



**UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA**

*La Universidad Católica de Loja*

**ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA  
ABOGADO**

TRABAJO DE TITULACIÓN

**La costumbre y su eficacia en la legislación mercantil  
ecuatoriana**

**Autora:** Hernández Cueva, María Elizabeth

**Directora:** Correa Conde Andrea del Rocío

LOJA - ECUADOR

2020



*Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NC-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>*

2020

## Aprobación del director del Trabajo de Titulación

Loja, 01 de septiembre de 2020

Mtra.

Andrea Aguirre

**Coordinadora de Titulación de Abogacía**

Ciudad. -

De mi consideración:

El presente Trabajo de Titulación denominado: “La costumbre y su eficacia en la legislación mercantil ecuatoriana” realizado por María Elizabeth Hernández Cueva, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo. Así mismo, doy fe que dicho Trabajo de Titulación ha sido revisado por la herramienta antiplagio institucional.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

Atentamente,

Firma: .....

Correa Conde, Andrea del Rocío

C.I:

### **Declaración de autoría y cesión de derechos**

“Yo, María Elizabeth Hernández Cueva, declaro y acepto en forma expresa lo siguiente:

- Ser autor(a) del Trabajo de Titulación denominado: “La costumbre y su eficacia en la legislación mercantil ecuatoriana”, de la Titulación en Derecho, específicamente de los contenidos comprendidos en: se debe colocar los nombres de los capítulos elaborados en el Trabajo de Titulación, por ejemplo. Introducción, Capítulo 1. Marco teórico de la pobreza y las políticas públicas, Capítulo 2. Evidencia empírica. Metodología de la investigación, Capítulo 3. Descripción de la población seleccionada, Capítulo 4. Relato del hogar, Conclusiones y Recomendaciones, siendo nombres y apellidos completos, director (a) del presente trabajo; y, en tal virtud, eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones judiciales o administrativas, en relación a la propiedad intelectual. Además, ratifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo son de mi exclusiva responsabilidad.
- Que mi obra, producto de mis actividades académicas y de investigación, forma parte del patrimonio de la Universidad Técnica Particular de Loja, de conformidad con el artículo 20, literal j), de la Ley Orgánica de Educación Superior; y, artículo 91 del Estatuto Orgánico de la UTPL, que establece: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.
- Autorizo a la Universidad Técnica Particular de Loja para que pueda hacer uso de mi obra con fines netamente académicos, ya sea de forma impresa, digital y/o electrónica o por cualquier medio conocido o por conocerse, sirviendo el presente instrumento como la fe de mi completo consentimiento; y, para que sea ingresada al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública, en cumplimiento del artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma: .....

Autor: María Elizabeth Hernández Cueva

C.I.: 1150757357

### **Dedicatoria**

Mi trabajo de investigación está dedicado a mis padres, por ser pilar fundamental en mi vida por guiarme siempre con sabiduría y conocimiento, a mi tía Martha Hernández por sus consejos sabios y a mis abuelitos por ser ejemplo de lucha y perseverancia, a mi hermana por ser luz en mis días oscuros y a mi tutora por enseñarme y dirigirme con sus conocimientos.

## **Agradecimiento**

Agradezco a Dios por darme sabiduría, vida y salud

Agradezco a mis padres por haberme motivado constantemente para cumplir mis metas

Agradezco a la vida por haberme enseñado tanto, por llenarme de tantas experiencias que me han servido tanto como crecimiento profesional y personal

Agradezco a mi universidad por ser alma mater que en conjunto con sus docentes me llenaron de muchos conocimientos

## Índice de Contenidos

Carátula .....	I
Aprobación del Director del Trabajo de Titulación .....	II
Declaración de autoría y cesión de derechos.....	III
Dedicatoria.....	V
Agradecimiento.....	VI
Índice de Contenidos .....	VII
Resumen .....	1
Abstract .....	2
Introducción .....	3
Capítulo uno: Marco teórico .....	5
1.1. Antecedentes históricos del derecho mercantil y la costumbre .....	5
1.1.1. Evolución histórica.....	5
1.1.2. Lex mercatoria.....	10
1.2. Concepto doctrinario de derecho mercantil.....	12
1.3. Fuentes del derecho mercantil.....	13
1.3.1. Costumbre mercantil.....	15
1.4. Actos de comercio y obligaciones de los comerciantes.....	18
1.4.1. Concepto de actos de comercio.....	20
1.4.2. Clasificación de actos de comercio.....	21
1.4.3. Comercio y comerciante.....	22
1.4.4. Obligaciones civiles, mercantiles y administrativas de los comerciantes.....	24
1.5. Matrícula de Comercio.....	26
1.5.1. Concepto.....	27
1.5.2. Requisitos.....	27
Capítulo dos: Diseño metodológico.....	29
2.1. Métodos de investigación.....	29
2.1.1. Método Analítico- Sintético .....	29
2.1.2. Método Histórico - Lógico.....	30
2.2. Legislación comparada .....	30
2.3. Técnicas: la encuesta .....	30
Capítulo tres: Resultados.....	32
3.1. Análisis de legislación comparada: Ecuador, Colombia y Chile.....	32
3.2. Análisis y resultados de las encuestas aplicadas a abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja.....	40
Capítulo cuatro: Discusión .....	48

4.1. Comprobación de resultados .....	48
4.2. Verificación de hipótesis .....	48
4.3. Verificación de objetivos generales y específicos .....	49
4.4. Verificación de preguntas de investigación .....	50
Conclusiones .....	53
Recomendaciones .....	55
Referencias.....	56
Apéndices.....	62

### Índice de Tablas

Tabla 1.....	40
Tabla 2.....	41
Tabla 3.....	43
Tabla 4.....	44
Tabla 5.....	45

### Índice de Gráficos

Gráfico 1 .....	41
Gráfico 2 .....	42
Gráfico 3 .....	43
Gráfico 4 .....	44
Gráfico 5 .....	45

## Resumen

En nuestro sistema legal, no se permite a los jueces usar costumbre mercantil al momento de resolver conflictos o controversias entre comerciantes; sino que lo deberían resolver según las disposiciones del Código de Comercio. El derecho comercial surge de prácticas entre comerciantes que, debido a su generalización y uniformidad, gradualmente han ganado reconocimiento como "reglas vinculantes", estas prácticas se conocen como costumbres mercantiles, lo que hace que la ley comercial o mercantil se adapte y modifique de acuerdo con las necesidades de los comerciantes.

