

LA COSTUMBRE INTERNACIONAL COMO FUENTE DE DERECHO  
COMERCIAL INTERNACIONAL Y SU RELACIÓN CON EL ORDENAMIENTO  
JURÍDICO COLOMBIANO

Trabajo de investigación para optar por el título de abogado

DIANA AYALA ENCISO  
CAROLINA PINZÓN FACCINI

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
2010

LA COSTUMBRE INTERNACIONAL COMO FUENTE DE DERECHO  
COMERCIAL INTERNACIONAL Y SU RELACIÓN CON EL ORDENAMIENTO  
JURÍDICO COLOMBIANO

Trabajo de investigación para optar por el título de abogado

DIANA AYALA ENCISO  
CAROLINA PINZÓN FACCINI

DIRECTOR:  
RAFAEL EDUARDO WILCHES DURAN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
2010

## NOTA DE ADVERTENCIA

Artículo 23 de la Resolución No. 13 de Julio de 1946

*“ La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada en contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia.”*

## TABLA DE CONTENIDO

	<b>PÁG.</b>
I. INTRODUCCIÓN	1
II. METODOLOGÍA	3
III. PRESENTACIÓN DEL ESTUDIO	4
1. Conceptos y su estructuración	4
2. Evolución primaria del Derecho Comercial Internacional	15
3. Generalidades del Derecho Comercial Internacional en la actualidad	18
4. La costumbre como remedio a los problemas transnacionales	20
5. La Costumbre Internacional en Colombia	24
6. Otros Ordenamientos	47
7. Documentos internacionales y Cámara de Comercio Internacional	59
8. Una posible solución al problema	70
IV. CONCLUSIONES	75
BIBLIOGRAFÍA	79

**La costumbre internacional como fuente de derecho comercial internacional y su  
relación con el ordenamiento jurídico colombiano**

*Resumen*

Se estudiará la costumbre mercantil internacional, para definir como se encuentra el Estado del Arte en Colombia, revisando como ha sido tratado el tema en diferentes fuentes del ordenamiento jurídico, con el fin de poder establecer si en el marco del derecho mercantil, está destinada a unificarse a nivel internacional como consecuencia de la globalización, o si por el contrario es necesario mantener derechos mercantiles nacionales e incluso locales como mecanismo para garantizar el adecuado ejercicio del comercio.

**Palabras clave**

Costumbre Mercantil, Usos y Prácticas Comerciales, Costumbre Internacional, Derecho Mercantil Internacional

## I. INTRODUCCIÓN

Se considera que las tendencias evolucionistas del derecho mercantil se dan gracias a las exigencias socio-políticas y, principalmente, a la evolución de la economía, puesto que el derecho mercantil siempre ha estado dispuesto a enfrentar, acomodarse y encauzar las exigencias del mundo económico y, de esta manera, buscar el desarrollo de un sistema jurídico que sea propicio para el constante nacimiento y desenvolvimiento de las relaciones comerciales, sin limitarse por el estrecho derecho preexistente<sup>1</sup>. El presente documento de reflexión estudia la costumbre mercantil internacional como fuente primaria del derecho comercial que hace referencia a los usos implantados por la colectividad y que son considerados por la misma ley como obligatorios, pues la costumbre, como fuente de Derecho, ha dado origen a algunos de los sistemas jurídicos más importantes del mundo, formando así una especie de derecho escrito, proveniente de la experiencia en la cual se fundamenta.<sup>2</sup> Los usos base de la costumbre son espontáneamente observados y se caracterizan por ser dinámicos y proporcionar una respuesta a las necesidades de la colectividad. Para el desarrollo del escrito, debido a la disparidad de contenidos que a nivel internacional tiene el término “costumbre internacional”, y en atención a que se hace el estudio teniendo como referente a Colombia, se toma, en principio, la definición del término para el ordenamiento colombiano. Teniendo presente esa salvedad, el concepto no

---

<sup>1</sup> Idea tomada de Alfonso Luis Calvo Caravaca & Jorge Oviedo Albán, *La Nueva Lex Mercatoria y Contratos Internacionales, Colección Derecho Privado y Globalización*, 2(ed. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2006)

<sup>2</sup>Idea tomada de Revista Cámara de Comercio de Cúcuta, 7 (Nº 40, 2008) tomado de :<[www.cccucuta.org.co/.../1REVISTA%20CAMARA%20DE%20COMERCIO%20No.40.pdf](http://www.cccucuta.org.co/.../1REVISTA%20CAMARA%20DE%20COMERCIO%20No.40.pdf)> Revisado Mayo 8 de 2010

se interpretará de la misma manera en algunos eventos, como se notará cuando se haga referencia al ordenamiento español o a los Principios Unidroit, Lando, Convención de Viena entre otros, donde el concepto de costumbre es denominado como “usos”.

Así, el presente escrito está encaminado a buscar una respuesta que exige el derecho mercantil actual de nuestro país, debido al dinamismo que sufre en relación con los actos comerciales internacionales, sobre si el ordenamiento jurídico colombiano acoge las fuentes del derecho internacional, específicamente la costumbre internacional, en las relaciones jurídicas comerciales.

## II. METODOLOGÍA

En el presente escrito de reflexión se escogió como método de trabajo el de la Dogmática Jurídica, entendido como “(...) aquella actividad ordenada dentro de la investigación jurídica, encaminada al estudio e investigación de la doctrina, con miras a realizar abstracciones (instrumentos lógicos, abstracción, inducción, análisis, síntesis, analogía, comparación) con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización”.<sup>3</sup> Este método investigativo está encaminado a “(...) concebir el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución o especie legislativa. Su cometido básico será el de interpretar el derecho objetivo formal”.<sup>4</sup> Así, para el caso en concreto se acudió al análisis de normas, al estudio de doctrina en diversas bibliotecas y a las Relatorías de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional para revisar jurisprudencia nacional aplicable al caso; todo esto, acompañado de una búsqueda apoyada en la herramienta del internet, que nos permitió revisar el tema de estudio en varios campos.

En el estudio se empezará por la definición de ciertos conceptos, para después abordar la noción de derecho mercantil internacional, y poder entender la importancia actual de la

---

<sup>3</sup> iEspaña, Centro de Investigación Jurídica, *Algunos alcances sobre el Método Dogmático en la Investigación Jurídica* tomado de : <http://essentiajuris.iespana.es/b3-metodo.htm> revisado en Septiembre de 2009

<sup>4</sup> iEspaña, Centro de Investigación Jurídica, *Algunos alcances sobre el Método Dogmático en la Investigación Jurídica* tomado de : <http://essentiajuris.iespana.es/b3-metodo.htm> revisado en Septiembre de 2009



costumbre; luego se descenderá a la aplicación en concreto de la costumbre internacional en Colombia y los ordenamientos de otros países; posteriormente se estudiará la costumbre a nivel internacional, y el tratamiento que se le ha dado a ésta, después se abordará una propuesta encaminada a dar solución a lo planteado y finalmente se encontrará un apartado de conclusiones.

### III. PRESENTACIÓN DEL ESTUDIO

#### 1. Conceptos y su estructuración:

Para efectos del presente escrito, se hace necesario precisar determinados conceptos, conforme a los cuales se desarrollará la exposición, y bajo los que debe ser entendida la misma.

#### *Costumbre:*

La Costumbre se ha denominado como derecho no escrito o también como derecho tácito, el cual no es otra cosa que “(...) el uso consentido o respetado por el legislador”<sup>5</sup> y por esto ha sido fijado por éste en la promulgación normativa. Para MADRIÑÁN DE LA TORRE la costumbre recoge todas aquellas prácticas respetadas y acatadas por el conglomerado social, razón por la que se presentan con un esencial sentido de obligatoriedad, que permite estimarlas como integrantes esenciales del ordenamiento jurídico; estas prácticas denominadas costumbres constituyen una importantísima clase de fuentes formales del derecho, cuya influencia no puede desconocerse.<sup>6</sup> Del mismo modo, OVIEDO señala que “(...) la costumbre puede ser concebida como una conducta general y obligatoria para la comunidad, conformada por *los hechos públicos, uniformes y reiterados en un lugar*

---

<sup>5</sup> Ramón E. Madriñán De La Torre, *La Costumbre Comercial* Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana para optar al título de doctor en Ciencias Jurídicas, 21(Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1962)

<sup>6</sup> Ramón E. Madriñán De La Torre, *La costumbre comercial*, Tesis Presentada a la Pontificia Universidad Javeriana para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, 21 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1962)

*determinado*”<sup>7</sup>, o citando a BARBERO “(...) la costumbre es una forma de producción de normas jurídicas que consiste en la repetición general, constante y uniforme de un determinado comportamiento en determinadas circunstancias”.<sup>8</sup>

De este modo, la costumbre la constituyen una serie de hechos del actuar humano que han adquirido importancia en virtud de su continua repetición; así mismo, estos comportamientos tienen un común denominador por parte de quienes lo realizan, consistente en su conciencia de obligatoriedad, de tal forma que la conducta se convierte en una fuente de derecho jurídicamente obligatoria.

Surgen dos elementos esenciales a considerar: “(...) uno de orden material, de hecho, representado en un proceder uniforme y reiterado, y otro psicológico, subjetivo, que califica a aquel y que se consigna en ese sentir de obligatoriedad jurídica”.<sup>9</sup>

Para poder otorgarle valor a la costumbre dentro del ordenamiento jurídico, ésta debe cumplir a cabalidad con ciertos elementos o cualidades. El primero de ellos es la *uniformidad*, cuya razón de ser atiende a que los comportamientos y las prácticas que se originan de una costumbre sean iguales, es decir, que su proceder frente a un determinado

---

<sup>7</sup> Jorge Oviedo Albán, *La costumbre en el derecho privado*, 34 (Jorge Oviedo Albán (coordinador), *Derecho Comercial del Siglo XXI, La costumbre en el derecho privado*, ed. Temis, Bogotá, 2008)

<sup>8</sup> Doménico Barbero, *Sistema del derecho privado*, 92 (ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1967) citado por: Jorge Oviedo Albán, *La costumbre en el derecho privado*, 34 (Jorge Oviedo Albán (coordinador), *Derecho Comercial del Siglo XXI, La costumbre en el derecho privado*, ed. Temis, Bogotá, 2008)

<sup>9</sup> Ramón E. Madriñán De La Torre, *La costumbre comercial*, Tesis Presentada a la Pontificia Universidad Javeriana para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, 31 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1962)

hecho sea idéntico, de ahí que si ocurre una situación que previamente ha sido manejada de determinada manera, se espere que la respuesta sea la misma que tuvo en oportunidades precedentes, ello sin que en su continuo acaecimiento se presenten omisiones o hechos contrarios, pero aún más importante es “(...) que se haya creado y mantenido sin protesta formal de aquellos que hayan tenido interés en impugnarlo”.<sup>10</sup> Dicho lo anterior, se tiene que las prácticas ambiguas o contrarias no pueden ser objeto de apreciación colectiva, pues de ellas no puede configurarse un hábito.

El segundo aspecto o cualidad a tener en cuenta es la *publicidad*, que se refiere a que las prácticas o hábitos sean reconocidos por el conglomerado social o por el conjunto de personas en el cual se realiza; esta condición adquiere mucha importancia, puesto que la reiteración de los hechos en un espacio es lo que posteriormente va a fijar una especial regla de derecho, por lo cual es de suma importancia que estas prácticas sean conocidas por todas y cada una de las personas a quienes posteriormente va a ser dirigida esta regla, ya que sería inadmisibles imponer a las personas un comportamiento reservado exclusivamente a unos pocos, es decir, lo que se ha denominado como una disposición clandestina<sup>11</sup>. Es importante señalar que el conocimiento “real o presunto” del hecho abre la posibilidad de

---

<sup>10</sup> Francisco Geny, *Método de Interpretación y Fuentes en el Derecho Privado Positivo*, II(ed. Reus, Madrid 1925) citado por Ramón E Madriñán De La Torre, *La costumbre comercial*, Tesis Presentada a la Pontificia Universidad Javeriana para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, 33 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1962)

<sup>11</sup> José Gabino Pinzón, *Derecho Comercial*, I (ed. Temis, Bogotá, 1957) Para el Doctor Gabino Pinzón “(...) las prácticas clandestinas, aunque sean uniformes y constantes no pueden ser erigidas en reglas de derecho, porque éstas como normas de conducta general, necesitan de publicidad, a fin de que su observancia se produzca de una manera consciente, como para acatar o continuar una práctica incorporada a la vida social o comercial como reflejo de una común aceptación de su bondad y necesidad”. Citado por Ramón E. Madriñán De La Torre, *La Costumbre Comercial* Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, 34 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1962)

oponerse al mismo<sup>12</sup>; de este modo, todos aquellos destinatarios de una disposición normativa, asumen con criterio vinculante o de obligatoriedad todo lo que provenga de una práctica comúnmente reconocida, en la medida en que al actuar conforme a ella se da una aceptación tácita de la misma, que configura confianza de actuar de un modo determinado pero, al mismo tiempo, confiere la posibilidad de retracto, por parte de a quienes es dirigida.

En tercer lugar, se establece que las prácticas que son constitutivas de la costumbre deben ser *reiteradas en un espacio de tiempo*, es decir, que para que tengan calidad de costumbre, deben cumplir con un carácter de permanencia y tradición en el tiempo; de ahí que todas aquellas prácticas o comportamientos que únicamente se producen en un momento determinado, y por un tiempo limitado o específico, no cumplen cabalmente con este requisito, por lo que “(...) a lo sumo podrían tenerse como usos comunes para efectos de determinar la voluntad de quienes los ejercitaron en un momento dado”.<sup>13</sup>

Ordinariamente se ha reconocido que con el cumplimiento de las tres cualidades señaladas, se configura la costumbre. Sin embargo, para MADRIÑÁN DE LA TORRE la doctrina ha analizado una cuarta calidad, “(...) que se deduce de la circunstancia de ser costumbre fuente formal del Derecho Positivo y que no por implícita es menos importante. Si las

---

<sup>12</sup>Idea desarrollada con base en el texto de Ramón E. Madriñán De La Torre, *La Costumbre Comercial* Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, 34 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1962)

<sup>13</sup>Ramón E. Madriñán De La Torre, *La Costumbre Comercial*, Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, 34 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1962)

fuentes formales son los signos reveladores del Derecho, tomado en el sentido de conjunto de normas reguladoras de la conducta social, es lógico que cada uno de esos signos particulares (costumbre, ley) manifiesten una regla encaminada a crear, modificar o extinguir situaciones generales, abstractas y permanentes y no, singulares concretas y transitorias (misión y efecto del acto jurídico), en consecuencia, para que una costumbre pueda tomarse en ese sentido debe nacer de actos o prácticas comunes al ámbito geográfico o grupo social cuya conducta específica va a disciplinar y no de la actuación particular de un individuo o serie de individuos considerados aisladamente.”<sup>14</sup> Con esta cuarta característica de la costumbre, queremos hacer referencia que aunque ésta no esté contemplada dentro del ordenamiento jurídico o en la misma doctrina, es la forma de plasmar una pauta que conduce a que se estructure una misma clase de situación jurídica.

**Usos:**

Podemos remontarnos al concepto de usos a partir de aquel consagrado en las *SIETE PARTIDAS*, donde en su título segundo de la primera de ellas se hace mención al *uso* como “(...) cosa que nasce de aquellas cosas que hombre dize e faze, e sigue continuadamente, por gran tiempo e sin embargo ninguno”.<sup>15</sup> También se hace alusión al vocablo, como “(...)

---

<sup>14</sup>Ramón E. Madriñán De La Torre, *La Costumbre Comercial*, Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, 34-35 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1962)

<sup>15</sup> Juan N. Rodríguez de S. Miguel, *Pandectas Hispano-Megicanas, Código General de Leyes Generales, útiles y vivas de 7 partidas*. Tomado de: [http://books.google.com.co/books?id=iZmvAAAAMAAJ&pg=PA669&lpg=PA669&dq=cosa+que+nasce+de+aquellas+cosas+que+hombre+dize+e+faze,+e+sigue+continuadamente,+por+gran+tiempo+e+sin+embargo+ninguno&source=bl&ots=K1IUzsomhE&sig=LqMB7MkE7ju00tVlo8AnMNVh44A&hl=es&ei=eoGOS7uZGo-h8Aauxsz\\_DA&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CAgQ6AEwAA#v=onepage&q=cosa%20que%20nasce%20de%20aquellas%20cosas%20que%20hombre%20dize%20e%20faze%20e%20sigue%20continuadamente%20por%20gran%20tiempo%20e%20sin%20embargo%20ninguno&f=false](http://books.google.com.co/books?id=iZmvAAAAMAAJ&pg=PA669&lpg=PA669&dq=cosa+que+nasce+de+aquellas+cosas+que+hombre+dize+e+faze,+e+sigue+continuadamente,+por+gran+tiempo+e+sin+embargo+ninguno&source=bl&ots=K1IUzsomhE&sig=LqMB7MkE7ju00tVlo8AnMNVh44A&hl=es&ei=eoGOS7uZGo-h8Aauxsz_DA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CAgQ6AEwAA#v=onepage&q=cosa%20que%20nasce%20de%20aquellas%20cosas%20que%20hombre%20dize%20e%20faze%20e%20sigue%20continuadamente%20por%20gran%20tiempo%20e%20sin%20embargo%20ninguno&f=false) revisado el 3 Marzo de 2009

aquél que encierra un significado amplísimo, que comprende desde la simple habitualidad individual hasta la verdadera y propia costumbre jurídica. (...) Uso como todo acto que, no obstante ser reiterado, puede o no revestir el carácter público y general que debe reunir necesariamente la costumbre mercantil”.<sup>16</sup>

Los usos son prácticas reiteradas, que van tomando al pasar del tiempo, el sentido de públicas y amplias, y así llegan a convertirse en normas-costumbre. El Código de Comercio de nuestro ordenamiento jurídico, cuando hace referencia a la palabra “uso” u otra semejante, la utiliza demarcando la amplitud de éste, es decir, no fija los elementos y requisitos, como sí lo hace respecto de la costumbre jurídica de nuestro ordenamiento, y así les concede a los usos un radio de acción más amplio y general respecto de la costumbre en cuanto a sus elementos se refiere, como en el evento en que el uso cumple con las funciones de generalidad y publicidad que necesita la costumbre; pero no requiere de la prueba ante el juez, sino que por el contrario, puede ser probada a través de medios probatorios usuales, entre otros, lo cual hace que el carácter vinculante de los usos no sea el mismo que el de la costumbre.<sup>17</sup>

Como dijimos anteriormente “(...) Estos usos adquieren entonces la categoría de modo o hábitos, de manera que nuestra legislación se refiere a ellos como lo normal o usual (arts.

