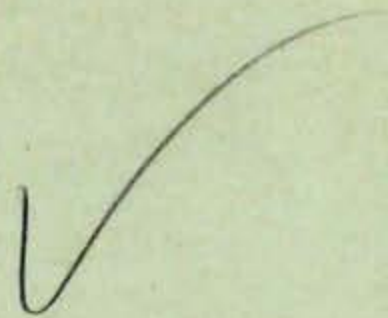


KATICE LUKSIC R.

23



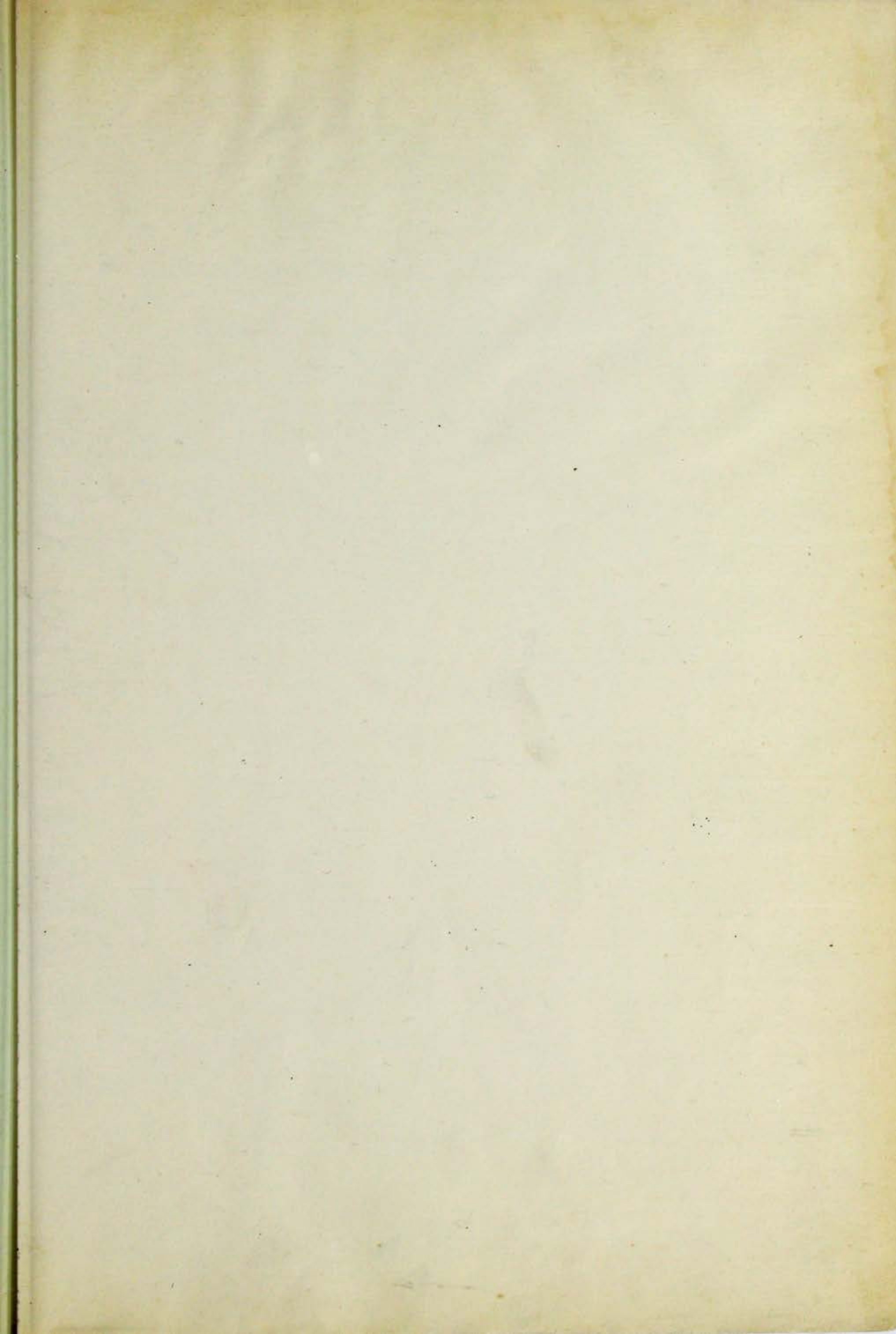
**De La Aplicacion De La Costumbre
En Derecho Comercial**



- N° ~~413~~ -

Memoria de Prueba para
optar al grado de Licenciado en la Facul
tad de Leyes y Ciencias Sociales de la
Universidad de Chile

1932



Tesis
1932
V. 4

DE LA APLICACION DE LA COSTUMBRE
EN DERECHO COMERCIAL

Memoria de Prueba para
optar al grado de Licenciado en
la Facultad de Leyes y Ciencias
Sociales de la Universidad de
Chile.-

1 9 3 2



18689

I N T R O D U C C I O N



Derecho comercial en la Antigüedad, Edad Media y Moderna.-Primeras compilaciones.- El primer Código de Comercio Nuestro Código.

Antes de comenzar con el tema que nos hemos propuesto desarrollar en esta Memoria, haremos una breve reseña histórica del Derecho Comercial.

Aunque los orígenes de la humanidad se pierden, como se dice, en la noche de los tiempos es más que probable que ha habido una época en que las relaciones humanas sólo estaban sometidas al imperio de la fuerza y en la cual, por consiguiente, no existía ningún derecho. En cuanto al comercio, que en su aspecto económico implica la noción de cambio, sería también erróneo creer que ha existido desde que el mundo es mundo. Porque no hay que olvidar que la necesidad de cambiar productos supone cierto grado de cultura y cierta organización social, que no encontramos en las agrupaciones primitivas.

Las primitivas organizaciones humanas fueron, la familia según algunos, las hordas anárquicas, según otros, y más tarde el clan, que no se prestaba para la práctica de los cambios y, por consiguiente para que dentro de él naciera el comercio.

En primer lugar, no había en realidad en esa época valores de cambio y aunque hubieran existido, no se experimentaba entonces la necesidad de cambiar productos, dado el régimen comunitario existente. Además, los miembros de la tribu estaban unidos por un estrecho lazo de solidaridad que excluía toda idea de especulación; se prestaban mutuamente servicios y sólo celebraban contratos gratuitos.

Pero una vez que el clan se disoció, que los miembros de una tribu entraron en relaciones con los de otras, nació y fue desarrollándose el comercio favorecido por diversos factores: ceremonias religiosas, la noción de propiedad individual, la especialización de la producción, la división del trabajo etc.

Apesar del desarrollo que el comercio llegó a alcanzar en algunos de los pueblos antiguos, pocas noticias tenemos de la legislación que lo regía.

El primer pueblo comerciante, ha debido ser el indio, pueblo cuyo suelo estaba excepcionalmente dotado y cuyos pobladores desde un principio se dedicaron a diferentes industrias; alcanzó en este pueblo especial desarrollo el comercio interior. Respecto de su legislación, en el Código de Manú (trece siglos anterior a la Era Cristiana) sólo encontramos algunas disposiciones referentes al préstamo marítimo y al arrendamiento de buques.

Entre los hebreos, el comercio no tuvo en la Antigüedad un gran desarrollo y no encontramos tampoco en la Biblia, ninguna mención de las leyes que se aplicaban. Solo un siglo después de la conquista romana, fue redactado un Código por Rabbi-Jeudá el que sirvió de base a los dos Thalmud, redactados uno a fines del siglo IV y otro al principio del V.

Como el pueblo egipcio vivía en las fértiles tierras regadas por el Nilo, sus habitantes fueron ante todo agricultores; pero también se dedicaron al comercio, el que por diversos motivos fue, lo mismo que en la India, mas interno que externo. De su legislación sólo sabemos que estaba contenida en un Código de ocho libros, que se guardaba en el palacio real.

Pueblo que se dedicó casi exclusivamente al comercio fue el fenicio, el que debido a su situación geográfica, comerció con todos los pueblos entonces conocidos, y fundó colonias tan importantes como Cartago. Sin embargo sólo conocemos, por vagas referencias, sus leyes comerciales.

Referiéndonos ahora a Grecia podemos decir, que mientras duró la hegemonía de Esparta, formada sobre las mismas bases de las tribus primitivas, el comercio muy poco se desarrolló. Una vez que la preponderancia de esta ciudad pasó a Atenas y fue ejercido el comercio por los ciudadanos libres en vez de los esclavos, como antes se hacía, la actividad comercial adquiere un desarrollo extraordinario.

Está comprobado que conocieron los griegos el comercio bancario ejercido por los trapezitai, y vinculado a este comer-

cio afirman algunos autores que conocieron las letras bancarias; (1) también existieron entre ellos las asociaciones y podríamos recordar disposiciones que reglamentaban todo lo relacionado con las averías y la echazón.

Como vemos, el comercio llegó en la Antigüedad a un alto grado de desarrollo. Sin embargo las únicas leyes que hasta nosotros han llegado, son las Leyes Rodias. Se discute sobre si estas son verdaderas leyes o sólo una colección de usos y costumbres; de lo que ^{no} cabe duda, es de que constituyen el monumento más antiguo que se puede citar en la historia del derecho comercial marítimo (siglo IX). Su texto auténtico no ha llegado hasta nosotros y tampoco se conoce su autor.

Sucede a los griegos en la historia, como estos habían sucedido a los fenicios y cartajineses, el gran pueblo romano, y aquí nos encontramos con un interesante problema jurídico.

Este pueblo cuyo derecho civil llegó a tal grado de perfeccionamiento que aun hoy sirve de modelo a las legislaciones modernas, no tuvo un Derecho comercial distinto del civil. Las relaciones a que daba origen el comercio fueron regidas por el derecho general, en el cual sólo había algunas disposiciones espe-

(1) Claro está que el uso de este documento de crédito en esos tiempos, no presentaba las innumerables ventajas de hoy, ya que éste se ha ido perfeccionando poco a poco a fin de ofrecer las mayores garantías posibles a los comerciantes.

ciales al comercio, apesar de que esta actividad al revés de lo que jeneralmente se cree, tuvo tambien entre los romanos considerable desarrollo.

Los autores tratan de explicar de diferentes maneras este verdadero fenómeno jurídico. Para algunos, se explica por el gran espíritu de abstracción propio de est pueblo, que le llevó a no hacer distincion entre ambos derechos; para otros se debe al espíritu de asimilación que los caracterizaba, debiendo al cual sacaron de las legislaciones de los pueblos con quienes mantenían relaciones, las disposiciones que les eran necesarias y no sintieron así la necesidad de un derecho especial para el comercio; otros tratan de darle una explicación verdaderamente absurda, pretendiendo que este pueblo no tuvo un derecho comercial, porque en Roma no existió comercio.

La verdadera razón parece ser, la de que no alcanzaron gran desarrollo en Roma las ferias y mercados y las corporaciones centros de actividades mercantiles que en la Edad Média tuvieron gran auge y en cuyo seno se desarrolló, por esta razón un derecho especial para el comercio que poco o nada debió al derecho civil.

EDAD MEDIA

Sobre las cenizas del Imperio romano, y tomando mucho de el surgieron las ciudades italianas.

Trani, Amalfi, Fisa, Jenova, y Venecia, situadas en el paso obligado hacia el Oriente en la época de que hablamos (en que no se conocía aún la vía marítima por el Sur de Africa) formaron el centro de la actividad mercantil de la Edad Media compar-

tiendo este honor con las ciudades hanseáticas y con algunas francesas y españolas, entre ella Marsella, Ruán, Barcelona, Santander, Bilbao etc.

Como fuente importantísima para conocer las disposiciones por las cuales se rijieron en esta época, tenemos los Estatutos de las diversas ciudades ya mencionadas; así podemos recordar aquí la Ordinamenta et Consuetudo Maris edita per consules civitatis Trani, de la ciudad de Trani como su mismo nombre los indica (1063); la Tabla Amalfitana, el Breve Consulum Maris, nombre que se dió a la colección de los diferentes Estatutos de Pisa.

Llama mucho la atención, que no encontramos en Génova como en las demás ciudades italianas, un estatuto que se referiera al comercio; los autores tratan de explicarse esta particularidad, considerando que ya en esa época se había extendido por todo el Mediterráneo el Consulado del Mar, del cual hablaremos más adelante.

En las ciudades que formaron la celebre Liga Hanseática, que llegó a conseguir un poderío tan grande en la época a que nos referimos, imperaron los Recesses de la Hansa, serie de disposiciones dictadas para regir durante el no funcionamiento de las Asambleas de la Hansa, las llamadas Ordenanzas marítimas de la Liga Hansiática y mas tarde el Jus Hansiaticum maritimum.

Una fué de Le Guidon de la Mer (El Gallardete del Mar) la ciudad de Ruán, que se encuentra a orillas del Sena, y que fué un centro de gran importancia mercantil, allá por los siglos XVI y XVII.

También debemos recordar aquí los Roles de Olerón, formados por una recopilación de sentencias de tribunales marítimos, y las celebres Ordenanzas de Wisby que presentan gran semejanza con los Roles de Olerón. Estos llevan el nombre de Ordenanzas, por que son obra de la autoridad pública, sino de los comerciantes que iban a la isla del mismo nombre allá por el año 1288.

Cabe hacer notar que en todos estos documentos fueron recopiladas las costumbres comerciales en boga en esa época, sobre las diversas materias.

EL CONSULADO DEL MAR.-El Consulado del Mar, es la más importante recopilación de usos y costumbres comerciales, que no solo rijió en todo el Mediterráneo, sino que llegó a tener fuerza de ley, como costumbre universal, y algunos jurisconsultos consideran que por sus disposiciones se rejían todos los pueblos navegantes desde Constantinopla hasta los puertos del Mar Báltico.

No puede decirse, como creen algunos que el Consulado del Mar fue el primer código de leyes marítimas, porque constituye simplemente una recopilación de usos y costumbres marítimas a que voluntariamente se sometían los comerciantes.

Tanta es su importancia, que tres ciudades se disputan su origen: Marsella, Pisa y Barcelona, considerándose hoy como lo más probable, que sea esta última su cuna, ya que así nos lo afirman autores franceses é italianos, y no podemos pensar, que los mismos interesados acopien datos para probar que este es un documento que no les pertenece. Tampoco se sabe exactamente su fecha,

aunque parece que debe ser del siglo XIII, ya que no se ocupa del seguro, contrato importantísimo para el comercio que apareció allá por el siglo XIV.

Después de los documentos legislativos de que hemos hablado, nos encontramos con una época en que el derecho comercial, deja de tener carácter universal, y refleja por el contrario el carácter propio de cada pueblo; debido a que dejó de ser la obra de los comerciantes para asumir el carácter de verdaderas leyes dictadas por los soberanos de las naciones que en esa época empezaron a formarse. Las primeras codificaciones de esta naturaleza que merecen citarse son las célebres Ordenanzas francesas de 1673 y 1681, la primera sobre el comercio terrestre y la segunda sobre el comercio marítimo.

