código de Comercio se explica en que el ahora derecho positivo mercantil se originó en los usos y las costumbres que los comerciantes desarrollaron en el tiempo y que fueron aceptados como obligatorios. Este derecho, nacido de los comerciantes, fue adoptado y codificado por los Estados, de allí el origen eminentemente consuetudinario del derecho mercantil; pero la costumbre no solo explica el origen, también nutre el sistema jurídico en el ahora; para el caso colombiano no se desconoce que, dada la constante dinámica del mercado y entre sus diferentes actores, es posible identificar prácticas

y usos en el comercio que adquieren un carácter obligatorio entre los actores del mercado.

Ahora bien, una mejor comprensión de la dinámica global del derecho mercantil implica reconocer que los sujetos en el mercado no interactúan solo en el ámbito nacional o doméstico; lo hacen también con sujetos de otras naciones, cobrando especial relevancia el fenómeno que la globalización ha traído consigo porque las operaciones mercantiles actualmente se caracterizan por trascender fronteras.

Los comerciantes cuentan hoy con herramientas que posibilitan su intervención o participación en mercados internacionales, regulados bajo normativas foráneas. En consecuencia, se podrían ver sujetos a la aplicación de diversas fuentes en sus negociaciones, entre ellas, la costumbre extranjera. Asimismo, es importante el estudio de la visión de costumbre en otros países para identificar similitudes y diferencias respecto al reconocimiento de la costumbre mercan-

Selecciona para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO

til como fuente de derecho y a los elementos probatorios determinados por cada legislador para que dicha fuente sea reconocida o vinculante.

Una vez identificada la creciente necesidad de comprender la costumbre extranjera, se ha optado en el presente artículo por estudiar el asunto de la costumbre mercantil en tres países del continente. Como punto de partida se busca identificar de manera breve la estructura del Estado en México, Chile y Argentina, y cómo en sus respectivos ordenamientos jurídicos se estructura el sistema de fuentes para, posteriormente, concretar cómo se define y prueba la costumbre mercantil.

Antes de hablar de la costumbre extranjera en estos países, nos resta hacer una referencia a la costumbre mercantil en el plano internacional, puesto que al indicar en la introducción como factor clave de impulso de la costumbre mercantil, el mercado en su dinámica global, clave dentro de la generación de constantes y nuevas situaciones negociales, se hace necesario trascender de la costumbre local y nacional, y pensar en la internacional y la extranjera. Trataremos la primera de

forma breve, para luego concentrar el escrito en la segunda.

2/ Generalidades de la costumbre internacional

Al igual que la costumbre extranjera, la internacional constituye fuente formal no vinculante del derecho mercantil, cumpliendo una función interpretativa. Mientras que las costumbres local y nacional sí constituyen desde el sistema de fuentes del derecho mercantil colombiano, una fuente formal vinculante frente a estas formas de costumbre, la prueba para todas ellas está regulada en el artículo 179 del CGP⁴³.

Dentro del universo de temas que se podría tratar en relación con la costumbre internacional, es inexorable indicar los organismos que develan la enunciada costumbre.

Entre estos organismos se encuentra la Corte Internacional de Justicia (CIJ), conocida también como

Selecciona para leer
 ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO

el Tribunal Internacional de Justicia, de ahora en adelante CIJ. La referida institución es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas que tiene dentro de sus principales funciones decidir, conforme al derecho internacional, las controversias que le sean sometidas según lo preceptuado en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁴⁴, artículo que, en su literal b, establece la costumbre internacional como una de las fuentes para solucionar los eventuales conflictos. La costumbre es el origen de muchas instituciones internacionales, así lo indica Gaviria Liévano (2005) cuando expresa:

Las normas sobre derecho marítimo nacieron de las costumbres recopiladas en los famosos Roles de Oleron del siglo XII y del Consulado del Mar del siglo XIV; el derecho consular y diplomático apareció también de las prácticas y costumbres observadas entre los Estados; lo propio cabe decir del derecho de guerra y de muchas otras normas jurídicas que después han pasado al derecho escrito (p. 40).



43 «Artículo 179. Prueba de la costumbre mercantil. 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. 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 hiciera 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» (2012).

44 «Artículo 38 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.
2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren» (1978).

Selecciona para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO

La costumbre implica la repetición de actos de manera constante, reiterada y duradera, identificándose allí los *elementos objetivos* de la costumbre, además de contemplar una práctica que obedezca a un sentimiento o consciencia de obligatoriedad, conocida como el *opinio iuris vel necessitatis*, situación doctrinal que también se traslada al plano nacional sin discusión y que se conoce como el *elemento subjetivo* de la costumbre mercantil. Sin embargo, la CIJ ha reconocido que “*diversas normas jurídicas compiladas en tratados internacionales que se convierten en costumbre, funcionan de manera distinta*”; (Gaviria Liévano, 2005) es así como Eduardo Jiménez Aréchaga (como es citado por Gaviria Liévano, 2005) ha clasificado las mismas en tres efectos: (a) declarativo, (b) cristalizador y (c) constitutivo y generador:

El efecto declarativo se da cuando la norma convencional se reduce a declarar o expresar formalmente por escrito una costumbre o norma consuetudinaria ya existente. [...] Es el caso de todas las normas previstas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

El efecto cristalizador se presenta cuando la disposición del tratado representa la primera formulación por escrito de una costumbre que todavía no ha alcanzado su madurez plena, pero que se hallaba en vías de formación. [...] Es el concepto incorporado a la Convención de Ginebra de 1958 sobre la plataforma submarina continental.

El efecto constitutivo y generador se trata de una propuesta *lege ferenda* formulada en una conferencia diplomática de codificación que suponga un desarrollo progresivo o potencial de este derecho. En otras palabras: esta propuesta incorporada a un tratado puede constituirse el punto de partida de una práctica posterior y uniforme de los Estados conforme a esta disposición (pp. 43-45).

