

EL USO DE LOS NEGOCIOS:

Concepto y diferencia con la costumbre. Suele distinguir la doctrina entre costumbre y uso de los negocios. La doctrina dominante pone la distinción en que a los usos o práctica de los negocios les falta la convicción jurídica de su obligatoriedad. Por esto, tales usos no crean derecho objetivo. Se observan por razones de conveniencia y pueden tener valor como elemento interpretativo de la voluntad de las partes, (usos interpretativos). Otras veces es la ley la que se refiere a tales usos, tomándolos como tipo de conducta para regular una materia (el diligente padre de familia, las buenas costumbres, regalos de costumbre, etc.).

La distinción así establecida entre costumbres y uso de los negocios no es exacta, según Ferrara, porque estos son también norma consuetudinaria, pero en el estadio de desarrollo. La única diferencia estriba, según este autor, en la vetusta, porque los usos todavía no han adquirido valor autónomo respecto de las partes. En cuanto a la convicción jurídica no es motivo de diferencia para él, ya que niega sea requisito de la costumbre.

Las legislaciones han mantenido la posición de subordinación de la costumbre a la ley, comúnmente seguida en el derecho moderno, por lo que solo en defecto de ley es aplicable la costumbre del lugar. Por otra parte, se deja sin solución alguna los problemas típicos de esta fuente jurídica, como el de sus requisitos y prueba, cuestiones sobre las que la doctrina trató de encontrar soluciones.

Se ha regulado en las distintas legislaciones de Latinoamérica que, la costumbre, mantiene su función supletoria de la ley, como fuente de segundo grado. Por otra parte, se dice que la costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre.

La función de la costumbre queda pues dentro del ámbito de fuente de segundo grado, al no admitirse la costumbre contra legem pues así resulta del texto legal que la autoriza, solo en defecto de ley aplicable y del principio de jerarquía normativa según el que carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

Dice el Art. 2 de la Ley del Organismo Judicial lo siguiente: La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará.

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

Dentro del ámbito reservado a la costumbre como fuente jurídica, o sea de la costumbre praeter legem, es preciso señalar sus requisitos para determinar, en definitiva su caracterización como fuente jurídica.

La doctrina viene exigiendo, aunque con diversos matices, un doble elemento, externo o interno, para el reconocimiento de la costumbre creadora de Derecho:

Elemento externo: se exige generalmente que se trate de una conducta uniforme y reiterada, habiéndose añadido a veces otros requisitos complementarios como duración determinada. En realidad al no exigirse por la legislación los requisitos determinantes de la costumbre no puede exigirse que se trate de un uso prolongado.

Tampoco es necesario que además de la reiteración de actos uniformes, éstos reciban una cierta aprobación por parte de algunos órganos estatales, pues está en contradicción con el origen y fundamento de esta fuente jurídica, de procedencia extra Estatal. Por ello ni la actuación reiterada de la Administración, ni la jurisprudencia constituyen formas de producirse o manifestarse la costumbre.

Elemento interno: Con diverso significado se exige también un elemento internacional para la formación de la costumbre; La doctrina exigía ordinariamente una determinada convicción en la reiteración de los actos creadores de la costumbre, hay que prescindir de una específica convicción e intencionalidad al estilo del espíritu popular de la escuela histórica, pues basta una clara voluntad de comportarse por parte de la colectividad de cierto modo para que pueda afirmarse la existencia del elemento espiritual que como en todo acto racional debe presidir la formación de la costumbre.

En cuanto a la costumbre *secundum legem*, parte de la doctrina le atribuye valor de interpretación de la ley, pero debe ser rechazada ya que equivaldría a atribuir un valor vinculante a esa interpretación de que carece, pues la legislación solo le atribuye una función supletoria de la ley. Inadmisibles la costumbre contra ley según la legislación, solo adquiere valor la costumbre fuera de lo legislado o por expresa remisión de la propia ley; según algunos el sentido de la costumbre *secundum legem*, sería precisamente el de estas remisiones legislativas a los usos.

