



LA COSTUMBRE MERCANTIL

UN APOORTE PARA LOS NEGOCIOS
DE LOS EMPRESARIOS EN COLOMBIA

LA COSTUMBRE MERCANTIL

UN APORTE PARA LOS NEGOCIOS
DE LOS EMPRESARIOS EN COLOMBIA



Julián Domínguez Rivera
Presidente

Rodrigo Mejía Novoa
Secretario General

Sonia Infante Báez
Directora de Asuntos Registrales y Legales

Cristina Salgado Castañeda
Tatyana Trujillo Muñoz
Angie Lorena Rincón Higuera
Abogadas Secretaría General

Agradecimientos
Margalida Murillo Lozano
Leidy Marion Restrepo Sánchez
Jefatura de Investigaciones Económicas



Mónica de Greiff Lindo
Presidenta

Mario Trujillo Hernández
Vicepresidente Jurídico

Gustavo Andrés Piedrahíta
**Director Asesoría Jurídica y
Defensa Judicial**

Diana del Pilar Páez Rojas
**Abogada Senior Asesoría Jurídica y
Defensa Judicial**

Contenido

Presentación	<u>05</u>
PRIMERA PARTE – La Costumbre Mercantil en los Sectores Económicos	
■ 1. Análisis sectorial y regional de la Costumbre Mercantil 2013 – 2016. Confecámaras	<u>09</u>
■ 2. La Costumbre Mercantil. Un reto del sector cameral. Gustavo Andrés Piedrahíta, Director de Asesoría Jurídica y Defensa Judicial Cámara de Comercio de Bogotá	<u>37</u>
SEGUNDA PARTE – El aporte de la academia a la Costumbre Mercantil	
■ 1. Concurso de ensayos sobre el “Reconocimiento y aplicación de la costumbre mercantil por jueces y árbitros”.	<u>43</u>
La prueba oficiosa de la Costumbre Mercantil. – Primer puesto Ana Milena Quintín González, Universidad Nacional de Colombia	<u>45</u>
Un replanteamiento de la prohibición de la costumbre contra legem en el derecho interno: argumentos en favor de la posibilidad de reconocer la aplicación de la costumbre mercantil en casos de contradicción con leyes comerciales supletivas. – Segundo puesto Ulises Iván López Ballesteros, Universidad Nacional de Colombia	<u>50</u>
El reconocimiento y aplicación de la Costumbre Mercantil: un asunto de desarrollo económico y social. – Tercer puesto Fery Daniel Cure Aarón, Pontificia Universidad Javeriana	<u>56</u>
■ 2. La Costumbre Mercantil en Aplicaciones Móviles. Dra. Yira Nohelia López y Dr. Edgar Iván León Robayo Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario	<u>63</u>
ANEXO	
■ Catálogo de Costumbres Mercantiles recopiladas y certificadas 2013 -2016.	<u>75</u>

Presentación

Nos complace presentar este documento denominado *La Costumbre Mercantil. Un aporte para los negocios de los empresarios en Colombia*, estudio que incorpora el esfuerzo realizado en el periodo 2013 – 2016 por las Cámaras de Comercio, con el fin de mantener vigente los usos y prácticas reiteradas en el tiempo que adquieren valor jurídico y constituyen una fuente del derecho para contribuir a integrar, interpretar y definir la aplicación del derecho en el mundo de los negocios.

El valor de la costumbre mercantil radica precisamente en su origen, en la medida que proviene de los actos de los empresarios, ejecutados con carácter reiterado y uniforme a lo largo del tiempo. Esto es, que el sujeto del cual provienen los actos que dan lugar a la costumbre es un comerciante que de manera profesional, masiva y pública ejerce la actividad mercantil y cumple además las obligaciones propias que la ley le otorga, como inscribirse en el Registro Mercantil y renovar oportunamente su matrícula. Al mismo tiempo, es el destinatario final de la costumbre.

La aplicación de la costumbre mercantil otorga a los empresarios certidumbre en la realización propia de los actos o contratos mercantiles. A los operadores jurídicos, aporta elementos para la estructuración de los negocios jurídicos y a los administradores de justicia, la costumbre facilita las decisiones jurisdiccionales ante la ausencia de norma aplicable.

Parece ser que en los últimos años se presenta un fenómeno de precaria valoración de la costumbre mercantil, bajo el supuesto que la ley regula integralmente las relaciones, los negocios y actos de los particulares. Precisamente, tenemos que señalar que el acelerado desarrollo de la tecnología ha replanteado el mundo de las transacciones económicas, y ante el avance, nadie puede decir que la ley puede regular integralmente todas las situaciones. Particularmente,

en el mundo de los servicios digitales la costumbre empieza a ganar relevancia, y en este punto, destacamos el aporte que la Cámara de Comercio de Bogotá y la academia nos ofrece sobre la materia.

La primera parte del estudio recopila las costumbres mercantiles certificadas por 24 Cámaras de Comercio durante los últimos cuatro años, las cuales han sido clasificadas regional y sectorialmente. En este análisis, se ha incorporado la caracterización de cada sector, en lo que hace referencia a su importancia en la economía colombiana, el stock empresarial que en cada uno se observa y el desempeño del mismo, permitiendo articular la importancia que la costumbre puede representar en cada uno de los sectores.

En la segunda parte del trabajo, con el importante apoyo de la Cámara de Comercio de Bogotá, se presenta el aporte académico a la costumbre mercantil. En primera instancia con tres ensayos preparados por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional y la Universidad Javeriana, que ilustran aspectos fundamentales asociados con: (i) El reconocimiento y la aplicación de la costumbre, (ii) la prueba de la costumbre, y (iii) un muy interesante ensayo que analiza la costumbre que contradice normas supletivas del derecho. A sus autores, un reconocimiento por el importante aporte que han realizado para darle carácter más relevante a la costumbre mercantil. Resaltamos también el estudio de la Universidad del Rosario, sobre un tema de innegable actualidad relacionado con el rol de la costumbre en las tecnologías de la información y su impacto en la aparición de nuevas formas de realizar negocios.

Esperamos con este documento darle fuerza a la identificación, conocimiento y uso de la costumbre mercantil en beneficio de los negocios en nuestro país.

JULIÁN DOMÍNGUEZ RIVERA
Presidente

The background features several overlapping, curved, abstract shapes in shades of blue and yellow. A large, dark blue shape dominates the upper right, with lighter blue and yellow shapes curving around it from the left and bottom. The text is centered within the dark blue area.

PRIMERA PARTE

La Costumbre Mercantil en los Sectores Económicos

1. Análisis sectorial y regional de la costumbre mercantil 2013 – 2016.

En el año 2013, la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio realizó una importante labor en coordinación con las 57 Cámaras de Comercio del país, que permitió recopilar las costumbres mercantiles certificadas por éstas hasta el año 2012, con el propósito de conocer las prácticas comerciales acogidas por cada región y su papel en cada sector económico del país, y así rescatar el valor jurídico de la costumbre en el ámbito mercantil que por tantos años han certificado las Cámaras de Comercio y que a diario rigen las relaciones entre los comerciantes, cobrando una fuerza vinculante importante para interpretar e integrar el derecho en el ejercicio de los negocios.

En ese primer estudio se recopilaron 299 costumbres mercantiles, certificadas por 50 Cámaras de Comercio¹, las cuales fueron clasificadas y analizadas por la Confederación desde nueve Sectores Económicos y desde las cinco Regiones Camerales del País.

En este estudio se lograron importantes hallazgos, en primer lugar, logramos identificar que las costumbres más usadas a nivel nacional pertenecen a los sectores inmobiliario, comercio y hotelero, y que,

en Colombia, la costumbre mercantil más practicada hace parte del sector inmobiliario en relación con: *“La comisión por intermediación en la compraventa de bienes inmuebles”*, que hace presencia en tres zonas del país, cubriendo aproximadamente un 60% del territorio nacional.

El esfuerzo por identificar las costumbres practicadas por los comerciantes a nivel nacional es un trabajo continuo, que requiere de un esfuerzo permanente por parte de la Red de Cámaras de Comercio y de Confecámaras. Es por esta razón que durante el año 2017, nos propusimos indagar por las costumbres mercantiles recopiladas y certificadas por las Cámaras de Comercio durante los años 2013 a 2016, con el objetivo de identificar no sólo las nuevas prácticas que han acuñado los comerciantes durante los últimos años y su importante papel en los diferentes sectores económicos, sino además, cumplir con el mandato del artículo 96 del Código de Comercio, que permite recopilar aquellas costumbres que tengan el carácter de nacionales.

Lo anterior con un importante trasfondo: continuar reconociendo y exaltando el valor jurídico de los actos mercantiles que a diario rigen las relaciones de los comerciantes, que han desbordado las consagraciones legales de tal manera, que hoy significan su principal fuente de derecho.

¹ Actualmente existen 57 Cámaras de Comercio en el país.

1.1. ANÁLISIS SECTORIAL DE LA COSTUMBRE MERCANTIL

La recopilación, clasificación y análisis de las costumbres mercantiles certificadas por las Cámaras de Comercio durante el periodo 2013 – 2016, se realizó atendiendo a los sectores económicos definidos en el año 2013², los cuales fueron tomados de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme - CIIU, según la revisión número 4 realizada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE³, y obedeció a conservar la misma línea de clasificación que se viene utilizando para los comer-

cientes en los registros públicos que administran las Cámaras de Comercio.

En esta oportunidad, de acuerdo con la información compartida por las Cámaras de Comercio, se encontró que durante los últimos cuatro años se han certificado nuevas costumbres mercantiles en el sector *Náutico* y que en los sectores de *Comercio Internacional e Industria Manufacturera*, no existen nuevas costumbres para dicho periodo. Sin embargo, por lo que respecta a la presente revisión, el análisis sectorial de la costumbre mercantil se centrará exclusivamente en los siguientes sectores económicos:



² Sectores económicos analizados en la recopilación del año 2013: Comercio, Actividades Inmobiliarias, Comercio Internacional, Hotelero, Actividades Financieras y de Seguros, Agricultura, Ganadería y Pesca, Industria Manufacturera, Transporte y Servicios.

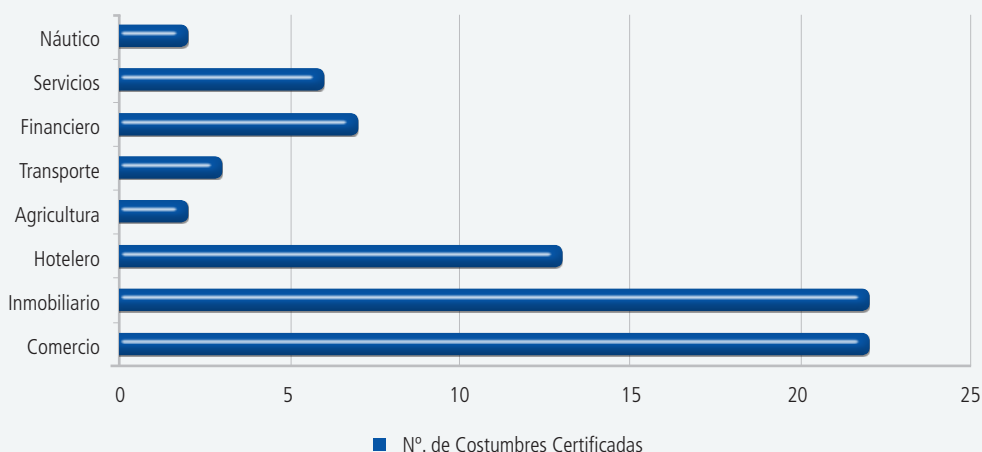
³ DANE. Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU) de todas las actividades económicas. (citado el 17 de noviembre de 2017). Disponible en internet: http://www.dane.gov.co/files/nomenclaturas/CIIU_Rev4ac.pdf

En el periodo analizado, se tomaron 77 costumbres mercantiles, certificadas por 24 Cámaras de Comercio⁴, durante los años 2013, 2014,

2015 y 2016; las cuales se comportan de la siguiente manera en los 8 sectores económicos anunciados:

Gráfica 1.

Costumbres certificadas por las Cámaras de Comercio en cada sector de la economía durante el periodo 2013- 2016



Sin duda, los sectores *Inmobiliario*, *Comercio* y *Hotelero* siguen siendo los sectores más dinámicos, en los cuales se recopila el mayor número de costumbres a nivel nacional, ya que cuentan con un total de 57 costumbres recopiladas, durante los últimos cuatro años. Es de anotar que para el lapso examinado 2013 – 2016, el sector *Comercio* desplaza el liderato del sector *Inmobiliario*, que en la recopilación del año 2013 fue el sector que más costumbres empleó, con un total nacional de 76, frente a las 65 del sector *Comercio*.

Lo anterior indica que la costumbre mercantil en el sector *Comercio*, se ha consolidado y fortalecido como una importante fuente de derecho para el desarrollo de los negocios mercantiles que hacen parte del mismo, entre los que se incluyen un sin número de transacciones relacionadas con la venta al por mayor y al por menor de cualquier tipo de productos y la prestación de servicios relacionados con la venta de mercancía.

No obstante, es claro que la costumbre mercantil sigue teniendo un papel importante en el desarrollo de las actividades que hacen parte del sector *Inmobiliario*, pues aunque es claro que el sector *Comercio* cuenta con un número igual de costumbres certificadas, éstas fueron recopiladas por 13 Cámaras de Comercio, contrario a las 22 costumbres pertenecientes al sector *Inmobiliario*, que fueron certificadas por un total de 16 Cámaras de Comercio. Este fenómeno indica que las costumbres mercantiles que se emplean en este sector se practican en un mayor porcentaje del territorio nacional, e incluso, de una manera más uniforme, pues de las 16 costumbres recopiladas, 5

⁴ De las 57 Cámaras de Comercio del país, 31 remitieron información sobre las costumbres recopiladas y certificadas en sus respectivas jurisdicciones, de las cuales, 7 informaron que durante el periodo 2013 – 2016 no cuentan con nuevas costumbres mercantiles. Por tanto, el análisis se realiza con base en la información remitida por las Cámaras de Comercio de Bogotá, Duitama, Honda, Neiva, Barraquilla, Cartagena, Montería, Rihacha, Cali, Cartago, Tumaco, Sevilla, Medellín, Aburrá Sur, Magdalena Medio, Manizales, Oriente Antioqueño, Pereira, Quibdó, Santa Rosa de Cabal, Urabá, Bucaramanga, Aguachica y Barrancabermeja.

son comunes entre varias Cámaras de Comercio, en contraposición a las 3 costumbres comunes que se encuentran en el sector *Inmobiliario*.

Como punto importante, cabe resaltar que el sector *Hotelero* se convierte en el tercer sector más importante en cuanto al uso de costumbres mercantiles se refiere, ya que, para esta vigencia, escala dos posiciones en relación con el año 2013, en donde se encontraba por debajo de los sectores *Transporte* y *Servicios*. Así, aunque para el periodo 2013 – 2016 sólo aportó 13 costumbres, cuenta, al igual que el sector *Comercio*, con 3 costumbres comunes entre las jurisdicciones que hacen parte de las 7 Cámaras de Comercio que las recopilaron. Esta tendencia es apenas un indicio del fortalecimiento del sector *Hotelero* en el país, en donde el Gobierno Nacional ha dirigido importantes esfuerzos en formalizar y dinamizar este sector.

Respecto de los cinco sectores económicos restantes, el sector de *Actividades Financieras y de Seguros* cuenta con un total de 7 costumbres recopiladas por 3 Cámaras Comercio, seguida por el sector *Servicios* con 6 costumbres mercantiles provenientes de 3 Cámaras de Comercio.

Finalmente, frente a los sectores *Agricultura*, *Transporte*, y *Náutico*; se observa que han acuñado entre sus prácticas 2 y 3 costumbres mercantiles cada uno, de lo que se infiere que se trata de prácticas muy propias de la jurisdicción de cada Cámara, y en consecuencia, no se trata de costumbres empleadas a nivel nacional o al menos, en un porcentaje importante de una región específica del país.

Así, de manera consolidada encontramos los siguientes datos en relación con las costumbres mercantiles recopiladas y certificadas por las Cámaras de Comercio en cada uno de los sectores de la economía nacional, los cuales, luego de ser caracterizados con el propósito de visibilizar su importancia económica y densidad empresarial actual, serán analizados al detalle, con el objetivo de encontrar el papel y el potencial que juega la costumbre en el desarrollo de las actividades y transacciones propias de cada sector,

para finalmente identificar las más representativas en cada uno de ellos.

Cuadro 1.

Sector	No. Costumbres Recopiladas	No. Cámaras que recopilaron	No. Costumbres Comunes
Comercio	22	13	3
Inmobiliario	22	16	5
Hotelero	13	7	3
Agricultura	2	1	-
Transporte	3	3	1
Financiero	7	3	2
Servicios	6	3	-
Náutico	2	1	-
Total	77	24	14

1.1.1. Sector Comercio

De acuerdo con los datos contenidos en el Registro Único Empresarial y Social – RUES, en el año 2016 este sector estuvo representado por 587.141 unidades productivas; 85.534 sociedades y 501.607 personas naturales. Este sector está compuesto principalmente por microempresas, las cuales participan con el 95% de las unidades empresariales, mientras que las pymes y grandes aportan el 4,8% y 0,2%, respectivamente.

En total, estas empresas concentran el 40,6% del tejido empresarial del país y aportan en promedio el 13,5% del valor agregado de la economía, lo cual pone de relieve el protagonismo de las empresas de comercio sobre el conjunto de la economía.

En este contexto, el sector *Comercio* en los últimos cuatro años ha acuñado para el desarrollo de sus transacciones habituales, un total de 22 costumbres mercantiles, recopiladas y certificadas por 13 Cámaras de Comercio⁵ pertenecientes a las zonas caribe,

⁵ Cámara de Comercio de Aburrá Sur, Barrancabermeja, Barranquilla, Bogotá, Cartago, Chocó, Honda, Magdalena Medio, Medellín, Montería, Neiva, Pereira y Sevilla.

noroccidente, suroccidente, centro y oriente; haciendo presencia, de esta manera, en todo el territorio nacional. Así mismo, se observa que las costumbres recopiladas en este sector se refieren en su mayoría a la definición de condiciones para efectuar transacciones en los siguientes ámbitos:

- Compra y venta de vehículos y motocicletas nuevas y usadas.
- Venta y cambio de medicamentos.
- Compraventa con pacto de retroventa.
- Compraventa de mercancía.

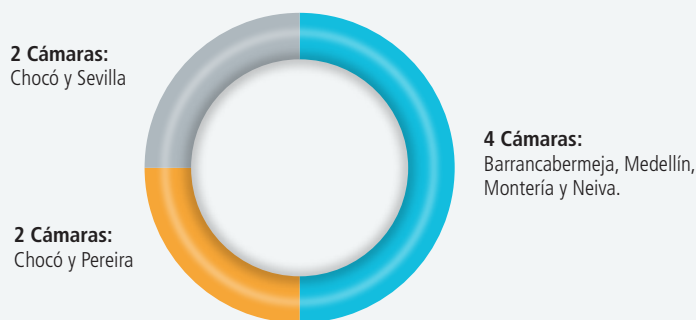
- Venta y arriendo de establecimientos de comercio.

Del análisis realizado a partir de las costumbres certificadas al interior del sector *Comercio*, encontramos que para el periodo 2013 – 2016, existen tres costumbres mercantiles que han sido recopiladas y certificadas de manera común por un número plural de Cámaras de Comercio, y que por tanto indican, que no se trata de prácticas aisladas en pequeñas regiones del país, sino que su uso tiende a hacer presencia en varios municipios, como se puede apreciar en la siguiente gráfica:

Gráfica 2.

Costumbres Comunes en el Sector Comercio

- Comisión entre el 1% y el 3% por intermediación en la compraventa de vehículos usados.
- Cambio de medicamentos próximos a expirar o vencidos sin onerosidad alguna.
- Comercialización de mercancía a través del método o sistema de separado.



Estas tres prácticas son las más sobresalientes entre las 22 costumbres certificadas al interior del sector, pues son las únicas que además de ser las más comunes en la presente recopilación, se trata de prácticas que, en el trabajo del año 2013, habían sido recopiladas por varias Cámaras de Comercio. Así mismo, se observa que estas tres costumbres mercantiles son certificadas por Cámaras pertenecientes a las cinco zonas del país⁶, lo que significa que su uso

hace presencia en todo territorio nacional, aunque de manera focalizada.

Es de anotar que, en relación con las costumbres mercantiles recopiladas en el año 2013, se han identificado nuevas prácticas adoptadas por los comerciantes de algunas regiones del país en los últimos cuatro años. Las siguientes costumbres no habían sido recopiladas ni certificadas por las Cámaras de Comercio hasta el año 2012:

- *Reconocimiento mensual del diez por ciento (10%) que se estipula para que el vendedor recupere el*

⁶ Zona Centro: Neiva; Zona Caribe: Montería; Zona Suroccidental: Sevilla; Zona Noroccidental: Medellín, Pereira y Chocó; Zona Oriental: Barrancabermeja.

artículo dado bajo la figura de compraventa con pacto de retroventa.

- En los contratos de compraventa de vehículos nuevos de servicio público, es costumbre mercantil que el vendedor entregue al comprador los siguientes accesorios: llanta de repuesto y un (1) duplicado de la llave de encendido.
- En los contratos de compraventa de vehículos usados de servicio público, es costumbre mercantil que el vendedor entregue al comprador la llanta de repuesto.
- En los contratos de compraventa de vehículos nuevos de servicio particular, es costumbre mercantil que el vendedor entregue al comprador los siguientes accesorios: llanta de repuesto, un (1) duplicado de la llave de encendido y tapetes.
- En los contratos de compraventa de vehículos usados de servicio particular, es costumbre mercantil que el vendedor entregue al comprador los siguientes accesorios: llanta de repuesto y tapetes.
- Es costumbre que, entre proveedores, distribuidores mayoristas y minoristas de productos lácteos, se realice el cambio de éstos, próximos a expirar sin onerosidad alguna.

- Es costumbre mercantil que dentro del valor total que se cancela por la compra de una motocicleta, este valor incluya las revisiones técnicas.
- Es costumbre mercantil que el número de revisiones gratis que se incluyen dentro del valor total que se cancela por la compra de una motocicleta, son mínimo tres (3).
- Pago de impuestos de rentas departamentales y el registro del contrato de compraventa de un establecimiento de comercio en la Cámara de Comercio, en los municipios donde se cuenta con jurisdicción.
- Apertura de los establecimientos de comercio al público domingos y festivos.

Así mismo, encontramos con gran satisfacción que las siguientes prácticas continúan expandiéndose a otras regiones de Colombia, ya que durante los últimos cuatro años han sido recopiladas y certificadas al interior de las jurisdicciones de nuevas Cámaras de Comercio que al 2012, no las tenían incluidas entre sus costumbres certificadas. Así, encontramos que el uso de las siguientes 7 costumbres mercantiles continúa fortaleciéndose al interior del país de la siguiente manera:

Cuadro 2.

Costumbre Mercantil	Cámaras que la recopilaron a 2012	Cámaras que la recopilaron entre el 2013 -2016	Total de Cámaras
Comisión entre el 1% y el 3% por intermediación en la compraventa de vehículos usados.	Ipiales, Oriente Antioqueño, Sincelejo, Honda, Valledupar y Cali	Barrancabermeja, Medellín, Montería y Neiva	10
Comercialización de mercancía a través del método o sistema de separado.	Villavicencio, San José, Sincelejo, Honda y Florencia	Chocó y Sevilla	7
Pago de la prima comercial en la compraventa de establecimientos de comercio.	Neiva, Manizales y Villavicencio	Montería	4
Cambio de medicamentos próximos a expirar o vencidos sin onerosidad alguna.	Cali	Chocó y Pereira	3

Continúa en siguiente pág. ►

Cuadro 2.

Costumbre Mercantil	Cámaras que la recopilaron a 2012	Cámaras que la recopilaron entre el 2013 -2016	Total de Cámaras
En los contratos de compraventa de vehículos usados, se prorratea el pago del impuesto del último año del vehículo, proporcionalmente entre comprador y vendedor.	Bogotá	Barranquilla	2
Los establecimientos de comercio denominados compraventas, conceden un plazo entre 4 y 6 meses para recuperar el bien vendido, al suscribir el contrato de compraventa con pacto de retroventa.	Honda	Cartago	2
En el Contrato de Consignación de Vehículos Automotores usados, el consignatario tiene un plazo de entre 30 y 60 días para realizar la venta del mismo.	Bogotá	Montería	2

Con lo anterior, es preciso concluir que la “*Comisión entre el 1% y el 3% por intermediación en la compraventa de vehículos usados*” sigue siendo la práctica más frecuente y empleada en el sector Comercio, ya que al año 2016, es empleada por los comerciantes de la jurisdicción de 10 Cámaras de Comercio, que hacen parte de las zonas central, caribe, suroccidental, noroccidental y oriental.

1.1.2. Actividades Inmobiliarias

El sector inmobiliario está compuesto por 34.786 unidades productivas; 27.154 sociedades y 7.632 personas naturales; que representan el 2,4% del total de empresas del país⁷. Entre 2012 y 2016 este sector incrementó el número de empresas formales en 35,1% correspondiente a una tasa promedio anual de 7,9%. Gracias a esta importante dinámica, el PIB de esta actividad ha registrado un ritmo de crecimiento del orden de 3,1%, alcanzando una participación del 8,8% sobre el valor agregado nacional.

El tejido empresarial al interior del sector inmobiliario está constituido principalmente por microempresas, las cuales participan con el 65,8% de las unidades empresariales. Sin embargo, cabe destacar la alta participación de las pymes y grandes empresas las cuales aportan el 32,2% y el 2,0%, respectivamente.

Este sector de la economía para el periodo 2013 – 2016, sigue a la cabeza como un sector fuerte en el uso de prácticas habituales por parte de los comerciantes dedicados a las actividades propias del sector inmobiliario, con la adopción de 22 costumbres mercantiles, recopiladas y certificadas por 16 Cámaras de Comercio⁸ que hacen presencia en cada una de las cinco zonas del país, y de manera particular, en la región noroccidental, al contar con un total de 10 costumbres certificadas en las jurisdicciones de las Cámaras de Comercio de Aburrá Sur, Chocó, Magdalena Medio, Medellín, Oriente Antioqueño, Santa Rosa de Cabal y Urabá.

En este sector se encontró que las costumbres certificadas por las Cámaras de Comercio durante el periodo 2013 – 2016, se dedican a desarrollar dos grandes actividades de carácter inmobiliario, que regulan prácticas surgidas entre los comerciantes al momento de ejecutar contratos de compraventa y arrendamiento sobre inmuebles urbanos o rurales, incluidos los establecimientos de comercio.

Del análisis de esta información se pudo establecer que en el sector *Inmobiliario* se registran cinco costumbres mercantiles, comunes entre varias Cámaras de Comercio, tal como lo indica la siguiente gráfica:

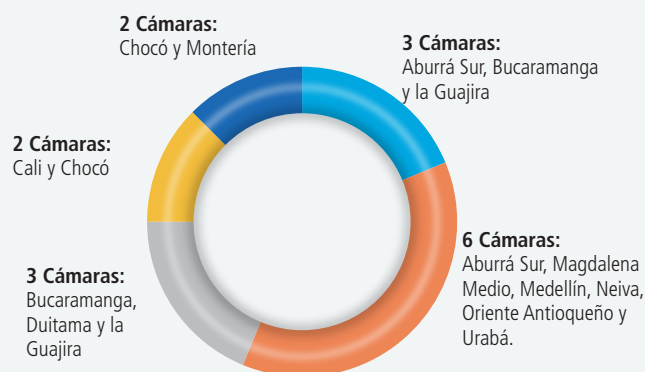
⁷ Datos del RUES a diciembre de 2016.

⁸ Cámara de Comercio de Aburrá Sur, Barrancabermeja, Bucaramanga, Cali, Cartago, Chocó, Duitama, La Guajira, Magdalena Medio, Medellín, Montería, Neiva, Oriente Antioqueño, Santa Rosa de Cabal, Tumaco y Urabá.