No solo las organizaciones internacionales y los Estados son los únicos creadores de costumbres internacionales en el derecho comercial; esta situación también se traslada al crearse, en la edad media, la *lex mercatoria*, propia de comerciantes, tal como lo expresa Ravassa Moreno (2004):

Selecciona para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO

En la Edad Media se crea una especie de legislación privada a la que se conoce como *lex mercatoria*. Como ahora ocurre con los distintos sistemas jurídicos coexistentes de derecho civil europeo, derecho anglosajón o derecho islámico, en la Edad Media también coexistían en Europa sistemas jurídicos diferentes y a veces enfrentados, representados por un derecho romano vulgar y decadente plasmado, por ejemplo, en el *Breviarium de Alarico* y en el *liber iudiciorum*; un derecho aristocrático de los grandes señores germánicos, a veces llamado *lex gothica*; un derecho eclesiástico, el derecho canónico, para uso de obispos y abades en sus tribunales; y un derecho igualmente particular formado en el recinto de las ciudades, por los habitantes mayoritarios de ellas, los comerciantes, conocido como *lex mercatoria* (p. 150).

Las características de la *lex mercatoria* de la Edad Media, según Fernández y Clavo, fueron:

Autonomía: la regulación se aplicaba a los comerciantes en tanto en cuanto realizaban actividades mercantiles. Fue un derecho profesional desde el prin-

cipio y altamente especializado que surge como resultado de la acumulación de diversos factores: uno económico por consecuencia de la actividad comercial internacional característica de la época, tras superar los años de recesión de la Alta Edad Media; otro social, por la decadencia de la estructura del sistema feudal; y, finalmente, un factor político con la llegada de las grandes familias de comerciantes al poder, en el gobierno de la más importantes ciudades emporio-mercantil europeas (como son citados por Ravassa Moreno, 2004, p.150).

Y continúa el texto:

Carácter internacional: aplicación del mismo derecho uniforme a los grandes espacios económicos. Proyección de los usos y costumbres y de los municipales a zonas muy alejadas con las que se mantenían relaciones comerciales, por ejemplo, Venecia y Génova tenía cónsules en Constantinopla que aplicaban al comercio los usos, costumbres y estatutos italianos.

Jurisdicción propia e independiente del resto de los poderes de la época. [...] Pleitos resueltos por los

Selecciona
para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO

Cónsules de las ciudades o de la ferias. [...] Ampliación de los usos y costumbres mediante el reconocimiento judicial en sentencias y laudos (Ravassa Moreno, 2004, p. 156).

La *lex mercatoria* no pierde vigencia, es así como hoy se observan disposiciones que emanan directamente de la costumbre mercantil internacional como:

- a) Los Incoterms.
- b) Los contratos tipo y condiciones generales de las asociaciones mercantiles profesionales: London Corn Association, International Air Transport Association (IATA) y,
- c) Las reglas de Usos Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional de París (Ravassa Moreno, 2004, p. 156).

Como puede apreciarse, es innegable el poliformismo del derecho mercantil internacional, en el que concurren no solamente los Estados y las organizaciones, toda vez que cumplen un papel preponderante las asociaciones de empresarios dentro de las que se ubican las cámaras de comercio de los diferentes Estados.

Una vez agotada esta breve referencia a la costumbre internacional, pasemos a enfocar el discurso

en la extranjera, entendida como la costumbre, sea local o nacional, de otro país. Para el caso concreto se tratará esta fuente del derecho mercantil en torno a México, Chile y Argentina. Se abordará un país a la vez y no de manera simultánea, para luego reencontrar el escrito en sus conclusiones.

3/ La costumbre mercantil como fuente de derecho en México

Los Estados Unidos Mexicanos están organizados como una república federal conformada por la unión de estados libres y soberanos (art. 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁴⁵, 1917), por lo tanto, estas unidades territoriales cuentan con autonomía para que sus legislaturas —entiéndase como el Congreso de cada Estado— expidan sus propias leyes (art. 71, fracción III, CPM, 1917⁴⁶), salvo aquellas que le competen restrictivamente al Congreso de la Unión —entiéndase como el Congreso de la integridad del país—, este último es el caso de la

Selecciona para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO



45 En adelante CPM.

46 Las leyes mexicanas suelen dividirse comúnmente en capítulos, artículos, párrafos y fracciones. Estas últimas diferenciadas a través de números romanos.

legislación mercantil (art. 73, fracción X, CPM, 1917).

Es así como México cuenta con un Código de Comercio (1889) aplicable a todo el territorio mexicano y un Código Civil Federal (1928) con la misma característica, pero cada Estado también posee su propia legislación civil.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos impide la restricción del comercio entre los Estados miembros de la federación y faculta al Congreso de la Unión para vedar estos actos (art. 73, fracción IX, CPM, 1917), asimismo, lo faculta para expedir normas mercantiles especiales como financieras, bursátiles, de comercio exterior, entre otras.

Esta facultad y la obligación de adecuar un sistema normativo mercantil de más de cien años a las necesidades contemporáneas de una potencia económica como México, ha impulsado la expedición de normas mercantiles especiales que han venido limitando el campo de acción del Código de Comercio. Es así como en la actualidad existen normas que regulan situaciones antes contenidas en este código⁴⁷.

Explica la doctrinante mexicana, María Susana Dávalos (2010), que la ley es la principal fuente for-

mal del sistema jurídico mexicano. La Constitución federal es la norma suprema y es la que faculta al Congreso de la Unión para expedir leyes comerciales; las leyes mercantiles también son fuente formal y están compuestas por diferentes leyes. Asimismo, la costumbre también es clasificada por la autora como fuente formal del derecho mercantil mexicano, entendida como «la práctica reiterada de una conducta implantada en la sociedad y considerada por ésta como jurídicamente obligatoria» (Dávalos, 2010, p. 42). Sin embargo, remitiéndose al artículo 10 del Código Civil Federal que dispone que la costumbre no puede ser alegada como criterio de exclusión a la ley, concluye la autora que la costumbre, aunque es fuente formal, solo se aplica de manera supletoria.

