

## **LA COSTUMBRE MERCANTIL, COMO FUNCIÓN RECOPIADORA Y CERTIFICADORA DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE VALLEDUPAR PARA EL VALLE DEL RIO CESAR**

El derecho comercial ha crecido transcendentamente a partir de su formación como disciplina autónoma, pues el crecimiento del mismo se ha generado de manera progresiva, gracias a las prácticas que se han presentado en el comercio. Recordando al trueque como una práctica que se daba entre los comerciantes con la función de “dar y recibir algo a cambio” el cual se empleó como un método de pago. Sin embargo, la costumbre ocupaba un lugar importante en el periodo feudal, dado que, estas prácticas tenían fuerza de ley para el siglo XX. Es decir, significaban las leyes aprobadas por el gobierno de un país o una ciudad, en esos tiempos.

Mas adelante, se puede avizorar la costumbre como una fuente del derecho con fuerza de ley y, de conformidad con el artículo 78 de nuestro Código de Comercio, la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la doctrina nacional, las Cámaras de Comercio son instituciones de orden legal, y, también personas jurídicas de derecho privado de carácter corporativo, gremial y sin ánimo de lucro. Es decir, son entidades que tienen la facultad de expedir actos de naturaleza privada, en desarrollo de sus funciones gremiales y actos administrativos, en virtud del ejercicio de la función administrativa o pública, a ellas delegada.

No obstante, la costumbre mercantil como fuente formal que estableció la constitución de 1991 y como la aplican los jueces de la república en sus providencias. Además, no se puede omitir en los eventuales casos donde se presenten las distintas controversias, dado que, de no aplicarla podría incurrirse en una eventual responsabilidad por denegación de la justicia.

Cabe resaltar que el derecho cumple con unas clasificaciones de sus fuentes, según la doctrinante Marcela Castro de Cifuentes, se estipula así:

Fuentes principales, como la ley mercantil imperativa o por vía principal, estipulaciones de los contratos válidamente celebrados, normas comerciales supletoria, costumbres comerciales y la ley civil debidamente estipuladas en las leyes colombiana y más adelante, se encuentran las fuentes auxiliares como los tratados internacionales de comercio no ratificados por Colombia, las costumbres internacionales, las costumbres extranjeras y los principios generales del derecho comercial.

Por ende, es procedente para la Cámara de Comercio de Valledupar para el Valle del Río Cesar, como función enmarcada en el artículo 86 numeral 5 del código de

comercio, analizar y recopilar todas las costumbres mercantiles que se estén presentando en nuestra jurisdicción, es por esta razón que, nos compete como entidad hacer el estudio de investigación pertinente para seguir con el proceso de certificación.

Cumpliendo con nuestras funciones se denomina así:

- Interpretativa. Determina el sentido de las palabras o frases técnicas y los actos del comercio y permite indagar la verdadera voluntad de las partes cuando estas no se expresan adecuadamente, la anterior definición tiene su fundamento normativo en el Artículo 5 del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971).
- Integradora. Se da en los casos cuando la costumbre, ha sido previamente invocada por la Ley, para complementar determinadas leyes a las cuales pasa a integrar. (Decreto 410 de 1971)
- Normativa: Se presenta cuando la costumbre, tomando las características de norma reguladora, llena los vacíos legales; esto implica que se aplica como verdadera regla de Derecho; cumple así su función más importante, la verdadera fuente formal del Derecho Mercantil (Berdugo & Builes, 2013)

### **OBJETIVOS**

En aras de incentivar el progreso económico, social y empresarial la Cámara de Comercio de Valledupar para el Valle del Río Cesar realizará los estudios pertinentes para la certificación de las costumbres mercantiles, concernientes a su jurisdicción.

- La Cámara de Comercio de Valledupar para el Valle del Río Cesar investigará sobre la creación de nuevas costumbres mercantiles, debido a la movilización del sector productivo en el departamento del Cesar.