Con el Código de Napoleón (1807) empieza puede decirse la verdadera codificación de las leyes comerciales, porque este Código y los demás que posteriormente se promulgaron contienen exclusivamente leyes comerciales de derecho privado. A la obra de codificación que en esta época comienza, sólo hace excepción Inglaterra tradicionalmente refractaria a la codificación de sus leyes.

Chile después de independizarse de España, conservó las leyes españolas que regían durante la Colonia, es decir la Nueva Recopilación, las Partidas y demás legislación que allí existía; solo vino a dictarse un Código de Comercio, durante el Gobierno de don José Joaquín Pérez el año 1865, Código que fue redactado concienzudamente por el ilustre jurisconsulto argentino don José Gabriel Ocampo, sobre la base del Código Francés, del

Código Español de 1829 y de las Ordenanzas de Bilbao que en materia comercial rijeron en Chile desde el 26 de Febrero de 1795 hasta el 12 de Enero de 1867.

El derecho comercial, comenzó siendo esencialmente consuetudinario, como se desprende del nombre que se le daba, la consuetudo mercatorum, y conservó este carácter mucho más tiempo que las demás ramas de derecho, debido principalmente a su característica predominante: la universalidad. Esta característica obedece a que el derecho comercial se ha inspirado siempre en necesidades de orden económico que se presentan en la misma forma en casi todos los pueblos y que son ajenas a los factores basados en la tradición, religión, raza etc. que tanto influyen en la diversificación de las leyes civiles. Sólo en el siglo XVII comienza a perder este carácter por las razones que hemos señalado.

Es muy natural, que las costumbres primitivas hayan sido muy sencillas del mismo modo que lo fueron las primeras relaciones comerciales; sin embargo, ambas fueron complicándose y perfeccionándose poco a poco y fueron al fin reunidas en las recopilaciones que hemos recordado.

Hoy es la costumbre, fuente importante de todas las ramas del derecho y especialmente de la que nos ocupamos si bien cada día cede este derecho consuetudinario su paso a la ley debido a que el primero sólo puede prosperar en grupos muy homogéneos y tradicionalistas. Sin embargo vano sería pretender que el legislador reglamentara, por muy perfecta que la ley comercial fuera, todas las materias mercantiles, tan múltiples y tan variadas; además esta rama del derecho regula relaciones entre indi-

viduos de todas las nacionalidades, siendo insuficientes para su buen funcionamiento las leyes de cada país. Aun más, dada la rápida evolución del derecho comercial, la costumbre tiene en el aun hoy día mucha importancia. Sujeta la ley a innumerables tramites, no puede ser cambiada tan facilmente y de esta manera no puede seguir al comercio en sus fases continuas hacia un perfeccionamiento mayor.

CAPITULO PRIMERO
CONCEPTO DE LA COSTUMBRE

Definición de la costumbre. —
Su origen y fuerza obligato-
ria.

Dada pues, la considerable importancia que tiene la costumbre en materia comercial, nos hemos propuesto en esta Memoria hacer un breve estudio de ella, basandonos especialmente en las disposiciones de nuestro Código de Comercio que a ella se refieren.

Dar una definición precisa de una materia tan heterogénea como es esta, resulta sumamente difícil, por no decir imposible, y por este motivo la mayoría de los autores se abstienen de hacerlo. Los Códigos tampoco la definen, lo que se debe también a razones de método, pues no es de la naturaleza de estos cuerpos de leyes contener definiciones.

Se ha dicho, que el derecho consuetudinario esta formado por todas las leyes creadas fuera de la ley escrita.

Esta definicion es de una imprecision absoluta; por lo tanto debemos estudiar esta materia mas a fondo para ensayar mas tarde una definicion.

Por lo jeneral, en el derecho moderno, no se hace distincion alguna entre los conceptos uso y costumbre. Para los redactores de la Partidas, el uso estaba definido como "cosa que nasce de aquellas cosas que hombre dice e face e sigue continuadamente por gran tiempo e sin embargo ninguna" y la costumbre "como derecho o fuero que non es escrito, el qual han usado los omes luengo tiempo ayudandose de el en las cosas e en las razones sobre que lo usaron.

Como se ve, para las Partidas los usos eran practicas, y solo las cotumbres eran normas de derecho.

Mas adelante veremos si en materia comercial cabe hacer distincion entre uso y costumbre y el alcance que habria que dar a esta distincion.

Solo trataremos por ahora de dar en lo posible un concepto claro y exacto del objeto de nuestro estudio, es decir de la costumbre comercial.

El Diccionario de la Lengua, da a la palabra costumbre diversas acepciones; pero solo recordaremos las dos que mas se acercan a la materia que aqui nos interesa: "el habito adquirido con la repeticion de actos de la misma especie, y "la practica muy usada y difundida que ha adquirido fuerza de precepto.

Pero la verdad es que ninguna de estas acepciones nos da completa luz sobre el particular, porque lo que nosotros buscamos

es el significado de la costumbre desde el punto de vista jurídico que es la única que tiene fuerza de ley según nuestro Código.

Sin pretensiones de dar una definición completa y más bien con el solo propósito de facilitar nuestro estudio, diremos que la costumbre es un acto, o hablando más propiamente, un conjunto de actos que revelan un sentimiento jurídico, sentimiento que consiste en la certeza de que esos actos pueden ser objeto de una sanción legislativa o judicial, y que nos sirve para diferenciar la costumbre de ciertos usos de la vida social, por ejemplo el hábito de hacer obsequios ciertos días del año, la moda etc., que son actos de pura liberalidad o tolerancia.

ORIGEN Y FUERZA OBLIGATORIA DE LA COSTUMBRE.-Mucho se ha discutido acerca de estas materias, que puede decirse, se encuentran íntimamente relacionadas.

Algunos autores siguiendo las doctrinas preconizadas por los jurisconsultos romanos, explicaron la costumbre diciendo que es una ley tácitamente consentida por el legislador. Esta teoría, aunque errónea, imperó durante siglos y bajo su influencia fueron promulgados algunos Códigos Civiles, los que, por lo demás, dejaron reducida la costumbre a su más mínima expresión.

Consideramos errónea esta tesis porque aceptándola se restringe el papel de esta fuente de derecho, ya que si se exige el asentimiento del legislador, quedaría desde luego eliminada la costumbre contra la ley que tuvo fuerza obligatoria en el Derecho Romano y, según las Partidas, en el antiguo derecho español. Tratándose de ella podría decirse que el legislador había manifestado su voluntad en sentido contrario a su existencia.

La escuela histórica, idealista y sistemática, que siempre busca la base de todo derecho en la conciencia común de los pueblos considera a la costumbre como un producto espontáneo de esta conciencia popular.

En materia comercial fácilmente podemos refutar esta teoría. Las costumbres relativas al comercio se han implantado desde antiguo reflexivamente, como puede verse en ciertos pasajes que encontramos en algunas recopilaciones antiguas de costumbres comerciales. Así por ejemplo, en el Consulado del Mar antes del artículo 46 en el cual empiezan las disposiciones relativas a las costumbres comerciales (1) se lee lo siguiente: "Aquí comienzan las buenas costumbres del Mar. (2) Luego el acápite 46 empieza diciendo: "He aquí las buenas costumbres establecidas relativas a las negociaciones marítimas, que los hombres expertos que han viajado por el mundo, han aprendido de nuestros antepasados etc. (3) Estas nos parecen razones que no tienen réplica, pero aún hay algo más, ya que el autor de esta misma recopilación, trata en todo el trascurso de ella, de demostrarnos las causas que han dado origen a estas costumbres, y los motivos por los cuales se han ido poco a poco modificando.

Para nosotros la fuerza de la costumbre emana de su naturaleza misma. La vida en sociedad, inherente a la naturaleza humana, hizo sentir la necesidad de someterse a ciertas normas las que más tarde

(1) Los capítulos anteriores hasta el 42 constituyen un verdadero código de procedimiento marítimo, el 43 habla de ciertos abogados y el 44 y 45 disposiciones relativas a las naves.

(2) Aci comencen les bones costumes de la mar.

(3) Aquests son los bons establiments é les bones costumes que son fet de mar, que los savis homens qui van per lo mon ne comencaren a donar als nostres antecessors; etc.

se convirtieron en leyes. Desde muy antiguo se comprendió que estas normas eran necesarias para la conservación del orden social.

En cuanto a su origen, puede decirse con Declareuil, que la costumbre tiene siempre un autor conocido u olvidado; que muchos factores contribuyen a su establecimiento; que su origen es generalmente una decisión tomada cierto día por un jefe o una solución propuesta en caso de conflicto por arbitros o por personas entendidas, a la cual todos se someten porque la consideran buena para mantener el equilibrio de intereses dentro de la sociedad,

CAPITULO SEGUNDO

COSTUMBRES CIVILES Y COSTUMBRES COMERCIALES

En que consisten unas y otras.-Sus diferencias.

Hasta ahora nos hemos estado ocupando de las costumbres como fuente jeneral del derecho privado, sin detenernos a precisar lo que debe entenderse por costumbre comerciales, que son las que especialmente nos hemos propuesto estudiar. Llega ahora el momento de considerar este punto.

Al derecho privado pertenecen, entre otras ramas menos importantes, el derecho civil y el comercial y justamente basándonos en las definiciones que encontramos comunmente de cada una de estas ramas del derecho, trataremos de separar la costumbre civil de la comercial para señalar finalmente las diferencias que existen entre unas y otras.

Serán costumbres civiles, aquellas que se refieren a las relaciones entre particulares ajenas a cualquiera profesión o que

se relacionan con profesiones u operaciones no comerciales, y costumbres mercantiles, las que reglan las relaciones entre particulares a que da origen el comercio. Entre nosotros, pues, habrá que considerar como comerciales, las que se refieran a alguno de los actos de comercio señalados por el artículo 39 del Código de Comercio.

Ahora, las diferencias que entre ambas costumbres existen se desprenden entre nosotros de textos expresos de nuestras leyes y son las que a continuación indicamos.

En primer lugar el artículo 29 del Código Civil dice: "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella"; por tanto, en el derecho civil la costumbre no constituye derecho y para que se aplique es necesario que la ley expresamente le ~~de~~ fuerza legal, como sucede, entre otros, con los artículos 1546, 1823 Inc. II, varios artículos que se relacionan con el arrendamiento y el artículo 2117 del mandato. Por el contrario, para que la costumbre mercantil se aplique, basta simplemente que la ley mercantil guarde silencio sobre alguna cuestión sea que esta se relacione con algo que debe ser materia de ley o con algún punto relativo a la interpretación de algún acto o contrato o al significado de alguna palabra, o frase técnica del comercio.

Es cierto que nuestro Código de Comercio, en muchas disposiciones especiales, da expresamente fuerza de ley a la costumbre; pero esto sólo significa que en esos casos debe prevalecer la costumbre comercial sobre la ley civil, cuestión que estudiaremos detenidamente al tratar del lugar que corresponde a la costumbre en nuestro derecho.

Otra diferencia que separa ambas costumbres, es la de el Código de Comercio al hablar de ellas en el artículo 49, establece los requisitos que debe reunir para que puedan ser aplicadas por el juez, mientras que el Código Civil nada establece al respecto. Esta diferencia en realidad no tiene gran importancia porque las condiciones que la ley mercantil señala, son inherentes a la naturaleza misma de la costumbre, sea ella civil o comercial.

La última diferencia que encontramos en nuestro derecho, es la de que la costumbre mercantil en la medida que mas adelante estudiaremos solo puede probarse en alguna de las formas señaladas por el artículo 59 de ese Código. El Código Civil en cambio nada establece al respecto, de donde se deduce que conforme a las reglas generales, las costumbres civiles pueden probarse omni modo, cualquiera que sea su naturaleza.

Tales, son las diferencias que nuestros Códigos establecen entre la costumbre comercial. En doctrina pueden según algunos autores señalarse ^{otras} en relación, por ejemplo, con el valor que corresponde a la costumbre comercial en relación con otra fuente de derecho, la ley.

Así, al estudiar la costumbre contra la ley, veremos los problemas que ha suscitado la cuestión de saber si la costumbre puede o no derogar a la ley, y veremos que en general, se estima que solo, la costumbre comercial puede derogar la ley.

CAPITULO TERCERO

REQUISITOS QUE DEBE REUNIR TODA COSTUMBRE PARA QUE
SEA OBLIGATORIA SU APLICACION.-

Condiciones del elemento material: que los hechos sean constantes continuos y públicos. Condiciones del elemento psicológico, convicción de parte de los que ejecutan esos hechos, de que pueden, ser objeto de una sanción jurídica. Condiciones que la costumbre debe reunir en Chile: uniformidad, publicidad, generalidad y reiteración por un largo espacio de tiempo. Jurisprudencia.

Hemos visto que tanto la ley como la costumbre son fuentes de derecho privado y por tanto de derecho comercial y el juez debe acudir, por consiguiente a ellas, para la solución de los negocios mercantiles.

Tratándose de la ley, su aplicación resulta en general sencilla, ya que siendo ésta un acto emanado de una autoridad competente, establecida por un texto expreso, basta al que la aplica ver

si se ha cumplido con lo prescrito en la Carta Fundamental del país que se trata, y si el texto no es claro o de difícil comprensión pueden aún consultar al espíritu de la ley yendo a sus fuentes mismas, a las discusiones promovidas durante su estudio. En cuanto a la costumbre, la cuestión es mucho más difícil, ya que se trata de hechos sociales no sancionados por el legislador, de tal manera que el juez no dispone de un texto en que apoyarse para aplicarla. Debe en cambio examinar, si la costumbre que se le invoca reúne los elementos y requisitos necesarios para ser considerada como tal, cuestión delicada de la cual nos ocuparemos en este capítulo.

Ya hemos tenido ocasión de decir que la costumbre desde el punto de vista jurídico, debe reunir dos elementos fundamentales, uno de orden material y otro de orden psicológico. Si falta el primero, que consiste en un hecho o más bien en una serie de hechos que constituyen puede decirse la base de ella, no sólo no hay costumbre jurídica, sino que tampoco existe una costumbre en el sentido natural de la palabra.

El segundo elemento que es de naturaleza psicológica y que consiste en la convicción de parte de los que ejecutan los hechos, base de la costumbre de que están ejerciendo una facultad de derecho subjetivo, cumpliendo una obligación que puede ser sancionada por una regla de derecho objetivo. Tampoco puede faltar este elemento, ya que es el que da a la costumbre su carácter jurídico y la hace diferenciarse de ciertas prácticas de la vida social que no tienen mayor importancia ni carácter de obligatoriedad.

Decíamos que el primer elemento lo constituyen una serie de hechos de una misma especie, llevados a cabo en materia comercial por aquellos que se dedican a una misma rama del comercio. Ahora bien, para que exista una verdadera costumbre jurídica, este elemento debe reunir ciertas condiciones.

En primer lugar, la repetición de los hechos, debe ser constante, es decir, que no debe tratarse de hechos aislados o contrarios por otros de distinta naturaleza.