La costumbre mercantil en orden jerárquico está por debajo de la ley, pero por encima de otras fuentes de derecho (contrato y analogía). La costumbre mercantil es una fuente de derecho excepcional, porque los jueces podrán acudir a ella solo en casos que existan vacíos o silencios legales. Al momento de probar costumbre mercantil, la parte interesada debe acreditarla. Para que la costumbre mercantil sea reconocida por el juez, ésta debe tener una conducta uniforme, general y obligatoria. Los medios de prueba empleados en la costumbre mercantil deberán ser los que se expresan en el Código de Comercio ecuatoriano.

### **Palabras claves:**

Comercio, costumbre, comerciantes idóneos, eficacia mercantil.

### **Abstract**

In our legal system, judges are not allowed to use commercial custom when resolving conflicts or controversies between merchants; rather, they should resolve it according to the provisions of the Commercial Code. Commercial law arises from practices between merchants that, due to their generalization and uniformity, have gradually gained recognition as "binding rules", these practices are known as commercial customs, which makes mercantile or commercial law adapt and modify according to the needs of merchants.

The mercantile custom in hierarchical order is below the law, but above other sources of law (contract and analogy). Commercial custom is a source of exceptional law, because judges may only go to it in cases where there are gaps or legal silences. At the time of proving commercial custom, the interested part must prove it. For the commercial custom to be recognized by the judge, it must have a uniform, general and mandatory conduct. The means of proof used in commercial custom must be those expressed in the Ecuadorian Commercial Code.

### **Keywords:**

Commerce, custom, suitable merchants, mercantile efficiency.

## Introducción

La costumbre mercantil se aplica cuando existe controversias entre comerciantes o cuando exista un vacío o silencio legal, tal como lo expresa el artículo 6 del Código de Comercio ecuatoriano: “la costumbre mercantil suple el silencio de la ley”. Es decir, se reconoce en el ordenamiento jurídico ecuatoriano esa figura legal. Por ello, la presente investigación parte de la premisa que afirma que la costumbre mercantil es una fuente subsidiaria del derecho, que se encuentra subordinada a nuestra Constitución. Tiene el carácter de una fuente de derecho que puede ser usada por los operadores de justicia.

El problema investigado trata sobre la forma en la que se debe probar la costumbre mercantil, luego de las reformas del 2019, conforme lo estipula el artículo 6 del Código de Comercio, donde establece que es posible demostrar la costumbre mercantil, mediante 5 testigos que deben ser comerciantes idóneos. Si bien es cierto, la calidad de idoneidad se podía comprobar, anteriormente, a través de la matrícula de comercio; pero, en las recientes reformas desaparece esta consideración, por ello, surge la pregunta ¿De qué forma se prueba que un comerciante es idóneo para servir como testigo en la comprobación de una práctica de costumbre mercantil?

Para responder a esa pregunta de investigación se plantearon objetivos relacionados con la identificación del contenido histórico y teórico de la costumbre mercantil, la revisión de legislación comparada con Colombia y Chile; y, las encuestas a abogados en libre ejercicio, que puedan aportar sobre la forma en la que se puede resolver la ambigüedad planteada. Se utilizó la metodología cualitativa y cuantitativa, para dar cuenta de los aspectos característicos de la costumbre y sus medios de prueba.

El capítulo uno, trata sobre el *Marco Teórico*, aquí se recogen los aspectos relevantes de la historia del derecho mercantil y la costumbre como fuente del derecho, en el ámbito comercial, así como las nociones teóricas que actualmente sirve para fundamentar su uso en la resolución de conflictos mercantiles.

En el capítulo dos, consta el *Diseño Metodológico* que se utilizó en la presente investigación; para ello, se consideró utilizar el método analítico-sintético; el histórico-lógico; además, se hizo uso del método cuantitativo para lo cual se trabajó con legislación comparada y se aplicó una encuesta compuesta de preguntas abiertas y cerradas.

En el capítulo tres, se exponen los *Resultados* obtenidos, tanto del análisis de la legislación comparada con Chile y Colombia; como de la aplicación de una encuesta dirigida a abogados en libre ejercicio, en donde, considerando la situación de emergencia sanitaria, se logró recabar información en línea, a través de la aplicación de una encuesta digital a 41 abogados en libre ejercicio del cantón Loja

El capítulo cuatro, trata sobre la *Discusión*, para ello se procedió a realizar la comprobación de resultados, la verificación de la hipótesis, de los objetivos general y específicos; y, de las preguntas de investigación. Los aportes obtenidos de cada uno de estos elementos sirvieron para demostrar que en la actualidad la costumbre mercantil no es eficaz en su aplicación dentro de la legislación mercantil en nuestro país.

Finalmente, se presentan las conclusiones y recomendaciones que permiten establecer los aportes relevantes sobre el tema, así como, la necesidad que existe de que se profundice sobre la costumbre y su eficacia en el ámbito del derecho comercial.

## Capítulo uno

### Marco teórico

#### 1.1. Antecedentes históricos del derecho mercantil y la costumbre

El derecho mercantil nace en el seno de las ciudades medievales, principalmente de las italianas, con el florecimiento del comercio urbano y de la actividad económica en general, circunstancias que fueron debidas a la pacificación de la vida rural, y en menor grado al desarrollo de la vida comercial en las ciudades, con el establecimiento de ferias y mercados a los que acudían los productores y los fabricantes para intercambiar sus mercancías y los artículos manufacturados.

Este incipiente derecho mercantil se manifestó, por un lado, como un derecho profesional que sólo cubría y sólo amparaba a los mercaderes que vivían del comercio haciendo de éste una ocupación ordinaria, pero sin que esta profesionalidad hubiere implicado una rígida especialización; y, por otro lado, como un derecho autónomo, frente al derecho común y a las normas dictadas por la autoridad política (Pimentel, 2018, p.22 ).

Según López (2013), el derecho comercial “nace, como rama separada del Derecho civil, en la segunda mitad de la Edad Media (...) como un Derecho apartado, fue creado a base de necesidades por los comerciantes y para los comerciantes” (p. 1). Los comerciantes fueron los encargados de ir creando poco a poco su propio *Derecho*, basado en las prácticas y costumbres. Desde luego, todos eran comerciantes, no versados en Derecho, pues para resolver las controversias se aplicaban los usos y costumbres formados en la práctica del comercio, existiendo jueces comerciantes que eran quienes se encargaban de tomar las decisiones. El procedimiento mercantil se basó en la equidad, entendida como la búsqueda de la verdad real más que la formal.

##### 1.1.1. Evolución histórica

En la antigüedad no existían muchas normas que regulen las relaciones y las actividades que realizaban los comerciantes, pues las normas comerciales eran muy pocas y escasas que no tenían autonomía como para formar parte de una generalidad jurídica.