### **DESARROLLO**

Si bien es cierto que, en la época primitiva las relaciones jurídicas se regían por la costumbre, dando origen al derecho práctico y consuetudinario, también lo es que éste ha prevalecido en la formación e historia del derecho mercantil local, nacional e internacional. En la actualidad, las costumbres o usos mercantiles son normas de derecho constituidas mediante la observancia uniforme y constante de los comerciantes, dado que el comportamiento se expresa en actos sociales continuos, públicos e iguales, que poseen fuerza vinculante para quienes lo practican. Es decir, la costumbre y la ley son dos formas de ser del derecho. Es por esto que la costumbre debe reunir ciertos requisitos, como son:

- La generalidad o publicidad, donde la práctica debe ser común y reconocida: es decir, que exige que las practicas sean conocidas por el conglomerado social o por el grupo en el cual se realizan, dado que, si esta

práctica va a constituirse como una costumbre y va a ser impuesta a los sujetos de derechos y obligaciones, este hecho debe ser público y no clandestino.

- Constancia o reiteración, que es cuando concurren iguales circunstancias: entendido como la puesta en práctica de determinado hecho por un periodo y que con el tiempo se llega a consolidar como una tradición; es decir, que la práctica no debe ser transitoria u ocasional.

- Uniformidad cuando se refiere a que esos mismos hechos impliquen obediencia a un mismo principio, como consecuencia de la continuidad y constancia de los hechos. (Sentencia. C – 486 de 1993, C – 093 de 1995, C – 224 de 1994). Se refiere a la forma como se realiza la costumbre, es decir, esta debe ser igual para la generalidad o grupo de personas que la efectúan.

No obstante, no debe ser contraria a la ley, sin lugar a dudas este es un requisito legal que se encuentra expresamente señalado en el artículo 3 del Código de Comercio que estipula: *la costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contrarié manifiesta o tácitamente.*

Mas adelante, el artículo 13 de la ley 153 de 1887 plantea que: *“La costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”.*

Ahora bien, los tratadistas señalan tres funciones o clases de aplicación de la costumbre mercantil:

- Función interpretativa: es la señalada por el artículo 5 del Código de Comercio, según el cual, las costumbres sirven para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles.

- Función integradora: cuando una norma mercantil remite expresamente a la costumbre, de manera que esta viene a completar la norma, convirtiéndose en parte integrante de ella.

- Función normativa: cuando la costumbre que reúne los requisitos del artículo 3 del Código de Comercio, se aplica como regla de derecho a falta de norma mercantil expresa o aplicable por analogía.

Por otra parte, es relevante afirmar el aspecto probatorio de la costumbre mercantil, debido a que recae sobre hechos no ampliamente conocidos como la ley, además, que los hechos en el derecho siempre son objeto de la prueba. He ahí, el principio general del derecho romano: “dadme los hechos que yo os daré el derecho”. Claramente, el artículo 6 del Código de Comercio, modificado por el artículo 179 del Código General del Proceso (ley 1564 de 2012), dispone que la costumbre mercantil debe probarse mediante:

- El testimonio de mínimo dos (2) comerciantes inscritos en el registro mercantil que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos en el Código de Comercio.
- Decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia, proferidas dentro de los (5) años anteriores al diferendo.
- Con certificación de la cámara de comercio correspondiente al lugar que la rija.

### **FASES DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACION, RECOPIACION Y CERTIFICACION.**

La Cámara de Comercio de Valledupar para el Valle del Rio Cesar adelanta un solo procedimiento para la investigación, recopilación y certificación de las costumbres que se pretenden certificar. Haciendo de ello, un acercamiento real entre los comerciantes y las necesidades de ejecutar estas mismas en la práctica.

1. Identificación de la práctica sujeta a investigación.
  - 1.1. De oficio o a petición de parte.
2. Investigación previa.
  - 2.1. Por vía telefónica o presencial
3. Toma de muestra a través de encuesta.
  - 3.1. Encuestas elaboradas en adecuación a los requisitos del art. 3 del Código de Comercio.
4. Presentación del estudio de investigación a la junta directiva.
  - 4.1. Estudio jurídico realizado con los resultados de las encuestas.
5. Aprobación y expedición de resolución como certificación.
  - 5.1. Muestra de la viabilidad de la práctica para adquirir la misma fuerza que la ley mercantil.