Gráfica 3.

Costumbres comunes en el Sector Inmobiliario

- En la compraventa de bien inmueble, el vendedor asume la obligación de entregar al comprador el bien a paz y salvo por concepto de servicios públicos, impuesto predial, cuotas de administración, valorizaciones, entre otras obligaciones.
- Comisión del 3% por intermediación en la compraventa de bienes inmuebles urbanos, y del 3% al 5% en inmuebles rurales.
- El pago de los derechos notariales de la compraventa de bienes inmuebles, son asumidos por partes iguales entre el comprador y el vendedor.
- Cobro a los nuevos arrendatarios o propietarios de una comisión única del 10% al 20% sobre el primer canon de arrendamiento, por parte de las agencias de arrendamiento que los administran.
- Comisión entre un 8% y 10% por la administración de inmuebles dados en arrendamiento en el área urbana y rural.



Sin duda, dentro de las prácticas comunes en este sector, sobresale de manera particular la costumbre relacionada con la *“Comisión del 3% por intermediación en la compraventa de bienes inmuebles urbanos, y del 3% al 5% en inmuebles rurales”*, la cual fue recopilada y certificada por un total de 6 Cámaras de Comercio, de las cuales, 5 pertenecen a la región noroccidental⁹. Adicionalmente, es de anotar que esta costumbre mercantil, fue la más común al interior del sector *Inmobiliario* en el estudio de las costumbres realizado al año 2012, en el cual se evidenció que 25 Cámaras de Comercio la habían recopilado y certificado para la época.

El sector *Inmobiliario*, frente a las costumbres mercantiles recopiladas en el año 2013, obtuvo un comportamiento sustancialmente diferente al del sector *Comercio*, en tanto que sólo se encontraron tres

nuevas prácticas que no habían sido recopiladas por las Cámaras de Comercio para el año 2012. Lo anterior, indica que este sector a la fecha cuenta con un importante número de usos consolidados en el tiempo, que año a año se multiplican en nuevas regiones del territorio colombiano. Así, encontramos que para el periodo 2013 – 2016 se adoptaron las siguientes nuevas costumbres en materia inmobiliaria:

- *Parametrización de los cánones de arrendamiento de locales comerciales.*
- *Las agencias de arrendamiento, cuando realizan la labor de administración de inmuebles suscriben una póliza de seguros para amparar los daños que pueda sufrir el inmueble.*
- *Porcentaje de incremento del canon en los contratos de arrendamiento en los locales comerciales en un 15%.*

⁹ Zona Noroccidental: Aburrá Sur, Magdalena Medio, Medellín, Neiva, Oriente Antioqueño y Urabá.

Por el contrario, este sector cuenta con un alto número de costumbres mercantiles que durante los últimos cuatro años, continúan llegando a las jurisdicciones de nuevas Cámaras de Comercio, cubriendo poco a

poco el territorio nacional. De esta manera, identificamos que las siguientes siete prácticas siguen cobrando fuerza como fuente de derecho entre los comerciantes que ejecutan actividades inmobiliarias en el país:

Cuadro 3.

Costumbre Mercantil	Cámaras que la recopilaron a 2012	Cámaras que la recopilaron entre el 2013 -2016	Total de Cámaras
Comisión del 3% por intermediación en compraventa de bienes inmuebles.	Armenia, Girardot, Manizales, Pasto, Bucaramanga, Cartagena, Tuluá, Bogotá, Pereira, Sincelejo, Florencia, Montería, Honda, Barranquilla, La Dorada, Cali, Pasto, Ipiales, Villavicencio y Santa Marta	Aburrá Sur, Magdalena Medio, Medellín, Neiva, Oriente Antioqueño y Urabá	26
Comisión entre el 8% y 10% por la administración de inmuebles dados en arrendamiento en el área urbana y rural.	Manizales, Girardot, Cartagena, Cúcuta, Aburrá Sur, Barranquilla, Buga, Medellín, Bogotá, Sincelejo y Santa Marta	Chocó y Montería	13
Pago anticipado dentro de los primeros 5 días de cada mes, del canon de arrendamiento de vivienda urbana y de establecimientos de comercio.	Arauca, Bucaramanga, Ipiales, Tuluá, Duitama, Florencia, Urabá, Putumayo, Cartagena, Bogotá, Sur y Oriente del Tolima y Honda	Santa Rosa de Cabal	13
En los contratos de compraventa de inmuebles, el pago de los gastos notariales se asume por el comprador y vendedor en partes iguales.	Dosquebradas, Tuluá, Sincelejo, Florencia y Bogotá	Bucaramanga, Duitama y La Guajira	8
Cobro a los nuevos arrendatarios o propietarios de una comisión única del 10% al 20% sobre el primer canon de arrendamiento, por parte de las agencias de arrendamiento que los administran.	Bogotá, Medellín, Aburrá Sur y Cartagena	Cali y Chocó	6
En los contratos de compraventa el vendedor asume la obligación de entregar al comprador el bien a paz y salvo, por concepto de impuesto predial, servicios públicos, cuotas de administración, valorizaciones, entre otras obligaciones.	Bogotá y Cúcuta	Aburrá Sur, Bucaramanga y La Guajira	5
Incremento al canon de arrendamiento de locales comerciales, tomando como base el IPC.	Magangué, Santa Rosa de Cabal y Pasto	Cartago	4

Sin duda, en el sector *Inmobiliario* el panorama es muy significativo, pues se evidencia que la costumbre mercantil relacionada con la **“Comisión del 3% por intermediación en compraventa de bienes inmuebles”**, se practica de manera reiterada y uniforme en la jurisdicción de 26 Cámaras de Comercio del país, lo que significa que, si se toman como base los municipios comprendidos dentro de la jurisdicción de cada una, es posible afirmar que esta costumbre es fuente de derecho en aproximadamente el 50% del territorio colombiano.

Finalmente, es claro que, al interior de este sector, las costumbres no se adoptan de forma aislada, sino que por el contrario, son prácticas que se han acuñado en numerosos municipios del país.

1.1.3. Sector Hotelero

En Colombia, en el sector de alojamiento y hospedaje se encuentran matriculadas alrededor de 19.142 unidades productivas; 2.894 sociedades y

16.248 personas naturales¹⁰. Esta actividad registró un incremento del 40,8% en el número de empresas entre 2012 y 2016, correspondiente a una tasa promedio anual de 9,0%.

Dentro de este sector, la actividad hotelera concentra cerca del 65% del total de establecimientos de alojamiento y hospedaje y 79,6% del empleo.¹¹

El tejido empresarial en el sector hotelero está constituido principalmente por microempresas, las cuales participan con el 93,4% de las unidades empresariales, mientras que las pymes y grandes aportan el 6,3% y 0,3%, respectivamente.

Cabe destacar la dinámica de crecimiento sobresaliente de la actividad hotelera, luego de pasar de 5.622 prestadores de servicio en 2011 a 8.574 en 2016, con un crecimiento del 28,8% en el número de empleados.

El sector *Hotelero* comprende todas aquellas condiciones bajo las cuales se presta el servicio de

hospedaje, es el tercer sector con mayor número de costumbres recopiladas y certificadas entre los años 2013 y 2016 por las Cámaras de Comercio del País, con 13 costumbres mercantiles adoptadas habitualmente por los comerciantes que hacen parte de este importante sector de la economía nacional.

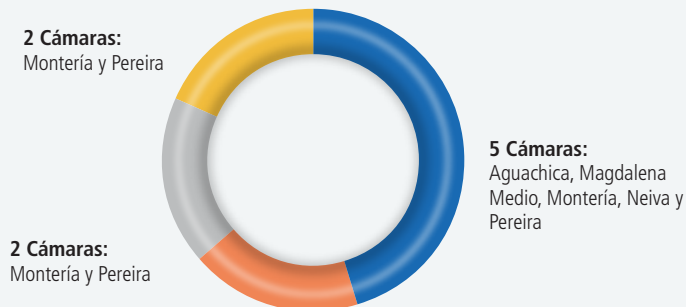
Estas 13 prácticas, fueron recopiladas y certificadas en la jurisdicción de 7 Cámaras de Comercio¹² pertenecientes a las zonas oriental, caribe, noroccidental y central. Llama la atención que dentro de este sector, ninguna Cámara de Comercio de la región suroccidental recopiló costumbre mercantil alguna relacionada con las actividades hoteleras que se practican en dicha zona.

Al analizar las costumbres del sector hotelero, encontramos que durante los últimos cuatro años, se han certificado tres costumbres que sobresalen entre las demás, por ser comunes en un número plural de Cámaras, tal como se puede apreciar en la siguiente gráfica:

Gráfica 4.

Costumbres comunes en el Sector Hotelero

- La hora de salida hotelera o check out en los hoteles a las 3:00 p.m.
- Exigibilidad de garantías a huéspedes al momento de registro al hotel, para asegurar el pago de los productos y servicios recibidos.
- Cancelación de la reserva hotelera sin ningún costo para el cliente, cuando ésta se realiza con 24 horas de anticipación a la fecha señalada para el ingreso o check in.



¹⁰ Datos del RUES a diciembre de 2016.

¹¹ Datos del Centro de Información Turística de Colombia con base en la información del Registro Nacional de Turismo.

¹² Aguachica, La Guajira, Magdalena Medio, Montería, Neiva, Pereira y Santa Rosa de Cabal.

Como se observa “La hora de salida hotelera o *Check out* en los Hoteles a las 3:00 p.m.”, es quizá una de las prácticas más reconocidas y comunes entre las cadenas hoteleras y turistas a nivel nacional, sin embargo, llama la atención que durante los últimos cuatro años, sólo haya sido recopilada y certificada por 5 Cámaras de Comercio en las zonas oriental, noroccidental, caribe y central. Esta costumbre mercantil también fue la más común en la primera recopilación del año 2012, observada en 9 Cámaras de Comercio.

El sector *Hotelero* presenta un comportamiento dinámico al comparar las prácticas recopiladas por las Cámaras de Comercio hasta el año 2012, en razón a que aparecen dos nuevas prácticas para el sector, certificadas por la Cámara de Comercio de la Guajira y Santa Rosa de Cabal durante los últimos cuatro años:

- En la ciudad de Riohacha-La Guajira en el sector hotelero existe costumbre mercantil de no exigir al huésped, al momento del registro en el hotel, un voucher o comprobante de tarjeta de crédito como depósito para asegurar el pago de los consumos o servicios.

- En Santa Rosa de Cabal es costumbre mercantil que los servicios que incluye la tarifa del contrato de alojamiento es el costo de la habitación, agua caliente, televisor, baño privado y cama doble.

Frente a este punto es de anotar que la práctica recopilada por la Cámara de Comercio de la Guajira es una costumbre muy propia de la ciudad de Riohacha, pues la tendencia indica que, contrario a lo que allí se practica, en otras regiones como Bogotá, Montería y Pereira; es costumbre exigir a los huéspedes garantía para asegurar el pago de sus consumos o servicios al interior del hotel. Por su parte, la práctica adoptada en la jurisdicción de la Cámara de Santa Rosa de Cabal, significa una nueva práctica para el sector *Hotelero* sobre la cual, vale la pena indagar en otras jurisdicciones del país, pues a todas luces, puede tratarse de una práctica generalizada entre los hoteles nacionales.

Finalmente, el sector *Hotelero*, cuenta con cinco costumbres mercantiles que durante los últimos cuatro años, continúan fortaleciéndose al interior del sector y llegando a las jurisdicciones de nuevas Cámaras de Comercio del país.

Cuadro 4.

Costumbre Mercantil	Cámaras que la recopilaron a 2012	Cámaras que la recopilaron entre el 2013 -2016	Total de Cámaras
La hora de salida hotelera o <i>check out</i> en los hoteles a las 3:00 p.m.	La Guajira, Pasto, Barrancabermeja, Ipiales, Bogotá, Villavicencio, Sincelejo, Barranquilla y Cali	Aguachica, Magdalena Medio, Montería, Neiva y Pereira.	14
Pago de comisión a operadores profesionales de congresos, eventos y ferias, agencias de viaje por parte del sector hotelero, cuando éste proporcione turistas en calidad de huéspedes.	Cartagena y Medellín	Montería	3
Exigibilidad de garantías a huéspedes al momento de registro al hotel, para asegurar el pago de los productos y servicios recibidos.	Bogotá	Montería y Pereira	3
La cancelación de la reserva hotelera sin ningún costo para el cliente, cuando ésta se realiza con 24 horas de anticipación a fecha señalada para el ingreso o <i>check in</i> .	Bogotá	Montería	2
La celebración del contrato de hospedaje, la tarifa de alojamiento incluye: costo de la habitación, seguro hotelero, impuestos y desayuno.	Barranquilla	Pereira	2

Como se observa, la costumbre mercantil relacionada con la *“Hora de salida hotelera o check out en los hoteles a las 3:00 p.m.”*, es la práctica más común al interior del sector *Hotelero*, ya que, a la fecha hace presencia en la jurisdicción de 14 Cámaras de Comercio, pertenecientes a las cinco zonas del país. Frente a esta costumbre, es importante hacer un llamado a las Cámaras de Comercio con municipios con alta actividad turística, para que en ellos, se indague la adopción de esta práctica tan reconocida por los turistas a nivel nacional.

1.1.4. Sector de Agricultura, Ganadería y Pesca

En 2016 el stock de empresas asociadas al sector agropecuario era de 26.066 unidades productivas; 13.487 sociedades y 12.579 personas naturales. Este número de empresas registró un incremento del 31,5% entre 2012 y 2016 correspondiente a una tasa promedio anual de 7,2%, aportando de esta manera el 1,8% del total de empresas del país.

El tejido empresarial está constituido principalmente por microempresas, las cuales participan con el 78,7% de las unidades empresariales. Sin embargo, cabe destacar la alta participación de las pymes las cuales aportan el 19,9% del tejido empresarial, mientras que las grandes participan con el 1,4%.

En el tercer trimestre de 2017, el sector de agricultura, ganadería, caza, silvicultura y pesca alcanzó un crecimiento del 7,1% superior al registrado en el mismo periodo de 2016 que fue de 0,8% y por encima del promedio nacional para el mismo que fue 2,0%.

Se observa que, de enero a septiembre de 2017, las exportaciones del sector alcanzaron un total de USD 2.128 millones FOB, lo que equivale a un 7,9% de las exportaciones del país. Cabe destacar que en los últimos seis años la participación del sector sobre las exportaciones totales ha aumentado en casi 4 puntos porcentuales.

En relación con el empleo, para el trimestre julio-septiembre de 2017 el total de ocupados fue 3.784,

lo que representa el 16,9% de la población ocupada del país. Respecto al mismo periodo del año anterior se registra un aumento de 2,1%.

Este sector está conformado por todas aquellas actividades relacionadas con el cultivo de plantas y la cría y producción de animales, cuenta con dos costumbres mercantiles recopiladas y certificadas por la Cámara de Comercio de Honda, durante el periodo 2013 al 2016. Es de anotar que el papel de esta Cámara de Comercio en la recopilación de prácticas comunes en el sector *Agrícola, Ganadero y Pesquero*; ha sido fundamental para los agricultores, ganaderos y comerciantes de su región, en tanto ha aportado a la seguridad jurídica de este tipo de transacciones, un total de 20 costumbres mercantiles, que se han convertido en fuente de derecho para regular temas propios de la ganadería, la pesca y la agricultura.

Así, encontramos que para el periodo 2013 – 2016 las siguientes, son dos nuevas prácticas que han adoptado de manera uniforme y reiterada los agricultores de los municipios de Ambalema, Armero Guayabal, Casabianca, Falan, Fresno, Guaduas, Herveo, Honda, Lérica, Líbano, Mariquita, Murillo, Palocabildo y Villahermosa:

- *Es costumbre mercantil que los compradores de café que realizan descuento por la compra de café descerezado y lavado (café mojado) hagan una rebaja del 50%.*
- *Es costumbre mercantil que los distribuidores de los productos agrícolas incluyan la asesoría técnica por la compra de los productos.*

Finalmente, de acuerdo con la recopilación del año 2012, la costumbre mercantil más importante en el sector *Agricultura, Ganadería y Pesca*; es la relacionada con la *“Entrega de ganado al aumento”*, práctica que consiste en entregar el ganado al propietario de fincas o terrenos, comprometiéndose a garantizar el pasto, la sal y medicamentos entre otros; para que una vez sea vendido, se descuenten los gastos generados y se reparta el excedente del valor recibido y el valor de la venta en partes

iguales. En la actualidad, esta práctica es certificada por Cámaras de Comercio pertenecientes a la zonas caribe y central, específicamente en la jurisdicción de las Cámaras de Comercio de San José del Guaviare, Casanare, Valledupar, Montería, Villavicencio, Florencia, Magangué y Honda.

1.1.5. Sector Transporte.

De acuerdo con la información contenida en el RUES, el stock de empresas en el sector transporte alcanzó un total de 36.950 unidades productivas; 16.677 sociedades y 20.273 personas naturales para el año 2016; evidenciando un crecimiento del 23% en el número de empresas formales desde 2012, equivalente a una tasa promedio anual de 5,4%.

El sector transporte participa con el 2,6% del total de empresas del país y está constituido principalmente por microempresas con el 82,9% de las unidades empresariales, en tanto las pymes y grandes aportan el 16,2% y 0,9%, respectivamente.

Entre 2011 y 2016, este sector ha registrado un crecimiento promedio del 3,5%, alcanzando una participación del 7,9% en el valor agregado del país.

Este sector de la economía, que integra las actividades y operaciones tendientes a ejecutar el traslado de personas o cosas a través diversos de medios de transporte, para el periodo 2013 – 2016 contó con la adopción de tres costumbres mercantiles, recopiladas y certificadas por las Cámaras de Comercio de Montería, Pereira y Neiva; que a su vez hacen parte de las zonas caribe, noroccidente y centro, respectivamente.

En este sector, se encontró que las tres costumbres certificadas durante los últimos cuatro años, hacen referencia específicamente al transporte público colectivo de pasajeros, entre las cuales, la costumbre por la cual se realiza “*el reembolso del valor del tiquete cuando se realiza el desistimiento con anterioridad al viaje, en el transporte terrestre intermunicipal*”, es común entre las Cámaras de Comercio de Montería y Neiva.

Es de anotar, que esta misma costumbre, fue la única recopilada y certificada por más de una Cámara de Comercio en el estudio del año 2012, siendo la única costumbre común entre las 32 costumbres pertenecientes al sector *Transporte*, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Cuadro 5.

Costumbre Mercantil	Cámaras que la recopilaron a 2012	Cámaras que la recopilaron entre el 2013 -2016	Total de Cámaras
Reembolso del valor del tiquete cuando se realiza el desistimiento con anterioridad al viaje, en el transporte terrestre intermunicipal.	Aguachica, Florencia, Arauca, Bogotá, Buga	Montería y Neiva	7

Finalmente, encontramos que para el sector *Transporte*, y de manera particular para la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Pereira, existe una nueva práctica adoptada entre los propietarios de vehículos de transporte público durante los años 2013 y 2016:

- *Es costumbre mercantil la compra y venta del cupo asignado a empresas de transporte público*

colectivo de pasajeros, entre los propietarios de los vehículos.

La tendencia en el sector *Transporte*, indica que la práctica y uso de costumbres mercantiles como fuente de derecho para regular sus actividades y transacciones, es aún muy local, pues su práctica se realiza de manera exclusiva en ciertas jurisdicciones,

las cuales, a la fecha, no se han transferido a otras regiones del territorio colombiano.

1.1.6. Actividades Financieras y de Seguros

Entre el 2012 y 2016 el número de empresas formales se incrementó en un 18,6%, alcanzando un total de 22.820 unidades productivas; 11.302 sociedades y 11.518 personas naturales. Este sector participa con el 1,6% del total de empresas del país, constituidas principalmente por microempresas, las cuales participan con el 82,7% de las unidades empresariales, seguido de las pymes y grandes con el 14,3% y 2,9%, respectivamente.

En lo corrido de 2017, el sector de establecimientos financieros, de seguros y actividades

inmobiliarias ha sobresalido como uno de los más dinámicos, luego de crecer a un ritmo del 3,2%, superior en 1,2 puntos porcentuales al exhibido a nivel nacional.

Este sector que comprende el conjunto de prácticas empleadas por parte de compañías aseguradoras y entidades financieras, para el periodo 2013 – 2016, contó con un total de 7 costumbres recopiladas y certificadas por las Cámaras de Comercio de Bogotá, Cali y Montería.

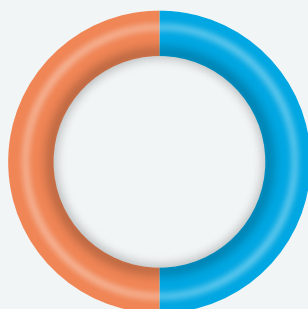
Del análisis realizado a partir de las costumbres certificadas al interior de este sector, encontramos que existen dos costumbres comunes entre las jurisdicciones de estas tres Cámaras de Comercio, tal como se observa en la siguiente gráfica:

Gráfica 5.

Costumbres comunes en el Sector Financiero y de Seguros

- Sujetar los derechos y obligaciones que se derivan de las cartas de crédito en los contratos de compraventa internacional de mercaderías a las reglas y los usos uniformes adoptados por la Cámara de Comercio Internacional en el folleto 600.
- Uso de la firma mecánica en las pólizas de seguros generales, así como en sus anexos, expedidas por parte de las compañías aseguradoras.

2 Cámaras:
Cali y Montería



2 Cámaras:
Bogotá y Cali

De estas dos prácticas, cabe resaltar que la relacionada con el *“uso de la firma mecánica en las pólizas de seguros generales, así como en sus anexos, expedidas por parte de las compañías aseguradoras”*, fue recopilada en el trabajo del año 2013, por un total de tres Cámaras de Comercio¹³, entre las cuales se

encontraban Cámaras pertenecientes a grandes ciudades capitales como Medellín y Bogotá, a las cuales hoy se suma la ciudad de Cali.

Así, a nivel nacional el panorama de esta costumbre mercantil sigue abriéndose paso en las jurisdicciones de nuevas Cámaras de Comercio, como se aprecia en el siguiente cuadro:

¹³ Medellín, Bogotá y Buenaventura

Cuadro 6.

Costumbre Mercantil	Cámaras que la recopilaron a 2012	Cámaras que la recopilaron entre el 2013 -2016	Total de Cámaras
Uso de la firma mecánica en las pólizas de seguros generales, así como en sus anexos, expedidas por parte de las compañías aseguradoras.	Medellín, Bogotá, Buenaventura	Cali y Montería	5

En relación con las demás costumbres mercantiles de este sector, encontramos cuatro prácticas que no habían sido recopiladas ni certificadas por ninguna Cámaras de Comercio hasta el año 2012, y por tanto, se trata de nuevas costumbres que han sido adoptadas por el sector financiero y asegurador en los últimos cuatro años:

- *Es costumbre mercantil que cuando, en el desarrollo contable y financiero de la empresa, se utiliza el término EBITDA, éste se usa para cualquiera de los siguientes propósitos:*
 - *Valoración de empresas.*
 - *Análisis del valor generado en la empresa.*
 - *Determinación de las ganancias o la utilidad obtenida por la empresa o proyecto.*
 - *Otorga información de mejor calidad en cuanto al funcionamiento del área de negocios en la que participa la empresa, en comparación con la información que se obtiene mirando sólo el resultado del ejercicio.*
 - *Medida de rentabilidad y por lo tanto un indicador que permite aproximarse al valor de una empresa.*
 - *Medir el desempeño de las empresas.*
- *Es costumbre mercantil que cuando, en el desarrollo contable y financiero de la empresa, se utiliza el término EBITDA se refiere a las ganancias antes de los intereses, los impuestos, las depreciaciones y las amortizaciones.*
- *Existe la costumbre mercantil de sujetar los derechos y obligaciones que se derivan de las cartas de crédito en los contratos de compraventa internacional de mercaderías a las reglas y los usos*

uniformes adoptados por la Cámara de Comercio Internacional en el folleto 600.

- *En el sector asegurador se da el pago de comisión a corredores de seguros según los ramos y tarifas establecidas en sus sistemas de riesgos.*

Con lo anterior, podemos concluir que la costumbre más extendida en el sector de *Actividades Financieras y de Seguros* en Colombia, es la relacionada con el *“uso de la firma mecánica en las pólizas de seguros generales, así como en sus anexos, expedidas por parte de las compañías aseguradoras”*, ya que su uso por parte de las compañías aseguradoras se adopta en la jurisdicción de cinco Cámaras de Comercio del país, que hacen presencia en las regiones del Caribe, noroccidente, suroccidente y centro.

1.1.7. Sector Servicios

El sector *Servicios*, tradicionalmente ha incluido costumbres mercantiles que van desde servicios relacionados con peluquería en salas de belleza, servicios fotográficos, servicios en la venta de alimentos y medicamentos; hasta prácticas relativas a la regulación de contratos de *“joint venture”*, riesgo compartido, consorcio o unión temporal y agencia comercial; sin embargo, para la presente recopilación, es de advertir que su estudio se centrará en dos principales temas, uno, relacionado con los contratos de software, y dos, en relación con el contrato atípico de franquicia.

En este punto cabe destacar que según IDC¹⁴, entre el 2003 y el 2015 el mercado de software & TI

¹⁴ IDC es proveedor líder en el mundo en análisis e inteligencia de mercados, y en soporte táctico a fabricantes y usuarios, en el sector de Informática y Telecomunicaciones.

en Colombia ha crecido 5 veces su tamaño. Hardware sigue manteniendo predominio en el mercado de la tecnología con un 54,7% de la cuota total de mercado, seguido de software con el 33,1% y servicios con 12,1% (IDC, 2016).

Adicionalmente, según la misma fuente, el 99,8% de las empresas colombianas ha avanzado hacia una transición digital, mediante la apertura y acceso internet, que ha elevado la demanda de software y servicios TI en el país. Los sectores de telecomunicaciones, finanzas, gobierno, consumo masivo y manufactura son los más demandantes en materia de software y productos TI.

Dentro de este sector, la actividad de fabricación de software es de particular relevancia, según datos de MinTic y Fedesoft, en 2010 las actividades relacionadas con la fabricación de software representaban ventas por \$2,6 billones, mientras que en 2015 ya alcanzaban los \$8,9 billones.

Durante los últimos 10 años la industria TI en Colombia ha crecido a una tasa compuesta de 18%; software y servicios TI han crecido 19,1% y 15,4% respectivamente (IDC, 2015). Y según Fedesoft, en el país hay alrededor de 1.300 compañías que desarrollan productos relacionados con software, de las cuales 90% son Mipymes.

Además de esto, de acuerdo con ProColombia Colombia es el tercer proveedor de servicios TI en la región detrás de Brasil y México alcanzando ventas de US\$ 2.400 millones. Los principales servicios TI ofrecidos en Colombia están relacionados con el manejo de operaciones de las empresas y servicios de soporte (IDC, 2015).

Dentro de este panorama entre el año 2013 y 2016, se recopiló y certificó un total de 6 costumbres mercantiles por parte de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Manizales y Medellín. Entre estas prácticas se encontraron dos que hasta el año 2012,

no habían sido recopiladas por ninguna otra Cámara de Comercio:

- *Es costumbre mercantil que en los contratos de licencia, fabricación, mantenimiento y soporte de software el proveedor, cuando actualiza el programa, también actualice los manuales técnicos y de usuario a la última versión del código fuente, sin que se genere erogación adicional.*
- *Los términos soporte, mantenimiento y actualización de software corresponden a servicios claramente diferenciados ofrecidos a los clientes, y las siguientes definiciones sirven para determinar el sentido de dichas palabras o frases técnicas y para interpretar los actos y convenios mercantiles que los contengan:*
 - **Soporte de software:** es el servicio que se presta a un cliente para la implementación adecuada, funcionamiento, capacitación y solución de problemas sobre un producto o aplicativo.
 - **Mantenimiento de software:** es el conjunto de revisiones, acciones y adecuaciones necesarias que tienden a corregir las aplicaciones, optimizando su funcionamiento.
 - **Actualización de software:** es la mejora continua a través de nuevas versiones del mismo, que tiende a optimizar su funcionamiento con mejoras técnicas o nuevas adaptaciones a los aplicativos desarrollados por necesidades del mercado, legales o del cliente.