En la edad antigua conocemos con certeza que se realizaban actividades de comercio como: la compraventa, de la asociación, del crédito y de la navegación; y, quienes realizaban estas actividades eran los caldeos y asirios, chinos, persas, hebreos, indios, árabes, fenicios, griegos y romanos. La única legislación que regulaba actividades de comercio en ese momento era el Código Hammurabi, además de ser el primer cuerpo legal en la historia, pues se conoce su existencia desde los años 1962 A.C, en Egipto y Creta, en el cual sobresalían las relaciones que existían entre comerciantes (Pérez, 2016). En esta época podemos también conocer que Siria era quien servía de mercado a la civilización que fluía en Mesopotamia. En la edad antigua no se conoce de normas que regulen las actividades de comercio, pero si se conoce que ya se realizaban actividades de comercio.

En otros lugares aparecieron “la figura de la Ley de Rodias, nace en la Isla de Rodas, esta normativa que es una recopilación jurídica de usos marítimos” (Rivas, 2012, p. 13). La Ley de Rodias, se conoce así porque se dio lugar en la Isla de Rodas, siendo esta una recopilación jurídica de usos marítimos; y, su esencia es regular actos de comercio, el cual estaba llamado a satisfacer necesidades económicas. La Ley de Rodias es una regulación dentro del comercio marítimo, fueron normas que se regían por las costumbres, era un derecho netamente dirigido al ámbito comercial, el cual tenía como finalidad satisfacer las necesidades económicas de los pueblos, básicamente las Leyes Rodias se desarrollaron en un ordenamiento de carácter marítimo y debido a la naturaleza de su territorio geográfico, desarrolló un mercado internacional de primer orden. Se cree que la Ley de Rodias causó tanto impacto en el derecho marítimo comercial que el emperador romano Antonino la incorporó en el derecho romano. Fue la que confirió las bases para las codificaciones del derecho marítimo (Ríos, 2020).

En esta época también aparece la figura del *Ius Pretorio*, en Roma, la figura jurídica que ayudaba a resolver posibles conflictos económicos que se daban en esa época.

En la edad media, empieza a desarrollarse el comercio en las mediaciones del mar mediterráneo, por lo tanto, se da paso al surgimiento del derecho comercial, una figura enfocada directamente a la producción de riquezas, pero que a su vez se encontraba aún

limitada por el Derecho civil. Pues el Derecho comercial no era autónomo aún. En esta época aparece la figura del feudalismo, que surgió en el siglo IV hasta el siglo XV, un sistema de organización política y social, que se dio entre vasallos y feudales. En cuanto a los sistemas políticos, sociales y económicos, se basaba en la producción agrícola, se producía lo necesario, era un trabajo que lo realizaban los esclavos para el feudo. (Marxs, 2014).

El derecho comercial tiene su origen en las costumbres mercantiles medievales (Romero, 2010, p. 31). Los negocios y la forma en que los comerciantes resolvían sus controversias entre ellos y con terceros, dieron lugar a que sus actuaciones se tornaran no solo universales en cuanto a su realización, sino obligatorias para todos los sujetos. Fue así como el tráfico mercantil trajo consigo la aparición de un conjunto de regulaciones propias y de instituciones que regulaban las exigencias y los intereses de su actividad profesional. Tan importante resultó la costumbre que desde ese momento la legislación mercantil se ha formado a partir de la compilación y la revisión de usos (Garrigues, 1967).

La sociedad se vio obligada a tener un derecho escrito, después de varios intentos dan lugar a la primera ley escrita conocida como Ley de las XII Tablas, donde la costumbre seguía teniendo igual relevancia, siendo así la manera en que los servidores públicos y los Pretores<sup>1</sup> quienes eran los encargados de la administración de la justicia, asegurando que todas las leyes romanas fuesen obedecidas y cumplidas (Hernández, 2014) y fueron los que crearon normas en base a las necesidades de los habitantes, elevándolas a derecho positivo.

La Ley de las XII tablas, fue la primera obra codificada que apareció en Roma que consistía en plasmar, por escrito en plena República Romana, de una forma legal y jurídica un antiguo derecho consuetudinario, ya existente en tiempos pasados para la

---

<sup>1</sup> Pretor es un término que se utilizaba en el Imperio Romano para nombrar a un magistrado ubicado, en la escala jerárquica de la administración pública, por debajo del cónsul. Los pretores se encargaban de desarrollar interdictos (para mantener la armonía en los vínculos entre privados), organizar las primeras etapas de un juicio y realizar otras funciones judiciales. Recuperado de <https://definicion.de/pretor/>

convivencia entre patricios<sup>2</sup> y plebeyos<sup>3</sup>, igualando sus derechos, a propuesta de Terentio Arsa sobre el año 462 a.C, siendo la primera ley de derecho público y privado del que se tenga noticia. No son otra cosa más que la redacción del antiguo derecho consuetudinario legado por la tradición (Pinagua, 2019, p. 1).

Es en la época monárquica donde el derecho consuetudinario tiene mayor importancia. Era un derecho al que los juristas romanos posteriores dieron un carácter de orden jurídico. En el cual reconocieron únicamente la costumbre, el uso, los mores.<sup>4</sup> Es claro entonces que la primera fuente del Derecho fue la *costumbre* que, con el paso del tiempo ha ido perdiendo importancia, como consecuencia de ello, el Derecho positivo ha tomado relevancia hasta llegar a ser la Ley, la principal fuente de Derecho (García, 2010 ).

Un acontecimiento importante es el surgimiento de la *lex mercatoria*, como una compensación de los derechos de los feudales quienes gozaban de privilegios. Surge en las ferias, en forma de ordenamiento para regular las relaciones que existía entre comerciantes, a través de la aplicación obligatoria de los usos y costumbres comerciales. Estaba formada por los propios usos y costumbres de los comerciantes, en la cual se establecían un conjunto de disposiciones que sirven para regular los actos y negocios jurídicos y las consecuencias que se derivan de ello, independientemente de la ley del lugar y de la ley personal de los partícipes, los cuales eran ubicados en una situación de igualdad, cuya intención era más importante que los signos con que se exteriorizaba y cuyos negocios no estaban limitados a sus leyes internas. Por ejemplo, Chancellor (1475) afirmaba que “los mercaderes no están obligados por nuestras leyes, sino que deben ser juzgados de acuerdo con la ley natural, a la cual algunos llaman *lex mercatoria*, que es universal en el mundo” (p. 3)

---

<sup>2</sup> Patricio es un término que deriva del vocablo latino patricius. El concepto se empleaba en la época del Imperio romano para aludir al integrante de la clase social privilegiada que era descendiente de los primeros senadores. Recuperado de <https://definicion.de/patricios/>

<sup>3</sup> Plebeyo, que procede de plebeius (un vocablo latino), es un adjetivo que se aplica a aquel o aquello que pertenece a la plebe. La plebe, por su parte, es la clase social que ocupa la zona inferior en la pirámide de la sociedad. Recuperado de: <https://definicion.de/plebeyo/>