Jorge Barrera (1991), al referirse a los procedimientos mercantiles —legislación actualmente derogada—, propone que la fuente supletoria a los actos de comercio es la ley civil, ya que la costumbre también tiene una naturaleza de ley mercantil que se superpone a la civil. A la discusión sobre el carácter supletorio de la costumbre mercantil se podría agregar el propio sistema de fuentes determinado por cada ley mercan-



47 Entre ellas se pueden resaltar: Ley General de Sociedades Mercantiles (D. O. F. 4 de agosto de 1934); Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público (D. O. F. 31 de agosto de 1934); Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (D. O. F. 27 de agosto de 1932); Ley de Instituciones de Crédito (D. O. F. 18 de julio de 1990); Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (D. O. F. 14 de enero de 1985); Ley de Ahorro y Crédito Popular (D. O. F. 4 de junio de 2001); Ley del Mercado de Valores (D. O. F. 30 de diciembre de 2005); Ley de Sociedades de Inversión (D. O. F. 4 de junio de 2001); Ley sobre el Contrato de Seguro (D. O. F. 31 de agosto de 1935); Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros (D. O. F. 31 de agosto de 1935); Ley de Concursos Mercantiles (D. O. F. 12 de mayo de 2000); Ley Federal de Competencia Económica (D. O. F. 24 de diciembre de 1992); Ley de Comercio Exterior (D. O. F. 27 de julio de 1993); Ley de Navegación y Comercio Marítimos (D. O. F. 1 de junio de 2006); Ley de Inversión Extranjera (D. O. F. 27 de diciembre de 1993); Ley de la Propiedad Industrial (D. O. F. 27 de junio de 1991); Ley Federal del Derecho de Autor (D. O. F. 24 de diciembre de 1996).

Selecciona para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO

til, por ejemplo, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC) en su artículo 2º establece de forma implícita que los usos bancarios prevalecen sobre los usos mercantiles generales (De Pina, 2011, p. 18) y todos ellos son subsidiarios de la ley mercantil general y de la LGTOC.

Frente al sistema de fuentes del derecho mercantil mexicano, la doctrinante Elvia Quintana (1997) expone la siguiente jerarquía de las normas mercantiles: en primer lugar, la Constitución; luego, el Código de Comercio seguido de los tratados y los convenios internacionales en materia mercantil; en cuarto lugar, las leyes federales especiales; posteriormente, la costumbre y los usos mercantiles seguidos de la legislación civil, la jurisprudencia y, finalmente, los principios generales del derecho.

El Código de Comercio de México solo dispone de dos artículos en relación a sus fuentes: el artículo 1, en el que se indica que los actos mercantiles solo se registrarán por él y por las demás normas mercantiles aplicables; y el artículo 2, que determina que a falta de las fuentes anteriores, serán aplicables a los actos de comercio la normas del Código Civil federal; sin em-

bargo, el propio Código de Comercio y las normas mercantiles especiales hacen una remisión no poco frecuente a la aplicación de la costumbre como norma, que se ejemplificará más adelante.

En la legislación y la doctrina mexicana es común encontrarse con el término «uso» en lugar o en compañía de la expresión «costumbre». Algunos autores mexicanos sostienen que la expresión «uso mercantil» es más comprensiva de los fenómenos comerciales que la costumbre porque esta hace referencia tanto a las prácticas generalizadas como a las empleadas por los contratantes en sus relaciones jurídicas privadas, y que adquieren fuerza vinculante entre ellos (Dávalos, 2010, p. 42).

En este sentido, se entiende que la costumbre es la norma creada por el uso social que impone su acatamiento; como fuente del derecho mercantil mexicano, hace relación a normas que no han sido promulgadas por el poder legislativo, sino que su origen se encuentra en la opinión y en el histórico uso popular. Estas normas consuetudinarias se manifiestan en la repetición constante de actos y en la convicción de su obligatoriedad; se combina, entonces,

Selecciona para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7

☰

CONTENIDO

la repetición como elemento objetivo de la costumbre mercantil con el convencimiento de su obligatoriedad como elemento subjetivo (de Pina, 2011, p. 16).

En la legislación se consideran equivalentes los vocablos costumbre y uso, como advierte De Pina (2011). Es la doctrina la que diferencia el concepto de uso normativo y de uso contractual, donde el primero tiene validez general y el segundo, solo entre las partes; la costumbre mercantil, entonces, sería sinónimo de uso normativo.

Frente a la clasificación de la costumbre, De Pina (2011) expresa que, según el ámbito espacial, la costumbre será general —común a todo el país o las regiones mexicanas— y local —propia de una localidad—; según el ámbito material la clasifica en costumbre general —común a todas las actividades comerciales— y especial —referente a una actividad mercantil determinada—.

La revisión de algunas normas de derecho mercantil mexicanas evidencia la remisión que se hace a la costumbre como fuente de derecho. Entre ellos:

- El Código de Comercio, artículo 304, respecto al contrato de comisión, establece que a falta de es-

tipulación entre las partes la remuneración al comisionista será la del uso de la plaza donde se cumpla el contrato.