Aunque para la presente revisión, en este sector no se encontraron costumbres mercantiles comunes entre Cámaras de Comercio, con gran satisfacción encontramos que en relación con las costumbres recopiladas y certificadas hasta el año 2012, hoy existen cuatro costumbres mercantiles comunes en el sector *Servicios*, las cuales hacen parte de las jurisdicciones de las Cámaras de Comercio de Bogotá y Medellín, tal como se aprecia en el siguiente cuadro:

Cuadro 7.

Costumbre Mercantil	Cámaras que la recopilaron a 2012	Cámaras que la recopilaron entre el 2013 -2016	Total de Cámaras
En el contrato de franquicia el franquiciante, para transmitir su know how, suministre al franquiciado entrenamiento o capacitación inicial y entrenamiento permanente respecto de los bienes o servicios que constituyen la franquicia.	Bogotá	Medellín	2
En el contrato de franquicia, el franquiciante entrega al franquiciado, un manual escrito o virtual de operaciones y procedimientos, con la finalidad de que éste último pueda realizar exitosamente el negocio contratado.	Bogotá	Medellín	2
En el contrato de franquicia, el franquiciante puede llevar a cabo una auditoría permanente sobre el negocio del franquiciado, para que este implemente y desarrolle adecuadamente la franquicia contratada.	Bogotá	Medellín	2
En los contratos de franquicia, el franquiciado tiene la obligación de confidencialidad sobre el <i>know how</i> y secretos transferidos.	Bogotá	Medellín	2

1.1.8. Sector Náutico

En Colombia la industria náutica se desarrolla sobre 3.882 km, territorio sobre el cual se encuentran registradas cerca de 7.336 embarcaciones. Cabe destacar que el Caribe participa con el 83% (6.100 embarcaciones) y a su vez concentra el 70% de la oferta turística del país.

Las principales actividades del sector están asociadas a buceo, los paseos en barco, la pesca deportiva y el surf que representan el 60% de la oferta para el caribe colombiano. Según el Plan de Turismo Náutico, el litoral colombiano cuenta con recursos naturales y condiciones ambientales que les permitiría desarrollar el producto Turístico Náutico como oferta competitiva a nivel internacional no solo en la navegación y oferta de marinas, sino en el resto de productos náuticos que componen la industria: buceo, pesca deportiva, chárter náutico, vela ligera, windsurf y avistamientos.

En materia regional, Cartagena se destaca como líder en la industria náutica en el país, ya que cuenta con un total de 3.048 embarcaciones registradas, la mayor parte de instalaciones náuticas del país y una capacidad de amarre para 1.041 embarcaciones, lo que representa el 56,2% de la capacidad del país. A su vez el tejido empresarial náutico tiene un impacto importante en la economía de la región.

En este contexto, en la presente recopilación se decidió incluir como novedad al sector *Náutico*, con el ánimo de resaltar la labor que viene adelantando la Cámara de Comercio de Cartagena al interior de su jurisdicción, en la que ha propugnado por visibilizar las costumbres mercantiles que se han convertido en fuente de derecho en ese importante sector turístico y cultural, que de manera particular, incluyen un sin número de actividades náuticas cuya regulación se ha delegado a la costumbre.

Así encontramos las siguientes costumbres mercantiles:

- *En Cartagena de Indias D. T y C, es costumbre mercantil que las empresas que se encargan de la venta de paquetes turísticos que involucran el transporte en embarcaciones con fines recreativos, paguen una comisión a quienes contactan clientes para que accedan a los productos ofrecidos por las mismas. La comisión fluctúa entre un 5% y un 10% sobre el valor del paquete.*
- *En Cartagena de Indias D. T y C, es costumbre mercantil que las personas o empresas que se encargan del alquiler de yates privados, pidan a los clientes que cancelen el 50% del valor del servicio a la hora de contratarlo. El otro 50% del valor lo pagan el día antes del que pactaron para el uso del yate o ese mismo día.*

1.2. ANÁLISIS REGIONAL DE LA COSTUMBRE MERCANTIL

Como lo referimos en la publicación del año 2013, la estructura de la Red de Cámaras de Comer-

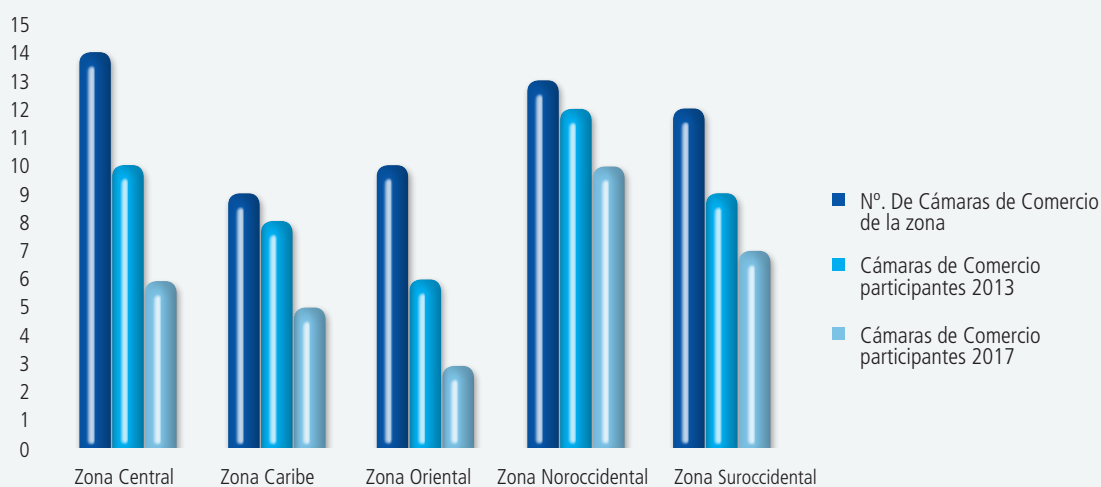
cio se encuentra agrupada en cinco grandes zonas del territorio colombiano, dentro de las cuales se cuenta con una Cámara de Comercio Coordinadora y un grupo numeroso de Cámaras medianas y pequeñas que integran cada zona de la siguiente manera:



Es de anotar que, para la presente recopilación, se contó con la participación de 31 Cámaras de

Comercio del país, tal como se puede apreciar en el siguiente gráfico:

Gráfica 6.



La revisión de las costumbres mercantiles a nivel regional se realizará con base en la información de 24 Cámaras de Comercio¹⁵, considerando que de las 31 Cámaras de Comercio que participaron de la recopilación, las Cámaras de Comercio de Buga, Dosquebradas, San José, Tuluá, Buenaventura, Girardot y Sincelejo informaron que durante el periodo 2013 – 2016 no contaron con nuevas costumbres

mercantiles. Así, el presente estudio tiene por objeto apreciar desde otro punto de vista, el comportamiento de las costumbres en cada una de las regiones de Colombia, con el propósito de identificar las prácticas más comunes al interior de cada una y el sector económico al que éstas pertenecen. Así, encontramos el siguiente panorama a nivel nacional para el periodo 2013 - 2016:

Cuadro 8.

Región	No. Costumbres Certificadas	Sector de la Economía							
		Comercio	Inmobiliario	Hotelero	Agricultura	Transporte	Financiero	Servicios	Náutico
Central	17	7	2	1	2	1	3	1	-
Caribe	18	4	4	5	-	1	2	-	2
Suroccidental	8	3	3	-	-	-	2	-	-
Noroccidental	29	7	10	6	-	1	-	5	-
Oriental	5	1	3	1	-	-	-	-	-
Total Nacional	77	22	22	13	2	3	7	6	2

¹⁵ El análisis se realiza con base en la información remitida por las Cámaras de Comercio de Bogotá, Duitama, Honda, Neiva, Barranquilla, Cartagena, Montería, Riohacha, Cali, Cartago, Tumaco, Sevilla, Medellín, Aburrá Sur, Magdalena Medio, Manizales, Oriente Antioqueño, Pereira, Quibdó, Santa Rosa de Cabal, Urabá, Bucaramanga, Aguachica y Barrancabermeja.

De este cuadro llama la atención, que la zona noroccidental es la región que mayor número de costumbres ha recopilado y certificado durante los últimos cuatro años, aportando un total de 29 costumbres de las 77 recopiladas a nivel nacional durante el mismo periodo, desplazando a la zona central, que en el estudio del año 2013, fue la región que más costumbres aportó, con un total de 173 de las 299 recopiladas al año 2012. Así mismo, se observa que esta zona es quien ha recopilado el mayor número de costumbres mercantiles en los sectores *Inmobiliario*, con 10 de 22 costumbres, *Hotelero* con 6 de 13 costumbres y *Servicios* con 5 de 6 costumbres.

Es de anotar que para esta oportunidad, la Costa Caribe es la segunda zona que más costumbres aporta a nivel nacional, con 18 recopiladas y certificadas en los últimos cuatro años, siguiendo la tendencia que marcó en el año 2013, en donde también ocupó el segundo lugar, con 47 costumbres recopiladas en los diferentes sectores económicos del País.

Respecto de las demás regiones, se aprecia el siguiente comportamiento en paralelo con el número de costumbres recopiladas hasta el año 2012:

Para la Red de Cámaras de Comercio, es fundamental continuar con el trabajo de identificar y recopilar las prácticas que han adoptado al interior de cada región los comerciantes del país en los dife-

Cuadro 9.

Región	No. Costumbres a 2012	No. Costumbres 2013 - 2016
Central	173	17
Caribe	47	18
Suroccidental	30	8
Noroccidental	26	29
Oriental	23	5
Total Nacional	299	77

rentes sectores económicos en los que desempeñan sus actividades y transacciones; para este efecto, con el presente análisis queremos visibilizar los avances que ha tenido cada región durante los últimos cuatro años, y como ya lo anunciamos, identificar el sector más sobresaliente de la región y dentro de éste, la costumbre mercantil más practicada.

1.2.1. Zona Central

La zona central contó con la participación de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Duitama, Honda y Neiva, las cuales recopilaron y certificaron un total de 17 costumbres mercantiles durante el periodo 2013 – 2016, en todos los sectores económicos propuestos al inicio del documento, con excepción del sector *Náutico*, en donde no se encontró ninguna costumbre mercantil, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Cuadro 10.

Zona Central	No. Costumbres Certificadas	Sector de la Economía							
		Comercio	Inmobiliario	Hotelero	Agricultura	Transporte	Financiero	Servicios	Náutico
CC Bogotá	8	4	-	-	-	-	3	1	-
CC Duitama	1	-	1	-	-	-	-	-	-
CC Honda	4	2	-	-	2	-	-	-	-
CC Neiva	4	1	1	1	-	1	-	-	-
Total Nacional	17	7	2	1	2	1	3	1	-

Como se observa, en la zona central, el sector económico en el que se recopilaban y certificaron más costumbres en los últimos cuatro años, es el sector *Comercio* con siete prácticas adoptadas por los comerciantes residentes en las jurisdicciones de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Honda y Neiva, en relación con la regulación de prácticas relacionadas con dos contratos:

- *Contratos de compraventa de vehículos nuevos y usados.*
- *Contratos de compraventa de motocicletas.*

Es de anotar que de las 17 costumbres recopiladas al interior de esta zona, no existe alguna que sea común entre las Cámaras de Comercio que hacen parte de misma. Sin embargo, es importante rescatar, que esta región en relación con la recopilación del año 2013, aportó nuevas costumbres mercantiles en los sectores *Comercio, Agricultura y Financiero*:

Sector Comercio:

- *En los contratos de compraventa de vehículos nuevos de servicio público, es costumbre mercantil que el vendedor entregue al comprador los siguientes accesorios: llanta de repuesto y un (1) duplicado de la llave de encendido.*
- *En los contratos de compraventa de vehículos usados de servicio público, es costumbre mercantil que el vendedor entregue al comprador la llanta de repuesto.*
- *En los contratos de compraventa de vehículos nuevos de servicio particular, es costumbre mercantil que el vendedor entregue al comprador los siguientes accesorios: llanta de repuesto, un (1) duplicado de la llave de encendido y tapetes.*
- *En los contratos de compraventa de vehículos usados de servicio particular, es costumbre mercantil que el vendedor entregue al comprador los siguientes accesorios: llanta de repuesto y tapetes.*

- *Es costumbre mercantil que dentro del valor total que se cancela por la compra de una motocicleta, este valor incluya las revisiones técnicas.*
- *Es costumbre mercantil que el número de revisiones gratis que se incluyen dentro del valor total que se cancela por la compra de una motocicleta, son mínimo tres (3).*

Sector Agricultura, Ganadería y Pesca

- *Es costumbre mercantil en la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Honda, que los compradores de café que realizan descuento por la compra de café descerezado y lavado (café mojado) hagan una rebaja del 50%.*
- *Es costumbre mercantil en la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Honda, que los distribuidores de los productos agrícolas incluyan la asesoría técnica por la compra de los productos.*

Sector Actividades Financieras y de Seguros

- *En el desarrollo contable y financiero de la empresa, se utiliza el término EBITDA, éste se usa para cualquiera de los siguientes propósitos:*
 - Valoración de empresas.
 - Análisis del Valor generado en la empresa.
 - Determinación de las ganancias o la utilidad obtenida por la empresa o proyecto.
 - Otorga información de mejor calidad en cuanto al funcionamiento del área de negocios en la que participa la empresa, en comparación con la información que se obtiene mirando sólo el resultado del ejercicio.
 - Medida de rentabilidad y por lo tanto un indicador que permite aproximarse al valor de una empresa.
 - Medir el desempeño de las empresas.
- *En el desarrollo contable y financiero de la empresa, se utiliza el término EBITDA se refiere a las ganancias antes de los intereses, los impuestos, las depreciaciones y las amortizaciones.*

- Existe la costumbre mercantil de sujetar los derechos y obligaciones que se derivan de las cartas de crédito en los contratos de compraventa internacional de mercaderías a las reglas y los usos uniformes adoptados por la Cámara de Comercio Internacional en el folleto 600.

Sector otros servicios

- Es costumbre mercantil que en los contratos de licencia, fabricación, mantenimiento y soporte de software el proveedor, cuando actualiza el programa, también actualice los manuales técnicos y de usuario a la última versión del código fuente, sin que se genere erogación adicional.

Finalmente, con base en la información del año 2012 y la recopilada durante los años 2013, 2014,

2015 y 2016; encontramos que en la zona central, la costumbre mercantil más certificada pertenece al sector *Inmobiliario* y es la relativa al “Pago del canon de arrendamiento de establecimientos de comercio en mensualidades anticipadas dentro de los primeros 5 días de cada mes”, certificada por las Cámaras de Comercio de Bogotá, Girardot, Duitama, Sur y Oriente del Tolima, Florencia y Honda.

1.2.2. Zona Caribe

La Zona Caribe conformada por un total de 9 Cámaras de Comercio, para la presente recopilación contó con la participación de las Cámaras de Comercio de Barranquilla, Cartagena, Montería y la Guajira, quienes recopilaron y certificaron un total de 18 costumbres mercantiles en los sectores *Comercio, Inmobiliario, Hotelero, Transporte, Financiero y Náutico*; de la siguiente manera:

Cuadro 11.

Zona Caribe	No. Costumbres Certificadas	Sector de la Economía							
		Comercio	Inmobiliario	Hotelero	Agricultura	Transporte	Financiero	Servicios	Náutico
CC B/quilla	1	1	-	-	-	-	-	-	-
CC Cartagena	2	-	-	-	-	-	-	-	2
CC Montería	12	3	2	4	-	1	2	-	-
CC La Guajira	3	-	2	1	-	-	-	-	-
Total Nacional	18	4	4	5	-	1	2	-	2

La Zona Caribe, como es de esperarse, en los últimos cuatro años ha certificado el mayor número de costumbres mercantiles al interior del sector *Hotelero*, con 5 prácticas adoptadas de manera particular por los comerciantes que hacen parte de las jurisdicciones de las Cámaras de Comercio de Montería y la Guajira, de las cuales, cuatro se suman a las prácticas que desde hace varios años se vienen practicando en otras zonas del país, en relación con:

- La hora de salida hotelera o check out en los hoteles a las 3:00 p.m.
- Pago de comisión a operadores profesionales de congresos, eventos y ferias, agencias de viaje por

parte del sector hotelero, cuando éste proporcione turistas en calidad de huéspedes.

- Exigibilidad de garantías a huéspedes al momento de registro al hotel, para asegurar el pago de los productos y servicios recibidos.
- La cancelación de la reserva hotelera sin ningún costo para el cliente, cuando ésta se realiza con 24 horas de anticipación a la fecha señalada para el ingreso o check in.

En esta oportunidad, tampoco se hallaron costumbres comunes entre las Cámaras de Comercio de la zona, no obstante, se evidenció que entre el perio-

do 2013 – 2016, se adoptaron las siguientes nuevas prácticas por parte de los comerciantes de la región, en relación con temas propios de los sectores *Inmobiliario, Hotelero, Financiero y Náutico*.

Sector Inmobiliario

- *Porcentaje de incremento del canon en los contratos de arrendamiento en los locales comerciales en montería en un 15%.*

Sector Hotelero

- *En la ciudad de Riohacha-La Guajira en el sector hotelero existe costumbre mercantil de no exigir al huésped, al momento del registro en el hotel, un voucher o comprobante de tarjeta de crédito como depósito para asegurar el pago de los consumos o servicios.*

Sector Actividades Financieras y de Seguros

- *En el sector asegurador se da el pago de comisión a corredores de seguros según los ramos y tarifas establecidas en sus sistemas de riesgos.*

Sector Náutico

- *Es costumbre mercantil que las empresas que se encargan de la venta de paquetes turísticos que involucran el transporte en embarcaciones con fines recreativos, paguen una comisión a quienes contactan clientes para que accedan a los productos ofrecidos por las mismas. La comisión fluctúa entre un 5% y un 10% sobre el valor del paquete.*
- *Es costumbre mercantil que las personas o empresas que se encargan del alquiler de yates privados,*

pidan a los clientes que cancelen el 50% del valor del servicio a la hora de contratarlo. El otro 50% del valor lo pagan el día antes del que pactaron para el uso del yate o ese mismo día.

Es de destacar que la Caribe, es la única zona de Colombia, en donde en los últimos años se han recopilado costumbres relativas a actividades propias del sector náutico, situación que se explica en consideración a que los lugares en donde ejercen jurisdicción las Cámaras de esta zona, en su mayoría pertenecen a municipios o ciudades costeras.

Finalmente, encontramos que en esta zona, de acuerdo con las prácticas recopiladas y certificadas hasta el año 2016 por las Cámaras de Comercio que conforman la región, la costumbre mercantil más extendida pertenece al sector *Inmobiliario* en relación con la *“Comisión entre el 8% y 10% por la administración de inmuebles dados en arrendamiento en el área urbana y rural”*, certificada por las Cámaras de Comercio de Cartagena, Barranquilla, Sincelejo, Santa Marta y Montería.

1.2.3. Zona Suroccidental

Esta región del país conformada por los departamentos de Valle del Cauca, Cauca, Nariño y Putumayo; contó con la participación de las Cámaras de Comercio de Cali, Cartago, Tumaco y Sevilla, quienes a lo largo de los años 2013, 2014, 2015 y 2016; recopilaron un total de 8 costumbres mercantiles en los sectores *Comercio, Inmobiliario y Financiero*, de la siguiente manera:

Cuadro 12.

Zona Suroccidente	No. Costumbres Certificadas	Sector de la Economía							
		Comercio	Inmobiliario	Hotelero	Agricultura	Transporte	Financiero	Servicios	Náutico
CC Cali	3	-	1	-	-	-	2	-	-
CC Cartago	2	1	1	-	-	-	-	-	-
CC Tumaco	1	-	1	-	-	-	-	-	-
CC Sevilla	2	2	-	-	-	-	-	-	-
Total Nacional	8	3	3	-	-	-	2	-	-

Como se observa, en esta zona el sector *Comercio* e *Inmobiliario*, son los predominantes en la región suroccidental, con tres costumbres recopiladas en los cuatro últimos años cada uno, entre las cuales, se destacan prácticas relacionadas con el contrato de compraventa de bienes muebles y las condiciones para la ejecución de contratos de arrendamiento sobre establecimientos de comercio, las cuales al año 2012, ya habían sido recopiladas por otras Cámaras de Comercio del país.

Esta zona no contó con costumbres mercantiles comunes para la vigencia 2013 – 2016, sin embargo, al panorama nacional, el suroccidente aporta dos nuevas prácticas adoptadas al interior de los sectores *Comercio* y *Financiero*, particularmente para los comerciantes pertenecientes a las jurisdicciones de las Cámaras de Comercio de Sevilla y Cali.

Sector Comercio

- *Apertura de los establecimientos de comercio al público domingos y festivos.*

Sector Actividades Financieras y de Seguros

- *Sujetar los derechos y obligaciones que se derivan de las cartas de crédito en los contratos de*

compraventa internacional de mercaderías a las reglas y los usos uniformes adoptados por la Cámara de Comercio Internacional en el folleto 600.

Así las cosas, y con base en la información recopilada hasta el año 2016; encontramos que en la zona suroccidental, la costumbre mercantil más certificada pertenece al sector *Hotelero* y es la relativa a *“La hora de salida hotelera o check out en los hoteles a las 3:00 p.m.”*, certificada por las Cámaras de Comercio de Pasto, Ipiales y Cali.

1.2.4. Zona Noroccidental

Como lo anotamos al inicio de este análisis, la zona noroccidental contó con una nutrida participación de las Cámaras de Comercio que la integran, logrando la recopilación de las prácticas comerciales de las Cámaras de Comercio de Medellín, Aburrá Sur, Magdalena Medio, Manizales, Oriente Antioqueño, Pereira, Chocó, Santa Rosa de Cabal y Urabá. Así mismo, el noroccidente es la región que mayor número de costumbres ha recopilado y certificado entre el 2013 y el 2016, aportando un total de 29 costumbres de las 77 recopiladas a nivel nacional, todas en los sectores *Comercio*, *Inmobiliario*, *Hotelero*, *Transporte* y *Servicios*, tal como se aprecia en el siguiente cuadro:

Cuadro 13.

Zona Noroccidente	No. Costumbres Certificadas	Sector de la Economía							
		Comercio	Inmobiliario	Hotelero	Agricultura	Transporte	Financiero	Servicios	Náutico
CC Medellín	7	1	2	-	-	-	-	4	-
CC Aburrá Sur	3	1	2	-	-	-	-	-	-
CC Magdalena Medio	3	1	1	1	-	-	-	-	-
CC Manizales	1	-	-	-	-	-	-	1	-
CC Oriente Antioqueño	1	-	1	-	-	-	-	-	-
CC Pereira	6	1	-	4	-	1	-	-	-
CC Chocó	5	3	2	-	-	-	-	-	-
CC Santa Rosa de Cabal	2	-	1	1	-	-	-	-	-
CC Urabá	1	-	1	-	-	-	-	-	-
Total Nacional	29	7	10	6	-	1	-	5	-

Sin duda, el sector predominante en la región Noroccidental es el *Inmobiliario*, con un total de 10 costumbres recopiladas y certificadas por el 80% de las Cámaras de Comercio de la zona, con excepción de las Cámaras de Comercio de Manizales y Pereira que no recopilaron costumbres relacionadas con este tipo de actividades.

De las costumbres recopiladas al interior de este sector en el periodo 2013 - 2016, es importante resaltar que las prácticas allí contenidas, en su mayoría son costumbres que hasta el año 2012 ya habían sido recopiladas por otras Cámaras de Comercio del país, en relación con los siguientes temas:

- *En los contratos de compraventa el vendedor asume la obligación de entregar al comprador el bien a paz y salvo por concepto de impuesto predial, servicios públicos, cuotas de administración, valorizaciones, entre otras obligaciones.*
- *Comisión del 3% por intermediación en compraventa de bienes inmuebles.*

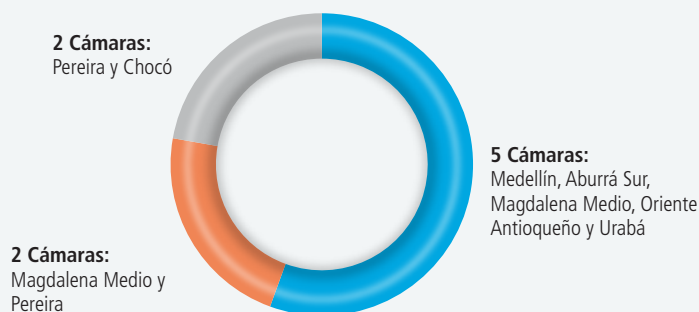
- *Comisión entre el 8% y 10% por la administración de inmuebles dados en arrendamiento en el área urbana y rural.*
- *Cobro a los nuevos arrendatarios o propietarios de una comisión única del 10% al 20% sobre el primer canon de arrendamiento, por parte de las agencias de arrendamiento que los administran.*
- *Pago anticipado dentro de los primeros 5 días de cada mes, del canon de arrendamiento de vivienda urbana y de establecimientos de comercio.*

Es de resaltar que la zona noroccidental tiene una característica importante en relación con las demás zonas del país, ya que es la única región de Colombia que para el periodo 2013 – 2016, obtuvo un total de tres costumbres mercantiles comunes entre las Cámaras que la conforman. Así, el Noroccidente obtuvo costumbres comunes en los sectores *Inmobiliario*, *Hotelero* y *Comercio*, de la siguiente manera:

Gráfica 7.

Costumbres comunes en la Zona Noroccidental

- Comisión del 3% por intermediación en compraventa de inmuebles urbanos, y del 3% al 5% en inmuebles rurales.
- La hora de salida hotelera o check out en los hoteles a las 3p.m.
- Cambio de medicamentos próximos a expirar o vencidos sin onerosidad alguna.



De lo anterior, es pertinente concluir que la costumbre más importante de la zona noroccidental es la *“Comisión del 3% por intermediación en compraventa de bienes inmuebles”*, pues a lo largo de los años se ha consolidado como una práctica generalizada, que a la fecha, es certificada por 9 de las 13 Cámaras de Comercio que conforman la región, siendo por tanto, una práctica común entre los comerciantes que intermedian en la comercialización de bienes inmuebles, en las jurisdicciones de las Cámaras de Comercio de Armenia, La Dorada, Manizales, Oriente Antioqueño, Aburrá Sur, Pereira, Magdalena Medio, Medellín y Urabá, es decir, en el 70% de la región.

Finalmente, es importante señalar que esta zona para el periodo 2013 – 2016, aporta siete nuevas prácticas en los sectores *Comercio, inmobiliario, Hotelero, Transporte y Servicios*, así:

Sector Comercio

- *Reconocimiento mensual del diez por ciento (10%) que se estipula para que el vendedor recupere el Artículo dado bajo la figura de compraventa con pacto de retroventa.*
- *Pago de impuestos de rentas departamentales y el registro del contrato de compraventa de un establecimiento de comercio en la Cámara de Comercio, en los municipios donde se cuenta con jurisdicción.*
- *Es costumbre que entre proveedores, distribuidores mayoristas y minoristas de productos lácteos, se realice el cambio de estos, próximos a expirar sin onerosidad alguna.*

Sector Inmobiliario

- *Las agencias de arrendamiento, cuando realizan la labor de administración de inmuebles suscriben una póliza de seguros para amparar los daños que pueda sufrir el inmueble.*

Sector Hotelero

- *Es costumbre mercantil que los servicios que incluye la tarifa del contrato de alojamiento es el costo*

de la habitación, agua caliente, televisor, baño privado y cama doble.