En seguida como segundo requisito o condición, tenemos el de que estos hechos debe ser practicados continuamente durante cierto tiempo, cuestión que en todas las legislaciones se ha dejado a la apreciación del juez, pues es imposible establecer un límite determinado. En efecto, ciertos hechos pueden en mucho menor tiempo que otros adquirir el carácter de costumbre, ya sea por la mayor aplicación que de ellos se haga, o por la mayor necesidad que sientan de someterse a ellos, las personas que practican el comercio, en cualquiera de sus ramas.

Esto ha sido criticado por algunos autores, que consideran que se dan así al juez facultades de legislador, lo que en la mayoría de los casos, resulta demasiado peligroso. Sin embargo, dado lo dicho anteriormente, resulta de todas maneras mas ventajosa esta facultad que se otorga al juez, que encerrar la costumbre en un marco estrecho, fijando el tiempo mínimo que debe rejir para ser considerada como tal.

Como tercer requisito de este primer elemento tenemos la publicidad. Consideramos para que este requisito se cumpla, basta el conocimiento de la costumbre por aquellas personas que

tienen interes en oponerse a ella.

Estudiado el primero de los elementos fundamentales, pasaremos a examinar el segundo, seguramente mucho mas impotante que el anterior desde el punto de vsta juridico, y que los autores señalan con el nombre de "opinio juris, u opinio necessitatis".

Ciertos autores han querido ver en este elemento algo muy complejo y de difícil aplicación; pero según lo dicho anteriormente para nosotros es algo no tan difícil de comprender, y que trataremos ahora de explicarlo en una forma que sea fácil su inteligencia. Se trata solamente de aquella seguridad de parte de los que sienten la necesidad de someterse a algún uso o costumbre determinada de que para el caso de tener que recurrir a los tribunales, este uso o costumbre será aplicado por sus miembros en el caso de que se trata.

Terminado el estudio de los elementos fundamentales de la costumbre, nos referiremos ahora brevemente a ciertas condiciones exigidas por algunos autores para que esta exista.

Se trata en primer lugar de la existencia de una sanción, que algunos jurisconsultos consideran indispensables para que pueda hablarse de una verdadera costumbre.

Algo encontramos en relación con esto en las Partidas que exijan una sanción tácita, podemos decir, del amo o señor, y aun más un reconocimiento judicial. Dicen las Partidas "El pueblo, o la mayor parte de él, si usaren diez o veinte años a fazer alguna cosa, como en manera de costumbre, sabiendolo el Señor de la tierra, e non contradiciendo, e teniendolo por bien, pudenla fazer, e debe ser tenuta e guardada por costumbre, si en este tiempo mismo fueren

dados concejaramente dos juicios por ella de homes gabidores y entendidos de juzgar , e non habiendo quien gellas contralle". Pero como vemos, la sanción aparece aquí exigida por la ley misma y por tanto pasa a ser este un requisito indispensable.

Tratándose, empero, de las legislaciones modernas que no la exigen, y considerando a la costumbre como fuente de derecho con sus caracteres propios y muy diversos de aquellos exigidos para la ley, no encontramos razón alguna para "simular a ambas en este punto. Por otra parte, exigen algunos también el requisito de la necesidad, con lo cual una costumbre no sólo se hace necesaria sino útil.

En el caso de un juicio, el que entabla una acción y quiere hacer valer la costumbre, debe hacer presente los requisitos de que hemos hablado y a los cuales se les ha dado el nombre de positivos; la parte contraria, para eludir sus efectos, recurrirá a las llamadas condiciones negativas de la costumbre. Y esta alegación habrá de ser admitida por el juez, cuando se funde en que la costumbre invocada esté en pugna con las buenas costumbres o con principios de orden público, como lo seña una costumbre que permitiera la condonación del dolo futuro.

De nuestra legislación, podemos decir que se alude a estas condiciones tanto en el Mensaje como en numerosos artículos de nuestro Código de Comercio; pero aún cuando ninguna disposición hubiera al respecto, habría que considerarlas comprendidas entre los principios generales de derecho que informan nuestra legislación.

También se ha tratado de comprender entre las excepciones la del error por parte de aquellos que ejecutan actos conforme

a una costumbre determinada; pero admitir esta excepción, importaría negar todo valor a la costumbre, ya que en la mayor parte de los casos, la costumbre se origina de esa manera y a la misma conclusión podemos llegar interpretando textos romanos que en ningún caso le han negado valor a la costumbre que de ^{ese} modo nace.

NUESTRA LEJISLACION.-Nuestra legislación ha sido en este punto muy explícita, y ha fijado taxativamente los requisitos que debe tener toda costumbre para que pueda ser considerada como tal por los jueces.

El artículo 42 que a esto se refiere estatuye: "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".

Establece pues este artículo, en primer lugar, el requisito de la uniformidad. En realidad, era completamente innecesario mencionarlo, ya que entra a formar parte de la costumbre misma, puesto que esta fuente de derecho está constituida por una serie de actos de una misma especie, es decir hechos siempre iguales, pues si hoy día los comerciantes al realizar un acto de comercio determinado adoptaran unas normas y mañana otras, y más tarde otras, el juez en un caso dado no podrá aplicar ninguna de ellas porque faltando a esas normas la uniformidad, no han podido llegar a dar nacimiento a una verdadera costumbre que pueda ^mreemplazar la ley.

Se refiere después ese artículo, a la publicidad requisito que podemos considerar con la misma finalidad que la promulgación respecto de las leyes, ya que mediante ella llega la costum-

bre a conocimiento de todas aquellas personas interesadas en oponerse a ella.

Esta publicidad se extenderá, según los casos, a varios países si se trata de una costumbre universal; a todo un país en el caso de una costumbre jeneral, o a una ciudad, un pueblo etc, o a un grupo determinado de individuos, cuando nos encontremos a presencia de una costumbre local o especial.

Alude en seguida el artículo en estudio, al requisito de la jeneralidad, que consideramos también casi superfluo por las mismas razones dadas al hablar del referente a la uniformidad.

Para cumplir con este requisito, la costumbre debe estar suficientemente extendida y practicada por la mayoría de los comerciantes, jeneralidad que será distinta, lo mismo que, en el caso anterior, ya se trata de costumbre universal, jeneral, local o especial.

Por último nos encontramos con el requisito del tiempo. El Código dice: que los hechos que la constituyen deben ser: "reiterados por un largo espacio de tiempo". La redacción de esta frase despierta la idea de que para que a una costumbre pueda dársele el nombre de tal, es necesario que se haya practicado durante muchos años. No hay que dar, sin embargo, este alcance a los términos de la ley. El lapso de tiempo de la repetición de los hechos, depende de la frecuencia con que estos ^{se/} repitan.

Nuestro legislador con muy buen criterio, ha dejado a lo tribunales la apreciación del tiempo, ya que era imposible establecer un tiempo determinado, ^{debido} a las causas ya expuestas.

La modificación que en este sentido hemos tenido, es que desde que entró en vijencia la Ley Orgánica de Tribunales(1875) los encargados de esta apreciación no son ya los jueces de comercio, sino los civiles en virtud del artículo 37 de esa Ley.

JURISPRUDENCIA.-Sentencia Nº 3070, pagina 1470, Gaceta del año 1875. Considerando 3º "que no habiendo instrucciones contrarias del remitente, hay en Valparaíso la raional costumbre mercantil de asegurar las mercaderías consignadas, costumbre que reúne todos los requisitos exigidos por el artículo 4º del Código de Comercio.

CAPITULO CUARTO

CLASIFICACION DE LA COSTUMBRE COMERCIAL

Diferencia entre uso y costumbre.-
 Costumbres: secundum legem, extra legem y contra legem; jurídicas, interpretativas, técnicas; locales y generales; generales y especiales; nacionales, extranjeras y universales, costumbres bursátiles, en materia de seguros, comercio bancario etc.-

Al entrar en la materia propia de nuestro estudio, es decir de la costumbre comercial, empezaremos por referirnos a la distinción que según hemos visto suele hacerse entre uso y costumbre para ver si puede tener cabida dentro de nuestro derecho.

E. Thaller, en su *Traité Elementaire de Droit Commercial* deslinda el campo de cada una de estas expresiones. Para este autor la costumbre es una regla de derecho imperativo y de orden público que suple la ausencia de la ley escrita o aún, que contraviene a una disposición de esta ley; por el contrario el uso es la cláusula tácita, subentendida en una convención, por la cual las partes reglan sus relaciones siguiendo las prácticas establecidas.

Elogiadas han sido estas definiciones por Geny, que también es partidario de esta distinción, y que considera que sólo la costumbre jurídica reúne los caracteres esenciales de tal, es decir, el elemento material, o sea el conjunto de hechos, y el elemento

psicológico, requisito que él llama de la opinio juris, y que es la convicción de que esos hechos pueden llegar a ser sancionados por el legislador. Para él, el uso a pesar de que muchas veces lleva envueltos principios de derecho, carece siempre de este segundo elemento indispensable en la concepción de la costumbre, de donde deriva varias diferencias entre ambos conceptos: Faltando el elemento psicológico, el uso queda reducido a un hecho, que como tal es necesario probar en cada caso; por la misma razón no se impone al intérprete sino sólo cuando aparece claramente que las partes lo conocían o que han querido que rija en ese caso; tampoco un uso podría derogar una ley imperativa (para este autor sólo una costumbre comercial puede hacerlo) ni hay base para la casación si se contraviene a él. Por otra parte, considera que son distintos los principios de derecho internacional aplicables en caso de conflicto. Sin embargo, cree Geny que aquellos usos que con el transcurso del tiempo adquieren caracteres de fijeza, llegan a constituir al fin una verdadera costumbre jurídica, y con ello llegamos nuevamente al punto de partida; al querer asimilar las palabras uso y costumbre, nos referimos a aquellas expresiones que reúnen los mismos requisitos ya sea hablando doctrinal o legalmente. Es muy natural y lógico que no tengan fuerza de ley, usos aislados que no reúnen los caracteres de generalidad y uniformidad exigidos a los usos o costumbres jurídicas y que en un capítulo anterior hemos tratado de exponer lo más claramente posible.

Los tratadistas italianos hablan ya de usos, ya de costumbres o prácticas de los comerciantes; pero el Código de este

país de 1865, reserva el nombre de usos a aquellos a los cuales no se aplican las reglas del DERECHO romano y canónico que encontramos referente a la costumbre.

La asimilación entre estas dos palabras, ha sido casi unánimemente aceptada por el derecho moderno. Así por ejemplo los Códigos de España, Alemania, Chile y muchos otros, no hacen distinción alguna entre ellas.

Respecto de nuestro Código, apoyamos esta aseveración en primer lugar en el Mensaje que dice: "Algunas de estas reglas determinan los límites del imperio del Código, y autorizan la aplicación de la ley común y de la costumbre en los casos en que la primera se encuentra deficiente. 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". Como se ve claramente, el autor del Mensaje emplea aquí indistintamente las palabras costumbre y uso. Mas adelante encontramos en este mismo Mensaje al hablar de la comisión, el siguiente párrafo: "Asegura el acierto en las operaciones más riesgasas, aprovechando el conocimiento que tiene el correspondiente de las costumbres", etc., y después al decir algunas palabras sobre el contrato de cuenta corriente se vale del vocablo uso para expresarnos que: "Este contrato no ha sido incorporado hasta el día en ninguno de los códigos mercantiles que conocemos; pero teniendo una existencia propia en los usos del comercio, etc."

También podemos argumentar con el artículo 275 que usa indistintamente ambas palabras en sus diversos incisos, y principalmente con el artículo 40. que dice "Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, etc."

Este Código habla solamente de costumbres en los artículos IV, V Inc. I, VI, 130 Inc. II, 132, 225, 262, 429, 905 No. 11, 938 y 954 y sólo de usos en los artículos 112, 143 No. 2, 149 No. 3, 191 Inc. Io. 269 Inc. II, 275 Inc. III, 279 No. 3, 307, 520 Inc. II, 537 Inc. II, 606 No. 3 Inc. II, 642 Inc. V, 644, 645 Inc. Io. 754 Inc. V, 809 Inc. II, 830, 987 Inc. III 988, 1002 Inc. I, 1026, 1087. (1)

Por lo jeneral, nuestros Tribunales han confirmado la doctrina según la cual no debe hacerse entre nosotros distinción entre uso y costumbre, pero cabe recordar aquí dos sentencias, que distinguen expresamente entre uso y costumbre. Haremos un breve resumen de ellas, para establecer que en estos casos y otros que pueden citarse, nuestros Tribunales han hecho la distinción de que se trata con el ostensible propósito de dar un poco de elasticidad a la prueba de la costumbre, ya que a este respecto nuestro Código ha sido como veremos, muy severo. Por tanto, estas sentencias en vez de desvirtuar nuestra doctrina, pueden servirnos como un argumento más a nuestro favor.

Asimilados los conceptos de costumbre y uso aparecen en una sentencia que encontramos en la página 827 de la Gaceta del año 1883, pronunciada por la Corte de la Serena: Se produjo un incen-

(1) Los artículos 139 Inc. Io., 140, 141 Inc. II, 143 Inc. II, 269 Inc. I y 297, no los hemos mencionado aquí aunque todos estos se refieren a los usos o costumbres, porque no emplean ninguno de estos términos, sino que hablan de intereses o precios corrientes.)

dio en el almacén de un comerciante y fué condenado en primera instancia, en virtud de que los libros que estaban en la caja contra incendio, no daban cuenta fiel y detallada de todas las operaciones realizadas. En segunda instancia el comerciante fué absuelto con un voto en contra, entre otras razones porque es usual en algunos establecimientos llevar en libretas las cuentas corrientes por menor cuyos abonos entran en las rentas diarias; y que es también costumbre en algunas casas de comercio llevar una libreta o cuenta particular de los sueldos del dependiente y cargar sus pedidos etc.

Nos referiremos ahora, a las sentencias que han hecho la distinción de que hablamos, únicamente para poder admitir la prueba testimonial que se alegó a favor del uso que se invocaba.

La primera de ellas, es la que se registra en la Gaceta del año 1883, con el No. 102 y que versó sobre lo siguiente: Una barca entró de arribada y fué vendida en remate público. El consignatario de la nave, demandó pidiendo el pago de un 5% sobre la cantidad obtenida en el remate, como comisión usual o corriente. En segunda instancia se confirmó la sentencia que dió lugar a la demanda, considerando que el artículo 25 de la póliza de fletamento, establecía que en caso de arribada a alguno de los puertos que determina, buque y cargamento tendrían que pagar las comisiones de costumbre y además que no tratándose en este caso de comprobar la existencia de una costumbre comercial llamada a suplir el silencio de la ley, sino de averiguar si es de uso jeneral en esta plaza que los consignatarios cobren comisión de venta en los casos en que condenada una nave se vende en remate por un martillero, y que para justificar la existencia de ese

uso jeneral, bastaba la prueba rendida.