Las propuestas a presentar deben ser clasificadas por el sector en donde se desarrolla, que, dado el caso, solo se trabajarán en el sector comercio, y son las siguientes:

#### **SECTOR COMERCIO**

1. **LA PRIMA COMERCIAL.** Delimitación. "Prima comercial, de acreditación o de *good will*, no es otra cosa que "...un sobreprecio al valor real que se pide, negocia y paga, cuando se efectúan ciertos negocios sobre establecimientos de comercio..." Es precisamente de esta delimitación conceptual que surge la errada interpretación que se le ha dado a la figura en cuestión, cuando se pasa por alto, el subrayado y en cursiva, asimilándose sin este y siendo esencialmente la locución "*cuando se*

*efectúan ciertos negocios*”, la que precisa y limita el alcance restringido y/o pretendido con que se ha investido, máxime conjugado con el injustificado terror que infunde a los arrendadores los Numerales 5º y 6º del Artículo 516 y el Inciso 1º del Artículo 518 del C. de Co., que reglando algunas características del Contrato de Arrendamiento de Local Comercial, disponen:

**Artículo 516.** Salvo estipulación en contrario, se entiende que forman parte de un establecimiento de comercio:

5o) Los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario;

6o) El derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial;

**Artículo 518.** El empresario que a título de arrendamiento haya ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio, tendrá derecho a la renovación del contrato al vencimiento del mismo, salvo en los siguientes casos:

- 1) Cuando el arrendatario haya incumplido el contrato;
- 2) Cuando el propietario necesite los inmuebles para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta de la que tuviere el arrendatario, y
- 3) Cuando el inmueble deba ser reconstruido, o reparado con obras necesarias que no puedan ejecutarse sin la entrega o desocupación, o demolido por su estado de ruina o para la construcción de una obra nueva.

Pues bien, en caso de que el propietario del establecimiento **no sea el propietario del local, sino arrendatario**, corresponderá a este, por cuenta del comprador del establecimiento de comercio, las compensaciones que acuerden por la **acreditación del establecimiento**”. He aquí, donde verdaderamente entra el concepto técnico de **prima comercial**, de **acreditación**, el cual debe ser objeto de recopilación y certificación, por parte de las Cámaras de Comercio, en su jurisdicción, la nuestra.

### ESTUDIO FÁCTICO Y JURÍDICO

De conformidad con el artículo 10 del Código de Comercio, los actores principales de esta práctica son los comerciantes, dado el caso que, un comerciante suscriba un contrato de compraventa de establecimiento de comercio, fuera del local

comercial y/o no sea el propietario del mismo, ahí es donde puede establecerse la figura de la prima comercial. Entendiéndose esta como un sobreprecio que se cobra por el reconocimiento y prestigio que representa mayores ingresos.

Para el desarrollo y aplicación de esta posible costumbre se tomarán las muestras de nuestros comerciantes que cumplan con los requisitos de ley.

#### **ENCUESTA:**

Pregunta 1: ¿Conoce el término de prima comercial (buen nombre)?

Pregunta 2: ¿Cuánto tiempo tiene con este establecimiento de comercio?

Pregunta 3: ¿Cree usted que su establecimiento de comercio está acreditado?

Pregunta 4: ¿El local donde tiene su establecimiento de comercio es arrendado?

Pregunta 5: En caso de arrendar un establecimiento de comercio, ¿estaría dispuesto a pagar un (sobreprecio) mayor valor por la reputación de este?

Pregunta 6: ¿Cuáles son los factores que lo motivaría a pagar por el sobreprecio?