Límite: La costumbre, como norma jurídica está sujeta a determinados límites, no solo está subordinada a la ley al prohibirse implícitamente la costumbre contra *legem*, sino que además de modo explícito en la ley se condiciona la aplicación de la costumbre a que no sea contraria a la moral ni al orden público. Se da un cierto paralelismo entre este límite de la fuerza creadora de la actuación colectiva y el que también existe para la actuación de la autonomía de la voluntad individual en los negocios jurídicos.

Ámbito: El ámbito territorial de la costumbre da lugar a su distinción en costumbres generales y locales, tema que merece discutirse, ya que se le da validez como fuente supletoria de la ley a la costumbre del lugar; esta exigencia localista dio lugar a opiniones divergentes en cuanto a la admisión y valor de la costumbre general pues mientras de sostuvo que esta podía ser invocada en cualquier sitio como local, otros con más rigor estimaron que habría que probar la existencia de la costumbre en el lugar donde se invocase su aplicación.

La legislación no exige que se trate de costumbre local, pero tampoco alude a la fuerza obligatoria de una costumbre general, planteándose por tanto la cuestión de si puede obligar una costumbre general en una localidad en que no se haya observado nunca. La tesis negativa parece ser más conforme al fundamento propio de la costumbre, pues no corresponde a la misma organizar jurídicamente todo el ámbito nacional, sino que su fuerza obligatoria depende de su propia observancia.

También puede ocurrir que existan discrepancias entre costumbres regionales, comarcales o locales, cuestión abordada por unas legislaciones de otros países, las que acertadamente da preferencia al costumbre local respecto a la general. Se cree válido este criterio para la interpretación del ámbito operativo de la costumbre en la legislación.

Prueba: Partiendo del carácter de hecho originario de la costumbre la doctrina tradicional exige su prueba por la parte que se ampara en ella, y así lo viene exigiendo nuestra jurisprudencia, ante el silencio que guardaba la ley, aunque en la doctrina se admitía por algunos que pudiera ser investigada de oficio por el juzgador, por su carácter de norma jurídica. El nuevo título preliminar exige que resulte probada, pero esta exigencia no aclara la debatida cuestión de la posible apreciación de oficio.

Es más significativa esta posición, que adoptan una postura más progresiva. En efecto, según ellas los tribunales apreciarán la existencia de la costumbre a virtud de su propio conocimiento y de las pruebas aportadas por los litigantes. Y además se dispone que la costumbre que no sea notoria deba ser alegada y probada ante los tribunales. Ambas posiciones admiten la apreciación de oficio de la costumbre al ser conocida por el juez o ser notoria.

Usos de los negocios: En la doctrina se ha venido distinguiendo entre costumbre y usos de los negocios refiriendo estos últimos al modo normal de realizar determinados negocios jurídicos apreciando como diferencia esencial que en los negocios falta el elemento de la convicción jurídica por lo que no llegarían a constituir verdadera costumbre. Así establecida la diferencia debe rechazarse, de acuerdo con lo ya señalado, sobre el valor del requisito espiritual de la costumbre, pues muchos usos de los negocios serán verdaderas normas consuetudinarias. Lo que parece más acertado, es distinguir en cambio entre la función interpretativa y la función normativa de los usos en los negocios, pues los primeros o constituyen fuente creadora de norma limitando su función a la interpretación del propio negocio. En cambio cuando en un negocio típico exista un determinado uso normativo éste tendrá realmente valor de fuente jurídica. La doctrina ha reconocido esta significación y distinción entre usos interpretativos y normativos, y la regulación legal se basa en ella al disponer que los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tengan la consideración de costumbre.

Los usos servirán para completar la insuficiente contractual integrando lo estipulado como voluntad presunta, otras veces se impone el uso a la voluntad de las partes, completando de forma imperativa el contexto contractual.

Se parte de esta distinción para excluir de la función de fuente del ordenamiento jurídico a los usos meramente interpretativos, cuya función es clara, en cuanto a que hay que situarla en la teoría de la voluntad a negociar. En cuanto a los usos no interpretativos, les atribuya la consideración de costumbre, lo que implica su reconocimiento normativo.

En esta función normativa, son frecuentes las remisiones de los casos a los usos en determinados negocios jurídicos, que adquieren así un valor específico en virtud del reenvío legislativo: plazo para el ejercicio de la acción redhibitoria en las ventas de animales, reparaciones en predios urbanos de cuenta del arrendador. Etc.

