



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Comercial

**DE LOS USOS Y COSTUMBRES EN CHILE, EN RELACIÓN
A LA LIMITACIÓN PROBATORIA DE LA COSTUMBRE
MERCANTIL**

FABIÁN ANTONIO AGUIRRE NÚÑEZ

**MEMORIA PARA OPTAR AL TÍTULO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

**PROFESOR GUÍA:
ÁLVARO IGNACIO PARRA VERGARA
ABOGADO**

**SANTIAGO DE CHILE
JUNIO, 2013**

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN.....	6
PARTE PRIMERA	
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPITULO I. DE LA COSTUMBRE EN GENERAL	
1.1 Conceptos de costumbre.....	10
1.2 Elementos de la costumbre.....	12
1.3 Clasificación de la costumbre.....	15
1.4 Fuerza de la costumbre.....	16
1.5 Costumbre en las diversas áreas del derecho.....	17
CAPITULO II. COSTUMBRE COMERCIAL EN PARTICULAR	
2.1 Origen. Breve reseña histórica.....	24
2.2 Generalidades de la costumbre mercantil en Chile.....	27
2.3 Normas que rigen la costumbre en el Código de Comercio.....	28
2.4 Clasificación de la costumbre mercantil.....	31
2.5 Requisitos para que la costumbre jurídica tenga eficacia como norma de derecho.....	37
RESUMEN.....	40

PARTE SEGUNDA

INTRODUCCIÓN.....	42
-------------------	----

CAPITULO I. SITUACION PRUEBA DE LA COSTUMBRE

1.1 Consideraciones generales.....	43
1.2 Prueba de la costumbre en el Derecho Común.....	43
1.3 Prueba de la costumbre en el Derecho Mercantil.....	45
1.4 Prueba de la costumbre en el Libro Tercero del Código de Comercio.....	47
1.5 Prueba de la costumbre en leyes especiales Chilenas....	49
1.6 Jurisprudencia Ordinaria y prueba de la costumbre.....	56
1.7 Jurisprudencia Arbitral y prueba de la costumbre.....	64
1.8 Derecho comparado y prueba de la costumbre.....	69

CAPITULO II. DE LA COSTUMBRE MERCANTIL Y LA HISTORIA DE LA LEY

2.1 Consideraciones generales.....	81
2.2 Primer borrador del Código de Comercio.....	82
2.2.1 Libro Primero.....	82
2.2.2 Libro Segundo.....	84
2.3 Segundo borrador del Código de Comercio.....	86
2.3.1 Libro Primero.....	86
2.3.2 Libro Segundo.....	92
2.4 Tercer borrador del Código de Comercio.....	94

2.4.1 Libro Primero.....	94
2.4.2 Libro Segundo.....	102
RESUMEN.....	104
PARTE TERCERA	
INTRODUCCION.....	106
CAPITULO UNICO.DE DISCUSIONES Y CONSIDERACIONES	
1.1 Consideraciones generales.....	108
1.2 Discusiones doctrinarias en torno al texto del artículo quinto del Código de Comercio.....	110
1.3 Primera Consideración	112
“Enfrentar el artículo quinto del Código de Comercio, en razón a diversos niveles de entendimiento del sentenciador.”	
1.4 Segunda Consideración	117
“De los Usos, su aplicación e integración contractual.”	
1.5 Tercera Consideración.....	121
“De la prueba de las obligaciones que generan las costumbres.”	
RESUMEN.....	123
CONCLUSIONES.....	121
BIBLIOGRAFIA.....	128

RESUMEN

El presente estudio tiene por **objetivo principal exponer la problemática a la que se ve enfrentada la costumbre mercantil para ser aplicada en la práctica judicial.** Problemática que se origina en razón del artículo 5° del Código de Comercio que establece una prueba de carácter compleja y poco factible de cumplir, volviendo la aplicación de la costumbre mercantil general una tarea ardua al carecer de la posibilidad de probar mediante peritos la existencia del derecho no escrito (medio probatorio que si es posible de invocar respecto del libro tercero del Código de Comercio, De la Navegación y el Comercio Marítimo, según lo establecido en el artículo 825 del cuerpo normativo).

Paralelamente **busca dilucidar la manera en que los tribunales de justicia** guiados por sus superiores jerárquicos, la Excelentísima Corte Suprema de justicia (quien ha entrado a conocer de la costumbre en razón del recurso de casación tras alegarse la infracción a alguna norma que invoca o se remite a la costumbre como es el caso del artículo 1546 del C.C.) y las Ilustrísimas Cortes de Apelaciones, **han otorgado eficacia a la costumbre en Chile;** Para lograr dicho objetivo se recurre al análisis jurisprudencial de sentencias en las que habiéndose invocado la costumbre, se hayan pronunciado o no conforme a la ella, se encuentren plasmados los argumentos para aceptar o declinar su aplicación. De igual forma en el cuerpo del trabajo se analiza jurisprudencia arbitral a fin de observar las propuestas de los sentenciadores arbitrales respecto de la prueba de la costumbre mercantil.

Finalmente, la presente memoria de prueba ha de **entregar una visión amplia de como la legislación comparada, especialmente la Latinoamérica enfrenta la prueba de la costumbre.,** cuyos códigos de comercio se basaron originariamente en el Código de Comercio Chileno, pero que actualmente en la materia se han distanciado

Para dar cumplimiento a estos propósitos se ha efectuado una revisión de la doctrina imperante respecto de la naturaleza de la costumbre, sus alcances, clasificaciones y sus principales diferencias respecto de los usos mercantiles, así mismo en base al método investigativo histórico deductivo **se ha recurrido a la historia de la ley a fin de esclarecer cuales eran las reales intenciones del legislador al limitar la prueba de la costumbre en la rama del derecho comercial,** salvedad hecha respecto del libro tercero.

INTRODUCCIÓN

Conceptualizaciones más conceptualizaciones menos, en términos generales gran parte de la doctrina se inclina a entender la costumbre como: “la repetición constante y uniforme de una norma de conducta en el convencimiento de que ello obedece a una necesidad jurídica¹”, más específicamente se ha entendido la costumbre mercantil como: “un conjunto de usos o prácticas que realizan los comerciantes y que cumplen con los requisitos exigidos por las leyes para ser consideradas Derecho consuetudinario y, por ende, fuente del Derecho.²”

Así mismo, gran parte de la doctrina esta concorde en afirmar que la costumbre mercantil es **la segunda** fuente del derecho comercial. Es imposible desconocer la supremacía de la ley, pero esta afirmación si bien cierta, tiende a ignorar la historia del derecho mercantil en sí mismo, pues no es posible desconocer que el derecho comercial se debe principalmente a la participación activa de la costumbre, pues fue ésta la que consideró y consagró la práctica jurídica diaria volviéndola paulatinamente imprescindible a todos.

Es con la positivización del derecho comercial, por medio de la codificación y la intervención estatal, que buscando una mayor certeza jurídica

¹ Pacheco Gómez M. “Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales”. Apuntes de clases. edit. Univ. S.A. 1955, Pág. 215

² <http://www.monografias.com/trabajos17/derecho-mercantil/derecho-mercantil.shtml>
consultado con fecha 16.01.2013

se atentó contra la movilidad de las practicas mercantiles, pues a fin de evitar la aplicación de normas no escritas inexistentes, se establecieron reglas probatorias que actualmente en la práctica (ante la ausencia de tribunales especializados) vuelven la aplicación de la costumbre en juicio una mera ilusión. Muestra de ello es la forma en que el mensaje del Código de Comercio en su párrafo XVII hace referencia a la costumbre.

“(…) Los numerosos requisitos que la costumbre debe tener para asumir el carácter de ley supletoria, y la naturaleza de la prueba con que debe ser acreditada en juicio, remueven los inconvenientes de la incertidumbre y vacilación de la ley no escrita, y nos permiten mirar sin recelo la libertad en que queda el comercio para introducir nuevos usos dentro del círculo de lo honesto y lo lícito.”

Acá es cuando la idea de la costumbre como segunda fuente del derecho mercantil choca, cómo puede ser la institución madre del derecho mercantil, relegada a un segundo plano entorpeciendo con ello el progreso del comercio (entendido como la evolución o crecimiento rápido y constante que sufren los actos comerciales con el pasar del tiempo³), porque se carece de dos sentencias o tres escrituras públicas de determinadas características.

³ Sandoval López, Ricardo, “Derecho Comercial”. Tomo I, Pag. 39. edit. Jurídica de Chile 2007

PARTE PRIMERA

En un plano doctrinariamente jurídico se entiende por fuente jurídica, los medios o formas a través de los cuales el derecho se exterioriza⁴.

A nivel general y, específicamente en el plano mercantil, las fuentes del derecho comercial pueden ser de dos tipos⁵

- A. Fuente Material, es aquella que contribuye a la creación del derecho, tales como la convicción jurídica de los comerciantes o una tradición entre otros, mientras venga a dar una solución a una situación particular respecto de la cual la comunidad ha adoptado un patrón de conducta de determinada uniformidad que se corresponde con los valores e intereses comprometidos.

- B. Fuente Formal, constituida por la forma externa en que es manifestado el derecho, reconociendo entre estas a la Constitución Política de la República de Chile, la Ley, las Costumbres, usos o practicas mercantiles, los tratados internacionales, las disposiciones administrativas, algunas formas de contratación, la jurisprudencia y la doctrina.

4 Sandoval López, Ricardo, "Derecho Comercial". Tomo I, Pág. 39 edit. Jurídica de Chile 2007.

5 Baeza Ovalle, Gonzalo "Derecho Comercial". Tomo I, Pág. 206 edit. LexisNexis 2005.

Por no recaer en lo medular de la presente memoria de prueba, y en especial consideración que son variados los textos y apuntes que ahondan en la cuestión de las fuentes del derecho comercial, no se realizará un estudio detallado de éstas, más bien sólo se expondrá un análisis de la costumbre, como fuente del derecho, a fin de contextualizar la problemática a tratar en el cuerpo del presente estudio.

CAPITULO I

DE LA COSTUMBRE EN GENERAL.

Conceptos de Costumbre.

No encontrándose en el derecho común la definición de lo que es la costumbre, ni tampoco en ley especial alguna, es pues menester seguir el artículo 20 del Código Civil que establece, “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras (...)” así entonces, es necesario buscar su concepto conforme a su uso natural, para ello, siguiendo a la jurisprudencia, es habitual recurrir al Diccionario de la Real Academia Española el cual conceptualiza la costumbre, en su primera acepción, como:

“Hábito, modo habitual de obrar o proceder establecido por tradición o por la repetición de los mismos actos y que puede llegar a adquirir fuerza de precepto.”⁶

Por su parte, los tratadistas han presentado diversas conceptualizaciones para el término en cuestión. Por una parte el profesor Joel González Castillo

⁶ Diccionario de la lengua española, Vigésima segunda edición; consulta 30.01.2013, Fuente electrónica <http://lema.rae.es/drae/?val=costumbre>

aborda la costumbre, en tanto norma jurídica de generación espontánea como la:

“observancia constante y uniforme de una regla de conducta realizada por la generalidad o gran mayoría de los miembros de una comunidad social, con la convicción que responde a una necesidad jurídica”⁷

Julio Olavarría en tanto, al referirse a ésta, hace especial hincapié en su elemento subjetivo, que se verá más adelante, definiendo la costumbre como:

“el conjunto de actos que revelan un sentimiento jurídico (*opinio juris*) que consiste en la certeza de que ellos pueden ser objeto de una sanción legislativa o judicial. Este último aspecto la diferencia de los simples usos o hábitos”⁸

Otras definiciones están dadas por los profesores Sergio Espinoza y Rafael Eyzaguirre al referirse a la costumbre como:

"la repetición constante y prolongada, en una región o país, de un hecho que constituye derecho"⁹

7 González Castillo, Joel, Manual de Derecho Civil, Teoría de la Ley, Cátedras de Derecho Civil Universidad Católica de Chile.

8 Olavarría, Julio, Manual de Derecho Comercial. pág. 82. Edic. 1956

9 Espinoza, Sergio. Apuntes de Derecho Comercial, pág. 20; Eyzaguirre, Rafael. Derecho Comercial, pág. 26

Y las de Arturo Alessandri y Manuel Somarriva que la refieren como:

"la repetición de una determinada conducta realizada por la generalidad de los miembros del grupo social de manera constante y uniforme y con la convicción de cumplir un imperativo jurídico", o "un uso implantado por la colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio"¹⁰

Dada la diversidad de definiciones para el concepto en cuestión, es que a lo largo del presente estudio se entenderá, la costumbre en su acepción más repetida y por ende generalizada, por tal entonces se entenderá que:

“Es la repetición constante y uniforme de una norma de conducta en el convencimiento de que ello obedece a una necesidad jurídica”¹¹

Elementos de la Costumbre.

Del concepto de costumbre se puede desprender que aquella comprende dos elementos uno de carácter objetivo y otro de carácter subjetivo.

10 Alessandri- Somarriva. Derecho Civil, Tomo I., pág. 143 redactado y puesto al día por Antonio Vodanovic H., Edic. 1971

11 Pacheco Gómez M. “introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales” apuntes de clases. Pág. 215. Edit. Univ. S.A. 1955.

Elemento objetivo de la costumbre: es el que primero aparece en el tiempo, en relación a la formación de la costumbre, consiste en que la norma de conducta debe ser repetida y practicada de manera uniforme y constante por los integrantes de la comunidad.

Tiene como requisito para su origen, el que no exista otra norma de conducta inversa y contraria, pues existiendo ésta perdería el carácter de general que se requiere para su creación.

Resumidamente “el elemento externo, materia u objetivo estriba en la general, constante y uniforme repetición de actos similares¹²”

Elemento subjetivo de la costumbre: Éste por su parte se encuentra conformado por la convicción de que la práctica que se lleva a cabo, tiene fuerza obligatoria, pues satisface una necesidad jurídica. También conocido como elemento interno o espiritual de la costumbre.

Por medio de este elemento es que se muestra que no basta la repetición de una forma de conducta, de una práctica, pues tal repetición debe ser de tal naturaleza que responda a una necesidad jurídica evidente para que pase a formar costumbre y como tal fuente del derecho.

12 González Castillo, Joel, Manual de Derecho Civil, Teoría de la Ley, Cátedras de Derecho Civil Universidad Católica de Chile.

Surge en este punto entonces la interrogante, habiéndose cumplido con los elementos de la costumbre, ¿en qué momento ésta pasa a constituir derecho?, importa esto a efectos de su aplicación por los tribunales de justicia, pues dependerá del reconocimiento legal o no si le pueden dar fuerza obligatoria.

Teorías que reconocen la primacía de la costumbre como fuente del derecho en la antigüedad, afirman que la costumbre es la mano rectora del derecho, que como tal se forma una vez se dan los elementos requisitos de su existencia, sin necesidad de un reconocimiento posterior a su formación por órgano alguno.

Frente a la misma interrogante, algunos tratadistas tienen una mirada opuesta, en cuanto, para ellos la costumbre cobra relevancia cuando el poder público le reconoce tácita o expresamente su carácter obligatorio, y la protege con la posibilidad de hacerla respetar coercitivamente.

Queda zanjada esta cuestión en el derecho común Chileno, en cuanto el artículo segundo del Código Civil establece, “la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”

Así mismo se resuelve la cuestión en el Código de Comercio en su artículo cuarto que establece:

“las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o por una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo (...)”

Clasificación de la Costumbre.

Independiente de las diversas clasificaciones a la que se pueda someter a la fuente del derecho en cuestión, para los efectos del presente estudio las clasificaciones que interesan son:

Primero aquella que confronta la costumbre con la legislación, pudiendo encontrarse ésta en las siguientes tres situaciones.

Costumbre según ley: Es aquella que adquiere el carácter de norma jurídica en razón de ser llamada por la ley a regir un asunto dado, realiza una constante aplicación de la norma legal, sin contradecir sus exposiciones y ajustándose a su letra.

En esta situación, es la ley la que se remite a la práctica, y gracias a la ley es que aquella adquiera fuerza obligatoria.

Costumbre contra ley: Es aquella que introduce una norma destructora de la ley antigua, sea proclamando su inobservancia o imponiendo una conducta diferente de la establecida por la ley, ya sea porque viene a corregir

los errores y vacíos que se encuentran o presentan en la norma legislativa, lo que derivara en el posterior desuso de la norma legislativa.

Costumbre en silencio de ley: Es aquella que rige una materia o asunto sobre el cual no hay norma legislativa. Se limita a llenar los vacíos que se encuentran en la ley sin llegar a contradecirla. No existe por tanto una oposición con la norma ley.

En segundo lugar tendrá importancia para los fines, aquella clasificación que delimita la costumbre en razón de un factor territorial, determinándola como costumbre General o costumbre local, atendiendo a si la costumbre se aplica en toda la república o solo en una localidad específica del territorio nacional.¹³

Finalmente trasciende la clasificación en atención al país en que se practica volviendo la costumbre nacional o costumbre extranjera, dependiendo si se ha gestado en territorio nacional o en un Estado extranjero.

Fuerza de la Costumbre.

Para Mario Castillo Zúñiga¹⁴ lo principal en esta cuestión de la fuerza de la costumbre, es determinar si la costumbre tiene o no la misma relevancia que

13 Sandoval López, Ricardo, "Derecho Comercial". Tomo I, Pág. 42 edit. Jurídica de Chile 2007.

14 Castillo Zúñiga, Mario. "Costumbres y usos Constitucionales" Pág. 16. Memoria de Prueba, Universidad de Chile.

tuvo en un ayer. No hay duda que en derecho comercial la costumbre tiene una mayor fuerza que en el derecho civil, y que en éste mayor que en el derecho penal, así entonces se puede establecer que existe una graduación de la fuerza obligatoria de la costumbre y que dicha fuerza determinada estará determinada para algunos, como los glosadores romanos, por el acto del pueblo que valía tanto como el voto, y para otros, como la escuela histórica, en el elemento interno o subjetivo de la costumbre, así mismo para algunos la fuerza de la costumbre se encuentra en la cosa juzgada, es decir aquella cuestión discutida y resuelta por sentencia firme, siendo esta la base de la fuerza de la costumbre.

Por lo pronto, es menester discrepar, con aquellos que sostienen que la fuerza de la costumbre se encontraría en su reconocimiento por la ley, esto porque tan pronto la costumbre pasó a ser ley, dejó de ser costumbre.