<sup>4</sup> Mores son las costumbres son normas sociales que se observan ampliamente dentro de una sociedad o cultura en particular. Recuperado de <https://www.lexico.com/es/definicion/mores>

En este periodo, surge el derecho comercial, que va dirigido al sector económico y comercial. Siendo en esa época el derecho civil la figura jurídica con más peso, limitaba aún la aplicación y uso del derecho comercial. Bajo el sistema del feudalismo (un sistema de gobierno), debo decir que en esta época las clases sociales eran muy marcadas, pues por un lado estaban los esclavos y por otro lado el feudo. Los esclavos trabajan para el feudo realizando actividades que se basaban en la producción agrícola. El acontecimiento más importante de la edad media es la aparición de la *Lex Mercatoria*, como su nombre mismo lo dice la ley mercantil, convirtiéndose en una ley autónoma, que surge en base a los usos y costumbres de los comerciantes, con la finalidad de que esta norma regule todas las actividades y obligaciones de los comerciantes.

Para Naujoel (2019), el derecho comercial tiene las siguientes características:

#### **Cuadro 1.**

##### **Características del derecho mercantil en la edad moderna**

<b>Característica</b>	<b>Descripción</b>
Comerciantes	Gremios y corporaciones
Usual	Uso y costumbre como fuente de nuevo derecho
Producción y aplicación autónoma	Surgido en el tráfico mismo y no del poder legislativo.
Jurisdicción consular	Tribunales de mercaderes que resuelven mediante usos y costumbres.
Uniforme	Comunidad de mercaderes en el tráfico comercial.

Nota: Naujoel (2019)

En la edad moderna, el comercio se caracteriza por la mejora de medios de transporte y el descubrimiento de nuevos territorios con los que se establecerían nuevos circuitos. En

esta época los comerciantes establecen una serie de prácticas sociales como el trueque que es el intercambio de bienes materiales o de servicios por otros objetos o servicios con el fin de perfeccionar sus negocios. Esta práctica recurrente establece un conjunto de usos y costumbres que establecen las normas que regulan los intercambios comerciales. Pese a que inicialmente, desde la antropología, se consideraba que esa práctica era originalmente practicada por comunidades indígenas, con el paso de los años.

Se ha renovado desbordando su contexto original para ser instrumentalizado en ámbitos contrarios y disimiles, entre los cuales el comercio internacional, el comercio local y hasta personas que convierten esta práctica en un proyecto de vida, a través de clubes o grupos de interés (Tocancipá, 2008, p.147).

En ese escenario, la costumbre aún no ha perdido del todo su importancia, recordando en primera medida que las leyes primero fueron costumbres, que con el paso del tiempo pasaron a ser transcritas en legal forma, tanto es así que en la época feudal desapareció la Ley y los pueblos retomaron las costumbres, pero por seguridad nuevamente se volvió a retomar el Derecho escrito. (García, 2010). Surge de los usos y prácticas de los comerciantes; por lo tanto, se puede alegar que la costumbre nace igual que el derecho comercial. A inicios de la creación del derecho comercial este era conocido como un derecho consuetudinario; es decir, que se regía en base a las costumbres de los comerciales.

En ese sentido, a la costumbre mercantil, se le otorga el papel de fuente del derecho. Es en base a la costumbre que se creó la normativa comercial. Tanto la costumbre mercantil como el derecho mercantil, tienen como finalidad resolver conflictos entre comerciantes, basándose en las necesidades de los comerciantes.

A la *lex mercatoria* en la actualidad se la conoce como derecho mercantil, surge en la Edad Media, en ese momento existía bastante rigidez y formalismo en el Derecho Civil, pues los comerciantes se vieron en la necesidad de adaptar normas que regulen y se centren en los comerciantes y las actividades que realizan, y así dejar de aplicar la normativa rigurosa del Derecho Civil, y crean un derecho autónomo dirigido especialmente para comerciantes,

que no surge por el Estado, sino por aprobación social de ellos mismos. La *Lex Mercatoria*, término del derecho canónico que hace referencia a ley de los comerciantes, es el conjunto de normas y, establecidos por los comerciantes con la finalidad de regular sus relaciones.

En ese sentido, el Derecho mercantil surge en la edad media, es un derecho estrictamente especial, que se diferencia del derecho común y del derecho civil, los comerciantes se ven en la necesidad de crear normas que se adaptan a los requisitos y obligaciones del comercio, viendo que las normas existentes no abastecen las necesidades de los comerciantes.

El Derecho mercantil es una rama autónoma del derecho, que coincide con la consolidación de la economía capitalista entre finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Pero todo esto no sucede sin antes haber pasado por el periodo de afirmación del poder de los Estados y por la tendencia a la nacionalización del derecho. Para Vivante (1932) “de no haber existido la división de clases sociales y si hubiese existido la libertad de comercio, no hubiese nacido el derecho mercantil” (p. 23). Aparece también una idea económica del comercio la cual se centra en privilegiar como fundamento del poder mismo, la riqueza puesta a disposición del Estado.

En esa época mientras el derecho romano se constituía en el *ius civilis* o derecho privado, por el profundo proceso de codificación en donde la revolución francesa, impone un cambio esencial en la concepción política; con ideas donde el Estado cede su paso a la concepción de orden natural de la economía. Y, propone también ideas para un progreso social como el impulso de fuerzas individuales, principio político de igualdad ante la ley, eliminando los privilegios corporativos y la disolución de las corporaciones, la libertad del individuo (propiedad privada y libre) agregándole además la libre competencia: cualquier ciudadano es libre por sí mismo y sin autorización previa para ejercer el comercio. (Manóvil, 1998).

Por otra parte, el desarrollo del derecho mercantil se planteaba como un proceso de transnacionalización del derecho privado. Este tipo de derecho nació, no en las universidades

como el derecho civil, sino en la casa de los comerciantes mediante sus prácticas de comercio. Las fuentes eran las cartas y cualquier tipo de intercambio que servía para legalizar el comercio y asegurar los intereses de los actores en juego. De esa forma se crearon, hasta tribunales de justicia con sus propias normas, como lo afirma Gimenez (2011):

(...) estos usos y costumbres se desarrollaron independientemente de los modelos del derecho romano y fueron aplicados por tribunales especiales compuestos por los mismos comerciantes en lugar de jueces profesionales con educación legal. Estos tribunales comerciales fueron también independientes de los tribunales ordinarios y algunos de ellos estaban ubicados en las mismas ferias donde los comerciantes se reunían para comprar y vender. La naturaleza ad hoc y temporaria de estos tribunales los forzaría a resolver los conflictos entre comerciantes de manera rápida y flexible, aplicando principios de informalidad, buena fe, y respeto a las promesas orales (p. 5).