Otra sentencia muy importante que hizo esta misma distinción, es la que rola en la página 123 de la Gaceta del año 1924 dictada por la Corte de Valparaíso.

En esta sentencia se dijo que: era uso de comercio en la plaza de Valparaíso, que la tradición o entrega de la cosa vendida se verifique por la simple transferencia de una orden de entrega hecha por el vendedor al comprador, y que esta práctica no es la costumbre que suple el silencio de la ley, a que se refieren los artículos 4o. y 5o., ya que se trata de prácticas o usos aceptados uniformemente en el comercio, por lo que no es necesario la prueba exigida para la costumbre.

Luego en segunda instancia se agregó que el uso comercial a que se refiere el art. 149 del Código de Comercio, es distinto de la costumbre de que trata el artículo 5o., y que no reúne los requisitos de uniformidad, publicidad y jeneralidad, sino que basta que tenga la calidad de ser ejecutado constantemente. Que no siendo, por lo tanto, la costumbre y el uso cosas iguales, no había por que exigir para el último la prueba prescrita para la primera.

Establecido, pues, que no cabe entre nosotros distinguir entre uso y costumbres, entraremos a considerar la clasificación de éstas.

COSTUMBRES SECUNDUM LEGEM, EXTRA LEGEM Y CONTRA LEGEM.
Tratándose de la costumbre jurídica en jeneral, el Derecho Romano las dividía en tres categorías: costumbres secundum legem (según la ley), extra legem (fuera de la ley) y contra legem (contra la ley).

Muy poco diremos aquí sobre las dos primeras categorías de costumbres. En realidad el verdadero papel de la costumbre debe ser el de suplir la falta de ley o interpretarla.

Es necesario en materia comercial que la costumbre supla el silencio de la ley, porque las necesidades del comercio se anticipan siempre a la ley y se necesita también de las costumbres interpretativas de la ley porque por perfecta que ésta sea, no puede contemplar todos los casos que pueden producirse. Salta pues a la vista la importancia de estas dos clases de costumbres y no hemos encontrado ningún autor que niegue la eficacia de ellas.

Distinto es el caso de las costumbres contra la ley. Materia es ésta, que ha dado margen a grandes discusiones; y para dar una idea de las dificultades que presenta su solución, recordaremos aquí que hay autores que en las primeras ediciones de sus obras se han inclinado por una de ellas y que al cabo de un tiempo de estudio la han rechazado para adoptar la contraria como es el caso de Riviere.

Trataremos de llegar al fondo mismo de la cuestión, recordando también que la jurisprudencia ha variado en las diversas épocas siguiendo las ideas reinantes, y que la doctrina ni aún hoy se ha podido uniformar, sino que por el contrario sustenta todavía las más opuestas teorías.

En la época del reinado absoluto de la ley como única fuente de derecho, es natural que la costumbre contra la ley haya sido rechazada de plano, tanto por los tribunales como por los jurisconsultos, porque consideraban que la ley sólo podía ser derogada por o-

tra regla que reuniera exactamente los mismos caracteres que la ley en vigencia, ya que esto es lo único que se concilia con el establecimiento de los poderes públicos, en uno de los cuales, el legislativo, delega el pueblo su facultad de dictar las leyes.

Después las opiniones se han dividido y así, mientras hay autores que están muy de acuerdo en que la costumbre puede derogar a la ley, otros le dan fuerza sólo en ciertos casos distinguiendo no sólo entre las diversas leyes sino también entre las diversas clases de costumbres. Nos referimos al valor que se le da a la costumbre en materia civil o en materia mercantil, aunque sólo hablaremos especialmente de la costumbre mercantil.

Algunos autores distinguen entre leyes permisivas o declarativas y prohibitivas o imperativas, y consideran que sólo las primeras pueden ser derogadas por el uso. Según otros autores, las costumbres pueden derogar la ley siempre que no se trate de leyes que sean imperativas y de orden público, y algunos toman aún en cuenta si se trata de usos generales o locales, (aplicables a toda una nación o sólo a una determinada localidad) para opinar que estos últimos no pueden derogar la ley. No faltan finalmente autores que niegan toda fuerza a la costumbre contra la ley, porque consideran que una solución contraria, a más de socavar el régimen constitucional de cada país, llevaría a un completo caos legal. Los sostenedores de esta teoría, se preguntan por qué si así no fuera, los gobernantes de cada país se habrían preocupado de dictar leyes y de codificarlas cuidadosamente, siendo que bastaría para dejarlas sin ningún valor, a pesar del gran esfuerzo que muchas veces se han gastado en establecerlas,

el establecimiento en determinadas condiciones de una costumbre contraria, sin intervención alguna del legislador.

Sin desconocer la importancia de estos argumentos, sostendremos la opinión contraria, que trataremos de fundamentar lo más sólidamente posible.

En nuestros días se ha dado un valor equivalente a la ley y a la costumbre como fuente de derecho; ha sido aceptada también unánimemente el criterio de que una costumbre nueva puede derogar a una ya establecida, cualquiera que sea su antigüedad; nunca se ha discutido tampoco sobre si una ley puede derogar a otra, ni sobre si una ley puede derogar a una costumbre. Siendo pues la costumbre y la ley fuentes de derecho de igual importancia, por qué la ley puede derogar la costumbre, y la costumbre no puede derogar la ley?

Por más que hemos buscado la razón de esta diferencia no la hemos encontrado. Por otra parte, esta no es una solución moderna, sino que la hemos hallado hojeando antiguos textos tanto romanos (1) como españoles (2).

Finalmente debemos considerar las consecuencias que se producirían al adoptar el principio que combatimos. Es sabido que el comercio evoluciona mucho más rápidamente que las leyes, y si no

(1) "quase rectissime etiam illud receptum est ut leges non solum suffragio legislatoria, sed etiam tacito consensu omium per desuetudinem abrogentur" que traducido al castellano decía "Por lo cual con mucha razón ha sido aceptado que las leyes quedan derogadas (totalmente) no sólo por voluntad (expresa) del legislador, sino también por desuso, por consentimiento tácito de todos."

(2) "E aun ha otro poderio muy grande, que puede tirar las leyes antiguas que fuesen antes que ella...., e esto se debe entender quando la costumbre fuesse usada generalmente en todo el reino...., mas si la costumbre fuesse especial, entonces non desataria la ley sino en aquel logar tan solamente do fuesse usada."

se acepta la solución que propiciamos se condena sencillamente a un pueblo a rejirse por leyes malas o deficientes y en todo caso no adaptable a las necesidades del comercio, por lo menos de ese país. Esto es casi jeneralmente lo que sucede cuando se establece una costumbre contraria a una ley, de modo que, como es posible negarle valor? Llegamos entonces a la conclusión de que es aceptable en doctrina que una costumbre pueda derogar a una ley preexistente.

Al estudiar esta materia, algunos autores distinguen dos casos, adoptando diversas soluciones para cada uno de ellos. Consideran separadamente el caso de la derogación de la ley por una costumbre contraria, y el de que la ley caiga en desuso sencillamente porque no se aplica. Por nuestra parte al hablar de la costumbre contra la ley, hemos comprendido ambos casos, y considerado en consecuencia aplicable la misma solución, en cualquiera de ellos.

En la historia de la legislación comercial de nuestro país, nos encontramos con el caso de una costumbre que imperó durante mucho tiempo, en contra de una ley prohibitiva. Nos referimos al uso del endoso en blanco que el comercio persistió insistentemente en utilizar, como medio de transferir la propiedad de la letra de cambio apesar de que hasta la fecha en que entró a regir nuestro Código, era prohibido por las Ordenanzas de Bilbao y por un auto acordado de 31 de Enero de 1848. El sabio redactor de nuestro Código de Comercio, adelantándose a las legislaciones de entonces que lo miraban con malos ojos por los abusos a que podía dar lugar, dió existencia legal a este endoso considerando, como se expresa en el Mensaje que dicha persistencia era la expresión no del capricho, sino de una verdadera

necesidad.

LEJISLACION CHILENA.- Estudiaremos ahora lo que dispone nuestro Código de Comercio, en relación con la división tripartita de la costumbre que acabamos de establecer.

Según el art. 40. que dice que: "Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley" etc., tienen pleno valor en nuestra legislación mercantil, las costumbres fuera de la ley que nacen a falta de una ley expresa para satisfacer necesidades propias y urgentes del comercio.

Pero nada encontramos explícitamente establecido en este Código acerca de las costumbres "según la ley" punto que trataremos de dilucidar brevemente.

Creemos que puede sostenerse con fundamento que dentro de nuestro derecho tienen cabida las costumbres interpretativas de la ley.

En general, podemos resolver esta cuestión apoyándonos en el artículo 24 del Código Civil, según el cual, en defecto de las demás reglas de interpretación, puede acudirse, para interpretar los pasajes oscuros o contradictorios de una ley, a la equidad natural, cuya expresión puede encontrarse en alguna costumbre convenientemente establecida.

En lo tocante a la materia puramente comercial, podemos llegar a la misma conclusión, invocando el citado artículo 40. de nuestro Código de Comercio y dando al verbo "suplir" que en él se emplea el sentido que naturalmente le corresponde, esto es el de "Cumplir o integrar lo que falta en una cosa". No se integra en cierto modo

do una ley cuando se la interpreta para aplicarla a un caso dado? Parece indudable que sí, y no es aventurado entonces sostener que la interpretación puede hacerse a la luz de alguna costumbre sobre todo si estaba ya establecida a la fecha de la vigencia de la ley.

Pero lo que no admite duda, es que entre nosotros carece en absoluto de valor legal la costumbre establecida en contra de una ley.

Dentro de los principios generales establecidos por nuestro Código Civil, que no necesitamos recordar especialmente, tenemos que una ley sólo puede perder su vigor cuando es legalmente derogada por otra ley; de tal manera que en nuestro derecho, ninguna ley puede dejar de rejir por el hecho de no aplicarse o de establecerse un uso o una costumbre contraria a ella.

La misma solución se desprende en materia comercial del recordado artículo 4o. de nuestro Código de Comercio, que al dar fuerza de ley a las costumbres para suplir el silencio de la ley, excluye a contrario, a las que se invoquen contra la ley. Este Código aplica también esta solución a casos particulares, como se advierte, en el artículo 112: "No se reconocen términos de gracia o uso que dificulten el cumplimiento de las obligaciones mas allá del plazo que señale la convención o la ley."

La Jurisprudencia de nuestros tribunales se ha pronunciado también en el mismo sentido, como lo demuestran las sentencias números 1618 y 1632 de los años 1885 y 1895, respectivamente.

En la primera se lee el considerando siguiente: "Que, aunque se hubiera probado la costumbre comercial de pagarse, en los

contratos de compra venta de acciones, tan solo la diferencia de precio en dinero, sin hacer la entrega efectiva de las acciones, tal costumbre no podría tener valor legal, ni podría estimarse como incorporada al contra de compraventa de acciones, porque ello no importaría otra cosa que autorizar un procedimiento abiertamente contrario a lo dispuesto en el artículo 451 del Código de Comercio que establece que las acciones de sociedades anónimas pueden ser nominales o al portador, siendo las primeras transferibles por inscripción o por endoso sin garantía, y las segundas por la tradición del título.

En la segunda se estableció: "que si bien obliga todo contrato no sólo a lo que en él se expresa sino que a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella, debe tenerse presente que cuando la ley fija la condición jurídica de las partes contratantes sus obligaciones recíprocas, no tiene cabida a este respecto la costumbre, salvo estipulación expresa de los interesados. que por lo tanto no procede en este caso la costumbre invocada por el vendedor, la cual tiende a restringir los derechos que la ley acuerda al comprador en el contrato sobre que versa el litigio."

COSTUMBRES JURIDICAS, INTERPRETATIVAS Y TECNICAS.- Pueden clasificarse también las costumbres atendiendo a su objeto. Según este criterio tenemos la costumbre que sirve para suplir el silencio de la ley, a que algunos quieren reservar el nombre de costumbres jurídicas; las que sirven para interpretar la voluntad de las partes, y suplir su silencio denominadas costumbres interpretativas, y por último las que sirven para interpretar las palabras o frases técnicas

del comercio, o costumbres técnicas.

Nos basta leer los artículos de nuestro Código de Comercio que se refieren a la costumbre para ver que de allí se desprende esta división. Así, el artículo 40. acepta las costumbres que suplen el silencio de la ley; el artículo 60. en su parte primera, las que sirven para interpretar las palabras o frases técnicas del comercio y en su parte última, que debe entenderse completada por el artículo 1546 del Código Civil, las que sirven para interpretar la voluntad de las partes y suplir su silencio.

COSTUMBRES JURIDICAS.—La primera de estas clases de costumbres, la que suple el silencio de la ley, es, según muchos, la verdadera costumbre jurídica.

Pertenecían a esta clase de costumbres las que reñían, por ejemplo, entre nosotros el contrato de cuenta corriente mercantil hasta el año 1867 en que empezó a reñir nuestro Código de Comercio, y como este contrato no había sido reglamentado hasta ese momento por la legislación de ningún país, puede decirse que nuestro legislador convirtió en esta materia la costumbre en ley. Algo análogo sucedió con otra materia tan importante como la anterior, referente a la reivindicación, rescisión y retención en los casos de quiebras; pero en este caso como existían principios establecidos por las leyes de otras naciones y por la jurisprudencia, la costumbre sólo sirvió en parte de base para redactar el título IX del libro IV de nuestro Código que a esta materia se refiere.

Costumbres jurídicas eran también las que reñían entre nosotros el contrato de cuenta corriente bancaria y el cheque

hasta que se dictó la ley de 8 de Febrero de 1922 y puede decirse que los redactores de esta ley, no hicieron otra cosa que incorporar a la ley las costumbres que reñían en esta materia, salvo entre otras, las referente a la manera de cancelar los cheques, con lo cual dejó en vijencia la costumbre existente al respecto.

Como ejemplo de costumbres jurídicas citaremos, por último, las que rijen la operación de bolsa denominada entre nosotros contrato de postergación.

En estos casos se trata de costumbres jurídicas, por que todas se refieren a materias de la competencia del legislador, como la individualización de los contratos y la determinación de los derechos y obligaciones que de ellos emanan para las partes.

Entre otras sentencias relativas a las costumbres jurídicas podemos citar una de la Gaceta de 1860 y otra de la Gaceta de 1887.

En la primera, que se registra con el número 1195, se reconoció una costumbre interpretativa de la ley y en la segunda, una destinada a suplir el silencio de la ley. Esta última admitió la demanda de pago de la comisión de uno y medio por la contratación de un seguro, fundada en la costumbre de abonar esa comisión en casos análogos a aquel de que se trataba.

COSTUMBRES INTERPRETATIVAS.-Estas costumbres, sirven para suplir la voluntad de las partes y desempeñan el papel de cláusulas subentendidas de un contrato. A ellas se refiere el artículo 1546 de nuestro Código Civil. Sirven también para interpretar la voluntad de las mismas partes, según lo establece el artículo 6o del Có-

digo de Comercio o sea para dar al contrato el significado y alcance que las partes tuvieron en vista al celebrarlo.