La costumbre en las diversas áreas del derecho.

Siguiendo el orden establecido por Luis María Olazo y Jesús María Casal, autores del libro Manual de Introducción al Derecho¹⁵, la costumbre en las diversas áreas del derecho se comporta de las siguientes maneras

15 Olaso J., Luis María – Casal, Jesús María, “Curso de Introducción Al Derecho II” Pág. 174 y SS. 4° Ed. Edit., Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2003

Derecho Público

I. Para el Derecho Internacional Público la costumbre constituye una de sus fuentes principales, en esta área del derecho ésta tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, ello en razón al artículo 38 del estatuto de la Corte internacional de Justicia que reza:

“La costumbre internacional, considerada como práctica general, aceptada como Derecho, es fuente principal, junto con los tratados, de los derechos y obligaciones de los Estados en sus mutuas relaciones”.¹⁶

Según Michael Akehurst¹⁷ el comité de juristas que redactó el Estatuto de la Corte en 1920 incluyó en su borrador un artículo en que los ítems enumerados en el recién transcrito artículo, debían aplicarse en *ordre successif*. Sin embargo, no quedó claramente

16 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Fuente

<http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm> Consultado 02.02.2013

17 Akehurst, Michael. “La jerarquía de las Fuentes del Derecho Internacional”

Traducción de Ximena Fuentes, British Yearbook Of International Law, Vol. 47 (1974-

75) pp. 273 -285. Apuntes de Clase, Curso de Derecho Internacional Público,

Universidad de Chile, Año 2005

establecido si con esas palabras se intentaba establecer una jerarquía entre las fuentes o bien ellas meramente reflejaban la secuencia lógica en que las reglas se presentarían en la mente del juez. Las palabras en *ordre successif* fueron borradas por la subcomisión del Tercer Comité de la Primera Asamblea de la Sociedad de las Naciones, pero no está claro si esa eliminación fue inspirada porque se creyó que la idea contenida en esas palabras era errónea o porque la idea era tan obvia que no era necesario expresarla. Sin embargo se alega por algunos autores que el citado artículo refleja la máxima *lex specialis derogat generali*, así las reglas consuetudinarias serían más generales que los tratados y los principios generales más generales que la costumbre.

II. Por su lado, en el Derecho Constitucional se debe distinguir entre los países que no tienen Constitución formal y los que la tienen. En los primeros, la costumbre tiene un valor máximo como fuente directa en esta rama del Derecho. En los segundos no es fuente directa, pero desempeña una función importante en su desenvolvimiento. Chile tiene una Constitución formal rígida, que

no da entrada a la costumbre como fuente directa. Sin embargo, puede tener relevancia en relación con ciertos usos institucionales que lleguen a reunir los requisitos de la costumbre, pero siempre necesitando de un reconocimiento expreso por el legislador constituyente.

III. Para el Derecho Administrativo la costumbre o práctica administrativa, cuando es generalmente aceptada es de gran valor para la acción de las autoridades administrativas, ello hasta el punto de entrar a formar parte de la legalidad administrativa, existiendo pronunciamientos judiciales que le otorgan expreso reconocimiento a determinadas prácticas.

“Que resulta claro del texto de la ley, el que los funcionarios contratados "a contrata" tienen un carácter temporal, pero, en una adecuada interpretación, que de acuerdo al artículo 19 del Código Civil, nos obliga a buscar el sentido de la norma, como tarea previa de toda hermenéutica legal; debemos considerar que el sentido de la norma no es mantener en ascuas a los funcionarios contratados, dependiendo su permanencia en el cargo del mero capricho de la autoridad, sino que debido a un esquema de antigua data de la administración pública, donde no tienen cabida en calidad de titulares el número adecuado y necesario de funcionarios que permitirían una labor eficiente del aparato del Estado, **es que, por necesidad y por costumbre, no contraria a la ley, sino que acorde con**

la ley; se ha venido utilizando racionalmente el sistema de funcionarios a contrata, a los cuales, tanto en cuanto se desempeñen satisfactoriamente en el cargo, se les renueva anualmente su contrato.”¹⁸

IV. En el Derecho Penal, rama del Derecho Público, la costumbre no tiene ningún valor ya que en virtud del principio “*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”; ningún acto puede ser considerado como delito si no está contenido expresamente como tal en la ley.

V. Igualmente en el Derecho Procesal es mínimo el valor de la costumbre, esto por ser el proceso una institución en la que juegan importante papel la certeza y el rigor de las formas procesales. Aun siendo este el principio, hay que señalar que existen procesos en los cuales la costumbre es fuente directa, como en el caso de la Justicia en los ámbitos indígenas, la cual se aplica con base a sus tradiciones, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la constitución, a la ley y el orden público.

¹⁸ Rol Corte: 4685-2011.- Pronunciada por la Sexta Sala de esta Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago, treinta de agosto de dos mil once. Fuente: Base jurisprudencial de poderjudicial.cl

Cabe hablar en este punto respecto de la costumbre jurisprudencial. Según el inciso segundo del artículo tercero del código Civil:

“Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”

No obstante lo expuesto, si los tribunales fallan determinadas materias de una manera uniforme se produce lo que se llama “jurisprudencia uniforme” sobre esa materia, sobre todo si emana de la Corte Suprema, que mediante la casación en el fondo unifica la jurisprudencia, produciéndose así, un antecedente muy fuerte en favor de una forma constante de interpretar y aplicar la ley.¹⁹

Derecho Privado

- I. Derecho Civil: En esta rama, como ya se analizó, la importancia del Derecho consuetudinario dependerá

19 Ducci Claro, Carlos, “Derecho Civil, Parte General” Pág. 103, Edit. Jurídica de Chile, 4° Ed. Año 2007

tanto del sistema jurídico como de la clase de costumbre que se invoca.

- II. Derecho Mercantil: Es donde la costumbre debiese adquirir mayor transcendencia, pues el tráfico mercantil se reguló en sus orígenes por los usos mercantiles recogidos en los Estatutos de las corporaciones medievales y, en todo el tiempo, la legislación mercantil ha ido separándose por la fuerza del uso del Derecho Civil.

CAPITULO II:

DE LA COSTRUMBRE COMERCIAL EN PARTICULAR.

Origen. Breve Reseña Histórica.

Sin tener la intención de ahondar en la historia de la formación del derecho mercantil (para ello existen diversos textos de gran valor doctrinario) y sólo con el fin de contextualizar la cuestión a tratar, es posible señalar resumidamente que al analizar las diferentes realidades económicas históricas y los coyunturales conceptos del derecho mercantil de cada época, se podrá llegar con facilidad a la conclusión que históricamente el derecho comercial se debe a los usos, prácticas y costumbres de los comerciantes, lo que doctrinariamente es conocido como el *jus consuetudo mercatorum*.

Intentando marcar un inicio prehistórico de la rama del derecho en cuestión y sí bien se ha sostenido tanto por romanistas como por mercantilistas que, a pesar del importante volumen del tráfico de la época y de la existencia de instituciones pensadas para el tráfico comercial, en ningún momento hubo un Derecho Mercantil en Roma²⁰ sea por la falta de una ordenación corporativa mercantil, o porque el derecho romano no llegó a

20 Goldschmidt, Roberto, Historia Universal del Derecho Comercial, cit., pp. 55 a 59, Universidad Católica Andrés Bello 2008

culminar en un Derecho internacional del comercio, ya sea porque la economía de Roma estaba marcada por el trabajo de los esclavos o aludiendo a la perfección y adaptabilidad del Derecho Romano se volvió innecesario un derecho especial separado del privado general.²¹

Para gran parte de la doctrina y en especial para Carlos Vargas Vasserot, posterior a Roma en la evolución histórica del Derecho mercantil se pueden distinguir dos periodos bien diferenciados²²: el de su delimitación subjetiva como Derecho de los comerciantes en el tráfico, y el intento que resultó infructuoso de definir objetivamente su concepto; y que se corresponden respectivamente con la etapa que se desarrolla desde su nacimiento en el medioevo hasta la codificación del siglo XIX y desde ésta hasta nuestros días

Cabe destacar la siguiente cita, que refleja la radical importancia de la costumbre en lo que se ha señalado como la primera parte del derecho comercial o mercantil:

21 Vargas Vasserot, Carlos "La evolución histórica del derecho mercantil y su concepto"

Fuente:<http://repositorio.ual.es/jspui/bitstream/10835/1199/1/LA%20EVOLUCI%C3%93N%20HIST%C3%93RICA%20DEL%20DERECHO%20MERCANTIL%20Y%20SU%20CONCEPTO%20-%20Carlos%20Vargas%20Vasserot.pdf> Consulta: 05.02.2013

22 Vargas Vasserot, Carlos "La evolución histórica del derecho mercantil y su concepto" Pagina 11.

“Estas son las buenas instituciones y los buenos usos concernientes a cuestiones marítimas que los hombres juiciosos que recorren el mundo comenzaron a dar a nuestros antecesores y elaboraron mediante los libros de la ciencia de las buenas costumbres. En lo que sigue puede hallarse: cómo debe un patrón comportarse con el mercader, el marinero, el pasajero u otra persona que vaya en la nave; y asimismo cómo deben el mercader y también el pasajero comportarse con el patrón”²³

Entre ambas etapas gradualmente y por necesidades de protección y de relación con la autoridad, los usos costumbres y prácticas que caracterizaron los inicios del derecho mercantil, fueron estructurándose en leyes aisladas y con la llegada de la edad media, tomaron en ciudades y corporaciones la forma de estatutos.

En opinión de Gonzalo Baeza Ovalle las codificaciones racionalizaron y nacionalizaron el derecho de cada país y el derecho comercial perdió en gran parte su carácter internacional y consuetudinario²⁴, aun cuando ello no ha significado que se hayan perdido los usos, costumbres y prácticas mercantiles

23 Moliney Brases, Ernest. Capítulo XLVI del Llibre del Consolat de Mar que inicia las Costums de la mar; Estampa D'Henrich y C^a: 1914 (f. VIIr)

24 Baeza Ovalle, Gonzalo “Derecho Comercial”. Tomo I, Pág. 222 edit. LexisNexis 2005.

como fuente viva del derecho comercial, por el contrario, la legislación les ha reconocido expresamente su valor como fuente. Esto se puede observar en el Mensaje del Código de Comercio en su párrafo XVII que se refiere de la forma que sigue a la costumbre.

“(…) Los numerosos requisitos que la costumbre debe tener para asumir el carácter de ley supletoria, y la naturaleza de la prueba con que debe ser acreditada en juicio, remueven los inconvenientes de la incertidumbre y vacilación de la ley no escrita, y nos permiten mirar sin recelo la libertad en que queda el comercio para introducir nuevos usos dentro del círculo de lo honesto y lo lícito.”

Corresponde de esta manera iniciar el análisis de la costumbre en el Código de Comercio Chileno.

Generalidades de la costumbre comercial en Chile.

Como se ha señalado ha sido intención del legislador comercial que la costumbre en Chile tenga el carácter de ley supletoria, pero ello con numerosos requisitos a cumplir y una prueba que debe ser acreditada en juicio, esto con el fin de realzar el valor de la seguridad jurídica.

Es posible observar una cierta desconfianza, por parte del legislador (en el Mensaje mismo del Código de Comercio) respecto de la costumbre, justificable en el hito histórico que el Código de Comercio Chileno es un Código

de Comercio que se basa en la teoría del acto de comercio, siguiendo en este sentido a su fuente más cercana de inspiración, el Código de Comercio Francés también denominado Código de Napoleón.

De tal forma, el Código de Comercio Chileno se apartó de las antiguas corrientes que dieron origen al Derecho Comercial, nacido y entendido éste como un derecho costumbrista, profesional y subjetivo, para adoptar el sistema en boga después de la revolución Francesa en el ámbito del derecho Continental.

Normas que rigen la costumbre en el Código de Comercio.

Hacen referencia a la costumbre mercantil, y por tanto se constituyen como normas rectoras del derecho no escrito, los siguientes artículos del Código de Comercio Chileno.

“Art. 4° Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad, y reiterados por un largo espacio de tiempo, que se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio.”

Importante es señalar que los juzgados de comercio no existen, por ellos es menester recurrir al artículo 45 del Código Orgánico de Tribunales que señala “Los jueces de letras conocerán: 1° En única instancia: a) De las causas civiles cuya cuantía no exceda de 10 Unidades Tributarias Mensuales;

b) De las causas de comercio cuya cuantía no exceda de 10 Unidades Tributarias Mensuales, y 2° En primera instancia: a) De las causas civiles y de comercio cuya cuantía exceda de 10 Unidades Tributarias Mensuales (...)"

“Art. 5° No constando a los juzgados de comercio que conocen de una cuestión entre partes la autenticidad de la costumbre que se invoque, sólo podrá ser probada por alguno de estos medios:

1° Por un testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella;

2° Por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba.”

“Art. 6° Las costumbres mercantiles servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones mercantiles”

“Art. 825 En las materias reguladas por este Libro, la costumbre podrá ser probada, además de las formas que señala el artículo 5° de este Código, por informe de peritos, que el tribunal apreciará según las reglas de la sana crítica.”

Sin perjuicio de lo anterior hacen además expresa mención a la costumbre los artículos 225 y 262 del Código de Comercio, pero la mención que a ella realizan dichos artículos, en caso alguno busca normar la aplicación y prueba del derecho no escrito.

Art. 225. Los pasajeros no están obligados a hacer registrar los sacos de noche, valijas o maletas que según la costumbre no pagan porte; pero si se entregaren a los conductores en los momentos de la partida, los empresarios quedan obligados a su restitución.

Art. 262. La precedente prohibición no comprende la ejecución de aquellos actos subalternos que según la costumbre del comercio se confían a los dependientes. (Este último en razón del artículo 261 que alude al deber del comisionista de desempeñar por sí mismo la comisión, la cual no podrá delegar sin previa autorización explícita o implícita de su comitente)

Son entonces relevantes, para los efectos del presente estudio, las normas de los artículos 4, 5, 6 y 825 del Código de comercio y a ella se hará referencia en los párrafos que siguen.

Clasificación de la Costumbre Mercantil en base a los Artículos Citados.

Se podrá entonces desprender de los artículos citados, la siguiente clasificación:

- I. Costumbre Jurídica propiamente tal: En concepto de los profesores Alberto Viada Lozano y de Marcia Gallardo González, la costumbre jurídica se encuentra constituida por los hábitos generales derivados del cumplimiento efectivo de una regla tácitamente formulada por la voluntad colectiva. Evidencia un contenido material: la repetición general, pública, uniforme y reiterada de hechos, y otro espiritual: la conciencia que esa conducta obedece a una norma jurídica sancionada (tácitamente) por la colectividad (opinio juris).

Este tipo de costumbre se refiere los artículos 4º y 5º del Código de Comercio, reconociéndole expresamente su carácter de fuente formal del Derecho Comercial.

A su vez esta costumbre jurídica propiamente tal es posible sub-clasificarla en:

1. Costumbre Comercial General. Que es aquella que abarca los actos mercantiles presentes tanto en el código como en leyes especiales, con la salvedad del libro tercero del mismo código.

2. Costumbre Marítima: es aquel especial tipo de costumbre a la que hace mención el libro III del código de comercio, en su artículo 825.

Es ejemplo de Costumbre jurídica propiamente tal a la que hace referencia la siguiente pronunciación judicial:

“11. Que siempre en orden a determinar si medió ilegalidad o arbitrariedad en la decisión adoptada por el banco, cabe precisar que el contrato de cuenta corriente bancaria, si bien se encuentra definido y reglamentado en nuestro derecho positivo, son los usos y costumbres bancarios, los que le han dado una fisonomía peculiar; usos y costumbres que los bancos incorporan uniformemente en las condiciones generales antes referidas, y en las cuales principalmente se contienen también las instrucciones emanadas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, dictadas en ejercicio de sus facultades privativas.

Tales normativas hacen que la voluntad del banco se imponga sobre el cliente, confiriéndole al contrato el carácter de contrato de adhesión; y también de contrato intuito, ya que en su celebración se tiene en cuenta especialmente la persona de los contratantes.

En el caso particular de que se trata, consta del documento agregado a fs. 51 de autos, que la superintendencia respectiva

dispuso que los bancos incorporen a los contratos de cuenta corriente una clausula en la cual se reserven el derecho a poner fin a la cuenta cuando lo estime conveniente. Nada impide, por otra parte, que el cliente adopte igual decisión, como normalmente sucede de acuerdo a los usos y costumbres bancarios, sin perjuicio de la vigencia de la norma contemplada en el Art. 611 del C. Co y que prescribe como causal de término del contrato el consentimiento mutuo”²⁵

Así mismo es un ejemplo de costumbre jurídica propiamente tal, reconocida jurisprudencialmente, a la que hace referencia el abogado integrante don Ruperto Pinochet Olave, en la causa Rol 272-2012, Apelación de sentencia definitiva conocida por ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca con fecha 27 de junio de 2012 en la que se sostiene

“Que el argumento de que los valores de las mercaderías de las guías de despacho no coinciden con el valor signado en la factura, se explica porque se trata de una costumbre comercial. Es así como el traslado a o desde los predios de los agricultores, debe realizarse de conformidad a lo instruido por el Servicio de Impuestos Internos, con guías de despacho, en las que se debe poner un valor

25 Corte Suprema Sentencia de Abril 2/92, Protección, Rol N° 269-92

referencial pues en tal sede, y careciéndose en pleno campo de los elementos necesarios para determinar el precio de los productos que se cargan o se reciben, y por costumbre comercial, se indica como valor \$1, como puede apreciarse en las guías de despacho recibidas debidamente por la ejecutada, en el mes de febrero del 2010, sin que se haya alegado, oportunamente, que el recibo de mercaderías hubiere sido falso, es más de los antecedentes acompañados se desprende la cantidad de mercadería de exportación entregada en el predio de la ejecutada, entrega que la ejecutada no discute, pues basa su excepción en que debería haber una liquidación final de exportación, según el contrato celebrado entre las partes, contrato que, por lo demás, no acompaña siendo imposible su análisis.”²⁶

II. Costumbre Interpretativa: A ella realiza referencia el artículo 6º del Código de Comercio, al disponer: “Las costumbres mercantiles servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones mercantiles”.