Esos principios fueron acogidos en el derecho internacional privado como fuente de *lex mercatoria* que regulan los actos de comercio de actores internacionales. Por tanto, actualmente constituye el resultado de usos y costumbre del comercio que “este nuevo orden jurídico ha recibido numerosas denominaciones; se la conoce como “new law merchant”, “derecho transnacional o a-nacional”, “derecho mercático” o “lex mercatoria” como tradicionalmente se la nombra” (Etel, 2011, p. 109). La Organización Internacional de Comercio (2015) determina que la *lex mercatoria* se manifiesta a través de uso y costumbres de comercio internacional, contratos tipo, condiciones generales de venta, principio de autonomía de la voluntad en materia contractual, decisiones arbitrales.

## **1.2. Concepto doctrinario de derecho mercantil**

El derecho mercantil, es el derecho autónomo que nace en base a las necesidades de los comerciantes siendo aquel que regula toda actividad de comercio, y se utiliza además para resolver conflictos entre los comerciantes. Según la Enciclopedia Jurídica (2020), define

al Derecho mercantil como el “conjunto de normas que regulan la actividad de los comerciantes, los actos de comercio y las relaciones jurídicas derivadas de la realización de éstos” (p. 2).

El Derecho mercantil es la rama del Derecho privado que regula el conjunto de normas relativas a los comerciantes en el ejercicio de su profesión, a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a las relaciones jurídicas derivadas de la realización de éstos.

La actividad mercantil está regulada por una serie de normas y principios de distinto origen y orden jerárquico que constituyen el Derecho mercantil. La jerarquía normativa, es decir, el orden de prevalencia de unas normas sobre otras, evita o solventa supuestos de colisión entre normas de distinto rango jerárquico (INEAF Business School, 2019, p. 1)

El derecho mercantil es “el que regula las actividades comerciales e industriales en las que, generalmente, intervienen comerciantes y empresarios” (Barrera, 1983, p. 21). Según Cervantes Ahumada (2007), el Derecho mercantil es un “conjunto coordinado de estructuras ideales, pertenecientes al ordenamiento jurídico general y destinadas a realizarse o actualizarse principalmente en la actividad de la producción o de la intermediación en el cambio de bienes o servicios destinados al mercado general”. (p.32). Para Mantilla (2007) es “el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, regulan a éstos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos” (p. 21). Por lo tanto, se entiende como al Derecho mercantil, como un derecho independiente con normas jurídicas dirigidas a los comerciantes y tiene por finalidad, regular sus actividades y resolver conflictos que se presentan entre comerciantes.

### **1.3. Fuentes del derecho mercantil**

Una fuente del derecho es aquel “lugar del nacimiento del manantial de donde brotan las aguas a la superficie de la tierra; y en sentido figurado, descubrir en las profundidades de la vida social las causas del nacimiento del derecho” (Salinas, 2017, p. 29). Por su parte,

Vecchio señala que “el derecho tiene su fuente primaria, esencial e inagotable en la naturaleza humana” (Del Vecchio, 1953, p. 131).

En el Código Civil Español, artículo 1, se señala que las fuentes del Derecho son: la ley, la costumbre y los principios generales. De ello deriva, que las legislaciones contemporáneas de los países reconozcan ese tipo de fuentes en las codificaciones. Así mismo la legislación española en su código de comercio, indica que los actos del comercio sean o no comerciales quienes los ejecuten, y estén o no especificados, se regirán por las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, o en su defecto por los usos y costumbres de cada plaza. Según el Código Civil ecuatoriano en el título preliminar, las fuentes formales del derecho son: la ley, la costumbre.

En ausencia de ambas reglas se recurrirá a las normas de derecho común, o principios generales. Por lo tanto, podemos observar un primer orden jerárquico de fuentes: Código de Comercio, usos y costumbres, y principios generales del derecho. Para Castro (1971) desde una perspectiva técnica y jurídicamente a las fuentes del derecho constituyen “cada fuerza social con facultad normativa creadora” (p.30). Por ello, existe la diferencia entre fuentes formales de las fuentes materiales del derecho que se diferencia en que “las fuentes materiales del derecho encuentran su punto de apoyo en las “fuerzas sociales”; y en los procedimientos o formas como el derecho se exterioriza a la vida real están las fuentes formales” (Jaramillo, 2012, p.117). Entonces las fuentes materiales aparecen mediante un proceso histórico y social, basándose en los problemas existentes en la sociedad, con la finalidad de resolver conflictos sociales y armonizar los intereses individuales y colectivos; mientras que los formales son las leyes codificadas.

Las fuentes formales a los procedimientos técnico- jurídicos que lo utilizan los organismos del sector público para exteriorizar el derecho en la sociedad. Es importante mencionar que esto se da de acuerdo a los diferentes poderes del Estado, para crear y dar nacimiento a las normas jurídicas. Se concibe que la fuente formal del derecho comercial es la ley. Es decir, un acto autorizado para la producción y elaboración de una norma jurídica. Una fuente formal del derecho por excelencia es la norma y ésta no puede ser contraria a la

Constitución, también la jurisprudencia es considerada como una fuente formal del derecho pues son aquellos criterios adoptados por los jueces para resolver un conflicto, como otra fuente formal del derecho tenemos la costumbre que podrá ser aplicada en casos que existan vacíos o silencios legales, y la doctrina son aquellos conceptos de autores utilizados para resolver conflictos y la voluntad entre las partes que podría ser el contrato.

En cambio, las fuentes materiales como actos normativos, como lo afirma Mantilla (2010) en el caso del derecho mercantil constituyen la doctrina, a las leyes extranjeras y la naturaleza de los hechos, y los principios generales del derecho. Como se ha revisado anteriormente, una de las fuentes del derecho mercantil es la costumbre mercantil, que se relaciona con los usos y costumbres que se han ido acumulando por los actores relacionados con los actos de comercio. Además, la costumbre mercantil es considerada como una fuente del derecho, reconocida en nuestra legislación por el Código civil y el Código de Comercio.

### **1.2.1. Costumbre mercantil**

La costumbre mercantil nace de los actos repetitivos y habituales de los individuos en relación a materia mercantil. Ha cumplido una función de indiscutible importancia en su formación y hoy se la utiliza como una guía para el actuar de los comerciantes. Es y será siempre progresiva, porque forma parte de la vida cotidiana. Las normas pueden crearse por diferentes mecanismos, algunos de ellos corresponden a una creación deliberada del derecho como sucede con la legislación, y en otros casos se dan o nacen de una creación espontánea, que es necesariamente lo que sucede con la costumbre mercantil, debido a que se diferencia de la ley como fuente formal del Derecho en que, mientras aquella es una manifestación voluntaria y consciente, ésta es una manifestación inconsciente e instintiva (Díaz, 2010).