Los casos mas típicos de costumbres interpretativas, son los que aparecen de ciertas fórmulas que se usan corrientemente en las ventas mercantiles. Me refiero a las cláusulas C.I.F., F.O.B., F.A.S. etc., que, sobre todo la primera, se usan continuamente en esta clase de contratos.

Respecto de la interpretación de estas cláusulas, ri- je entre nosotros un acuerdo producido entre las Cámaras de Comercio del país y que se hizo necesario en razón de la importancia de esta materia, ya que según se emplee una u otra, resultan distintas las condiciones de la venta y las responsabilidades de las partes.

Según este acuerdo, cuando un comerciante al cotizar un precio quiere incluir en él todo gasto (menos el seguro marítimo) hasta poner las mercaderías a bordo de la nave del puerto de embarque convenido, basta que use la cláusula F.O.B., que viene de tres palabras inglesas Free On Board. Muy poca es la diferencia que existe entre esta cláusula y la cláusula F.A.S. (del ingles Free Alongside) ya que con ella debe entenderse exactamente lo mismo, salvo que en vez de tener el vendedor la obligación de poner la mercadería a bordo de la nave, sólo le corresponde ponerla al costado del buque dentro del aparejo de la nave.

Tenemos en seguida las cláusulas C.I.F. (de Cost, Insurance and freight) y la de A bordo puerto de destino. Cualquiera de estas significa que el vendedor ha incluido en el precio de la mercadería, el seguro marítimo y el flete hasta el puerto de destino, pero

con arreglo a la segunda, debe el vendedor poner la mercadería a disposición del comprador a bordo de la nave en el puerto de destino, obligación que no pesa sobre el que hace una venta con la cláusula C.I.F.

Por último, mencionaremos la cláusula C.I.F.C.C.A., en que estando comprendidos todos los gastos (incluso el seguro) hasta el puerto de destino que se ha convenido, el precio es pagadero contra entrega del conocimiento marítimo y de la factura consular.

Más adelante dilucidaremos la cuestión de saber si las costumbres interpretativas prevalecen sobre las disposiciones legales relativas a la interpretación de los contratos.

Una sentencia del año 1899, reconoció una costumbre destinada a suplir la voluntad de las partes, y la citaremos aquí, a pesar de tratarse de una sentencia que recayó en un juicio en que se ventilaba una cuestión civil.

Se trataba del cobro de una cantidad como valor del servicio de alumbrado de la comuna de Quillota, y por los gastos de tubos y depósitos.

La sentencia declaró, que constaba de autos, que era costumbre que en cumplimiento del mismo contrato, el alcalde pagara al demandante las cuentas relativas a dichos tubos y depósitos, y que conforme al 1564 del Código Civil, los contratos se interpretan por la aplicación práctica que hagan de ellos ambas partes o una de ellas con aprobación de la otra.

También es interesante, la sentencia del año 1879 número 1920 en la cual "según las prácticas mercantiles corrientes" se

consideró una carta en que un comerciante decía que no tenía ningún inconveniente para otorgar la fianza que se le pedía, como una verdadera promesa de otorgar fianza, por lo cual se dió pleno valor a una costumbre interpretativa de la voluntad de las partes contratantes.

COSTUMBRES TÉCNICAS.— Costumbres técnicas, son las que sirven para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio (artículo 6o.) siempre que la ley no las haya definido especialmente. Se distinguen estas costumbres de las dos anteriores, en que no constituyen reglas de derecho, sino que son puramente hechos materiales cuya inobservancia puede dar lugar a sanciones determinadas.

Se las denomina costumbres técnicas, porque envuelven operaciones de carácter técnico, como, por ejemplo, las que consultan la manera de envasar y cargar ciertas mercaderías, el arrumaje de estas, el medio de transporte elegido, etc., reglas que son muy importantes, ya que hay mercaderías tan delicadas, que, de no ser observadas estas costumbres pueden llegar a poder del comprador en mal estado o completamente inservibles.

Relacionando esta materia con el Código Civil, debemos recordar que los artículos 20, 21 y 51 de este Código, al dar norma para la interpretación de las leyes, establecen en primer lugar que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras y si se trata de palabras técnicas de alguna ciencia o arte, en el sentido que les dan los que profesan dicha ciencia o arte, es decir que da dos normas diversas para esta interpretación. Por el contrario, el Código de Co-

mercio establece en un artículo 6o. que sólo la costumbre servirá de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio "De todas maneras, si nada encontrásemos en las prácticas comerciales, podríamos recurrir al Código Civil.

Se refieren especialmente a las costumbres técnicas, los artículos 191 y 269 Código de Comercio, al hablar del "uso de personas inteligentes", o de "los usos y procedimientos de los comerciantes entendidos y diligentes."

Las costumbres técnicas fueron consideradas por nuestros tribunales en dos sentencias que vamos a citar. En una de ellas (Gaceta 1881 No. 2783) y en la cual se dió lugar a la liquidación de una sociedad, se dijo: "que al formarse el inventario de existencias, ha podido lejítimamente castigarse, "al estilo de comercio", los créditos atendida la condición de cada uno de los deudores, porque tal castigo no es mas que un cálculo de las pérdidas que pueden resultar del cobro de los créditos", etc.

En la de 1882 se trataba de un pedido de una partida de grasa y sebo, cuyo peso resultó en cuanto a la grasa superior al asignado en la póliza y respecto del sebo inferior al asignado en ese documentos. Se alegó la costumbre técnica de que toda la grasa y sebo que se importa de la República Argentina viene en barriles de un determinado peso, y que aunque consideró un peso doble a aquel fué insuficiente, pues, por una excepción había sido enviada esa sustancia en barriles de una capacidad aun mayor.

COSTUMBRES LOCALES Y JENERALES-JENERALES Y ESPECIALES

.-Hablaemos ahora de las costumbres jenerales y locales que es una

división que se puede hacer, tomando en cuenta la extensión territorial en que se aplican, y en jenerales y especiales, atendiendo las materias a que estas costumbres se refieren.

Damos el nombre de costumbres jenerales, a aquellas que se observan en todo un estado o nación; y locales a aquellas otras que solo rijen en una determinada plaza comercial.

También puede llamarse jeneral la costumbre aplicable a todas las ramas del comercio y especial, la que sólo rige en una rama determinada de él, por ejemplo los que se relacionan en el comercio bancario, con las operaciones de bolsa, corretaje etc.

sólo en los artículos 4 que da las reglas jenerales de la costumbre y en el 279 al hablar de una de las obligaciones del comisionista, hace nuestro Código referencia a las costumbres jenerales; en cambio, a las costumbres locales se refiere en primer lugar el Mensaje al tratar de la comisión y el Código en su artículo 4: cuando dice "en una determinada localidad", aunque hay quienes equivocadamente piensan que esta frase alude a las costumbres extranjeras.

A las costumbres locales aluden también, los artículos 275 Inc. II refiriéndose a la forma de fijar la retribución del comisionista; el 307 que señala las normas por las cuales debe rejirse el comisionista para regular el precio de las mercaderías; el 520 Inc. II que establece como debe tenerse por contratado el seguro en el caso de que no se le den a un comisionista instrucciones para asegurar; el 537 que autoriza a los tribunales para aplicar las costumbres locales en cuanto la duración de los riesgos en el seguro;

el 609 Inc. II que trata la manera de fijar la retribución en el depósito; el artículo 954 respecto del fletamento; el 988 que en defecto de estipulación señala la manera de fijar el término de las estadías y sobreestadías; el artículo 1002 referente a la misma materia y el 1026 en lo tocante a la forma de determinar el flete.

Interesan estas clasificaciones por los conflictos que en la práctica se suscitan, ya sea entre costumbres jenerales y locales o entre costumbres jenerales y especiales. Don Francisco Blanco Constans considera sin embargo, que debido al carácter cosmopolita del comercio, y al desarrollo que hoy tienen los medios de comunicación estos conflictos tienen ahora solamente una importancia teórica.

Para cada uno de los conflictos, se siguen normas distintas. Así por las razones que expondremos, priman ordinariamente las costumbres locales sobre las jenerales; por el contrario tratándose de conflictos entre costumbre jenerales y especiales, prevalecen las primeras.

Prevalece la costumbre local sobre la jeneral, porque según sabemos, la mayoría de las veces una costumbre jeneral se origina por la falta absoluta o insuficiencia de la ley, llenando así un vacío de la legislación escrita; ahora si además de esta costumbre jeneral encontramos otras locales, quiere decir que la jeneral no ha satisfecho la necesidad que se había hecho sentir, y es natural aplicar entonces de preferencia la costumbre que ha nacido después y que se considera verdaderamente útil, o sea, la local.

También podríamos invocar en este caso el principio del "locus regit actum".

Hemos dicho que no siempre priman las costumbres locales sobre las generales, porque hay en realidad casos en que las cosas suceden a la inversa. Así por ejemplo si contratan dos comerciantes de diferentes ciudades y si en lo tocante a uno de los puntos, sobre que versa el contrato existe una costumbre general y una local que solo se refiere a la ciudad en que tiene su domicilio uno de los contratantes, es natural y lógico entender que debe primar la costumbre general, que hay que suponer conocida por ambos contratantes, sobre la local, que puede ser ignorada por uno de ellos.

La misma solución habría que aceptar tratándose de la formación de los contratos por correspondencia.

Consideremos ahora el caso de conflicto entre dos costumbres locales. Puede suceder que tratándose del cumplimiento de un contrato celebrado por correspondencia, existan al respecto costumbres diversas en las ciudades de la residencia de los contratantes. En ausencia de una costumbre general, parece lo mas acertado en este caso resolver el conflicto en favor de la costumbre que se observa en el lugar donde debe cumplirse el contrato. Pero si el contrato se celebra entre personas residentes en un mismo lugar del país, y está destinado a cumplirse en un lugar distinto, habrá que dar la preferencia a las costumbres vijentes en el lugar donde el contrato se celebró si se trata de la formación del mismo, y las del lugar en que debe cumplirse el contrato si se trata de su ejecución.

En los Códigos Alemán e Italiano, existen reglas expresas que dan la preponderancia a la costumbre local sobre la costumbre jeneral y como en el nuestro no hay disposición alguna al respecto, salvo cuando expresamente se refiere a una u otra en casos determinados, debemos guiarnos por las conclusiones a las cuales han llegado los jurisconsultos, que brevemente hemos expuesto y que son las más aceptadas.

JURISPRUDENCIA.-Sentencia N.º 231 del año 1880. Esta sentencia versa sobre una demanda en que se pidió el pago de las sobrestadías de una nave, debido a que el mal tiempo no había permitido cargar las mercaderías en el tiempo convenido. Los tribunales no dieron lugar a la demanda por estimar que en esa localidad existía la costumbre de realizar las faenas del embarque a pesar de la lluvia.

Año 1886 Sentencia N.º 281.-Fue depositada en una bodega, cierta cantidad de sacos de trigo, firmando los recibos de su recepción uno de los empleados de dicha bodega. Al pedir el dueño del trigo su devolución, el bodeguero expresó que dichos recibos eran falsos, y que aun cuando así no fuera, el no los reconocía, porque dicho empleado no estaba facultado para estos actos. La demanda fue acogida, porque se probó que era costumbre en ese pueblo, que los empleados de las bodegas, firmaran esos documentos.

Como hemos dicho, en un conflicto entre costumbres jenerales y especiales, deben prevalecer las primeras, ya que así lo exigen principios de equidad y de utilidad social que mandan posponer el simple interés particular, al interés de toda la nación. En es-

tos principios se inspira un artículo del Código Alemán que establece que los usos y costumbres comerciales, sólo podrán invocarse en los conflictos entre comerciantes.

Sin embargo si se trata de contratos entre personas que explotan el mismo jiro comercial, o que tienen la misma profesión etc debe prevalecer la costumbre especial sobre la jeneral, porque en este caso es dable entender que las partes han querido someterse a ellas en razón de serles conocida mejor que cualquiera otra.

Nuestro Código Civil al tratar de los conflictos entre la ley jeneral y las leyes especiales, ha dado una norma distinta de la que hemos señalado aquí para la costumbre, como se advierte en el artículo 4º: Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería etc., se aplicarán con preferencia a las de este Código.

JURISPRUDENCIA.-En una Sentencia de la Gaceta de 1887 que lleva el N.º 572, se dió lugar a una demanda, considerando entre otras pruebas, una costumbre local y especial al mismo tiempo existentes en un lugar. En la demanda se exponía, que se habían vendido unas alhajas al por mayor, y que en la suma por ellas convenida iba incluido el precio de las joyas más el 20% de recargo en razón del cambio, aumento que el demandado se negó después a pagar.-El vendedor probó, que el comprador no había hecho reparos a ese 20% de recargo que se le había hecho presente en el momento de la compra, y " que tanto en la casa del demandante como en las demás vendedoras de alhajas en el lugar del contrato se vendían las mercaderías con un recargo de diez, quince y veinte por ciento según el estado de cambio: "

COSTUMBRES NACIONALES, ESTRANJERAS Y UNIVERSALES.-

En cuanto a su nacionalidad, las costumbres mercantiles son nacionales, extranjeras y universales.

Costumbres nacionales serán para nosotros aquellas que rijan en territorio chileno, y extranjeras las que se apliquen en otro país cualquiera, por consiguiente esta es una división completamente relativa, puesto que las costumbres que para nosotros son extranjeras, para los habitantes de otros países serán nacionales y vice versa.

También podemos considerar una tercera clase de costumbres en esta división, es decir las universales, que son las que rijan en todo o en la mayoría de los países del globo.

Respecto de las costumbres nacionales, ninguna novedad podremos agregar aquí, puesto que de ellas tratamos en toda nuestra Memoria; pero tratándose de las extranjeras, repetiremos en primer lugar, que para ciertos jurisconsultos la frase determinada localidad que usó el artículo 40 se refiere a ellas, lo cual, según dejamos establecido es un error, pues, allí el Código alude a las costumbres locales; pero en algunos artículos posteriores, reconoce nuestra ley valor a esta clase de costumbres.

Se trata de los artículos 830, 987, y 1087 respecto de la venta de las naves "fuera del territorio de la República" a la carga y descarga de mercaderías, en "puertos extranjeros", y al arreglo de averías fuera del territorio de la República. Aquí expresamente la ley indica que de costumbres extranjeras habla; pero el artículo 905 número 11, como también los artículos 988, 1002 y 1026 solo indirectamente a ellas se refieren, porque como es natural, este



Código no puede referirse solamente a los buques que se dediquen al cabotaje, de manera que si un barco, pasa por ejemplo por las costas escandinavas, donde hubiera la costumbre de servirse pilotos alemanes, y la nave a consecuencia de que el capitán no cumpliera con esta obligación, sufriera algún daño, él sería el responsable de este, por tanto se respeta allí la costumbre extranjera.