- El Código de Comercio, artículo 1445, en relación al denominado acuerdo de arbitraje, determina que el árbitro decidirá conforme a las estipulaciones contractuales y a los usos mercantiles.
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone que cada seis meses se clausuran las cuentas corrientes, salvo pacto o uso en contrario (art. 308).
- La derogada Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros resolvía, en su artículo 36, fracción I, que las instituciones aseguradoras debían observar en sus operaciones mercantiles las costumbres en materia de seguros.
- La Ley de Concursos Mercantiles dispone que los actos que los comerciantes que se aparten significativamente de los usos o prácticas comerciales son considerados actos en fraude de sus acreedores (art. 114, fracción III).
- La Ley de Navegación y Comercio Marítimos en las disposiciones comunes a los denominados contra-

Selecciona para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO

tos de utilización de embarcaciones, determina que cuando en los contratos solo se relaciona una cláusula por su nombre, el contenido será el determinado por los usos y las costumbres internacionales.

El Código Civil Federal, que también es fuente formal del derecho mercantil mexicano, aunque subsidiario (Código de Comercio, art. 2), también hace remisión a los usos y las costumbres como fuente normativa, algunos de ellos:

- El artículo 997, que hace parte de las normas sobre el usufructo, establece que en el usufructo sobre la madera de los árboles el usufructuario deberá respetar las leyes especiales o las costumbres del lugar.
- En el arrendamiento de bienes inmuebles rústicos se obliga al arrendatario a permitir a quien lo sucederá o al dueño del predio a hacer uso de las tierras desocupadas conforme al pacto privado o las costumbres locales (arts. 2456 y 2457).
- En el contrato de prestación de servicios se suple el vacío en el convenio de honorarios con la costumbre (art. 2607).

Esta aplicación de la costumbre como fuente de derecho se replica en las legislaciones civiles de los di-

ferentes Estados de la Unión porque, como se advirtió previamente, estas entidades territoriales tienen la facultad para tener su propio código civil, que podría aplicarse subsidiariamente en los actos mercantiles.

Ilustrativo de esta característica es el artículo 1393 del Código Civil del Estado de Jalisco, que señala cómo el monto de las indemnizaciones por hechos ilícitos será determinado por el juez con base en varios criterios, entre ellos, las costumbres y los usos del lugar donde se causó el daño; y el artículo 2512 del Código Civil del Estado de Nuevo León que anuncia cómo ante los desacuerdos entre el empresario y el dueño de la obra en el contrato de obras a precio alzado —cuando el empresario dirige una obra y aporta los materiales—, el juez deberá resolverlos a través de la naturaleza de la obra, el precio y la costumbre local.

Finalmente, el Código Federal de Procedimientos Civiles exige que los usos y las costumbres sean probados por la parte que desea aprovecharse de ellos (arts. 84 y 86), y la misma ley reconoce como medios de prueba la confesión, los documentos públicos, los documentos privados, los dictámenes periciales, el reconocimiento o la inspección judicial; los

Selecciona para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO

testigos, las fotografías, escritos y notas taquigráficas y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia y las presunciones (art. 93).

4/ La costumbre como fuente de derecho mercantil en Chile

La Constitución de 1980 determina que en Chile existe un régimen político presidencialista con una participación del Estado en la economía mediante un rol subsidiario. De acuerdo con esta Constitución, aún vigente, Chile es una República democrática cuyo Estado es unitario y su territorio se divide en regiones. Su administración es funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada, en su caso, tal como se desprende de la lectura de los artículos 3 a 6⁴⁸ de la Constitución. En lo que se refiere a las fuentes de derecho mercantil en el ordenamiento jurídico chileno, es preciso diferenciar antes de entrar a tratar la costumbre desde un factor territorial, entre fuente material y fuente for-

mal. *La fuente material* contribuye a la creación del derecho, constituida por conductas reiteradas, practicadas tradicionalmente por los comerciantes, para dar solución o gestión a una situación particular; es entendida como aquella que nutre a las *fuentes formales*, entre estas la Constitución Política de la República de Chile, la ley, las costumbres, los tratados internacionales, las disposiciones administrativas, algunas formas de contratación, la jurisprudencia y la doctrina.

En el asunto concreto que se discurre, las fuentes formales principales, en su orden de aplicación, son: la Constitución Política de la República de Chile; el Código de Comercio y las leyes mercantiles complementarias que, después de la carta política, gozan de aplicación preferente en los asuntos mercantiles, siendo que en virtud al principio de especialidad se tomarán en cuenta en primer lugar las leyes mercantiles especiales, antes que el código; los tratados y las convenciones internacionales ratificados por Chile, que tienen fuerza de ley y cumplen su utilidad práctica en lo que toca a los negocios en el contexto internacional; el Código Civil, que se aplicará residualmen-



48 «Artículo 3. El Estado de Chile es unitario. La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley. Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional. Artículo 4. Chile es una república democrática. Artículo 5. La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Artículo 6. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley» (1980).

Selecciona para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO

te en aquellos casos no regulados por la ley mercantil, o alguna de las fuentes anteriormente mencionadas, como algunas formas de contratación y, finalmente, la costumbre mercantil.

Ahora bien, una vez identificada la estructura del Estado chileno y su sistema de fuentes es importante abordar la costumbre mercantil como fuente en Chile. Lo primero, indicar que en la ley chilena no se identificó una definición expresa de lo que es la costumbre. No obstante, varios tratadistas chilenos abordan el concepto y ofrecen una definición, como la planteada por Arturo Alessandri y Manuel Somarriva (1971), respectivamente:

La repetición de una determinada conducta realizada por la generalidad de los miembros del grupo social de manera constante y uniforme y con la convicción de cumplir un imperativo jurídico [o] un uso implantado por la colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio (p. 143).

Desde las diferentes definiciones que ofrece la doctrina, se logra identificar cómo la comprensión del concepto de costumbre implica distinguirla de los usos sociales, en cuanto la costumbre dentro del marco que

impone la ley chilena está llamada a generar efectos jurídicos.

Frente al reconocimiento o no de la costumbre como fuente del derecho en Chile y su ubicación dentro del sistema jerárquico de fuentes, es claro, tal y como la normativa civil chilena establece, que la costumbre constituye derecho solo cuando la ley remite o invoca a la misma.