Sector Transporte

- *Es costumbre mercantil la compra y venta del cupo asignado a empresas de transporte público colectivo de pasajeros, entre los propietarios de los vehículos.*

Sector Servicios

- *Los términos soporte, mantenimiento y actualización de software corresponden a servicios claramente diferenciados ofrecidos a los clientes, y las siguientes definiciones sirven para determinar el sentido de dichas palabras o frases técnicas y para interpretar los actos y convenios mercantiles que los contengan:*

- *Soporte de software: es el servicio que se presta a un cliente para la implementación adecuada, funcionamiento, capacitación y solución de problemas sobre un producto o aplicativo.*
- *Mantenimiento de software: es el conjunto de revisiones, acciones y adecuaciones necesarias que tienden a corregir las aplicaciones, optimizando su funcionamiento.*
- *Actualización de software: es la mejora continua a través de nuevas versiones del mismo, que tiende a optimizar su funcionamiento con mejoras técnicas o nuevas adaptaciones a los aplicativos desarrollados por necesidades del mercado, legales o del cliente.*

1.2.5. Zona Oriental

La zona oriental conformada por un total de 10 Cámaras de Comercio, para la presente recopilación contó con la participación de las Cámaras de Comercio de Bucaramanga, Aguachica y Barrancabermeja, quienes recopilaron y certificaron un total de 5 costumbres mercantiles en los sectores *Comercio, Inmobiliario y Hotelero*; de la siguiente manera:

Cuadro 14.

Zona Oriental	No. Costumbres Certificadas	Sector de la Economía							
		Comercio	Inmobiliario	Hotelero	Agricultura	Transporte	Financiero	Servicios	Náutico
CC B/manga	2	-	2	-	-	-	-	-	-
CC Aguachica	1	-	-	1	-	-	-	-	-
CC B/bermeja	2	1	1	-	-	-	-	-	-
Total Nacional	5	1	3	1	-	-	-	-	-

Como se observa, en esta zona el sector *Inmobiliario* es el predominante en la región, con 3 costumbres recopiladas en los cuatro últimos años, entre las cuales, se destacan prácticas relacionadas con el contrato de compraventa de bienes muebles y el arrendamiento sobre establecimientos de comercio. Entre ellas, encontramos las siguientes costumbres que, en el estudio realizado en el año 2013, habían sido recopiladas por otras Cámaras de Comercio, y que para el presente año, su práctica se extiende a la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Bucaramanga:

- *En los contratos de compraventa el vendedor asume la obligación de entregar al comprador el bien a paz y salvo, por concepto de impuesto predial, servicios públicos, cuotas de administración, valorizaciones, entre otras obligaciones.*
- *En los contratos de compraventa de inmuebles, el pago de los gastos notariales se asume por el comprador y vendedor en partes iguales.*

En esta zona, no existen para la vigencia 2013-2016 costumbres mercantiles comunes, sin embargo, encontramos que en el oriente, se certifica una nueva práctica para el sector *Inmobiliario*, y de manera particular para los comerciantes pertenecientes a la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Barrancabermeja, relacionada con la:

- *Parametrización de los cánones de arrendamiento de locales comerciales en la ciudad de Barrancabermeja, el corregimiento el Centro y los municipios que hacen parte de la jurisdicción de esta Cámara de Comercio.*

Finalmente, de acuerdo con las prácticas recopiladas y certificadas hasta el año 2016 por las Cámaras de Comercio que conforman la región, es de advertir que al interior de la zona oriental, no se cuenta con una costumbre mercantil que predomine entre las demás. Sin embargo, presentamos las prácticas que a la fecha, son las más comunes para las Cámaras de Comercio del oriente del país:

- *En los contratos de compraventa de inmueble, el pago del impuesto de registro y del registro de la escritura pública de compraventa en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos, es asumido por el comprador del respectivo inmueble.*

Sector Inmobiliario - Certificada las Cámaras de Comercio de Barrancabermeja y Cúcuta.

- *Pago anticipado del canon de arrendamiento de vivienda urbana y establecimientos de comercio dentro de los primeros 5 días de cada mes.*

**Sector Inmobiliario -
Certificada por las Cámaras de
Comercio de Bucaramanga y Arauca.**

- *Pago del arriendo de las inmobiliarias a los propietarios por mensualidades vencidas.*

**Sector Inmobiliario - Certificada por las
Cámaras de Comercio de Bucaramanga y
Cúcuta.**

- *La hora de salida hotelera o check out en los hoteles a las 3:00 p.m.*

**Sector Hotelero - Certificada por las
Cámaras de Comercio de Barrancabermeja
y Aguachica.**

- *Reembolso del valor del tiquete cuando se realiza el desistimiento con anterioridad al viaje, en el transporte de terrestre intermunicipal.*

**Sector Transporte - Certificada por las
Cámaras de Comercio de Aguachica y
Arauca.**

2. La Costumbre Mercantil. Un reto del Sector Cameral.

Gustavo Andrés Piedrahíta F.¹⁶
Cámara de Comercio de Bogotá

Un derecho mercantil moderno y actual debe encontrar su fundamento a partir de los usos y prácticas de los comerciantes, recogiendo sus comportamientos y manifestaciones y llenando con ellos los vacíos contractuales y legales.

Para llevar a cabo esa labor, el legislador ha abrogado a las Cámaras de Comercio un rol fundamental, el cual se encuentra establecido tanto en el artículo 86 del Código de Comercio, como en el artículo 4° del Decreto 2042 de 2014.¹⁷

En ambos compendios normativos aparece una actividad que, si bien ha sido poco desarrollada por los entes camerales, goza de reconocida importancia dentro del ordenamiento jurídico colombiano y específicamente dentro del derecho comercial, la denominada “costumbre mercantil”.

Los artículos a los que se hiciera alusión inicialmente, otorgan a las Cámaras de Comercio precisa-

mente esa labor tendiente a recopilar y certificar las costumbres mercantiles de los lugares que integran su jurisdicción, las cuales a voces del artículo 3° del Código de Comercio deben ser uniformes, públicas y reiteradas.

Es de tal importancia la figura de la costumbre mercantil que no sólo es reconocida como fuente del derecho, sino que además, en caso de cumplir con los requisitos legales, tiene la misma autoridad que la ley comercial.

No obstante lo anterior, y a pesar de la importante labor que cumplen las Cámaras de Comercio en el ejercicio de recopilar y certificar las costumbres mercantiles, cierto es que la actividad es cada vez menos desarrollada y que los entes camerales no están cumpliendo con este significativo deber legal.

En efecto, durante el año 2017, la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio –Confecámaras– se dio a la tarea de consultar a las cincuenta y siete (57) Cámaras de Comercio del país, en busca de determinar cómo se ha avanzado en la labor de certificar costumbres mercantiles, para lo cual además solicitó se tuvieran en cuenta sólo aquellas certificadas en los rangos comprendidos entre 2013 y 2016.

El resultado entregado es, por decirlo menos, sorprendente y demuestra la pasividad del sector

¹⁶ Abogado egresado de la Universidad de la Sabana. Especialista en Derecho Ambiental, Comercial y Financiero y Candidato a Magister en Derecho. Actualmente se desempeña como Director de Asesoría Jurídica y Defensa Judicial de la Cámara de Comercio de Bogotá.

¹⁷ Compilado posteriormente en el Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del sector Comercio, Industria y Turismo.

cameral frente a esta actividad, toda vez que de la información reportada se evidencia que, dentro del periodo de tiempo comprendido, sólo se han certificado setenta y siete costumbres a lo largo del territorio nacional.

Este dato, que no es menor, resulta aún más alarmante si se considera que la Cámara de Comercio de Bogotá, que es la entidad cameral que más prácticas ha certificado a lo largo de su historia, tiene un consolidado de apenas setenta y ocho costumbres certificadas, número que incluso tampoco es satisfactorio.

Aun cuando el resultado es precario cuantitativamente, al realizar un análisis detallado de la información se pueden abordar interesantes conclusiones que de cierta manera muestran el derrotero de la costumbre mercantil en Colombia.

Así por ejemplo, el sector comercio es uno de los sectores que más costumbres arrojan con un total de veintidós (22) costumbres mercantiles certificadas durante los últimos años y en las que la zona noroccidental, específicamente las Cámaras de Medellín para Antioquia, Aburrá Sur, Magdalena Medio, Chocó y Pereira con once (11) costumbres mercantiles son las que más prácticas han logrado certificar, seguidas de cerca por la zona norte en donde las Cámaras de Bogotá, Honda y Neiva han logrado obtener siete (7) certificaciones.

Cabe rescatar la costumbre certificada por la Cámara de Comercio de Bogotá la cual reguló en este ramo, el deber de los vendedores de vehículos de servicio público o privado de entregar al momento de la venta del bien, la llanta de repuesto, sin importar si el automotor que se compra es nuevo o usado.

El sector inmobiliario a su vez aporta veintidós (22) costumbres mercantiles certificadas en el periodo analizado, lideradas una vez más por la zona noroccidental con un total de diez (10) certificaciones y en las que predomina las relacionadas con el pago de la remuneración al corredor o el pago de los cánones de arrendamiento.

El sector hotelero también cuenta con presencia en la información recopilada con trece (13) costumbres mercantiles, casi todas ellas por Cámaras de Comercio ubicadas en lugares que por antonomasia resultan turísticos y que redundan principalmente en aspectos referentes a la reserva hotelera y a los horarios del *check in* y el *check out*, entre otros.

Los señalados, son los tres sectores que más participación han tenido en la recopilación y certificación de costumbres mercantiles, sin dejar de lado otros como la agricultura, la ganadería, servicios o el transporte, que aunque en menor medida, también tienen relevancia en el estudio.

De ellos cabe destacar en el ramo del sector servicios, las costumbres relacionadas con los contratos de franquicia que certificó la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia en las que se impone al franquiciante la obligación de capacitar al franquiciado y darle entrenamiento permanente en aras de transmitirle su *know how*, o aquellas en las que se obliga al franquiciante a entregar un manual escrito o virtual de las operaciones y procedimientos propios del negocio.

Ahora bien, teniendo en cuenta que uno de los aspectos esenciales de esta fuente del derecho es su circunscripción regional, lo cual implica la facultad de certificar costumbres mercantiles que tienen las Cámaras de Comercio únicamente en el lugar de su jurisdicción, llama mucho la atención encontrar en el estudio realizado por la Confederación, que existen prácticas comunes que distintas Cámaras de manera independiente han certificado.

Esto, puede evidenciar que por más que el ingrediente principal de una costumbre mercantil radique en su "localidad", existen prácticas que son llevadas a cabo en todo el territorio nacional y que por consiguiente no sería descabellado pensar en la posibilidad que la Confederación promoviera una certificación de costumbres nacionales, en la cual, cada Cámara de Comercio podría estudiar independientemente, pero que fuera certificada por cada una de ellas de manera paralela.

Ejemplos de lo anterior podrían ser el pago de la comisión en la compraventa de vehículos usados, la cual se encuentra certificada de manera uniforme por las Cámaras de Comercio de Barrancabermeja, Medellín para Antioquía, Montería y Neiva, estableciendo incluso el mismo porcentaje del tres por ciento (3%) en algunas de ellas.

La entrega a paz y salvo del inmueble vendido por concepto de prediales, impuestos y servicios públicos es otra práctica que ha sido certificada de manera independiente, pero uniforme por algunas Cámaras de Comercio dentro de las que se encuentran la de Aburrá Sur, Bucaramanga y la Guajira, la cual es otra posible práctica que podría pensarse se lleve a cabo de manera común.

En el año 2016, la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá aprobó la certificación de una costumbre mercantil que fácilmente podría ser tomada como un modelo para ser certificada por todas las demás Cámaras, en tanto que su naturaleza deviene de un sector y una problemática común.

En efecto, menciona la señalada práctica que “En Bogotá, es costumbre mercantil que en los contratos de licencia, fabricación, mantenimiento y soporte de software el proveedor, cuando actualiza el programa, también actualice los manuales técnicos y de usuario a la última versión del código fuente, sin que se genere erogación adicional.”¹⁸

Es claro que el sector servicios y de manera particular los relacionados con software y TI, no recogen propiamente actuaciones de los comerciantes locales, sino que se enmarca en una práctica incluso global, razón por la que no es descartable que esta práctica tal como se lleva a cabo en la ciudad de Bogotá, se realice de la misma manera en todo el territorio nacional, encontrando por consiguiente que dable sería pensar en que todas las Cámaras, luego de aplicar la metodología que tengan para el efecto, puedan certificarla.

En este aspecto, algo se ha avanzado y específicamente la zona noroccidental es ejemplo en certificación de prácticas comunes, al menos regionalmente hablando. Así, la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquía tiene certificada una costumbre que aplica para todo el departamento antioqueño en la cual en la compraventa de bienes inmuebles el vendedor paga una comisión sobre el valor del inmueble del 3%, tratándose de inmuebles rurales.

Es claro que cada región del país tiene usos y prácticas diferentes y no podría pensarse en que las actuaciones de los comerciantes sean iguales para todos los sectores en todas las regiones del territorio nacional.

Empero lo anterior, existen sectores como el hotelero, el inmobiliario o el de servicios, por ejemplo, en los que valdría la pena explorar la manera de quienes ejercen el comercio ya que probablemente no se encontrarán sustanciales diferencias que permitirían a futuro un estudio más profundo que rescate la uniformidad de las prácticas.

Apartándose del interesante estudio que la Confederación de Cámaras de Comercio realizó y del cual se rescata la diversidad de prácticas locales y la tendencia a la uniformidad en algunos sectores, lo cierto es que las Cámaras de Comercio aún tienen una deuda pendiente con el ordenamiento jurídico, en tanto que no se está cumpliendo satisfactoriamente con el deber legal de recopilar y certificar las costumbres locales.

El número que arroja el estudio de setenta y siete (77) costumbres certificadas dentro de los últimos tres años por treinta y una (31) de las cincuenta y siete (57) Cámaras del país, resultaría en principio muy bajo, máxime si se tiene en cuenta que el Código General del Proceso le da a la certificación que hacen las Cámaras el estatus de medio de prueba dentro de un proceso judicial, al que pueden acceder las personas que quieren probar la existencia de alguna práctica.

No resulta tampoco descartable que la carencia de certificaciones por parte de las Cámaras de

¹⁸ Cámara de Comercio de Bogotá. Costumbre Mercantil No. C-6.

Comercio se deba a una excesiva regulación, en la que el legislador poco deja al actuar de los comerciantes y que en la medida en que todo se encuentre reglado, la costumbre mercantil pierda vigencia.

De cualquier manera y sin perjuicio de que esta premisa sea cierta, es preciso que las Cámaras de Comercio desarrollen con más ímpetu esta función, la cual seguramente en el avatar del día a día y de la operación resulta relegada y no se le brinda la importancia que requiere.

La flexibilidad de la norma frente a la metodología de certificación y la poca inversión de recursos que esto requiere, son elementos que juegan a favor y que deberían ser aprovechados por las Cámaras de Comercio en la intensificación de esta labor, la cual en todo caso debe hacerse garantizando el cumplimiento de los requisitos legales de uniformidad, publicidad y reiteración traídos por el Código de Comercio, más aún cuando existen iniciativas legislativas que buscan sancionar a los entes camerales por el no cumplimiento de sus funciones.

The background features several overlapping, curved, abstract shapes in shades of blue and yellow. A large, dark blue shape dominates the upper right, with lighter blue and yellow shapes curving around it from the left and bottom. The text is centered within the dark blue area.

SEGUNDA PARTE

**El aporte de la academia
a la Costumbre Mercantil**

1. Concurso de ensayos sobre el “Reconocimiento y aplicación de la costumbre mercantil por jueces y árbitros”.

Introducción

De conformidad con el numeral 5° del artículo 86 del Código de Comercio, las Cámaras de Comercio ejercerán la función de “(...) Recopilar las costumbres mercantiles de los lugares correspondientes a su jurisdicción y certificar sobre la existencia de las recopiladas (...)”.

Adicionalmente, el numeral 4° del artículo 2.2.2.38.1.4 del Decreto 1074 de 2015 que compila todas las normas de carácter reglamentario que rigen el sector comercio, industria y turismo, enuncia de nuevo como funciones de las Cámaras de Comercio: “(...) Recopilar y certificar la costumbre mercantil mediante investigación realizada por cada Cámara de Comercio dentro de su propia jurisdicción. La investigación tendrá por objeto establecer las prácticas o reglas de conducta comercial observadas en forma pública, uniforme, reiterada y general, siempre que no se opongan a normas legales vigentes (...)”.

Obsérvese que a las Cámaras de Comercio se les da una doble facultad respecto a la costumbre mercantil:

recopilar las prácticas locales que se desarrollen dentro de su territorio, y certificar la existencia de las mismas, las dos funciones son distintas, no obstante, ambas se encuentran unidas, toda vez que la certificación dependerá del desarrollo de la recopilación.

El legislador definió la jurisdicción de las Cámaras de Comercio, y particularmente, para la Cámara de Comercio de Bogotá, comprende la capital más 59 municipios, donde desarrollan sus funciones y programas.

La Cámara de Comercio de Bogotá – CCB, ha trabajado arduamente en el cumplimiento de sus funciones de: recopilación y certificación de las prácticas locales del lugar de su jurisdicción, lo cual ha permitido que hoy en día cuente con 79 costumbres mercantiles en diferentes sectores, dentro de los que destacan: inmobiliario, comercial, informático, transporte, automotor, financiero, etc.

Junto a la labor investigativa, la Cámara de Comercio de Bogotá ha adelantado difusiones académicas en diferentes escenarios, buscando que la costumbre mercantil cobre la importancia fundamental en las distintas relaciones jurídicas como fuente de derecho.

Para el año 2017, diseñó un concurso dirigido a estudiantes universitarios de la ciudad de Bogotá entre 18 y 25 años de la carrera de derecho o profesiones afines, para que presentaran hasta el 1° de septiembre de 2017, un ensayo sobre el "Reconocimiento y aplicación de la costumbre mercantil por jueces y árbitros".

Para promocionar el concurso, la CCB realizó diferentes campañas a través de redes sociales, medios digitales, publicaciones, visitas presenciales, buscando siempre cautivar a la audiencia estudiantil.

Como resultado, se recibieron un total de 47 ensayos, dentro de los cuales 3 de ellos se destacaron notablemente según el jurado del concurso¹⁹ por su esfuerzo en la investigación, la manera de exponer sus ideas, y su correcta ortografía y redacción.

A continuación, presentamos estos escritos por el aporte significativo que brindan tanto a estudiantes, abogados, empresarios y todas a aquellas entidades que, busquen enriquecer y actualizar sus conocimientos en materia de costumbre mercantil.

¹⁹ El Comité de Costumbre Mercantil es un órgano de consulta, de origen académico integrado por colaboradores de la CCB y reconocidos abogados y docentes de las universidades, que brinda apoyo jurídico en la función de recopilar y certificar costumbres mercantiles a la Cámara de Comercio de Bogotá.

La prueba oficiosa de la Costumbre Mercantil *

* Ana Milena Quintín González,
Universidad Nacional de Colombia -
Primer puesto

1. Introducción

Cada fuente de derecho tiene una complejidad propia e inherente en cuanto a su operatividad, y la costumbre mercantil no es la excepción. Sin embargo, a diferencia de las demás fuentes del derecho (ley, jurisprudencia, doctrina, principios generales) la costumbre mercantil adolece de una complejidad adicional: necesita ser probada dentro de un proceso judicial o arbitral.

Lo anterior hace que el entendimiento de la costumbre mercantil esté impregnado tanto por consideraciones jurídicas (al ser fuente de derecho) como de consideraciones fácticas (al ser un conjunto de prácticas públicas, uniformes y reiteradas), lo cual genera fuertes interrogantes en materia probatoria: como fuente de derecho, ¿debe ser aplicada inexcusablemente por el juez que conoce de determinado caso, lo cual justificaría la posibilidad de decretar pruebas de oficio?, o al ser una cuestión fáctica, ¿depende su aplicación de la carga probatoria que incumbe a las partes bajo el artículo 167 del Código General del Proceso (CGP)?

Como en muchas otras cuestiones jurídicas, una posición intermedia resulta deseable, y la exposición de la misma será el objeto del presente escrito, con la finalidad de responder a la siguiente pregunta: ¿deben los jueces o árbitros decretar pruebas de oficio

para acreditar la existencia de una costumbre mercantil aplicable al caso concreto?

2. Las pruebas de oficio y la determinación del derecho aplicable

En la actualidad se encuentra plenamente aceptada la posibilidad que tiene el juez de decretar pruebas de manera oficiosa, esto es, sin que medie la solicitud de una de las partes en torno a la producción de la prueba. Lo anterior, toda vez que la doctrina procesal se ha decantado por la opinión según la cual las facultades oficiosas del juez en materia probatoria no afectan la imparcialidad del juzgador frente a las partes.

Así se expresa el Profesor Jairo Parra Quijano, al afirmar que:

“El juez debe ser parcial en la búsqueda de la verdad y, con este proceder, se hace imparcial con las partes. El sofisma de distracción, citado por muchos autores de que con las facultades oficiosas al juez se rompe el principio de imparcialidad, es fácilmente refutable, ya que si el juez busca la verdad, obtiene la imparcialidad frente a las partes, cosa que no se logra cuando, como una especie de títere, se mueve de acuerdo con la conveniencia de los interesados de éstas.” (Parra Quijano, 2006)

Por ello, el artículo 170 del CGP indica de forma contundente que el juez “deberá” decretar pruebas de oficio cuando sean necesarias para establecer los hechos objeto de la controversia. Dicha facultad resulta ampliamente amparada por el CGP, a tal punto que el artículo 169 establece que contra las providencias mediante las cuales se decretan pruebas de oficio no procederá ningún recurso.

Sin embargo, para el propósito del presente escrito, es necesario destacar que el CGP limita las facultades oficiosas del juzgador a la necesidad de acreditar “hechos”, sin que se haga referencia a la posibilidad de decretar pruebas de oficio con relación a puntos de “derecho” y, más específicamente en relación a la costumbre mercantil.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 7° del CGP, los jueces deberán aplicar la ley y, además, deberán tener en cuenta la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, lo cual materializa el principio “*iura novit curia*”, definido por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“(…) es aquel por el cual, corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho.” (Sentencia T-851, 2010). (Subrayado nuestro).

Entonces, si bien el juez se encuentra investido de las facultades para decretar pruebas de oficio, al mismo tiempo tiene un deber de determinación del derecho aplicable -el cual incluye la costumbre- sin que sea necesario para tal efecto decretar pruebas. En tal sentido se expresa Gian Antonio Micheli, al afirmar que:

“Respecto de las normas jurídicas no existe ninguna carga de la afirmación y de la prueba, aun cuando prácticamente se reconozca a las partes el interés de aducir al juez los elementos de derecho sobre los cuales están fundadas las respectivas pretensiones.” (Michelli, 1982).

3. ¿Qué sucede con la costumbre mercantil?

Puede afirmarse que la costumbre en general, y en particular la costumbre mercantil, posee una naturaleza dual: es fuente de derecho y a la vez una circunstancia fáctica, siendo esto último lo que justifica la existencia de un régimen probatorio especial contenido en los artículos 178 y 179 del CGP.

Así lo expresa la doctrina al reconocer que:

“Tanto las costumbres como la ley son normas jurídicas, aunque difieren entre sí en cuanto a su estructura y medios de expresión. Por ello, existe un procedimiento especial para que aquellas sean probadas en juicio, al tratarse de hechos que deben ser demostrados.” (León Robayo & López Castro, 2017). (Subrayado nuestro).

Ello encuentra su justificación en la falta de publicidad de la costumbre, pues la misma normalmente se circunscribe a un determinado sector de la economía (inmobiliario, financiero, farmacéutico, automotriz, etc.) y a un territorio en específico que puede variar en su tamaño (una plaza comercial, un municipio, una ciudad, un país, etc.), lo cual hace inviable presumir el conocimiento del juez sobre dichas costumbres y hace necesaria la existencia de un régimen probatorio como el contenido en el CGP.

A partir de lo anterior, pareciera no existir ningún obstáculo para que el juzgador decrete pruebas de manera oficiosa para acreditar la existencia de una costumbre, cuando quiera que ello pueda tener un impacto directo en el caso concreto, dado el tratamiento que el CGP le da a la costumbre como un hecho respecto del cual hay lugar a la producción de pruebas.

Sin embargo, esta opinión no es compartida por algunos autores, como por ejemplo Harold García Bautista, quien manifiesta que:

“(…) es válido afirmar que la carga probatoria en la costumbre mercantil corresponde única y

exclusivamente a la parte que la quiera hacer valer dentro de un proceso, es decir que al Juez, no le corresponde decretar la prueba de la Costumbre, ya que esa no es su labor.” (García Bautista, 2016)

Dicho planteamiento es soportado por el autor en la opinión según la cual el artículo 179 del CGP establece un listado taxativo de medios de prueba que no contemplan las pruebas de oficio. A continuación, analizaremos dicho argumento.

Como regla general, puede decirse que nuestro estatuto procesal civil se rige bajo el principio de libertad probatoria, pues tal y como lo dispone el artículo 165 del CGP, el juez no solamente puede acudir a los medios de prueba tradicionales (testimonios, documentos, indicios, etc.) sino también a “cualesquiera otros medios que sean útiles” e incluso a “las pruebas no previstas en este código”.

Sin embargo, en materia de costumbre mercantil, los artículos 178 y 179 del CGP establecen un régimen probatorio especial, dentro del cual no se especifican poderes oficiosos a favor del Juez respecto de la costumbre. Esta problemática se resuelve al considerar que las facultades oficiosas del juez no son un medio de prueba, sino una prerrogativa que le confiere la ley procesal al juzgador. Por ello, de los artículos 178 y 179 del CGP en ningún momento se deriva una prohibición para decretar pruebas de oficio para la determinación de la existencia de una costumbre mercantil.

En otras palabras, una interpretación sistemática de las normas del CGP permite concluir que las facultades oficiosas en materia de prueba de la costumbre mercantil no se encuentran proscritas en el CGP, sino que por el contrario dicha posibilidad tiene vía libre en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual resulta deseable teniendo en cuenta que al Juez —o árbitro— le corresponde actualmente una labor proactiva y no meramente pasiva en la dirección del proceso.

4. Reglas relativas a la prueba oficiosa de la costumbre mercantil

La cuestión, entonces, no es de prohibición sino de método: ¿de qué manera debe el Juez hacer uso de sus facultades oficiosas en materia de costumbre mercantil?, ¿qué actitud corresponde a las partes frente a ello? Al respecto, es posible formular las siguientes reglas:

a. Primera regla: diferenciar entre costumbre integradora y costumbre supletiva. La función que una costumbre puede desempeñar en el marco de un proceso judicial puede ser integradora, cuando la ley le imprime el carácter de norma de obligatoria observancia (como por ejemplo, en los artículos 935 y 1217 del Código de Comercio), o meramente supletoria en caso de que no exista acuerdo entre las partes (como por ejemplo, en los artículos 912 y 971 del Código de Comercio).

En tales casos, las facultades oficiosas del juzgador variarán, pues mientras que en tratándose de costumbre integradora habrá que darle primacía al principio *iura novit curia*, en materia de costumbres meramente supletivas subsistirá la carga de la prueba de las partes de acreditar la aplicabilidad de las mismas.

Así, por ejemplo, el artículo 935 del Código de Comercio dispone que, en materia de compraventa, corresponde al vendedor la prueba de que el comprador conocía o debía conocer el mal estado de la cosa vendida al momento del contrato, y que para efectos de establecer si hay culpa del comprador deberá tenerse en cuenta la costumbre mercantil. Este es claramente un ejemplo de costumbre integradora, pues la última parte de la norma constituye un claro mandato para que el juez aplique inexcusablemente la costumbre mercantil.