#### **ANÁLISIS DE RESULTADOS**

Metodología: Encuestas personales y telemarketing

Sistema de selección de la muestra: Aleatorio estratificado

Población: Comerciantes de la ciudad de Valledupar

Universo: 200 comerciantes

Muestra necesaria: 198

Muestra a obtener: 198

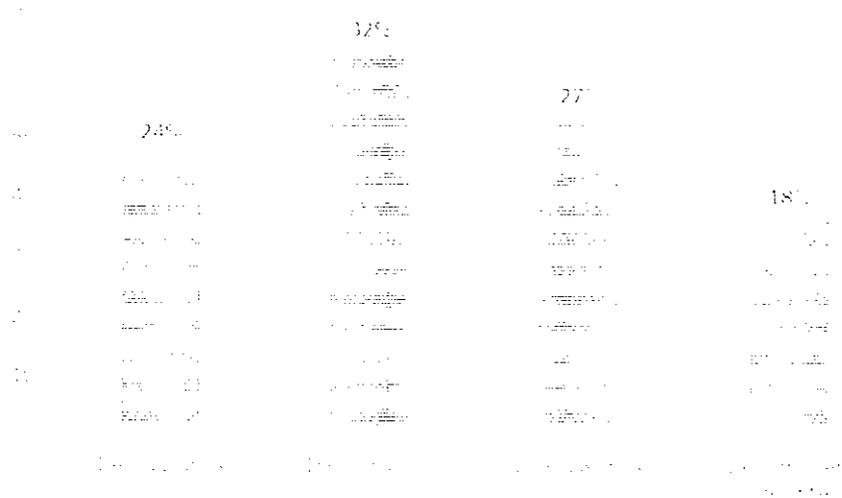
Nivel de confianza: 99%

Margen de error: 1%

#### **1. ¿Conoce el término de prima comercial (buen nombre)?**

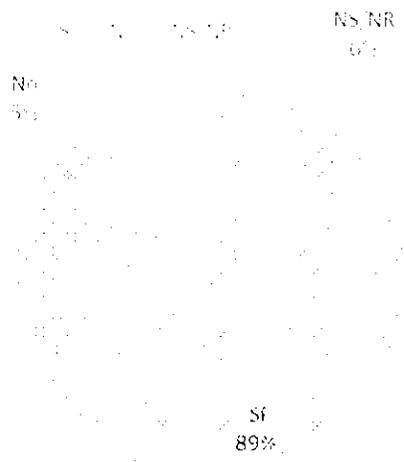
**Análisis:** A través de esta pregunta, indagamos sobre el conocimiento que tenían los comerciantes acerca del término "prima comercial" logrando un porcentaje del 65% de la población que si conoce el término.

## 2. ¿Cuánto tiempo tiene con este establecimiento de comercio?



**Análisis:** Con esta pregunta, tratamos de determinar cuál es el tiempo de permanencia promedio de los comerciantes en un establecimiento de comercio, presentándose una variedad de resultados. El cual resalta que el 32% de la población encuestada mantienen su estadía entre 3-5 años.

## 3. ¿Cree usted que este establecimiento de comercio está acreditado?



**Análisis:** Esta pregunta toma relevancia a la hora de remitirnos al objetivo de esta investigación, es decir, con su resultado da viabilidad al logro de lo planteado, siendo la casilla positiva la mayoritaria. El 89% de los comerciantes encuestados consideran que su establecimiento se encuentra acreditado.

**4. ¿El local donde tiene su establecimiento de comercio es arrendado?**



**Análisis:** Formulamos esta pregunta con el fin de saber cuántos comerciantes que no poseen local comercial estarían dispuestos a hacer la compra de un local, a fin de enlazarlo con el objetivo de este proyecto, verificando un porcentaje del 85% de los comerciantes encuestados se encuentran en locales comerciales arrendados.

**5. En caso de comprar un establecimiento de comercio, ¿estaría dispuesto a pagar un mayor valor (sobrepago) por la reputación de este?**

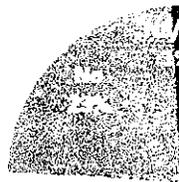
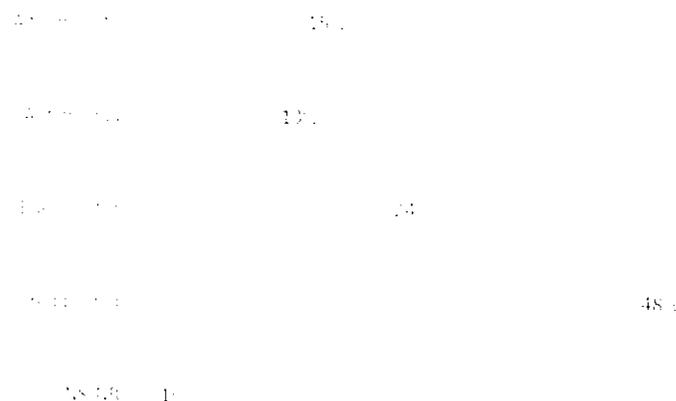


Gráfico 5

**Análisis:** Claramente esta pregunta resulta importante para nuestro trabajo de investigación, es decir, con el resultado del 76%, los comerciantes estarán dispuestos a asumir el valor de la prima comercial a la hora de comprar un establecimiento de comercio, lo que generaría un sobrepago al valor comercial.