Ahora los artículos 988 1002 y 1026 que se refieren a las estadías y sobreestadías, y a la unidad de peso usada en el lugar de la carga, también se puede decir que reconocen la costumbre extranjera, por la misma razón de que los buques no solo navegan en aguas territoriales, y porque se puede contratar un flete para que se cargue mercaderías en un puerto extranjero.

En cuanto a las costumbres universales, se refiere a ellas el Mensaje del Código de Comercio, cuando hablando del convenio en los concursos dice: "y no dudo que el bien calculado sistema del Proyecto producirá el efecto indicado y contribuirá a destruir las prevenciones difundidas en la clase civil de nuestra sociedad, contra la justicia y utilidad de esta institución, identificada con el interés y la costumbre universal del comercio".

Conflictos entre costumbres nacionales y extranjeras.-Así como hemos visto que se suscitan conflictos entre costumbres generales con las locales y especiales, también pueden haber conflictos entre costumbres nacionales y extranjeras.

En estos casos, habrá que recurrir a los principios del derecho internacional privado, para resolver estos conflictos, por lo cual nosotros nos limitaremos a dejar planteada esta materia.

JURISPRUDENCIA.-En la sentencia N:4674 del año 1878, se ale-

g'o una costumbre extranjera, pero fué desechada la demanda.

En la demanda pedía un obrero, que se remunerara extraordinariamente su trabajo de los domingos y días festivos por existir esa costumbre, en París donde se había celebrado el contrato. Se denegó la petición, por considerar que lo más común y corriente es efectuar ciertos trabajos en los días festivos en establecimientos de sombrerería.

Gaceta del año 1899, sentencia 2064. Teniendo presente el juez de la causa:

"Que con la prueba rendida se ha justificado plenamente por los demandados que en la actualidad y durante muchos años, ha sido práctica universal y constante que los consignatarios de naves paguen por sí mismos, pero por cuenta de los asignatarios de mercaderías el desembarco y descarga de las que se destinan a la importación."

COSTUMBRES BURSÁTILES, EN MATERIA DE SEGUROS COMERCIO BANCARIO, etc.- Respecto a la división de las costumbres en cuanto a su materia, solo diremos, que existen tantas clases de costumbres comerciales, como actos de comercio. Así por ejemplo, hay costumbres bursátiles, costumbres referentes al comercio de seguros, al comercio bancario etc. Sobre estas costumbres nada especial podremos decir, porque todas ellas quedan comprendidas en alguna de las clasificaciones que hemos mencionado en los capítulos anteriores.

JURISPRUDENCIA.- Sentencia N. 1040 de la Gaceta del año 1896. Entre los considerandos de la sentencia se dice, que no se ha dado lugar a la demanda, por no haberse acreditado, que sea costumbre

establecida la de pagar en esta clase de contratos el mes principiado como vencido.

Gaceta del año 1875, sentencia No. 1967. Considerando que la primera costumbre, cuya existencia han tratado los demandados de justificar con referencia a que en encargos como el del calzado, el comisionista no es responsable de las diferencias que puedan resultar en la especie comprada, no consta al juzgado, no está justificada por los medios legales, ni se aviene con el carácter jurídico de la comisión.

CAPITULO QUINTO

FORMA DE DEROGAR LAS COSTUMBRES.

Situación en que quedaron las costumbres existentes al tiempo de la promulgación del Código de Comercio.-Formas de derogar las costumbres.-Efectos de un pacto expreso que las derogue.

Como ya hemos comprobado apesar de que tenemos un Código de Comercio y muchas leyes mercantiles, existen todavía en Chile innumerables costumbres comerciales.

En cuanto a las costumbres comerciales existentes cuando se promulgó nuestro Código de Comercio, cabe preguntarse, en que situación quedaron despues de la vijencia de este Código? Su artículo final estableció que desde la fecha de su vijencia, o sea, desde el 1o. de Enero de 1867, quedarían derogadas aún en la parte en que no le fueron contrarias, las leyes preexistentes sobre todas las materias que en él se tratan. Como se ve, esta derogación afecta solamente a las leyes entonces vijentes, pues no se hizo extensión como sucede en otros de nuestros Códigos, a las demás disposiciones preexistentes, entre las cuales habrían tenido cabida las costumbres comerciales; de tal manera que puede sostenerse que quedaron en vigor, después de la fecha en que entró a rejir nuestro Código de Comercio, las costumbres comerciales, no contrarias a las disposiciones de este

Código, que entonces se observaban y que el mismo Código no consideró entre sus disposiciones.

Entrando ahora a estudiar la forma en que puede derogarse una costumbre, diremos que esto puede verificarse por medio de una ley o también por el establecimiento de una nueva costumbre sobre la materia, que reúna todos los requisitos de la anterior. No bastan pues, para derogar una costumbre establecida, la existencia de un sólo caso distinto a ella ni un pacto contractual tendiente a dejarla sin efecto. Este último sólo nos servirá para confirmar la existencia de esta fuente de derecho.

CAPITULO SEXTO

DEL LUGAR QUE LE CORRESPONDE A LA COSTUMBRE
EN RELACION CON LA LEY CIVIL

Doctrina de los civilistas
y de los mercantilistas.-
Solución de la cuestión den
tro de nuestro Código.

Con el estudio de la clasificación de la costumbre hemos terminado la primera parte de esta Memoria. Antes de estudiar la manera de probar la costumbre comercial en juicio, trataremos de determinar el lugar que le corresponde en el derecho comercial, en relación con el derecho civil.

Para algunos autores, solo cabe aplicar la costumbre mercantil a falta de ley civil, pero según otros que siguen una doctrina mas acertada, la costumbre mercantil está llamada en primer término a llenar los vacíos dejados por la ley mercantil, ya que el derecho comercial es esencialmente consuetudinario; de manera que aplicar la costumbre a falta de ley comercial, es acudir a la fuente misma del derecho comercial, poniendo a la ley en inmediato contacto con las exigencias económicas que constituyen la base de esta rama del derecho.

Además el derecho comercial no es como creen algunos autores un derecho de excepción del civil, sino un derecho especial que tiene características propias. Existen en esta materia dos teo-

rías, la de los mercantilistas y la de los civilistas que trataremos aquí de exponer brevemente.

Los autores que siguen la doctrina llamada civilista, consideran que el derecho comercial no es más que una excepción del derecho civil, ya que toma de éste, toda la teoría jeneral y los axiomas de derecho y aún más adopta una infinidad de instituciones que han nacido y se han desarrollado en esa rama del derecho.

Lo anterior es tan evidente que no lo podemos negar; pero no lo aceptamos por las razones aducidas por los autores que defienden la teoría civilista, sino por las que a continuación exponemos.

El derecho que nace del estado social, es naturalmente anterior a la legislación escrita; al principio lo constituyen normas que aparecen espontáneamente cuando se necesitan y que son tan rudimentarias, que es imposible clasificarlas; pero poco a poco y debido al desarrollo de las relaciones humanas, van apareciendo algunas normas especiales para reglamentar ciertas actividades y así han ido desarrollándose lentamente las diversas ramas del derecho. Sin embargo, ya sea por una razón histórica o consuetudinaria siempre encontramos en el derecho civil ciertos principios jenerales, que, más que civilistas, son de derecho común, y por tanto aplicables a todas las ramas del derecho, y que no es necesario repetir en cada Código.

Podemos sostener esto entre nosotros, basándonos en la parte del Código Civil relativa a la contratación, que aparece dividida en dos categorías de disposiciones. La primera hasta el título XXI inclusive se refiere a todos los contratos; la segunda contiene dispo

siciones relacionadas con cada contrato civil en particular. La primera de estas categorías de disposiciones, se refiere tanto a los contratos civiles como a los comerciales, salvas las modificaciones del Código de Comercio. (artículos 97 al 126)

Por otra parte, sabemos que aunque se han hecho numerosas y variadas clasificaciones del derecho, tal vez tantas como autores han estudiado este punto, siempre se han hecho figurar en el derecho privado interno como ramas distintas el derecho civil y el derecho comercial, ya que si bien ambos rijen relaciones jurídicas privadas de los individuos que viven en sociedad, cada una de ellas tiene su esfera de acción propia.

Deslindando el campo de aplicación de estas dos ramas del derecho privado, puede decirse, en general, que el derecho civil rige las relaciones entre particulares ajenas a cualquiera actividad profesional o que atañen a una profesión que no tiene carácter comercial, y que el derecho comercial rige las relaciones entre particulares nacidas del ejercicio del comercio. Es innegable, por lo demás, que la codificación del derecho comercial le ha hecho perder en parte la independencia de que gozaba y debe gozar en relación con el derecho civil.

También se ha dicho, que el derecho comercial es un derecho de excepción, porque ha copiado muchas instituciones del derecho civil. Esta es una razón que nada nos prueba, pues hoy día se observa que el derecho civil está modificando muchos de sus principios e instituciones inspirándose en el derecho comercial. Así, por ejemplo, tiende a acortar el tiempo de la minoridad basándose como se advierte

España, en las leyes mercantiles, que por consideraciones de orden económico, tienden a suprimir trabas que pueden obstar a la rapidez con que deben ejecutarse las operaciones comerciales.

Siguiendo las aguas del derecho comercial, el derecho civil tiende hoy también a acortar los plazos de prescripción, lo que favorece la rápida estabilización de los derechos y el crédito también necesario, aunque en menor escala, para las operaciones civiles. Además las sociedades civiles anónimas, como expresamente lo establecen algunas legislaciones (artículo 2064 de nuestro Código, por ejemplo) debe rejirse por las disposiciones contenidas en el Código de Comercio. Muchos otros casos pueden citarse para demostrar que hoy día el derecho civil se comercializa, y uno de los más notables es el Código Civil Alemán de 1900, que incorporó entre sus disposiciones muchas de las del Código de Comercio de 1861. Entre nosotros el caso más típico, es el haber considerado el decreto ley 777 los pagarés a la orden, siempre como actos de comercio.

Basta con lo dicho para probar que la circunstancia de que el derecho comercial haya adoptado algunos contratos e instituciones civiles, no quiere decir que el derecho comercial sea con relación al civil, un derecho de excepción, pues algo análogo podría decirse del derecho civil, en relación con el derecho comercial, observando la penetración de éste en aquel. La verdad es que entre ambas ramas del derecho hay relaciones no de subordinación, sino de coordinación, como acertadamente observa un autor italiano.

La doctrina civilista ha sido sustentada principalmente por autores franceses, y por casi todos los de raza latina, ciu-

dadanos de naciones cuyos Códigos se han inspirado en el de Napoleón; más con la publicación del Código de Comercio Alemán del año 1861 surgió una nueva doctrina. Los tratadistas alemanes han considerado, que el derecho comercial es un derecho autónomo, independiente del derecho civil, y aducen para ello, las razones que hemos expuesto antes.

En relación con estas doctrinas, puede citarse la tendencia a unificar el derecho privado que se refiere especialmente a la dictación de un Código único de las obligaciones.

Es interesante hacer notar a este respecto que uno de los más ilustres sostenedores de esta unificación, Vivante, ha cambiado ahora de opinión y en un artículo publicado en el año 1925 se inclina ahora a mantener la independencia del derecho comercial, considerando entre otras razones, la tendencia del derecho comercial a la uniformidad mundial de sus disposiciones, la flexibilidad de sus formas a fin de facilitar las operaciones mercantiles, el respeto en este derecho de la palabra empeñada, etc.

La mayoría de los Códigos del mundo, han seguido las ideas civilistas, que como hemos dicho consideran aplicable la costumbre solo a falta de una ley civil que rija la materia. El Código francés está inspirado en esta teoría, pero no encontramos ningún artículo general, que nos dé la solución de estas materias. Los autores basándose en el artículo 1873, que se encuentra en el título de las sociedades, han considerado que las costumbres mercantiles prevalecen sobre la ley civil, favoreciendo de esta manera los intereses del comercio. Esta es, en realidad, la doctrina más aceptable y puede decirse también que lo mismo que la ley, la costumbre mercantil puede interpretarse

por analogía, yendo a buscar los principios generales que han inspirado esa costumbre, y sólo en último término no pudiendo resolver de esta manera una cuestión habrá que recurrir a la ley civil.

Ahora veremos la solución de esta cuestión dentro de nuestro Código.

Desde luego notamos no hay más disposiciones que nos puedan servir para resolverla que los artículos 2 y 4, los que han sido interpretados de diferentes maneras por los autores.

Según el artículo 20.º primario, en materia comercial, las disposiciones del Código de Comercio, sobre el Código civil; pero no hay una disposición expresa que establezca la prioridad de la costumbre comercial sobre la ley civil y esta ausencia se explica, ya que ni el Código español ni el francés, que sirvieron de base para el nuestro, la contienen. Por el contrario, el artículo 110 citado dice: "En los casos que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil", con lo cual nuestro Código de Comercio elevó a la ley civil a la categoría de ley supletoria inmediata de la ley comercial, y, por tanto, la costumbre sólo vendrá a aplicarse cuando ninguna de las dos leyes resuelvan un punto dado. En realidad, dada la redacción del artículo 40.º podría hacerse primar la costumbre mercantil sobre el derecho civil, si no existiera el artículo 11 del mismo Código.

La misma solución acepta el Mensaje al decir: "Algunas de estas reglas determinan los límites del imperio del Código, y autorizan la aplicación de la ley común y de la costumbre en los casos en que la primera se encuentre deficiente."

Luego también la jurisprudencia de nuestros tribunales siempre ha interpretado estos artículos en ese sentido.

JURISPRUDENCIA.-Gaceta del año 1883 página 1960. No fué admitida una costumbre mercantil sobre imputación de pago, considerando: que el Código de Comercio no contiene disposición alguna sobre la manera de hacer la imputación de pago en los créditos mercantiles; que dicho Código solo admite la prueba de la costumbre para los casos de silencio de la ley; y que el artículo 20. de ese Código dispone que en los casos no resueltos en él especialmente debe aplicarse el Código Civil, de donde resulta que el silencio de la ley no existe en el presente caso, desde que se haya previsto en el artículo 1595 del Código Civil.

La única opinión de peso que tenemos en contra de la que hemos expuesto, es la de don Juan de Dios Vergara, distinguido profesor extraordinario de derecho comercial en la Universidad de Chile, actualmente en Europa.

El señor Vergara dice: el artículo 40 establece "Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley etc." Luego se pregunta, de qué ley? De la comercial naturalmente, se contesta, porque según el Código Civil la costumbre no constituye derecho, sino en los casos en que la ley se remite a ella. En cuanto al artículo 20 considera que se refiere a los casos no previstos, y el artículo 40, dice, preve esos casos.

Pero es mucho más lógico entender que el artículo 40 se refiere a la ley comercial y a la civil comercializada ya que el artículo 20 está antes; en seguida el artículo 20 se refiere a casos

no previstos, y no a disposiciones de carácter jeneral como el artículo 4o. Sólo son casos previstos, aquellos en que el Código, al resolver una cuestión, se refiere expresamente a la costumbre, y en estos casos sin duda, debe prevalecer la costumbre sobre la ley civil, dejando al mismo tiempo sin aplicación el artículo 2o del Código de Comercio.