#### **1.2.1.1. Concepto de costumbre mercantil**

Para Benítez (2000) “el derecho escrito es aquel que el uso ha hecho válido. Porque las costumbres repetidas diariamente y aprobadas por el consentimiento de los que las siguen, equivalen a las leyes” (p.25). Es decir, antes por la inexistencia de ley escrita, la ley se basaba a través de la costumbre y tradición. La costumbre mercantil puede llegar a tener

la misma autoridad que la ley escrita: cuando no hay una norma expresa o aplicable a un determinado asunto como un vacío legal o silencio de la ley, la costumbre mercantil se aplica con la misma validez y obligatoriedad que la ley, siempre y cuando no sea contraria a la ley suprema. La costumbre mercantil es un conjunto de usos o prácticas, que realizan los comerciantes de manera uniforme, reiterada y pública, esto hace que sus prácticas ocupen un lugar importante en la evolución de lo que hoy se conoce como Derecho mercantil; así como, en el crecimiento y desarrollo del mundo de los negocios.

La costumbre mercantil, es considerada una fuente del derecho, es por ello que de ahí da origen a la creación de una norma jurídica, teniendo el mismo efecto que la ley comercial, siempre y cuando, no sea contraria a la ley. Es el conjunto de usos y prácticas mercantiles realizados por los comerciantes, ocupan un lugar de especial importancia para el derecho comercial, ya que pueden adquirir la misma autoridad que la ley mercantil siempre que cumplan ciertos requisitos, uno de ellos por ejemplo la uniformidad, que se refiere a los hechos que constituyen costumbre y deben ser ejecutados por el sector económico o grupo que realiza la práctica.

En el caso ecuatoriano, los hechos constitutivos de la ley tienen que ser reiterados, obligatorios, públicos, vigentes, conforme a derecho, y basados en el Código de Comercio de Ecuador en el artículo 6. Esto lleva consigo que se identifiquen los principios por los que se regula la costumbre mercantil y por ello se considera como una fuente del derecho mercantil.

## **Cuadro 2**

### **Interpretación de la costumbre mercantil (Art. 6 C. Comercio)**

<b>Característica</b>	<b>Descripción</b>
Publicidad	Conocidas por las personas que la practican
Uniformes	Proceder idéntico en una determinada situación

Nota: Código de Comercio (2019), Art. 8.

Para Martínez (1994) la costumbre se fundamenta en “(...) repeticiones uniformes y generalizadas de un determinado comportamiento, pero además dicho comportamiento se vive y acepta como algo obligatorio” (p. 163). En el caso de Linares (2001) “la costumbre puede definirse como la repetición de hechos o actos, de manera constante y uniforme en un territorio determinado que termina aceptando tales actos o hechos con carácter de obligatoriedad” (p. 40). Por su parte Narváz (2008) considera que es “regla de conducta configurada durante un lapso más o menos largo en que los hechos constitutivos de la misma fueron adquiriendo notoriedad, hasta ser demostrativos de aceptación general” (p. 107)

De acuerdo a las definiciones de los autores mencionados, podemos concluir que la costumbre mercantil son los actos reiterados, realizados por comerciantes, dentro de un espacio y tiempo determinado, que, pese a no estar regulados por la ley, tienen un carácter obligatorio. Es decir que al no existir una ley que se regule, los actos de comercio podrán ser considerados como norma. Siguiendo García (2010) podemos afirmar que “es una forma de obrar del conjunto social que va emergiendo gradualmente, sin promulgación expresa, sin órgano que la declare, que la aplique y que la defienda. Su obligatoriedad se basa en que sea aceptada por dicho grupo social” (p. 12).

La costumbre se la define como un conjunto de prácticas que se repiten y aplican de manera reiterada por las personas frente a un hecho o tema sucedido que llega a tener la misma obligatoriedad de la ley, puesto que fue creada para usos sociales, siempre y cuando estas no sean contrarias a la ley, y se estén basadas en los principios señalados.

En el caso ecuatoriano, el Código de Comercio (1960), en su artículo 6, define a la costumbre mercantil como: “Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República, o en una determinada localidad y reiterados por más de diez años” En ese orden de ideas, la costumbre mercantil es considerada como una fuente del derecho según la *lex mercatoria*, que la costumbre mercantil es una adecuación de normativa, las cuales deben ser adoptadas para que adquieran una modalidad de ley y fuente del derecho.

Para que la costumbre mercantil pueda ser considerada como ley debe cumplir con ciertos requisitos que el Código de Comercio exige en su artículo 6 que son el de generalidad, reiteración, repetición, uniformidad y aceptación. La costumbre crea normas que se encuentran estrechamente vinculadas con el carácter civil y mercantil, por tanto, para que la costumbre sea considerada como fuente y ley, ésta no puede ser contraria a la Constitución ni a ninguna ley. Siendo así, la costumbre puede ser considerada como una norma consuetudinaria con fuerza obligatoria de ley y además debe cumplir con los requisitos mencionados en el inciso anterior. Además, es considerada como una fuente subsidiaria del derecho, al encontrarse subordinada a la Constitución y derechos fundamentales.

Según Toledo (2010) para que la costumbre sea considerada una fuente del derecho debe tener dos elementos principales que son: elemento material es la repetición de actos o práctica constante y uniforme de los sujetos; y, elemento psicológico es la convicción por parte de los sujetos de la obligatoriedad jurídica de la práctica.

### **1.3. Actos de comercio y obligaciones de los comerciantes.**

Los actos de comercio o actos mercantiles son las acciones de carácter mercantil que incluyen cualquier negociación de naturaleza comercial, llevados a cabo por comerciantes o no comerciantes, en los cuales debe existir un intercambio de servicios o bienes, con especulación o circulación de riqueza, cuyo fin último es obtener un lucro (López, 2014).