---

<sup>16</sup> Alfredo Rocco, *Principios de Derecho Mercantil*, X (ed. Editora Nacional), citado por Pablo Largacha Escallón & Juan Antonio Rodríguez Flórez, *La Función Probatoria de la Costumbre Mercantil asignada a las cámaras de comercio*, Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana, 60 (Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1989)

<sup>17</sup> Ideas tomadas de Pablo Largacha Escallón & Juan Antonio Rodríguez Flórez, *La Función Probatoria de la Costumbre Mercantil asignada a las cámaras de comercio*, Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana, 60-63 (Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1989)

884 y 1264 C.Com), sin que estén sometidos para su prueba a los medios especiales existentes para la verificación de las costumbres. Generalmente se han identificado como costumbres los usos convencionales o particulares, cuyo origen está en la intención de las partes que los han pactado, pero que por consiguiente carecen del elemento de la generalidad exigido a las costumbres jurídicas”.<sup>18</sup>

Con miras a establecer la diferencia en cuanto a eficacia de los usos frente a la costumbre, se ha señalado que “(...) los usos sirven como fuente subsidiaria de las leyes mercantiles, no sólo en lo concerniente a los actos de comercio, sino también respecto a las personas y a las cosas; forman pues una fuente general del derecho mercantil, mientras que en las relaciones civiles los usos sólo tienen valor cuando el Código les cita expresamente”.<sup>19</sup>

VIVANTE dice que “(...) los usos mercantiles son normas de derecho constituidas mediante la observancia uniforme y constante de los comerciantes; en esa observancia está la razón de su legitimidad”.<sup>20</sup> Del mismo modo, ROCCO desarrolla el concepto de uso de una manera amplia, señalando que “(...) es toda consciente y continuada repetición de actos voluntarios, cuya repetición puede ser un hecho simplemente individual, fundado en la

---

<sup>18</sup> Pablo Largacha Escallón & Juan Antonio Rodríguez Flórez, *La Función Probatoria de la Costumbre Mercantil asignada a las cámaras de comercio*, Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana, 134-135 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1989)

<sup>19</sup> Ramón E. Madriñán De La Torre, *La Costumbre Comercial* Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, 54 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1962)

<sup>20</sup> Cesar Vivante, *Tratado de Derecho Mercantil*, I (ed. Raus. Madrid, 1932) citado por : Ramón E. Madriñán De La Torre, *La Costumbre Comercial* Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, 53-54 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1962)



facilidad mayor que presenta repetir un acto ya realizado, en vez de practicar uno nuevo (habitualidad) o bien un hecho social fundado en la fuerza del hábito o en la imitación”.<sup>21</sup>

Por último, para cerrar el tema de discusión sustancial en cuanto a la diferencia entre los usos y la costumbre, MADRIÑÁN DE LA TORRE explica que “(...) la costumbre tiene por objeto servir de medio de expresión a una norma jurídica, entendiendo por tal, el precepto que se encamina a regular situaciones abstractas, generales y permanentes, es pues una fuente de derecho en sentido objetivo”.<sup>22</sup> Entre tanto “(...) El uso, (...) constituye un elemento de la situación de hecho, particular y concreta, y por consiguiente debe estimárselo como fuente de derecho en sentido subjetivo, como manifestación que es de la voluntad de los particulares, enderezada a crear, modificar o extinguir situaciones concretas y particulares”.<sup>23</sup>

### ***Costumbre Internacional:***

“(...) La costumbre internacional es aquella que se observa en las relaciones comerciales de varios países o de la comunidad internacional en su totalidad.”<sup>24</sup> Así, se constituye ésta como una de las formas de positivación de las normas jurídicas en el derecho internacional,

---

<sup>21</sup> Ramón E. Madriñán De La Torre, *La Costumbre Comercial*, Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, 53-54 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1962)

<sup>22</sup> Ramón E. Madriñán De La Torre, *La Costumbre Comercial*, Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, 57 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1962)

<sup>23</sup> Ramón Madriñán De La Torre, *Principios de derecho comercial*, IX, 64 (ed. Temis. Bogotá, 2004) citado por Jorge Oviedo Albán, *La costumbre en el derecho privado* 35 (Jorge Oviedo Albán (coordinador), *Derecho Comercial del Siglo XXI, La costumbre en el derecho privado*, ed. Temis, Bogotá, 2008)

<sup>24</sup> Pablo Largacha Escallón & Juan Antonio Rodríguez Flórez, *La Función Probatoria de la Costumbre Mercantil asignada a las cámaras de comercio*, Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana, 55 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1989)

pero también para REUTER “(...) es la fuente de las fuentes”<sup>25</sup>, puesto que es la que puede precisar las circunstancias de funcionamiento de los elementos convencionales, además de considerar las normas universales como consuetudinarias; por otra parte, las normas internacionales sobre la costumbre, a falta de un texto convencional general, no pueden ser más que consuetudinarias, y de esta manera, es como la costumbre internacional se define a sí misma<sup>26</sup>.

Resaltando el papel de la costumbre en el sistema jurídico internacional, es ésta la que estructura los principios generales que sirven de base a la sociedad internacional. De ahí que al estudiar el mundo del comercio internacional, es imprescindible dotarlo de los elementos conceptuales de la costumbre, puesto que ésta hace parte esencial de las relaciones mercantiles que se presentan a nivel mundial<sup>27</sup>.

Es innegable que el mundo globalizado ha transformado el valor de la costumbre. Sin embargo, a pesar de esos cambios, su estructura mantiene su importancia, por lo que pese a las grandes modificaciones que ha sufrido, las mismas no han implicado una negación de la misma, sino que por el contrario la costumbre se mantiene como un elemento dominante en la comunidad internacional, para lo cual ha tenido que reinventarse con miras a hacerle

---

<sup>25</sup> Reuter, P, *Principes de Droit International Public*, en *Recueil des Cours* ACIDI, 463 y 465 (1961) citado por Lucía Millán Moro, *La Opinio Iuris en el Derecho Internacional Contemporáneo*.( Ed. Centro de Estudios Ramón Arces S.A, 1990)

<sup>26</sup> Idea tomada de Lucía Millán Moro, *La Opinio Iuris en el Derecho Internacional Contemporáneo*.( Ed. Centro de Estudios Ramón Arces S.A, 1990)

<sup>27</sup> Idea tomada de Lucía Millán Moro, *La Opinio Iuris en el Derecho Internacional Contemporáneo*.( Ed. Centro de Estudios Ramón Arces S.A, 1990)

frente a las evoluciones y dinamismo de la apertura del mercado, que le permitan mantenerse vigente, conservando un puesto importante en las relaciones mercantiles<sup>28</sup>.

***Derecho Mercantil Internacional:***

OVIEDO señala que “(...) actualmente el conjunto de usos y costumbres contribuye a conformar el derecho de las transacciones internacionales, que algunos denominan *derecho mercantil internacional*, el cual está compuesto además de tratados de derecho internacional privado, disposiciones contractuales, conjunto de reglas recopiladas por las entidades especializadas en el tema, y leyes modelo recomendadas por organismos como UNCITRAL”.<sup>29</sup>

Durante los “(...) últimos años a la par con la globalización se ha venido consolidando, el denominado derecho mercantil internacional, integrado por una serie de instrumentos jurídicos de diversa naturaleza, cuyo fin es constituir la ley aplicable a los contratos internacionales, buscando de esta forma, además, reducir la incertidumbre y los problemas en cuanto a la determinación del régimen aplicable, conforme a las reglas conflictualistas del Derecho Internacional Privado”<sup>30</sup>. En la doctrina cabe destacar la definición de Derecho Mercantil Internacional, sugerida por FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA en los siguientes términos: “(...) el conjunto de normas del ordenamiento jurídico que regulan los problemas específicos del tráfico económico internacional de las

---

<sup>28</sup> Idea tomada de Lucía Millán Moro, *La Opinio Iuris en el Derecho Internacional Contemporáneo*. (Ed. Centro de Estudios Ramón Arces S.A, 1990)

<sup>29</sup> Jorge Oviedo Albán, *La costumbre en el derecho privado* 61 (Jorge Oviedo Albán (coordinador), *Derecho Comercial del Siglo XXI, La costumbre en el derecho privado*, ed. Temis, Bogotá, 2008)

<sup>30</sup> Jorge Oviedo Albán, *Regulación del Contrato de Compraventa Internacional*, 19 (ed. Ibáñez. Bogotá, 2008)

empresas o, si se prefiere una definición más explícita, como un derecho-fundamentalmente privado- especial por razón de las exigencias del tráfico económico internacional organizado bajo forma de empresa”.<sup>31</sup>

El intento del Derecho Mercantil Internacional es el de buscar “(...) el desarrollo de normas uniformes en lo sustancial o, cuando menos, reducir las diferencias de las principales familias jurídicas en materia de obligaciones y contratos; significa el encuentro de las familias jurídicas, no sólo en cuanto el trasplante de instituciones provenientes de cada una de ellas, sino también de los métodos de producción jurídica. Si debe destacarse que para lograr la unificación del derecho mercantil internacional, no sólo se ha utilizado el método legislativo propio de las codificaciones europeo-continenciales, y en las que en ellos se basan, sino también en la formulación de *restatements* o conjuntos de regla, que en principio tendrán valor, por vía de la sumisión expresa de los contratos a ellas, las cuales a su vez provienen del intento de recopilar las reglas de derecho decantadas por vía de precedentes jurisprudenciales, sin otra autoridad que la persuasiva”.<sup>32</sup>

## **2. Evolución primaria del Derecho Comercial Internacional**

La Edad Media puede considerarse como el hito a partir del cual la costumbre y los usos del derecho, empezaron a adquirir reconocimiento y validez, configurándose como las

---

<sup>31</sup> Jorge Oviedo Albán, *Regulación del Contrato de Compraventa Internacional*, 19-21 (ed. Ibáñez, Bogotá, 2008)

<sup>32</sup> Jorge Oviedo Albán, *Regulación del Contrato de Compraventa Internacional*, 74 (ed. Ibáñez, Bogotá, 2008)

herramientas idóneas para regular las actividades de los comerciantes.<sup>33</sup> Lo anterior ha sido ratificado por MADRIÑÁN DE LA TORRE, al señalar que “(...) la solución provino de los propios comerciantes, quienes en sus continuas y crecientes relaciones fueron determinando prácticas uniformes que, hechas públicas y reiteradas, con el tiempo generaron costumbres con poder suficiente para normar las relaciones mercantiles. “(...) Así surge desde un principio el derecho consuetudinario mercantil, que es donde encuentra justamente el comercio su norma especial, como un derecho de contenido análogo.”(Paul Rehme, *Historia universal del derecho mercantil*, 65(ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1941))”.<sup>34</sup>

Sin duda alguna, la costumbre jugó un papel muy importante en épocas pasadas, bien fuera complementaria a las legislaciones escritas, como un mecanismo utilizado para integrar las “lagunas” del derecho positivo, o bien supliendo la totalidad del derecho escrito, tal y como ocurrió a principios de la civilización humana. Si bien en un principio el papel de la costumbre en la regulación de las conductas humanas se erigía como omnipotente, ésta fue cediendo poco a poco frente a la legislación escrita, motivo por el cual se observa en la historia de la evolución, el paso del derecho no escrito al derecho escrito.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup>Idea tomada Jorge Oviedo Albán, *Los usos y costumbres en el derecho mercantil contemporáneo* <http://cisg.tij.uia.mx/oviedo1.html> Revisada Agosto 2009.

<sup>34</sup> Ramón E Madriñán De La Torre, *Principios de Derecho Comercial*, IX, 7 (ed. Temis. Bogotá,2004)

<sup>35</sup> Idea tomada de Pablo Largacha Escallón & Juan Antonio Rodríguez Flórez, *La Función Probatoria de la Costumbre Mercantil asignada a las cámaras de comercio*, Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana,28 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1989)

En un principio surge un derecho muy rudimentario, pero poco a poco con el paso del tiempo se van determinando dentro del “clan” unos estatutos, emanados de un gran número de costumbres.<sup>36</sup> “(...) De esta forma, el derecho mercantil se fue desarrollando a partir de las prácticas reiteradas y uniformes de quienes se dedican profesionalmente a la actividad del comercio”,<sup>37</sup> lo anterior con el propósito de obtener un ordenamiento ágil y maleable a las necesidades del tráfico mercantil.<sup>38</sup>

“(…) Fue naciendo así en el seno de las corporaciones de comerciantes o curias mercatorum, un conjunto cada vez más numeroso de costumbres mercantiles que gracias al espíritu empresarial y al ensanchamiento de los vínculos comerciales entre los diferentes núcleos humanos de Europa y Asia, fueron dando origen al derecho mercantil consuetudinario.”<sup>39</sup> Estas corporaciones de comerciantes, cumplieron con una función muy importante, en relación con la administración de justicia, y fue la que vino a confirmar el carácter de “derecho” que revestía este conjunto de costumbres mercantiles; así las cosas, los cónsules de cada una de las corporaciones, ejercían esta administración de justicia

---

<sup>36</sup> Idea tomada de Pablo Largacha Escallón & Juan Antonio Rodríguez Flórez, *La Función Probatoria de la Costumbre Mercantil asignada a las cámaras de comercio*, Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana, 29 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1989)

<sup>37</sup> Pablo Largacha Escallón & Juan Antonio Rodríguez Flórez, *La Función Probatoria de la Costumbre Mercantil asignada a las cámaras de comercio*, Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana, 29 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1989)

<sup>38</sup> Idea tomada de Pablo Largacha Escallón & Juan Antonio Rodríguez Flórez, *La Función Probatoria de la Costumbre Mercantil asignada a las cámaras de comercio*, Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana, 29 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1989)

<sup>39</sup> Pablo Largacha Escallón & Juan Antonio Rodríguez Flórez, *La Función Probatoria de la Costumbre Mercantil asignada a las cámaras de comercio*, Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana, 29 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1989)

sobre los comerciantes vinculados a ella, de manera tal que<sup>40</sup> “(...) sus fallos y sentencias se recopilaron en verdaderos códigos jurisprudenciales que como el Libro del Consulado del Mar en Barcelona, y las Consuetudines de Génova, adquirieron validez incluso fuera de sus lugares de creación, contribuyendo a la uniformidad de estatutos comerciales de toda Europa, y sustentando una verdadera doctrina mercantil”.<sup>41</sup>

En esta medida, se va configurando en materia mercantil, el paso del derecho no escrito a un derecho escrito, lo que deja ver con claridad la marcada influencia de la costumbre en el derecho comercial, de manera tal que se producen las “(...) primeras legislaciones escritas en materia mercantil, destacándose entre ellas las Ordenanzas de Bilbao y la Ordenanza del Comercio de Luis XIV, codificaciones ambas que, (...) unificaron y depuraron las prácticas mercantiles de las diferentes corporaciones de comerciantes y sirvieron de punto de partida para las demás reglamentaciones integradoras de la actividad comercial”.<sup>42</sup>

Finalmente, tal y como lo señalan LARGACHA Y RODRÍGUEZ “(...) la redacción del derecho consuetudinario prescrita por Carlos VII en 1452, a través de su Ordenanza de Montil-les-Tours, hizo de las costumbres verdaderas leyes escritas cuya obligatoriedad no radicaba ya en el tácito consentimiento de la comunidad, sino en la aprobación discrecional

---

<sup>40</sup> Idea tomada de Pablo Largacha Escallón & Juan Antonio Rodríguez Flórez, *La Función Probatoria de la Costumbre Mercantil asignada a las cámaras de comercio*, Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana,30 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1989)

<sup>41</sup> Pablo Largacha Escallón & Juan Antonio Rodríguez Flórez, *La Función Probatoria de la Costumbre Mercantil asignada a las cámaras de comercio*, Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana,30 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1989)

<sup>42</sup> Pablo Largacha Escallón & Juan Antonio Rodríguez Flórez, *La Función Probatoria de la Costumbre Mercantil asignada a las cámaras de comercio*, Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana,31 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1989)

de la autoridad real que la decretaba. Se consolidaba así, de forma definitiva, la primacía de la ley o derecho escrito, sobre la costumbre, o derecho no escrito.”<sup>43</sup>

Pese a lo anterior, es importante reconocer a la costumbre no solamente con relevancia en el derecho mercantil, sino como un mecanismo idóneo para llenar vacíos del derecho escrito, permitiéndola adaptarse a las continuas exigencias del mundo en constante cambio, que esperan del ordenamiento jurídico un ente capaz de acomodarse a las necesidades del comercio.

### **3. Generalidades del Derecho Comercial Internacional en la actualidad**

“(…) En el comercio internacional, o para hablar con mayor propiedad jurídica, en el derecho mercantil internacional, se encuentran dos fuentes formales muy importantes de este derecho: los ordenamientos jurídicos emanados de la legislación mercantil interna de cada país, y los ordenamientos jurídicos emanados de los convenios, pactos o tratados, resoluciones o declaraciones internacionales. Como fuentes formales del derecho también pueden citarse, a las resoluciones dictadas por los organismos de tipo judicial o cuasi judicial, ya internos o ya de carácter internacional, ante los cuales se ventilan controversias mercantiles, resoluciones que vienen a enriquecer de manera muy importante, el contenido jurídico de los mandamientos de conducta, ya como normas de observancia obligatoria, o ya como importantes precedentes.

---

<sup>43</sup> Pablo Largacha Escallón & Juan Antonio Rodríguez Flórez, *La Función Probatoria de la Costumbre Mercantil asignada a las cámaras de comercio*, Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana, 31 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1989)



“En cambio, se llaman fuentes reales o materiales del derecho, las actividades que llevan a cabo los órganos de autoridad o las personas, mediante las cuales, se interpretan y aplican los ordenamientos jurídicos formales, o bien, los usos, costumbre y prácticas de determinadas formas de conducta, que aún no estando contempladas en las leyes, las personas las consideran de observancia obligatoria. Por ejemplo, las resoluciones que con apoyo en una norma formal del derecho dicta una autoridad competente, los contratos y negociaciones que en uso de sus facultades legales celebran las personas, en donde en forma concreta se crean derechos y obligaciones, son en la más exacta acepción del término, fuentes reales o materiales del derecho”.<sup>44</sup>

Bajo la anterior distinción, es necesario fijar con claridad la diferencia entre fuente formal y fuente material entre nosotros; de manera tal que para LARGACHA Y RODRÍGUEZ fuente formal: “(...) es toda aquella regla, que habiendo sido aprobada por el legislador por cumplir con los elementos exigidos por la ley para ser tal, aparece como parte del derecho tras un proceso de formación informado por factores sociales, políticos, económicos, religiosos etc. (...) Así las cosas, según nuestro ordenamiento jurídico la ley y la costumbre son fuentes formales del derecho mercantil.”<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Doricela Mabarak, *Fuentes jurídicas del comercio internacional*, Centro de Investigación Jurídica tomado de: <http://www.offixfiscal.com.mx/comext/0010.htm> Revisado Agosto 2009

<sup>45</sup> Pablo Largacha Escallón & Juan Antonio Rodríguez Flórez, *La Función Probatoria de la Costumbre Mercantil asignada a las cámaras de comercio*, Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana, 37 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1989).