Por su parte, el Código de Comercio hace alusión a la costumbre *praeter legem* por cuanto suple el silencio de la ley; además, menciona sus elementos e incluso trata la costumbre desde su aplicación territorial: nacional, extranjera o local. Así entonces, se encuentra que Chile es uno de los países latinoamericanos que goza de una regulación sobre costumbre mercantil, cuyas principales normas al respecto son los artículos 4 al 6 y 825 del Código de Comercio Chileno⁴⁹.

La lectura del artículo 4 de este código consagra aspectos que coinciden con la concepción que sobre la costumbre mercantil se establece en el artículo 3 del Código de Comercio colombiano. Tal coincidencia se da en lo referido a los llamados elementos o características objetivas y subjetivas de la costumbre,



49 «Artículo 4: Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio. Artículo 5: No constando a los juzgados de comercio que conocen de una cuestión entre las partes la autenticidad de la costumbre que se invoque, sólo podrá ser probada por alguno de estos medios: 1. Por un testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella; 2. Por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba. Artículo 6: Las costumbres mercantiles servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones mercantiles. Artículo 825: En las materias reguladas por este Libro, la costumbre podrá ser probada, además de las formas que señala el artículo 5 de este código, por informe de peritos, que el tribunal apreciará según las reglas de la sana crítica (Código de Comercio, 1865).

Selecciona para leer
 ARTÍCULOS

- 1
- 2
- 3
- 4
- 5
- 6
- 7



CONTENIDO

toda vez que desde la norma chilena se exige que la costumbre mercantil, para darle aplicación en silencio de la ley, sea *uniforme*, es decir, que los hechos sean ejecutados siempre de la misma manera, por los sujetos que realizan los actos negociales dentro de los que se presentan los hechos constitutivos de la costumbre; *pública*, o bien que la costumbre sea ampliamente conocida; *general*, referida desde su aplicación en lo nacional y lo local; *reiterada*, en relación a la práctica de los hechos que la constituyen en el tiempo⁵⁰; *opinio juris* o la convicción de que obedece a una necesidad jurídica, entendiendo esto como la conciencia de obligatoriedad; y *probada*⁵¹.

En cuanto al régimen probatorio relativo a la costumbre mercantil, es importante establecer el tratamiento que frente a esta se identifica tanto en el Código Civil chileno como en el Código de Comercio. En lo que respecta a la normativa civil, el artículo 2 que es el de mayor relevancia o que se refiere a la costumbre en concreto, no hace referencia a la forma de su prueba, establece que: «La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella»; al no tratar de la prueba de la costumbre, podremos enten-

der que a la luz del derecho común, la costumbre se puede probar mediante cualquier medio que acredite su existencia: testigos, presunciones, cualquier documento idóneo, entre otros, que puedan llevar al juez al convencimiento.

Frente a lo que sí brinda una respuesta clara la normativa es sobre a quién corresponde la prueba de la costumbre. El artículo 1698 establece que quien alega la existencia de una obligación o la extinción de la misma tendrá la carga de su prueba, lo que nos deja un panorama sin sombra, en el sentido de que evidentemente quien alegue la existencia de costumbre mercantil en Chile, debe probarla.

Es esencial, para hablar de la prueba de la costumbre mercantil en ese país, realizar un análisis del artículo 5 de su Código de Comercio en el que se evidencia un distanciamiento de lo dispuesto en el artículo 179 del Código General de Proceso en la normativa colombiana, toda vez que el referido artículo plantea unos medios de prueba que hacen difícil la carga de la prueba de la costumbre a quien la alega.

Es así como en primer lugar se condiciona que: «de no constar la autenticidad de la costumbre que

Selecciona para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO



50 No hay una determinación exacta de cuánto tiempo debe ser.

51 Es un requisito que se verifica cuando se somete a conocimiento de un juez.

se invoca a los juzgados de comercio» (art. 5, Código de Comercio, 1865), solo se podrá probar la costumbre por alguno de los siguientes medios:

1. Por un testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella;
2. Por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba (art. 5, Código de Comercio, 1865).

Es importante puntualizar que luego de estudiar el origen de la expresión «juzgados de comercio» y del por qué se esperaría que estos pudieran tener un conocimiento previo de la costumbre, se identifica que tales expresiones y significados tienen un origen histórico. Por regla general, si se quiere probar la costumbre se tendrá que cumplir de manera estricta lo planteado en los numerales 1 y 2 del artículo 5 del Código de Comercio chileno, que desde la visión de la doctrina chilena, estos medios señalados en la ley hacen difícil probar la costumbre, generando un estancamiento de la misma como fuente del derecho mercantil.

Se habla de una regla general, toda vez que el artículo 825 del Código de Comercio hace referencia a la

posibilidad de probar la costumbre, además de lo señalado en el artículo 5, por informe de peritos que el tribunal apreciará según las reglas de la sana crítica; tal libertad o flexibilidad probatoria solo está referida a la costumbre relacionada con el comercio marítimo.

Por su parte, la costumbre a la que hace referencia el artículo 6 del Código de Comercio cumple una función eminentemente interpretativa: «Las costumbres mercantiles servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones mercantiles» (art. 6, Código de Comercio, 1865).

Una vez analizados los artículos 4 a 6 y 825 del Código de Comercio chileno, se puede colegir que, en lo referente a la costumbre mercantil, la prueba está regulada de manera estricta, lo que dificulta que cumpla un rol de mayor protagonismo y dinámica en el derecho mercantil como ya se ha manifestado. Desde la doctrina, se explica tal rigidez en la prueba de la costumbre mercantil, en que la concepción del derecho comercial en Chile no parte de la visión subjetiva, es decir, desde un derecho que reconoce en su origen como protagonista al comerciante, sino que se soporta desde

Selecciona
para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO

la visión objetiva donde la mercantilidad se explica, no desde el sujeto, el comerciante y sus prácticas reiteradas, sino desde los actos de comercio. En coherencia con ello, observamos que una finalidad de los medios de la prueba mercantil en el sistema chileno es buscar la seguridad jurídica.