**6. ¿Cuál de los siguientes factores lo motivaría a pagar por ese sobreprecio?**



**Análisis:** A través de esta pregunta, tratamos de evaluar cuales son los factores que resultan interesantes para los comerciantes a la hora de pagar la prima comercial, donde sus resultados muestran una variedad, resaltando la credibilidad con un 48% uno de los más importantes para el comerciante, seguido de un buen sector con 24% que se debe a la ubicación geográfica, además del alto impacto con 15% debido a la actividad económica que desarrolla el establecimiento de comercio y la antigüedad con un 13% que no resulto tan atractivo por los encuestados por solo remitirse al tiempo que obtiene con el desarrollo de esa actividad económica en el establecimiento de comercio.

### **SECTOR COMERCIO**

- 2. AVISO DE TRASLADO DEL ARRENDATARIO.** "Se puede certificar como costumbre mercantil en Valledupar, que el arrendatario después de terminar el contrato de arrendamiento informe de su traslado a la clientela, mediante un aviso que fijará por determinado tiempo (entre 15 y 30) días, en el local comercial". Es decir, mediante permiso del propietario del inmueble, podría fijar aviso de traslado al público, cuando se hace mudanza de local comercial.

Como beneficio para los empresarios, esta decisión ayudará a que los negocios tengan una mayor oportunidad de mantener un vínculo comercial con los consumidores de sus productos y servicios. Además, protege a sus clientes y disminuye el posible impacto que en sus ventas puede generar un cambio de domicilio.

## **ESTUDIO FÁCTICO Y JURÍDICO:**

De conformidad con el artículo 10 del Código de Comercio, los actores principales de esta práctica son los comerciantes, dado el caso que, un comerciante que no sea propietario del bien inmueble y decida llevar consigo su establecimiento de comercio para ser usufructuado en otro local comercial, ya sea propio u arrendado.

Con el fin de mantener a sus clientes fijos, les gustaría informar en caso de ser trasladado de local comercial su nueva ubicación. Teniendo siempre presente que, al surgir el negocio, se está cumpliendo con el acuerdo de voluntades que se consagra en el artículo 1502 del Código Civil (**consentimiento**).

Para el desarrollo y aplicación de esta posible costumbre se tomarán las muestras de nuestros comerciantes que cumplan con los requisitos de ley.

### **ENCUESTA:**

Pregunta 1: ¿El local donde tiene su establecimiento de comercio, es arrendado?

Pregunta 2 ¿Cuánto tiempo lleva en este local comercial?

Pregunta 3: ¿De qué forma fue celebrado el contrato por el local comercial?

Pregunta 4: ¿Considera usted que su negocio maneja una clientela fija?

Pregunta 5: En caso de trasladar su establecimiento de comercio a otra ubicación, ¿Le gustaría que su clientela fuera informada?

Pregunta 6: ¿Cuál considera usted que es el tiempo prudente para la fijación del aviso de traslado del establecimiento de comercio?

Pregunta 7: En caso de ser el arrendador, ¿Autorizaría usted para la fijación del aviso en su local comercial?

### **ANÁLISIS DE RESULTADOS**

Metodología: Encuestas personales y telemercadeo

Sistema de selección de la muestra: Aleatorio estratificado

Población: Comerciantes de la ciudad de Valledupar

Universo: 200 comerciantes

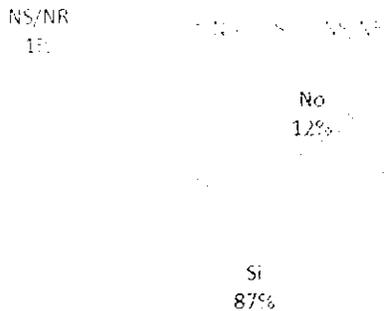
Muestra necesaria: 198

Muestra a obtener: 198

Nivel de confianza: 99%

Margen de error: 1%

### 1. ¿El local donde tiene su establecimiento de comercio es arrendado?



**Análisis:** Esta pregunta se formuló con la idea de conocer cuántos comerciantes con base a la encuesta tienen establecimientos de comercio bajo la modalidad de arriendo, evidenciándose la respuesta con un 87% positivo.

### 2. ¿Cuánto tiempo lleva en este local?



**Análisis:** Con lo anteriormente preguntado, es necesario precisar cuánto tiempo se establecen las personas encuestadas en un local comercial, surgiendo variedad de respuestas, donde se evidencia que el 44% de los comerciantes encuestado transcurre entre 3 a 5 años.