Si bien es cierto, que para las doctrinas filosóficas, que se refieren al fundamento del valor jurídico de la costumbre, ésta se presenta como “fuente material”, tal y como se señaló anteriormente en el texto, también es cierto que no puede olvidarse que la costumbre también es “fuente formal” cuando ésta cumple con los requisitos señalados en la ley, exigidos por el legislador, para configurar una norma obligatoria, socialmente hablando.<sup>46</sup>

#### **4. La costumbre como remedio a los problemas transnacionales**

El crecimiento desmesurado de las operaciones internacionales ha establecido una serie de patrones políticos, económicos y tecnológicos que ha llevado a un importante impulso doctrinario del derecho mercantil internacional, que busca dar una visión amplia a la actividad comercial, y su actuar en los diferentes mercados. Cada país tiene un “régimen jurídico que se diferencia de los demás”.<sup>47</sup> Por tanto, hay que traer a colación el fenómeno de la globalización<sup>48</sup>, pues trae consigo relaciones económicas en las que se ven involucrados académicos y jueces, a quienes hace pensar en la insuficiencia de reglas jurídicas a la cual hay que hacer frente con normas y mecanismos de derecho, ágiles, aplicables a todos los campos socio-económicos, que permitan un efectivo desarrollo de

---

<sup>46</sup> Idea tomada de Pablo Largacha Escallón & Juan Antonio Rodríguez Flórez, *La Función Probatoria de la Costumbre Mercantil asignada a las cámaras de comercio*, Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana, 37 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1989)

<sup>47</sup> David René, “*Le Droit Comparé, Droits d’hier, Droits de demain*”, 195, citado por Luiz Olavo Baptista & Anibal Sierralta Rios, *Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional*, III, 9, (ed. Temis) [http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN\\_ID1490751\\_code1327823.pdf?abstractid=1490751&mirid=1](http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1490751_code1327823.pdf?abstractid=1490751&mirid=1) Revisada Febrero 2009: donde señala que “(...) cada sociedad tiene un derecho que le es propio y que refleja una concepción de la justicia que exige ser adaptada a las circunstancias particulares de cada país”.

<sup>48</sup> “(...) Término popular que se utiliza para denotar un incremento de la *integración económica entre los países*. El aumento de la integración se observa actualmente en el crecimiento dramático de los flujos de bienes, servicios, y capital a través de las fronteras nacionales. (...) el componente fundamental de la globalización es el aumento espectacular de la parte de la producción nacional que se dedica a importaciones y exportaciones. (...) El segundo componente de la globalización es la creciente integración de los mercados financieros” Samuelson Nordhaus, *Economía*, XVIII, 31 (ed. Mc Graw –Hill Interamericana. Mexico, 2006)

seguridad y efectividad, dando como resultado la convocatoria de la costumbre para conferir al derecho global de la agilidad requerida.

Esta globalización tiene una limitante, a la que se ve enfrentada la normatividad jurídica mundial, y es el hecho que, por más que se pretenda hablar de la libertad comercial, es indiscutible que existen diferentes sistemas y regímenes jurídicos, que afectan el intercambio comercial; el papel que tienen los usos y prácticas mercantiles, cuando se presenta la dualidad de la aplicación de la ley nacional y la ley internacional, es desvirtuar la necesidad de una ley en concreto y suplirla con la costumbre, es decir con la *lex mercatoria*<sup>49</sup>.

Afrontando el dilema que surge a raíz de la yuxtaposición de un derecho nacional en relación con el derecho internacional, OVIEDO considera conveniente advertir: “(...) que la conformación de mercados comunes, conlleva la necesidad de pensar en la armonización, cuando no en la unificación de derechos locales o nacionales,”<sup>50</sup> “(...) por lo que la exigencia de una generalidad, ya no necesita de la voluntad de todos los Estados, sino que

---

<sup>49</sup> *La Lex Mercatoria*: “generalmente se denominó al conjunto de costumbres reconocidas por los tribunales consulares, analizadas y sistematizadas por la doctrina de la edad media y en primer siglo de la edad moderna y que constituyó el contenido de las primeras manifestaciones legislativas, conserva su vigencia universal, porque no obstante los vacíos técnicos que puedan imputársele, responde adecuadamente a los negocios internacionales de un mundo globalizado y de total apertura. Ramón E. Madriñán De La Torre, *La Costumbre Mercantil en los Principios sobre Contratos Comerciales Compilados por Unidroit. homenaje académico de la vida y obra del Doctor José Gabino Pinzón*. Universitas Ciencias Jurídicas y Económicas (Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2000)

<sup>50</sup> Idea tomada Jorge Oviedo Albán, *Los usos y costumbres en el derecho mercantil contemporáneo* <http://cisg.tij.uia.mx/oviedo1.html> Revisada Agosto 2009.

por el contrario, ese carácter de uniformidad ha sido suavizado, y por ende se ha permitido la modificación o ajuste de diversos elementos de la costumbre internacional”.<sup>51</sup>

Este enfrentamiento del derecho nacional e internacional, pasa a un segundo plano cuando se da la rivalidad de las fuentes de derecho internacional, como son los tratados internacionales y la costumbre; en la década de los sesentas del siglo XX se creía que el movimiento codificador iba a tener éxito, pensando que los tratados acabarían con la costumbre como fuente mercantil, y que el papel de ésta iba a ser reducido, entrando a actuar sólo cuando tuviera la bondad de adaptarse a las normas tradicionales. Aquellas predicciones no fueron tan acertadas, pues el auge de la codificación no ha llegado a donde se creía, por lo cual el papel subordinado de la costumbre frente a los tratados tampoco se ha producido.<sup>52</sup>

Ha surgido la conciencia sobre el hecho que un proceso codificador es conveniente siempre y cuando las expectativas de éxito sean reales y efectivas, y su porcentaje de ratificación sea elevado. En caso de que ocurriera lo contrario, podrían generarse desventajas puesto que el nuevo convenio, que fue codificado, podría crear dudas e incertidumbres respecto del derecho consuetudinario, y de esta manera no entrar en vigor.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Lucía Millán Moro *La Opinio Iuris en el Derecho Internacional Contemporáneo*. 24( Ed. Centro de Estudios Ramón Arces S.A, 1990)

<sup>52</sup>Idea tomada de: Lucía Millán Moro *La Opinio Iuris en el Derecho Internacional Contemporáneo*. 25 ( Ed. Centro de Estudios Ramón Arces S.A, 1990)

<sup>53</sup>Idea tomada de: Lucía Millán Moro, *La Opinio Iuris en el Derecho Internacional Contemporáneo*, 26( Ed. Centro de Estudios Ramón Arces S.A, 1990)

Estos riesgos que para la seguridad de normas consuetudinarias habían sido atendidos en la mencionada década de los setentas, donde argumentaban que la meta de llegar al equilibrio en la comunidad internacional sólo podría lograrse con normas nacientes del derecho consuetudinario, haría que existieran más riesgos al codificar, pues de alguna manera podían petrificar el derecho comercial internacional, ya que aún cuando el tratado original es susceptible de modificaciones, la integridad del mismo está vinculada con los regímenes convencionales, es decir, se podría llegar a un estancamiento de aquel derecho que debe evolucionar con el dinamismo del tráfico jurídico. Caso contrario ocurre con los principios o normas consuetudinarias generales, puesto que aunque su modificación o transformación sea menos precisa, el resultado de éstas está constituido por nuevas normas generales que logran el alcance universal, debido a que la respuesta del derecho consuetudinario es la voluntad estatal que busca con ésta, lograr reales fines e intereses, lo que al final nos lleva a una segura aplicación de normas consuetudinarias. Mirando entonces la estrecha relación que existe entre las normas consuetudinarias y los fines e intereses del Estado, podemos observar la verdadera fuerza de la costumbre<sup>54</sup>.

## **5. La Costumbre Internacional en Colombia**

La costumbre ha sido reconocida por la legislación nacional, tanto en materia civil como comercial. El Código Civil por medio de la Ley 57 de 1887<sup>55</sup>, y posteriormente con la Ley

---

<sup>54</sup>Idea tomada de: Lucía Millán Moro, *La Opinión Iuris en el Derecho Internacional Contemporáneo*, 27( Ed. Centro de Estudios Ramón Arces S.A, 1990)

<sup>55</sup> Artículo 8 de la ley 57 de 1887: “*la costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley, no podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni practica alguna, por inveterada y general que esta sea.*”

153 de 1887<sup>56</sup> se refirieron a la costumbre señalando que ésta debe complementarse con las normas de derecho positivo, pero en ningún momento debe tratar de sobrepasar los límites que la legislación consagra y, así mismo, dispone que la costumbre se debe tener como mecanismo subsidiario a la legislación vigente, para llenar vacíos legales.

El Código Civil también se refirió a la costumbre en el artículo 1621, aduciendo que si no existiera una voluntad contraria, deberá acogerse a la interpretación que esté conforme con la naturaleza del contrato. Esto nos hace referirnos a aquellas cláusulas que los contratantes incluyen en sus contratos, que pueden llamarse “cláusulas de uso común”, las que finalmente resultan siendo verdaderas costumbres aplicables al contrato, las cuales dotó el legislador de relevancia al darles un valor superior, cuando las presumió incorporadas a los contratos, así aquellas no se expresen en el mismo.

Planteada así la situación, el Código Civil dio un doble carácter a la costumbre, por un lado como regla de derecho cuando se da la ausencia de legislación positiva, evento en el cual se podría tomar como una regla de integración de la voluntad; y, por otro lado, como regla de derecho incorporada a los contratos, que se entiende incluida en ellos, así las partes no lo manifiesten, es decir, como un criterio de interpretación, no sólo de integración.

Nuestro ordenamiento comercial acoge la tesis según la cual “(...) el derecho se expresa por voluntad y razón de una autoridad, que en el caso de la costumbre otorga en algunas

---

<sup>56</sup>Artículo 13 de la ley 153 de 1887 dispone: “*la costumbre siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva*”.

ocasiones un reconocimiento concreto y expreso de su existencia cuando cumple con los requisitos ordenados en la ley y se prueba, y en otras ocasiones un reconocimiento tácito en relación con costumbres no previstas en la ley y que posteriormente puede hacerse expreso, sin pretermitir por supuesto la exigencia que se les hace de cumplir con determinados requisitos y no contrariar la ley en forma alguna”.<sup>57</sup>

En las disposiciones generales del Código de Comercio se encuentran las bases sustanciales de la costumbre en el derecho comercial colombiano respecto de sus fuentes locales, nacionales, internacionales y extranjeras; dichas modalidades están tipificadas en los primeros artículos del Código de Comercio, como norma sustancial, con su debida regla probatoria. Para hacer el análisis respectivo de cada una de las costumbres, debemos remitirnos en un primer momento a los conceptos de costumbre local, nacional, internacional y extranjera. En primer lugar, para MADRIÑÁN DE LA TORRE, la *costumbre territorial* “(...) está constituida por aquellas prácticas que nacen en determinada plaza o región del país”. Se da en aquellos espacios delimitados, ya que la comunicación en dichos territorios es más fácil, puesto que la población se encuentra en una situación similar, y así la uniformidad y generalidad de las prácticas de la costumbre se realizan íntegramente. En cuanto a lo que hace referencia a la *costumbre nacional*, es aquella que se da de las prácticas uniformes que se realizan en todo el territorio, motivo por el cual su usanza es de común aplicación en el espacio geográfico nacional. Es relevante anotar que

---

<sup>57</sup> Pablo Largacha Escallón & Juan Antonio Rodríguez Flórez, *La Función Probatoria de la Costumbre Mercantil asignada a las cámaras de comercio*, Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana, 26 (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1989)

su uso es poco frecuente puesto que la comunicación entre regiones se hace dificultosa entre los habitantes de un país. Por último, las *costumbres extranjeras* “(...) son las propias de otros países en los cuales llenan las exigencias que se hacen a las nacionales, locales o generales, y tienen especial consideración en el Derecho Comercial, en virtud de las características internacionales del mismo”.<sup>58</sup>

Procediendo con la estructura básica que hace el Código de Comercio respecto de la costumbre, nos remontamos a la costumbre *local y nacional* invocadas en el Artículo 3ro<sup>59</sup> de manera sustancial, donde se expresa en su inciso primero lo que se debe entender por costumbre mercantil nacional; así, en el inciso segundo del mismo artículo, se señala que se tendrá como costumbre local, toda aquella que reúna los requisitos de la nacional, esto es, aquella que no contraríe la ley mercantil, y se dispone 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”. Tal y como lo establece OVIEDO, esta norma “(...) además de establecer una clasificación de costumbres y de concretar un orden de prelación entre ellas, fija los límites y condiciones que deben cumplir los hechos constitutivos de la costumbre”.<sup>60</sup> De este modo, como dicho Artículo 3ro hace

---

<sup>58</sup> Ramón E. Madriñán De La Torre, *La Costumbre Comercial*, Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, 51 (Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1962)

<sup>59</sup> **Artículo 3 Código de Comercio** “ la costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgidos las relaciones, que deban regularse por ella.

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

<sup>60</sup> Jorge Oviedo Albán, *La costumbre en el derecho privado* 47 (Jorge Oviedo Albán (coordinador), *Derecho Comercial del Siglo XXI, La costumbre en el derecho privado*, ed. Temis, Bogotá, 2008)



referencia a su presupuesto probatorio en el Artículo 6° del mencionado Código, éste constituye, por lo tanto, la fuente probatoria tanto de la costumbre local y nacional, donde remite al Código de Procedimiento Civil, o en su defecto, dispone el tema probatorio con testigos<sup>61</sup>. En relación con la costumbre *internacional*, consagrada en el Artículo 7° del Código de Comercio<sup>62</sup>, la norma indica que se tendrán por ella los tratados o convenciones internacionales no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna los requisitos del Artículo 3 señalado anteriormente, así como los principios generales de derecho. En este orden de ideas, la regla probatoria de dicha costumbre se encuentra consagrada en el Artículo 9<sup>63</sup> del mencionado Código, el cual nuevamente hace referencia al Código de Procedimiento Civil, tomando como prueba copia auténtica de la sentencia o laudo en que una autoridad jurisdiccional internacional la hubiere reconocido, o también con certificación autenticada de una entidad internacional que diere fe de la respectiva costumbre. Finalmente, respecto de la costumbre *extranjera*, que “(...) se trata de una costumbre vigente en otro país, su utilidad se contrae a servir como fuente de interpretación de las convenciones celebradas en el extranjero para ser ejecutadas en nuestro país, o las

---

<sup>61</sup> **Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 15 de Agosto del 2008 expediente 2001 3103 003 2003 00067 01 Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena :** “(...)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”

<sup>62</sup> **Artículo 7 Código de Comercio:** “ los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3, así como los principios generales del derecho comercial podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no pueden resolverse conforme las reglas precedentes.”

<sup>63</sup> **Artículo 9 Código de Comercio:** “la costumbre mercantil internacional y su vigencia se probarán mediante copia auténtica, conforme al código de procedimiento civil, de la sentencia o laudo en que una autoridad jurisdiccional internacional la hubiere reconocido, interpretado o aplicado. también se probará con certificación autenticada de una entidad internacional idónea, que diere fe de la existencia de la respectiva costumbre.”

convenciones celebradas en nuestro territorio para ser ejecutadas en el extranjero. Desde el punto normativo, carece de eficacia ya que no es fuente de derecho”<sup>64</sup>, y el Código de Comercio excluye el tema del derecho sustancial, haciendo referencia únicamente a la regla probatoria ubicada en el Artículo 8<sup>65</sup> del Código de Comercio; surge entonces el interrogante de cómo entrar a aplicarlo en el ordenamiento jurídico colombiano, puesto que aunque esté escrita o tipificada la regla probatoria de dicha costumbre, no encontramos la norma sustancial que nos permita inferir el concepto de “costumbre mercantil extranjera” en nuestro Código de Comercio, por lo cual el mismo ha tenido que ser desarrollado por la doctrina..

Con el fin de revisar las distintas funciones que cumple la costumbre como fuente autónoma de Derecho, es pertinente estudiarla tomando como punto de referencia la ley. Así las cosas, se debe distinguir la costumbre entre “secundum legem”, “praeter legem” y contra legem”, pues son estas categorías las que determinan la fuerza de la costumbre respecto de la ley, contribuyen a integrarla o, regulan situaciones no contempladas en ésta, así logrando cubrir vacíos en el ordenamiento jurídico escrito, o por el contrario, que contengan disposiciones que contraríen la ley o incluso lleguen a derogarla.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Gamal Mohammant Atchan Rubiano, *Ensayos sobre Costumbre Mercantil*, 18-19 (Ed. Kimpres Ltda. Noviembre, 2009)

<sup>65</sup> **Artículo 8 Código de Comercio:** “la prueba de la existencia de una costumbre mercantil extranjera y de su vigencia, se acreditará por certificación del respectivo cónsul colombiano o, en su defecto del de una nación amiga. dichos funcionarios para expedir el certificado solicitarán constancia a la cámara de comercio local o de la entidad que hiciere sus veces y, a falta de una y otra, a dos abogados del lugar de reconocida honorabilidad, especialistas en derecho comercial.

<sup>66</sup> Idea tomada de Ramón E. Madriñán De La Torre, *La Costumbre Comercial* Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, 47 (Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1962)

Citando a MADRIÑÁN DE LA TORRE, en su Tesis “*La Costumbre Comercial*”, el concepto de costumbre *secundum legem* atiende a “(...) las prácticas que se forman en consonancia con la ley e implican una precisión de sus preceptos y las prácticas que por su especial invocación del derecho escrito completan el precepto de las llamadas normas en blanco”<sup>67</sup>, es decir, “(...) aquella a la cual acude la ley para llenar algunos vacíos o le deja determinación de algún aspecto”<sup>68</sup>. A manera de conclusión, puede decirse que la costumbre *secundum legem* “(...) está desprovista de todo valor como fuente independiente pues todo poder vinculatorio lo deriva de la ley que expresamente la invoca y aún puede afirmarse, que en estos casos, de esas prácticas que la constituyen, sólo puede predicarse su carácter de costumbre en un sentido amplio, pues en realidad en estos casos están reducidas a hábitos sociales que la ley por razones de utilidad acoge para complementar su disposición”.<sup>69</sup>

De otro lado, continuando con la exposición de MADRIÑÁN DE LA TORRE, la costumbre *praeter legem* es aquella que ha sido reconocida como fuente formal de derecho y a su vez se le ha dado importancia a la manifestación de preceptos no incluidos en ley o dispuestos en ella muy vagamente. La doctrina describe la *praeter legem* “(...) como

---

<sup>67</sup> Ramón E. Madriñán De La Torre, *La Costumbre Comercial* Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, 47 (Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1962)

<sup>68</sup> Jorge Oviedo Albán, *La costumbre en el derecho privado*, 39 (Jorge Oviedo Albán (coordinador), *Derecho Comercial del Siglo XXI, La costumbre en el derecho privado*, ed. Temis, Bogotá, 2008)

<sup>69</sup> Ramón Madriñán De La Torre, *La Costumbre Comercial* Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, 48 (Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1962)

aquella que tiene vida propia sin que una ley determinada le haga llamado alguno para que rija”<sup>70</sup>. Por último se hace referencia a la costumbre *contra legem* que, como bien su nombre lo indica, es aquella que contradice la ley. Así, analizando el papel de la costumbre con relación a la ley, es importante decir que en nuestro ordenamiento jurídico no se podrá desconocer la fuerza de la costumbre para derogar y reemplazar la ley, puesto que dichas fuentes son fuentes formales del derecho y por tanto poseen el mismo valor.