5/ La costumbre como fuente de derecho en Argentina

La nación argentina adoptó para su gobierno la forma representativa republicana federal, según lo indica en el artículo primero de su Constitución, que fue sancionada en 1853 y contiene reformas hechas en 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Asimismo, en su artículo 5 refiere la admisión de que cada provincia dicte su propia constitución bajo cumplimiento de los principios y las garantías de la Constitución Nacional⁵².

Lo anterior permite que en Argentina coexistan 23 constituciones provinciales en las que solo las de las provincias de San Juan y Neuquén hacen referencia

a la costumbre en un ámbito un poco más amplio que en el resto, y en donde se habla de ella como límite del ejercicio de los derechos dentro de las llamadas *buenas costumbres* que usualmente refieren un concepto coercitivo de ejercicio legítimo del derecho, junto con la moral y la ley.

El artículo 251 de la Constitución de la Provincia de San Juan de 1986, y 273 de la Constitución de la Provincia en Neuquén del año 2006, refieren que son atribuciones de los municipios dictar ordenanzas y reglamentos sobre varios asuntos, entre ellos, la moralidad y las costumbres; sin embargo, ni en la Constitución de la Nación Argentina se considera o refiere la costumbre.

Por lo anterior, podemos indicar que la consagración de la costumbre no está expresamente abordada ni como fuente de derecho en la constitución de la República Argentina, ni tampoco se identifica plenamente como fuente de derecho la costumbre en estamentos o constituciones provinciales.

Por otra parte, el desarrollo del derecho común tiene variaciones importantes, especialmente, gracias al cambio del Código Civil y Comercial de la Nación en



⁵² Sin perjuicio de lo anterior, el Congreso de la República Federal determina la forma probatoria de los actos públicos y procedimientos judiciales de las provincias, junto con sus efectos legales según el artículo 7 de la misma constitución.

Selecciona para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO

el 2015. La identificación de la costumbre como fuente de derecho y, en especial, en materia mercantil está reglada en dos códigos concurrentes antes de la unificación de los mismos.

En el desarrollo normativo, la ubicación de la regulación o el reconocimiento de la costumbre se da en primer momento en el Código de Comercio de la República de Argentina, el cual fue redactado por Eduardo Acevedo y Dalmacio Vélez Sarsfield para el Estado de Buenos Aires; sin embargo, rigió para la República de manera posterior, aunque en algunos estados confederados seguía utilizándose el Código de Comercio Español de 1829.

El Código de Comercio de la República Argentina fue expedido en 1862 y el Código Civil en 1869. El primero fue el que reconoció inicialmente la costumbre mercantil como fuente y luego el segundo refirió a partes similares aun cuando se han manifestado por algunos autores, como Caldani (2000) y Galati (2015), que la postura del Código Civil es resistente al reconocimiento de la costumbre como fuente de derecho; sin embargo, es el estamento normativo en donde mayores referencias encontramos a la costumbre como

fuente de derecho y como canon de interpretación de los contratos.

Para efectos de la materia estudiada, se encuentra que en el Código de Comercio de la República existen algunos apartados donde se reconoce la costumbre mercantil como fuente de derecho, y se indican casos específicos de remisión a la costumbre o costumbre *secundum legem*. Es así como encontramos en el título preliminar del Código de Comercio de 1862, la referencia a la costumbre en los numerales II y V:

- I. En los casos que no estén especialmente regidos por este código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil.
- II. En las materias en que las convenciones particulares pueden derogar la ley, la naturaleza de los actos autoriza al juez a indagar si es de la esencia del acto referirse a la costumbre, para dar a los contratos y a los hechos el efecto que deben tener, según la voluntad presunta de las partes.
- III. Se prohíbe a los jueces expedir disposiciones generales o reglamentarias, debiendo limitarse siempre al caso especial de que conocen.

Selecciona para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO

- IV. Solo al Poder Legislativo compete interpretar la ley de modo que obligue a todos. Esta interpretación tendrá efecto desde la fecha de la ley interpretada; pero no podrá aplicarse a los casos ya definitivamente concluidos.
- V. Las costumbres mercantiles pueden servir de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, y para interpretar los actos o convenciones mercantiles (1862).

En la anterior disposición se encuentra una referencia a la costumbre como fuente de derecho, siendo permitido al juez indagar si es de la esencia del acto o contrato referirse a la costumbre, con ello, se reitera la costumbre como fuente de derecho y canon de interpretación de los contratos, no se colige expresamente en esta mención algún tipo de costumbre en específico; obedece dicho aparte normativo a cánones de interpretación permitidos a los jueces para su labor hermenéutica frente a la manifestación de la voluntad de los contratantes, a fin de comprender o desentrañar la verdadera intención o sentido de contrato o acuerdo.

Asimismo, en el artículo 218, numeral 6, se re-

conoce la costumbre como fuente de derecho y su función de interpretación e integración del contrato: «6. El uso y práctica generalmente observados en el comercio, en casos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras» (Código de Comercio, 1862).

Además de la consagración de los dos artículos precedentes donde se refiere la función integradora e interpretativa de la costumbre mercantil, en el mismo Código de Comercio se encuentran referencias a la costumbre en materia del contrato de comisión tal como lo aborda el artículo 242, siendo las únicas referencias en la materia de estudio.

De manera alterna a la aplicación al Código de Comercio del Estado de Buenos Aires, se aplicaba el Código de Comercio de España de 1829 por parte de algunos estados confederados que aún no tenían código de comercio. Pero esto, fue solo hasta que el Congreso Nacional ordenó que el Código de Comercio pasara a ser obligatorio en todo el territorio argentino en virtud de la Confederación que permitió la República.