26 causa Rol 272-2012, Apelación de sentencia definitiva conocida por ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca con fecha 27 de junio de 2012; Fuente Electrónica. www.Poderjudicial.cl consulta 13.02.2013

III. Costumbre Técnica: Igualmente a ella realiza referencia el artículo 6° del Código de Comercio, sirve de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, se denominan y constituyen una aplicación de la norma interpretativa del artículo 21 del Código Civil “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomaran en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”

En relación a estos últimos dos tipos de costumbres (costumbre interpretativa y costumbre técnica), es ejemplo de su aplicación jurisprudencial la sentencia pronunciada por la Corte Suprema con fecha 14 de Mayo de 1981, en el recurso de Casación N° de Rol 14.399, que hace sinónimas las expresiones renovar, prorrogar y reacceptar.

“La costumbre interpretativa bancaria (C. Co., Art 6°) ampliamente conocida, da un mismo significado a las expresiones: renovar, prorrogar y reacceptar; el de prorrogar el plazo de vencimiento, y por lo demás, el significado natural de renovar (en el dorso del documento se habla de “renovación” del pagaré) es reanudar una cosa interrumpida, de manera que con tal acto no se crea una situación jurídica nueva sino que se reanuda la existente,

prorrogando el plazo de vigencia primitivo así esté vencido o pendiente, de lo que se infiere que no es necesario para poder acordar una renovación de un pagaré que ella se pacte antes de la llegada del día fijado para el cobro, máxime que después de ese día él continúa subsistiendo mientras no se cancele (...)”²⁷

Así mismo, es un buen ejemplo de costumbre técnica el pronunciamiento de la Corte Suprema de fecha 30 de julio de 1997, en el recurso de queja, rol 6979-1995 sobre costumbre hotelera.

“2°) que se estima que se ha cometido la falta y abuso porque la conducta exigida por el Servicio de Impuestos Internos es reñida con la costumbre mercantil inveterada en nuestro país, consistente en que la boleta o factura se emite al momento en que el cliente o consumidor se retira del establecimiento que le presta los servicios. De esta forma se viola un texto legal expreso, que es el art. 6° del C. Co.; 3°) Que la costumbre a la que se hace referencia, consiste en que en materia de prestación de servicios de hotelería, la boleta o factura se extiende al momento que el pasajero se retira del establecimiento y paga los beneficios recibidos, tal conducta es de público conocimiento y no se contradice con lo dispuesto en el art

27 Corte Suprema, 14 de mayo de 1981, Revista Fallos del Mes, N° 270 , sentencia 7, Pagina 132, (C. 10 P.134) R. T. 78 sec. 1° p. 49.

55 del D. L. 825, que dispone expresamente que en los casos de prestación de servicios, la factura deberá emitirse en el mismo periodo en que la remuneración se perciba o se ponga, en cualquier forma, a disposición del prestador de servicios; 4º) Que, en la especie, puede sostenerse que en este caso no solo se prestó el servicio de hospedaje sino también de venta de bienes corporales muebles por tratarse de consumos hechos en el establecimiento, lo que obligaría a emitir los documentos tributarios en el acto en que se efectuó la entrega real o simbólica de los mismos. Sin embargo, tal criterio es insostenible en la práctica porque habría que dar un trato tributario diferente en cada caso, ya se trate de hospedaje, ya de los consumos. En tal evento lo accesorio -consumo- debe seguir la suerte de lo principal -el hospedaje-de tal forma que ambas prestaciones sean facturadas o boleteadas como un solo todo.”²⁸

Requisitos para que la Costumbre jurídica tenga eficacia como norma de derecho

Gran parte de la doctrina mercantil se encuentra concorde en que es exigencia para que la costumbre tenga eficacia como norma de derecho en el Código de Comercio, el que reúna los requisitos de uniformidad, publicidad, generalidad y reiteración por largo espacio de tiempo. Indistintamente los

²⁸ Corte Suprema, 30 de Julio de 1997, Causa Rol 6979-1995, recurso de Queja

autores agregan un quinto requisito para Gonzalo Baeza Ovalle dicho quinto requisito consiste en la obligatoriedad de prueba de la costumbre; por su parte para autores como Marta Gallardo González y Alberto Viada Lozano recaería en el aspecto subjetivo de la costumbre u “*opinio Juris*”.

1. Uniformidad.- Es un requisito general de la costumbre. Consiste en la mantención de una misma conducta en el tiempo, la que deberá ser siempre la misma ante semejante circunstancias o situaciones, implica necesariamente que los hechos que la constituyen sean ejecutados siempre de la misma manera.
2. Publicidad.- alude a que los hechos que constituyen la costumbre deben ser ejecutados abiertamente, no en forma subrepticia, de modo que sean ampliamente conocidos por los que realizan actos mercantiles en la localidad, país o mundo.
3. Generalidad.- La generalidad en la ejecución de los hechos que constituyen la costumbre se refiere, según opinión de Julio Olavarría, al número de personas o los negocios en que se realiza, deben ser todos o la gran mayoría de los miembros de la comunidad. Por su parte para Gonzalo Baeza Ovalle, este requisito no da lugar a una exigencia estadística, sino que hace referencia a que frente a una misma situación o unas mismas circunstancias comúnmente sean realizados los mismos hechos o se adopten las

mismas conductas que son las que constituyen el substrato fáctico de la costumbre.

4. Reiteración por largo tiempo.- Es el otro requisito exigido por el artículo 4º del Código de Comercio. No constituye costumbre un hábito pasajero. El problema se presenta en la determinación de lo que se puede entender por "un largo espacio de tiempo". El Código lo resuelve disponiendo que ello "se apreciará prudencialmente por los juzgados de comercio". Ante la inexistencia de los juzgados de comercio, debe entenderse que esta facultad está entregada ahora a los Jueces de Letras en lo Civil donde los hay, y de jurisdicción común en la generalidad del país.
5. Opinio Juris.- Este requisito no está establecido expresamente en el artículo 4º del Código de Comercio, pero es esencial de la costumbre jurídica, o uso normativo. Esta convicción de que obedece a una necesidad jurídica es lo que distingue a la costumbre jurídica, fuente del derecho, de los simples usos y prácticas.
6. Que la Costumbre sea Probada. Para Gonzalo Baeza, este requisito adopta un carácter eventual, pues solo sobreviene como elemento necesario cuando no les conste a los tribunales o los jueces de comercio la existencia de la costumbre, y en este último evento, la

prueba de la costumbre habrá de ser producida conforme a las reglas del artículo 5° del código,

Sobre este último punto es que se busca poner mayor énfasis en la presente memoria de prueba y así entonces inicia el análisis del tema de la prueba de la costumbre.

RESUMEN

Se ha iniciado, en el primer capítulo de esta parte primera, con la recopilación y análisis de diversas conceptualizaciones del término costumbre para arribar a un concepto integrador de ellas, el cual define la costumbre como “La repetición constante y uniforme de una norma de conducta en el convencimiento de que ello obedece a una necesidad jurídica”, En base a esta definición, se establecieron los elementos tanto objetivos como subjetivos que integran la costumbre, las clasificaciones más importantes para el desarrollo de la presente memoria de prueba y la influencia que tiene la costumbre en las diversas áreas del derecho.

Por su parte en el capítulo segundo, con una breve reseña histórica se inicia el análisis en particular de la costumbre mercantil, las normas que, contenidas en el Código de Comercio Chileno, regulan tanto su aplicación como su prueba en juicio. De estas normas se desprende la clasificación en

costumbre jurídica mercantil, costumbre marítima, costumbre técnica, costumbre interpretativa, desarrollándose cada una de ellas y ejemplificándose su aplicación por los tribunales de justicia mediante jurisprudencia citada. Termina el segundo capítulo estableciéndose cuáles son, según la doctrina, los diversos requisitos para que la costumbre jurídica tenga eficacia como norma de derecho.

PARTE SEGUNDA

Es sabido que la ley no necesita probarse, tan solo requiere que sea invocada, pero no que sea probada. Desde ese punto de vista la ley tiene una enorme ventaja por sobre la costumbre, ventaja que se ve reflejada ya desde el mensaje del Código Civil el cual en su párrafo IV declara que siguiendo el ejemplo de casi todos los códigos modernos, se ha quitado a la costumbre la fuerza de ley, añadiendo además en su artículo 2°, como ya se ha visto, que la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remita a ella.

El código de Comercio viene a alterar esto en su artículo 4° al establecer que “Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley”. Así entonces, en materia mercantil la regla básica es que no se requiere que la ley se remita a ella para reconocerle valor de ley. Por tanto, en materia mercantil la costumbre es fuente de derecho en silencio de ley, y no solo cuando la ley se remite a ella, con el importante “pero que” inmediatamente se establecen los requisitos de prueba para su aplicación.

Se origina, de esta manera el tema de la prueba de la costumbre, tema que derivara en mayores o menores dificultades para la aplicación del derecho no escrito dependiendo de la rama del derecho en que se pretenda invocarla, pero teniendo en cuenta que siempre, para hacerla valer ante el juez, habrá que demostrar su existencia, a menos que a éste le conste.

CAPITULO I

SITUACION DE LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE.

Consideraciones Generales.

Es necesario considerar que para abocarse al estudio de la prueba de la costumbre, siempre habrá que distinguir en qué rama del derecho se está posicionado. Como se verá, distintas son las limitaciones probatorias que tendrá quien invoca la costumbre en el derecho común respecto de quién la alega en el derecho comercial, y dentro del mismo derecho comercial, quién la invoca respecto del libro tercero del Código de Comercio que de quién alega la costumbre mercantil general o no marítima.

La prueba de la costumbre en el derecho común:

El Código Civil al tratar la costumbre se refiere a ella en diversas ocasiones. Como ya se ha dicho un primer acercamiento lo realiza el mensaje mismo del Código en su párrafo IV al restarle fuerza de ley. Posteriormente se refiere a ella de manera normativa respecto de su aplicación en el artículo segundo.

Artículo 2º. La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.

A continuación el Código hace referencia a ella, a fin de regular situaciones en base al derecho no escrito en artículos referentes, por ejemplo al contrato de arrendamiento (artículos 1938, 1940, 1944, 1951, 1954 y 1986) o al mandato (artículo 2117)

Finalmente se ocupa el término al que esta memoria se refiere, cuando se señalan las buenas costumbres o costumbre misma pero utilizada en una diferente acepción que la convoca el presente estudio.

Así entonces, es factible en base a un somero análisis de las normas recién citadas observar que en el área del derecho común no existen normas acerca de la prueba de la costumbre y, en atención al principio de derecho común según el cual todo aquello que no está expresamente prohibido está permitido, podemos con facilidad llegar a la conclusión que es factible utilizar cualquier medio de prueba para acreditar su existencia, esto es, testigos, presunciones, escrituras o cualquier documento idóneo, entre otros, para que el juez arribe a una convicción de existencia del derecho no escrito que se invoca, ello pues no hay restricciones para el uso de la prueba.

Es factible, por lo demás, de acuerdo a los principios generales de la prueba que la costumbre se encuentre tan generalizada que sólo baste invocarla, ello por ser un hecho público y notorio, teniendo en cuenta que aquellos no se prueban, “cuando un hecho es público y notorio no necesita de pruebas”.

No está demás recordar que es “hecho”, en el sentido jurídico del concepto, según Víctor Del Santo, “todo aquello que pueda ser percibido y que no es simple entidad abstracta o idea pura”²⁹ y que serán hechos notorios de relevancia jurídica, según gran parte de la doctrina procesalista, “aquellos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal de un determinado sector social al tiempo de pronunciar la sentencia.”³⁰

La prueba de la costumbre en el Derecho Mercantil

Por su parte, como ya se vió, el Código de Comercio, en su artículo 5° es expreso.

29 Del Santo, Víctor Diccionario de Derecho procesal, Universidad de Buenos Aires, Argentina, Pág. 156, año 1995.

30 Cienfuegos Salgado, Davis. “De los Denominados hechos notorios, con especial referencia a la actividad jurisdiccional electoral federal” México, Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas, Referencia virtual: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2991/15.pdf> consultado, 12 de marzo de 2013

“Art. 5° No constando a los juzgados de comercio que conocen de una cuestión entre partes la autenticidad de la costumbre que se invoque, sólo podrá ser probada por alguno de estos medios:

1° Por un testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella;

2° Por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba.”

Sumando a este artículo la aplicación analógica de lo dicho por el inciso primero del artículo 1.698 del Código Civil, “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta” se sigue que corresponde probar la costumbre jurídica mercantil al que la invoca y la forma de probarla está expresamente mencionada en el ya citado artículo quinto, es decir siempre habrá que probar la costumbre jurídica mercantil por alguno de los siguientes medios:

1° Por un testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella;

2º Por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba.

Por su parte en lo referente a la costumbre interpretativa y a la costumbre técnica, a las que hace referencia el artículo 6º del Código de Comercio, que no se constituyen como costumbre jurídica en silencio de la ley, pueden probarse por todos los medios que admite el Derecho Comercial.

Respecto a esto último el profesor Eugenio Cornejo Fuller da el siguiente ejemplo³¹: pensemos en la inteligencia que debe darse a la expresión “tonelaje Bruto”, “tonelaje Registro” o “tonelaje Carga”, o en un terreno no marítimo, lo que deba entenderse por “tiempo de estadía” o “tiempo de Sobreestadía”, o por último, qué se va a entender por las abreviaciones “FIO”, “FIOS” o “FIOST”. Todos estos últimos ejemplos, a su entender, aluden a costumbres interpretativas que pueden ser probados por cualquiera de los medios que se admitan en materia mercantil. Pues para ellos no rige la limitación a los medios de prueba.

Prueba de la costumbre en el libro tercero del Código de Comercio

31 Cornejo Fuller, Eugenio. “Derecho marítimo Chileno, Explicaciones sobre el libro III del código de comercio: De la navegación y del comercio Marítimo.” Ediciones universitarias de Valparaíso de la universidad Católica de Valparaíso. Año 2003 Capítulo I Párrafo 5 La costumbre marítima, páginas 39 a 41

Establece el Código de Comercio en su artículo 825:

“En las materias reguladas por este Libro, la costumbre podrá ser probada, además de las formas que señala el artículo 5° de este Código, por informe de peritos, que el tribunal apreciará según las reglas de la sana crítica.”

Es preciso señalar que esta disposición solamente rige para la navegación y el comercio marítimo, tema al que se aboca el Libro Tercero del Código de Comercio. Así la presente norma viene a flexibilizar la prueba de la costumbre en materias marítimas.

Es aquí donde el legislador mercantil viene a reconocer la importancia que las costumbres mercantiles tienen para el desarrollo de las actividades comerciales y muestra que es consiente que el art 5° del código señaló formas de probar la costumbre que en la práctica resultan difícilísimas; por ello genera para los asuntos marítimos la posibilidad de simplificar la prueba abriendo la posibilidad de probar la costumbre también por un informe de peritos el cual el tribunal apreciara según las reglas de la sana crítica, esto último conforme a lo prescrito en el mismo artículo 825 y en relación a la prueba en general según lo dispuesto por el artículo 1206 del mismo cuerpo normativo.

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, el tribunal arbitral u ordinario a quien corresponda conocer de los asuntos mencionados en el artículo 1203, tendrá las siguientes facultades:

Nº 1 Podrá admitir, a petición de parte, además de los medios probatorios establecidos en el Código de Procedimiento Civil, cualquier otra clase de prueba; (...)

Nº 4 Tendrá la facultad de apreciar la prueba de acuerdo con las normas de la sana crítica, debiendo consignar en el fallo los fundamentos de dicha apreciación.”

Prueba de la costumbre en leyes especiales Chilenas

Pocos son los cuerpos normativos especiales que de manera expresa hacen referencia a la costumbre y aún menos aquellos que dentro de su cuerpo normativo establecen alguna disposición llamada a regular la aplicación de la misma. Sin embargo es factible nombrar como ejemplo al Código Aeronáutico

El Código Aeronáutico a largo de su cuerpo normativo hace referencia a la costumbre en tan solo una ocasión, mediante su artículo sexto, el que reza,

“Art. 6. ° En lo no previsto en este código ni en los convenios o tratados internacionales aprobados por Chile, se aplicarán las

normas del derecho común chileno, los usos y costumbres de la actividad aeronáutica y los principios generales de derecho.”

Tras un somero análisis gramatical del texto es fácil llegar a la conclusión que, al igual que en el derecho mercantil, en materia aeronáutica la costumbre regirá no solo cuando la ley a ella haga referencia si no que de igual forma en silencio de ley, siendo llamada en conjunto con el derecho común y los principios generales del derecho a llenar lagunas en la materia.

Ahora bien llevando el análisis más allá de las normas que expresamente reglan la costumbre, pensando en una futura aplicación del derecho no escrito en juicio y específicamente en las normas a las que se verá enfrentada la parte sobre la cual rige la carga de probar la costumbre cuya aplicación alega, se hace patente que el Código Aeronáutico nada dice respecto de la forma en que se debe de probar la costumbre que se alega y con ello no queda sino recurrir al derecho común, esto es, a la libertad de medios de prueba.

Por otro lado, si bien no existen, en las leyes especiales que a continuación se señalarán, disposiciones que abarquen normativamente el tema de la costumbre, debiendo con ellos aplicarse supletoriamente el derecho común, si existen disposiciones que viene a modificar las normas de valoración de la prueba, pasando de un régimen de prueba tasada, presente en el Código

de Procedimiento Civil, a regímenes de valoración de la prueba más flexibles y que permiten una mayor discrecionalidad del ente sentenciador.

Es dable recordar que se entiende por valoración de la prueba o apreciación de la prueba judicial, en los términos del profesor Devis Echandia,

“Aquella operación que tiene como fin conocer el mérito o valor conviccional que pueda deducirse de su contenido. Se trata de una actividad procesal exclusiva del juez. Es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria. Su importancia es extraordinaria.”³²

Bajo este respecto el Código de Procedimiento Civil establece en disposiciones tales como el artículo 384, respecto de la valoración de la prueba testimonial, que “Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas siguientes”. Renglón seguido se establecen seis numerales donde cada uno de ellos marca una directriz de tasación de la prueba en cuestión. Algo similar sucede con el artículo 346, respecto de la prueba instrumental privada, en el cual se

32 Devis Echandia, Hernando. Teoría General de la Prueba judicial, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, Año 1970.

establecen las condiciones para que aquellos se tengan por reconocidos en juicio.