Por otra parte, el artículo 912 de la misma codificación, dispone que en el contrato de compraventa

el vendedor deberá poner la cosa a disposición del comprador dentro de las veinticuatro horas siguientes a la convención, salvo que del acuerdo de las partes, de la costumbre o de la naturaleza de la cosa se desprenda otro plazo. A diferencia del artículo 935, lo dispuesto en el artículo 912 no es un mandato para el juez sino para las partes en la ejecución del contrato de compraventa.

En el primer caso, resulta deseable que se practiquen pruebas de oficio, pues la falta de diligencia de las partes en punto a la prueba de la costumbre mercantil en ningún momento releva al juez de cumplir con el mandato contenido en el artículo 935. Por el contrario, en el segundo caso lo mejor es que el juzgador se abstenga de ejercer sus facultades oficiosas, pues corresponde a la parte interesada acreditar la aplicación de una costumbre que imponga un plazo distinto al de veinticuatro horas previsto en la ley.

b. Segunda regla: Los medios de prueba a ser decretados de oficio deben corresponder a aquellos enunciados en los artículos 178 y 179 del CGP. Existe una gran incertidumbre en torno a la posibilidad de que el juez o árbitro decrete una prueba de oficio distinta a aquellos medios probatorios tipificados en los artículos mencionados. Así, por ejemplo, ¿es posible que el juez decrete oficiosamente un dictamen pericial para acreditar una costumbre mercantil nacional?

Al respecto, consideramos que los artículos 178 y 179 del CGP constituyen una excepción al principio general de libertad probatoria, de tal manera que los usos y costumbres solamente podrán acreditarse por los medios previstos en dichos artículos, y en consecuencia el juez solamente podrá ejercer sus facultades oficiosas en relación a los mismos, pues en caso de que decida decretar un medio de prueba distinto y le asigne fuerza probatoria estaría incurriendo en un error de hecho y, más grave aún, en una vía de hecho al dotar de fuerza probatoria a una prueba a la cual la ley no le ha otorgado valor alguno.

c. Tercera regla: La negativa del juez para probar oficiosamente una costumbre mercantil no puede ser alegada como causal de casación. Habiendo quedado claro que la costumbre mercantil es una fuente de derecho, y teniendo en cuenta que una de las causales de casación previstas en la ley es la violación de una norma sustancial por inaplicación de una norma relevante, surge la pregunta acerca de si se configura o no dicha causal cuando el juez no haya ejercido sus facultades oficiosas para acreditar la existencia de una costumbre aplicable.

De acuerdo con Ulises Canosa Suárez, en la medida en que la causal está estructurada para alegar la violación de una "norma", dentro de la misma se encuentran incluidos no solamente los preceptos legales, sino igualmente la costumbre mercantil, la jurisprudencia y los principios generales del derecho. (Canosa Suárez, 2009)

Sin embargo, dada la naturaleza del recurso de casación, para que prospere dicha causal es necesario que conste en el expediente prueba de la costumbre mercantil -bien sea integradora o supletiva- y que pese a ello el juez haya decidido no darle aplicación a la misma, lo cual significa que la simple negativa del juzgador para ejercer sus facultades oficiosas no da lugar a que se pueda casar una providencia judicial.

d. Quinta regla: Las partes no pueden esquivar su falta de diligencia en la ausencia de iniciativa oficiosa del juez en materia de prueba de la costumbre mercantil. Si bien hemos dicho que, en nuestro criterio, es deseable que el juez ejerza sus facultades oficiosas en la determinación de la existencia de una costumbre mercantil, advertimos que ello no puede servir como arma de ataque -bien sea por vía de apelación o, inclusive, de tutela- contra las providencias en las que no se ejerzan dichas facultades.

En atención a los postulados de la buena fe procesal, solamente será cuestionable la ausencia de iniciativa oficiosa del juez cuando quiera que las partes

hayan procurado sin éxito la prueba de la costumbre mercantil y le hayan solicitado al juez el uso de sus facultades oficiosas. Por ello, no están llamadas a prosperar las apelaciones o acciones de tutela en las que la ausencia de iniciativa oficiosa sea empleada como un medio de ataque sorpresivo en contra de las providencias judiciales o los laudos arbitrales.

Acá resulta plenamente aplicable lo señalado por la Corte Constitucional respecto de la configuración de vías de hecho por defecto fáctico:

“El decreto oficioso de pruebas, no es una atribución o facultad potestativa del juez; es un verdadero deber legal, siempre que a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer: (i) surja en el operador jurídico la necesidad de aclarar oscuridades en la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir, o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su falta de actividad puede abandonar el sendero de la justicia material.” (Sentencia T-339, 2015). (Subrayado nuestro).

Solamente cuando las partes hayan mostrado una actuación diligente, pero por cualquier circunstancia hayan resultado impedidas para acreditar la existencia de una costumbre mercantil, y en virtud de ello le soliciten al juez o árbitro el ejercicio de sus facultades oficiosas, y existan circunstancias de justicia material que demanden una intervención del juzgador, a éste le será exigible el ejercicio de dichas facultades.

5. Conclusiones

A partir de todo lo expuesto, puede concluirse que es necesario erradicar de nuestro ordenamiento jurídico la opinión según la cual en materia de costumbre mercantil se encuentran proscritas las pruebas oficiosas del juez. Por el contrario, dependiendo del rol que le asigne la ley a la costumbre mercantil (integradora o supletiva), el juez deberá decidir entre

decretar pruebas de oficio o regir sus decisiones bajo el principio de carga de la prueba.

Confiamos en que las reglas anteriormente formuladas para la prueba oficiosa de la costumbre mercantil servirán de guía tanto para jueces como para árbitros en la aplicación de la costumbre mercantil, la cual ha dejado de tener un rol secundario en nuestro sistema legal para erigirse como una fuente de derecho de innegable importancia para el desarrollo de las relaciones comerciales.

6. Referencias

- Canosa Suárez, U. (2009). La Costumbre en el Recurso de Casación. En *Ensayos sobre la Costumbre Mercantil* (págs. 67-87). Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Corte Constitucional. Sentencia T-851 de 2010. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional. Sentencia T-339 de 2015. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Derecho: *Un Estudio sobre su Teoría, Práctica y Uso a través de la Jurisprudencia y la Doctrina*. Obtenido de <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14012/4/LA%20COSTUMBRE%20MERCANTIL%20EN%20COLOMBIA%20COMO%20FUENTE%20DE%20DERE>
- García Bautista, H. N. (2016). *La Costumbre Mercantil en Colombia como Fuente del CHO%20%28DEFINITIVO%29.pdf*
- León Robayo, E. I., & López Castro, Y. (2017). *Derecho Mercantil Consuetudinario*. Bogotá: Legis.
- Michelli, G. A. (1982). *La Carga de la Prueba*. Buenos Aires: Mundo Editores.
- Parra Quijano, J. (2006). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Un replanteamiento de la prohibición de la costumbre *contra legem* en el derecho interno: argumentos en favor de la posibilidad de reconocer la aplicación de la costumbre mercantil en casos de contradicción con leyes comerciales supletivas *

* **Ulises Iván López Ballesteros, Universidad Nacional de Colombia - Segundo lugar**

1. Introducción

La costumbre mercantil y el derecho comercial han planteado desde vieja data una relación innegable, producto de las necesidades económicas de agilidad en juego en las transacciones comerciales, la costumbre adquirió un papel preponderante como fuente por excelencia del derecho de los negocios y los comerciantes. Sin embargo, a medida que se desarrolló el comercio, esta relación se fue atenuando y el papel de la costumbre, como fuente principal del derecho comercial, empezó a ser opacado por la gran importancia que tomó el derecho legislado, llegando a su máximo desarrollo en los sistemas de tradición jurídica continental, en los cuales el derecho positivo se erigió como la fuente principal del derecho comercial relegando a la costumbre al papel de fuente secundaria.

Colombia al ser un país de tradición jurídica continental optó, en principio, por tomar una apreciación

limitativa de la relación entre la costumbre y la Ley, visión que precisamente se constituye como el objeto de análisis en este trabajo, el cual problematiza sobre la racionalidad que se ha dado a la interpretación de distintas normas del derecho privado colombiano (Art 3 del C de Co) en relación con la costumbre contradictoria de la Ley mercantil (*contra legem*), preguntándose en específico si esta limitación de la fuerza jurídica de la costumbre mercantil *contra legem* tiene sentido cuando se habla en específico de normas que se encuentran en la libre disposición de los particulares, es decir frente a la Ley comercial supletiva.

En ese sentido, este trabajo fundamenta una posición según la cual la relación de la costumbre mercantil frente a la Ley positiva debe ser replanteada, atenuando la interpretación irrestricta que prescribe una absoluta prohibición de la aplicación de costumbre *contra legem*, y demostrando como ésta no tiene sentido cuando entra en conflicto una norma consuetudinaria con una norma escrita supletiva.

Siguiendo ello, el desarrollo argumentativo en busca de lograr fundamentar la posición planteada se dividirá en tres momentos. Así, en un primer momento se hará la presentación de la posición que ha tomado la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia frente a la relación de la costumbre con la Ley mercantil, para luego, a partir del segundo momento, plantear las premisas concretas que fundamentarán la posición defendida en este trabajo, lugar en el cual se hará referencia a: i) la relación entre la autonomía privada y la costumbre respecto de las normas supletivas; ii) el papel de la costumbre en el derecho comercial internacional como un antecedente relevante para el debate en el derecho interno; y iii) a la relación entre la costumbre y la Ley supletiva en contextos distintos al derecho mercantil. Finalmente se presentará la conclusión del trabajo.

2. La limitación de la aplicación de la costumbre, la perspectiva de la prohibición absoluta de la costumbre *contra legem*

La perspectiva limitativa de la costumbre mercantil que no reconoce ninguna eficacia de las prácticas generales de los comerciantes frente a la Ley positiva, sin distinguir rango alguno, ha sido palpable en los pronunciamientos tanto doctrinales como jurisprudenciales en Colombia, los cuales, en su mayoría, recurren a interpretaciones prohibitivas de ciertas disposiciones del ordenamiento jurídico para restarle toda eficacia a la norma consuetudinaria respecto de los mandatos consagrados en la norma positiva, incluso cuando ésta es disponible por los particulares.

Es así como los argumentos que se han dirigido a fundamentar esta conclusión han recurrido frecuentemente a la naturaleza del sistema de derecho colombiano, la protección del orden público y a la interpretación estricta de provisiones legislati-

vas como el artículo 3° del Código de Comercio²⁶ y 8° del Código Civil²⁷ para concluir que la costumbre mercantil nunca podría tener fuerza contra la Ley (Gil Echeverry, 2012, págs. 54-65) (Madriñan, 2013, págs. 49-50), fundando incluso esta interpretación en principios constitucionales como lo son el de Estado unitario y democrático, tal como los sostuvo la Corte Constitucional en Sentencia C-486 de 1993, o llegando a esta conclusión basándose en el principio de supremacía constitucional. (Sentencia C-224 de 1994)

Sin embargo, estas posiciones no exploran el debate que se plantea en este trabajo en cuanto a la relación entre la costumbre mercantil y la Ley comercial supletiva, o cuando lo hacen remiten a los mismos argumentos ya mencionados²⁸, sin preguntarse si el rango de la norma positiva influiría en esta relación, razón por la cual se puede decir que es un campo que no ha sido desarrollado con la suficiente claridad, hecho que constituye la principal justificación de este ensayo.

Teniendo en cuenta este panorama general bajo el cual se desarrolla el presente escrito, se pasará al segundo momento del trabajo, en el cual se presentan las premisas para fundamentar la posición que aquí se defiende, a saber, darle una nueva interpretación a las provisiones normativas limitativas de la costumbre, atenuando la prohibición y entendiendo que la costumbre mercantil puede tener fuerza jurídica contra la Ley comercial cuando se trata de normas supletivas.

²⁶ “La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contrarie manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.”

²⁷ “La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica, por inveterada y general que sea.”

²⁸ Ver Velásquez Restrepo citado en Gil Echeverry (2012, págs. 62-63).

3. Argumentos en pro de la posibilidad de aplicar costumbre mercantil que contrarie normas supletivas

En este acápite se desarrolla la argumentación propiamente dicha de la posición defendida en este trabajo, empresa que inicia por presentar la relación intrínseca entre la costumbre mercantil y la autonomía contractual, evaluando a partir de ésta la racionalidad del enfoque que defiende la prohibición absoluta de la costumbre *contra legem* y contrastándolo con la perspectiva de este trabajo, para posteriormente abordar la visión de la relación costumbre-Ley que han construido los Estados en los instrumentos de derecho comercial internacional, como un antecedente relevante para la reinterpretación de la prohibición de costumbre *contra legem* en los negocios internos, y con ello finalizar exponiendo la relación de la costumbre y la Ley supletiva en otros contextos del derecho interno distintos al mercantil, en los cuales se tomó un enfoque favorable a las normas consuetudinarias.

3.1. La relación entre la autonomía privada y la costumbre frente a las normas supletivas.

La primera premisa que se plantea como fundamento de la posición defendida en este ensayo se dirige a establecer cómo a partir de las características propias de la costumbre y su relación con la autonomía contractual, se debe concluir que la postura de prohibición absoluta de la costumbre *contra legem* desconoce la relevancia de esta misma relación, en contraste con el enfoque defendido en este trabajo que por el contrario la reivindica.

En ese sentido, se debe observar que la costumbre mercantil y la autonomía contractual tienen una relación intrínseca innegable, toda vez que en la formación de la costumbre comercial se requiere del perfeccionamiento y ejecución de numerosos negocios jurídicos con una idéntica previsión normativa frente a la transacción económica que están facilitando,

es decir que la costumbre adquiere su connotación normativa como indicio de una verdadera voluntad colectiva de unos comerciantes (Pinzón, 1985, pág. 105), siguiendo a Garrigues, hablar de costumbre implica que solamente se pueda hablar "(...)de usos jurídicos, es decir, de usos nacidos en la vida del tráfico mercantil con ocasión de la realización de actos jurídicos." (Garrigues, 1987, pág. 118)

Sin embargo, bajo el esquema limitativo de la eficacia de la costumbre frente a la Ley, esta relación parece no tener mayor relevancia, puesto que mientras reconocen la fuerza de la estipulación convencional frente a la norma supletiva, niegan esta eficacia a la costumbre, cuyo sustrato material fue precisamente la estipulación de una misma norma convencional en contra de la previsión legislativa supletiva en numerosos actos jurídicos con conciencia de obligatoriedad, de manera pública, reiterada, general y uniforme (requisitos para que se constituya costumbre), planteando así una situación que desde la perspectiva de este trabajo no es razonable, pues, como plantea Garrigues, el hecho de que la Ley no distinga qué jerarquía normativa excluirá a la costumbre, no implica que esta limitación cobijase a las normas supletivas y por tanto la costumbre podría tener fuerza contra éstas, todo esto "en razón a que la voluntad de los particulares se antepone a la norma de derecho positivo y el uso puede representar, al menos, una voluntad tácita." (Garrigues, 1987, pág. 125)²⁹

Lo anterior implicaría que la primera premisa que fundamente la posición planteada en este trabajo, se base en el vínculo intrínseco entre la costumbre y las estipulaciones contractuales, el cual es un hecho de gran relevancia a la hora de analizar la relación entre la costumbre y la ley positiva, y que, además, favorece la posición que aboga por la eficacia de la costumbre contradictoria de las normas mercantiles supletivas.

²⁹ Gonzalez Piedrahíta refiriéndose al enfoque de la legislación colombiana y criticando el papel que se le daba a la costumbre en esta afirmó "si un contrato puede derogar una Ley facultativa en

Desarrollado lo anterior, se dará lugar a la siguiente premisa que fundamenta la concepción defendida en este trabajo, la cual ya no se dirigirá hacia características propias de la costumbre mercantil, sino que estará enfocada en el papel que se le ha dado en las normativas contemporáneas del comercio internacional, siendo estas perspectivas un antecedente relevante para la interpretación de la limitación de la costumbre por el derecho positivo.

3.2. El papel de la costumbre en el derecho comercial internacional, un antecedente relevante para el debate en el derecho interno.

El tema de la relación Ley-costumbre en el derecho comercial internacional es un gran antecedente para fundamentar un nuevo enfoque interpretativo de la legislación comercial nacional en cuanto al debate planteado, toda vez que los instrumentos más importantes de esta rama del derecho fueron ratificados por Colombia y de que su visión de las relaciones jurídicas comerciales se construyó a partir de debates dogmáticos producto de perspectivas provenientes de diversos sistemas de derecho, y por esta razón contendría muchos más insumos en pro de dar las respuestas normativas a las necesidades económicas de los comerciantes.

En ese sentido, se observa cómo la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, uno de los instrumentos más importantes en el derecho comercial internacional, reconoció que a la hora de regular las relaciones mercantiles, los usos³⁰ y prácticas, tendrían primacía frente al mismo texto de la convención en cuanto a los aspectos que no fueron objeto de acuerdo por las partes (Oviedo Alban, 2003, pág. 128), razón por la cual se apreciaría que no sólo se reconocería una costumbre

contra legem sino que ésta sería la regla general bajo el régimen de la Convención.

Esta perspectiva de la relación costumbre y Ley en un contexto de comercio internacional tendiente siempre hacia la armonización y unificación de normas, nos mostraría cómo los Estados, dentro de ellos Colombia, han optado por reconocer que la *praxis* misma de las relaciones comerciales es la mejor legisladora que hay, y que su límite sólo debería estar en los principios básicos y normas imperativas para el comercio internacional, dándole un nuevo alcance a la costumbre en las transacciones económicas internacionales. (Rodríguez, 2009, págs. 219-222)

Dicho alcance, desde nuestra perspectiva, debe constituirse en un antecedente interpretativo frente a las limitaciones impuestas por la Ley a la costumbre en el contexto comercial nacional, pues si el mismo Estado colombiano reconoció que la costumbre debía primar frente a normas supletivas en los negocios internacionales, no habría por qué interpretar las normas que regulasen el comercio interno con una perspectiva radicalmente distinta, que muestra una constante desconfianza frente a la autorregulación mercantil, incluso en los asuntos que son de libre disposición de las partes, razón por la cual debería optarse por darle mayor coherencia al ordenamiento jurídico y reinterpretar la limitación de la costumbre *contra legem*, excluyendo de esta prohibición a aquella que entrase en contradicción con las normas supletivas.

Expuesto este enfoque desde el antecedente del derecho internacional, se debe observar la siguiente premisa relevante para la fundamentación de nuestra posición, la cual observa cómo en otros contextos, las mismas cortes que negaron de tajo la posibilidad de costumbre contra norma supletiva terminaron aceptándola, teniendo como gran base argumentativa la jerarquía de las normas positivas que eran contradichas, y tomando, por parte de este ensayo, esta perspectiva como un insumo relevante para determinar el alcance de la Costumbre mercantil.

un caso dado, con mayor motivo lo podrá una serie de contratos capaz de constituir una costumbre jurídica." (González Piedrahíta, 1933, págs. 249-250)

³⁰ Cuando la convención se refiere a usos se puede interpretar que refieren al concepto de costumbre en el lenguaje del derecho interno. (Oviedo Alban, 2003, pág. 124)

3.3. La costumbre contradictoria de Ley supletiva en contextos distintos al mercantil.

Bajo el orden jurídico colombiano, la costumbre no limita su papel como fuente formal de derecho a las relaciones comerciales, sino que es reconocida en otros contextos, dentro de los cuales destacan las regulaciones de los pueblos indígenas, pues en este específico ámbito se dio un debate análogo al que se plantea en este ensayo, a saber, si la costumbre indígena tendría la posibilidad de contrariar normas supletivas, aun así existiese una norma constitucional que disponga que *“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. (...)”* (Art 246 de la CN) (énfasis añadido).

El debate inició en 1994 y a partir de este año, la Corte Constitucional ha mantenido una posición en la cual ha reconocido la posibilidad de que la costumbre indígena contraríe normas supletivas, argumentando esto precisamente en el fundamento constitucional del derecho consuetudinario indígena, la relación entre costumbre y autonomía privada y en el carácter dispositivo de las normas frente a las cuales prevalecerían las prácticas, llegando a sostener que:

“La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, mutatis mutandis, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autorregulación por parte de las comunidades indígenas.” (Sentencia T-254 de 1994).

Esta posición inicia precisamente después de los pronunciamientos citados en el primer momento del trabajo, planteando distancia frente a éstos al utilizar una subregla que se considera es aplicable al debate en lo mercantil, pues la Corte dio gran peso a la jerarquía que las normas supletivas en Colombia, en

consonancia con la protección constitucional de la diversidad cultural como fundamento del reconocimiento de la aplicación de la costumbre contradictoria antes que las normas supletivas, con el fin de interpretar una previsión constitucional que en principio, no distinguía entre la jerarquía de normas en cuanto a la limitación de la costumbre, al igual que las normas limitativas de la costumbre en lo mercantil, pero cuya hermenéutica exigía que se entendiese que esta prohibición aplicaba únicamente en relación con las normas de orden público e imperativas.

Todo lo anterior es de radical importancia para la posición que se defiende, ya que este razonamiento puede ser de utilidad en el presente debate, pues el reconocimiento de la costumbre mercantil también tiene un fundamento y protección constitucional, tal como ha reconocido la corte en otras oportunidades:

“El carácter dispositivo de gran parte del ordenamiento legal permite concluir que la costumbre y las estipulaciones contractuales son consecuencia de la libertad económica y de la iniciativa privada, garantizadas constitucionalmente, y su exigibilidad judicial se torna imperativa en virtud del interés social de un intercambio económico transparente y fluido y de la racionalización de la economía (CP arts. 333 y 334).” (Sentencia C-486 de 1993)

Esta premisa nos permite argumentar que, al existir también un fundamento constitucional de protección de la autorregulación mercantil, debería tenerse en cuenta esta perspectiva planteada como la última de las bases (presentadas en este trabajo) para replantear la prohibición de la aplicación de costumbre contraria a la Ley en Colombia, el cual en conjunto con la perspectiva internacional y el análisis de las características mismas de la costumbre, aquí presentadas, permitirán darle un nuevo campo a la costumbre, fundamentando su eficacia y aplicación contra las normas supletivas, tal como se ha reconocido en el contexto mercantil internacional y en ciertos escenarios nacionales.

4. Conclusión

Expuesto todo lo anterior concluye este trabajo afirmando que hay premisas suficientes para poder desarrollar una nueva interpretación de la relación costumbre mercantil y Ley supletiva en el derecho interno colombiano, con el fin de darle un nuevo alcance al derecho consuetudinario permitiéndole regular situaciones de hecho de manera contradictoria a lo estipulado en la Ley positiva, siempre y cuando la norma contradicha se encuentre en el ámbito de disposición de las partes. Todo esto, basado en que la característica misma del derecho consuetudinario comercial como producto de prácticas contractuales de los comerciantes, el nuevo papel que está jugando la costumbre en escenarios del derecho comercial internacional y el reconocimiento de la aplicabilidad de la costumbre contradictoria de Ley supletiva en otros contextos nacionales, así lo fundamentan.

5. Bibliografía

C-224 de 1994, Expediente D-439 (Corte Constitucional de Colombia, Mayo 5, 1994).

C-486 de 1993, Expediente D-244 (Corte Constitucional de Colombia, Octubre 28, 1993).

Garrigues, J. (1987). *Curso de Derecho Mercantil*. Bogotá: Editorial Temis.

Gil Echeverry, J. H. (2012). *Aplicación del Derecho Civil a los Asuntos de Comercio y el Principio de la Consensualidad*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

González Piedrahíta, E. (1933). *Las Normas Consuetudinarias ante el Derecho Mercantil Colombiano*. Madrid: Universidad de Madrid .

Madriñan, R. (2013). *Principios de Derecho Comercial*. Editorial Temis-Universidad Javeriana.

Oviedo Albán, J. (2003). Aproximación al Sistema de Fuentes del Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 103-153.

Pinzón, G. (1985). *Introducción al Derecho Comercial*. Bogotá: Editorial Temis .

Rodríguez, M. (2009). *Introducción al Derecho Comercial Internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

T-254 de 1994, Expediente T-30116 (Corte Constitucional de Colombia, Mayo 30, 1994).

El reconocimiento y aplicación de la Costumbre Mercantil: un asunto de desarrollo económico y social*

* Fery Daniel Cure Aarón, Pontificia Universidad Javeriana - Tercer puesto

Introducción

El comercio es un fenómeno fundamental de las sociedades humanas, existe desde las civilizaciones más antiguas y perdura hasta nuestros días. En el mundo contemporáneo globalizado se entiende que el comercio es un motor de desarrollo económico y social, puesto que permite, entre otros, acelerar el crecimiento, la generación de empleo, el incremento en la capacidad productiva, la creación de nuevas oportunidades, el bienestar de los consumidores y la población en general. Lo anterior es reconocido por varias organizaciones y es, por ejemplo, lo que justifica la existencia de la UNCTAD (2014), organización que ha reconocido al comercio como un poderoso catalizador del desarrollo económico; en igual sentido, la OCDE (2017) ha dicho que el comercio contribuye al crecimiento económico y con ello ayuda a la reducción de la pobreza; también, uno de los objetivos de la OMC(2017) es contribuir a que el comercio fluya con la mayor libertad posible debido a que eso es importante para el desarrollo económico y el bienestar de los Estados. A pesar de que en este tema usualmente se hace referencia al comercio internacional, no se puede negar que el comercio nacional produce los mismos efectos benéficos para el desarrollo, además de ser parte fundamental de las economías de la mayoría de los países.

No obstante, para que lo anterior sea eficaz es necesario que las relaciones y actos comerciales sean

libres, flexibles y seguros; es por esto que el derecho comercial, como regulador de dichas situaciones, tiene una importancia trascendental para que el comercio sea una verdadera herramienta de desarrollo. A causa de esto una normativa más acorde a la realidad comercial y de los operadores del comercio permite lograr un mayor nivel de desarrollo; en este sentido, la norma que por excelencia cumple estos requisitos es la costumbre mercantil ya que es una expresión directa de las prácticas, usos y costumbres de los comerciantes. Además, permite reducir notablemente los costos de transacción²⁰ en el comercio, toda vez que los comerciantes pueden negociar y regular sus relaciones de acuerdo a sus prácticas que ya están de antemano establecidas sin necesidad de discutir y negociar en extenso las condiciones y obligaciones de sus contratos. Adviértase que las posibilidades aquí mencionadas dependen de la eficacia y efectividad del pacto de la costumbre mercantil como fuente de derecho, pero especialmente de su aplicación y reconocimiento judicial. Como resultado, puede decirse que una efectiva aplicación y reconocimiento de la

²⁰ Los costos de transacción son un concepto, del premio Nobel de economía Ronald Coase, desarrollado en *La naturaleza de la empresa* (1937); *La controversia sobre el coste marginal* (1946); y *El problema del coste social* (1960). Se refiere según Coase a aquellos costos en que se incurre para llevar a cabo una transacción en el mercado, por ejemplo: "descubrir quién está interesado en el trato, negociar los términos del mismo, redactar un contrato, realizar inspecciones de vigilancia de cumplimiento de lo pactado" (1994, pág. 13).

costumbre mercantil, por parte de los operadores jurídicos encargados de dirimir los conflictos entre los comerciantes, permite maximizar la eficiencia en las relaciones comerciales y por esta vía ayuda al desarrollo económico y social de un país.

Teniendo en cuenta lo anterior este ensayo busca, en un breve espacio, demostrar que un efectivo reconocimiento y aplicación de la costumbre mercantil en instancias judiciales y arbitrales, le confiere eficacia real a esta fuente de derecho, lo que posibilita que la costumbre mercantil sea un verdadero instrumento de desarrollo económico y social, toda vez que conlleva una disminución de costos de negociación contractual y con ello favorece el desenvolvimiento del comercio.