Según nuestro Código de Comercio (2019), en su artículo 8 señala, de manera concreta, a los actos de comercio:

#### **Cuadro3**

##### **Actos de comercio.**

<b>Acto de comercio</b>	<b>Interpretación</b>
compra o permuta de bienes muebles	Enajenación y arrendamiento
compra o enajenación de establecimientos de comercio	prenda, arrendamiento, administración
constitución de sociedades comerciales	Administración

producción, transformación, manufactura y circulación de bienes	Panaderías, fabricas, imprentas, empresas editoriales que producen libros, importación o exportación
transporte de bienes y personas	Transporte público y privado
Operaciones del Código Orgánico Monetario y Financiero	Tiene como objeto regular los sistemas monetario y financiero, así como los regimenes de valores y seguros del Ecuador
actividades de representación	productos que prestan servicios en el mercado;
Empresas	almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes
actividades mercantiles	establecimientos físicos o sitios virtuales, donde se oferten productos o servicios
contrato de seguro	El contrato de seguro es un acuerdo por el cual una de las partes, conocido como el asegurador, se obliga a resarcir de un daño o a pagar una suma de dinero a la otra parte, denominado tomador, al verificarse la eventualidad prevista en el contrato.
letras de cambio o pagarés a la orden	Títulos ejecutivos
depósito de mercaderías	Mercadería almacenada en dichos Centros de Depósito como bodegas
interrelación derivadas de los contratos existentes entre los prestadores de servicios de transporte y sus usuarios	Cooperativas de taxis, cooperativas de buses
contrato de operación logística	En esta norma se define al contrato, en donde se detallan sus elementos, características, se especifican las responsabilidades y obligaciones del operador logístico
Prenda	El contrato de prenda consiste en que una parte entrega una cosa mueble o inmueble a la otra parte, con la finalidad de obtener una garantía y seguridad de un crédito.
operaciones de crédito	son aquellas en las que los clientes depositan su dinero en la entidad financiera
colaboración empresarial	realizar actos de comercio

Nota: Código de Comercio (2019), Art. 8.

Se tendrán así mismo como actos de comercio todos los relacionados con actividades o empresas de comercio, y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales. (Código de Comercio , 2019)

A mi criterio el código de comercio define cuales son actos de comercio, para saber distinguir en qué casos podría ser aplicada la ley mercantil, distinguiendo cuáles serían los actos de comercio que se resuelven por la vía civil. Una vez que se haya logrado distinguir cuáles son actos de comercio y cuáles no lo son, se puede aplicar de manera correcta la normativa vigente, los actos o negocios jurídicos nos pueden ayudar a conocer la actividad de un comerciante, y la capacidad que tienen los que ejecutan los actos de comercio, basándonos en esto, se podrá aplicar tributos a los actos de comercio y también dar competencia judicial correspondiente.

### **1.3.1. Concepto de Actos de Comercio**

El “comercio” está vinculado a la actividad que las personas realizan con el objetivo de conseguir ciertos bienes que no pueden producir por sí mismos; para ello es necesario interactuar con los respectivos productores y llegar a un acuerdo (intercambio de bienes por dinero). (Pérez, 2009)

Los actos de comercio son toda acción que una persona o una empresa realiza por medio de la cual logra concretar la compra de un bien o de un servicio pagando una suma de dinero que ha sido acordada por la persona que vende el producto (Briceño G. 2017, p. 1)

Para Ucha (2010) el acto de comercio se caracteriza por ser “una acción que un individuo o empresa lleva a cabo y por la cual concreta la compra de un bien, un producto, a partir del pago de una suma de dinero acordada con quien vende” (p.1). Son por lo tanto “actos jurídicos que producen efectos en el campo del Derecho Mercantil” (Puente y Flores, 1981, p.19).

Los actos de comercio pueden ser definidos como aquellos hechos que producen efecto en el ámbito jurídico-mercantil, comprometiéndose tanto los que dependen de la voluntad de los hombres (actos propiamente dichos), como también aquellos acontecimientos independientes de la voluntad humana que tienen realidad en el mundo exterior, pero que de alguna manera producen tales efectos (Morles, 1998, p. 22.)

En el Código de Comercio ecuatoriano (2019), se define a las actividades de comercio como:

Todos los actos u operaciones que implican necesariamente el desarrollo continuado o habitual de una actividad de producción, intercambio de bienes o prestación de servicios en un determinado mercado, ejecutados con sentido económico, aludidos en este Código; así como los actos en los que intervienen empresarios o comerciantes, cuando el propósito con el que intervenga por lo menos uno de los sujetos mencionados sea el de generar un beneficio económico (artículo 7).

Los actos de comercio son actividades realizadas por personas que se dedican principalmente a la compra y venta de bienes, que se encuentra estrechamente vinculada al lucro y las ganancias, además tiene como propósito el de hacer circular sus riquezas. Van dirigidos al intercambio de bienes entre comerciantes y cliente, el objetivo principal de realizar actos de comercio es generar beneficios económicos para quien los realizan. Por lo tanto, los actos de comercio son las acciones realizadas entre comerciantes o empresas como la compra y venta de bienes.

### **1.3.2. Clasificación de Actos de Comercio**

Las características de actos de comercio que han sido identificadas por la doctrina mercantil no han sido suficientes para distinguir la clasificación de los actos de comercio. Por esta razón, la doctrina ha propuesto diversas clasificaciones del acto de comercio.

**Actos de comercio objetivos:** son actos objetivos los actos de carácter mercantil independiente del sujeto que los realiza o del fin al que están dirigidos o de la manera particular de su ejercicio; o, de la relación a que están subordinados (Mantilla, 1946)

**Actos de comercio subjetivos:** son actos subjetivos los actos cuya comercialidad resulta de la forma de su ejercicio, y los actos que son mercantiles en razón de otro acto que es el principal. Se los denomina así, porque se toma en cuenta para su determinación la cualidad de comerciante de la parte interviniente. Son actos principalmente de índole civil, relacionados con la familia y con el estado (Mantilla, 1946).

**Actos de comercio mixtos:** los actos de comercio pueden ser objetivos, porque así lo determina la ley, y subjetivos, por interpretación extensiva y analógica. Este es el caso de seguro de vida, que es acto de comercio para la empresa aseguradora pero no para el asegurado, aunque sea comerciante, porque la vida no puede ser vista como un objeto de comercio. En otras palabras, son actos de comercio para los comerciantes, pero no para las personas que no lo son. Por este motivo, puede coexistir en el acto de comercio, la naturaleza dual y civil que es avalada en la ley y por esta razón se denomina acto de comercio mixto. (Briceño, 2017).

Los actos de comercio se clasifican en actos subjetivos los cuales nacieron en la edad media, y se conoce que son todo negocio jurídico regulado por leyes particulares de los comerciantes en un conjunto de reglas jurídicas, para las posibles soluciones o acuerdos entre comerciantes y el estado, el contenido de cuyas normas provenía de los usos y costumbres de los comerciantes. Los actos de comercio objetivos hacen referencia a toda persona que realice actividades de comercio ya sea en un establecimiento fijo o no, que podrá quedar sujeto a las leyes mercantiles. Y por último los actos de comercio mixtos, podrán ser objetivos o subjetivos, porque para algunas personas podrán ser considerados actos de comercio y otros podrán considerarlos como actos civiles.