Así entonces, es posible observar que disposiciones como las recién citadas son las que viene a establecer que el procedimiento de valoración de la prueba en el derecho común se regirá entonces por un sistema de prueba legal o tasada, también conocido como de la tarifa legal, conceptualizado generalmente como:

“Aquel sistema de valoración de la prueba en donde el juzgador en el momento de apreciar los elementos de prueba, queda sometido a una serie de reglas abstractas preestablecidas por el legislador.”

En contraposición a las ya citadas disposiciones que se encuentran en el código de procedimiento civil, y haciendo honor al principio general del derecho por el cual la ley especial prima por sobre la ley general, se hallan en algunas leyes especiales los artículos que siguen.

Artículo 51 inciso segundo de la Ley N° 19.496 Sobre Protección de los Derechos del Consumidor. “Todas las pruebas que deban rendirse, se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica.”

Artículo 33 de la Ley N° 19.537 Sobre Copropiedad Inmobiliaria.

“Serán de competencia de los juzgados de policía local correspondientes y se sujetarán al procedimiento establecido en la ley N° 18.287, las contiendas que se promuevan entre los copropietarios o entre éstos y el administrador, relativas a la administración del respectivo condominio, para lo cual estos tribunales estarán investidos de todas las facultades que sean necesarias a fin de resolver esas controversias.”

Artículo 16 de la Ley N° 19.039, Sobre Protección de los Derechos de Propiedad Industrial, modificados por la Ley N° 19.996: "En los procedimientos a que se refiere este Párrafo, la prueba se apreciará según las reglas de la sana crítica."

Artículo 111 de la Ley N° 19.039, Sobre Protección de los Derechos de Propiedad Industrial, modificados por la Ley N° 19.996: “En estos procesos, el juez apreciará la prueba según las reglas de la sana crítica”.

Inciso 2° del artículo 14 de la Ley N° 18.287 Sobre Procedimiento Ante los Juzgados de Policía Local: “(...) Al apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el tribunal deberá expresar las

razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas o técnicas en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas y antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador.”

Rigieron, en algún momento, en este mismo sentido disposiciones ya derogadas, como el ejemplo que sigue:

Artículo 62 inciso primero de la Ley N°19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente: “Art 62. El juez apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica y será admisible cualquier medio de prueba, además de los establecidos en el código de procedimiento civil”

Es factible observar que todas las normas citadas confieren a los tribunales la facultad de apreciar la prueba a través del sistema de la sana crítica, conceptualizado por Couture como “Las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”³³

33 Couture, Eduardo. “Estudios de derecho Procesal Civil” Pagina 195. Ediciones Depalma, Buenos Aires. 1979.

Se ve entonces a futuro una clara tendencia hacia la aplicación de este sistema de valoración de la prueba mediante la sana crítica por sobre la prueba tasada más allá de su aplicación en leyes especiales, puesto que para José Luis Padilla en el anteproyecto de Código Procesal Civil “(...) la sana crítica supone un principio básico contemplado en el libro primero de las disposiciones generales, en su artículo 15º, que reza lo siguiente: “SANA CRITICA.-Los tribunales apreciarán la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, por lo que deberán sus resoluciones ser debidamente fundamentadas y no contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, salvo texto legal que expresamente contemple una regla de apreciación diversa”. El artículo 285º, en concordancia con lo anterior nos señala en su inciso primero: “VALORACIÓN DE LA PRUEBA.-Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.”³⁴

34 Padilla Muñoz, José Luis. “La sana crítica en relación con la fundamentación. Acogida en el ante proyecto de Código procesal civil” Universidad de Concepción, Pagina 4, Año 2009

Teniendo entonces en consideración las disposiciones que contendría el proyecto de reforma al Código de Procedimiento Civil, la aplicación de la sana crítica también abarcaría al derecho común y de tal manera las restricciones a la prueba, y lo atingente, la prueba de la costumbre tanto en leyes especiales como en el derecho común no tendría limitación en cuanto a medios mientras estos lleven al convencimiento de su existencia al sentenciador y su apreciación no estaría sujeta al valor probatorio asignado por ley a tal o cual medio de prueba en particular dejando esta labor al criterio de quien juzga.

Jurisprudencia ordinaria y prueba de la costumbre.

Alegada la costumbre en juicio, teóricamente no tiene otra opción el sentenciador más que pronunciarse sobre aquella acogiendo o desechando su aplicación en el caso específico, pero dependerá tal decisión del juzgador de factores tales como:

- a.- La intencionalidad con la que la parte en juicio hubiere aludido a la costumbre,
- b- La forma en que el sentenciador ha interpretado el Artículo 5° del código de comercio.
- c- La prueba rendida, en atención a la acreditación o no de la existencia de la costumbre.

d.- Las directrices que la Corte Suprema, a través de sus decisiones judiciales, ha establecido en la materia

En razón al nivel de conocimiento que tendrá el sentenciador respecto de la aplicación de la costumbre, conocerán de ella los tribunales de primera instancia y se pronunciarán en base a la invocación realizada por la parte interesada en que esta se aplique, las Cortes de Apelaciones (considerándolas en su calidad de tribunales de segunda instancia por excelencia) en razón al análisis de los hechos y el derecho una vez se deduzca recurso de apelación, para que finalmente la Corte Suprema, entre a conocer de la costumbre mercantil en razón del recurso de casación, tras alegarse la infracción a alguna norma que invoca o se remite a la costumbre como es el caso del artículo 1546 del Código civil o una vez se ha alegado infracción a alguna de las normas regulatorias de la prueba, las que se entienden vulneradas cuando los sentenciadores invierten el onus probandi o carga de la prueba, rechazan las pruebas que la ley admite, aceptan las que la ley rechaza, desconocen el valor probatorio de las que se produjeron en el proceso cuando la ley les asigna uno determinado de carácter obligatorio o alteran el orden de precedencia que la ley les diere.³⁵

35 Fallo: 9.659-2009.- seis de octubre de dos mil once. Tercera Sala Corte Suprema.
Fuente: Base Jurisprudencial Poderjudicial.cl

En base a los cuatro factores anteriormente mencionados, es posible encontrar jurisprudencia donde si bien se expresa e invoca la costumbre el tribunal no se pronuncia respecto de ella, ni falla en base a ésta, puesto que la intencionalidad con que la parte ha aludido a la costumbre no es la de obtener su reconocimiento por parte del sentenciador. En tal situación se encuentran causas como por ejemplo:

a.- “En el traslado conferido al deudor, conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley de Quiebras, sostuvo que en su calidad de productora de frutas, entre ellas uvas de distintas variedades para la exportación, celebró con la peticionaria de la quiebra - empresa exportadora- con fecha 27 junio 2007 un contrato, en que su parte se obligó a entregar uvas, y la contraria a vender la producción. **En este contexto añade, es costumbre que el vendedor entregue un anticipo de dinero al productor. Por ello se extendieron los cinco pagarés que sirven de fundamento a la solicitud de quiebra.**”³⁶

36 http://www.pjud.cl/juris_pjud/jurisprudencia2.php 9.027-2010 pronunciada con fecha veinticinco de abril de dos mil once por la Primera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Adalis Oyarzún M., Sergio Muñoz G., Sra. Margarita Herreros M., Sr. Guillermo Silva G., y Abogado Integrante Sr. Benito Mauriz A.

b.- “Comenta que se incurre en dicho error toda vez que no es efectivo que el demandante no haya contravenido las instrucciones recibidas para proceder al lleno de los documentos, consistentes en dos letras de cambio, habiéndose vulnerado por dicha parte lo dispuesto en el artículo 2116 del Código Civil en relación al artículo 1546 del mismo cuerpo de leyes. **Señala que la costumbre mercantil es llenar la época del pago de una letra otorgada en garantía de otras obligaciones principales,** por lo que "prescritas las obligaciones que garantizaban las letras de cambio ejecutadas, y no existiendo acción para el cobro de dichas obligaciones principales, el mandatario actuó fuera de la esfera de sus atribuciones y por lo mismo contravino la instrucción recibida, lo que permite eximirle del pago de las obligaciones consignadas en las letras de cambio cuyo cobro se pretende".³⁷

Por otra parte, existe jurisprudencia donde el tribunal de primera instancia no realiza pronunciamiento alguno respecto de la costumbre por no haber sido ésta invocada por el interesado, para luego la Ilustrísima Corte de

³⁷ http://www.pjud.cl/juris_pjud/jurisprudencia2.php 7.338-2009 pronunciada con fecha catorce de enero de dos mil once por la Primera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sres. Adalis Oyarzún M., Sergio Muñoz G., Sra. Margarita Herreros M., Sr. Guillermo Silva G. y Abogada Integrante Sra. Maricruz Gómez de la Torre V.

Apelaciones, sin alegarse por el recurrente el derecho no escrito, falla conforme a éste pues interpreta el artículo quinto del Código de Comercio de manera tal que ante la certeza de la existencia de la costumbre no se requiere ni invocación ni prueba para ser aplicada por el sentenciador, fallos, que en su gran mayoría son revocados finalmente por la Corte Suprema ante la ausencia de la prueba establecida por el mencionado artículo quinto. Tal es el caso de la causa rol 3.877-2009 pronunciada con fecha seis de junio de dos mil once por la Primera Sala de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia³⁸,

“... la Corte de Apelaciones negando la ocurrencia de dicha premisa, igualmente hace responsable al banco demandado, a través de una razón distinta, **consistente en el incumplimiento de las obligaciones que emanan de la costumbre mercantil referida.**

El segundo aspecto de la vulneración que reclama, se encontraría en la falta de consideraciones de hechos relativas a la forma de dar por establecida la nueva razón del porqué el banco sería responsable, esto es, **no se explica nada acerca de la costumbre mercantil a que alude la Corte en su considerando séptimo**, la que estaría constituida por hechos uniformes, públicos y generalmente ejecutados en la República y reiterados por un largo espacio de tiempo, los que aprecia la Corte prudencialmente conforme lo permite el artículo 4 del Código de Comercio, **lo que**

38 http://www.pjud.cl/juris_pjud/jurisprudencia2.php 3.877-2009 pronunciada con fecha seis de junio de dos mil once por la Primera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún M., Sra. Margarita Herreros M., Sres. Juan Araya E., Guillermo Silva G. y Abogado Integrante Sr. Domingo Hernández E.

adicionalmente también implica que tampoco se explica por considerando de hecho alguno, la forma en que se comprobó la pretendida costumbre mercantil que se da por establecida.

Agrega que no se ha rendido prueba alguna sobre esta costumbre constituida por los hechos públicos y notorios y el demandante nada ha dicho, como sería de su obligación al tenor del artículo 1698 del Código Civil.

En síntesis la sentencia de la Corte no señala prueba alguna, en virtud de la cual concluye que existe una costumbre mercantil.”

Finalmente la Corte suprema establece criterios de aceptación de la costumbre, cada vez que rechaza su aplicación. Ejemplo de ésto es la causa rol: 9.659-2009 sobre la que se pronunció la Corte Suprema con fecha seis de octubre de dos mil once, de la cual entró a conocer en razón al recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago. Someramente expone las alegaciones de la recurrente la sentencia en su considerando primero, para luego desestimar la aplicación de la costumbre en el considerando sexto como se verá.³⁹

³⁹ http://www.pjud.cl/juris_pjud/jurisprudencia2.php Fallo: 9.659-2009.- pronunciada con fecha seis de octubre de dos mil once por la Tercera Sala de la Corte Suprema Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y el Abogado Integrante Sr. Nelson Pozo.

“**Primero:** Que el recurso denuncia la infracción de los artículos 34 y 24 de la Ley N° 18.045; 1815 del Código Civil y 4 del Código de Comercio, y argumenta que el artículo 34 impone obligaciones de medios y no de resultados a los corredores de bolsa, en cuanto señala que deben responder por la capacidad de quienes transen por su intermedio y de la integridad de los títulos. Esta obligación, afirma la parte recurrente, no impone ninguna forma específica de cumplimiento, sino el deber de responder frente a su incumplimiento culpable. Ello se refuerza, continúa, por lo dispuesto en el artículo 36 letra c) de la Ley N° 18.045, que sanciona con la cancelación al corredor que toma parte culpable o dolosamente en transacciones incompatibles con las sanas prácticas del mercado, ya que si todo incumplimiento del artículo 34 importara incurrir en esta letra c) del artículo 36 bastaría que esta última norma se remitiera al incumplimiento culpable del artículo 34, lo que no hace. Por ello, del incumplimiento del artículo 34 no se sigue necesariamente una actividad culpable por parte del corredor. **Saber si éste ha sido negligente o no en sus deberes como fedatario se responde bajo el estándar de la culpa leve y para saber cuál es ése en el mercado de valores hay que recurrir a la costumbre mercantil.** Si ésta ha

determinado un modo de cumplir con los deberes del fedetario, el corredor actuará culpablemente y deberá responder cuando incumple tal parámetro. Al respecto señala que de la prueba rendida en la causa es posible establecer que el uso de certificados de custodia es la forma habitual en que los corredores de bolsa verifican la integridad del título.”

Sexto: Que las prácticas que constituyen la costumbre y que acepta el artículo 4º del Código de Comercio son las que desarrollan en buena forma los criterios jurídicos que orientan el sistema, en este caso la certeza de regularidad en las transacciones, no aquellas que generan efectos contrarios como ocurre en la especie, en que, según se estableció en la causa, se hizo circular títulos sin verificación adecuada de su integridad y autenticidad. En efecto, tratándose de pagarés descontables del Banco Central que quedan en custodia en el Depósito Central de Valores, el solo examen del certificado de custodia es insuficiente para verificar la integridad y autenticidad de los documentos, toda vez que, como acertadamente lo sostienen los jueces del fondo, la única forma apta para tal objetivo es la consulta al Depósito Central de Valores. De acuerdo a lo que dispone el artículo 34 de

la Ley N° 18.045, era deber de la reclamante verificar los poderes de quienes comparecieron en representación de Fondos Mutuos Qualitas y de Inverlink Capitales, obligación que no puede entenderse cumplida con la simple constatación formal de la existencia de firmas en la cadena de endosos, sin asegurarse de la identidad y capacidad legal de quienes contrataron por su intermedio, así como de la autenticidad de los endosos, de manera que la sentencia al rechazar el reclamo formulado no ha incurrido en el error de derecho denunciado en el primer capítulo del recurso de casación.

Jurisprudencia arbitral y la prueba de la costumbre.

Siendo las relaciones comerciales, eminentemente relaciones entre particulares, quedaran estas sujetas a los elementos accidentales que aquellos decidan estipular en los respectivos actos o contratos, de especial importancia para el presente estudio es la llamada cláusula compromisoria conceptualizada como aquella estipulación contenida en un contrato por medio de la cual las partes acuerdan someter a arbitraje las divergencias que surjan con ocasión del

cumplimiento o la interpretación del contrato, o cualquier otra cuestión controvertida que exista entre ellas.⁴⁰

Según el artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales, los árbitros son jueces designados por las partes o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso. Inmediatamente, el artículo siguiente los clasifica como árbitros de derecho si se somete tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva a las reglas establecidas para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida. En árbitros arbitradores cuando fallan obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren y no se encuentran obligados a guardar en sus procedimientos y en sus fallos otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada han expresado, las normas mínimas que señalan el CPC. Finalmente se señala que serán árbitros mixtos aquellos árbitros de derecho a los que se le conceden las facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento.

Como se puede observar dentro de las clasificaciones anteriormente expuestas, los árbitros tanto de derecho como árbitros mixtos se deben sujetar en la resolución del asunto litigioso que a ellos se somete a las reglas que la ley establece para los jueces ordinarios, desprendiéndose de esto que ellos

40 <http://www.definicionlegal.com/definicionde/Clausulacompromisoria.htm>

también se encuentran sometidos a las reglas limitativas de la prueba de la costumbre. Sin embargo no es éste el caso de los árbitros arbitradores en cuanto fallan obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren y no se encuentran obligados a guardar en sus procedimientos y en sus fallos otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada han expresado, las normas mínimas que señalan el CPC, las que son que el arbitrador debe oír a todas las partes, aplicación del principio de bilateralidad de la audiencia y que el arbitrador debe recibir y agregar al procedimiento los instrumentos que las partes le presenten.

Por tanto, será del todo interesante revisar algunos pronunciamientos de árbitros arbitradores en cuanto a la aplicación de la costumbre y su prueba en juicio, como es el caso de la sentencia arbitral dictada con fecha 14 de junio de 2004 por el árbitro arbitrador el Señor Juan Antonio Feliú Segovia en causa rol: 402 en la cual el demandante solicita se declare resuelta la promesa de compraventa y se ordene al demandado pagarle la multa estipulada en el contrato para el caso de desistimiento, más reajustes e intereses, a lo que el demandado reconviene y solicita rebajar la cláusula penal acordada. Entre los argumentos expuestos por el demandante señala que la pena pactada libre y voluntariamente equivalía al 10 por ciento del precio de la compraventa “lo que resulta completamente usual para este tipo de operaciones, según la costumbre

comercial”; porcentaje éste, que es el que establece el Art. 1.890 del Código Civil para completar el justo precio en el caso de la rescisión por lesión enorme.

Hechas las peticiones y presentada la prueba, el árbitro en la parte considerativa del fallo señala, antes de finalmente acoger la demanda con costas:

“Que fueron dos profesionales superiores (un ingeniero civil y otro comercial) quienes libremente pactaron esa pena; **que es una costumbre pública y conocida fijar en un 10% del precio de la compraventa prometida la pena a pagar en caso de no celebrar el contrato, como así lo acreditaron los corredores que el demandante presentó como testigos**; y que la parte demandada no produjo prueba alguna para fundamentar lo pedido en la reconvención, no obstante que tal y como lo solicitó, el Tribunal repuso al efecto el auto de prueba para agregar que debía recaer sobre los fundamentos de la petición de rebajar la pena.”⁴¹

41 Fuente electrónica: http://www.camsantiago.cl/sentencias/indice2003_2006/402.pdf
Centro de arbitrajes y mediación de la cámara de comercio de Santiago, Arbitraje de

Es otro ejemplo válido, de posturas que incorporan los peritajes como medios de prueba, limitado para los jueces ordinarios respecto de la prueba de la costumbre mercantil, la sentencia pronunciado por el Arbitro arbitrador señor Jorge Barros Freire con fecha: 20 de diciembre de 2004 en la causa Rol: 422, en el cual a fin de resolver el conflicto a él planteado en el considerando noveno de la resolución declara existente una práctica habitual de la construcción (indudable sinónimo de costumbre en cuanto la acepción del término nos lleva a lo mismo) tras probarse ella por medio de perito.