Selecciona para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO

El Código de Comercio de España de 1829, reseñaba algunos de los siguientes apartes en torno a la costumbre, entre ellos, el artículo 136 que remitía a la costumbre general del comercio en materia del contrato de comisión y mandato; y el 447, que refería las costumbres en materias de títulos valores —expresamente las letras a término— entre otras referencias.

En comparación con la consagración de las normas que desarrollan la costumbre como fuente de derecho comercial en el Código de Comercio, en el Código Civil argentino de 1869, vigente a partir de 1871, se considera por algunos autores, como Elvio Galati, que la codificación civil distaba de una cercanía al reconocimiento de la costumbre es fehaciente el corte o la cercanía de Vélez Sarsfield como jurista a la escuela positivista e incluso kelseniana (2000).

Dalmacio Vélez Sársfield, el autor de nuestro Código Civil, recibió la influencia del Código Civil francés y, por ende, su temor por la costumbre, ya que en esa época la luz de la razón brillaba con mucha intensidad opacando todo lo que no derivará de ella, más precisamente de la razón del legislador (Galati, 2000, p. 257).

Es así como en el Código Civil de la República considera de manera restrictiva la costumbre dentro del sistema de fuentes tal como se evidencia en los artículos 16 y 17 a continuación:

Artículo 16. Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Artículo 17. Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente (1869).

Los artículos evidencian que la costumbre dentro del Código Civil de 1869, si bien no ingresa al sistema de fuentes dentro de la jerarquización dada en el artículo 16, la visión sistemática de su consideración en los artículos 16 y 17 infiere la admisión de la costumbre como fuente de derecho pero con una evidente sujeción a la ley o a su remisión normativa configurándose la costumbre *secundum legem*, elemento ya visto en el desarrollo normativo del Código de Comercio de 1862.

Selecciona
para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO

Así también, se admite la costumbre como fuente de derecho cuando existan situaciones no regladas legalmente. La llamada *praeter legem*, para los autores, refiere dicha consagración legal del artículo 16 y 17 un esquema de fuentes de derecho distante al actual, que si bien se advierte que debe ser considerado en un sentido sistemático o armónico ambos artículos, es clara la falta de preponderancia de la costumbre dentro de las fuentes de derecho y su no inserción en una estructura jerárquica dentro de las fuentes manifestadas en el artículo 16.

En la reglamentación del Código Civil argentino se encuentran algunas referencias a la costumbre:

1. El artículo 1336 sobre la venta a prueba o ensayo.
2. Los artículos 1504, 1574, 2268, 2285 sobre las costumbres en el contrato de comodato.
3. El artículo 1627 sobre la prestación de servicios y ajuste de precio.
4. El artículo 1632 sobre la construcción de obra civil.
5. El artículo 3470 sobre la porción reconocida a herederos extranjeros en una sucesión.

El actual Código Civil y Comercial de la Nación argentina, expedido en 2014, en su finalidad unificadora,

en su artículo primero reconoce la costumbre como fuente de derecho y prohíbe la costumbre *contra legem*:

Artículo 1. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

Algunos apartados normativos del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina consideran elementos como el reconocimiento de la costumbre como fuente de derecho, también se remite a ella como canon de interpretación de la voluntad de los contratantes, tal como se establece en los casos del artículo 1800 y 2651 y en casos como el artículo 1514 que refiere la costumbre como fuente de regulación de provisión de bienes y servicios para asegurar las provisiones a precios razonables en el contrato de franquicia (2014).

Selecciona para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO

Frente al reconocimiento jurisprudencial de la costumbre como fuente de derecho, encontramos que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el expediente número 65.844/05 ha afirmado:

Los usos y costumbres de este tipo de operativa comercial —como fuente del derecho particularmente en materia mercantil— se imponen como realidad comercial imposible de desconocer —máxime considerando que los beneficios económicos y estratégicos que los integrantes de la red obtienen— y ameritan un tratamiento renovado que encuentra respuestas en la recepción de esta doctrina (2005).

Para efectos probatorios, existe libertad de medios probatorios y acogimiento a las reglas generales de medios de prueba del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por ello es aplicable el artículo 61 que indica:

Artículo 61. Prueba. A pedido de parte, el juez abrirá la causa a prueba, o dispondrá su producción según correspondiere conforme al tipo de proceso; en su caso, podrá mandar practicar las medidas tendientes al esclarecimiento de la verdad de los hechos au-

torizadas por este Código (1981).

En el sistema argentino el estudio de las modificaciones normativas manifiesta una mayor amplitud de la consagración legal de la costumbre en estadios anteriores, específicamente en el Código de Comercio y el Código Civil de la República, con indicación expresa de la aplicación de la costumbre para temas expresamente referidos por el legislador. Una vez dada la unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, el reconocimiento de la costumbre como fuente de derecho no genera discusión, se admite la costumbre *praeter legem* y *secundum legem*, además de contarse con libertad de medios probatorios a cargo de quien desea lograr el reconocimiento de la costumbre en una causa o litigio, libertad probatoria que se colige de la ausencia de tarifa probatoria o reglas especiales en la materia.

Conclusiones

En México, la costumbre en la ley es la principal fuente de derecho mercantil. Las diferentes leyes mer-

Selecciona
para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO

cantiles y civiles reconocen la costumbre como fuente de derecho, y se remite a ella en contextos determinados para ser tenida en cuenta al momento de resolver situaciones litigiosas; sin embargo, por disposición legal, aunque fuente formal de derecho, solo se aplica de manera supletoria. Frente a su prueba, la parte que pretenda beneficiarse de la aplicación de la costumbre deberá probar su existencia a través de cualquier medio de prueba autorizado por la legislación mexicana.