Función e importancia de la Costumbre Mercantil

El derecho comercial tuvo origen mucho tiempo después del nacimiento del comercio, pues nació en la Edad Media donde alcanzó su verdadero carácter autónomo y especial gracias al resurgimiento del comercio, cuya velocidad demostró la insuficiencia de las normas de la época para regularlo; pero, la solución vino de los comerciantes gracias a que sus prácticas uniformes, que hechas públicas y reiteradas en el tiempo, generaron costumbres con el poder para normar las relaciones mercantiles (Madriñan de la Torre, 2013). La costumbre entonces se convirtió en la fuente de derecho comercial por excelencia y en la mejor y más eficiente manera para regular las relaciones de comerciantes y de esta forma, el derecho comercial obtuvo como característica la formación consuetudinaria, es decir, que se originó en las prácticas y usos de los comerciantes que se transformaban en normas de carácter vinculante gracias a su reiterada aplicación.

Sin embargo, dichas costumbres no habrían tenido relevancia alguna si no hubiesen sido exigibles o coercibles de alguna forma para las partes, es aquí donde se resalta la importancia de las formas asociativas de comerciantes conocidas como corporaciones,

que se crearon para regular las relaciones entre sus asociados de tal forma que la pertenencia a una, implicaba necesariamente el sometimiento a sus normas (que reconocían las costumbres, prácticas y usos) y a su jurisdicción (jurisdicción consular). En concreto, esta fue la manera práctica en que la costumbre adquirió fuerza coercitiva, y por esto puede decirse que su eficacia como norma jurídica radica, en gran medida, en la aplicación que de ella realicen los órganos encargados de dirimir conflictos.

Con el advenimiento de los Estados-Nación y la consecuente radicación de la función legislativa en cabeza de los mismos, la costumbre perdió valor como fuente principal en la medida en que se subordinó a la aplicación de la ley, y en específico a los códigos nacionales del comercio. A pesar de esto, en muchas ocasiones la ley no logra abarcar el abanico de posibilidades contractuales y fácticas a las que llegan los comerciantes, motivo por el cual la costumbre como normativa eficiente por excelencia sigue teniendo una importancia fundamental a la hora de regular las relaciones mercantiles²¹.

Así, se evidencia que la costumbre mercantil permite reducir los costos de transacción asociados al desarrollo de operaciones y relaciones comerciales ya que permite prever *ex ante* los principios, obligaciones, derechos, consecuencias y reglas que serán aplicadas a una determinada situación a falta de ley aplicable, por ejemplo se sabe desde antes de contratar que, en el contrato de agencia hay confidencialidad sobre clientes y contratos, o que en un contrato de franquicia para la transferencia del *know how* el franquiciante debe dar entrenamiento inicial y capacitación permanente. Es en este sentido que la costumbre mercantil evita a las partes incurrir en altos costos de negociación de las relaciones o contratos que celebren toda vez que dichas prácticas, mientras

²¹ Y no hay que dejar de mencionar la denominada nueva *lex mercatoria*, fuente indispensable del derecho comercial internacional, ante la incapacidad de los derechos nacionales de regular este fenómeno. Para Mantilla (1995) está constituido por principios, usos y prácticas de los operadores de esta clase del comercio.

no contraríen ley imperativa, integran la voluntad de las partes lo que sirve para resolver las situaciones particulares a que se enfrentan en concreto.

Ésta es la verdadera importancia de la costumbre mercantil como fuente de derecho; empero, es imprescindible que los jueces y árbitros le reconozcan su verdadero valor y le den aplicación como fuente de derecho. De no ser así, la costumbre mercantil perdería toda razón de ser pues no sería útil para ningún comerciante puesto que las partes se verían obligadas a negociar, en forma individual, todo aquello que la costumbre pudiera regular. Por esta razón se afirma que un eficaz y verdadero reconocimiento y la aplicación de la costumbre mercantil por jueces y árbitros, es lo que permite a la costumbre servir de medio para el desarrollo comercial y con ello para el desarrollo económico y social.

Regulación, validez y reconocimiento de la costumbre como fuente de derecho

En el ordenamiento jurídico colombiano la costumbre, en general, se reconoce en el artículo 13 de la ley 153 de 1887:

“ARTÍCULO 13. La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”.

Y frente a la costumbre mercantil, se reconoce expresamente en el artículo 3° del Código de Comercio:

“ARTÍCULO 3°. La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contrarie manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.

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

Es imprescindible resaltar la sentencia C-486 de 1993 y C-224 de 1994 en las cuales la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los artículos mencionados, analizó las clases de costumbre²², pero lo más importante fue el reconocimiento de la validez normativa de la costumbre siempre que no exista ley positiva aplicable sobre dicha materia. De esta forma la costumbre mercantil válida en Colombia sólo puede tener un carácter *praeter legem* o *secundum legem* pero nunca *contra legem*.

Dicho esto, la Corte Suprema de Justicia ha establecido su postura frente al artículo 3° del Código de Comercio sobre el lugar de la costumbre mercantil en el sistema de fuentes de derecho comercial, en primer término reconociendo su aplicación por encima de la ley civil²³; sin embargo, en su más reciente sentencia establece que en materia de actos y contratos, prima la aplicación de la ley civil gracias al artículo 822 del Código de Comercio y sólo a falta de regulación en la ley civil, se procede con la analogía (CSJ, Sala de Casación Civil. 30 de Agosto de 2001). Por consiguiente, la costumbre en el sistema de fuentes pasó a estar aún debajo de la analogía de la ley mercantil. El doctor Martínez Neira (2003) considera que la Corte asume una posición errónea al modificar el sistema de fuentes del Código de Comercio, dado que lo que ocurre en este caso es la remisión expresa del artículo 822 por lo que en esa materia la ley civil se convierte en ley comercial y el sistema de fuentes queda inalterado.

²² “Costumbre *secundum legem* es la norma que adquiere su carácter de tal, y, por consiguiente, su fuerza obligatoria, por la expresa referencia que a ella hace la ley. Costumbre *praeter legem* es la relativa a un asunto no contemplado por la ley dictada por el legislador. Costumbre *contra legem* es la norma contraria a la ley creada por el Estado, ya se limite a la inobservancia de la misma, o establezca una solución diferente a la contenida en ella.” (Sentencia C-224/1994).

²³ “[La costumbre] tiene la misma fuerza normativa de la ley mercantil y por ende resulta de aplicación preferente a las normas del derecho civil, a las cuales el artículo 2° permite acudir para llenar las deficiencias del derecho mercantil positivo o consuetudinario, pero por virtud de aplicación subsidiaria.” (CSJ- Sala de Casación Civil. 27 de marzo de 1998).

En nuestro concepto, y a pesar de la posición de la Corte, una lectura correcta del artículo 3° permite inferir que el legislador quiso darle “la misma autoridad que la ley comercial” a la costumbre mercantil, y por ello la costumbre (*praeter legem*) es una parte de la ley mercantil luego tiene aplicación directa y principal para regir las relaciones de los comerciantes, por encima de la remisión del artículo 822. Esto además, tiene perfecta concordancia con el espíritu de libertad económica de la Constitución Política (artículo 333°), teniendo en cuenta que, como ya se advirtió, la costumbre permite la flexibilidad y adaptabilidad de las relaciones comerciales y con ello el desarrollo del país.

Reconocimiento y aplicación de la costumbre por jueces y árbitros

La costumbre mercantil, como lo reconoce Canosa (2009), al ser fuente de derecho, en principio supondría que para el juez o el árbitro no fuera necesaria la prueba de su existencia; sin embargo, gracias a que el ordenamiento jurídico colombiano tiene una importante tradición de legislación escrita, y como la costumbre es una fuente no escrita, el legislador exigió para su reconocimiento y aplicación, según lo estipula el artículo 6° del Código de Comercio, una carga procesal para quien la invoca, esto es, la demostración de su existencia, de tal manera que quien pretenda que le sea aplicada una determinada costumbre mercantil como ley aplicable a determinada situación, no le bastará alegarla sino que deberá probarla. En virtud de lo anterior, la ley procesal consagra las formas de probar la costumbre mercantil²⁴, es por esto que la aplicación de la costumbre en instancias de solución heterocompositiva de conflictos entre las partes está supeditada al cumplimiento de esta carga²⁵. En este sentido, la

²⁴ Artículos 178 y 179 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

²⁵ Algunos autores como Canosa (2009, págs. 82-87) defienden la aplicación oficiosa de la costumbre mercantil por parte de los jueces. Otros como Harold Bautista (2016, pág. 80) sostienen que el juez no puede usar una prueba de oficio para reconocer y aplicar una costumbre mercantil.

Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en algunas providencias sobre esta materia, así se ha dicho:

“Síguese de estos preceptos que no siendo la existencia y el contenido de la costumbre comercial cuestiones de derecho sino de hecho, para que el Juez pueda darle a ésta la misma autoridad que a la ley comercial y aplicarla al caso controvertido, a falta de norma legal escrita, es preciso que haya sido acreditada dentro del proceso por uno de los medios idóneos referidos, por manera que si entonces se omitiere su aplicación se estaría ante una transgresión susceptible de ser atacada por la causal primera de casación.

Así cuando el recurrente pretenda acusar una sentencia por tal motivo, su impugnación no podrá limitarse a probar que la costumbre comercial no se hizo actuar, sino que tendrá que demostrar primero cómo se estableció su existencia y contenido para hacerle ver a la Corte cómo, a pesar de haber sido acreditada, el Juez no la aplicó, incurriendo en error de hecho o de derecho al no haber tenido en cuenta los medios que se adujeron para probar esa costumbre”.(CSJ, Sala de Casación Civil 25 de marzo de 1988) [Subrayado fuera de texto]

También en posterior sentencia:

“Y respecto de la denominada prima, ya se dijo que el Tribunal entendió que ella carecía de consagración legal y que por tratarse de una costumbre, debió el demandante probar su vigencia entre los comerciantes del lugar, inferencia ésta que, además de haber sido soslayada por el impugnante, no puede tildarse de equivocada. (...)Sin embargo, en el ordenamiento mercantil colombiano, no existe regla legal que favorezca tal práctica, ni disposición legislativa alguna que imponga al arrendador que recupera el inmueble arrendado el deber de pagarla, motivo por el cual, de tener fuerza normativa como costumbre local, regional o nacional, debió estar probada en la forma prevista por la ley”.(CSJ, Sala de Casación civil 27 de Julio de 2001)[Subrayado fuera de texto]

Y luego:

“Dejando de lado esa deficiencia técnica, la verdad es que el recurrente no demostró esa recriminación, toda vez que olvidó que la costumbre mercantil, a la luz de lo dispuesto en los artículos 6° del C. de Comercio, 189 y 190 del C. de P. Civil, debe acreditarse con documentos auténticos o con un conjunto de testimonios, o con copia auténtica de dos decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia, o con la certificación de la cámara de comercio correspondiente al lugar donde rija”. (CSJ, Sala de Casación Civil 15 de Agosto de 2008). [Subrayado fuera de texto]

Igualmente, en otra providencia:

“Dentro del proceso objeto de debate, la parte pasiva pasó por alto la manera de probar la costumbre, de acuerdo a los Artículos 189 y 190 del C.P.C. (vigentes en su momento), por eso dentro de sus alegatos deduce la violación de los Artículos 3, 5 y 6 del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971).

(...)

En efecto, mirado el contenido de los artículos 189 y 190 del Código de Procedimiento Civil, así como el 6° del Código de Comercio, se establece que son de disciplina probatoria, en la medida que se ocupan de reglamentar la forma como puede demostrarse la costumbre mercantil.(CSJ, Sala de Casación Civil 2 de febrero de 2009)”. [Subrayado fuera de texto]

Por otro lado, se traen a colación algunos laudos arbitrales relevantes, empezando por el de (Avianca v. “Caxdax”, 1994) en el tema de la generalidad de la costumbre:

“A juicio del tribunal la conducta de las empresas en esta materia no constituye una costumbre en el sentido jurídico de la palabra, como fuente secundaria del derecho, pues según el artículo 13 de la Ley 153 de 1887, se requiere que la costumbre

sea general, es decir que corresponda al conjunto de la población. La doctrina señala, además, que se tenga como una norma de conducta obligatoria “opinio juris” y que sea antigua e inveterada. Por ello, la conducta de un grupo de empresas no puede formar una verdadera costumbre”. [Subrayado fuera de texto]

De manera similar, frente a la figura del mandato aparente del artículo 842 del Código de Comercio (José Omar Castillo v. Santander Investment Trust Colombia S.A, 2001) se dijo:

“Ello supone que quien alega en su favor esa figura jurídica debe acreditar los elementos constitutivos de la misma costumbre mercantil o culpa del mandante aparente, sin que en este caso la parte convocada, más allá de solicitar su aplicación, haya probado con arreglo a derecho la existencia de costumbre comercial alguna”. [Subrayado fuera de texto]

Y mucho más recientemente en el laudo (Distribuidora Los Coches La Sabana S.A v. GM Colmotores S.A., 2016) se realizó un estudio detallado de la costumbre, incluyendo sus requisitos y prueba:

“Para el Tribunal es claro que la costumbre que se analiza no fue probada ni mediante documentos auténticos, ni mediante decisiones judiciales, ni mediante certificación de la Cámara de Comercio.

(...)

Para el Tribunal, la prueba presentada sobre esta costumbre no resultó convincente por dos razones principales: (1) por un lado, porque la Convocante no presentó testimonios sino de una parte del grupo o sector dentro del cual regiría la costumbre, los comercializadores de vehículos, pero no de la otra parte, los fabricantes”. [Subrayado fuera de texto]

Conclusión

A la luz de los diferentes laudos y sentencias reseñadas, existe una tendencia de deficiencia

probatoria al no poder demostrar de manera correcta la costumbre mercantil, y también una tendencia de los juzgadores a no decretar pruebas de oficio para demostrarla y aplicarla dejándole esta carga a las partes, razón por la cual tanto árbitros como jueces, aunque sí la reconocen como una verdadera fuente de derecho, terminan por no darle aplicación concreta. En este sentido, se puede afirmar que si bien la costumbre mercantil es esencial para el desarrollo del comercio al reducir costos de transacción, dicha deficiencia sumada a la consecuente falta de aplicación, puede retrasar y limitar el desarrollo comercial, económico y social del desarrollo del país. Lo anterior debido a que, si la costumbre no alcanza una verdadera eficacia jurídica que permita dar seguridad jurídica a las partes de una verdadera aplicación judicial o arbitral, la costumbre puede, en los casos más extremos, verse desprovista de toda confianza en ella y por tanto, los comerciantes incurrirían en costos de transacción y negociación más altos, el comercio se volvería cada vez más engorroso y lento con las consecuencias nefastas para el país y los particulares que esto podría implicar en un mundo globalizado conectado por fenómeno comercial, y si bien este escenario es poco probable gracias al reconocimiento de la costumbre como fuente de derecho, debe estar acompañado de una aplicación efectiva ante tribunales y jueces. En consecuencia para remediar esto, se vuelven necesarios dos elementos, y en ambas es crucial el papel de las Cámaras del Comercio del país. En primer lugar, se requiere una mayor diligencia en la prueba y en entendimiento por parte de los abogados de las prácticas y usos que constituyen la costumbre a fin de poder demostrarla en un juicio o arbitraje, además de la posibilidad de los jueces y árbitros de usar pruebas de oficio para demostrarla con miras a que sea en verdad eficaz. En segundo lugar, se necesita una expansión de la función compilatoria y de certificación de costumbres mercantiles por parte de las Cámaras de Comercio, órganos esenciales para la efectiva aplicación y reconocimiento de la costumbre mercantil. Así, se podría aportar un grano de arena pequeño, pero indispensable para el desarrollo económico y social de Colombia.

Referencias

- Avianca v. "Caxdax" (Tribunal de Arbitramento de Cámara de Comercio de Bogotá 4 de Noviembre de 1994). Recuperado el 13 de Agosto de 2017, de http://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/19140/avianca_vs_caxdac_1994_11_04.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Canosa Suárez, U. (2009). La costumbre en el recurso de casación. En G. Atshan Rubiano, J. Oviedo Albán, P. A. Córdoba Acosta, U. Canosa Suárez, A. L. Gutiérrez G., & Cámara de Comercio, *Ensayos sobre costumbre mercantil* (págs. 67-88). Bogotá, D.C.: Kimpres Ltda.
- Coase, R. H. (1994). *La empresa, el mercado y la ley*. (G. C. Borel, Trad.) Madrid, España: Alianza Editorial S.A.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo. (5 a 9 de Mayo de 2014). El papel del comercio internacional en la agenda para el desarrollo después de 2015. Ginebra. Recuperado el 15 de Agosto de 2017, de http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/cid33_es.pdf
- CSJ- Sala de Casación Civil. 27 de marzo de 1998 (Corte Suprema de Justicia. M.P. José Fernando Ramírez).
- CSJ, Sala de Casación Civil 15 de Agosto de 2008 (Corte Suprema de Justicia. M.P. Pedro Munar).
- CSJ, Sala de Casación Civil 2 de febrero de 2009 (Corte Suprema de Justicia. M.P. Arturo Solarte Rodríguez).
- CSJ, Sala de Casación Civil 25 de marzo de 1988 (Corte Suprema de Justicia. M.P. Pedro Lafont Pianetta).
- CSJ, Sala de Casación civil 27 de Julio de 2001 (Corte Suprema de justicia. M.P. Jorge Antonio Castillo).
- CSJ, Sala de Casación Civil. 30 de Agosto de 2001 (Corte Suprema de justicia. M.P. Nicolás Bechara).

- Distribuidora Los Coches La Sabana S.A v. GM Colmotores S.A. (Tribunal de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá 30 de Agosto de 2016). Recuperado el 13 de Agosto de 2017, de <http://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/18391/3172%20LOS%20COCHES%20vs%20COLMOTORES%2030%2008%2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- García Bautista, H. N. (2016). La costumbre mercantil en Colombia como fuente del derecho: Un estudio sobre su teoría, práctica y uso a través de la jurisprudencia y la doctrina. (*Tesis de Pregrado*). Bogotá, Colombia. Obtenido de <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14012/4/LA%20COSTUMBRE%20MERCANTIL%20EN%20COLOMBIA%20COMO%20FUENTE%20DE%20DERECHO%20%28DEFINITIVO%29.pdf>
- José Omar Castillo v. Santander Investment Trust Colombia S.A (Tribunal de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá 7 de Diciembre de 2001). Recuperado el 13 de Agosto de 2017, de www.vlex.com
- Madriñan de la Torre, R. E. (2013). *Principios de derecho comercial* (Undécima ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Martínez Neira, N. H. (junio de 2003). Seis lustros de jurisprudencia mercantil. *Vniversitas*, 129-159. Recuperado el 12 de Agosto de 2017, de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/vniversitas/article/view/30/11>
- Organización Mundial del Comercio. (10 de Agosto de 2017). *¿Quiénes somos? OMC*. Recuperado el 12 de Agosto de 2017, de https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/who_we_are_s.htm
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2017). *El comercio internacional y el desarrollo*. Recuperado el 19 de Agosto de 2017, de <http://www.oecd.org/trade/elcomerciointernacionalyeldesarrollo.htm>
- Sentencia C-224/1994 (Corte Constitucional. M.P. Jorge Arango Mejía).
- Serrano, F. M. (1995). "Ius Mercatorum" fuente de derecho internacional. En C. d. Bogotá, *El arbitraje de los conflictos económicos internacionales* (págs. 62-74).

2. La costumbre mercantil en aplicaciones móviles y otros avances tecnológicos contemporáneos

Edgar Iván León Robayo *
Yira López Castro**

1. Introducción³¹

Pretender que el ordenamiento jurídico abarque la regulación de todas las conductas, actuaciones y negocios de los seres humanos y de los entes jurídico-económicos resulta imposible. Estos se originan y se desarrollan en la realidad práctica y solamente, de manera tardía, aparece el derecho como la forma de proteger los derechos de quienes resultan afectados con ellos o de prever o solucionar las posibles controversias que se susciten.

* Abogado y profesor del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana, Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia y Doctor en Derecho *Summa Cum Laude* de la Universidad Alfonso X El Sabio (España). edgar.leon@urosario.edu.co.

** Abogada y profesora del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, especialista en Derecho Comercial y Contractual, doctoranda en Derecho y profesora de la misma Universidad. yira.lopez@urosario.edu.co.

³¹ Este artículo es resultado del trabajo de investigación que actualmente se adelanta en desarrollo del proyecto JusTic, que lidera el Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

La tecnología avanza en la actualidad a un ritmo nunca antes visto. Lo que antes requería para su desarrollo una generación entera, ahora se desarrolla en pocos años. Ortega y Gasset divide esta evolución en tres períodos³²:

- a. La tecnología del azar: Cualquier clase de conocimiento es mínimo, pues obedece al acaso y su conservación se sucede gracias a la remembranza que de éste le hacen los mayores a sus aprendices. El progreso depende del desarrollo de la inteligencia de los seres humanos, pero los avances pueden perderse si la tribu o el clan desaparecen.
- b. La tecnología del artesano: El progreso de la técnica se basa en el trabajo en grupo de personas que mediante prototipos logran aprovechar e incorporar nuevos elementos a lo ya utilizado por sus antepasados. Según el autor, más que invención se trata de la evolución del conocimiento, el cual se ve influenciado gracias al acercamiento a

³² Ortega y Gasset, Jorge, *Meditación de la técnica. Introducción al curso qué es la técnica*, pp. 28-30. Disponible en: https://francescllorens.files.wordpress.com/2013/02/ortega_meditacion_tecnica.pdf, consulta: 6 de noviembre de 2017.

otras sociedades y culturas y a la apertura de vías y medios de comunicación. La conservación del conocimiento se precisa a través de documentos escritos, como manuales y dibujos, el cual permite el surgimiento de nuevas tecnologías, aunque las civilizaciones de donde provienen hayan desaparecido.

- c. La tecnología ingenieril: El pensamiento tecnológico surge a partir de la estructuración y utilización de métodos, lo que permite que el pensamiento se adelante a la acción. La solución a los problemas se basa en una solución previa, que permite determinar los pasos a seguir o combinar para llegar al invento. Cuando éste se alcanza se convierte automáticamente en una técnica que es susceptible de ser mejorada.

Estas tres etapas, quedan actualmente cubiertas por una nueva agenda humana, pues el hambre, la peste o la guerra ya no hacen parte de los problemas importantes a resolver. En la realidad actual, el ser humano busca salud, felicidad y poder, a través de la tecnología, la biología, los sistemas y la electrónica. Todo esto, a partir de la utilización de celulares, tabletas y computadores cuyos programas y aplicaciones dependen de lo que constituye una “nueva religión” consistente en el culto a los algoritmos³³.

Estos permiten determinar la geoubicación de automóviles, naves, aeronaves y drones, realizar sofisticadas operaciones matemáticas y económicas para efectuar inversiones en bolsa, diagnosticar enfermedades, elaborar demandas judiciales y hasta resolver solicitudes de servicio al cliente, a través de los denominados *call centers*³⁴. Esto sin contar otras actividades como la creación de novelas, la composición musical y artística, la elaboración de juegos de computador, hasta esculpir desde obras de arte, hasta elaborar los repuestos de un transbordador espacial, mediante la utilización de impresoras 3-D³⁵.

³³ Harari, Yuval Noah, *Homo Deus. Breve historia del mañana*, Debate, Bogotá, 2017, pp. 42-82.

³⁴ *Ibidem*, pp. 337-382.

³⁵ Oppenheimer, Andrés, ¡Crear o morir! La esperanza de Latinoamérica y las cinco claves de la innovación, *Vintage Español*, México, 2014.

En todos estos campos, se plantea una necesidad de desregularización que se convierte en el punto de partida del desarrollo económico. Sin embargo, los retos de los usos tecnológicos enfrentan la realidad con el derecho, el cual poco a poco comienza a involucrarse en estos asuntos, pues los problemas éticos y legales deben tener una regulación propia que permita resolver las controversias que de ellos se deriven.

De otra parte, los avances tecnológicos han reatado la forma de abordar instituciones tradicionales sobre las cuales se fundamenta el derecho mismo. Por ejemplo, el derecho comercial, cuya dogmática ha sido construida sobre la teoría del acto de comercio, la intermediación y el carácter empresarial de las actividades comerciales llevadas a cabo por los comerciantes³⁶, se ve enfrentado a la dificultad de comprender mediante tales categorías las formas en las que funcionan los negocios que se realizan a través de instrumentos tecnológicos.

Ahora bien, aunque algunas categorías jurídicas han comenzado a perder importancia, otras han mostrado una atemporal capacidad explicativa de los negocios y una flexibilidad para acomodarse a las circunstancias cambiantes de la sociedad. En este lugar se encuentra la costumbre, la cual ocupa un lugar determinante para explicar cómo se produce el derecho mediante las prácticas reiteradas, uniformes y generales de los agentes que participan en los negocios que se desarrollan en entornos informáticos.

³⁶ En relación con los criterios de mercantilidad utilizados usualmente para explicar qué es el derecho comercial pueden consultarse los textos clásicos: Ascarelli, Tulio, *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1964; Broseta Pont, Manuel, *La empresa, la unificación del derecho de las obligaciones y derecho mercantil*, Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos, Madrid, 1965; Garrigues, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, T. I, Porrúa, México, 1981; Galgano, Francesco, *Historia del derecho mercantil*, Laia, Barcelona, 1980; Wiesner Morales, Luis Roberto, “Los Códigos de Comercio de la Colombia decimonónica: la migración de un ideal igualitario”, en: *Revista de Derecho Privado*, N.º 7, Universidad de los Andes, 1990.

Así las cosas, este escrito tiene como propósito establecer el papel de la costumbre mercantil en el funcionamiento de las cuestiones empresariales que surgen a partir de la utilización de la tecnología, respecto de los principales asuntos que actualmente se debaten en Colombia, como lo son la economía colaborativa en las aplicaciones tecnológicas, el financiamiento global a partir del *crowdfunding* y los desafíos que plantea la criptomoneda: el bitcoin.

2. Las aplicaciones tecnológicas de economía colaborativa y su desarrollo consuetudinario

Resulta interesante verificar cómo en la actualidad existen empresas cuyo desarrollo ha generado millones de seguidores y detractores al mismo tiempo. Es el caso de Uber, por ejemplo, empresa que todos los días ocupa los principales espacios noticiosos de televisión, radio y prensa escrita. Desde el punto de vista legal, los comportamientos negociales de sus operadores y de sus clientes generan situaciones jurídicas que trascienden la legalidad o no de su operación, por cuanto son aceptadas y acatadas por una generalidad cada vez más creciente y que si bien resultan obligatorios y uniformes para los usuarios de estas compañías, carecen de una regulación jurídica en Colombia.

Antes de realizar una serie de consideraciones frente a esta aplicación, analicemos un caso similar, que tuvo un desenlace diferente en Colombia. Se trata de Airbnb, empresa que nació en San Francisco (Estados Unidos) en 2008, que funciona como intermediaria para conectar anfitriones que ofrecen casas, apartamentos, habitaciones e islas en más de 191 países, lo que ha dado lugar a su valoración en 30.000 millones de dólares.

La compañía inició operaciones en Colombia en el año 2013 y desde entonces ha logrado datos sorprendentes en el mercado de hospedaje, envidiables

para cualquier cadena hotelera (véase cuadro No.1). Sin embargo, sus detractores consideran que este tipo de negocios trae consecuencias adversas para las ciudades: se reemplaza la oferta de vivienda “para las personas que viven, trabajan y estudian a cambio de rentas temporales para turistas, expulsando a la gente que vive en dichas zonas afuera de los centros de trabajo y estudio”³⁷.

Cuadro No. 1

Ocupación de Airbnb en las principales ciudades de Colombia - 2017

Ciudad	Apartamentos y habitaciones	Capacidad hotelera
Bogotá	2.333	9%
Medellín	1.677	11%
Cartagena	1.626	13%

Fuente: www.airbnb.com.co

Actualmente se encuentran inscritos más de 22.000 anfitriones activos en el país, propietarios de inmuebles, quienes encontraron una magnífica inversión en esta plataforma, mucho mejor que los contratos de arrendamiento. Sin embargo, y ante la presión de organizaciones como la Asociación Hotelera y Turística de Colombia (Cotelco) y la Asociación Colombiana de Agencias de Viajes y Turismo (Anato)³⁸, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo ordenó realizar unas mesas de trabajo con la plataforma para establecer su formalización en Colombia³⁹.