“Que, en este punto, resulta determinante la opinión que el perito don (se suprime el nombre) proporcionó a este Tribunal en su informe que rola a fs. 333, en el párrafo 1.1 acerca de las prácticas habituales en la construcción de obras viales por el MOP y su Dirección de Vialidad, que repite en el párrafo 1.2, al señalar que, en conformidad a dicha práctica, algunas obras se iniciaron sin contar con los proyectos aprobados, como consta de los documentos que dicho perito revisó.”⁴²

árbitro arbitrador Sr. Juan Antonio Feliú Segovia Fecha Sentencia: 14 de junio de 2004 ROL: 402.

⁴² Fuente electrónica: http://www.camsantiago.cl/sentencias/IndiceGral_2011/422.pdf consultada 02.05.2013 Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio de Santiago, Arbitraje de árbitro arbitrador en cuanto al procedimiento y de derecho en

Derecho comparado y la prueba de la costumbre.

Para realizar un análisis a nivel de derecho comparado respecto de la prueba de la costumbre, es preciso distinguir en una primera instancia las legislaciones en las cuales la costumbre constituye fuente del derecho, de aquellas en las que no se erige como tal por no tener en ningún cuerpo normativo referencia alguna a ella, quedando fuera incluso la costumbre según ley, pues sin existir norma que a ella se remita vuelve imposible su aplicación.

Realizado este primer análisis cabe para los efectos de la presente memoria distinguir, entre aquellas legislaciones en que la costumbre es fuente del derecho, cuáles de ellas poseen una reglamentación sobre su aplicación y prueba de otras donde hecha la mención a la costumbre como fuente del derecho poco y nada se dice sobre su utilización en juicio.

Pertenece pues a aquella primera categoría, donde poco y nada se dice sobre la costumbre, países como:

REPUBLICA DOMINICANA: que no presenta normas regulatorias de la costumbre, no la menciona como fuente del derecho y salvo dos artículos de su

cuanto al fallo, Árbitro: Sr. Jorge Barros Freire Fecha Sentencia: 20 de diciembre de 2004 ROL: 422

Código Civil (de escaso valor para los fines del presente estudio) no es mencionada.

MEXICO: El cual en su Código de Comercio no presenta normas que realicen referencia a la costumbre como fuente del derecho mercantil y que, respecto al derecho común, como toda mención en su artículo diez del código civil declara que “Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario.”

Respecto de países donde la costumbre fuente del derecho tiene una regulación no detallada (y no por esto deficiente) se encuentra el ejemplo de países tales como:

ARGENTINA: El cual en el artículo 17 del título preliminar de su Código Civil establece que los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente.

En cuanto a normas mercantiles, el título preliminar del Código de Comercio vendrá a disponer: que 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, posteriormente realizando alusión a lo que es la costumbre interpretativa y la costumbre técnica señala que 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.

Como última disposición relativa al tema en cuestión se encuentra el artículo 218 del mismo código que señala, en su numeral sexto que 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.

Conforme a las señaladas disposiciones es posible observar que la costumbre en el derecho argentino constituye fuente de derecho, ya sea en los casos de costumbre en silencio de ley como en los casos de costumbre según ley, específicamente en el área del derecho mercantil podemos observar adquiere una mayor trascendencia pues viene a zanjar cuestiones de las relaciones jurídicas mediante su aplicación interpretativa. Así entonces igualmente se distingue a nivel de derecho mercantil una costumbre jurídica, una interpretativa y una técnica, para las cuales no se establecen limitaciones a su prueba, alegadas y probadas dejando al sentenciador convencido de su existencia estas deberían aplicarse.

ECUADOR: Si bien Ecuador suma entre su Código Civil y su Código de Comercio tan solo dos artículos que hacen mención a la costumbre, lo que no es una reglamentación propiamente exhaustiva, ellos son suficientes para determinar los casos en que: la costumbre se erige como fuente del derecho; los requisitos que ésta debe cumplir para valer en silencio de ley; el tiempo (diez años) durante la cual debe reiterarse la conducta para que se constituya como costumbre y respecto de su prueba el tema se zanja concluyendo que ante la ausencia de normativa que limite su prueba se entenderá que la libertad probatoria es el régimen que prevalece. La primera de tales disposiciones se encuentra en el artículo segundo del Código Civil, el cual establece que la costumbre no constituirá derecho sino en los casos en que la ley se remita a ella, símil del artículo segundo del Código Civil Chileno. Por su parte el artículo cuarto del código de Comercio Ecuatoriano señala que las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República, o en una determinada localidad, y reiterados por más de diez años.

EL SALVADOR: Nación que en su Código Civil establece normas muy similares a las presentes en la legislación Chilena, en cuanto sus disposiciones constituyen reproducciones de los artículos 2° y 1546 del Código Civil Chileno, pero que genera un distanciamiento de criterios en cuanto a lo que respecta sobre la costumbre mercantil (a diferencia de países como Nicaragua que

sigue el modelo chileno en ambos códigos)

Su artículo segundo señala que la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella, para posteriormente en su artículo 1417 establecer que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

Respecto a su Código de Comercio, El Salvador, tan solo posee una norma referente a la costumbre, contenida en el título preliminar referente a los comerciantes, los actos de comercio y las cosas mercantiles los cuales se regirán por las disposiciones contenidas en dicho Código y en las demás leyes mercantiles, en su defecto, por los respectivos usos y costumbres, y a falta de éstos, por las normas del Código Civil. Establece en su inciso segundo una prelación de aplicación de la costumbre en razón a un factor territorial al señalar que los usos y costumbres especiales y locales prevalecerán sobre los generales.

En cuanto a países que si poseen una detallada reglamentación de la costumbre mercantil, se desarrollan ejemplos latinoamericanos como las legislaciones de Costa Rica o Colombia

COSTA RICA: País que expresamente le reconoce, en el título preliminar de su Código Civil, el valor de fuente jurídica no escrita a la costumbre, cuya utilidad es interpretar, delimitar e integrar las fuentes jurídicas escritas, y que se aplicara con antelación a los principios generales del derecho, siempre que no sea ella contraria a la ley y se demuestre su existencia

Señala detalladamente que las fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los Tratados Internacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley. La costumbre, los usos y los principios generales de Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las buenas fuentes escritas del ordenamiento jurídico.

Ahora bien los mencionados usos y la costumbre sólo regirán en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo.

Establece, igualmente esta legislación, en su artículo cuarto del Código Civil, un orden de prelación que posiciona a la costumbre en aplicación preferente respecto de los principios generales del Derecho al señalar que ellos se aplicarán en defecto de norma escrita, uso o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

Siendo estas las disposiciones existentes en el derecho común, es factible observar que no existe limitación probatoria a la prueba de la costumbre, cuestión que el Código de Comercio Costarricense en su Título Preliminar, artículo tercero zanja al establecer que quien invoca la costumbre debe probarla y para ello cualquier prueba es admisible, así para que la costumbre sea aplicable y supla el silencio de la ley, es necesario que haya sido admitida de modo general y por un largo tiempo, todo a juicio de los tribunales y que quien invoque una costumbre se encuentra en la obligación de probar su existencia, para lo cual toda clase de prueba es admisible.

Señala el artículo segundo del Código de Comercio que cuando no exista en dicho Código, ni en otras leyes mercantiles, disposición concreta que rijan determinada materia o caso, se aplicarán, por su orden y en lo pertinente, las del Código Civil, los usos y costumbres y los principios generales de derecho. En cuanto a la aplicación de los usos y costumbres, privarán los locales sobre los nacionales; los nacionales sobre los internacionales; y los especiales sobre los generales.

Igualmente la legislación Costarricense contempla la costumbre interpretativa y técnica al señalar que las costumbres mercantiles servirán no sólo para suplir el silencio de la ley, sino también como regla para apreciar el sentido de las palabras o términos técnicos del comercio usados en los actos o contratos mercantiles.

Es digno de observar que además existe en el ordenamiento jurídico Costarricense otros dos puntos especiales respecto de la costumbre, el primero que, aún siendo una legislación relativamente detallista respecto de la aplicación de la costumbre, deja a criterio de los tribunales la determinación de lo que es un aplicación de modo general y lo que es el “largo espacio de tiempo” requisitos para que se configure el derecho no escrito; En segundo lugar que establece una prelación respecto de la utilización de la misma, donde prevalece por ejemplo la costumbre local, por sobre la nacional y ésta por sobre la extranjera. Existiendo de tal manera una cuádruple clasificación legal de la costumbre (no solo doctrinaria) sumando a la ya típica, según, contra en silencio de ley, las de local, nacional y extranjera; general y especial; y finalmente, la también conocida jurídica, interpretativa y técnica.

Jurisprudencia Costarricense relacionada a la costumbre le da la facultad de imponer obligaciones inclusive de garante aplicada a criterio de los jueces.

“(…) la posición de garante surge por un lado de la propia ley, como por ejemplo de las normas contenidas en el Capítulo Tercero del Título I° del Libro I° (arts. 17 ss.); del Capítulo único del Título IV también del Libro I° (arts. 398 y ss.); así como los artículos 181, 182, 183, 189, 226, 229, 231, y 233, todos del Código de Comercio, tanto en su redacción actual como la que

tenían a la fecha de los hechos, sin hacer referencia a las normas que regulan la Bolsa Nacional de Valores por ser de 1990, y a la Ley de Regulación de la Publicidad de la Oferta Pública de Valores por ser de 1988. **Además, por otro lado, esa posición de garante también surge de la costumbre**, de las tradiciones, y de las circunstancias, sobre todo en casos referidos al ámbito bursátil, mercantil y empresarial, regido por la tradición, la costumbre y las prácticas, entre las que sobresalen la buena fe, la confidencialidad, la exactitud y la lealtad en la información suministrada entre los distintos sujetos que se interrelacionan, según lo refieren los artículos 2, 3 y 4 del Código de Comercio.”⁴³

COLOMBIA: Presenta novedades al erigirse como una expresa legislación en cuanto a este punto. Ya desde su derecho común, genera un distanciamiento respecto de las demás legislaciones latinoamericanas, al disponer negativamente sobre la fuerza de la costumbre, señalando en su artículo octavo que la costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No

43 Fuente Electronica:

http://200.91.68.20/pj/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.as?param1=TSS&nValor1=1&nValor2=52562&strTipM=T Sentencia: 00339; Expediente: 93-001206-0006-PE Fecha: 31/08/1994 Emitido por: Sala Tercera de la Corte; Redactado por Ministro Daniel González Alvarez.

podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica, por inveterada y general que sea.

Respecto de la reglamentación de la costumbre comercial el legislador colombiano ha sido más exhaustivo, integrando en el título preliminar de su código de comercio a propósito de las disposiciones generales de las prácticas mercantiles, siete artículos que viene a por medio del detalle, darle fluidez y seguridad a su derecho mercantil, estableciendo cual será la autoridad de la costumbre mercantil la cual tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella. Y estableciendo que en defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos anteriormente.

Dentro de los límites de la seguridad jurídica, el principio de la autonomía de la voluntad se hace patente en el artículo cuarto del Código de Comercio Colombiano al otorgar preferencia a las estipulaciones contractuales, así las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles.

En cuanto a la aplicación de la costumbre mercantil, el cuerpo normativo señala que las costumbres mercantiles servirán, además, para determinar el

sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles. El artículo séptimo por su parte hace referencia a lo que es la aplicación de los tratados y costumbre internacionales, donde los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones establecidas por el artículo tercero del Código de Comercio Colombiano, así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas contenidas en el mismo código.

Respecto a la temática de la prueba de la costumbre a ella se refieren los artículos sexto, octavo y noveno del texto en estudio, el primero de dichos artículos establece que la costumbre mercantil se probará como lo dispone el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, cuando se pretenda probar con testigos, éstos deberán ser, por lo menos, cinco comerciantes idóneos inscritos en el registro mercantil, que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos; y cuando se aduzcan como prueba dos decisiones judiciales definitivas, se requerirá que éstas hayan sido proferidas dentro de los cinco años anteriores al diferendo.

El segundo de los artículos en comento, tiene la novedad de abocarse a la reglamentación de la prueba de la costumbre mercantil extranjera, donde 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.

Finalmente el artículo noveno da un paso más allá y desarrolla la prueba de la costumbre internacional y de su vigencia la que se llevara a cabo 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.

CAPITULO II

DE LA COSTUMBRE MERCANTIL Y LA HISTORIA DE LA LEY

Consideraciones Generales.

Previamente y en reiteradas ocasiones se ha señalado el cuerpo del artículo quinto del código de comercio, artículo que establece las normas probatorias respecto de la costumbre mercantil general y que da origen al debate en torno a las dificultades probatorias que el código impone a la costumbre, pero es preciso señalar que históricamente no era este el texto completo del citado artículo, al menos no era la idea original en el proyecto presentado a la comisión revisora por Don Gabriel Ocampo (jurista argentino residente en Chile al cual durante la administración Bulnes se le encomendó la redacción de un Código de Comercio), comisión que en opinión de muchos (entre ellos de Don Ricardo Sandoval López⁴⁴) introdujo una serie de modificaciones, no del todo felices.

¿Pero si no era este el texto original, cuál era? Y en tal situación ¿cuál era la real intención del legislador comercial respecto a la prueba de la costumbre? ¿Existieron otros proyectos de artículos relativos al derecho no

44 Sandoval López, Ricardo, "Derecho Comercial". Tomo I, Pág. 35 edit. Juridica de Chile 2007.

escrito de atingencia? Recurriendo a la historia de la ley y especialmente a las anotaciones que don Gabriel Ocampo registró en su minuto se buscará en parte dilucidar estas interrogantes.

Primer borrador del Código de Comercio Chileno

Libro I, Disposiciones Generales:

El actual Código Comercio realiza su primera referencia a la costumbre mercantil a partir del artículo cuarto del mismo, sin contar claro está la referencia a ella que el mensaje del código contiene, pero según las anotaciones de don Gabriel Ocampo la primera mención al derecho no escrito contenida en el primer borrador del Código se posicionaba en el Libro Primero, a propósito de las disposiciones generales, específicamente en su artículo segundo el que rezaba

Artículo 2° “la costumbre y los usos mercantiles no tienen fuerza de ley: solo podrán ser invocados para determinar el sentido usual de las palabras o frases técnicas del comercio e interpretar los actos y convenciones mercantiles”⁴⁵

45 Brahm. José Gabriel Ocampo y la codificación comercial Chilena: los primeros borradores del proyecto de Código de Comercio, Edit Universidad de los Andes, pag 51

Esto es, permitía la incorporación de tanto la costumbre interpretativa como de la costumbre técnica, pero en ningún caso de la costumbre jurídica, la que tendría cabida únicamente según las normas del Código Civil pero impidiendo al sentenciador recurrir la costumbre en silencio de ley para llenar las lagunas del derecho mercantil.

Posteriormente introduce su primera modificación al proyecto del artículo segundo, posicionándolo materialmente en la misma ubicación corporal del código pero redactándolo de un modo menos restrictivo y quitándole la negación de fuente de ley, lo que se podría entender como un primer acercamiento de confianza con el derecho no escrito, pero aun así manteniendo la sola referencia a la costumbre tanto técnica como interpretativa, de tal forma que el segundo modo de plantear el artículo segundo de primer borrador de Código queda como sigue:

Artículo 2° “la costumbre y los usos mercantiles podrán ser invocados para determinar el sentido usual de las palabras o frases técnicas del comercio e interpretar los actos y convenciones mercantiles.”⁴⁶

46 Brahm. José Gabriel Ocampo y la codificación comercial Chilena: los primeros borradores del proyecto de Código de Comercio, Edit Universidad de los Andes, pag 51

Libro II: De los contratos y Obligaciones Mercantiles en General.

Título I: Disposiciones Generales, Párrafo 2°: De la prueba de las Obligaciones.

Interesa al estudio como se verá más adelante, la prueba de las obligaciones, por lo mismo se amplía el estudio de la historia de la ley al actual Libro Segundo del Código de Comercio, respecto de la prueba de las mismas. Se puede observar que el proyecto de artículo versa respecto de los medios que llevarán al sentenciador a valorar la fuerza vinculante de las obligaciones, once son según el proyecto los medios que tendrán las partes en juicio para llevar al sentenciador a un convencimiento. Como fuente doctrinaria a mencionar del presente artículo, se señala al jurista Delamarre citado del Tomo 1° N°229- Persil de las ventas N°14. Pocas serán, sin embargo, las modificaciones que el proyecto de artículo sufrirá con las reflexiones de Ocampo en sus futuros borradores. No obstante ello, una vez llegado a manos de la comisión revisora no terminará por ser este el texto que rija la prueba tanto de los contratos como de las obligaciones mercantiles.

Artículo: A los contratos y obligaciones se prueban.