En Colombia, la *costumbre contra legem* no es admitida, ya que la conforman aquellas prácticas contrarias a la ley; sin embargo, consideramos que en nuestra legislación la costumbre sí tiene valor *contra legem* en dos casos: “(...) el primero, cuando se trate de aplicar las costumbres mercantiles a un caso de esta naturaleza [a una cuestión *contra legem*], evento en el cual y a pesar de ser contraria dicha práctica a la norma civil (salvo las de directa aplicación vía remisión directa, como es el caso del artículo 822 del Código de Comercio), deberá prevalecer la costumbre mercantil, por tener ésta el mismo valor de la ley comercial, según las voces y requisitos del artículo 3 del mencionado Código, y además, tratándose de costumbres de carácter internacional, las que primarán sobre la ley 518 de 1999 que ratificó la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, que como anotamos, tiene naturaleza supletoria de la voluntad de las partes y se aplica en defecto de previsión contractual y costumbre aplicable. Ahora, y por otra parte, debe darse cuenta el intérprete que con la incorporación de la Convención por medio de la Ley 518 de 1999, la costumbre mercantil internacional, ha dejado de ser una de las

---

<sup>70</sup> Idea tomada Jorge Oviedo Albán, *Los usos y costumbres en el derecho mercantil contemporáneo* <http://cisg.tij.uia.mx/oviedo1.html> Revisada Agosto 2009.

centenas de las fuentes del Derecho Mercantil, si se tiene en cuenta que la mencionada ley es de naturaleza comercial, y que el artículo 1º del Código es muy claro al decir: "Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas"<sup>71</sup>.

Resaltando lo anterior, la experiencia mercantil nos muestra cómo existen prácticas reiteradas que se llevan a cabo a nivel comercial que nos permiten inferir que se configuran con carácter de *contra legem*; luego, aquello que aparece reprochable legalmente, toma cierto carácter de legitimación gracias a la práctica reiterativa en la celebración de los actos de comercio. Así, el título valor llamado "cheque" en nuestro país, que según el artículo 717<sup>72</sup> de nuestro Código de Comercio, no admite pago diferido o posfechado, es decir, es siempre pagadero a la vista, lo que implica que si un cheque se gira para ser cobrado a una fecha futura, esa inscripción se entenderá por no escrita. Lo anterior es el reflejo claro de una costumbre contra ley, pues la práctica reiterada del conglomerado social la acepta y la aplica reiteradamente en el mundo comercial<sup>73</sup>; sin embargo, es claro que, no es que se admita la costumbre *contra legem*, porque ésta no puede derogar la ley, sino que la práctica y el comportamiento de las partes respecto de ciertos usos contrarios a la ley responden a la

---

<sup>71</sup>Jorge Oviedo Albán, *Los Usos y Costumbres en el Derecho Privado Contemporáneo* <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html#1>> Revisada Octubre 2009.

<sup>72</sup> **Artículo 717 Código Comercio:** "el cheque será siempre pagadero a la vista. cualquier anotación en contrario se tendrá por no puesta. el cheque posdatado será pagadero a su presentación."

<sup>73</sup> El Cheque se trae a colación en el presente proyecto de investigación, debido a que este es el ejemplo más claro que se puede ver en el ordenamiento jurídico colombiano de una costumbre *contra legem*

realidad negocial, pero siempre teniendo claro que en una confrontación entre una costumbre contra legem y la ley, terminará prevaleciendo la ley.

Los conflictos internos de cada una de las fuentes de reglas de derecho comercial, existe un común denominador a todas ellas en cuanto al problema de su prelación u orden de aplicación. En Colombia, la costumbre y la ley son las dos fuentes jurídicamente obligatorias, conviven en cierto momento acatando los requisitos exigidos formalmente por la ley, pero sin olvidar que pueden ser contrarias entre sí. Es evidente que permanecer en estado de igualdad no se permite en un ordenamiento jurídico por las reglas del derecho, pues tal circunstancia no resistiría dos fuerzas de tal magnitud. Mientras el legislador no manifieste su desaprobación, ésta puede comandar las situaciones que bajo su mandato sobrevengan. Siempre que el legislador haga creaciones normativas, éstas primarán sobre toda costumbre, salvo que se diga lo contrario, es decir, que el legislador reconozca que tiene carácter de ley.

“(…) Las costumbres operan con "la misma autoridad que la ley", pero después que ésta se ha agotado, sea directamente, sea indirectamente o por aplicación analógica. Su función creadora de reglas de derecho es, como se ha dicho varias veces, esencialmente supletiva, porque solamente se cumple a falta de ley aplicable”.<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> Gabino Pinzón, *Introducción al Derecho Comercial III*, Refundida y Actualizada con la Colaboración de Jorge Pinzón Sánchez, 126 (ed. Temis. Bogotá, 1985)

“(…) La inferioridad de la norma consuetudinaria se manifiesta no sólo por esta subordinación a la ley, o al derecho escrito, sino porque se agota con los casos concretos ocurridos o desarrollados bajo su influencia. Esto es, no puede aplicarse por analogía, porque, como anota ASCARELLI, “(…) esta regla deriva del hecho que es susceptible de extensión por analogía por parte del intérprete, lo que puede ser desde luego un mandato, pero no una práctica que, como tal, no puede extenderse más allá del ámbito de la materia a la cual precisamente se refiere”.<sup>75</sup>

En la **JURISPRUDENCIA** colombiana, la Corte Suprema de Justicia, en sus pocos pronunciamientos respecto al tema de la costumbre, y sin hacer referencia alguna a la “*costumbre mercantil internacional*”, únicamente ha trabajado el tema de la costumbre mercantil nacional, y su forma de ser aplicable en el ordenamiento jurídico colombiano, mediante la prueba prevista por la ley, esto tal y como lo señala la sentencia de la Sala de Casación Civil, del 27 de Julio de 2001, expediente 5860 Magistrado Ponente Jorge Antonio Castillo Rugeles, la cual expresa, en lo pertinente:

*“En efecto, en algunas legislaciones foráneas en las que los derechos del empresario arrendatario frente a su arrendador se encuentran aún más rígidamente tutelados, severidad que inclusive ha permitido a algunos denominar tales prerrogativas como “propiedad comercial”, se faculta al arrendatario, por expreso mandato legal, a cobrar un precio por el “traspaso” del local comercial, es decir,*

---

<sup>75</sup> Tullio Ascarelli, *Introducción al derecho comercial*, 87 (ed. Ediar S.A. Buenos Aires, 1947) Gabino Pinzón, *Introducción al Derecho Comercial*, Edición Refundida y Actualizada con la Colaboración de Jorge Pinzón Sánchez, III, 126 (ed. Temis. Bogotá, 1985)

*por la cesión de su posición dentro del contrato de arrendamiento, independientemente del valor a que haya lugar por las existencias del establecimiento. 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.*

*Además, en la jurisprudencia citada por el censor, advirtió la Corte que la costumbre allí invocada, se encontraba debidamente acreditada en ese proceso, lo que posibilitó su aplicación” MP. Jorge Antonio Castillo Rugeles.*

De acuerdo con esta providencia, el análisis que se puede realizar al respecto es que la Corte tiene en cuenta costumbres mercantiles “foráneas” para concluir que, aunque no exista disposición legal que las contenga en nuestra legislación, al manifestarse como costumbre local, regional o nacional, debe estar probada en la forma prevista por la ley; es decir, que si se quiere invocar en los actos de comercio nacionales, ésta ha debido ser previamente justificada conforme a la normativa del Código de Comercio.

En lo que tiene que ver con la Corte Constitucional, en sus providencias no se ha desarrollado el tema de costumbre internacional; sin embargo, algunos de sus pronunciamientos jurisprudenciales reconocen la importancia y la fuerza de la costumbre en nuestro ordenamiento jurídico, refiriéndose a ésta de un modo más genérico, señalando a



la costumbre *praeter legem* como fuente formal subsidiaria e integradora del ordenamiento, tal y como lo dispone la Sentencia C-083 de 1995, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz:

*“Ahora bien: la ley 153 de 1887 contiene dos disposiciones, justamente las acusadas, que se refieren a las fuentes formales de la manera siguiente:*

*"Art. 8. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho" (Subraya fuera del texto).*

*"Art. 13. La costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva".*

*Primero de los artículos citados no deja lugar a dudas acerca de que es la ley la norma que en primer término debe aplicarse cuando el caso controvertido puede ser subsumido en ella. Y el segundo, a la vez que corrobora el mandato anterior, designa a la costumbre, cuando satisface ciertas condiciones, como norma jurídica supletoria, "a falta de legislación positiva". Es la que se conoce en doctrina como costumbre *praeter legem*, llamada a integrar el ordenamiento, en subsidio de la norma principal, cuando ésta no contempla la situación *sub judice* y aquélla sí lo hace. (...)*

*Es claro, para la Corte, que bajo el imperio de la Constitución de 1886 se consagraban en Colombia, como fuentes formales de derecho obligatorias, dos: la legislación y la costumbre.*

*(...) Podría discutirse, en teoría, si tal disposición resulta compatible con la Carta del 91, pero esta Corporación puso fin a todo cuestionamiento sobre el punto, al declararla exequible en la citada sentencia C-224 de mayo de 1994. Está pues vigente en nuestro derecho la costumbre praeter legem como fuente formal subsidiaria y elemento integrador del ordenamiento. El juez que acude a ella, a falta de legislación, funda también su fallo en el derecho positivo, pero, esta vez, en una norma de carácter consuetudinario.*” MP. Carlos Gaviria Díaz

Así las cosas, las altas Cortes de nuestro país, como lo son la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, no nos permiten encontrar un antecedente jurisprudencial en cuanto a la costumbre mercantil internacional se refiere, pues aunque en algunas de sus sentencias<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> Para mencionar, se encuentran las siguientes, lo que demuestra el siguiente desarrollo jurisprudencial, tomado de Julio Atehortúa Ochoa, *Valor de la Costumbre Mercantil en el Derecho Colombiano, perspectivas y desarrollo*. Seminario Taller “La Costumbre Mercantil” Cámara de Comercio de Bogotá (Bogotá, Mayo 11 de 2007)

**“Sentencia. C. S. J 27 de Marzo/1998** -(sobre los artículos 1 a 9 del C.Co. “*acepta que la costumbre mercantil es fuente preferente en la aplicación a las situaciones comerciales con relación a la ley civil*”.

**posteriormente revoca el anterior pronunciamiento al amparo del art. 822 del C. Co.** (mercantilización de la norma civil).-“*prefiere la ley civil a la costumbre mercantil*”

*la aplicación de la ley civil no es subsidiaria, sino principal y directa en materia de obligaciones y contratos mercantiles según el art. 822 C. Co. (se da una integración por reenvío material de las normas).*

*-la costumbre mercantil pierde el sentido mismo de la especialidad como fuente del derecho, y es de aplicación residual frente a la legislación civil”.*

**Sentencia. C. S.J. 30 de -Agosto/2001 (reitera la posición anterior).**

hagan referencia a nociones generales de ésta, como lo es la costumbre como fuente de derecho, nunca hacen pronunciamientos reiterativos sobre el tema enfocado en costumbre mercantil internacional. Así, en nuestro país, los precedentes jurisprudenciales son muy vagos en cuanto al tema, por lo que debemos remitirnos a otras fuentes, como lo es la doctrina.

En la **DOCTRINA** colombiana, para GABINO PINZÓN “(...) cuando en el artículo 3ro del Código se atribuye a la costumbre mercantil "la misma autoridad que la ley", se exige que se cumplan determinados requisitos o condiciones "en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella". Con lo

*-“la legislación civil se integra a la legislación comercial y hace imposible no solamente la aplicación de la cm de manera preferente sobre la ley civil, sino que igual hace de aplicación preferente la ley civil sobre la misma analogía mercantil”.*

**Sentencia. C-224/1994:**

*-“el art. 13 l. 153/1887, en cuanto reconoce fuerza de la ley a la costumbre “praeter legem” – no es contraria a la constitución- y con mayor razón puede decirse que la costumbre “secundum legem” se ajusta a la constitución, porque en este caso su fuerza proviene de la propia ley; es lo que sucede con los arts. 3 y 9 del c. co. que la corte declaró exequibles en cuanto a costumbre “secundum legem”.*

*-cuando estamos aplicando costumbre, siempre estamos aplicando la ley comercial, y con ella de preferencia el ordenamiento propio del estatuto mercantil, sobre las normas de la legislación civil.*

**Sentencia. C-486/1993:**

*- la costumbre respeta desde esta perspectiva principios esenciales del estado social de derecho: el principio pluralista, el principio del respeto a la libertad individual y el principio del desarrollo a un orden justo.*

*- la costumbre constituye una de las principales manifestaciones de la cultura de un pueblo, que inclusive se toma en cuenta para identificar la propia nacionalidad... con relación a las comunidades y pueblos indígenas, ese principio de orden legal según el cual las prácticas cotidianas no prevalecen sobre la ley impuesta de manera escrita por el legislador, cede paso frente a las comunidades indígenas, en donde los usos y costumbres tribales prefieren a la legislación escrita.*

*- el papel del juez en la integración de la regla de derecho en el caso que se somete a su conocimiento. el juez tiene que indagar frente a los asuntos comerciales acerca de la norma aplicable y si la costumbre forma parte de la ley comercial –“secundum legem”- como lo dice la corte constitucional, el juez debe oficiosamente indagar por la existencia de la costumbre.*

**Sentencia. C. S. J. 25 de Marzo/1998:**

*- la existencia de la cm no es una cuestión de derecho sino de hecho.*

*- para el efecto los jueces deberán aplicarla cuando no haya norma legal que regule el caso. para tal efecto, será necesario primero probar la costumbre mercantil, por uno de los medios que establece la ley (art. 6 cpc.”*

anterior, (...) se da una evidente preferencia a las costumbres locales; aunque en el mismo artículo 3° del Código se agrega que "en defecto de costumbre local, se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior". Además, en el artículo 7° del mismo Código se prevé que "la costumbre mercantil internacional" podrá aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las demás reglas de derecho mercantil invocadas en los artículos anteriores del mismo título preliminar del Código. Esto es, las distintas clases de costumbres indicadas en el Código de Comercio no pueden utilizarse indistintamente, sino que en su aplicación debe observarse el orden implícito en el articulado del Código".<sup>77</sup> De este modo, en el ordenamiento jurídico colombiano "las costumbres locales son las primeras que deben utilizarse y es a ellas a las que más frecuente y constantemente se apela al Código de Comercio; (...) Así pues, es la costumbre local la que debe aplicarse no sólo cuando expresamente se le invoca en el Código de Comercio, sino también en todos aquellos casos en que la ley se remite a la costumbre, sin especificar la clase de costumbre que debe utilizarse entonces; esta prelación, de la costumbre local está expresamente prevista en el artículo 3 del Código."<sup>78</sup>

Es pues "(...) a falta de costumbres locales, que han de ser aplicadas las costumbres generales del país, antes que las costumbres extranjeras; y lo mismo debe hacerse, desde luego, cuando en la ley se invoca expresamente la costumbre general como tal. En el Código de Comercio se invocan frecuentemente las costumbres generales y, en cambio, no

---

<sup>77</sup> Gabino Pinzón, *Introducción al Derecho Comercial*, Edición, refundida y actualizada con la colaboración de Jorge Pinzón Sánchez, III, 126 (ed. Temis, 1985)

<sup>78</sup> Gabino Pinzón *Introducción al Derecho Comercial*, Edición, refundida y actualizada con la colaboración de Jorge Pinzón Sánchez, III, 127(ed. Temis, Bogotá,1985)

se invoca en parte alguna la costumbre extranjera. Lo que significa, que de hecho se utilizan tanto las costumbres locales como las generales para cumplir una función legislativa, o sea, para integrar algunas de las disposiciones de la ley comercial, prefiriendo así la costumbre general a la extranjera. Y es que las reglas de derecho abstraídas de las costumbres generales son más especiales que las inferidas de las costumbres extranjeras, por cuanto están más próximas a las actividades que se trata de regir, esto es, por cuanto a la vida de los negocios se desarrolla en contacto más inmediato con las costumbres del país, que con las costumbres de otros pueblos. (...) Además de la costumbre local y de la costumbre general del país, aplicadas con la prelación indicada, en las cuestiones comerciales también es utilizable la costumbre mercantil extranjera,”<sup>79</sup> porque aunque no se menciona expresamente, el artículo 8° del Código de Comercio se refiere es al modo de probarla, tal y como se expresó anteriormente en el presente artículo. “(...) Lo cual quiere decir que una costumbre extranjera solamente puede tener aplicación en relación con los negocios celebrados o cumplidos en algún lugar del exterior, siempre que se trate, por lo demás, de una costumbre que reúna en dicho lugar los requisitos del artículo 3° del Código.”<sup>80</sup>

Conforme con lo anterior, se establece que “(...) las costumbres locales, las generales del país, y las extranjeras –con las limitaciones indicadas respecto de las últimas- son las únicas que pueden suministrar reglas de derecho aplicables antes que el Código Civil. Con éstas se

---

<sup>79</sup> Gabino Pinzón, *Introducción al Derecho Comercial*, Edición, refundida y actualizada con la colaboración de Jorge Pinzón Sánchez, III, 127 (ed. Temis. Bogotá, 1985)

<sup>80</sup> Gabino Pinzón, *Introducción al Derecho Comercial*, Edición, refundida y actualizada con la colaboración de Jorge Pinzón Sánchez, III, 128 (ed. Temis. Bogotá, 1985)

agotan las reglas mercantiles y entran a operar las reglas de derecho común. Las costumbres internacionales de que se habla en el artículo 7° del Código sólo son utilizables “(...) en las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes”, entre las cuales están “las disposiciones de la legislación civil”, que se aplican después de las costumbres mercantiles, ya que éstas tienen la misma autoridad de la ley mercantil y, en consecuencia, se aplican antes del derecho común.”<sup>81</sup>

De este modo, la doctrina en materia mercantil y más especialmente conforme lo dispuesto por GABINO PINZÓN, señala que “(...) "los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3°, así como los principios generales de derecho comercial, *podrán aplicarse* a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes." (Artículo 7 Código de Comercio) Esta clase de reglas, a diferencia de las demás ya examinadas, no son de obligatoria aplicación, puesto que en el artículo 7° del Código apenas prevé que "podrán aplicarse" como un último recurso utilizable cuando la ley comercial, las estipulaciones de los contratos, la costumbres y las reglas de la legislación civil resulten insuficientes.”<sup>82</sup>

Si bien los acuerdos internacionales no ratificados forman parte de estudios que se toman en el mundo de los negocios, así como las costumbres internacionales son de utilidad en la

---

<sup>81</sup> Gabino Pinzón *Introducción al Derecho Comercial*, Edición, refundida y actualizada con la colaboración de Jorge Pinzón Sánchez, III, 128 (ed. Temis. Bogotá, 1985)

<sup>82</sup> Gabino Pinzón *Introducción al Derecho Comercial*, Edición, refundida y actualizada con la colaboración de Jorge Pinzón Sánchez, III, 129(ed. Temis. Bogotá, 1985)

vida comercial, y finalmente los principios de derecho comercial cumplen una importante función de orientadores de los jueces y legisladores; “(...) estas tres clases de reglas de derecho comercial son indudablemente de una categoría inferior de las demás que se han examinado (...), por eso es meramente potestativa su aplicación (...), además que es muy remota la posibilidad de utilizarlas, ya que con las disposiciones de la legislación civil puede regularse de suyo cualquier asunto de derecho privado que quede fuera del ámbito de las normas de derecho mercantil”.<sup>83</sup>