En esta situación está el artículo 6o del Código de Comercio en su parte última, al decir "para interpretar los actos o convenciones mercantiles". Sabemos que el título XIII del libro IV del Código Civil, señala las normas por las cuales se interpretan los contratos. Estas disposiciones se aplicarán en materia mercantil, sólo en el caso de que la costumbre no indique norma alguna para la interpretación de las convenciones, porque expresamente así lo manda el artículo 6o del Código de Comercio, naturalmente siempre que no contenga el artículo 112 del mismo Código, que establece "que no se reconocen términos de gracia o uso que difieran al cumplimiento de las obligaciones mas allá del plazo que señala la convención o la ley".

Hay muchos otros casos en que el Código de Comercio, se refiere especialmente a la costumbre para integrar sus disposiciones y en todas ellas, esta debe prevalecer sobre las disposiciones del Código Civil.

CAPITULO SETIMO

DE LA PRUEBA EN JENERAL DE LA COSTUMBRE EN EL
DERECHO COMERCIAL.

Problemas que se suscitan
al respecto.-Medios de
prueba.

Nos ocuparemos en este capítulo, de los medios de prueba que puedan hacerse valer para acreditar en juicio una costumbre mercantil.

Siendo la costumbre, al igual que la ley, una fuente de derecho, no deberíamos en rigor hablar de la manera de probarla, ya que sólo los hechos son susceptibles de prueba, pero hay que considerar lo siguiente: desde el momento en que comienza a rejir la ley se presume conocida de todos y nadie puede alegar que la ignora, y esto se comprende ya que existe un texto expreso donde ir a estudiar el contenido de sus disposiciones, y además es muy a menudo comentada en los periódicos y las revistas de jurisprudencia. La costumbre, por el contrario, formada como ya hemos dicho, por una serie de hechos de la misma especie aceptados por los que ejecutan actos de acuerdo con esos hechos, carece de un texto expreso y su conocimiento no es obligatorio para todos, ni aún para el juez encargado de aplicar el derecho, quien en la mayoría de los casos está fuera del ambiente en que esa costumbre se practica. Surje aquí, por tanto, ineludiblemente

el problema de averiguar quien debe justificar la costumbre y sus caracteres distintivos.

Según una antigua y errónea doctrina seguida por los glosadores y jurisconsultos de ese tiempo para hacer prevalecer el derecho romano sobre los derechos consuetudinarios locales, se consideró a la costumbre como un mero hecho, y como tal exigían que la prueba se sometiera a las reglas que establecen los Códigos de procedimiento, para la prueba de los hechos.

Con esta doctrina se desconocía la verdadera naturaleza jurídica de la costumbre mercantil, fuente de derecho con caracteres especiales, constituida por los elementos material y psicológico que hemos puesto de relieve (la opinio juris o la opinio necessitatis) olvidando a este último que es el que da a la costumbre su verdadera característica jurídica.

El primero que reaccionó contra esta doctrina fué Puchta, quien considera que si bien es cierto que la costumbre la constituyen hechos y que se prueba con hechos, también lo es que estos forman la regla de derecho que se trata de conocer, y que si se quiere llegar a extremar las cosas se puede decir que también la ley es un hecho, un acto promulgado en cierta forma determinada. Como el mismo Puchta lo reconoció más tarde, fué con su reforma demasiado lejos y su teoría cayó por su propio peso. Es verdad que tanto la costumbre como la ley representan el derecho, pero por la razón ya expuesta de que la costumbre no aparece formulada en un texto expreso, su aplicación da lugar a numerosas cuestiones de hecho, y no se puede exigir al juez un conocimiento tan perfecto de ella, como de la ley.

La doctrina mas aceptada hoy día es la de que conociendo el juez una costumbre determinada, debe aplicarla a los casos sometidos a su decisión como si de una ley se tratara. Si el juez no tiene conocimiento de ella, debe invitar a la parte que la invoca a que la pruebe, lo cual naturalmente no obsta para que la parte misma pueda ofrecer la prueba necesaria.

MEDIOS DE PRUEBA.- Muchos países como Italia, no señalan los medios de prueba de que puede hacerse uso para acreditar una costumbre mercantil, y la tendencia moderna parece ser esa misma, con lo cual el juez queda en absoluta libertad para aceptar libremente en cada caso particular, los medios de que hagan uso las partes, si los encuentra convenientes.

Los medios más comunmente usados son los siguientes: la doctrina, los informes de las cámaras de comercio, las recopilaciones oficiales de las costumbres que rijen en un determinado lugar, los contratos y documentos ajenos al litigio, el testimonio de otros comerciantes, las sentencias pronunciadas con anterioridad al juicio de que se trata etc.

La doctrina jurídica, formada por la opinión de los autores, tendrá fuerza probatoria siempre que se apoye en la práctica comercial, que provenga de autores de renombre, y que estén todos de acuerdo sobre la costumbre de que se trata en el caso particular en que ese medio de prueba se quiere hacer valer.

Los informes de las cámaras de comercio, organismos compuestos casi exclusivamente de comerciantes, y que tienen como fin ayudar al comercio, son también medios de prueba muy importantes. Algu

nas legislaciones, imponen a estos organismos la obligación de dar su opinión en todos los casos en que la justicia la requiera, siendo interesante en estos casos, apreciar la opinión de todos sus componentes, ya que estas están formadas por comerciantes, de todas las ramas de esta industria.

Mucho se ha discutido sobre el valor de este medio probatorio, el que según algunos hace plena prueba, mientras que para otros solo debe ser aceptado en forma muy restringida.

Estos mismos organismos publican a veces recopilaciones de los usos y costumbres que se aplican entre los comerciantes de un determinado lugar. Estas recopilaciones dan como resultado, uniformar las costumbres ayudando de esta manera al comercio y a los magistrados encargados de administrar justicia.

Este medio probatorio, puede naturalmente ser desvirtuado por la prueba de la parte contraria, no estando tampoco el juez obligado a admitir todos los usos que en esas recopilaciones se encuentran, por el hecho de haber aceptado uno de ellos, porque el carácter de obligatoriedad de esta fuente de derecho no emana de su inclusión en la respectiva recopilación, sino de la concurrencia de sus requisitos esenciales que ya hemos estudiado anteriormente.

Otros medios que se emplean, son los contratos y documentos ajenos al litigio. Sabemos que según los principios generales del derecho, las cosas que convienen los contratantes no afectan a los terceros ni para favorecerlos ni para perjudicarlos. En este caso solo se hace valer el documento que da testimonio del contrato, para demostrar que la costumbre que se invoca existe y es practicada generalmente en ese lugar. Servirán al efecto, las circulares, las factu-

ras impresas, las pólizas de seguros y otros documentos.

También se emplea como medio de prueba, el testimonio de los comerciantes. Este debería ser un medio de mucho valor, ya que son los comerciantes los más indicados para conocer las costumbres, en razón de que con frecuencia las aplican; pero casi ningún Código lo toma en cuenta, porque se presta a abusos, en razón de que estas opiniones son dadas muchas veces para complacer a la persona que la pide, y aún se han visto casos, que un mismo comerciante haya, por una parte aseverado la existencia de las costumbres y por la otra, negándola a fin de no agraviar a ninguna de las partes.

También sirven para constatar las costumbres, las sentencias pronunciadas con anterioridad, y en que aparezcan reconocidas

De las sentencias judiciales, se puede decir que es el que mayor valor legal tiene de todos los medios de que puede hacerse uso para constatar una costumbre mercantil, y que ofrece aún la ventaja de que no solo da fé de una costumbre determinada, sino también de que esta reúne los caracteres intrínsecos necesarios para su aplicación. Está especialmente reconocido por nuestra legislación.

CAPITULO OCTAVO

DE LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE MERCANTIL EN EL DERECHO
COMERCIAL CHILENO.

Artículo que a la prueba se refiere.-De las cuestiones a que da lugar el inciso I^o de este artículo -De restricción de la prueba y sus causas.-De la prueba según el Proyecto.-Oportunidad de rendir la prueba.-De los medios de prueba en particular establecidos por nuestro Código.-No se acreditan por estos medios las costumbres interpretativas y técnicas.-De la prueba de las costumbres extranjeras.

Analizaremos ahora, lo que en nuestra legislación existe con respecto a la prueba de la costumbre comercial.

El único artículo que a esta materia se refiere, es el No. 50 de nuestro Código de Comercio que dispone: "No constanding 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:

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

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

El primer inciso de este artículo, resuelve lo que hemos visto que en doctrina es muy discutido, es decir, la cuestión de saber si la costumbre debe probarse en todo caso. Vemos que nuestro Código se inclina por la opinión hoy comunmente aceptada, de que siendo la costumbre fuente de derecho lo mismo que la ley puede dejarse la costumbre a la apreciación del juez, debiendo este fallar un asunto conforme a la costumbre existente cuando esta le es conocida, sin necesidad de que sea aprobada.

De este inciso surgen dos cuestiones que vamos a estudiar.

Primera. Si el juez no invita a las partes a probar la costumbre que se invoca, se considera que éste le consta su existencia; pero, la otra parte puede alegar que esa costumbre no existe, y en este caso podría permitirse que esta parte probara tal aseveración? De los términos de este inciso se desprende que no sería posible otorgarle esta facultad. Aceptamos esta doctrina sin dejar de reconocer que resulta un tanto peligrosa, sobre todo si se va a dictar una sentencia inapelable, ya que se presta a abusos por parte de los jueces. Naturalmente que si la sentencia es apelable, el abuso o error en que haya podido incurrir el juez de primera instancia puede ser corregido por el tribunal de alzada, que puede declarar que la costumbre no le consta y negarse por consiguiente a aplicar la invocada por una de las partes. Puede también este tribunal invitar a las partes a la prueba de la costumbre, apoyándose en los artículos 166 y 230 del Código de Procedimiento Civil.

Al estudiar la oportunidad de la prueba, consideraremos en que momento debe expresar el juez, que no le consta la costum-

bre de que se trata, punto muy importante, pues tiende a evitar que las partes pueden quedar sin prueba.

El señor Alfonso combate la teoría sustentada en este artículo, diciendo que ahora no se explica su existencia, pues no existen hoy jueces especiales de comercio, que eran los que estaban en situación de conocer las costumbres mercantiles.

Esta objeción no tiene mayor importancia, ya que los tribunales en las causas civiles suelen también aplicar la costumbre, aunque no con tanta frecuencia como en las causas mercantiles. Además, en Francia donde existen jueces especiales de comercio, estos son elejidos a la suerte entre comerciantes que muchas veces tienen que aplicar costumbres que no conocen por no ser del ramo a que se dedican.

Segunda.- Puede el juez aplicar una costumbre aunque las partes no la invoquen?

Podría considerarse que como la costumbre desempeña el mismo papel que la ley, y que como esta se puede invocar en ciertos casos aunque no la hayan hecho valer las partes, lo mismo puede hacerse con la costumbre. Ateniéndonos al tenor literal estricto de la ley, no podríamos dar la misma solución porque el inciso 1o del artículo 5o del Código de Comercio dice "se invoque"; pero también puede entenderse que la ley en este caso solamente ha considerado lo que ocurre común y corrientemente, esto es que la costumbre se invoque por las partes. Sin embargo hay que tener presente, que esto solo se podrá hacer cuando la costumbre se refiera al fundamento mismo del derecho que se invoca, y no a casos de excepción, o en jeneral cuando la costumbre ofrezca analogía con las leyes que el juez puede apli-

car, aunque las partes no la hayan invocado.

No diremos nada más al respecto, ya que esta es una cuestión de escasa importancia, pues no se concibe que haya costumbres conocidas por el juez, y no por las partes, que en la mayoría de los casos serán comerciantes y por lo tanto tendrán oportunidad de aplicar esas costumbres muy a menudo. Existe una disposición del Código Alemán, análoga a la nuestra.

Nuestros tribunales en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, aplicaron una costumbre que no se había invocado, en un juicio en que se ventilaba una cuestión sobre cheques.

Si al juez no le consta la autenticidad de la costumbre que se invoca, hay necesidad de probarla, lo que en nuestro Código resulta muy difícil porque el legislador es sumamente restrictivo en esta materia a tal punto que no puede ser probada sino por los dos medios enumerados en ese artículo, ya que dice "sólo podrá probarse por alguno de estos medios".

Las razones de esta severa restricción, se basan en el recelo con que nuestro legislador ha mirado siempre el derecho consuetudinario, considerando que puede dar origen a abusos, ideas que aparecen expresamente consignadas en el Mensaje al decir: "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".

Como dados los términos de la ley casi siempre será

muy difícil probar la costumbre, este artículo 5o disminuye considerablemente la importancia que le había asignado a esta fuente de derecho el artículo 4o, que hemos venido estudiando. Es cierto que, según el mismo artículo 5o, no hay necesidad de probar la costumbre cuando esta es conocida de los juzgados de comercio; pero en la práctica sucederá que una persona aunque tenga la razón en la cuestión que se debate, preferirá transijir, si no tiene los medios de prueba necesarios, antes de verse envuelta en un juicio, que sólo ganaría en el raro evento de que el juez tenga conocimiento de la costumbre que se haya invocado.

De todas maneras, entre nosotros, la costumbre comercial, con la salvedad que señalaremos mas adelante, habra siempre que probarla por escrituras publicas o por sentencias en las condiciones que indica el artículo 5o en estudio. La prueba por sentencias resulta difícil, si no imposible, salvo que se trate de sentencias dictadas por un juez basándose en una costumbre que le consta o que se trate de sentencias arbitrales, que pueden producirse mas facilmente.

Es interesante recordar aquí, lo que con respecto a la prueba de la costumbre, contenía el Proyecto de nuestro Código de Comercio.

En cierto modo podría considerarse que este Proyecto era aún más severo con respecto a la prueba que el Código mismo, pues en el No. 1 del artículo 3o se exigía "el testimonio fehaciente de tres sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas de acuerdo con ella."

Se consideró seguramente que esta severidad era excesiva y se rebajó el número de las sentencias a dos. En cambio el No. 3

del Proyecto era más benigno, puesto que sólo exigía escrituras públicas, sin indicar su número, y podía, por tanto, entenderse que bastaban dos. Podían también según el No. 3 del artículo 3o del Proyecto invocarse como elementos probatorios las escrituras privadas, lo cual, unido a lo que disponía el No. 2o del mismo artículo, que daba valor probatorio a los actos o informes de notoriedad de una Cámara de Comercio, nos autoriza en definitiva, para sostener que en la materia que ahora estudiamos, el Proyecto era más liberal que el Código.

El mismo numerando 3o del artículo 3o, indicaba la manera de elegir la Cámara, pues en ese tiempo no tenían como ahora carácter permanente: "La Cámara, decía, será elejida ad hoc por el Tribunal consular, tomando nueve comerciantes de las listas que anualmente se elevan al Presidente de la República para que elija entre ellos los que deben integrar los consulados."