1° Por escritura pública

2° Por escritura privada reconocida=3° Por testigos=4° Por confesión

5° Por certificación de un agente--- en el caso previsto en el art 125

6° Por facturas o minutas del contrato aceptadas o.... por las partes (Delamarre Tomo 1° N°229- Persil de las ventas N°14)

7° Por la correspondencia. En las ventas al contado no hay necesidad de factura

8° Por los libros de com° llevados de conformidad con las prescripciones de este código

9° (nota) Por el juramento en el caso del art 77 y otros análogos

10° Por declaración de testigos

11° Por presunciones legales o judiciales, reuniendo éstas las calidades que enuncia el art.1712⁴⁷

47 Brahm. José Gabriel Ocampo y la codificación comercial Chilena: los primeros borradores del proyecto de Código de Comercio, Edit Universidad de los Andes, Pag.191

Segundo borrador del Código de Comercio Chileno

Libro I, Disposiciones Generales:

Habiendo quedado el texto del artículo segundo con el último modo de plantearlo en el primer borrador, Gabriel Ocampo continúa considerando sus implicancias y buscando fuentes en el derecho comparado que lo lleven a un perfeccionamiento de la posición que el legislador tomara en cuanto a la costumbre como fuente del derecho. Así entonces es factible encontrar entre sus consideraciones que en el segundo borrador del Código de Comercio, aún posicionado en el libro primero en razón de las disposiciones generales, el texto del artículo segundo que está en revisión es:

Artículo 2°: “las costumbres y los usos mercantiles podrán ser invocados para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio e interpretar los actos y convenciones mercantiles.”⁴⁸

48 Brahm. José Gabriel Ocampo y la codificación comercial Chilena: los primeros borradores del proyecto de Código de Comercio, Edit Universidad de los Andes, pag 83

No presentaría ninguna evolución el pensamiento del jurista argentino encargado del proyecto de código, si no fuese por las anotaciones que escribe al margen de este artículo. Reza lo escrito al margen:

NOTA: Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen- art 1963 del código civil- Art 2° las costumbres mercantiles tendrán la misma autoridad que la ley siempre que se reúnan estas circunstancias. 1° que no sean prohibidas por la ley. 2° que no sean contrarias a las prescripciones de este código, al orden público y a la moral, y a las consecuencias legítimas que fluyen de la naturaleza de los contratos 3° que los hechos constitutivos de las costumbres sean uniformes, públicos, generalmente efectuados en la república, y en una determinada localidad muchas veces verificados por un largo espacio de tiempo a juicio de los tribunales consulares y constantemente toleradas por el legislador. (Delamarre tomo 1° pag 691°- Merlin verbo usages.) 3° no constando al tribunal que conoce de una cuestión entre partes la autenticidad de la costumbre que se invoque sólo podrá ser probada por alguno de estos medios: (Delamarre tomo 1° pag 691°- Merlin verbo usages; Casaregis Disc 1° 87 N°9.) 1° con un testimonio fehaciente de tres

sentencias que aseverando la existencia de la costumbre hayan sido pronunciadas de acuerdo con ella. 2° con un acto o informe de notoriedad de una cámara de comercio compuesta de nueve comerciantes que deliberaran y se pronunciaran colectivamente. La cámara será elegida por el tribunal, tomando nueve comerciantes de las listas que usualmente se elevan al P. de la Republica. Para la elección de los que deben integrar los tribunales consulares. 3° con escrituras públicas o privadas, anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba.

Importante es destacar este estadio en las consideraciones que Gabriel Ocampo realizaba en torno al texto del futuro artículo segundo, y aún más de lo que será en un futuro el texto del actual artículo quinto del Código de Comercio.

Pero sin adelantarse a los hechos y analizando de forma ordenada las anotaciones efectuadas, es preciso señalar la concordancia que se realiza con el artículo 1963 (SIC) del Código Civil. El Código Civil al que se hace referencia es presumiblemente al Código Civil Chileno, artículo 1563 del código inciso segundo. Se desconoce porque en las anotación se señala como número del articulo el 1963, podría estar realizando referencia a algún otro código que no sea el Chileno, o más probablemente aún es que el tiempo hubiere dañado las

anotaciones no dejando claro al transcriptor el número exacto, pero no son estas más que meras especulaciones.

Volviendo al tema de la concordancia sistemática es factible observar que Ocampo hace uso de la regla presente en el artículo 22 inciso segundo del Código Civil, esto es llevar la correspondencia de la ley más allá de la propia ley a interpretar considerando que todas las leyes de un país han de formar un sistema y se hermanan por obedecer a ciertos principios superiores. El actual artículo 1563 del Código Civil contiene la regla hermenéutica contractual por la cual los contratos se interpretarán por la naturaleza del mismo, así en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria deberá adoptarse la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato, donde las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.

Un segundo punto a destacar está dado por la referencia que se hace al artículo segundo donde se establece como fuente al autor Delamarre y se da como referencia el tomo 1° pag 691°- Merlin verbo usages. Se observa con esta referencia una nueva evolución respecto a la opinión que le merece la costumbre a Ocampo, pues de iniciar con una disposición negativa respecto a la posibilidad de constituir fuente del derecho, anota al margen de la disposición las fuentes materiales que le dan a la costumbre la misma autoridad de ley incluso en silencio de ésta, cumpliendo con tres requisitos que son, en primer lugar que la costumbres no sean prohibidas por la ley, en segundo que no sean

contrarias a las prescripciones del mismo Código, al orden público y a la moral, y a las consecuencias legítimas que fluyen de la naturaleza de los contratos y tercero que los hechos constitutivos de las costumbres sean uniformes, públicos, generalmente efectuados en la república y en una determinada localidad, muchas veces verificados por un largo espacio de tiempo a juicio de los tribunales consulares y constantemente toleradas por el legislador.

Como una segunda fuente material, continuación del tema, es el artículo tercero al que se hace referencia en la nota, se señalan como autores al ya mencionado Delamarre, mismo texto, misma página esta vez acompañado de Casaregis donde la referencia es Disc 1° 87 N°9. El texto puesto al margen muestra un Ocampo que pensaba ya en la incorporación de costumbre como fuente del derecho teniendo en cuenta la necesidad de probarla una vez ésta se hubiera invocado, esto es, evoluciona su pensamiento desde una prohibición de costumbre como fuente a uno que lo lleva a considerar la posibilidad que ésta sea fuente del derecho pero que debe ser probada con medios especialmente señalados por el legislador, puesto que no constando al tribunal que conoce de una cuestión entre partes la autenticidad de la costumbre que se invoque, solo podrá ser probada por algunos de los medios que señala el legislador. Estos son: con un testimonio fehaciente de tres sentencias que aseverando la existencia de la costumbre hayan sido pronunciadas de acuerdo con ella, en segundo lugar con un acto o informe de notoriedad de una cámara de comercio compuesta de nueve comerciantes que deliberaran y se pronunciaran

colectivamente, donde la cámara será elegida por el tribunal, tomando nueve comerciantes de las listas que usualmente se elevan al Presidente de la Republica para la elección de los que deben integrar los tribunales consulares, y por ultimo con escrituras públicas o privadas, anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba. No se ve en la fuente referencia ningún establecimiento de orden de prelación respecto de estos medios probatorios, así entonces tanto vale el primero como el segundo o tercero de ellos. Es además esta referencia asimilable al primer eslabón del actual artículo quinto del Código de Comercio, que como es posible observar si consideraba en su fuente original la posibilidad de la prueba pericial ya que el numeral segundo, “con un acto o informe de notoriedad de una Cámara de Comercio compuesta de nueve comerciantes que deliberaran y se pronunciaran colectivamente. La cámara será elegida por el tribunal, tomando nueve comerciantes de las listas que usualmente se elevan al P. de la Republica. Para la elección de los que deben integrar los tribunales consulares.”, no es sino un informe de una persona hábil o experta en una determinada ciencia o arte, sea este de un individuo o de una comisión como es el caso, lo que lleva a pensar en los motivos que existieron para castrar al actual texto.

**Libro II: De los contratos y Obligaciones Mercantiles en General. Título I:
Disposiciones Generales,**

Pocas y de escasa consideración son las modificaciones que Ocampo realiza a los medios por los cuales es posible arribar a la prueba de las obligaciones y contratos mercantiles. Importa en este segundo borrador la anexión del párrafo primero, que invoca los principios de derecho civil para que rijan los contratos y obligaciones mercantiles en todo aquello en lo que el derecho mercantil no efectuó una modificación expresa.

Párrafo I: De la constitución, Forma y Efecto de los contratos y obligaciones.

Los principios que gobiernan la formación de los contratos y obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modos de extinguirse, anularse o rescindirse y su prueba son aplicables a los contratos y obligaciones mercantiles, salvas las modificaciones que establecen las leyes especiales del comercio.

Párrafo 2°: De la prueba de las Obligaciones.

Hechas las modificaciones al artículo, se observa que el nuevo proyecto de disposición queda, teniendo en consideración las dificultades para el transcriptor de las notas efectuadas por Ocampo, como sigue.

De la prueba de los contratos y obligaciones

228 Los contratos y obligaciones se prueban:

1° por escritura pública

2° por escritura privada reconocida

3° por tarjas

4° por confesión

5° por certificación de un agente intermediario en el caso previsto en el art 125 y los extractos o minutas de que habla el N°10 del art.121

6° por facturas o minutas del contrato aceptadas y canceladas por las partes

7° Por la correspondencia.

8° Por los libros de com° llevados de conformidad con las prescripciones de este código.

9° por el juramento decisorio o supletorio

10° por declaración de testigos

11° por presunciones legales o judiciales, reuniendo éstas las calidades que enuncia el art.1712⁴⁹

Tercer borrador del Código de Comercio Chileno

Libro I, Disposiciones Generales:

Ya en este tercer borrador del libro primero, es posible ver un cambio radical de mentalidad de parte del autor en relación a la costumbre mercantil, lo que en un inicio no tenía fuerza de ley pasa a tener la misma autoridad que aquella, si bien cumpliendo determinados requisitos. Así entonces el nuevo texto del artículo segundo del código de comercio pasa a rezar:

49 Brahm. José Gabriel Ocampo y la codificación comercial Chilena: los primeros borradores del proyecto de Código de Comercio, Edit Universidad de los Andes, Pág. 324

Artículo 2°: Las costumbres mercantiles tendrán la misma autoridad que la ley, siempre que reúnan estas circunstancias:

1°: Que no sean prohibidas por la ley.

2°: Que no sean contrarias a las prescripciones de este Código, al orden público y a la moral, y a las consecuencias que legítimamente fluyan de la naturaleza de los contratos

3°: Que los hechos constitutivos de las costumbres sean uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la república o en una determinada localidad reiterados por un largo espacio de tiempo a juicio de los tribunales consulares y constantemente toleradas por el legislador.

Con el numeral primero se establecerá entonces la vigencia de la costumbre según ley tanto como la costumbre en silencio de ley, de las costumbres técnicas, interpretativas y jurídicas sin establecer un distingo entre ellas, pero surge entonces la necesidad de establecer los medios por los cuales los sentenciadores de la cuestión discutida llegaran a conocer de la existencia de la costumbre, incorporándose con ello en este tercer borrador un artículo tercero que antes no realizaba mención alguna a la costumbre:

Artículo 3°: No constando al tribunal consular que conoce de una cuestión entre partes la autenticidad de la costumbre que se invoque sólo podrá ser probada por alguno de estos medios:

1°: Con un testimonio fehaciente de tres sentencias que aseverando la existencia de la costumbre hayan sido pronunciadas de acuerdo con ella.

2°: Con un acto o informe de notoriedad de una cámara de comercio compuesta de nueve comerciantes que deliberaran y se pronunciaran colectivamente. La cámara será elegida ad hoc por el tribunal consular, tomando nueve comerciantes de las listas que anualmente se elevan al P. de la Republica para que elija entre ellos los que deben integrar los consulados.

3°: Con escrituras públicas o privadas, anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba

Destacan con esta nueva incorporación respecto del encabezado del artículo mismo la nota al margen referente a los tribunales consulares:

NOTA: En el lenguaje de esos códigos () la denominación de tribunales de comercio comprende los jueces ordinarios que los subrogan en los casos señalados en la ley.

Mientras que, respecto de los numerales contenidos en este proyecto de artículo tercero es posible observar que el primero de ellos se constituye como el origen de lo que hoy es el texto del mismo numeral del artículo quinto del Código de Comercio, habiéndose modificado la cantidad de sentencias que posicionan en convencimiento al sentenciador de la autenticidad de la costumbre invocada, de tres a dos. El numeral segundo, por su parte, contiene por analogía la aplicación de la prueba pericial la que se llevara a cabo con un acto o informe de notoriedad de una cámara de comercio compuesta de nueve comerciantes que deliberaran y se pronunciaran colectivamente, estando demás hacer notar que este proyecto de numeral no arribo al texto final del Código en comento. Finalmente respecto del numeral tercero, al igual que el numeral primero viene a erigirse como el origen de una norma contemporánea en cuanto, si bien en este proyecto no delimita la cantidad de escrituras que llevaran al sentenciador a un convencimiento de la existencia de la costumbre, ni tampoco circunscribe la prueba a únicamente a las escrituras públicas, establece las bases de lo que será el futuro numeral segundo del actual artículo quinto del código.

Habiéndose incorporado con el numeral segundo la costumbre jurídica mercantil como fuente de derecho tanto según ley como en silencio de ley, se hace menester para el legislador de antaño reposicionar en el código las ya incorporadas costumbres interpretativas y costumbres técnicas que antiguamente se encontraban ubicadas en el numeral segundo, y tal tarea la lleva acabo posicionándolas, en lo que es el proyecto de artículo cuarto, esto es después de las normas que regulan la prueba de la costumbre, antecedente que da a entender que la prueba de la costumbre rige únicamente para la costumbre jurídica pues de haberse querido que todo tipo de costumbre se probase por los medios establecidos, Ocampo hubiese reposicionado las costumbres interpretativas y técnicas previa mención a las normas regulatorias de la prueba.

Artículo 4°: La costumbre o usos mercantiles servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio e interpretar los actos o convenciones mercantiles.

Artículo 5°: La denominación de tribunales de comercio comprende a los jueces ordinarios llamados a subrogarlos en los pueblos donde no los hubiere y en consecuencia las funciones atribuidas a aquéllos serán en su caso desempeñadas por éstos.

Luego, la normativa contenida en el proyecto de artículo quinto viene a exteriorizar una de las notas al margen señaladas anteriormente, esto es, que tribunales de comercio comprende los jueces ordinarios que los subrogan en los casos señalados en la ley. Actualmente no se encuentra en el código de comercio norma alguna que nos lleve a esto, si bien se habla de los tribunales de comercio y estos no existen, conforme al artículo 45 del código orgánico de tribunales, corresponde a los jueces de letras conocer de las causas de comercio, en única instancia, aquellas cuya cuantía no exceda de 10 unidades tributarias mensuales y, en primera instancia, las de cuantía superior a dicho monto.

Junto con la inclusión de estas nuevas normativas regulatorias de la costumbre y su aplicación en juicio Ocampo al margen de ellas anota sus fuentes y consideraciones pensando en futuras modificaciones y nuevas incorporaciones de artículos

NOTA 1: Costumbre. PARARE: dict de villaneuve. Dese este nombre a las noticias que en forma de rotación o consulta suministran los comerciantes para probar o explicar alguna costumbre mercantil.- los pareres le piden ordinariamente por los jueces que generen... sobre algún hecho- pero ellos no valen

sino como un informe o consultación, y no tienen autoridad obligatoria.⁵⁰

NOTA 2: Cod Hol. Art 1° coloca a la ley civil después de la comercial.

Cod de com. De B. Ayres art 10- en el silencio de la ley o cuando no pueda acudirse a los fundamentos de las leyes análogas, debe el juez buscar en la costumbre los elementos de decisión que las leyes le niegan. Art 14 cuando.... Negocio civil o comercial que no pueda resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley de la Se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas y a la costumbre.⁵¹

Es esta segunda nota el antecedente del actual artículo segundo del Código de Comercio que estipula que en los casos que no estén especialmente resueltos por el mismo, se aplicaran las disposiciones del Código Civil. Norma

50 Brahm. José Gabriel Ocampo y la codificación comercial Chilena: los primeros borradores del proyecto de Código de Comercio, Edit Universidad de los Andes, Pag 178

51 Brahm. José Gabriel Ocampo y la codificación comercial Chilena: los primeros borradores del proyecto de Código de Comercio, Edit Universidad de los Andes, Pag 180

que ineludiblemente se debe relacionar con el actual artículo 96 del mismo cuerpo normativo por medio del cual las disposiciones del Código Civil relativas a las obligaciones y contratos en general son aplicables a los negocios mercantiles, salvo las modificaciones que establece el Código de Comercio. Respecto de la tercera nota, que sigue a continuación, se pueden observar las consideraciones que le merecen a Ocampo la costumbre contra ley.

NOTA 3: Costumbre legislación francesa. Massé- p. 76 ¿Cuáles son los límites de la autoridad de la costumbre comercial? Hay una vaguedad. Los autores y juristas italianos trataron de hacer prevalecer la costumbre de los mercaderes sobre las reglas del derecho civil. Dificultad de probarlo y su mutabilidad origen de los estatutos de los colegios. De aquí controversias- si valía la costumbre contra legem- extra o secundum.⁵²

NOTA 4: Cuando las partes no hubiesen las medidas que deben emplearse se entenderán convenidas las que tiene de uso general en el lugar donde deba ser cumplido el contrato. Cuando las partes se refieren a medidas desautorizadas por la ley, serán

52 Brahm. José Gabriel Ocampo y la codificación comercial Chilena: los primeros borradores del proyecto de Código de Comercio, Edit Universidad de los Andes, Pag 180 - 181

obligatorias las.... En el lugar donde deba cumplirse el contrato, sin perjuicio de las penas sancionadas contra los que emplean medidas ilegales. El art 214 del proyecto inciso segundo en fundado en la ley 18 tit 1° lib 10 nov. Recop.⁵³

Libro II: De los Contratos y Obligaciones Mercantiles en General.

Título I: Disposiciones Generales,

En este tercer borrador no existen, tanto para el párrafo primero que versa sobre la constitución, forma y efecto de los contratos y obligaciones, como para el párrafo segundo referente a la prueba de las Obligaciones, ninguna modificación respecto de los textos presentados en el segundo borrador del autor.

Sin embargo como ya se señaló, no serán estos los textos que evacuará la comisión revisora. No obstante lo anterior, serán estas disposiciones en estado de proyecto las que se constituyen como la base de los que en la actualidad son los artículos incorporados en el párrafo segundo del Título Primero del Código de Comercio, párrafo que rige la prueba de los contratos y obligaciones mercantiles.

53 Brahm. José Gabriel Ocampo y la codificación comercial Chilena: los primeros borradores del proyecto de Código de Comercio, Edit Universidad de los Andes, Pag 189

Estas son las transcripciones de los 8 primeros años de labor de Ocampo, quien se dedicó al estudio y a la elaboración de los borradores que estaban terminados hacia el año 1861, los que posteriormente pasaron a la etapa de revisión por la Comisión Revisora especialmente designada para tal efecto, que comenzó a sesionar al año siguiente para dar fin a su trabajo en el mes de septiembre de 1864. Dicha comisión fue presidida por Presidente de la Republica don José Joaquín Pérez y formaban parte de ella, fuera del mismo Ocampo, el Ministro de Justicia José María Güemes, y el economista francés Jean-Gustave Courcelle Seneuil, José Victorino Lastarrías y los señores Barriga, Silva y Vergara.