De manera tal, que lo anterior se corrobora con la ponencia de ESPINOSA QUINTERO donde se señala que si bien es cierto “(...) que el elemento de enlace entre el principio de autonomía de la voluntad privada y la *lex mercatoria*, se halla en la autonomía conflictual, esto es, la posibilidad que tienen las partes de un contrato internacional de designar el DERECHO que debe regir la relación contractual”<sup>84</sup>; sin embargo “(...) el aspecto polémico de dicha opción de elección del derecho aplicable al amparo de la mencionada autonomía conflictual, radica en el límite establecido por un sector de la doctrina, en el sentido de entender que las partes sólo pueden elegir un derecho estatal que no permite la designación de la *lex mercatoria*, los principios UNIDROIT o cualquier otro sistema

---

<sup>83</sup> Gabino Pinzón *Introducción al Derecho Comercial*, Edición, refundida y actualizada con la colaboración de Jorge Pinzón Sánchez, III, 130 (ed. Temis. Bogotá, 1985)

<sup>84</sup> Leonardo Espinosa Quintero, *El “Elemento Internacional” en materia de contratación, en el actual sistema jurídico colombiano. contribución para su discusión*, Ponencia de Clausura, I Seminario de Derecho de los Contratos Internacionales de la Universidad Sergio Arboleda,7(Universidad Sergio Arboleda)

<sup>85</sup> En su ponencia, el autor se refirió más adelante a que esta afirmación se sustenta en el artículo 3 del Convenio de Roma, que indica que “los contratos se regirán por la ley elegida por las partes”.

jurídico no estatal como ley rectora del contrato.”<sup>86</sup> Es importante aclarar que la *lex mercatoria* no se agota en los instrumentos internacionales anteriormente mencionados, pues si bien ésta los incluye, no se extingue en ellos, debido a que su papel en el mundo jurídico está dado para alimentar distintas estructuras legales y la actividad quienes ejercen el comercio internacional.<sup>87</sup>

No obstante lo anterior, es importante tener en cuenta que si bien hoy en día en Colombia no se tiene como fuente vinculante expresamente a la *lex mercatoria*, si se debe mencionar el hecho que “(...) el sistema jurídico colombiano, ha propiciado un ambiente favorable para la inserción del mismo en las corrientes mundiales sobre armonización y unificación del denominado derecho de los contratos internacionales, (...) así que en la línea de actualización y armonización de la legislación colombiana con los usos y tendencias del derecho internacional privado, además de propiciar un contacto permanente con los organismos multilaterales, líderes en esta materia, como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), y el Instituto Internacional

---

<sup>86</sup> Leonardo Espinosa Quintero, *El “Elemento Internacional” en materia de contratación, en el actual sistema jurídico colombiano. contribución para su discusión*, Ponencia de Clausura, I Seminario de Derecho de los Contratos Internacionales de la Universidad Sergio Arboleda,7(Universidad Sergio Arboleda)

<sup>87</sup> Algunos como CALVO CARAVACA y CARRASCOSA FERNANDEZ, citados anteriormente indican que dentro del contenido de la nueva *lex mercatoria* se encuentran los usos y prácticas uniformes observados en la práctica comercial internacional, "En este apartado debe incluirse todos aquellos <<conjuntos normativos>> propuestos por ciertas Asociaciones privadas o públicas que operan en el comercio internacional. Son reglas repetidamente seguidas en la práctica del comercio internacional. Como ejemplos pueden citarse determinados <<contratos tipo>> preparados por determinadas empresas y Asociaciones que se emplean frecuentemente en el comercio internacional, como las <<Reglas Uniformes relativas a los créditos Documentarios>>, las <<Reglas Uniformes sobre cobranzas de documentos>>, o los INCOTERMS, predispuestos todos ellos por la Cámara de comercio Internacional. Luis Alfonso Calvo Caravaca y Javier Carrascosa Gonzalez y otros, *Derecho Internacional Privado*, I, 43 (Granada 2000)



para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT) , entre otros, es palpable la inclinación del legislador colombiano por transponer al ordenamiento jurídico interno, propuestas originadas en ellos, como por ejemplo, la Ley 527 (1999) sobre comercio electrónico y firmas digitales.”<sup>88</sup>

Pese a los esfuerzos que se están logrando en este campo, la situación hoy demuestra que “(...) la doctrina en general ha manifestado que esas costumbres extranjeras e internacionales son, al decir de NARVÁEZ, *Arbitrios complementarios* que colman vacíos del derecho positivo, y de acuerdo con lo cual, cuando el intérprete no encuentre norma aplicable al caso concreto, podrá acudir a ellos para solucionar la cuestión que se le plantee”.<sup>89</sup> No obstante lo anterior, después de este análisis doctrinal, debemos recalcar que pese a que la costumbre internacional es aplicada residualmente respecto de la ley comercial, esta adquiere relevancia cuando son las partes de un acto jurídico quienes la invocan expresamente en virtud del principio de autonomía de la voluntad, caso en el cual pasa de ser una fuente subsidiaria, a ser una fuente principal para quienes la evocan a su libre albedrío.

En materia de **TRATADOS INTERNACIONALES** ratificados por Colombia y actualmente vigentes, encontramos, entre otros, el Tratado de Libre Comercio entre Chile y

---

<sup>88</sup> Leonardo Espinosa Quintero, *El “Elemento Internacional” en materia de contratación, en el actual sistema jurídico colombiano. contribución para su discusión*, Ponencia de Clausura, I Seminario de Derecho de los Contratos Internacionales de la Universidad Sergio Arboleda,8 (Universidad Sergio Arboleda)

<sup>89</sup>Jorge Oviedo Albán, *Los Usos y Costumbres en el Derecho Privado Contemporáneo* <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html#1>> Revisada Octubre 2009.

Colombia, en el cual se hace referencia, en su artículo 9.4 a un nivel mínimo de trato a las inversiones conforme a un *derecho internacional consuetudinario*, que debe ofrecer o brindar a los países miembros trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas a las inversiones cubiertas. De este modo se le da certeza al precepto anterior enmarcando los conceptos de “trato justo y equitativo”<sup>90</sup> y “protección y seguridad plenas”<sup>91</sup> señalando que estos no requieren de un tratamiento adicional o más allá de lo exigido por este nivel y que ellos no crean derechos sustantivos adicionales.

El mismo texto del tratado dispone que para mayor certeza del anterior artículo 9.4, éste debe interpretarse conforme al anexo 9-A, donde se expresa que: “(...) las partes confirman su común entendimiento que el derecho internacional consuetudinario referido en el artículo 9.4 resulta de una práctica general y consistente de los estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal (subrayas fuera de texto)”.<sup>92</sup> Al estar invocada en el tratado la costumbre internacional, ésta se sitúa en el nivel jerárquico de la ley y se vuelve obligatoria, es decir, que adquiere carácter vinculante y no deja espacio para interpretación adicional sino que es simplemente una ley, motivo por el cual los Estados partes deben actuar conforme a sus disposiciones, y su proceder no puede estar encaminado a vulnerarla;

---

<sup>90</sup> Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Chile, aprobado por medio de la Ley 1189 de 2008 Abril 28, publicado en DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIII. N. 46974. 28, ABRIL, 2008. PAG. 66. Artículo 9.4 señala que: “(...) el trato justo y equitativo incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o en los contenciosos administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo”.

<sup>91</sup> “(...) protección y seguridad plenas exige a cada parte otorgar el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario”.

<sup>92</sup> Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Chile, aprobado por medio de la Ley 1189 de 2008 Abril 28, publicado en DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIII. N. 46974. 28, ABRIL, 2008. PAG. 66.

en este sentido se puede concluir que respecto de las negociaciones mercantiles que se celebren entre Colombia y Chile, la naturaleza de la costumbre internacional es ley para las partes.

Así mismo, en el TLC Colombia - República del Salvador, Guatemala y Honduras del 9 de Agosto de 2007, se invoca el derecho internacional consuetudinario en su capítulo 12, titulado *Inversión*, en particular en su artículo 12.4 de protección de inversores, donde se establece que “(...) cada parte garantizará un trato justo y equitativo de conformidad con el derecho internacional consuetudinario...”; también lo contempla el artículo 12.18 numeral 2 donde hace referencia al derecho internacional consuetudinario, cuando indica el evento en que alguna(s) de las partes incumpla(n) la obligación de respetarlo; y finalmente, el artículo 12.25 en el que señala que el derecho aplicable o los mecanismos de solución de controversias que surjan deben basarse en las disposiciones “(...) del presente capítulo, del derecho internacional, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales del derecho y el derecho nacional de la parte en cuyo territorio se ha realizado la inversión”.

Lo anterior evidencia que este tratado también hace una invocación expresa de la costumbre internacional en las tres disposiciones mencionadas, y si bien es cierto que en ningún momento nombra su rango jerárquico frente a la ley, sí hace referencia expresa a ésta como un principio o criterio que debe existir en cualquier relación que se desarrolle conforme al tratado y que los Estados parte deben respetarla pues está incluida en un instrumento internacional que es de obligatorio cumplimiento para las partes que se obligan, y que de verse afectado el derecho internacional consuetudinario plasmado allí, la

parte afectada puede invocar su defensa bajo algún mecanismo interno de la jurisdicción o posteriormente con el arbitramento internacional, de modo tal que el incumplir con las disposiciones de costumbre internacional hace que las mismas adquieran carácter vinculante, aunque ello no esté explícitamente señalado.

Por último, al examinar el Tratado de Montevideo de 1980, instrumento que instituye la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), no se encuentra referencia alguna a la costumbre internacional en el texto mismo del tratado. Sin embargo, el no haber sido ésta dispuesta en los parámetros del tratado, como eje para el desarrollo de las distintas negociaciones comerciales que se lleven a cabo bajo su órbita, no implica de por sí una negación absoluta a la costumbre internacional en dichas relaciones mercantiles.

Lo anterior nos conduce a señalar que en materia de los tratados internacionales estudiados en los que es parte Colombia, en lo relacionado con la costumbre internacional, se da la invocación expresa de tal fuente de derecho en algunos de ellos (TLC Colombia – Chile y TLC Colombia-Centro América); sin embargo, hay otros tratados en los que es parte Colombia (como el mencionado Tratado de Montevideo de 1980) en los que no se hace referencia a dicha fuente de derecho, lo que interpretamos en el sentido que ello no significa que la misma sea excluida tajantemente en la aplicación de los tratados y de los contratos que se celebren en virtud de los mismos, pues aunque no se invoque en el texto internacional, ello no implica, en nuestro sentir, que la costumbre internacional deba ser ignorada por las partes, sino que ellas, a falta de ley-tratado, pueden suplirla vía invocación de la costumbre en el desarrollo mismo de cada negocio.

Obviamente, el estudio del tratamiento de la costumbre internacional en los tratados celebrados por Colombia implicaría un desarrollo mucho más extenso, el cual no es objeto del presente escrito, por lo cual sólo hemos tomado al azar tres tratados en concreto, para conocer cuál es el tratamiento de la figura en dichos acuerdos.

## 6. Otros Ordenamientos

Como se enunció en la introducción, debido a las diferentes nociones de los conceptos de “costumbre internacional”, así como de “los usos”, nuestro análisis se realizó tomando como base el concepto desde la óptica del ordenamiento colombiano. Sin embargo, en el evento de España o cuando ello sea necesario, se hará explícito el tratamiento que reciben los mencionados términos en cada ordenamiento.

Tomando en consideración, igualmente al azar, otros ordenamientos jurídicos donde pudimos hallar el llamado de la costumbre y los usos, encontramos varios de ellos que nos pueden servir como referente para dilucidar el tema.

Como anteriormente enunciamos, el primer país a tratar es **España**<sup>93</sup>, donde nos remitimos al "(...) Artículo 1 del Código Civil Español, el cual dispone: (...) 3. La costumbre sólo

---

<sup>93</sup> “(...) Mientras la legislación Colombiana se refiere a la costumbre mercantil, como puede verse en el Artículo 3 de Código de Comercio, al Código de Comercio español, hace referencia en el artículo 2, a los usos de comercio observados generalmente en cada plaza .(...) A nuestra manera de ver, lo que el Código Civil

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

"Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre".<sup>94</sup>

De otro lado, el artículo 1.287 del mismo Código, ubicado dentro del capítulo IV del libro IV, que se titula "De la interpretación de los contratos", estableció: "(...) El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse".

Así como lo indica OVIEDO: "(...) lo que el Código Civil Español denomina *usos*, así sean de un sector económico determinado, son costumbres, y no en el sentido que al uso le hemos dado según la definición de los mismos adoptada. Nos parece que la distinción que puede hacerse es en el sentido de la función que esa costumbre y usos están llamados a cumplir frente a la ley, que puede ser normativa- integradora, (a falta de ley aplicable), o

---

Español denomina "usos", así sean de un sector económico determinado, son costumbres, y no en el sentido que al uso le hemos dado según la definición de los mismos adoptada. Nos parece que la distinción que puede hacerse en el sentido en que esa función y usos están llamados a cumplir frente la ley que puede ser normativa-integradora, (a falta de ley aplicable), o interpretativos, en un sentido similar al que expresa el artículo 1622 del Código Civil Colombiano." Jorge Oviedo Albán, *Los Usos y Costumbres en el Derecho Privado Contemporáneo*, 2, 10, 13 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html#1>> Revisada Octubre 2009.

<sup>94</sup> Jorge Oviedo Albán, *Los Usos y Costumbres en el Derecho Privado Contemporáneo*, 8 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html#1>> Revisada Octubre 2009.

interpretativos, en un sentido similar al que expresa el artículo 1622 del Código Civil Colombiano”.<sup>95</sup>

“(…) Esto que el Código Español denomina *usos del comercio*, corresponde a lo que nuestro legislador ha denominado como *costumbre*. Tal aseveración puede confirmarse con las palabras de la doctrina más autorizada sobre el derecho mercantil en ese país”.<sup>96</sup>

Aclaradas las disposiciones en las que la ley mercantil Española hace referencia a la costumbre o usos, es notorio que la costumbre cumple un papel meramente subsidiario o accesorio en cuanto a varios presupuestos, como lo son entre otros, el que sólo regirá en defecto de ley aplicable, también cuando los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad se consideren como costumbre, o cuando se acude a ésta para que cumpla su función interpretativa o integradora.

Una vez analizado el tratamiento de la costumbre mercantil dentro del ordenamiento jurídico interno español, nos remitiremos a analizar la jurisprudencia de las Cortes Españolas, para examinar los precedentes respecto de la costumbre mercantil internacional.

En primer lugar, se acudió a revisar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, en el cual se encontró únicamente un antecedente sobre la costumbre internacional

---

<sup>95</sup> Jorge Oviedo Albán, *Los Usos y Costumbres en el Derecho Privado Contemporáneo*, 8 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html#1>> Revisada Octubre 2009.

<sup>96</sup> Jorge Oviedo Albán, *Los Usos y Costumbres en el Derecho Privado Contemporáneo*, 11 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html#1>> Revisada Octubre 2009.

pero en materia penal<sup>97</sup>, en el cual se reconoce la costumbre internacional refiriéndose al tema, sin embargo, como este no es objeto de estudio para la presente investigación, no se tratará mas a profundidad el caso.

En segundo lugar, se revisó la jurisprudencia de la Corte Suprema de España en donde se encontró un precedente respecto a la función interpretativa que cumple la costumbre en los contratos, cuando se encuentran cláusulas que puedan tener distintas acepciones, sean ambiguas o presenten oscuridad. Así, la Sentencia de la Corte Suprema de España, N° de Resolución: 1320/2007, dice:

*“(...)Este último elemento, consagrado por la práctica de Derecho comparado (verbigracia, los Principios sobre los contratos comerciales internacionales Unidroit se refieren al «significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial», art. 4.3 c]), no se haya recogido en el Código civil expresamente como regla de interpretación, pero puede considerarse implícitamente acogido en el art. 1286 CC , que se refiere a la naturaleza y objeto del contrato como elemento para interpretar las cláusulas que puedan tener distintas acepciones y en el art. 1287 CC , que admite el uso o costumbre del país*

---

<sup>97</sup> **Sentencia: STC 237/2005, de 26 de Septiembre La Sala Segunda del Tribunal Constitucional**

*“En apoyo del presupuesto de partida, a saber, que en la costumbre internacional se ha venido restringiendo el alcance del principio de justicia universal, invoca el Tribunal Supremo determinadas resoluciones jurisprudenciales de Tribunales de terceros Estados o internacionales [...].*

*Pues bien, lo primero que hemos de poner de manifiesto es que resulta harto discutible que tal sea la regla en la costumbre internacional, y ello, en particular, por cuanto la selección de referencias jurisprudenciales efectuada por el Tribunal Supremo en apoyo de dicha tesis no abona tal conclusión, sino, antes bien, la contraria.”* [http://74.125.93.132/search?q=cache:XnevgiS8vEgJ:ocw.uc3m.es/derecho-procesal/introduccion-al-derecho-procesal/material-docente/documentacion-complementaria/STC\\_237-2005.doc+Tribunal+Constitucional+de+Espa%C3%B1a.+STC+237/2005+costumbre+internacional&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=co](http://74.125.93.132/search?q=cache:XnevgiS8vEgJ:ocw.uc3m.es/derecho-procesal/introduccion-al-derecho-procesal/material-docente/documentacion-complementaria/STC_237-2005.doc+Tribunal+Constitucional+de+Espa%C3%B1a.+STC+237/2005+costumbre+internacional&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=co) Revisado el 30 de Marzo de 2010.



*para interpretar las ambigüedades del contrato, supliendo la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse”<sup>98</sup>.*

Igualmente, se puede analizar el siguiente pronunciamiento de la Corte Suprema Española, en Resolución N°: 945/1995, donde se evidencia cómo la Corte reconoce la costumbre internacional, aun cuando se arguya que dicha costumbre internacional no se ha probado debidamente de acuerdo con la legislación española:

*“(…) En el segundo motivo se cita como documento básico el aportado con la demanda bajo el núm. 12 (crédito documentario abierto por Crédit Lyonnais, en que consta que "está sujeto a las reglas uniformes y práctica de créditos documentarios... de la Cámara Internacional de Comercio"), que se relaciona con lo expuesto en la sentencia impugnada sobre que "si la no modificación del crédito documentario en que se apoyó el contrato en su vertiente económica antes de la suscripción del fletamento o del embarque efectivo de la carga constituye una infracción de la costumbre internacional en esta materia es un extremo que no ha sido debidamente probado conforme a la ley española”<sup>99</sup>.*

---

<sup>98</sup> Sentencia de la Corte Suprema de España, N° de Resolución: 1320/2007, Referencia encontrada en Juan Pablo Cardoso Pardo, *La Costumbre Mercantil Internacional, La Contratación Mercantil Internacional y la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional Colombiana. (introducción) Trabajo de Investigación estudiante pregrado Pontificia Universidad Javeriana*. Aún no publicado

<sup>99</sup> Sentencia Corte Suprema de España, N° de Resolución: 945/1995 Referencia encontrada en Juan Pablo Cardoso Pardo, *La Costumbre Mercantil Internacional, La Contratación Mercantil Internacional y la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional Colombiana. (introducción) Trabajo de Investigación estudiante pregrado Pontificia Universidad Javeriana*. Aún no publicado

Finalmente, en el mismo pronunciamiento anterior de la Corte Suprema de España, Resolución N°: 945/1995, realiza la distinción entre la costumbre y la práctica usual, a saber:

*“(...) siempre es costumbre y práctica usual en este sector industrial el tener el crédito documentario en total y debida regla antes del cierre de cualquier barco”, y es partiendo de lo antedicho cuando, en apoyo de su argumento, “Laxport, S.A.” reseña determinados artículos de las reglas y usos uniformes de la Cámara de Comercio de París, por lo que ha de distinguirse entre la “costumbre y práctica usual” invocada, que se declara no probada en la sentencia, y la circunstancia de que el crédito documentario no se modificara en debida forma, pues obviamente de lo que se trata es de las consecuencias de la falta de modificación y no de que ésta debiera realizarse según las referidas reglas y usos uniformes, cuestión que no puede ser planteada en este motivo, por lo que ha de decaer”<sup>100</sup>.*

En ese orden de ideas, la costumbre en España juega un papel subsidiario como fuente de derecho comercial; no obstante, la costumbre internacional empieza a hacer carrera en cuanto a la interpretación de contratos, que aunque de manera muy tenue se empieza a vislumbrar en algunos precedentes de interpretación en contratación mercantil, lo que no significa que se haya formado una base sólida para ésta, pero si deja posibilidad que a la postre la evolución sea mayor, y se llegue a implementar en el ordenamiento mercantil.