³⁷ Al respecto, Mesa Carvajal, Juan Carlos, “Ojo con Airbnb (I)”. Disponible en: www.semana.com/opinion/articulo/juan-carlos-mesa-airbnb-puede-ser-un-problema-grande-para-colombia-en-un-futuro/479800, consulta: 7 de noviembre de 2017.

³⁸ Véase: Noguera, Natalia, “Operadores turísticos reaccionan ante el abrumador crecimiento de esta plataforma digital”. Disponible en: www.eltiempo.com/vida/viajar/colombia-inicia-conversaciones-para-regular-airbnb-101866, consulta: 7 de noviembre de 2017.

³⁹ Véase: “Anfitriones de Airbnb tienen que formalizarse: Mincomercio”. Disponible en: www.eltiempo.com/vida/viajar/anfitriones-de-airbnb-tienen-que-formalizarse-con-registro-nacional-de-turismo-117160, consulta: 7 de noviembre de 2017.

Lo anterior trajo como resultado que los anfitriones, es decir, todos aquellos que promocionen alojamiento a través de plataformas digitales se deben inscribir en el Registro Nacional de Turismo. Quienes incumplan esta medida serán sancionados con multas o cierre de sus establecimientos. Adicionalmente, cuando el anuncio incluya el precio se deben indicar los impuestos del país o del exterior; las tasas, cargos, sobrecargos o tarifas que afecten el precio final; la moneda de pago de los servicios ofrecidos y el tipo de cambio aplicable si el precio estuviera indicado en moneda diferente a la colombiana. Si el aviso no cumple con estas condiciones, será considerado como publicidad engañosa⁴⁰.

Como quedó precisado anteriormente, no ha sucedido lo mismo con plataformas que ofrecen servicios de transporte como Uber. Esta compañía, creada por Garrett Camp y Travis Kalanick en el año 2009, basa su estrategia en una red de comunicación a través de canales informáticos, que conecta a pasajeros con conductores registrados en la plataforma, quienes les ofrecen su servicio de transporte. En casi todos los países del mundo esta función es tradicionalmente llevada a cabo por taxis, vehículos que deben estar afiliados a empresas y que deben cumplir con una serie de requisitos establecidos por leyes preestablecidas, las cuales exigen costosas sumas de dinero para circular, permisos, seguros, etc.

En aras de la competencia, Uber irrumpe con una serie de servicios a los pasajeros, los cuales impactan la prestación del servicio público, tales como el contacto a través de sistema satelital (GPS), seguimiento de los automóviles a través de mapas, calificación del servicio del conductor y pago a través

de tarjetas de crédito, sin necesidad de efectivo. En Colombia, además, aparecen otros modelos, como carros de lujo, conductor bilingüe, transporte de bicicletas, entre otros.

En desarrollo de sus negocios, la compañía ha impuesto ciertos usos que son respetados tanto por ella, los conductores afiliados a su red y los pasajeros. Se puede señalar, por ejemplo, que en caso de cancelación del servicio luego de haber sido solicitado por el cliente, se debe pagar una tarifa fija. Así mismo, cuando la red detecta que hay mayor demanda de pasajeros la tarifa se vuelve dinámica y se cobra un sobrecosto por el servicio, de manera que se incentive a los dueños de los automóviles vinculados a salir a las calles. El cliente puede aceptar o no estas condiciones o pedirle al sistema un aviso automático de cuando ese cobro haya disminuido.

El impacto que ha tenido esta forma de realizar interesantes y novedosos negocios no solamente ha dado lugar a la queja reiterada de las empresas de taxi en muchas capitales del mundo, precisamente porque el servicio al final es de transporte y este se encuentra regulado por múltiples disposiciones. En tal medida, los automóviles de Uber deberían cumplir las mismas condiciones legales que sus afiliados. De ahí que su argumento más importante sea el de una presunta competencia desleal. Por su parte, la compañía en mención defiende su lugar en el mercado señalando que no es una empresa de transporte, sino que se trata de una plataforma tecnológica.

Lo cierto es que el Gobierno Nacional debe implementar una adecuada y consistente regulación de las empresas tecnológicas que prestan este tipo de servicios, teniendo en cuenta no solo las exigencias de los transportadores formalizados, sino también la realidad comercial que practican estas empresas. Por su naturaleza, estas compañías tienen unas características propias que se deben desarrollar a partir de la práctica, verificando eficazmente la manera como se efectúa este servicio y constatando efectivamente

⁴⁰ En Ciudad de México, por ejemplo, la regulación incluye pagar un 3% de impuesto por la prestación de los servicios, directo a las arcas del Estado. Tras convertirse en una plataforma legal, en el año 2016 la compañía alcanzó ingresos por 84,3 millones de dólares y aumentó la prestación de sus servicios en un 174%. Véase: www.pulzo.com/economia/airbnb-seria-regulado-colombia/PP292430, consulta: 7 de noviembre de 2017.

las necesidades que tienen los usuarios, protegiendo principalmente sus derechos⁴¹.

Y es que la indefinición es gigante, pues mientras para el Ministerio de Transporte, Uber es ilegal⁴², para el de TICs se ajusta a la ley, pues las actividades empresariales que se realizan mediante este tipo de plataformas constituyen economía digital, lo cual desarrolla las políticas públicas del país⁴³. Mientras tanto, los contratos, los negocios y la operación, independiente de los permisos que se deban cumplir para su operación, quedan al arbitrio de la costumbre, que para estos efectos será *contra legem*... o *praeter legem*?

3. Netflix o la revolución digital del cine y la televisión

Reed Hastings y Marc Randolph tuvieron la visión de competir con las tiendas tradicionales de al-

quiler de películas, como Blockbuster, mediante la utilización de la tecnología *streaming* de video, a través de internet, con un pago relativamente bajo⁴⁴, el cual permite varias conexiones desde diferentes computadores, *tablets*, teléfonos inteligentes y televisión, mediante la utilización de los mismos usuarios y claves. De esta manera, Netflix puede a su vez retribuir, legalmente, a los titulares de los derechos de autor por la puesta a disposición de los contenidos en su librería y mantener un negocio legal de reproducción vía web de películas y series televisivas, protegidas por las leyes de propiedad intelectual.

Durante los últimos años, esta compañía ha comenzado a producir tanto películas como series originales, con lo cual ha generado una teleaudiencia propia y exclusiva. Sin embargo, empresas de televisión por cable, como Directv, Claro y ETB, entre muchas otras, las cuales operan en Colombia mediante el pago de unos derechos establecidos por la ley en su calidad de concesionarios, han denunciado a la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) que existe una serie de deberes y obligaciones que Netflix no cumple, aunque al final el servicio es el mismo⁴⁵.

Si el organismo gubernamental encontrara que efectivamente Netflix actúa en Colombia por fuera de la normativa vigente de televisión podría pensarse que sus negocios especializados se convertirían en costumbres *contra legem*, las cuales se encuentran en contravía de la regulación sobre la materia en el país. Para la muestra, un ejemplo: Netflix ofrece tarjetas prepago recargables, las cuales son ofrecidas en almacenes de gran superficie y a través de las cuales se puede acceder a este servicio⁴⁶.

⁴¹ Mediante la Resolución 2163 de 2016, el Ministerio de Transporte reguló el denominado "transporte individual de lujo". Entre otros aspectos, fija requisitos para que las empresas propietarias de plataformas se habiliten ante esa cartera. Además, indica que el permiso es intransferible a cualquier título y no puede ser utilizado para atender otras modalidades del transporte de pasajeros; las empresas podrán tener una o más plataformas para que los vehículos vinculados a ellas tengan acceso a las diferentes opciones del mercado; se debe acreditar ante la autoridad local la empresa de transporte terrestre automotor individual en el nivel de lujo, y, por último, la información generada por la prestación del servicio se debe migrar al Sistema Inteligente Nacional para la Infraestructura, el Tránsito y el Transporte, cuando este entre en operación. Igualmente, se exige que los vehículos sean de color negro, con una franja lateral que comprenderá la totalidad del largo del automóvil, con un ancho de 10 centímetros, a cuadros blanco y gris intercalados en 2.5 centímetros cada uno. Disponible en: www.mintransporte.gov.co/Publicaciones/gobierno_reglamenta_servicio_de_lujo_en_el_transporte_individual, consulta: 2 de mayo de 2016.

⁴² Véase: "Ministerio fija posición frente a utilización de plataformas tecnológicas para servicio de transporte". Disponible en: www.mintransporte.gov.co/Publicaciones/ministerio_fija_posicion_frente_a_utilizacion_de_plataformas_tecnologicas_para_servicio_de_transporte, consulta: 7 de noviembre de 2017.

⁴³ Véase: "Uber es legal: MinTic", disponible en: www.semana.com/nacion/articulo/uber-es-legal-mintic-la-economia-digital-es-politica-publica-en-colombia/546061, consulta: 7 de noviembre de 2017.

⁴⁴ En el caso de Colombia, por ejemplo, el servicio ofrece planes a partir de \$17.000 pesos mensuales. Esto es, un valor aproximado a siete dólares estadounidenses o cinco euros.

⁴⁵ "El reclamo de los operadores por Netflix". Disponible en: www.semana.com/tecnologia/articulo/netflix-operadores-se-quejan-ante-antv/451703-3, consulta: 2 de febrero de 2015.

⁴⁶ "Netflix venderá en Colombia tarjetas prepago para acceder a sus servicios". Disponible en: www.elsespectador.com/tecnologia/netflix-vendera-colombia-tarjetas-prepago-acceder-sus-s-articulo-603230, consulta: 2 de febrero de 2015.

Habida cuenta de que su adquisición por parte del consumidor genera obligaciones para la empresa de prestar el servicio y para el usuario de respetar las condiciones de la licencia de uso, la generalidad de los comportamientos en desarrollo de estos acuerdos podría dar lugar a hablar de costumbres. Más aún si, por ejemplo, la autoridad de defensa del consumidor en Colombia, como lo es la Superintendencia de Industria y Comercio, sancionara a la compañía por una prestación defectuosa del servicio y la conminara a prestarlo correctamente, caso en el cual se reconocería la obligatoriedad del comportamiento⁴⁷.

4. El ocaso de las formas convencionales de financiación: el 'crowdfunding'

En términos sencillos, *crowdfunding* podría ser definido como una forma de financiación privada de un proyecto o empresa, mediante el aporte de una multitud de individuos, la cual es obtenida a partir de su publicidad a través de páginas web⁴⁸, a título de donación, a cambio de alguna forma de recompensa

⁴⁷ Lo que ocurre actualmente en materia de televisión resulta de fundamental importancia económica por los comportamientos de los particulares en Colombia, dada la posibilidad de acceder a ella a través de internet. Según informó la Comisión de Regulación de Comunicaciones, en un informe sobre el estudio de hábitos y usos de televisión en el año 2015, el 2,7% de los colombianos usa como medio principal para ver televisión el acceso a internet, mientras que el 25,2% lo usa de manera conjunta con otros medios más tradicionales. Del porcentaje de usuarios que consume televisión de forma combinada, el 76% adquiere los contenidos desde YouTube, mientras que el 14,3% lo hace desde redes sociales y otras páginas gratuitas y un 9,7% por servicios de demanda. Estas cifras, como es lógico, durante los próximos años se incrementará, dando lugar a cambios de comportamiento entre los individuos que traerán, como consecuencia, grandes impactos jurídicos tanto en la prestación del servicio como respecto de los consumidores. Véase: www.crcm.gov.co/es/noticia/el-2-7-de-los-colombianos-solo-consume-tv-a-trav-s-de-internet, consulta: 5 de marzo de 2016.

⁴⁸ Los portales web más importantes en la actualidad para realizar operaciones de *crowdfunding* son: www.gofundme.com, www.kickstarter.com, www.indiegogo.com, <https://teespring.com> y www.patreon.com.

o mediante el otorgamiento de acciones que le permiten al inversionista beneficiarse de su aporte. Es decir, el emprendedor deja de utilizar formas tradicionales para obtener los recursos requeridos para su proyecto, como lo pueden ser los créditos bancarios, para lo cual utiliza internet en busca de financiación directa de particulares⁴⁹.

Esta posibilidad aparece consolidada en el año 2006, cuando fue lanzada la plataforma Sellaband. Esta página web les permitía a músicos y bandas que no tenían casa disquera financiarse para producir su música. En ella, los artistas podían subir un perfil que incluía foto, reseña, links, blogs e incluso, a través de tecnología *streaming*, subían demos de hasta tres canciones. Por su parte, los inversionistas navegaban la página, investigaban a los artistas y, si lo estimaban conveniente, podían comprar una o más participaciones del futuro álbum por un valor de 10 dólares. Al reunirse 5.000 de ellas, esto es 50.000 dólares, el artista podía gastarlos de acuerdo con un plan de negocios desarrollado y aprobado por Sellaband para la grabación. Cuando el disco estaba terminado, los inversionistas no solo recibían un disco compacto sino también ganancias por ventas, las cuales eran distribuidas equitativamente entre ellos, el artista y Sellaband⁵⁰.

El *crowdfunding* también puede ser utilizado para mercadeo, creando interés en nuevos proyectos en tempranas etapas de desarrollo. Así ocurrió con el reloj Pebble y la consola de videos Ouya, financiados a través de la página Kickstarter⁵¹, que les permitió a desarrolladores tecnológicos crear aplicaciones para

⁴⁹ Schwienbacher, Armin y Larralde, Benjamin, "*Crowdfunding of small entrepreneurial ventures*", 2010, p. 4. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1699183, consulta: 26 de febrero de 2016.

⁵⁰ Agrawal, Ajay K.; Catalini, Christian y Goldfarb, Avi, "*The geography of crowdfunding*", en National Bureau of Economic Research, working paper 16820, 2010, pp. 4 y 5. Disponible en: www.nber.org/papers/w16820, consulta: 25 de febrero de 2016.

⁵¹ Véase: www.abc.es/tecnologia/top/20130618/abci-cinco-exitos-kickstarter-201306171301_1.html, consulta: 26 de febrero de 2016.

estos productos incluso antes de que fueran lanzados, generándoles ventajas competitivas⁵².

En términos generales, existen cuatro formas de *crowdfunding*⁵³:

- a. *Por acciones*: los inversionistas reciben una participación convertible en capital social de la compañía que recibe la inversión. Quien realiza el aporte busca obtener retorno económico en forma de dividendos o ganancias en el crecimiento del valor de su parte en la empresa.
- b. *Por donación*: las contribuciones son dirigidas para financiar una obra caritativa. Los fondos recibidos no generan una retribución para los aportantes del dinero.
- c. *Por préstamo*: el inversionista que aportó su dinero lo recupera junto con una tasa de interés.
- d. *Por recompensa*: los fondos que facilitaron la realización del proyecto empresarial dan lugar a que los aportantes reciban el producto o servicio creado. Era el caso de Sellaband, anteriormente mencionado, donde los inversionistas recibían copia de disco compacto del artista financiado.

Como se aprecia, las posibilidades de internet permiten que los colombianos realicen operaciones de *crowdfunding*, en calidad de emprendedores y de inversionistas. Esto a pesar de que no existen normas que regulen o tipifiquen este tipo de financiación privada. Sin embargo, tanto los unos como los otros deben tener cuidado con evitar cualquier clase de captación masiva e ilegal de dinero, la cual, como es sabido, puede dar lugar a recriminaciones de índole administrativa y penal⁵⁴.

⁵² Mollick, Ethan, "The dynamics of crowdfunding: an exploratory study", en *Journal of Business Venturing*, vol. 29, 1, 2014, p. 2. Disponible en: www.sciencedirect.com/science/article/pii/S088390261300058X, consulta: 26 de febrero de 2016.

⁵³ Jofre Jr., Óscar A., *Equity crowdfunding 101. Guía mundial hacia la revolución financiera*, KoreconX, libro 1, 2015, p. 10.

⁵⁴ El artículo 316 del Código Penal establece: *El que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, colabore, o realice cualquier otro acto para captar dinero del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la*

A pesar de la importancia que tiene este tema, en la actualidad no se dispone en Colombia de una regulación precisa del *crowdfunding*, salvo un documento del año 2016, proferido por la Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación Financiera (URF), denominado: *Alternativas de regulación del crowdfunding*⁵⁵. Sin embargo, el ambiente político al momento de la redacción de este escrito no permite determinar un buen futuro para este texto.

5. Los 'bitcoins' o la pérdida del concepto de soberanía económica

Las fluctuaciones del precio del petróleo y el malestar que conlleva para ciertos países el hecho de que el valor del dinero sea fijado a partir del dólar estadounidense como mecanismo de cambio han permitido el surgimiento del denominado *bitcoin*. Grinberg lo define como una "moneda digital, descentralizada y parcialmente anónima, no soportada por cualquier Gobierno o entidad legal y no redimible en oro, divisa u otro tipo de bien"⁵⁶. En términos generales, este mecanismo de cambio es creado a partir

autoridad competente, incurrirá en prisión de ciento veinte (120) a doscientos cuarenta (240) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Véase, además: Superfinanciera, Concepto 2017008080-001, feb. 24/2017.

⁵⁵ Disponible en: www.urf.gov.co/urf/ShowProperty?nodeId=%2FOCS%2FP_MHCP_WCC-049581%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased, consulta: 7 de noviembre de 2017.

⁵⁶ "Sus defensores argumentan que *bitcoin* tiene muchas propiedades que la convierten en una moneda ideal para los consumidores y comerciantes en general. Por ejemplo, las *bitcoins* son altamente líquidas, tienen bajos costos de transacción, pueden ser utilizadas para realizar rápidamente pagos a través de internet e igualmente pueden ser utilizadas para hacer micropagos. Esta nueva moneda también puede ser utilizada para que organizaciones como Wikileaks, odiadas por los Gobiernos, puedan recibir donaciones y realizar negocios de forma anónima" —Grinberg, Reuben, "Bitcoin: an innovative alternative digital currency", en *Hastings Science Technology Law Journal*, 4, (1), 2012, p. 160—.

de las redes *peer-to-peer*⁵⁷ a través de un esquema electrónico de minería —*mining*—⁵⁸, el cual ha sido creado a partir de protocolos establecidos por sus operadores.

Su origen data de 1998, cuando Wei Dai, en la lista de correo electrónico Cypherpunks, propuso la idea de un nuevo tipo de dinero que utilizara la criptografía para controlar su creación y las transacciones, independizándose de las autoridades centralizadas. Sin embargo, esta “moneda criptográfica” solo vio la luz en el año 2008, pues su utilización tenía por objeto superar la crisis financiera iniciada con el derrumbe de las hipotecas *sub-prime* en Estados Unidos. Para ese entonces, los principales bancos centrales buscaron la forma de inyectar liquidez al sistema con una moneda externa.

La primera especificación del protocolo *bitcoin* y la prueba del concepto la publicó Satoshi Nakamoto en el 2009⁵⁹, quien abandonó el proyecto a finales de 2010. En mayo de ese mismo año se utilizó por primera vez el sistema para pagar dos pizzas por valor de 10 mil *bitcoins*. Para el 2013, 1.000 *bitcoin* corresponderían a unos 10 millones de dólares estadounidenses.

Posteriormente, en julio de 2010, la compañía Mt Gox ofreció al público sus servicios como *broker*

⁵⁷ Para conocer a fondo el funcionamiento de este tipo de redes, véase: León Robayo, Édgar Iván y Varela Pezzano, Eduardo, *Ilegalidad aparente o violación permanente: los derechos de autor y las tecnologías P2P*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2015.

⁵⁸ En términos generales, la moneda virtual se genera mediante un costoso proceso de búsqueda criptográfica, en lo cual trabajan continuamente miles de computadores de todo el mundo para descifrar la secuencia de caracteres que dan lugar a un nuevo *bitcoin*. El protocolo se realiza a través de un sistema encargado de verificar de inmediato la veracidad del *bitcoin* comprobando su pertenencia a la cadena, al igual que su sistema de seguridad caracterizado por un proceso de búsqueda. Disponible en: www.tiempodehoy.com/economia/la-extrana-historia-del-bitcoin, consulta: 7 de noviembre de 2017.

⁵⁹ Nakamoto, Satoshi, “*Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system*”, Bitcoin Project. Disponible en: <http://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, consulta: 12 de febrero de 2016.

de *bitcoins*. Sin embargo, en agosto de ese mismo año se presentó la primera gran vulnerabilidad en el protocolo, ya que las transacciones no se podían verificar, lo cual les permitía a los usuarios superar las restricciones y crear un número indefinido de moneda, lo cual fue superado al poco tiempo⁶⁰. El último dato disponible sobre su valor indica un aumento del 70% durante el año 2015, correspondiente a 435 dólares estadounidenses por *bitcoin*, lo cual resulta escandaloso para la banca tradicional⁶¹.

La red *bitcoin* dispone de una contabilidad pública llamada *blockchain*⁶², que verifica cada transacción procesada, permitiendo comprobar la validez y autenticidad de cada transacción por medio de firmas digitales correspondientes a las direcciones de envío. De esta manera, todos los usuarios tienen control total de las transacciones al enviar *bitcoins*⁶³.

La tecnología *blockchain*, que soporta el funcionamiento de los *bitcoins* es quizás tan revolucionaria como internet. Mediante esta innovación no sólo opera

⁶⁰ Disponible en: www.gurusblog.com/archives/historia-bitcoin/14/12/2013/, consulta: 12 de febrero de 2016.

⁶¹ Disponible en: www.dinero.com/internacional/articulo/moneda-digital-bitcoin-gano-mas-de-70-en-el-ultimo-ano/220941, consulta: 5 de marzo de 2016.

⁶² La importancia del *blockchain* como una innovación que va más allá de las criptomonedas puede consultarse en: Scott, N., “Blockchain: the internet’s second generation”, Director. 70, 2, 54, oct. 2016; Manta, Otilia y Pop, Napoleon, “The virtual currency and financial blockchain technology. Current trends in digital finance”, en: Financial Studies, 2017; Fondo Monetario Internacional, “Virtual currencies and beyond: initial considerations”, en: Monetary and Capital Markets, Legal, and Strategy and Policy Review Departments, SDN/16/03, enero 2016.

⁶³ La banca tradicional tiene los ojos puestos en los blockchains por cuanto se trata de un interesante negocio y por esta razón actualmente se encuentra invirtiendo millones en su desarrollo. Por ejemplo, JP Morgan, uno de los principales bancos de inversión en el mundo, lanzó un piloto de prueba de la tecnología para mejorar la operación de sus transacciones en el mercado financiero. Por su parte, en 2015 nueve grandes bancos, entre los que se cuentan Goldman Sachs y Barclays se unieron para invertir en R3, una firma que buscará implementar *blockchains* en el negocio de las finanzas.

la red *bitcoin*, sino numerosas invenciones⁶⁴ que retan a la forma en la que funciona el derecho en diversos ámbitos. Así, por ejemplo, en materia contractual han tomado fuerza los *smart contracts*⁶⁵, de los que se ha dicho que representan el fin de los contratos, pues estos no se encuentran expresados en un lenguaje escrito o verbal sino en códigos informáticos que permiten que las obligaciones se ejecuten por sí mismas sin que sea necesario acudir a un juez⁶⁶. Aunque esta tecnología es conocida por tratarse de la innovación técnica detrás del *bitcoin*, este “libro digital”, que registra con precisión transacciones en tiempo real, se encuentra cambiando las prácticas como se realizan los negocios y la forma de creación del derecho que los acompaña.

⁶⁴ Dentro de las invenciones que utilizan la tecnología *blockchain* pueden encontrarse las siguientes: ABRA, billetera digital que permite enviar y recibir recursos desde y a cualquier parte del mundo sin tener una cuenta bancaria o pagar tarifas de transferencias; AUGUR, que permite predecir eventos en el mercado, la puntuación de un partido de cualquier deporte o los números de una lotería; CREDIT DREAM, conecta inversionistas en cualquier país para prestarle recursos a cualquier persona de otro lugar del mundo; PLEX, que entrega diagnósticos remotos a las aseguradoras acerca de los riesgos derivados de los conductores y automóviles. Otras innovaciones son explicadas en la revista Magazine Digital, edición de febrero de 2017. Disponible en: www.magazinedigital.com/tecnologia, consulta: 10 de noviembre de 2017.

⁶⁵ Sobre el gran impacto que tienen los *smart contracts* en el derecho contractual puede consultarse: Savelyev, Alexander, “Contract law 2.0: ‘Smart’ contracts as the beginning of the end of classic contract law”, en: Information and Communications Technology Law, 26, 2, 116-134, 2017.

⁶⁶ Los *smart contracts* pueden ser definidos como: “... un programa legible por máquina, escrito en código que se ejecutará solo cuando se cumplan un conjunto de términos predeterminados. Es digno de mención que los contratos inteligentes no necesitan inteligencia artificial para funcionar, independientemente de lo que su nombre pueda sugerir. La tecnología de *blockchain* ha permitido la construcción de nuevos tipos de plataformas, escribiendo contratos inteligentes en un lenguaje de programación y la creación de ecosistemas a su alrededor (...) Los nuevos avances técnicos en la tecnología *blockchain* han permitido pasar de los contratos automáticos a los contratos inteligentes verdaderamente autónomos, capaces de autoejecución y autocumplimiento” (traducción libre del original en inglés) —Lauslahti, Kristian; Mattila, Juri; Seppälä, Timmo, “Smart contracts: How will Blockchain Technology affect contractual practices?”, en: ETLA Reports, 2017—.

Ahora bien, la moneda virtual tiene como ventaja la facilidad de su envío y recepción instantánea desde y hacia cualquier lugar del mundo, sin límite alguno. Adicionalmente, los usuarios tienen control permanente de sus operaciones y los pagos son procesados con casi ningún costo de transacción. Además, el cambio les permite a los procesadores mercantiles convertir *bitcoins* en moneda fácilmente y depositar los fondos directamente en la cuenta bancaria del comerciante, por lo que estos servicios son ofrecidos con cargos mucho menos onerosos que los de las redes de tarjetas de crédito⁶⁷.

En Colombia la utilización del *bitcoin* o de cualquier otro medio de cambio virtual está prohibida, pues la única entidad estatal que tiene la competencia para emitir moneda legal es el Banco de la República. Según lo indican los artículos 7° y 8° de la Ley 31 de 1992, “la moneda legal expresará su valor en pesos de acuerdo con las denominaciones que determine la Junta Directiva del Banco de la República y será el único medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado”.

Por tal motivo, mediante Carta Circular 29 del 26 de marzo de 2014, la Superintendencia Financiera señaló los riesgos de usar tipos de cambio distintos de los permitidos y resaltó que sus entidades vigiladas no se encuentran autorizadas para “custodiar, invertir, ni intermediar con estos instrumentos”⁶⁸. Dentro de los aspectos más relevantes indicados por el ente de control y vigilancia frente a las monedas virtuales se destaca:

⁶⁷ Las transacciones en *bitcoins* no contienen datos personales y privados de los clientes. Esto protege a los comerciantes contra pérdidas ocasionadas por el fraude o devolución fraudulenta, operando en mercados donde la tarjeta de crédito o no funciona o la posibilidad de una defraudación es mayor. Así mismo, los usuarios tienen completo control sobre sus transacciones, evitando que se realicen operaciones no deseadas, protegiendo su identidad y, con ello, posibles suplantaciones. Disponible en: <https://bitcoin.org/es/faq>, consulta: 12 de febrero de 2016.

⁶⁸ Disponible en: www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&lId=10082339, consulta: 13 de febrero de 2016.