En palabras de Garcia Brham lamentablemente las actas de la comisión se han extraviado por lo que no se puede hacer un estudio detallado de su trabajo. Solo cabe relacionar el proyecto de Ocampo con el código que finalmente se aprobó. Según él mismo, los testimonios de quienes tuvieron acceso a dicha fuente coinciden en señalar que casi no hacen referencia a los fundamentos en virtud de los cuales se introdujeron modificaciones en el texto de Ocampo.

Finalmente es importante destacar que Ocampo recibió, terminados los trabajos, el encargo del gobierno de redactar el mensaje con que este se presentó al congreso, donde se plasma la primera impresión sobre la costumbre.

RESUMEN

En esta segunda parte, se ha realizado una revisión práctica actual de situación de la prueba costumbre. Análisis realizado en su capítulo inicial en base a la legislación imperante ya sea en derecho común, tanto el derecho mercantil general como en el libro tercero específicamente, y en las leyes especiales Chilenas que alguna referencia realizan a las normas regulatorias de la prueba de la costumbre o bien aquellas que vienen a modificar el sistema de prueba tasada imperante en el Código de Procedimiento Civil.

Continúa el capítulo primero analizando el cómo la jurisprudencia ordinaria ha aplicado la legislación previamente revisada, y cómo los árbitros arbitradores, investidos de una mayor libertad al momento de tomar sus decisiones se distancian de los tribunales ordinarios en cuanto a los criterios probatorios del derecho no escrito.

Finalmente termina el capítulo, con una revisión comparada de legislaciones latinoamericanas, para establecer cómo aquéllas abordan el tema de la prueba de la costumbre, ya sea en legislaciones con normativas detalladas como Colombia o menos explícitas como la Argentina y no por ello menos eficaces.

Por su parte el capítulo segundo, se aboca a un estudio de la historia de la legislación mercantil, en cuanto al tema que convoca, mediante la recopilación de las anotaciones y borradores efectuados por don Gabriel

Ocampo, y del análisis en la evolución de los borradores confeccionados por éste antes de su presentación a la comisión revisora.

PARTE TERCERA

La hermenéutica es conocida por ser el arte de interpretar textos para fijar su verdadero sentido⁵⁴, por su parte cuando se trata de interpretar textos legales se habla de hermenéutica legal, donde dicha interpretación no es un tarea arbitraria, dado que obedecerá a determinados principios y directrices.

Como se ha visto a lo largo del presente ensayo de los artículos referentes a la costumbre, no generan conflictos interpretativos sino aquel que se aboca a reglar su prueba en juicio. Lo anterior partiendo desde la idea que toda norma jurídica ha de ser interpretada, por clara que ella sea.

Independiente de la diversidad de interpretaciones doctrinarias que puedan realizar los juristas respecto del artículo quinto del Código de Comercio, quienes finalmente realizan la vinculante interpretación de autoridad que acarreará consecuencias jurídicas para las partes en litigio, son los tribunales de justicia pero ellos han de verse inspirados y orientados por la forma de enfocar los problemas por parte de la doctrina.

De aquí la especial importancia de observar cómo la doctrina ha interpretado el texto del artículo quinto. No basta solo con preguntarse cuál fue la intención del legislador de la época, si no que en referencia a su texto

⁵⁴ González Castillo, Joel, Derecho Civil I, Teoría de la Ley, Universidad Católica de Chile, Santiago, 2008.

expreso, cuál es la implicancia de la conjunción de las palabras que componen el encabezamiento del artículo en cuestión, y cómo ha de poder salvarse la cuestión de la prueba de la costumbre en el derecho mercantil, intentando abstraerse de la norma en cuestión y haciendo interactuar al ordenamiento jurídico como un todo armonizado.

CAPITULO UNICO

DE DISCUSIONES Y CONSIDERACIONES

Dado el carácter de general que tiene la ley, no habría forma de salvar el tema de la prueba de la costumbre en el derecho mercantil en un marco nacional, sino mediante la modificación o derogación del artículo quinto del Código de Comercio.

Modificándolo, esto es incorporando a su cuerpo un tercer numeral que contemple la prueba pericial de la costumbre mercantil en juicio, que como se ha visto anteriormente fue parte de la idea original presentada en el borrador del Código a la comisión revisora del mismo.

Por su parte, por medio de la derogación, o sea la cesación de la existencia del artículo quinto del Código de Comercio ya sea por mandato expreso o tácito de otra norma posterior, se podría llegar incluso a buscar suprimir definitivamente las limitaciones a la prueba de la costumbre como es el caso de otras legislaciones latinoamericanas, ejemplo visto, el de la legislación Argentina.

Pero, como no existe evidencia alguna que lleve a pensar que esté entre los planes del legislador modificar o suprimir las disposiciones relativas a la prueba de la costumbre mercantil en juicio volviéndola más flexible y evitando

una diabólica prueba a la parte que la invoca, no le quedará sino a la parte intentar influir en la interpretación judicial que de la disposición se realice, siempre teniendo en cuenta que la interpretación judicial posee escasa fuerza obligatoria, invocando la regla general establecida en el artículo tercero inciso segundo del código civil según la cual “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”

Ahora bien, la debilidad de esta invocación estriba principalmente en la falta de seguridad jurídica, ello pues la interpretación judicial no obliga ni siquiera al mismo juez que falla el conflicto en que hizo la interpretación, pues dicho juez puede, en casos análogos, interpretar la ley y resolver los otros juicios en forma diversa⁵⁵. Recae entonces en el litigante realizar una buena labor de argumentación jurídica, para influir positivamente en la decisión a la que arribara el sentenciador.

Se presentan así pues a continuación, la discusión doctrinaria referente a las diversas interpretaciones que del artículo quinto ha realizado la doctrina y posteriormente tres consideraciones, reflexiones del presente autor, que buscan teóricamente influir en juicio, y con el propio efecto relativo de las sentencias, en relación con el tema de la prueba de la costumbre mercantil.

⁵⁵González Castillo, Joel, Apuntes de Derecho Civil, Teoría de la ley, año 2006 teoría de la ley.

Discusiones Doctrinarias en torno al texto del artículo 5°:

El texto mismo del encabezado del artículo quinto ha dado origen a discusiones doctrinarias interpretativas del mismo, reza aquel, “No constando a los juzgados de comercio que conocen de una cuestión entre partes la autenticidad de la costumbre que se invoque, sólo podrá ser probada por alguno de estos medios:...” la frase originadora de las discusiones vendría siendo **“No constando a los juzgados de comercio...”**

Para los profesores Alberto Viada Lozano y Marcia Gallardo González⁵⁶ una posición aparentemente mayoritaria, sostiene que la frase "no constando a los juzgados de comercio...", no es una hipótesis, sino que es una afirmación, pudiendo decirse en otras palabras: "como no les consta (o no les puede constar) a los juzgados de comercio la autenticidad de la costumbre invocada, sólo podrá ser probada...". Se afirma que conforme a la legislación chilena los jueces están obligados a fallar conforme al mérito del proceso y no al conocimiento privado que puedan tener de algo en que fundamenten sus sentencias, esto en razón de los artículos 160 y 768 N° 4° y 9° en relación al artículo 795 Números 3°, 4°, 5° y 6° del Código de Procedimiento Civil. Por consiguiente, siempre será necesario probar la autenticidad de la costumbre invocada por los medios establecidos en el artículo 5° y en el artículo 825 para el comercio marítimo.

⁵⁶ Viada Lozano; Gallardo González. Derecho Comercial I Pagina 21.

La otra posición, a la cual Viada Lozano adhiere,⁵⁷ sostiene que no sería necesario probar la autenticidad de la costumbre invocada cuando le constaba al juzgado de comercio que conoce la causa. Existe al respecto el argumento histórico del nacimiento de los juzgados de comercio, inicialmente los cónsules, que eran precisamente especialistas en costumbres mercantiles, conforme a las cuales dictaban sus fallos. Estos cónsules, jueces de comercio, eran designados de entre los miembros de las corporaciones de mercaderes y en virtud del principal mérito de su experiencia en el comercio y las costumbres mercantiles, y esta especialización se mantuvo hasta la época de redacción del Código de Comercio y específicamente de este artículo 5º. En consecuencia, la frase "no constando a los juzgados de comercio...", es una hipótesis, que incluso se debió plantear como de poca ocurrencia. A mayor abundamiento, se debería considerar que la costumbre jurídica constituye derecho, y el derecho en principio no se prueba. Es más, se debe entender comprendida dentro del concepto genérico "principios de equidad" a que se refiere el N° 5º del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, o sea, dentro de la argumentación de derecho de la parte considerativa de la sentencia. Por lo mismo, el legislador consideró a la costumbre dentro del acervo cultural propio del juez de comercio profesional, y sospechó seriamente de la autenticidad de cualquiera costumbre mercantil que no "constara" al juez de comercio, por lo que fue muy estricto al establecer los medios con que se podía probar.

⁵⁷ Viada Lozano; Gallardo González. Derecho Comercial I Pagina 23.

Para otros en todo caso, habiéndose suprimido los juzgados de comercio en 1866, esta discusión carece de sentido, puesto que siempre habrá que probar la costumbre mercantil por alguno de los medios establecidos en el artículo 5º

Primera Consideración:

Enfrentar el artículo quinto del Código de Comercio, en razón a diversos niveles de entendimiento del sentenciador.

Adhiriendo a la segunda de las posiciones recién planteadas, esto es a aquella que sostiene que no sería necesario probar la autenticidad de la costumbre invocada cuando le constaba al juzgado de comercio que conoce la causa, sería factible sostener que ante la ausencia de tribunales especiales, al momento de aplicar el artículo quinto del Código de Comercio este se ha de comprender en razón a distintos niveles de entendimiento del sentenciador respecto a la existencia de la costumbre.

Al aludir a distintos niveles de entendimiento, se realiza referencia a la distinción de los grados del conocimiento planteados ya en el año 1690 por John Locke en su Ensayo sobre el entendimiento humano. Someramente Locke distingue diversos grados en el conocimiento humano, el primero de ellos está

conformado por el denominado conocimiento intuitivo⁵⁸ el cual consiste en la percepción inmediata del acuerdo o desacuerdo de dos ideas por si solas, sin intervención de ninguna otra, siendo este el grado de conocimiento que otorga mayor certidumbre dado que la mente no se esfuerza en probar o examinar, sino que simplemente percibe la verdad. En el todo depende de la certidumbre y la evidencia de nuestro conocimiento.

El siguiente grado del conocimiento es el Conocimiento demostrativo⁵⁹, que es aquel en que la mente percibe el acuerdo o el desacuerdo de cualquier idea, pero no de una manera inmediata, en este caso la mente permanece en ignorancia o sin ir más allá de una conjetura probable, por lo cual la mente se ve obligada a recurrir a la intervención de otras ideas (de una o varias según se necesite), a descubrir el acuerdo o desacuerdo buscado y eso es lo que se llama raciocinar. Las ideas intervinientes, que sirven para mostrar el acuerdo entre dos ideas se llaman pruebas; y cuando, por medio de esas pruebas, se percibe llana y claramente el acuerdo o desacuerdo a ello se le llama demostración.

Se diferencian principalmente ambos conocimientos primero en que aun cuando en la demostración la mente acaba por percibir el acuerdo o

⁵⁸ Locke, John. Ensayo sobre el entendimiento humano. Fondo de Cultura Económica. Edic. 2005. Pag. 528

⁵⁹ Locke, John. Ensayo sobre el entendimiento humano. Fondo de Cultura Económica. Edic. 2005. Pag. 529

desacuerdo de las ideas que considera, no lo logra sin trabajo y sin un esfuerzo de atención y en segundo lugar en que aun cuando en el conocimiento demostrativo toda duda desaparece al percibirse el acuerdo o el desacuerdo, gracias a la intervención de las ideas intermedias, antes de la demostración existía la duda, cosa que en el caso del conocimiento intuitivo no acontece.

Ahora bien, de la frase “no constando a” del encabezado del artículo en referencia, es necesario estudiar aisladamente el concepto o significado de la palabra “constando” conjugación en pretérito imperfecto del verbo “constar” que en su sentido natural y obvio tomado del diccionario de la Real Academia Española significa en su primera acepción “Dicho de una cosa: Ser cierta o manifiesta.”

Llevando lo anterior al plano de la prueba de la costumbre es del todo posible sostener que la palabra constando hace referencia a un nivel de conocimiento intuitivo. Así entonces, el artículo en cuestión en un plano ideal realiza referencia a un tribunal que posee un conocimiento intuitivo de las costumbres mercantiles en razón al entendimiento de ellas que ha llegado a través de sus experiencias previas, no descarta el artículo que el mismo tribunal necesite de recurrir al conocimiento demostrativo para arribar al acuerdo o el desacuerdo de la idea de existencia de la costumbre y para ello es necesario la prueba sin limitantes, esto es ideas intermedias que sirvan para demostrar el acuerdo o desacuerdo entre dos ideas. Si la parte interesada en acreditar la

existencia de la costumbre, es capaz de posicionar en un conocimiento demostrativo al sentenciador podría aquel aplicarla en la causa en cuestión, pero si la prueba presentada por el litigante no es capaz de hacer percibir llana y claramente la existencia de la costumbre y viéndose obligado el juez a dirimir sobre la cuestión solicitará a la parte interesado que acredite la existencia de la costumbre invocada mediante los medios establecidos en el numeral del artículo quinto, esto es:

1° Por un testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella;

2° Por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe obrar la prueba.”

Tendrían lugar entonces estos dos medios de prueba solo en ocasión que las pruebas tradicionales no sean capaces de hacer arribar al sentenciador al conocimiento demostrativo de existencia de la costumbre y podrían aplicarse una vez que el tribunal de a conocer a las partes el estado de duda o incertidumbre respecto al acuerdo o desacuerdo que aquel tiene con la idea de la existencia del derecho no escrito y esto no ha de poder realizarlo sino después de valorada la prueba, lo que lleva a concluir que los medios probatorios establecidos en los numerales primero y segundo del artículo quinto se constituirían como un tipo especial de medidas para mejor resolver,

complementarias a las del artículo 159 del código de Procedimiento Civil exclusivas para las causas mercantiles.

Resumidamente esto en su aplicación en juicio funcionaría de la siguiente manera:

Si la parte invoca en el periodo expositivo la costumbre y aquella es conocida por el tribunal (producto del conocimiento intuitivo), no ha de ser ella punto de prueba, esto es, no habría de contenerse en la resolución que recibe la causa a prueba.

Si la parte invoca en el periodo expositivo la costumbre y de aquella el tribunal NO conoce, ha de recurrirse a las ideas intermedias, esto es a la prueba sin limitantes, con lo cual la prueba de la costumbre debería de contemplarse en el auto de prueba, y si la prueba presentada lleva a la demostración del acuerdo o desacuerdo de la idea de existencia de la costumbre llana y claramente, entonces ha de fallar conforme a tal idea.

Por último si la prueba presentada NO lleva a la demostración del acuerdo o desacuerdo de la idea de existencia de la costumbre llana y claramente, entonces ha de solicitar el tribunal, dentro del plazo para dictar sentencia como una especie de medida para mejor resolver que la parte interesada acredite su existencia mediante alguno de los numerales del artículo quinto del código de Comercio.

Segunda Consideración:

De los Usos, su aplicación e integración contractual.

En esta segunda consideración, la cuestión a resolver es la factibilidad de alegar el incumplimiento de una obligación basándose en que aquella tiene su fuente en un uso contractual, sin alegar su condición de Costumbre jurídica.

El Código de Comercio se refiere en diversos artículos a los “USOS” y a los “USOS DE COMERCIO” y a modo de ejemplo es posible citar los artículos 269 (respecto a los usos en el contrato de comisión), 537 (referente a la duración de los riesgos en el contrato de seguro, tomando en consideración los usos locales) y 912 (sobre los libros y documentos exigidos por los usos del comercio marítimo) este último contenido en el libro tercero, donde también realiza referencia a estos conceptos en los artículos 937, 955, 983, 1003, 1092 y 1096.

Igualmente el Código Civil realiza referencia en varios de sus artículos al término de “USO” o “USOS”, pero se debe tener cuidado puesto que la utilización del concepto es dentro de las diversas acepciones del mismo. En concreto también el artículo 20 del Código Civil contiene el término, y por medio de esta disposición es que se ha de recurrir nuevamente, a fin de delimitar la acepción con la que se trabajará en adelante, al diccionario de la Real

Academia Española el cual establece:⁶⁰ que la palabra “uso” viene del latín

USUS y que sus diversas acepciones son:

1. m. Acción y efecto de usar.
2. m. Ejercicio o práctica general de algo.
3. m. moda.
4. m. Modo determinado de obrar que tiene alguien o algo.
5. m. Empleo continuado y habitual de alguien o algo.
6. m. Der. Derecho no transmisible a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia.
7. m. Der. Forma del derecho consuetudinario inicial de la costumbre, menos solemne que ésta y que suele convivir como supletorio con algunas leyes escritas.

Siendo variadas las acepciones que se aplican para el código civil, son definiciones útiles para los efectos de la presente propuesta las contenidas en el numeral cuarto, quinto y séptimo, con especial atención en el último de ellos.

Los usos se constituyen según la RAE, entonces como formas del derecho consuetudinario que dan inicio a la costumbre, ósea toda costumbre se inicia con un uso, donde ellos son menos solemnes que la costumbre misma y que suelen suplir algunas leyes escritas.