Encontramos que fué poco acertada la supresión que se hizo de este numerando, pues tendía a facilitar la prueba de la costumbre, sin quitarle nada de su seriedad, pues las Cámaras de Comercio son instituciones que gozan de gran prestigio y que prestan utilísimos servicios al comercio.

Sería, pues, muy conveniente restablecer esta disposición, en su parte sustancial, y en jeneral reformar el artículo 5o en estudio incluyendo otros de los medios de prueba que, según hemos dicho, admiten hoy las legislaciones y la doctrina moderna.

Jurisprudencia.-Gaceta del año 1883 Paj. 295 No. 538.

En 2a instancia se desechó la demanda, porque habiéndose querido hacer el pago del segundo canon en la misma forma en que se hizo el del primero, que había sido aceptada por el arrendador, se obró en

conformidad a la intención de los contratantes, manifestada al interpretar el contrato en el acto del primer pago; y porque "el considerar los Bancos los vales a favor que acostumbran otorgar como títulos de depósitos de dinero, y el pagarlos previo endoso, no es una práctica que se haya alegado como generalmente establecida en el comercio, que es lo que constituye la costumbre mercantil a que se refiere el artículo 5o del Código del ramo, sino una regla particular a que los mismos Bancos se sujetan en sus operaciones propias, y a la cual no puede aplicarse aquella disposición.

DE LOS MEDIOS DE PRUEBA ESTABLECIDOS POR NUESTRO CÓDIGO EN LOS NUMEROS 1 Y 2 DEL ARTICULO 5o.

Como ya hemos expresado, en caso de que la costumbre no le conste al juez, las partes deben entrar a probarla; pero antes de empezar a estudiar en particular cada uno de los medios de prueba establecidos por nuestro Código, dilucidaremos un punto muy importante, cual es el de determinar sobre quien recae el onus probandi en esta materia.

En el Código de Comercio, no encontramos ninguna disposición al respecto, pero sabemos que según los principios generales, el peso de la prueba recae sobre aquel que alega el hecho, la obligación o el derecho. Así lo establece entre nosotros el artículo 1698 del Código Civil, y que es aplicable en materia comercial en virtud del artículo 2o del Código de Comercio tantas veces citado.

Puede el juez en el auto de prueba invitar a las partes a probar la costumbre; pero según algunos no debe hacerlo en esta oportunidad, sino en un decreto especial, ya que en este caso no se trata de meros hechos

En cuanto a los medios de prueba que se usan en Chile tenemos, según el artículo 5o, en primer lugar: "el testimonio fehaciente de dos sentencias que, aseverando la existencia de la costumbre, hayan sido pronunciadas conforme a ella;

El Código exige, pues, dos sentencias, y, además que estas sentencias hayan sido pronunciadas conforme a la costumbre de que se trata, esto es, que la costumbre haya servido de base para el pronunciamiento de las sentencias.

Aunque el Código no lo dice, estas sentencias deberán haber recaído, como es natural, en un juicio mercantil, y tendrá que tratarse de una costumbre comercial. Como los usos pueden variar y ordinariamente varían constantemente, será mejor que las sentencias en cuestión, no sean de una fecha muy antigua, a fin de que no se dude de la existencia de la costumbre en el momento en que la prueba se rinde.

La ley habla aquí de sentencias. Se ha considerado, que el legislador se refiere únicamente a las sentencias de los tribunales ordinarios y no a las dictadas por los jueces árbitros, cargo en los cuales, se dice, en la mayoría de los casos actúan los abogados de las partes, por lo cual resulta muy peligroso aceptar sus sentencias. Sin embargo no faltan impugnadores de esta opinión y, en realidad la cuestión no es tan sencilla.

Puede que el espíritu de la ley haya sido el de dar valor probatorio únicamente a las sentencias de los tribunales ordinarios; pero como las pronunciadas por jueces árbitros son también verdaderas sentencias que no aparecen expresamente excluidas, puede sostenerse con fundamento que la ley se refiere también a ellas.

Esta segunda opinión, tiene la ventaja de facilitar la prueba de la costumbre, ya que son innumerables los casos de juicios arbitrales en materia comercial.

El segundo medio de prueba que tenemos en Chile, es el de "tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que obra la prueba".

Para que estas escrituras públicas tengan fuerza probatoria, es necesario que sean tres y que hayan sido otorgadas con anterioridad no sólo al juicio en que esta prueba se rinda, sino a los hechos que han ocasionado el juicio. Exigió este segundo requisito el legislador, con el fin de prevenir abusos, pues de otra manera habría sido muy sencillo a los litigantes de mala fé, confeccionar la prueba antes de entrar a un juicio en que tendrían que probar una costumbre determinada.

JURISPRUDENCIA.- Corte de Valparaíso Sentencia del 11 de Junio de 1907. Considerando: "que la autenticidad de una costumbre mercantil solo puede ser probada por dos sentencias o por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio."

SOLO LAS COSTUMERES QUE SUPLEN EL SILENCIO DE LA LEY SE PRUEBAN POR LOS MEDIOS ESTUDIADOS.- Conviene tener presente, que lo que hemos dicho referente a los medios de probar la costumbre, se aplica sólo a las costumbres que suplen el silencio de la ley y no a las interpretativas ni a las técnicas.

Concluimos de esta manera, por las siguientes razones:

1o. Por la colocación de los artículo pertinentes. El artículo 4o trata de las costumbres que suplen el silencio de la ley

en seguida el artículo 5o trata de los medios de prueba, y el artículo que viene después, es decir el 6o, trata de las costumbres interpretativas y técnicas. Esto hace pensar que el legislador estableció los medios de prueba que hemos estudiado únicamente para las costumbres a que se refiere el artículo 4o;

2o. Como el argumento que antecede no es del todo convincente, podría reforzársele diciendo que el Mensaje, al referirse a la manera de probar la costumbre, sólo se refiere a la que suple el silencio de la ley;

3o. El artículo 1546 del Código Civil, que por lo demás se aplica a las materias comerciales, da fuerza de ley a las costumbres interpretativas, sin establecer medios de prueba especiales, y no es lógico suponer que la ley comercial sea más exigente, en cuanto a la prueba de esta clase de costumbres;

4o. En cuanto a las costumbres técnicas, la cuestión no ofrece ningún género de duda, ya que éstas no son normas jurídicas sino meros hechos, y por tanto no se ve por que no han de poderse probar por todos los medios establecidos por los Códigos Civil, y de Procedimiento Civil, para la prueba de los hechos en general;

5o. Por último, aunque de todos modos resulta excesiva, sólo se comprende la estrictez del legislador tratándose de las costumbres que sirven para suplir el silencio de la ley, ya que están llamadas a desempeñar el mismo papel que ésta.

La misma opinión ha sido acogida por nuestros tribunales y prueba de ello son las sentencias que a continuación recordaremos.

Jurisprudencia.-Gaceta del año 1886 pag.1396 No.2198.

El comprador del derecho de llaves de un almacén, que compró también las mercaderías al contado, pidió que con arreglo a la costumbre uniforme del comercio, se le hiciera el descuento del 6%. Se rechazó la petición del descuento, porque con mayor número de testigos desvirtuó el demandado la prueba del demandante sobre la uniformidad de la costumbre alegada.

Gaceta del año 1879, pag. 1020, No. 1471. Con testigos se probó la costumbre de que los bodegueros de la costa proporcionan prestados a los hacendados los sacos para guardar las cosechas, con tal que a ellos los prefieran en el depósito de los granos.

Es claro, pues, a nuestro juicio, que los medios de prueba señalados por el artículo 5o sólo son indispensables tratándose de las costumbres destinadas a suplir el silencio de la ley a que se refiere el artículo 4o y sólo agregaremos para terminar este punto que no puede prescindirse de estos medios de prueba ni aún en los casos en que la misma ley dé fuerza legal a esta clase de costumbres, o sea, cuando se refiere a ellas especialmente.

DE LA MANERA DE PROBAR EN JUICIO LAS COSTUMBRES EXTRANJERAS.

Solo nos queda por averiguar ahora, la manera de probar en juicio una costumbre extranjera. La cuestión es importante porque tratándose de ellas es mucho mas difícil que el juez las conozca.

Tenemos desde luego que nuestro Código de Comercio ha reconocido, como hemos visto, estas costumbres en diversas disposiciones y como no ha establecido medios de prueba especiales para accredi

tarlas puede sostenerse fundadamente que se prueban lo mismo que las costumbres nacionales.

Cuando se trate de costumbres extranjeras jurídicas, las sentencias y las escrituras públicas que se hagan valer, deberán examinarse de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 17 del Código Civil que dispone: "La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Enjuiciamiento."

CAPITULO NOVENO

DEL RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE UNA COSTUMBRE

Procede el recurso de casación?.-Diversas doctrinas.

Muy discutida es la cuestión de saber si procede o no el recurso de casación en el fondo cuando una costumbre o un uso han sido infringidos.

Algunos autores consideran que este recurso no procede cuando la sentencia infrinje una costumbre, porque la función de la Corte de Casación, es la de llegar a una interpretación uniforme de la ley, pero en ningún caso de las costumbres, las cuales están destinadas a sufrir frecuentes cambios, y como estos cambios son los que les dan su principal importancia, la interpretación uniforme las haría desmerecer.

Sin embargo, otros jurisconsultos sostienen que es procedente el recurso de casación por esta infracción, porque si bien es cierto que la ley establece la casación solamente cuando hay violación de ley, también es cierto que la mayoría de los Códigos dan a la costumbre el carácter de ley.

Estas dos teorías que hemos formulado son estrictas: deniegan abiertamente la casación o la permiten con todos sus efectos, por lo que en doctrina ninguna de las dos aparecen aceptables.

Para encontrar una solución más jurídica, podría siguiendo a un autor, clasificar la costumbre, en costumbres que se incorporan a la ley y costumbres que no se incorporan a ella. Pertenecerán a la primera clase, aquellos usos que sirven para interpretar la ley y aquellos que el juez debe aplicar por mandato expreso del legislador, ya que la ley se remite especialmente a ellos. En el primero de estos casos, puede admitirse el recurso de casación, porque la Corte no sólo sanciona la infracción de la ley sino que también su interpretación errada, y lo que es más curioso, es que en estos casos hablan los tribunales de infracción de ley, cuando en realidad solo hay infracción de los usos del comercio.

En el segundo caso, se puede considerar que cuando el legislador se remite a un uso determinado, lo reproduce la misma ley.

A los usos que no se incorporan en la ley, pertenecen todos los demás, esto es, los que sirven para suplir la ley, los que sirven para interpretar los actos o convenciones mercantiles y los usos técnicos. Los primeros de estos son obligatorios pero no tienen más valor que los elementos de hecho en la solución del litigio y es necesario dejarlos solo a la apreciación del juez que juzga la causa; los segundos tienen el mismo valor que una cláusula del contrato, y los terceros son meros hechos que en ningún caso podrán tener carácter de ley.

Ahora estudiando el caso de nuestra legislación, podríamos considerar que dados los términos del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, que dispone "que el recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencia pronunciada con infracción de ley no proceda en ningún caso en nuestro derecho el recurso de casación por infracción de una costumbre.

CONCLUSIONES

Con el estudio de la prueba de la costumbre, hemos dado término al tema que nos habíamos propuesto desarrollar en esta Memoria.

Hemos tratado de exponer esta materia en la forma mas clara posible, recalcando la importancia que ha tenido siempre esta fuente de derecho en materia comercial.

En Chile, la costumbre en materia mercantil, nunca ha desempeñado el papel que verdaderamente le corresponde, debido principalmente, a las restricciones relacionadas con la manera de acreditarla; por tanto, para que adquiriera la costumbre, la importancia que en realidad tiene sería necesario:

Iº Establecer claramente que en el derecho chileno prevalece la costumbre comercial sobre el derecho civil;

IIº Reconocer legalmente que en el derecho comercial, la costumbre puede derogar a la ley;

IIIº Modificar el artículo 50.º del Código de Comercio, a fin de poder dar una mayor amplitud a la prueba de la costumbre.

de que costumbre

INDICE

	Página.
INTRUDUCCION	I
CAPITULO PRIMERO.- Concepto de la Costumbre	XI
CAPITULO SEGUNDO.- Costumbres Civiles y Costumbres comerciales	XVI
CAPITULO TERCERO.- Requisitos que debe reunir toda costumbre para que sea obligatoria su aplicación.	XIX
CAPITULO CUARTO .- Clasificación de la costumbre comercial	XXVII
CAPITULO QUINTO .- Forma de derogar las costumbres	LV
CAPITULO SEXTO .- Del lugar que le corresponde a la costumbre en relación con la ley civil...	LVII
CAPITULO SETIMO .- De la prueba en jeneral de la costumbre en el derecho comercial	LXV
CAPITULO OCTAVO .- De la prueba de la costumbre mercantil en el derecho comercial chileno	LXX
CAPITULO NOVENO .- Del recurso de casación por infracción de una costumbre	LXXXII
BIBLIOGRAFIA	LXXXVI

BIBLIOGRAFIA

- I Rome et l'organization du Droit -Declareuil
- II Tratado de Derecho Constitucional,
Tomo I -Leon Duguit
- III Introduction a l'Etude du Droit Civil-Henri Capitant
- IV Methode d'Interpretation et sources
en Droit Privé Positiv -Francois Geny
- V Du Role de l'Habitude dans la Forma-
tion du Droit Privé -M.E.H.Perreau
- VI Derecho Mercantil de España -R.Martí de Eixala
- VII Traité de Droit Commercial Maritime. -Julien Bonnecase
- VIII Droit Commercial -Ch.Lyon-Caen y Renault
- IX Traité de Droit Commercial -C. Cosak
- X Derecho Mercantil -David Supino
- XI Corso di Diritto Commerciale -Ercole Vidari
- XII L'Autonomie du Droit de Commerce et
les Projets de Réforme, artículo de
los Annales du Droit Commercial.Tomo
XXXV 1926 paj.265 -Cesar Vivante
- XIII Derecho Comercial -Palma Rogers
- XIV Estudios Elementales de Derecho Mer-
cantil -Francisco Blanco Cons-
tans
- XV Traité de Droit Commercial -Cesare Vivante
- XVI Commentaire du Code de Commerce -I.Alauzet
- XVII Comentario del Título Preliminar y
del Título Primero del Libro Primero
del Código de Comercio -José Alfonso

- XVIII Manual de Derecho Mercantil.....-Lorenzo Benito
- XIX Traité Elémentaire de Droit Commercial-E. Thaller
- XX Répétitions Ecrites sur le Code de
Commerce-H. F. Riviere
- XXI Proyecto del Código de Comercio
- XXII Apuntes inéditos de-Dn. Pedro Pineda
- XXIII Apuntes inéditos de-Dn. Juan de Dios Vergara
- XXIV Mensaje del Código de Comercio.....v