- a. Según la Ley 31 de 1992, *el peso es el único medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado*. Por lo tanto, la aceptación de las monedas virtuales puede cesar en cualquier momento, pues nadie está legalmente obligado a aceptarlas como medio de pago.
- b. Los *bitcoins* no pueden ser considerados divisas por no contar con el respaldo de bancos centrales extranjeros.
- c. Las monedas virtuales no están respaldadas por activos físicos, lo que puede llegar a reducir su valor drásticamente y expone a las personas a grandes volatilidades.
- d. Ni los comercializadores de monedas ni las plataformas virtuales están regulados por la ley colombiana, por lo cual no están sujetos a la supervisión del Estado. Esto se acentúa con el hecho de que las plataformas se encuentren domiciliadas en jurisdicciones donde no se pueden ejercer controles, ni tomar medidas para obligar al cumplimiento de las transacciones con monedas virtuales. Igualmente, quienes negocian con ellas no están amparados por ninguna garantía y no son beneficiarios del seguro de depósito.
- e. Que las transacciones se hagan de manera anónima hace que las monedas virtuales se presten para la comisión de actividades ilegales.
- f. Finalmente, hay unos riesgos operacionales que exponen a quienes posean monedas virtuales a ser víctimas de ataques informáticos.

Posteriormente, en un comunicado de prensa del mismo año⁶⁹, el Banco de la República respaldó esa postura, reafirmando: “La única unidad monetaria y de cuenta en Colombia es el peso —billetes y monedas— emitido por el Banco de la República”. Respecto del *bitcoin* la entidad indicó:

⁶⁹ Disponible en: www.banrep.gov.co/es/comunicado-01-04-2014, consulta: 13 de febrero de 2016.

“[...] no es una moneda en Colombia y, por lo tanto, no constituye un medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado. No existe entonces obligatoriedad de recibirlo como medio de cumplimiento de las obligaciones. [...] tampoco es un activo que pueda ser considerado una divisa debido a que no cuenta con el respaldo de los bancos centrales de otros países. En consecuencia, no puede utilizarse para el pago de las operaciones de que trata el régimen cambiario expedido por la Junta Directiva del Banco de la República”.

Como era de esperarse, la Superintendencia de Sociedades tampoco se quedó atrás en esta materia, en virtud de una estafa multimillonaria que se presentó con la firma Me-Coin, que utilizó el esquema piramidal para captar dinero del público⁷⁰. Igualmente, ha advertido en su doctrina que es ilegal la actividad empresarial que utiliza la modalidad multinivel para la venta o colocación de moneda virtual, fundamentando su decisión en las advertencias previas que al efecto realizaron tanto el Banco de la República como la Superintendencia Financiera⁷¹.

Como se aprecia, la utilización de la moneda virtual a las claras resulta en contravía del ordenamiento jurídico, a pesar de que muchos colombianos realizan transacciones millonarias todos los días con *bitcoins* por internet. El riesgo es grande, por supuesto, pero si se efectúa de legal forma, puede tratarse de una magnífica y rentable inversión, pues en noviembre de 2017, el *bitcoin* se cotizó por encima de 7.000 dólares. Incluso, en la bolsa virtual de *bitcoins* de Luxemburgo, Bitstamp, llegó a un valor de 7.066⁷². Esto a pesar de que algunos contradictores insisten en que su alto valor corresponde

⁷⁰ Véase: www.lafm.com.co/economia/ante-millonaria-estafa-con-bitcoins-supersociedades-lanza-nueva-alerta/, consulta: 7 de noviembre de 2017.

⁷¹ Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-207096, sep. 25/2017.

⁷² Véase: www.bitstamp.net/about_us/, consulta: 7 de noviembre de 2017.

a una burbuja económica que puede estar a punto de estallar⁷³.

Claramente, la utilización de monedas virtuales es una realidad innegable, aunque por ahora se constituye en una actuación ilegal. No obstante, resulta interesante observar que una compañía de taxis de Budapest anunció que permitirá pagar sus servicios con ellos a través de una aplicación asociada a los teléfonos móviles⁷⁴. Esto plantea un reto económico de sumo interés, principalmente en momentos en que el precio del dólar y del petróleo fluctúa de manera inconstante en medio de una crisis constante. Probablemente, en el futuro, es probable que la utilización de este tipo de dinero como mecanismo de pago adquiera un carácter consuetudinario o, incluso, se convierta en regla. O quizá no.

6. Consideraciones finales

Como queda claro de los ejemplos hasta aquí señalados, en ocasiones la ley resulta insuficiente para regular ciertos negocios de manera eficaz y precisa, pues si bien algunos de ellos pueden resultar poco convincentes en un momento histórico específico, esta situación puede modificarse, pues las actuaciones de los sujetos parten de una realidad

económica construida a partir de una iniciativa privada. Corresponde entonces a las autoridades determinar si estas conductas son contrarias a la normativa vigente o reconocer su validez, de manera que a través de una regulación directa se terminen los diferentes conflictos de intereses que se presentan entre los actores en el entorno económico en que estas empresas se desenvuelven.

Lo anterior demuestra lo indicado por Savigny, para quien no es posible petrificar las reglas jurídicas en los textos difícilmente variables de un código. Por ello, según su criterio, existe la necesidad de poner a tono la legislación vigente con las exigencias que la vida les da a las costumbres el poder de renovar el Derecho, al llevar dentro de su espíritu una fuerza incontrastable y ser fiel expresión de las necesidades y tendencias colectivas⁷⁵.

Esta situación adquiere relevancia en el momento actual, donde las aplicaciones tecnológicas cambian la realidad contractual y económica global. Las denominadas *apps* plantean importantes retos a la manera tradicional como se hacen los negocios, cuyos negocios internos deben ser regulados por el derecho y, por ende, se constituyen en verdaderas costumbres mercantiles.

⁷³ Véase: “Las divididas opiniones de los grandes inversionistas sobre el bitcoin”. Disponible en: www.portafolio.co/economia/asi-opinan-grandes-inversores-sobre-el-bitcoin-511353, consulta: 7 de noviembre de 2017.

⁷⁴ Disponible en: www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/taxistas-de-budapest-reciben-bitcoin-como-forma-de-pago/16508097, consulta: 12 de febrero de 2016. Para pagar, el pasajero solo tiene que tener, además de la moneda virtual, una aplicación en su móvil capaz de leer un código QR —*quick response code*, código de respuesta rápida—, esto es, un módulo para almacenar información en una matriz de puntos o en un código de barras bidimensional, el cual permite abonar el costo en *bitcoin*.

⁷⁵ A juicio del autor, resulta inútil que el legislador intente desconocer la costumbre, porque su fuerza es más poderosa y la experiencia enseña que, ésta llega a derogar aquella, por más que diga que carece de eficacia toda costumbre que le sea contraria. En principio, se empieza por no cumplir la ley, “en vez de sumisión y acatamiento, en el pueblo una rebeldía callada, una protesta muda, e irremisiblemente veremos que se alzarán contra la autoridad del mandato legislativo, la costumbre abrogatoria” —Savigny, Friedrich Karl Von, *Sistema del derecho romano actual*, Comares, Granada, 2005, p. 175—.

The background features several overlapping, curved shapes in shades of blue and yellow. A large, dark blue shape dominates the upper right, with lighter blue and yellow shapes curving around it from the left and bottom. The word 'ANEXO' is centered in white text within the dark blue area.

ANEXO

**Catálogo de costumbres
recopiladas y certificadas
por las Cámaras de Comercio
2013 -2016**

SECTOR COMERCIO

CÁMARA DE COMERCIO	COSTUMBRE	Fecha de Certificación
Aburrá Sur	1. Es Costumbre Mercantil que en los Municipios de Caldas, La Estrella, Envigado, Itagüí y Sabaneta, el reconocimiento mensual el diez por ciento (10%) que se estipula para que el vendedor recupere el artículo dado bajo la figura de compraventa con pacto de retroventa (Prenderías).	Diciembre de 2014
Barrancabermeja	2. Aplicación de una comisión por compraventa de vehículos usados.	Agosto de 2016
Barranquilla	3. En los contratos de compraventa de vehículos usados, el pago de los gastos de traspaso sea asumido por el comprador, y el de los impuestos que gravan el vehículo, correspondientes al año en curso, sea asumido por el comprador y el vendedor, proporcionalmente al tiempo que corresponda a cada uno, de acuerdo con el número de meses del año calendario que hayan transcurrido al momento de la venta.	Octubre de 2013
Bogotá	4. En Bogotá D.C., en los contratos de compraventa de vehículos nuevos de servicio público, es costumbre mercantil que el vendedor entregue al comprador los siguientes accesorios: llanta de repuesto y un (1) duplicado de la llave de encendido.	Abril de 2013
	5. En Bogotá D.C., en los contratos de compraventa de vehículos usados de servicio público, es costumbre mercantil que el vendedor entregue al comprador la llanta de repuesto.	Abril de 2013
	6. En Bogotá D.C., en los contratos de compraventa de vehículos nuevos de servicio particular, es costumbre mercantil que el vendedor entregue al comprador los siguientes accesorios: llanta de repuesto, un (1) duplicado de la llave de encendido y tapetes.	Abril de 2013
	7. En Bogotá D.C., en los contratos de compraventa de vehículos usados de servicio particular, es costumbre mercantil que el vendedor entregue al comprador los siguientes accesorios: llanta de repuesto y tapetes.	Abril de 2013
Cartago	8. En el municipio de Cartago, Valle del Cauca, existe la costumbre mercantil de "conceder un plazo de seis (6) meses para recuperar el bien vendido al suscribir el contrato de compraventa con pacto de retroventa".	Junio de 2014
Chocó	9. Es costumbre en la ciudad de Quibdó que entre proveedores, distribuidores mayoristas y minoristas de productos lácteos, se realice el cambio de éstos, próximos a expirar sin onerosidad alguna.	Julio de 2016
	10. Es costumbre en la ciudad de Quibdó que entre droguerías y distribuidores mayoristas de medicamentos farmacéuticos, se realice el cambio de medicamentos próximos a expirar sin onerosidad alguna; cumpliendo los parámetros legales aquí descritos.	Julio de 2016
	11. Comercialización de prendas de vestir y/o calzado en establecimientos especializados a través del método de pisados o separados en la ciudad de Quibdó.	Julio de 2016

Continúa en siguiente pág. ►

CÁMARA DE COMERCIO	COSTUMBRE	Fecha de Certificación
Honda	12. Es costumbre mercantil en la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Honda, que dentro del valor total que se cancela por la compra de una motocicleta, este valor incluya las revisiones técnicas.	Mayo de 2017
	13. Es costumbre mercantil en la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Honda, que el número de revisiones gratis que se incluyen dentro del valor total que se cancela por la compra de una motocicleta, son mínimo tres (3).	Mayo de 2017
Magdalena Medio	14. Pago de impuestos de rentas departamentales y el registro del contrato de compraventa de un establecimiento de comercio en la Cámara de Comercio, en los municipios donde se cuenta con jurisdicción.	Diciembre de 2014
Medellín	15. La Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia certifica que es costumbre en la ciudad de Medellín en los contratos de compraventa de vehículos usados, el vendedor paga a la persona que realiza la labor de corretaje a título de remuneración, una suma equivalente al 3% del valor del contrato realizado.	Diciembre de 2015
Montería	16. El término del contrato de consignación de vehículos automotores usados es de 60 días para la venta del mismo.	Noviembre de 2013
	17. Se cobra el 3% como comisión por intermediación en la compraventa de vehículos usados.	Noviembre de 2013
	18. Pago de la prima comercial tanto del establecimiento de comercio como del local a la hora de ser vendido o arrendado por parte de su propietario.	Noviembre de 2016
Neiva	19. Pago de comisión por compra y venta de automotores usados con cargo al vendedor, la cual oscila entre el 1% y el 3%.	Año 2013
Pereira	20. El cambio de medicamentos vencidos y generación de notas crédito a favor del cliente.	Noviembre de 2016
Sevilla	21. Apertura de los establecimientos de comercio al público domingos y festivos.	Mayo de 2016
	22. Sistema de separado, en donde el comprador adquiere la mercancía con un porcentaje de su valor, pagando el dinero restante dentro de un término previamente pactado para que le sea entregado el producto sin que se genere ningún tipo de interés.	Año 2014

SECTOR INMOBILIARIO

CÁMARA DE COMERCIO	COSTUMBRE	Fecha de Certificación
Aburrá Sur	1. Es costumbre mercantil, en los cinco Municipios que conforman la Jurisdicción de la Cámara de Comercio Aburra Sur, (Caldas, Envigado, Itagüí, La Estrella y Sabaneta), que en el contrato de promesa de compraventa de un bien inmueble se pacte que es responsabilidad y obligación del promitente vendedor entregarlo a paz y salvo por concepto de impuesto predial, valorizaciones, administración y servicios públicos entre otras obligaciones.	Diciembre de 2013
	2. Es costumbre mercantil en los municipios de Caldas, Envigado, Itagüí, La Estrella y Sabaneta; que el corredor de bienes inmuebles reciba por parte del vendedor de éstos, una remuneración consistente en el 3% del valor de la venta en bienes inmuebles urbanos y del 4% del valor de la venta en bienes inmuebles rurales.	Diciembre de 2016
Barrancabermeja	3. Parametrización de los cánones de arrendamiento de locales comerciales en la ciudad de Barrancabermeja, el corregimiento el Centro y los municipios que hacen parte de la jurisdicción de esta Cámara de Comercio.	Noviembre de 2015
Bucaramanga	4. En Bucaramanga y su área metropolitana es costumbre mercantil en las negociaciones sobre inmuebles, entregar el bien al adquirente a paz y salvo por concepto de servicios públicos.	Septiembre de 2016
	5. En Bucaramanga y su área metropolitana es costumbre mercantil, que al celebrarse un contrato donde se transfiera el derecho de dominio sobre un inmueble, los gastos notariales, boleta fiscal y de registro deben ser pagados por partes iguales entre los contratantes.	Septiembre de 2016
Cali	6. En Cali es costumbre mercantil que las personas naturales o jurídicas que administran bienes inmuebles de terceros en arrendamiento, cobre a los nuevos arrendatarios por una sola vez una tarifa equivalente al 10% sobre el valor del canon de arrendamiento por concepto de elaboración o derechos de contrato de arrendamiento.	Diciembre de 2013
Cartago	7. En el municipio de Cartago, Valle del Cauca, existe la costumbre mercantil de "incrementar los cánones de arrendamiento de locales comerciales utilizando como fórmula de reajuste del índice de precios al consumidor (I.P.C.)."	Diciembre de 2013
Chocó	8. Es costumbre en la ciudad de Quibdó que las inmobiliarias cobren a los propietarios de bienes inmuebles por la gestión y administración de éstos, un porcentaje entre el 8% y 10% del canon mensual de arrendamiento.	Julio de 2016
	9. Es Costumbre en la ciudad de Quibdó que las agencias de arrendamiento, cuando realizan la actividad de colocación (corretaje) de bienes inmuebles susceptibles de ser arrendados, cobren al propietario una comisión única del 20% sobre el primer canon de arrendamiento.	Julio de 2016
Duitama	10. Se considera costumbre mercantil en la ciudad de Duitama que los pagos de los derechos notariales de la compraventa de bienes inmuebles, sean asumidos en un 50% tanto de parte del otorgante (vendedor) como del aceptante (comprador).	Mayo de 2016

Continúa en siguiente pág. ►

CÁMARA DE COMERCIO	COSTUMBRE	Fecha de Certificación
La Guajira	11. En la ciudad de Riohacha-La Guajira en el sector inmobiliario existe costumbre mercantil que el pago de los gastos notariales correspondientes a la escritura pública de compraventa de un inmueble sea asumido por partes iguales entre el comprador y el vendedor.	Noviembre de 2015
	12. En la ciudad de Riohacha-La Guajira en el sector inmobiliario existe costumbre mercantil, que consiste en que el vendedor asume la obligación de entregar al comprador el bien inmueble a paz y salvo por concepto de impuesto predial, servicios públicos domiciliarios y cuotas de administración.	Noviembre de 2015
Magdalena Medio	13. Costumbre regional en materia de remuneración del corretaje en la compraventa de bienes inmuebles.	Noviembre de 2016
Medellín	14. Es costumbre en todo el departamento de Antioquia que en la compraventa de bienes inmuebles el vendedor pague una comisión sobre el valor del inmueble del 3%, tratándose de inmuebles urbanos, y del 3% al 5%, tratándose de inmuebles rurales.	Octubre de 2016
	15. La Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia certifica que en la ciudad de Medellín es costumbre mercantil que las agencias de arrendamiento, cuando realizan la labor de administración de inmuebles suscriben una póliza de seguros para amparar los daños que pueda sufrir el inmueble.	Diciembre de 2015
Montería	16. La comisión por intermediación en el arrendamiento de bienes inmuebles urbanos y comisión por administración de bienes inmuebles urbanos en arriendo es del 10%.	Noviembre de 2013
	17. Porcentaje de incremento del canon en los contratos de arrendamiento en los locales comerciales en Montería en un 15%.	Noviembre de 2013
Neiva	18. Pago de comisión por intermediación en la compraventa de bienes inmuebles, con cargo al vendedor, la cual oscila entre el 1% y el 3%.	Año 2013
Oriente Antioqueño	19. Es costumbre en el departamento de Antioquia que el corredor de bienes inmuebles reciba por parte del vendedor de estos una remuneración consistente en el 3% del valor de la venta de bienes inmuebles urbanos y del 4% del valor de la venta en bienes inmuebles rurales.	Septiembre de 2016
Santa Rosa de Cabal	20. En Santa Rosa de Cabal es costumbre mercantil entre los comerciantes, que los arrendatarios de los establecimientos de comercio realicen el pago del canon de arrendamiento por mensualidades anticipadas durante los 5 primeros días comunes de cada mes.	Diciembre de 2015
Tumaco	21. Plazo que tienen los arrendatarios de locales comerciales para el pago del canon de arrendamiento.	Febrero de 2017
Urabá	22. Es costumbre en el departamento de Antioquia que el corredor de bienes inmuebles reciba por parte del vendedor de éstos una remuneración consistente en el 3% del valor de la venta en bienes inmuebles urbanos y del 4% del valor de la venta en bienes inmuebles rurales.	Diciembre de 2016

SECTOR HOTELERO

CÁMARA DE COMERCIO	COSTUMBRE	Fecha de Certificación
Aguachica	1. En la ciudad de Aguachica es costumbre mercantil sobre el corte del día del contrato de hospedaje o la hora de salida con la cual termina cada día el hospedaje en los hoteles o residencias o <i>check out</i> a las 3:00 pm.	Noviembre de 2013
La Guajira	2. En la ciudad de Riohacha-La Guajira en el sector hotelero existe costumbre mercantil de no exigir al huésped, al momento del registro en el hotel, un <i>voucher</i> o comprobante de tarjeta de crédito como depósito para asegurar el pago de los consumos o servicios.	Abril de 2014
Magdalena Medio	3. Hora de salida o <i>check out</i> en los hoteles de la región del Magdalena Medio y Nordeste Antioqueño.	Diciembre de 2015
Montería	4. Hora de corte del día en los Hoteles de Montería.	Noviembre de 2013
	5. Pago de comisión a operadores profesionales de congresos, eventos y ferias por parte del sector hotelero, cuando éste proporcione turistas en calidad de huéspedes.	Noviembre de 2016
	6. La exigibilidad de garantías a huéspedes al momento de registro al hotel, para asegurar el pago de los productos y servicios recibidos.	Enero de 2017
	7. La cancelación de la reserva hotelera sin ningún costo para el cliente, cuando ésta se realiza con 24 horas de anticipación a la fecha señalada para el ingreso o <i>check in</i> .	Enero de 2017
Neiva	8. La hora de salida hotelera o <i>check out</i> en los hoteles de la ciudad de Neiva es a las 3:00 p.m.	Año 2013
Pereira	9. La hora de corte del día o <i>check out</i> en los hoteles es a las 3:00 pm.	Junio de 2014
	10. La celebración del contrato de hospedaje en cualquiera de los hoteles en el municipio de Pereira, la tarifa de la habitación incluye costo de la habitación, seguro hotelero, impuestos y desayuno.	Junio de 2014
	11. La cancelación de la reserva hotelera sin ningún costo para el cliente, cuando ésta se realiza con 24 horas de anticipación a la fecha señalada para el ingreso o <i>check in</i> .	Junio de 2014
	12. La exigibilidad al huésped de un <i>voucher</i> al momento de registro al hotel, para asegurar el pago de los productos y servicios recibidos.	Junio de 2014
Santa Rosa de Cabal	13. En Santa Rosa de Cabal es costumbre mercantil que los servicios que incluye la tarifa del contrato de alojamiento es el costo de la habitación, agua caliente, televisor, baño privado y cama doble.	Diciembre de 2013

SECTOR AGRICULTURA, GANADERÍA Y PESCA

CÁMARA DE COMERCIO	COSTUMBRE	Fecha de Certificación
Honda	1. Es costumbre mercantil en la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Honda, que los compradores de café que realizan descuento por la compra de café descerezado y lavado (café mojado) hacen una rebaja del 50%.	Mayo de 2017
	2. Es costumbre mercantil en la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Honda, que los distribuidores de los productos agrícolas incluyan la asesoría técnica por la compra de los productos.	Mayo de 2017

SECTOR TRANSPORTE

CÁMARA DE COMERCIO	COSTUMBRE	Fecha de Certificación
Montería	1. Las Empresas de Transporte Público intermunicipal devuelven el dinero consignado por parte de un pasajero, si éste desiste del transporte contratado, siempre y cuando lo comunique personalmente antes de la hora del tiquete.	Noviembre de 2016
Neiva	2. Desistimiento del pasajero en los contratos de transporte terrestre intermunicipal, devolviendo el dinero del tiquete o su equivalente en la expedición de un nuevo tiquete.	Año 2013
Pereira	3. Que en el Área Metropolitana del Centro Occidente es costumbre mercantil la compra y venta del cupo asignado a empresas de transporte público colectivo de pasajeros, entre los propietarios de los vehículos.	Diciembre de 2015

SECTOR DE ACTIVIDADES FINANCIERAS Y DE SEGUROS

CÁMARA DE COMERCIO	COSTUMBRE	Fecha de Certificación
Bogotá	<p>1. En Bogotá es costumbre mercantil que cuando, en el desarrollo contable y financiero de la empresa, se utiliza el término EBITDA, éste se usa para cualquiera de los siguientes propósitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> · Valoración de empresas. · Análisis del valor generado en la empresa. · Determinación de las ganancias o la utilidad obtenida por la empresa o proyecto. · Otorga información de mejor calidad en cuanto al funcionamiento del área de negocios en la que participa la empresa, en comparación con la información que se obtiene mirando sólo el resultado del ejercicio. · Medida de rentabilidad y por lo tanto un indicador que permite aproximarse al valor de una empresa. · Medir el desempeño de las empresas. 	Abril de 2013
	<p>2. En Bogotá es costumbre mercantil que cuando, en el desarrollo contable y financiero de la empresa, se utiliza el término EBITDA se refiere a las ganancias antes de los intereses, los impuestos, las depreciaciones y las amortizaciones.</p>	Abril de 2013
	<p>3. En Bogotá D.C., existe la costumbre mercantil de sujetar los derechos y obligaciones que se derivan de las cartas de crédito, en los contratos de compraventa internacional de mercaderías, a las reglas y los usos uniformes adoptados por la Cámara de Comercio Internacional en el folleto 600.</p>	Mayo de 2014
Cali	<p>4. En Cali, existe la costumbre mercantil de sujetar los derechos y obligaciones que se derivan de las cartas de crédito, en los contratos de compraventa internacional de mercaderías, a las reglas y usos uniformes adoptados por la Cámara de Comercio Internacional en el folleto 600 (Reglas UCP 600: reglas internacionales que reculan el nacimiento, cobro y extinción de los créditos documentarios).</p>	Febrero de 2015
	<p>5. En Cali es costumbre mercantil que las compañías aseguradoras utilicen la firma mecánica en las pólizas de seguros generales que expiden, así como en sus anexos, salvo en las pólizas de seguros de cumplimiento de disposiciones legales.</p>	Enero de 2017
Montería	<p>6. Obligatoriedad de la firma mecánica del Representante Legal de las compañías aseguradoras en la expedición de las pólizas de seguro en la Ciudad de Montería.</p>	Noviembre de 2013
	<p>7. En el sector asegurador se da el pago de comisión a corredores de seguros según los ramos y tarifas establecidas en sus sistemas de riesgos.</p>	Noviembre de 2016

SECTOR SERVICIOS

CÁMARA DE COMERCIO	COSTUMBRE	Fecha de Certificación
Bogotá	1. En Bogotá D.C., es costumbre mercantil que en los contratos de licencia, fabricación, mantenimiento y soporte de software el proveedor, cuando actualiza el programa, también actualice los manuales técnicos y de usuario a la última versión del código fuente, sin que se genere erogación adicional.	Julio de 2016
Manizales	2. La Cámara de Comercio de Manizales por Caldas certifica que los términos soporte, mantenimiento y actualización de software corresponden a servicios claramente diferenciados ofrecidos a los clientes, y las siguientes definiciones sirven para determinar el sentido de dichas palabras o frases técnicas y para interpretar los actos y convenios mercantiles que los contengan: Soporte de software: es el servicio que se presta a un cliente para la implementación adecuada, funcionamiento, capacitación y solución de problemas sobre un producto o aplicativo. Mantenimiento de software: es el conjunto de revisiones, acciones y adecuaciones necesarias que tienden a corregir las aplicaciones, optimizando su funcionamiento. Actualización de software: es la mejora continua a través de nuevas versiones del mismo, que tiende a optimizar su funcionamiento con mejoras técnicas o nuevas adaptaciones a los aplicativos desarrollados por necesidades del mercado, legales o del cliente.	Diciembre de 2013
Medellín	3. En la ciudad de Medellín existe una práctica uniforme y generalizada dentro de los contratos de franquicia en donde se pacta que el franquiciante, para transmitir su <i>know how</i> , suministre al franquiciado entrenamiento o capacitación inicial y entrenamiento permanente respecto de los bienes o servicios que constituyen la franquicia, forma de prestarse, atención, etc.	Noviembre de 2016
	4. En la ciudad de Medellín existe una práctica uniforme y generalizada dentro de los contratos de franquicia en donde el franquiciante entrega al franquiciado un manual escrito o virtual de operaciones y procedimientos con la finalidad de transmitir al franquiciante su <i>know how</i> y entrenamiento respecto de los bienes o servicios que constituyen la franquicia.	Noviembre de 2016
	5. En la ciudad de Medellín existe una práctica uniforme y generalizada dentro de los contratos de franquicia que consiste en, una vez perfeccionado el contrato de franquicia, el franquiciante puede llevar a cabo una auditoría de cada dos (2) o cuatro (4) meses, sobre el negocio del franquiciado para que este implemente y desarrolle adecuadamente la franquicia contratada.	Noviembre de 2016
	6. En la ciudad de Medellín existe una práctica uniforme y generalizada dentro de los contratos de franquicia en donde el franquiciado tiene la obligación de confidencialidad sobre el <i>know how</i> y secretos transferidos.	Noviembre de 2016

SECTOR NAÚTICO

CÁMARA DE COMERCIO	COSTUMBRE	Fecha de Certificación
CARTAGENA	1. En Cartagena de Indias D.T y C, es costumbre mercantil que las empresas que se encargan de la venta de paquetes turísticos que involucran el transporte en embarcaciones con fines recreativos, paguen una comisión a quienes contactan clientes para que accedan a los productos ofrecidos por las mismas. La comisión fluctúa entre un 5% y un 10% sobre el valor del paquete.	Año 2017
	2. En Cartagena de Indias D.T y C, es costumbre mercantil que las personas o empresas que se encargan del alquiler de yates privados, pidan a los clientes que cancelen el 50% del valor del servicio a la hora de contratarlo. El otro 50% del valor lo pagan el día antes del que pactaron para el uso del yate o ese mismo día.	Año 2017



LA COSTUMBRE **MERCANTIL**

UN APORTE PARA LOS NEGOCIOS
DE LOS EMPRESARIOS EN COLOMBIA







LA COSTUMBRE
MERCANTIL
UN APORTE PARA LOS NEGOCIOS
DE LOS EMPRESARIOS EN COLOMBIA