Esto último en el Código Civil Español, pues el segundo párrafo del artículo 1º.3 señala que "los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre", es decir, existen determinados usos que se equiparan a la costumbre, teniendo la virtualidad de crear normas jurídicas como las

⁶⁰ <http://lema.rae.es/drae/?val=uso> Consulta Electrónica de fecha 14 de mayo de 2013
Versión Digital del Diccionario de la Real Academia Española.,

consuetudinarias. Así, en determinados ámbitos, al modo habitual de proceder en la contratación se le asigna un cierto valor normativo,

Es de especial importancia, establecer las diferencias entre lo que es uso y lo que es costumbre, ya las Siete Partidas distinguían entre ellos al definir el uso como “cosa que nasce de aquellas que el hombre dice o face e sigue continuadamente por gran tiempo e sin embargo ninguno” y, a la costumbre como “derecho o fuero que non es escrito, el cual han usado los omes luengo tiempo ayudándose de él en las cosas e en las razones sobre lo que usaron”

Para el Profesor Baeza Ovalle no existe lugar a la duda al comparar ambos conceptos, la primera gran diferencia salta a la vista, siendo ésta que la costumbre es calificada como “derecho o fuero”, apelativo que no se le atribuye al uso y, la segunda, es la permanencia de la costumbre por sobre el uso, dado que este último puede seguirse por largo o corto tiempo, mas no así la costumbre.

Según el texto de Jorge Oviedo Albán⁶¹, “De los usos y costumbre en el derecho privado contemporáneo”, en los denominados usos, no se presentan las características de publicidad y uniformidad, que si tiene la costumbre, Estos se constituyen como conductas observadas por las partes en sus contratos.

Por su parte Madriñan De La Torre, Autor Colombiano del texto

⁶¹ <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/oviedo01.pdf> Los usos y costumbres en el derecho Privado contemporáneo, Consulta electrónica de fecha 13 de mayo de 2013.

“Principios de Derecho comercial I” los designa como “usos contractuales y convencionales, o de tráfico” y que el mismo autor citando a GENY los piensa como “las prácticas, algunas generales, la mayor parte locales o profesionales, que envuelven tácitamente la formación de los actos jurídicos, especialmente en materia de contratos, y que en virtud del principio de autonomía de la voluntad purgada en vano formalismo y dominada por la buena fe ... tienen por objeto interpretar o complementar la voluntad de las partes, o la del autor del acto”.⁶²; Para el autor el uso constituye un elemento de una 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.⁶³

Ahora bien, a diferencia de la Legislación Española en la legislación Chilena nada se dice que los usos constituyan fuente de derecho, aunque por medio de una interpretación extensiva de disposiciones como el artículo 1563, (donde las cláusulas de uso común se entiende incorporadas en los contratos) relacionado con el artículo 1546 y 1560 se podría llegar a establecer que aquéllos, si podrían llegar a integrar contratos aun cuando no estén expresamente contenidos en ellos.

⁶² Madriñan De La torre, Ramón Eduardo, Principios de Derecho Comercial, editorial Temis, Bogotá, 1997. Pág. 54.

⁶³ Madriñan De La torre, Ramón Eduardo, Principios de Derecho Comercial, editorial Temis, Bogotá, 1997. Pág. 55

Tercera Consideración:

“De la prueba de las obligaciones que generan las costumbres.”

En esta tercera consideración siendo ya una cuestión firme el que la prueba de la costumbre impuesta por el código de Comercio es una prueba diabólica que se podría oponer al sentimiento seguro y espontaneo de lo justo, lo más indicado sería evitar cualquier referencia a esta, cambiando las pretensiones a buscar acreditar la existencia de las obligaciones que generan aquellas, centrando entonces la discusión en la existencia de la obligación y no en la fuente de la obligación, con lo cual, estando reglada la prueba de las obligaciones en el libro segundo del código, párrafo segundo entre los artículos 127 a 129 del mismo sería factible probar la existencia tales obligaciones incluso mediante testigos.

Esto en su aplicación en juicio funcionaria de la siguiente manera:

La parte invoca en el periodo expositivo la existencia de la obligación, no la existencia de la costumbre, tal obligación deberá acreditarse en el periodo probatorio mediante alguno de los medios contenidos en el párrafo segundo del libro segundo del código de Comercio, por lo cual tendrá que ser la obligación la contemplada en la resolución que recibe la causa a prueba y no la existencia costumbre.

RESUMEN

En el presente capítulo único, se han revisado en primer lugar, las diversas posiciones a que ha dado origen la hermenéutica legal del artículo quinto del código de Comercio, donde la doctrina ha adoptado por considerar el encabezado de tal artículo como una inducción a probar en toda ocasión o solo en determinadas ocasiones la existencia de la costumbre mediante los medios señalados para su acreditación.

En Segundo lugar el autor de la presente, ha buscado dar su opinión respecto al tema, por medio de tres ideas a considerar, primero la intervención de los grados del entendimiento humano establecidos en año 1690 por el filósofo John Locke, segundo los usos y prácticas como conceptos diversos al concepto de costumbre y por último la posibilidad de buscar la acreditación de las obligaciones que genera el derecho no escrito más que a la prueba de la fuente.

CONCLUSIONES

A lo largo de la presente memoria de prueba se ha buscado realizar un análisis de la situación de la costumbre mercantil en Chile, centrándose dicho análisis específicamente en la prueba de la costumbre jurídica mercantil general la que ve limitada su prueba en juicio en razón del artículo quinto del Código de Comercio.

Los capítulos introductorios al tema son necesarios para contextualizar el estudio y evitar al lector afanosas búsquedas en los textos citados, pero no son dichos capítulos exhaustivos sino esclarecedores para quien poco y nada tenga conocimiento del tema. Quien desee ahondar son numerosos los textos y apuntes que respecto a la costumbre jurídica se han escrito.

Por otro lado, la segunda parte se aboca a un estudio más detallado del tema en cuestión, cómo se ha de probar la costumbre jurídica en Chile. Para ello se recurre a las disposiciones del derecho común, del derecho comercial propiamente tal y a las leyes especiales que fijan un criterio sobre el tema. Tras el análisis de aquellos elementos se puede llegar a una primera

conclusión el legislador ha dado muestras de un cambio de criterio respecto a la desconfianza inicial que le merecía el derecho no escrito, prueba de ello es que las limitaciones probatorias contenidas en códigos del año 1865 respecto de la costumbre, han menguado en las leyes especiales y si bien el artículo quinto del Código de Comercio sigue tal cual alguna vez lo evacuó la comisión revisora, ejemplos como el Código Aeronáutico que flexibilizan la valoración de la prueba, dando mayores libertades a los sentenciadores son una muestra que el criterio ha cambiado, al grado que incluso en el proyecto del nuevo Código Procesal Civil se erradicaría la valoración en base a una prueba tasada legal modificándola por una valoración en torno a la sana crítica.

Continúa la segunda parte de la memoria, realizando un revisión de cómo han enfrentado en la práctica tanto los tribunales ordinarios como los Árbitros arbitradores el tema de la prueba de las costumbres jurídicas mercantiles, lo que da lugar a una segunda y una tercer conclusión. Algunas sentencias ordinarias de las Ilustrísimas Cortes de Apelaciones han dado lugar a la posibilidad que aun en ausencia de invocación de la costumbre por la parte interesada, y por ende sin prueba alguna que acredite su existencia más el que conocimiento del sentenciador, se aplique la

costumbre mercantil como fuente de derecho, posibilidad que se ha topado con la restrictiva interpretación sobre la materia que tiene la Corte Suprema. Por su parte, la tercera conclusión es, que en criterio de los árbitros arbitradores nacionales, si es un medio probatorio valido para acreditar la existencia de la costumbre jurídica mercantil general el peritaje y cualquiera otro en general.

Cuarta conclusión a la que da lugar el primer capítulo de la segunda parte, esta originada tras realizarse el correspondiente análisis al derecho comparado. Según lo visto existen legislaciones que considerando a la costumbre mercantil como fuente de derecho, no limitan su prueba en juicio pues reconocen su importancia en el desarrollo del derecho mercantil. Se distinguen entre estas legislaciones las que regulan detalladamente la aplicación de la costumbre de otras que se limitan a enunciarla como fuente,. En el primer caso se encuentran naciones como Colombia, que incluye entre su normativa incluso la prueba de la costumbre extranjera mediante un certificado del respectivo cónsul colombiano o, en su defecto del de una nación amiga, quien solicitará constancia a la cámara de comercio local o de la entidad que hiciera sus veces y falta de ella, a dos abogados del lugar, de reconocida honorabilidad, especialistas en derecho

comercial; O Costa rica que desprende incluso obligaciones accesorias como de garantía desde la costumbre.

En el segundo caso, naciones que se limitan a señalar la calidad de fuente del derecho de la costumbre mercantil, se ubican la legislación de Ecuador o Argentina, que permiten ampliamente la aplicación y prueba del derecho no escrito en juicio.

De lo anterior, y he aquí la cuarta conclusión, se desprende que Chile para efectuar un progreso en su legislación mercantil no requiere de una normativa exhaustiva pudiendo prescindir del artículo quinto. Ahora bien, ante el argumento de incertidumbre y vacilación de la ley no escrita presente en el mensaje del Código, no habría más que recurrir a una reglamentación detallada de la costumbre, si bien bastaría con ampliar la prueba al peritaje, seguir y emular ejemplos como el Código de Comercio Colombiano, sería un gran paso en seguridad jurídica y flexibilización para introducir las nuevas costumbre del comercio.

En el Capítulo Segundo, referido a la costumbre mercantil y la historia de la ley, se ahonda en el proceso histórico evolutivo de las normas del Código referentes al objeto de estudio. Así se puede observar la

evolución de los diversos borradores compuestos por Gabriel Ocampo, quien poco a poco y según muestran sus notas, fuentes y reflexiones, varió su percepción del derecho no escrito y presentó a la Comisión revisora un artículo quinto que contemplaba la prueba pericial, el que finalmente fue evacuado castradamente por motivos que, ante la ausencia de las actas de la comisión, son difíciles de explicar. Quinta conclusión, tanto las fuentes materiales doctrinarias, como a quien se le encargó la confección de un Código de Comercio para Chile, consideraban en su minuto, que la aplicación de la costumbre en juicio requería de una acreditación previa, pero dicha acreditación incluía la prueba pericial, medio probatorio que fue suprimido por la comisión encargada de la revisión del proyecto lo que deja a la costumbre en la situación jurídica en que actualmente se encuentra.

BIBLIOGRAFIA Y/O FUENTES DE INFORMACION.

LIBROS (según orden alfabético de autor)

Título : José Gabriel Ocampo y la codificación comercial Chilena: los primeros borradores del proyecto de Código de Comercio

Editorial: U. de Los Andes

Publicación: v.1: 2000; v.2: 2009

Título : Derecho Civil Tomo I

Autor : Alessandri R. – Somarriva U. (Redactado puesto al día por Antonio Vodanovic H.)

Editorial: Santiago.

Publicación: 1971

Título : Derecho Comercial, Tomo I

Autor : Baeza Ovalle, Gonzalo

Editorial: LexisNexis

Publicación: 2005

Título : Jurisdicción marítima

Autor : Barroilhet Acevedo, Claudio

Editorial: Librotecnia

Publicación: 2012

Título : Derecho marítimo Chileno, Explicaciones sobre el libro III del código de comercio: De la navegación y del comercio Marítimo

Autor : Cornejo Fuller, Eugenio

Editorial: Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso

Publicación: 2003.

Título : Estudios de Derecho Procesal Civil

Autor : Couture, Eduardo

Editorial: Ediciones de Palma, Buenos Aires Argentina

Publicación: 1979

Título : Diccionario de Derecho Procesal

Autor : Del Santo, Víctor

Editorial: Universidad de Buenos Aires, Argentina

Publicación: 1995

Título : Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I

Autor : Devis Echandia, Hernando

Editorial: Buenos Aires, Argentina

Publicación: 1970

Título : Derecho Civil, Parte General.

Autor : Ducci Claro, Carlos

Editorial: Jurídica de Chile

Publicación: 2007

Título : Historia Universal Del Derecho Comercial

Autor : Goldschmidt, Roberto

Editorial: Universidad Católica Andrés Bello

Publicación: 2008

Título : Ensayo sobre el entendimiento humano

Autor : Locke, John

Editorial: Fondo de Cultura Económica, México.

Publicación: (1° Edic. 1690) 2005.

Título : Principios de Derecho Comercial

Autor : Madriñan De La Torre, Ramón Eduardo

Editorial: Temis, Bogotá

Publicación: 1997

Título : Pruebas en Derecho Comercial

Autor : Medina Torres, Carlos Bernardo

Editorial: Legis, Bogotá

Publicación: 2006.

Título : Curso de Introducción al Derecho II

Autor : Olaso J, Luis María; Casal, Jesús María

Editorial: Editorial Caracas, Universidad Católica Andrés Bello

Publicación: 2003

Título : Manual de Derecho Comercial.

Autor : Olavarría A., Julio

Publicación: 1956

Título : Derecho Comercial Tomo I

Autor : Sandoval López, Ricardo

Editorial: Jurídica de Chile

Publicación: 2007

APUNTES (según orden alfabético de autor)

Título : La jerarquía de las fuentes del Derecho Internacional.

Autor : Akehurst, Michael (Traducción de Ximena Fuentes)

Editorial: British Yearbook Of Internacional Law.

Publicación: 2005

Título : Apuntes de Derecho Comercial I

Autor : Espinoza, Sergio y Eyzaguirre, Rafael

Editorial: Universidad de Chile

Título : Manual de Derecho Civil, Teoría de la Ley. Cátedras de Derecho Civil.

Autor : González Castillo, Joel

Editorial: Universidad Católica de Chile

Publicación: 2008

Título : Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales, Apuntes de clases.

Autor : Pacheco Gómez, Máximo

Editorial: Universitaria S.A.

Publicación: 1995

Título : Derecho Comercial I

Autor : Viada Lozano – Gallardo González

REVISTAS (según orden alfabético de autor)

Título : El fundamento de validez de la costumbre como fuente de derecho

Autor : Guzmán Brito, Alejandro

Editorial: Revista Chilena de Derecho/ Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. (Santiago, Chile). Vol.22, no.3 (set./dic.1995), p.623-628.

Publicación: 1995

Título : La Costumbre Mercantil

Autor : Oviedo Albán, Jorge

Editorial: Revista Jurídica del Perú. (Trujillo, Perú). Año LII, no. 41 (dic. 2002), p. 145-192.

Publicación: 2002.

Título : La costumbre como fuente del derecho: sistema jurídico Argentino y comparado

Autor : Savastano, German

Editorial: ILSA journal of international & comparative law. (Fort Lauderdale, Florida). Vol. 15, no. 3 (summer 2009), p. 721-737.

Publicación: 2009

Título : Las fuentes diversas de la ley en Chile: Pensamiento de Bello y evolución republicana
Autor : Topasio Ferretti, Aldo
Editorial: Revista de Ciencias Sociales. (Valparaíso, Chile). No. 42, (1er y 2do semestre), 1997, p. 255-266..
Publicación: 1997

Título : Revista Fallos del Mes
Publicación: N° 270

MEMORIAS (según orden alfabético de autor)

Título : Costumbre y Usos Constitucionales
Autor : Castillo Zuñiga, Mario
Editorial: Universidad de Chile

Título : La Sana Critica en relación con la fundamentación, Acogida en el ante proyecto de Código Procesal Civil.
Autor : Padilla Muñoz, José Luis
Editorial: Universidad de Concepción
Publicación: 2009

CODIGOS

Título : Código de Comercio, Duodécima Edición; Anotaciones y concordancias; índice temático.
Autor : Chile
Editorial: Legal Publishing Chile
Publicación: 2012

Título : Código de Procedimiento Civil, Duodécima Edición; Anotaciones y concordancias; índice temático.

Autor : Chile

Editorial: Legal Publishing Chile

Publicación: 2012

Título : Código Civil, Duodécima Edición; Anotaciones y concordancias; índice temático.

Autor : Chile

Editorial: Legal Publishing Chile

Publicación: 2012

Título : Código de Comercio: anotado, concordado y jurisprudencia

Autor : Canales Mourgues, Juan

Editorial: ConoSur

Publicación: 2000

CODIGOS OFICIALES VIRTUALES.

Nacionalidad : Argentina

Código : De Comercio.

Sitio Web : <http://www.infoleg.gov.ar>

Enlace : <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109500/texact.htm>

Actualizado a : 20 de mayo de 2013

Nacionalidad : Argentina

Código : Civil

Sitio Web : <http://www.infoleg.gov.ar>

Enlace : <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>

Actualizado a : 20 de mayo de 2013

Nacionalidad : Ecuador.

Código : De Comercio.

Sitio Web : <http://scpm.gob.ec>

Enlace : <http://scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/03/C%C3%B3digo-de-Comercio.pdf>

Actualizado a : 20 de mayo de 2013

Nacionalidad : Ecuador

Código : Civil

Sitio Web : <http://www.ceda.org.ec>

Enlace : www.ceda.org.ec/descargas/Novedades/CODIGO_CIVIL_LIBRO_I_CODIFICACION_10_26_JUNIO_2012.pdf

Actualizado a : 20 de mayo de 2013

Nacionalidad : El Salvador

Código : Civil

Sitio Web : <http://www.oas.org>

Enlace : http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_El_Salvador.pdf

Actualizado a : 20 de mayo de 2013

Nacionalidad : El Salvador

Código : De Comercio

Sitio Web : <http://www.asamblea.gob.sv>

Enlace : <http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/codigo-de-comercio>

Actualizado a : 20 de mayo de 2013

Nacionalidad : Costa Rica

Código : De Comercio

Sitio Web : <http://www.tse.go.cr/>

Enlace : <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/codigodecomercio.pdf>

Actualizado a : 20 de mayo de 2013

Nacionalidad : Costa Rica

Código : Civil

Sitio Web : <http://www.oas.org/>

Enlace : http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Costa_Rica.pdf

Actualizado a : 20 de mayo de 2013

Nacionalidad : Colombia

Código : De Comercio

Sitio Web : <http://www.secretariasenado.gov.co>

Enlace : http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_comercio.html

Actualizado a : 20 de mayo de 2013

Nacionalidad : Colombia

Código : Civil

Sitio Web : <http://www.secretariasenado.gov.co>

Enlace : http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_civil.html

Actualizado a : 20 de mayo de 2013

LINCOGRAFIA (según aparición por capítulos)

Sitio Web : www.monografias.com

Sitio Web : www.rae.cl

Sitio Web : www.un.org/spanish

Sitio Web : www.Poderjudicial.cl

Sitio Web : www.repositorio.ual.es

Sitio Web : www.biblio.juridicas.unam.mx

Sitio Web : www.definicionlegal.com

Sitio Web : www.camsantiago.cl

Sitio Web : www.derecho-comercial.com

Sitio Web : <http://cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/56850541999959389277791/ima0028.htm>