**3. ¿De qué forma fue celebrado el contrato por el local comercial?**

Indefinido	39%
Definido	37%
Con prima comercial	10%
NS/M	6%

**Análisis:** Con esta pregunta, se afirma que el 39% de la población encuestada, sus contratos celebrados por los locales comerciales, se pacta el termino indefinido, y el 37% definido, es decir donde cabe la oportunidad de adicionar la cláusula de prima comercial cumpliendo con todas las exigencias que otorga firmar un contrato como lo consagra el artículo 1502 del Código Civil.

**4. ¿Considera usted que su negocio maneja una clientela fija?**

NO	0%
SI	95%

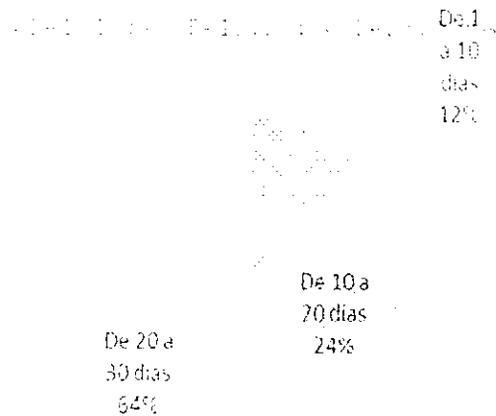
**Análisis:** Esta pregunta resalta la consideración de la población encuestada donde el 95% afirman que mantienen una clientela fija bajo los servicios que proveen a sus clientes. Por lo tanto, si mantienen clientes fijos.

**5. En caso de trasladar su establecimiento de comercio a otra ubicación, ¿le gustaría que su clientela fuera informada?**

SI (200)	NO (0)
----------	--------

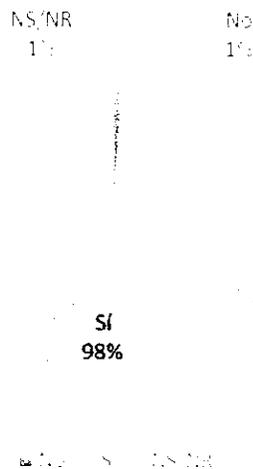
**Análisis:** Es claro, que de toda la población encuestada no hubo aporte negativo al aviso de traslado de establecimiento de comercio y que su clientela fuera informada, es decir se afirma el 100% para esta pregunta.

**6. ¿Cuál considera usted que es el tiempo prudente para la fijación del aviso de traslado de un establecimiento de comercio?**



**Análisis:** Esta pregunta se hace para la consideración de los comerciantes de fijar un aviso donde se notifique el traslado de establecimiento de comercio para su clientela, con el fin de que se tome un término para la fijación del mismo, el cual se evidencia prudente entre 20-30 días, a raíz del 64% de encuestados que tomaron esta opción.

**7. En caso de ser el arrendador, ¿Autorizaría usted para la fijación del aviso en su local comercial?**



**Análisis:** La formulación de esta pregunta resulta importante dado que, es necesario que el propietario del local comercial establezca su autorización por el medio idóneo para la fijación del aviso y se cumpla su debida divulgación, donde el 98% de los encuestados avala esta autorización.

## CONCLUSION

Las cámaras de comercio poseen una función integradora y legisladora importante dentro del derecho comercial, como lo es la certificación de las costumbres mercantiles que se desarrollen dentro de la jurisdicción pertinente, con ayuda de los canales idóneos para la integración y divulgación de la información, en aras de apoyar e incentivar a nuestros comerciantes, resaltando la costumbre como fuente del derecho.

Sin embargo, en el desarrollo de estos temas se hace pertinente contar con la información de las prácticas que desarrollan nuestros comerciantes en el sector con el fin de que se haga la investigación y estudio pertinente para la viabilidad de la costumbre, con miras a la certificación. Esta petición puede venir por parte de universidades, estudiantes, comerciantes, empresarios y todas las personas que contribuyan a la misma. Cabe destacar, que la certificación de estas costumbres estudiadas anteriormente cumple con las funciones camerales y da un auge moderno a los comerciantes y sus formas de establecer sus prácticas comerciales.

De igual forma, las cámaras de comercio trabajan arduamente con el fin de promulgar esta herramienta jurídica y darle su aplicabilidad dentro del contexto que le es concerniente, para que su funcionalidad sea válida en todos los ámbitos legales.