---

<sup>100</sup> Sentencia Corte Suprema de España, N° de Resolución: 945/1995 Referencia encontrada en Juan Pablo Cardoso Pardo, *La Costumbre Mercantil Internacional, La Contratación Mercantil Internacional y la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional Colombiana. (introducción) Trabajo de Investigación estudiante pregrado Pontificia Universidad Javeriana*. Aún no publicado

En representación de los ordenamientos latinoamericanos tomamos **Argentina**, como punto de referencia para analizar allí la costumbre internacional. Así, en el Código de Comercio de la República Argentina, también se reconoce el papel normativo de las costumbres. El acápite II del Título preliminar del mismo, dispone: “II. En las materias en que las convenciones particulares pueden derogar la ley, la naturaleza de los actos autoriza al juez a indagar si es de la esencia del acto referirse a la costumbre, para dar a los contratos y a los hechos el efecto que deben tener, según la voluntad presunta de las partes”.<sup>101</sup>

También se enmarca la costumbre como fuente del derecho y particularmente fuente del derecho mercantil, en el artículo 17 del Código Civil Argentino que nos dice: “*Art.17.- Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente*”. Además de reconocer la costumbre en el área civil como fuente de derecho en el Derecho Argentino, se reconoce la función interpretativa y determinante asignada a los usos, cuando en el acápite V del título preliminar de dicho Código de Comercio de la República de Argentina se dispone: “*V. Las costumbres mercantiles pueden servir de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, y para interpretar los actos o convenciones mercantiles*”<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> Jorge Oviedo Albán, *Los Usos y Costumbres en el Derecho Privado Contemporáneo*, 11 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html#1>> Revisada Octubre 2009.

<sup>102</sup> Jorge Oviedo Albán, *Los Usos y Costumbres en el Derecho Privado Contemporáneo*, 11 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html#1>> Revisada Octubre 2009.

Entonces, la costumbre es una herramienta interpretativa bastante útil para dirimir inconvenientes en materia contractual, y se puede ver también encaminada con el artículo 218 del Código de Comercio el cual señala: “*Artículo 218- Siendo necesario interpretar la cláusula de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguientes: (...) 6. El uso y práctica generalmente observados en el comercio, en casos de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato prevalecerán sobre cualquier inteligencia en contrario que se pretenda dar a las palabras. (...)*”.<sup>103</sup>

“(...) Nótese cómo en el derecho argentino, la función interpretativa está reconocida tanto para los usos como para las costumbres, a diferencia de la legislación española que solamente lo reconoce para los *usos*”.<sup>104</sup>

Argentina advierte el papel auxiliar de la costumbre, así como la interpretativa de conflictos contractuales en el ámbito nacional, pese a no tener en la jurisprudencia mucho bagaje respecto de dicho tema.

Una vez explorada la legislación mercantil nacional, se acudió revisar la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelación en lo Civil y Comercial, de donde se reveló que no existe precedente alguno que pueda representar signos reveladores de costumbre internacional; de

---

<sup>103</sup> Jorge Oviedo Albán, *Los Usos y Costumbres en el Derecho Privado Contemporáneo*, 13 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html#1>> Revisada Octubre 2009.

<sup>104</sup> Jorge Oviedo Albán, *Los Usos y Costumbres en el Derecho Privado Contemporáneo*, 2, 10, 13 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html#1>> Revisada Octubre 2009.

hecho, tampoco existe jurisprudencia contundente sobre costumbre nacional en la interpretación de contratos, ni conflictos nacionales, pues básicamente los fallos de la Cámara se refieren a “las buenas costumbres”.

Acudiendo a la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, se encontraron precedentes sobre la adopción en materia mercantil, particularmente de la costumbre como fuente del derecho, de manera tal que la Cámara argumentó que:

*“Los usos y costumbres de este tipo de operatoria comercial –como fuente del derecho particularmente en materia mercantil- se imponen como realidad negocial imposible de desconocer –**máxime** considerando que los beneficios económicos y estratégicos que los integrantes de la red obtienen- y ameritan un tratamiento renovado que encuentra respuestas en la recepción de esta doctrina”<sup>105</sup>.*

De lo anterior inferimos que Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, reconoce como fuente de derecho a la costumbre, particularmente en materia mercantil, imponiéndose como una realidad que no se puede desconocer, abriendo la puerta para adoptar la costumbre un método de resolución de conflictos mercantiles.

En otro de los pronunciamientos, la Cámara en mención dispone:

---

<sup>105</sup>Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Expediente N° 65.844/05 Referencia encontrada en: Juan Pablo Cardoso Pardo, *La Costumbre Mercantil Internacional, La Contratación Mercantil Internacional y la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional Colombiana. (introducción) Trabajo de Investigación estudiante pregrado Pontificia Universidad Javeriana*. Aún no publicado

*“La comercialidad de la fianza trae como consecuencia que los preceptos del Código Civil sólo son aplicables para complementarlo y luego de la aplicación de los usos y costumbres mercantiles que prevalecen sobre las normas civiles”<sup>106</sup>.*

Conforme en lo anterior, se pueden vislumbrar algunos indicios jurisprudenciales concernientes a la primacía de las costumbres mercantiles sobre las normas civiles dentro de la legislación Argentina. Como lo señala Cámara Nacional de Apelaciones, la costumbre juega, en el ámbito nacional, un papel importante para la interpretación de conflictos contractuales, pese a no contar con muchas referencias en la materia.

En consecuencia, lo anterior demuestra que Argentina no tiene en principio ninguna demostración legislativa o jurisprudencial que recoja la costumbre internacional como fuente de derecho, y sólo hay indicios que no permiten inferir claramente su aplicación dentro del ordenamiento en materia mercantil.

Por último, nos remitiremos a la legislación de **Los Estados Unidos de América** para darnos una idea del tratamiento de la costumbre internacional en el derecho anglosajón, el cual esta “basado en el “Common Law” o derecho consuetudinario, lo que en principio nos da una referencia importante al tratar el tema de la costumbre mercantil internacional en este país.

---

<sup>106</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Expediente N° 71.301 Referencia encontrada en: Juan Pablo Cardoso Pardo, *La Costumbre Mercantil Internacional, La Contratación Mercantil Internacional y la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional Colombiana. (introducción) Trabajo de Investigación estudiante pregrado Pontificia Universidad Javeriana*. Aún no publicado

“(…) En el nacimiento del ordenamiento jurídico anglosajón, la fuente primordial para la interpretación y ejercicio del derecho era sin duda alguna la costumbre. Sin embargo, con el paso del tiempo y gracias a la evolución del sistema normativo y de los fallos proferidos por los jueces, el derecho anglosajón comenzó a tener unos notorios cambios en relación con el predominio de la costumbre, que poco a poco fue perdiendo protagonismo y dejó el escenario para que su lugar fuera ocupado por la consecuencia de la costumbre, la jurisprudencia.”<sup>107</sup>

“Es en el sistema anglosajón donde la costumbre tiene una importancia primordial. Pero aún en él, lo que los jueces aplican, más que la costumbre en sí, es la expresión de ésta a través de los fallos de los tribunales; en realidad el *common law*, originado en la costumbre, es hoy derecho jurisprudencial. La costumbre, independientemente de su valor autónomo tiene mucha importancia como antecedente histórico de la ley.”<sup>108</sup>

“Bajo esta argumentación, se puede sostener que en los fallos de los tribunales de los Estados Unidos, la fuente normativa de la costumbre no es nombrada allá, salvo el término de buenas costumbres, por el hecho que ahora el protagonismo y la relevancia en el ordenamiento la tiene la jurisprudencia.”<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> Sergio Le Pera, *Common Law y Lex Mercatoria*, 9-28 (ed. Astrea. Buenos Aires, 1988), citado por Juan Pablo Cardoso Pardo, *La Costumbre Mercantil Internacional, La Contratación Mercantil Internacional y la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional Colombiana. (introducción) Trabajo de Investigación estudiante pregrado Pontificia Universidad Javeriana*. Aún no publicado 17-18

<sup>108</sup> Ameal Bravo, *Apuntes de Civil (Parte General)* <<http://www.alipso.com/monografias/fuentes2/>> agregado el 2 de Octubre de 2002, Revisado el 7 de Abril de 2010

<sup>109</sup> Sergio Le Pera, *Common Law y Lex Mercatoria*, 9-28 (ed. Astrea. Buenos Aires, 1988), citado por Juan Pablo Cardoso Pardo, *La Costumbre Mercantil Internacional, La Contratación Mercantil Internacional y la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional Colombiana. (introducción) Trabajo de Investigación estudiante pregrado Pontificia Universidad Javeriana*. Aún no publicado 17-18

Del ordenamiento jurídico anglosajón, se deriva que la costumbre fue fuente fundamental para lo que hoy es el “common law”, puesto que se introdujo dentro de la estructura jurídica de los precedentes jurisprudenciales y al incorporarse perdió relevancia en los países de esta tradición. Hoy en día la costumbre juega un papel meramente accesorio, por tanto no hay forma de contraponerlo jerárquicamente ante la legislación, ni los precedentes jurisprudenciales, pues sus requerimientos de validez son tan rigurosos que en muy pocas situaciones podría tener como consecuencia obligatoriedad o vincular a las partes.<sup>110</sup>

La costumbre que fue recogida por el derecho inglés al ser incorporada por el common law, constituye uno de los pilares fundamentales en la creación de éste, pues es fuente normativa del derecho anglosajón; dicho ordenamiento absorbió la costumbre, transformándola y expresándola como precedente jurisprudencial en la actualidad. Así que la manifestación de la costumbre mercantil en el derecho de los Estados Unidos, no se va a encontrar más que de una manera implícita dentro de los mismos precedentes jurisprudenciales, que utilizan los jueces al fallar, y no como una referencia o fuente directa para el desarrollo del derecho comercial.

En los ordenamientos estudiados, podemos sostener que la costumbre es una regla supletoria a la que se presume que los actores del respectivo ordenamiento acudirán con sujeción a cada una de las legislaciones. Pero a la luz de la costumbre mercantil internacional, es ostensible como ésta no está expresamente llamada a intervenir en el

---

<sup>110</sup> Idea tomada de Francisco Reyes Villamizar, *Sociedades Comerciales en Estados Unidos*, 40 y 41 (ed. Ediciones Doctrina y Leyes. Bogotá, 1996)



ordenamiento interno, pero viéndolo desde la perspectiva institucional, son las altas Cortes y las Cámaras de comercio de cada uno de los países en mención los encargados de reivindicar su papel protagónico en el nuevo mundo mercantil que se avecina.<sup>111</sup>

## **7. Documentos internacionales y Cámara de Comercio Internacional**

Una vez inmersos en el ámbito del derecho mercantil internacional, consideramos necesario remitirnos a lo dispuesto sobre la costumbre internacional en tres documentos clave en materia de principios de los contratos privados y una de las convenciones que mayor trascendencia ha tenido en materia de comercio internacional<sup>112</sup>, a saber: Los Principios para los Contratos del Comercio Internacional UNIDROIT (2004), Los Principios Europeos de Derecho de los Contratos de 1998. (Principios Lando), el Código de los Contratos de la Academia Iusprivatista Europea (2002) y La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

Los anteriores instrumentos propician un ambiente adecuado para el desarrollo de los contratos comerciales internacionales, dotándolos de principios, y bases para la

---

<sup>111</sup> Algunos apartes de la investigación a “nivel internacional”, de los países España, Argentina y los Estados Unidos, fueron desarrollados con base en la investigación de Juan Pablo Cardoso Pardo, *La Costumbre Mercantil Internacional, La Contratación Mercantil Internacional y la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional Colombiana. (introducción) Trabajo de Investigación estudiante pregrado Pontificia Universidad Javeriana*. Aún no publicado

<sup>112</sup> Se debe aclarar que existen otros instrumentos que regulan el mundo de los negocios internacionales tales como los ICOTERMS, los E-TERMS, la Convención de New York, la Ley Modelo de Arbitraje, que no fueron tratados en el texto, pues si bien contienen principios, no es este su objetivo principal; sin embargo también son un referente, aunque con la exclusión de los anteriores cuatro no se pretende agotar el tema, pues el desarrollo de los mismos sería objeto de otra investigación.

construcción de los mismos; dentro de la sistematización se encuentran puntos referentes a los usos y prácticas, donde se dispone que las partes estarán obligadas por aquellos usos que conforme a su autonomía de la voluntad han decidido convenir, como se expresa en el siguiente artículo:

*“Art. 1.8. Usos y prácticas.*

*1. Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.*

*2. Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.”<sup>113</sup>*

Igualmente, dentro de los Principios de Derecho europeo de los contratos, se establece que los actores del comercio internacional, quedan sujetos no sólo a lo que ellos hayan convenido aplicar como prácticas a su negocio, sino igualmente quedarán cobijados por todas aquellas prácticas mercantiles que sean reconocidas y generalmente aceptables, salvo en los casos donde la aplicación sea irracional<sup>114</sup>. A saber:

---

<sup>113</sup>Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004 Tomada de: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf> Revisada el 7 de Abril de 2010

<sup>114</sup> Según lo expresa el Artículo 1:302, por “razonable” debe entenderse: “Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera.” Principios de Derecho Europeo de los contratos, *Preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos ; Presidente,* Tomado de : [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:0vei6XA0uvAJ:frontpage.cbs.dk/law/commission\\_o](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:0vei6XA0uvAJ:frontpage.cbs.dk/law/commission_o)

*“Artículo 1:105: Usos y prácticas*

- 1. Las partes quedan sujetas a los usos que hayan aceptado y a las prácticas entre ellas establecidas.*
- 2. Quedan asimismo sujetas a todo uso que cualquier persona en la misma situación consideraría generalmente aplicable, salvo aquellos casos en los que su aplicación no fuera razonable.”<sup>115</sup>*

Finalmente, en un último aparte de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías se corrobora lo anteriormente señalado sobre la obligatoriedad de los usos cuando las partes así lo hayan pactado, sin embargo hace la advertencia que, salvo pacto en contrario, un hecho o uso sólo podrá tener aplicación a un acto jurídico mercantil, cuando las partes hayan o debían haber tenido conocimiento del mismo, además que se trate de una práctica cabalmente reconocida en el mundo comercial.

Así:

*“Artículo 9.*

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

---

[n european contract law/PECL%2520spansk/PrincipioslandoI%2BII.doc+Las+partes+quedan+sujetas+a+los+usos+que+hayan+aceptado+y+a+las+pr%C3%A1cticas+entre+ellas+establecidas&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co](http://www.uncitral.org/uncitral/otherdocs/pecl/pecl_2520spansk/PrincipioslandoI%2BII.doc+Las+partes+quedan+sujetas+a+los+usos+que+hayan+aceptado+y+a+las+pr%C3%A1cticas+entre+ellas+establecidas&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co) Revisada el 7 de Abril de 2010

<sup>115</sup> Principios de Derecho Europeo de los contratos, *Preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos* ; *Presidente,* Tomado de : [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:0vei6XA0uvAJ:frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/PECL%2520spansk/PrincipioslandoI%2BII.doc+Las+partes+quedan+sujetas+a+los+usos+que+hayan+aceptado+y+a+las+pr%C3%A1cticas+entre+ellas+establecidas&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:0vei6XA0uvAJ:frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%2520spansk/PrincipioslandoI%2BII.doc+Las+partes+quedan+sujetas+a+los+usos+que+hayan+aceptado+y+a+las+pr%C3%A1cticas+entre+ellas+establecidas&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co) Revisada el 7 de Abril de 2010

*2. Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.”<sup>116</sup>*

Al ver que los “usos” y “prácticas” son conceptos preponderantes en los documentos internacionales anteriormente citados, sabemos que los mismos son elementos relevantes en cuanto a las relaciones internacionales, pues en la medida en que se vayan incorporando a dichas relaciones, los sujetos pueden concordar uniformemente la relación jurídica, llegando a una consonancia en la aplicación o interpretación de tales usos y prácticas. Los “usos” y las “prácticas” no son más que parámetros ideales, a los que se acude para lograr un mejor nexo jurídico a nivel negocial, para que ante la carencia de normativa mercantil, se dote de fuerza a la adopción de éstos.<sup>117</sup>

Puesto en contexto lo que evocan las partes del mundo internacional de los negocios, y teniendo en cuenta los documentos a nivel internacional, empezaremos a dar un pequeño recorrido sobre cómo ha actuado la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en cuanto al tema en discusión, bajo el entendido que es ésta la institución internacional que en la práctica ha dedicado gran cantidad de esfuerzos al tema de la costumbre internacional.

---

<sup>116</sup> La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, Tomado de: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf> Revisado el 7 de Abril de 2010

<sup>117</sup> Idea tomada de: José Alejandro Bonivento Fernández, *Los principales contratos civiles y comerciales*, II, 510 (ed. Librería Ediciones del Profesor Ltda., octava edición. Bogotá, 2009)

Teniendo en cuenta que la Cámara de Comercio Internacional<sup>118</sup>, es la organización más importante en relación al comercio internacional en lo que tiene que ver con la actividad empresarial, nos remitimos a sus fallos y precedentes arbitrales, determinando si acoge o se remonta a la costumbre internacional como fuente de derecho para solucionar conflictos comerciales, o si por el contrario se aparta de ella.

Debido a la importancia de la Cámara de Comercio Internacional en materia de costumbre internacional, tal institución se convierte en referente obligado para el tema, por lo cual en relación con el tratamiento de esta costumbre, se encontró la investigación de GRANDE, Profesora de la Universidad Austral de Argentina, en la que se desarrolla la cuestión de manera exhaustiva, el que acogimos como referente por los resultados que arroja.

---

<sup>118</sup> “La Cámara de Comercio Internacional es la **organización empresarial que representa mundialmente intereses empresariales**. Se constituyó en París en 1919 y continúa teniendo su sede social en la capital francesa.

“Tiene personalidad propia y su naturaleza jurídica es asociativa. Sus fines estatutarios básicos son actuar a favor de un sistema de comercio e inversiones abierto y crear instrumentos que lo faciliten, con la firme convicción de que las relaciones económicas internacionales conducen a una prosperidad general y a la paz entre los países.