En Chile, la costumbre, si bien es reconocida como fuente del derecho mercantil con aplicación supletiva de la misma, la visión objetiva que del derecho mercantil se tiene lleva a identificar una normativa que en aras de la seguridad jurídica dificulta la prueba de la costumbre, con ello restándole el dinamismo que la misma le puede otorgar a los sistemas jurídicos y distanciándose del rol que, como fuente, tiene la costumbre en la mayoría de países latinoamericanos, como es el caso de Colombia, donde conforme al artículo 179 del código general del proceso, se flexibiliza la prueba de la costumbre tanto nacional como extranjera e internacional, permitiendo que la costumbre sea una verdadera fuente que dinamiza el derecho mercantil.

En Argentina, la costumbre mercantil es fuente formal de derecho y es reconocida la costumbre *prae-ter legem* y *secundum legem*, a pesar de considerarse mayor consagración normativa sobre la costumbre en códigos anteriores al Código Civil y Comercial. Este reconocimiento hace parte de la funcionalidad o normalización del uso de la costumbre de manera preferente para asuntos mercantiles antes que normas de carácter civil. La ausencia de tarifa probatoria o de restricciones en los medios de prueba permite inferir plena libertad en dichos medios a cargo de la parte que desea lograr el reconocimiento de la costumbre por parte de un juez.

Se identifica, en las diferentes normativas estudiadas, que la herencia del sistema romano germánico ha trascendido a los sistemas continentales latinoamericanos, resaltando la importancia de que la costumbre sea reconocida como uso o práctica, o en su sentido estricto, de obligatoriedad, que en materia mercantil permitir dinamismo y pertinencia del derecho conforme a los cambios y las fórmulas de regulación dadas por los particulares en la actividad mercantil. Este dinamismo no es tan claro en Chile,

Selecciona
para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO

donde si bien se reconoce como fuente, tiene que superar el reto que impone su prueba.

La costumbre extranjera y su reconocimiento permiten evidenciar la vigencia de la costumbre dentro del sistema de fuentes del derecho. En los países analizados, la costumbre es fuente de derecho, y a pesar de tener sistemas diversos de organización política y jurídica, comparten el reconocimiento y la obligatoriedad de la costumbre en el ámbito mercantil reconociéndole obligatoriedad. También se permite amplitud de medios de prueba, con excepción del caso de Chile.

xico, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/276-derecho-mercantil>.

Cardoso, J. (2010). La costumbre mercante internacional como mecanismo de solución de conflictos en la contratación mercantil internacional en la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional Colombiana. *Universitas Estudiantes*, (7), 121-142. Recuperado de <https://132.248.9.34/hevila/Universitasesudiantes/5.pdf>.

Dávalos Torres, M. S. (2010). *Manual de introducción al derecho mercantil*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3259-manual-de-introduccion-al-derecho-mercantil-coleccion-cultura-juridica>.

De Pina Vara, R. (2011). *Elementos de Derecho Mercantil Mexicano*. Ciudad de México: Porrúa. Recuperado de https://www.academia.edu/32230964/Elementos_de_Derecho_Mercantil_Mexicano_Rafael_de_Pina_Vara_pdf.

García Liévano, E. (2005). Derecho Internacional Pú-

Referencias

Aguirre, A. (2013). *De los usos y costumbres en Chile, en relación a la limitación probatoria de la costumbre mercantil*. Ciudad: Editorial. Trabajo de grado que se encuentra en el link http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/114919/de-aguirre_f.pdf%3Bsequence%3D1.

Barrera Graf, J. (1991). *Derecho mercantil*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de Mé-

Selecciona para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO

blico. Bogotá: Editorial Temis.

López Blanco, J. (año). *Derecho comercial I*. Ciudad: Universidad de Chile.

Quintana Adriano, E. A. (1997). *Panorama del derecho mexicano*. Derecho mercantil. Ciudad de México: McGraw-Hill. Recuperado de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1909-derecho-mercantil>.

Ravassa Moreno, G. (2004). *Derecho mercantil internacional. Principios y normas*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Oficial de la Federación del 7 de octubre al 13 de diciembre de 1889.

Estados Unidos Mexicanos. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Diario Oficial de la Federación 5 de febrero de 1917.

Estados Unidos Mexicanos. *Código Civil Federal*. Diario Oficial de la Federación de los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

Estados Unidos Mexicanos. *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*. Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 1932.

Estado Libre y Soberano de Nuevo León. *Código Civil del Estado de Nuevo León*. 6 de julio de 1935.

Estados Unidos Mexicanos. *Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros (Derogada)*. Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1935.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. 1978.

Constitución provincial del Estado de San Juan 1986.

Constitución de la República Argentina 1994. Estado Libre y Soberano de Jalisco. Decreto 15776. Código Civil del Estado de Jalisco. 25 de febrero de 1995. Guadalajara, México.

Normativa y jurisprudencia

Código de Comercio de España 1829.

Código Civil Chileno. 1856.

Código de Comercio de la República argentina 1862.

Código de Comercio de la república de Chile 1865.

Código Civil de la República Argentina 1869.

Código Procesal de la Nación. 1880.

Estados Unidos Mexicanos. *Código de Comercio*. Diario

Selecciona para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO

Estados Unidos Mexicanos. *Ley de Concursos Mercantiles*. Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 2000.

Estados Unidos Mexicanos. *Ley de Navegación y Comercio Marítimos*. Diario Oficial de la Federación el 1 de junio de 2006.

Constitución provincial del Estado de Neuquén 2006.

Código Civil y Comercial de la Nación 2014.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Argentina. Expediente N° 65.844/05.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Argentina, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Expediente N° 71.301.135.

Selecciona
para leer

ARTÍCULOS

1

2

3

4

5

6

7



CONTENIDO