(...) Dentro de su actividad creando instrumentos que faciliten el comercio y las inversiones internacionales, destacan la Corte Internacional de Arbitraje, la recopilación y actualización de usos comerciales internacionales (Incoterms, Reglas y Usos uniformes relativos a los créditos documentarios, etc.) y la elaboración de reglas y códigos de conducta sobre muchos aspectos de la actividad empresarial internacional (Carta de las Empresas para un Desarrollo Sostenido, Código de prácticas legales en publicidad, Código de buenas prácticas para la elaboración de estudios de mercado, Reglas contra la extorsión y el cohecho en las transacciones internacionales, Guía para el comercio electrónico, etc.)”.

Tomado de: ICC Cámara de Comercio Internacional  
[http://www.iccspain.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=47:la-camara-de-comercio-internacional-icc&Itemid=54](http://www.iccspain.org/index.php?option=com_content&view=article&id=47:la-camara-de-comercio-internacional-icc&Itemid=54). Revisada 10 de Febrero de 2010 5: 34 pm

Así las cosas, debemos mirar el interrogante que se da en el derecho internacional que es, si en realidad existe, un ordenamiento regulador trasnacional (*lex mercatoria*) que permita ser aplicado a controversias surgidas de un ámbito internacional, y si dicha *lex mercatoria* es utilizada por los árbitros de una forma relevante de acuerdo a las normas de la CCI.

En este orden de ideas, para los doctrinantes existen varias posiciones respecto del juego de la *lex mercatoria* en el mundo internacional de los negocios. Para algunos “(...) la *lex mercatoria* está constituida por los principios del derecho, comunes a las naciones involucradas en el comercio internacional y por los usos del comercio internacional. GOLDMAN considera a la *lex mercatoria* un sistema de derecho, porque está formada por reglas de derecho, aún a pesar de que ese sistema se encuentre incompleto y no resulte enteramente autosuficiente.”<sup>119</sup> MUSTILL, citado por la profesora GRANDE, considera que aún no hay un ordenamiento internacional tan poderoso o fuerte que pueda someter a la comunidad internacional de negocios a un solo ordenamiento trasnacional, pues al no ser autónomo (el ordenamiento) no se puede imponer a los tribunales nacionales.

Pero una de las posiciones intermedias es la que desarrolla GAILLARD cuando explica que la “(...) *lex mercatoria* es utilizada en forma genérica, - tanto por defensores como por

---

<sup>119</sup> Silvana Grande, *La lex mercatoria en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional*, 204 < <http://biblioteca.unisabana.edu.co/ojs/index.php/dikaion/article/viewFile/1402/1539> Revisada 15 Marzo 2010

detractores, ya sea en el ámbito académico como en la práctica del arbitraje, - para denominar a todas las reglas que no pertenecen a una jurisdicción nacional determinada”.<sup>120</sup>

Debemos decir que “(...) Los tribunales arbitrales no son permanentes ni se encuentran jerárquicamente estructurados como los tribunales nacionales; por ello, los precedentes arbitrales no pueden aspirar al mismo grado de consistencia que los de un tribunal nacional. Si desde el punto de vista de la predicción de las reglas aplicables el ideal es un derecho nacional, como lo aplica un tribunal nacional, no hay duda de que los tribunales arbitrales ofrecen menos grado de predicción y certeza. Pero en el contexto del derecho internacional, el autor estima que la pregunta relevante es si los árbitros internacionales, cuando deciden un caso con fundamento en los principios generales del derecho del comercio internacional, son significativamente menos predecibles que los árbitros internacionales que aplican un derecho nacional, o incluso que un tribunal nacional que resuelve sobre la base de un derecho que no es la *lex fori*”.<sup>121</sup>

Así, es necesario indagar, qué tan relevante es la aplicación de la *lex mercatoria* para los árbitros internacionales y bajo cuáles fundamentos se rigen ellos para escoger el derecho aplicable con miras a dar solución a los conflictos. La profesora GRANDE en su investigación de laudos de la Cámara de Comercio Internacional, explica que se basó en laudos escogidos desde el año 1974 al 2000, pues son éstos los que se encuentran en la

---

<sup>120</sup> Silvana Grande, *La lex mercatoria en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional*, 209 < <http://biblioteca.unisabana.edu.co/ojs/index.php/dikaion/article/viewFile/1402/1539> Revisada 15 Marzo 2010

<sup>121</sup> Silvana Grande, *La lex mercatoria en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional*, 211 < <http://biblioteca.unisabana.edu.co/ojs/index.php/dikaion/article/viewFile/1402/1539> Revisada 15 Marzo 2010

colección de laudos de la CCI y de los cuales sólo se publican extractos para mantener en anonimato a las partes que fueron sujetos del conflicto. El estudio en mención reza:

GRANDE realiza una preselección de la colección de laudos de la CCI, y esa preselección está encaminada a escoger las sentencias arbitrales que se refieren a la *lex mercatoria*, que suman cuarenta y cinco pronunciamientos, de los cuales dieciséis sentencias hacen referencia expresa a la *lex mercatoria*, y de estas son once las que se profieren a favor de la *lex mercatoria* y cinco se aparten de ella.<sup>122</sup>

Así reseñado lo anterior, la profesora GRANDE concluye que no se puede exponer que la *lex mercatoria* sea el derecho aplicable para dirimir controversias en cuanto al comercio internacional se refiere, pues la cantidad de laudos en los cuales se toma exclusivamente es muy bajo; esta aplicación es proporcional a la cantidad de laudos que toman la *lex* y a otras fuentes a la vez como son los principios generales de derecho entre otros, y esto se podría dar gracias a que la *lex* no genera la misma predecibilidad y seguridad, generando que los árbitros busquen aplicarla conjuntamente con otras fuentes de renombre para evitar la invalidez por parte de las jurisdicciones nacionales en el momento de su cumplimiento.<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> Idea tomada de: Silvana Grande, *La lex mercatoria en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional*, 213 < <http://biblioteca.unisabana.edu.co/ojs/index.php/dikaion/article/viewFile/1402/1539>  
Revisada 15 Marzo 2010

<sup>123</sup> Idea tomada de: Silvana Grande, *La lex mercatoria en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional*, 214-215 < <http://biblioteca.unisabana.edu.co/ojs/index.php/dikaion/article/viewFile/1402/1539>  
Revisada 15 Marzo 2010



“(…) Podríamos decir que no existe un peligro real de que los árbitros, por vía de la aplicación de la *lex mercatoria*, otorguen al principio de autonomía de la voluntad de las partes, un alcance tal que los obligue a abandonar la búsqueda del derecho doméstico aplicable. La proporción de casos que eligen la *lex* como único derecho aplicable (8,8% de los laudos relevantes) muestra que la *lex* no ha desplazado a los derechos nacionales como reguladores de los casos. Esto está incluso corroborado por la cantidad de casos que aplican la *lex* supletoriamente a un derecho local”.<sup>124</sup>

Dentro de esta investigación se encuentran tres momentos para la *lex mercatoria*, donde se resume el tratamiento de ésta, casi durante tres décadas comenzando en el año 1974 y concluyendo en el 2000. Desde el inicio de la Colección hasta los años ochenta la *lex* es ignorada de manera predominante, pero cuando excepcionalmente se la aplica, lo es a título exclusivo.<sup>125</sup>

En la década de los años ochenta se rechaza expresamente la aplicación de la *lex* o se la aplica en forma conjunta o supletoria a otras fuentes. Y finalmente, en los años noventas la censura que se le da a la *lex* de los años anteriores parece diluirse<sup>126</sup>, “(…) por obra de la adopción de los principios Unidroit, la vigencia de la Convención de Roma de 1980 sobre

---

<sup>124</sup> Silvana Grande, *La lex mercatoria en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional*, 216 < <http://biblioteca.unisabana.edu.co/ojs/index.php/dikaion/article/viewFile/1402/1539> Revisada 15 Marzo 2010

<sup>125</sup> Idea tomada de: Silvana Grande, *La lex mercatoria en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional*, 217 < <http://biblioteca.unisabana.edu.co/ojs/index.php/dikaion/article/viewFile/1402/1539> Revisada 15 Marzo 2010

<sup>126</sup> Idea tomada de: Silvana Grande, *La lex mercatoria en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional*, 216 < <http://biblioteca.unisabana.edu.co/ojs/index.php/dikaion/article/viewFile/1402/1539> Revisada 15 Marzo 2010

derecho aplicable a las obligaciones contractuales (aceptada como regla universal), o la asimilación del concepto de *lex* a los usos y las costumbres, todo lo cual es fácilmente aceptado por las jurisdicciones nacionales. Esta tendencia parece indicar que predominará la aplicación de la *lex* en forma conjunta o supletoria de otras fuentes, especialmente con los principios Unidroit que se perfilan como su principal competidor”.<sup>127</sup>

GRANDE vislumbra la evolución de la *lex mercatoria* a lo largo de desarrollo del derecho comercial internacional en sede de la CCI. Según el análisis de la anterior investigación, la *lex mercatoria* no puede sobrepasar los límites del Derecho Nacional, es decir, que la autonomía de la voluntad de las partes no es prioritaria al ser adoptada como mecanismo para disipar conflictos pues, por el contrario, es ésta quien pasa a un segundo plano para abordar el derecho doméstico como principal fuente.

Es de mencionar, que de acuerdo con los resultados arrojados por el estudio de GRANDE, la evocación de la *lex mercatoria* es escasa, por lo que se podría llevar a pensar que ésta no puede considerarse una fuente aplicable a la solución de controversias que surjan entre los Estados parte, en virtud del comercio internacional. De ahí que pensar en una *lex mercatoria* por encima de los derechos nacionales para hacer frente a estos conflictos, puede resultar inocua por lo que debe acompañarse de herramientas de derecho internas, para que adquiriera un papel más relevante.

---

<sup>127</sup> Silvana Grande, *La lex mercatoria en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional*, 217 < <http://biblioteca.unisabana.edu.co/ojs/index.php/dikaion/article/viewFile/1402/1539> Revisada 15 Marzo 2010

Es por tanto que la evolución de que trata GRANDE en las décadas de los ochentas y noventas, nos permite inferir que el progreso o avance que pueda llegar a tener la costumbre internacional como fuente de derecho internacional, es leve; pues hay principios rectores de derecho sobre los cuales no se puede pactar en contrario, como lo es un ordenamiento doméstico, al no ser que dicha costumbre haya sido acogida por el derecho interno; por tanto los árbitros internacionales siempre se abstendrán de fallar en concordancia a ésta, por no contar con la seguridad jurídica que ello requiere.

Trayendo a colación lo que respecta a nuestro proyecto, como lo son los ordenamientos y los tratados internacionales, o en si la doctrina respecto de la costumbre internacional, es cada vez más claro que la costumbre internacional está llamada a ser una de las principales fuentes de derecho y se pone en evidencia, en cuanto al tratamiento que le da la CCI, que es un organismo internacional de derecho mercantil que la aplica de manera conjunta o supletoria del derecho nacional, es decir que reafirma el análisis realizado en los diferentes apartes de nuestro estudio, en cuanto es una instrumento subsidiario de derecho comercial internacional, que no ha podido avanzar mucho debido a razones de derecho interno de cada país, pero que sigue en búsqueda de esa aplicación principal como fuente dentro del derecho mercantil internacional.

## 8. Una posible solución al problema

Al ser el objeto de esta investigación el estudio sobre el tratamiento de la doctrina, tratados, legislación, entre otros, respecto de la costumbre mercantil internacional, llegamos a una construcción estructurada del problema jurídico, para así plantear una posible solución que pueda ser utilizada en el mundo jurídico.

Como vimos durante todo el desarrollo de nuestro estudio, la costumbre internacional es bastante renuente a la aplicación en los diferentes ámbitos que se desarrollaron en nuestro proyecto, por no poseer en sí misma un mecanismo adecuado para que las naciones o las mismas partes en conflicto, la puedan apropiarse como instrumento al momento de dirimir las controversias.

Por lo tanto, en nuestra opinión, lo más pertinente podría ser acudir a la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (UNCITRAL), por ser el organismo encargado de la armonización y unificación del derecho mercantil internacional, ya que dentro de sus funciones se encuentran “(...) la preparación o el fomento de la aprobación de nuevas convenciones internacionales, leyes modelo y leyes uniformes, así como el fomento de la codificación y una aceptación más amplia de las condiciones, disposiciones, costumbres y prácticas comerciales internacionales”.<sup>128</sup> Así las cosas,

---

<sup>128</sup> UNCITRAL.org, *La guía de la CNUDMI, Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*

estimamos que el medio adecuado para que los sujetos de derecho mercantil puedan acudir a la costumbre mercantil internacional, sería a través de la creación de una “Ley Modelo sobre la aplicación de la costumbre internacional” por parte de la UNCITRAL, dedicada a facilitar los procedimientos del derecho internacional, por medio de un grupo de trabajo que recopile la costumbre mercantil internacional, apoyada en organismos internacionales como la Cámara de Comercio Internacional, creando parámetros plasmados en dicha ley modelo, para que la misma se convierta en fuente de derecho verdaderamente aplicable a los contratos celebrados por los agentes comerciales.

Creemos que es conveniente presentar a la UNCITRAL como la mejor solución al problema, en primer término porque frente a otro tipo de documentos internacionales como lo son: La Convención de Viena, Unidroit, Principios Lando, etc., los mismos no tienen la misma vocación de vinculación que sí podría tener una ley modelo proferida por la UNCITRAL. Nos inclinamos hacia la escogencia de una ley modelo, pues la consideramos como la herramienta más viable desde el punto de vista práctico, porque mediante dicha ley se lograría la elaboración de una norma respaldada por una institución como la UNCITRAL, con lo cual, si bien su adopción no sería obligatoria por parte de los Estados, sí gozaría de una reputación que en el mediano o largo plazo haría casi obligatoria su incorporación a los derechos internos de los países interesados en incrementar el comercio

internacional.<sup>129</sup> A pesar de que la ley modelo se encuentra bajo una estructura de *soft law*, creemos firmemente que dicha herramienta tendría una adopción más fácil, desde el punto de vista práctico, puesto que la negociación de una convención, instrumento de *hard law*, aunque éste implicaría un poder vinculante mayor, sería demasiado engorrosa y, probablemente, no se podría obtener ningún resultado satisfactorio después del mencionado proceso de negociación. Y en segundo término, porque debemos decir que la UNCITRAL es un apéndice del Sistema de Organizaciones de Naciones Unidas, creada por la Asamblea de la ONU, al reconocer las diferencias existentes entre las leyes nacionales que regían el comercio internacional, lo que se traducía y traduce en obstáculos para ese comercio; entonces, se pensó que la Organización de las Naciones Unidas podría desempeñar un papel más activo en la reducción o eliminación de esos obstáculos mediante dicha comisión, en pro de fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional. Desde entonces, la Comisión se ha convertido en el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en ese ámbito,<sup>130</sup> y, por tanto, creemos que es la indicada para llegar a fabricar una ley modelo sobre la aplicación de la costumbre mercantil internacional.

La UNCITRAL en diferentes acápites hace referencia a la costumbre o a los usos del comercio, como ocurre en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de

---

<sup>129</sup> Ideas tomadas de UNCITRAL.org, *La guía de la CNUDMI, Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* [http://www.uncitral.org/pdf/uncitral/spanish/texts/general/06-58167\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/uncitral/spanish/texts/general/06-58167_Ebook.pdf). Revisada el 6 de Abril de 2010

<sup>130</sup> Tomado de: UNCITRAL.org, *Origen, Mandato y composición de la UNCITRAL* <<http://www.uncitral.org/uncitral/es/about/origin.html><http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html>> Revisada el 7 de Abril de 2010

transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo<sup>131</sup>, o también en el aparte del documento de “Un derecho moderno para un comercio globalizado”, donde indica que la doctrina ha venido aceptando que los árbitros y jueces fallen respecto de los usos y prácticas contractuales casi de manera obligatoria<sup>132</sup>; también se puede ver que el grupo de trabajo número dos en los años 1981 al 2000 y sobre las prácticas contractuales internacionales en su informe número 34, se refirió a que “(...) El cedente y el cesionario quedarán obligados por los usos del comercio en que hayan convenido y, salvo acuerdo en contrario, por las prácticas establecidos en ellos”<sup>133</sup>, entre otros. Aunque existan ciertas referencias a los usos o prácticas o a la misma costumbre dentro de diferentes textos de la UNCITRAL, no existe una ley modelo ni ningún documento de la UNCITRAL que permita recopilar o ilustrar, sencillamente, el manejo de la costumbre internacional en el campo comercial, de manera que se imprima relevancia sustancial en su admisión convencional.

---

<sup>131</sup> UNCITRAL.gov, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 34º período de sesiones 25 de junio a 13 de julio de 2001 Asamblea General Documentos Oficiales* <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V01/861/09/PDF/V0186109.pdf?OpenElement>> Revisada el 7 de Abril de 2010

<sup>132</sup> “(...) necesidades del comercio internacional, que no es exactamente lo mismo que los comerciantes, desde que los llamados “objetivos comunes” o, para otros, el “interés general”, y aún, el orden público, son límites que no aparecen cuando lo único que cuenta es la autonomía de las partes. Esta, sin embargo, aún en presencia de una Convención como la de Venta del 80, podría actuar para excluir su aplicación (art. 9-2), para remitirse a ciertos usos conocidos y regularmente aplicados.

“Del modo antes indicado se advierte una flexibilidad propia de la comunidad internacional de los comerciantes, lo que ha permitido a la doctrina reconocer tales usos y su práctica contractual como una normatividad que los jueces y árbitros tomarán obligatoria.” UNCITRAL.org, *Un derecho moderno para un comercio globalizado*, Congreso en celebración del 40 período de sesiones anual de la CNUDMI Viena, 9 a 12 de julio 2007, 7 <<http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Operti.pdf>> Revisada el 7 de Abril de 2010

<sup>133</sup> UNCITRAL.org, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 34º período de sesiones 25 de junio a 13 de julio de 2001 Asamblea General Documentos Oficiales* <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V01/861/09/PDF/V0186109.pdf?OpenElement>> Revisada el 7 de Abril de 2010

Por lo anterior, la solución por nosotras propuesta está guiada a crear una ley modelo que desarrolle a nivel de derecho mercantil internacional el tema de la costumbre internacional en cuanto a su tratamiento dentro de los actos jurídicos y el carácter de universalidad del concepto de la misma en el ámbito jurídico mercantil. Creemos que el instrumento adecuado es una ley modelo y no cualquiera otro de los instrumentos que utiliza la UNCITRAL, porque las leyes modelo son un arquetipo de texto legal preparado para que los legisladores consideren la conveniencia de incorporarlo a su legislación interna.<sup>134</sup> En efecto, las guías legislativas sólo ayudan a establecer marcos jurídicos eficientes para resolver dificultades comerciales, pero están dirigidas a órganos o autoridades legislativas de los países que busquen crear una norma legal. Así, las guías legislativas de la UNCITRAL configuran un asesoramiento cuyo objetivo es conciliar la necesidad de una solución jurídica evaluada bajo la mejor óptica, de manera que las mismas se adapten al ordenamiento jurídico de cada país,<sup>135</sup> es decir, que son instrucciones para la redacción de normas internas. Por tanto, a nuestro modo de ver, resulta más adecuado inclinarnos por el desarrollo de una ley modelo, de manera que lo propuesto por ella se incorpore de manera textual a la gran mayoría de ordenamientos internos, lo cual facilitaría la uniformidad de prácticas comerciales, que traería consigo una enorme seguridad jurídica, eliminando gran cantidad de vacíos legales y logrando la universalidad del derecho mercantil internacional en cuanto a la aplicación e interpretación, siempre bajo los parámetros, de la costumbre

---

<sup>134</sup> Idea tomada de: UNCITRAL.org, [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts\\_faq.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts_faq.html) Revisada el 7 de Abril de 2010

<sup>135</sup> Idea tomada de: Idea tomada de: UNCITRAL.org, *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia 2004*, <[http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/insolvency/2004Guide.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html)> Revisada el 7 de Abril de 2010



internacional mercantil como fuente primordial de los negocios internacionales. Creemos que así se lograrían los objetivos de una máxima eficiencia, agilización de trámites y reducción de requisitos excesivos en el entendimiento negocial internacional.

#### **IV. CONCLUSIONES**

Una vez examinado el tratamiento de la costumbre internacional en el ordenamiento jurídico colombiano y en otros ordenamientos, podemos concluir lo siguiente:

- En Colombia es muy remota la posibilidad de entrar a aplicar la costumbre internacional en materia de contratos, puesto que ocupa un nivel jerárquico inferior respecto de las demás costumbres (local, nacional y extranjera) y, por lo tanto, es muy remoto que pueda considerarse como fuente autónoma vinculante a las partes.

-El Código de Comercio Colombiano establece que “podrán utilizarse” costumbres internacionales cuando a falta de la ley comercial, las estipulaciones de los contratos, las costumbres y las reglas de la legislación civil resulten insuficientes; por lo tanto, éstas sólo entran a operar como último recurso en los negocios mercantiles.

-Si bien se están logrando avances en asuntos de unificación y armonización en el ámbito internacional por parte del ordenamiento jurídico colombiano, donde la costumbre internacional puede entrar a jugar un papel importante, aún el desarrollo de ésta no alcanza su punto culmen para regir con gran poder en el ámbito de los contratos internacionales como fuente obligatoria de derecho internacional comercial.

-Las Altas Cortes de nuestro país (Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional), reconocen la importancia de la costumbre como un elemento constitutivo de la cultura de

un pueblo, dando lugar a reglas de comportamiento que tengan connotación de normas jurídicas, llevando a estructurar el ordenamiento nacional; sin embargo, hay que resaltar que en materia de costumbre internacional los pronunciamientos han sido casi nulos y no permiten fijar una posición clara sobre su fuerza en el ordenamiento jurídico colombiano.

-Por regla general, en los Tratados Internacionales en los cuales se hace una invocación expresa de la costumbre internacional, aunque no haya ninguna mención expresa de la jerarquía de la costumbre dentro de estos, ni tampoco su carácter vinculante para las partes; sí se hace, generalmente, referencia expresa a ésta como un principio o criterio que debe existir en cualquier relación que se desarrolle en los tratados estudiados. Por lo tanto, los Estados partes deben respetarla por estar incluidos en un instrumento internacional de obligatorio cumplimiento.

-En torno a las decisiones arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional, se puede decir que hay una constante aplicación de usos, costumbres, y también reconocimiento de principios generales del comercio, que se encuentran plasmados en instrumentos internacionales. Ya que dichos principios se derivan de derechos locales, esto nos lleva a pensar que no hay un derecho autónomo que represente el derecho comercial internacional como tal. En este orden de ideas, el derecho internacional comercial, al estar conformado por los usos y costumbres y derecho doméstico, aún no puede ser desligado totalmente de la necesaria referencia a los derechos nacionales de las partes involucradas.

- En materia de otros ordenamientos jurídicos, y tomando como puntos de referencia el Derecho Continental Europeo, en el caso concreto Español, y el Derecho Latinoamericano, concretamente en el caso de Argentina, es claro que el papel de la costumbre internacional respecto de estos ordenamientos es interpretativo cuando la misma se utiliza para interpretar ambigüedades contractuales, e integrador cuando suple la omisión de estipulaciones contractuales.

-Analizando la investigación en términos generales, se puede inferir cómo la costumbre internacional comercial está en un constante desarrollo, y aunque las grandes coyunturas internacionales no le han permitido ser parte obligatoria del tráfico mercantil, son una puerta para que ésta llegue a configurarse como fuente de las relaciones mercantiles. Así las cosas, el tema de la costumbre internacional está prácticamente inexplorado en nuestro ordenamiento, de manera que puede y debe ser estudiado con mucha profundidad y dedicación, pues la globalización de la economía está llevando a que el derecho deba adaptarse a la realidad de los negocios hoy en día, y a las exigencias que el comercio internacional presenta, para que el derecho comercial sirva como verdadera herramienta de justicia y orden para los comerciantes y para la sociedad en general.

- La conclusión a la que pudimos llegar luego de realizar este arduo trabajo de investigación, es formular la propuesta de acudir a un organismo internacional como la UNCITRAL, para por medio de ésta llegar a una armonización y unificación de la costumbre mercantil internacional, mediante una “Ley Modelo”, que permita a las partes del comercio internacional acudir a ésta como fuente primordial, para la consecución de los

fines que el mercado actualmente exige, permitiendo, por un lado, mayor certeza para los agentes del mercado a la hora de realizar sus transacciones, contando con una base sólida a la que podrán acudir cuando en el desarrollo de las mismas surjan controversias y, de otra forma, se conseguirá la unificación de la legislación mercantil a nivel internacional, generando eficacia en la resolución de conflictos y armonización en la contratación, en el nuevo mundo de los negocios internacionales.

- Consideramos que el Estado del Arte en Colombia de la costumbre mercantil internacional, después de haber revisado la cuestión desde las diferentes fuentes del ordenamiento jurídico, está destinada a unificarse paulatinamente a nivel internacional, logrando seguridad jurídica en cuanto al derecho comercial internacional se refiere, pues la costumbre no es más que la forma de expresión del conglomerado social a través de conductas reiteras y generales, que finalmente es lo que le impone el parámetro al tráfico mercantil, por tanto su camino está en la búsqueda de la unificación en su constante devenir.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Libros y Escritos**

Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Chile, aprobado por medio de la Ley 1189 de 2008 Abril 28, publicado en DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIII. N. 46974. 28, ABRIL, 2008. PAG. 66.

Acuerdo de Libre Comercio entre El Salvador, Guatemala y Honduras y la República de Colombia del 9 de Agosto de 2007, aprobado mediante Ley 1241 de 2008.

Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Chile, aprobado por medio de la Ley 1189 de 2008 Abril 28, publicado en DIARIO OFICIAL. AÑO CXLIII. N. 46974. 28, ABRIL, 2008. PAG. 66.

Alfonso Luis Calvo Caravaca & Jorge Oviedo Albán, *La Nueva Lex Mercatoria y Contratos Internacionales, Colección Derecho Privado y Globalización* (ed. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2006)

Alfredo Rocco, *Principios de Derecho Mercantil*, X (ed. Editora Nacional)

Ameal Bravo, *Apuntes de Civil (Parte General)*  
<<http://www.alipso.com/monografias/fuentes2/>,> agregado el 2 de Octubre de 2002,  
Revisado el 7 de Abril de 2010

David René, “*Le Droit Comparé, droits d’hier, droits de demain*”, 35 N°3 (1983)

Doricela Mabarak, *Fuentes jurídicas del comercio internacional*, Centro de Investigación Jurídica tomado de: <http://www.offixfiscal.com.mx/comext/0010.htm>  
Revisado Agosto 2009

Francisco Geny, *Método de Interpretación y Fuentes en el Derecho Privado Positivo*, II (ed. Reus, Madrid 1925)

Francisco Reyes Villamizar, *Sociedades Comerciales en Estados Unidos* (ed. Ediciones Doctrina y Leyes. Bogotá, 1996)

Gamal Mohammant Atchan Rubiano, *Ensayos sobre Costumbre Mercantil* (Ed. Kimpres Ltda. Noviembre, 2009)

Gabino Pinzón, *Introducción al Derecho Comercial III*, Refundida y Actualizada con la Colaboración de Jorge Pinzón Sánchez (ed. Temis. Bogotá, 1985)

iEspaña, Centro de Investigación Jurídica, *Algunos alcances sobre el Método Dogmático en la Investigación Jurídica* tomado de : <http://essentiaiuris.iespana.es/b3-metodo.htm> revisado en Septiembre de 2009

ICC Cámara de Comercio Internacional  
[http://www.iccspain.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=47:la-camara-de-comercio-internacional-icc&Itemid=54](http://www.iccspain.org/index.php?option=com_content&view=article&id=47:la-camara-de-comercio-internacional-icc&Itemid=54). Revisada 10 de Febrero de 2010 5: 34 pm

José Alejandro Bonivento Fernández, *Los principales contratos civiles y comerciales*, II (ed. Librería Ediciones del Profesor Ltda, octava edición. Bogotá, 2009)

Jorge Oviedo Albán,(coordinador), *Derecho Comercial del Siglo XXI, La costumbre en el derecho privado*, 34 (ed. Temis, Bogotá, 2008)

Jorge Oviedo Albán, *Regulación del Contrato de Compraventa Internacional* (ed. Ibáñez. Bogotá, 2008)

Jorge Oviedo Albán, *Los usos y costumbres en el derecho mercantil contemporáneo*  
<http://cisg.tij.uia.mx/oviedo1.html> Revisada Agosto 2009.

Jorge Oviedo Albán, *Los Usos y Costumbres en el Derecho Privado Contemporáneo* <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html#1>> Revisada Octubre 2009.

José Gabino Pinzón, *Derecho Comercial*, I (ed. Temis, Bogotá, 1957)

Juan N. Rodríguez de S. Miguel, *Pandectas Hispano-Megicanas, Código General de Leyes Generales, útiles y vivas de 7 partidas*. Tomado de: [http://books.google.com.co/books?id=iZmvAAAAMAAJ&pg=PA669&lpg=PA669&dq=cosa+que+nasce+de+aquellas+cosas+que+hombre+dize+e+faze,+e+sigue+continuadamente,+por+gran+tiempo+e+sin+embargo+ninguno&source=bl&ots=K1IUzsomhE&sig=LqMB7MkE7ju00tVlo8AnMNVh44A&hl=es&ei=eoGOS7uZGo-h8Aauxsz\\_DA&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CAgQ6AEwAA#v=onepage&q=cosa%20que%20nasce%20de%20aquellas%20cosas%20que%20hombre%20dize%20e%20faze%2C%20e%20sigue%20continuadamente%2C%20por%20gran%20tiempo%20e%20sin%20embargo%20ninguno&f=false](http://books.google.com.co/books?id=iZmvAAAAMAAJ&pg=PA669&lpg=PA669&dq=cosa+que+nasce+de+aquellas+cosas+que+hombre+dize+e+faze,+e+sigue+continuadamente,+por+gran+tiempo+e+sin+embargo+ninguno&source=bl&ots=K1IUzsomhE&sig=LqMB7MkE7ju00tVlo8AnMNVh44A&hl=es&ei=eoGOS7uZGo-h8Aauxsz_DA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CAgQ6AEwAA#v=onepage&q=cosa%20que%20nasce%20de%20aquellas%20cosas%20que%20hombre%20dize%20e%20faze%2C%20e%20sigue%20continuadamente%2C%20por%20gran%20tiempo%20e%20sin%20embargo%20ninguno&f=false) Revisado el 3 Marzo de 2009

Juan Pablo Cardoso Pardo, *La Costumbre Mercantil Internacional, La Contratación Mercantil Internacional y la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional Colombiana. (introducción) Trabajo de Investigación estudiante pregrado Pontificia Universidad Javeriana*. Aún no publicado

Julio Atehortúa Ochoa, *Valor de la Costumbre Mercantil en el Derecho Colombiano, perspectivas y desarrollo*. Seminario Taller “La Costumbre Mercantil” Cámara de Comercio de Bogotá (Bogotá, Mayo 11 de 2007)

Lucía Millán Moro, *La Opinio Iuris en el Derecho Internacional Contemporáneo* (Ed. Centro de Estudios Ramón Arces S.A, 1990)



Luiz Olavo Baptista & Anibal Sierralta Rios, *Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional*”, III, (ed. Temis) <[http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN\\_ID1490751\\_code1327823.pdf?abstractid=1490751&mirid=1](http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1490751_code1327823.pdf?abstractid=1490751&mirid=1)>Revisada Febrero 2009

Leonardo Espinosa Quintero *El “Elemento Internacional” en materia de contratación, en el actual sistema jurídico colombiano. contribución para su discusión*, Ponencia de Clausura, I Seminario de Derecho de los Contratos Internacionales de la Universidad Sergio Arboleda(Universidad Sergio Arboleda)

Luis Alfonso Calvo Caravaca y Javier Carrascosa Gonzalez y otros, *Derecho Internacional Privado*, I, 43 (Granada 2000)

Pablo Largacha Escallón & Juan Antonio Rodríguez Flórez, *La Función Probatoria de la Costumbre Mercantil asignada a las cámaras de comercio*, Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana (Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1989)

Ramón E. Madriñan De La Torre, *La Costumbre Comercial* Tesis presentada a la Pontificia Universidad Javeriana para optar al título de doctor en Ciencias Jurídicas (Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1962)

Ramón Madriñan De La Torre, *Principios de derecho comercial*, IX (ed. Temis. Bogotá, 2004)

Reuter, P, *Principes de Droit International Public, en Recueil des Cours* ACDI (1961)

Ramón E. Madriñan De La Torre, *La Costumbre Mercantil en los Principios sobre Contratos Comerciales Compilados por Unidroit. homenaje académico de la vida y obra*

del Doctor José Gabino Pinzón. Universitas Ciencias Jurídicas y Económicas (Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2000)

Revista Cámara de Comercio de Cúcuta, 7 (N° 40, 2008) tomado de :<  
[www.cccucuta.org.co/.../1REVISTA%20CAMARA%20DE%20COMERCIO%20No.40.pdf](http://www.cccucuta.org.co/.../1REVISTA%20CAMARA%20DE%20COMERCIO%20No.40.pdf)  
>

Samuelson Nordhaus, *Economía*, XVIII (ed. Mc Graw –Hill Interamericana. Mexico, 2006)

Sergio Le Pera, *Common Law y Lex Mercatoria* (ed. Astrea. Buenos Aires, 1988)

Silvana Grande, *La lex mercatoria en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional*, 204 <

<http://biblioteca.unisabana.edu.co/ojs/index.php/dikaion/article/viewFile/1402/1539>

Revisada 15 Marzo 2010

Tullio Ascarelli, *Introducción al derecho comercial* (ed. Ediar S.A. Buenos Aires, 1947)

Tratado de Montevideo de 1.980, aprobado mediante Ley No. 45 de 1981, entrado de vigor 20 de Agosto de 1981.

UNCITRAL.org, *La guía de la CNUDMI, Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*  
[http://www.uncitral.org/pdf/uncitral/spanish/texts/general/06-58167\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/uncitral/spanish/texts/general/06-58167_Ebook.pdf) Revisada

el 6 de Abril de 2010

UNCITRAL.org, *Un derecho moderno para un comercio globalizado*, Congreso en celebración del 40 período de sesiones anual de la CNUDMI Viena, 9 a 12 de julio 2007, 7 <<http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Opertti.pdf>> Revisada el 7 de Abril de 2010

UNCITRAL.org, *Convenio de las Naciones Unidas sobre transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo (en adelante el Convenio)*. Prof. Dr. Ricardo Sandoval López <[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam\\_rules/Sandoval-analysis.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam_rules/Sandoval-analysis.pdf)> Revisado el 7 de Abril de 2010

UNCITRAL.org, *Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 34º período de sesiones 25 de junio a 13 de julio de 2001* Asamblea General Documentos Oficiales <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V01/861/09/PDF/V0186109.pdf?OpenElement>> Revisada el 7 de Abril de 2010

UNCITRAL.org, *Guía legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia 2004*, <[http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/insolvency/2004Guide.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html)> Revisada el 7 de Abril de 2010

UNCITRAL.org, *Origen, Mandato y composición de la UNCITRAL* <<http://www.uncitral.org/uncitral/es/about/origin.html><http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html>> Revisada el 7 de Abril de 2010

## **Jurisprudencia**

JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- Sentencia de la Sala de Casación Civil, del 27 de Julio de 2001, expediente 5860  
Magistrado Ponente Jorge Antonio Castillo Rugeles
- Sentencia de la Sala de Casación Civil, del 15 de Agosto del 2008, expediente 2001 3103 003 2003 00067 01 Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena
- Sentencia del 25 de Marzo de 1998
- Sentencia de la Sala de Casación Civil, del 30 de Agosto de 2001 expediente 5791 Magistrado Ponente Nicolás Bechara Simancas
- Sentencia de la Sala de Casación Civil, del 27 de Marzo de 1998 expediente 4798-98 Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez

#### JURISPRUDENCIA CORTE CONSTITUCIONAL

- Sentencia C-083 de 1995, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz
- Sentencia C-224 de 1994, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía
- Sentencia C-486 de 1993, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

#### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

- Sentencia: STC 237/2005, de 26 de Septiembre La Sala Segunda del Tribunal Constitucional  
  
[http://74.125.93.132/search?q=cache:XnevgiS8vEgJ:ocw.uc3m.es/derecho-procesal/introduccion-al-derecho-procesal/material-docente/documentacion-complementaria/STC\\_237\\_2005.doc+Tribunal+Constitucional+de+Espa%C3%B1a.+STC+237/2005+costumbre+internacional&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=co](http://74.125.93.132/search?q=cache:XnevgiS8vEgJ:ocw.uc3m.es/derecho-procesal/introduccion-al-derecho-procesal/material-docente/documentacion-complementaria/STC_237_2005.doc+Tribunal+Constitucional+de+Espa%C3%B1a.+STC+237/2005+costumbre+internacional&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=co) Revisado el 30 de Marzo de 2010.

## CORTE SUPREMA DE ESPAÑA

- Sentencia de la Corte Suprema de España, N° de Resolución: 1320/2007
- Sentencia Corte Suprema de España, N° de Resolución: 945/1995

## CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES ARGENTINA

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Expediente N° 65.844/05
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Expediente N° 71.301

## **Legislación**

- Código Civil Colombiano Edición 2004, Editorial Legis
- Código de Comercio Colombiano Edición 2005, Editorial Legis
- Ley 153 de 1857
- Principios de derecho Europeo de los Contratos, *Preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los* Tomado de :  
[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:0vei6XA0uvAJ:frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/PECL%2520spansk/PrincipioslandoI%2BII.doc+Las+partes+quedan+sujetas+a+los+usos+que+hayan+aceptado+y+a+las+pr%C3%A1cticas+entre+ellas+establecidas&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:0vei6XA0uvAJ:frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%2520spansk/PrincipioslandoI%2BII.doc+Las+partes+quedan+sujetas+a+los+usos+que+hayan+aceptado+y+a+las+pr%C3%A1cticas+entre+ellas+establecidas&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co) Revisada el 7 de Abril de 2010
- Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004  
Tomado de:  
<<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>> Revisada el 7 de Abril de 2010

- La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías

Tomado de: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf>

Revisado el 7 de Abril de 2010