### **1.3.3. Comercio y comerciante.**

Su etimología proviene del latín: “commercium”, que significa “compra y venta de mercancía”, a la vez que se deriva de la palabra “merx” y “mercis” que significan “mercancía”. (Pérez, 2020, p.1). Es la actividad socioeconómica consistente en la compra y venta de bienes, sea para su uso, para su venta o para la transformación. Es el cambio o transacción de algo a cambio de otra cosa de igual valor. Por actividades comerciales o industriales entendemos tanto intercambio de bienes o servicios que se afectan a través de un mercader o comerciante. El comerciante es la persona física o jurídica que se dedica al comercio en forma habitual, como las sociedades mercantiles. Por lo general, se reconoce como una actividad económica del sector terciario que se basa en el intercambio y transporte de bienes y servicios entre diversas personas o naciones. El término también es referido al

conjunto de comerciantes de un país o una zona, o al establecimiento o lugar donde se compra y vende productos. Éste se desarrolla en un ámbito de ferias, muestras y mercados, cuya actividad tiende a exhibir el producto terminado y a favorecer su difusión y venta, lo que conocemos como comercialización (Pérez, 2020)

Para la Real Academia de la Lengua (2005), el comercio se define como una negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías. También como comunicación y trato de unas gentes y pueblos con otros. En el ámbito jurídico toma relevancia el comercio internacional mediante la formación de la *lex mercatoria*, que a su vez da lugar al derecho mercantil uniforme que se conoce en las legislaciones internas de los países. El comercio es toda actividad económica, que se basa en el intercambio de bienes y servicios con la finalidad de lucrar y beneficiarse tanto el comerciante como el comprador.

Para el Diccionario Panhispánico de español jurídico, de la RAE comerciante es la “persona dedicada profesionalmente al comercio de bienes o servicios”. Comerciante es la persona que comercia (es decir, que se dedica a negociar comprando y vendiendo mercaderías). El término se utiliza para nombrar a quien es propietario de un comercio o a quien se desempeña laboralmente en un comercio (Pérez, 2010, p.3). Para Osorio (1974) “es el individuo que, teniendo capacidad legal para contratar, ejerce por su propia cuenta o por medio de personas que lo ejecutan por su cuenta, actos de comercio, haciendo de ella una profesión habitual” (Osorio, 1974, p.193).

Según el Código de Comercio ecuatoriano (2019), en su artículo 2 define quienes son comerciantes, que va de acuerdo con lo expresado con los autores citados anteriormente: a) Las personas naturales que, teniendo capacidad legal para contratar, hacen del comercio su ocupación habitual; b) Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles; y, c) Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio, según la normativa legal que regule su funcionamiento. Los comerciantes son toda persona natural o jurídica, que se dedica a realizar actividades de comercio, como producción, intercambio y venta de bienes y servicios, haciendo del comercio su profesión.

Son comerciantes todas las personas que se dedican a realizar actos de comercio, y hacen del comercio una actividad diaria. En tanto que, el artículo 11 de la norma antes citada, señala aquellas personas que no son comerciantes o empresarios: a) Los agentes económicos que ejercen una profesión liberal, y aquellos que se dedican a actividades intelectuales, literarias, científicas y artísticas, así lo hagan con la participación de colaboradores; b) Los artesanos; y, c) Los que se retiran de forma definitiva de la actividad comercial.

#### **1.3.4. Obligaciones civiles, mercantiles y administrativas de los comerciantes.**

El término obligación proviene del latín *obligatio*, que se traduce como: ligar, atar, amarrar. Nos previene que, de no cumplirse el deber productivo de una obligación, se transforma en una conducta que conlleva una sanción. Existe diversos tipos de obligaciones, entre las que cuentan: las civiles, mercantiles y administrativas.

En relación a las obligaciones civiles, si bien es cierto el Código Civil señala cuales corresponden a los comerciantes; sin embargo, se entiende que son aquellas acciones que dan derecho para exigir su cumplimiento, están dentro de la ley, existiendo dos sujetos: el activo que tiene potestad para exigir una obligación y el pasivo quien deberá ejecutar lo debido. Las obligaciones civiles tienen objetivos principales como son: dar, hacer y no hacer. El incumplimiento de una obligación está sancionado por la ley. El Código Civil ecuatoriano, en el artículo 1453, señala as fuentes de las obligaciones civiles como son: del concurso real de las voluntades de dos o más personas, los contratos y convenios; de un hecho voluntario de la persona que se obliga como el caso de la aceptación de la herencia y legado en todos los cuasicontratos; de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos cuando son cometidos con dolo; los cuasidelitos, cuando solo existe culpa; por disposición de ley como las obligaciones que existen entre los padres e hijos.

La obligación mercantil es una relación jurídica que nace cuando una persona llamada deudor adquiere la obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa en beneficio de otra persona llamada acreedor. Cuando la relación entre la persona denominada acreedor y el deudor se origina a partir de un acto de comercio, la obligación se entenderá que es de

carácter mercantil. Para Gutiérrez (1997) “son un vínculo jurídico por el cual una persona llamada deudor se constituye en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa en beneficio de otra persona llamada acreedor” (p.23). Encuentran su fundamento legal en dos tipos de leyes: las leyes principales, denominadas, leyes mercantiles; y, las leyes secundarias, denominadas, leyes civiles.

La fuente principal de las obligaciones mercantiles y la cual tiene mayor importancia son los contratos. Las obligaciones contenidas en esos contratos significan que deben entregar la cosa debida o en la prestación del hecho que se hubiere prometido. El Código de Comercio (2019) sobre las obligaciones de los comerciantes, en su artículo 1, señala que esta normativa “rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles, y los actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes”.

Los comerciantes, para poder realizar sus actividades deberán cumplir con todos los requisitos que la ley exige, siendo estos de manera obligatoria para quien realice actos de comercio. Además, deberán realizar los debidos trámites de inscripción, y demás obligaciones derivadas de su actividad de comercio según disposiciones del Código de comercio. Las obligaciones mercantiles están reguladas tanto por el ámbito civil como el mercantil, ya que consiste en la entrega de bienes o en la prestación de servicios, que se hubiesen pactado entre las partes.

Finalmente, las obligaciones administrativas son aquellas que colocan a las personas en la necesidad de dar, hacer o no hacer a favor de otras, que se encuentra administrada por la ley para exigir su cumplimiento. Una persona tendrá el deber de cumplir, mientras que la otra podrá exigir el cumplimiento.

Las obligaciones administrativas más importantes dentro del Derecho comercial en Ecuador son: Registro mercantil: el legislador establece la obligación de inscribir en el Registro Mercantil los actos y contratos que consideran deber ser públicos y de fácil acceso para quienes deseen información sobre los actos jurídicos; la contabilidad: todo comerciante y empresario esta obligación a llevar la contabilidad con el fin de establecer con exactitud su

situación patrimonial; la correspondencia: el archivo de la correspondencia debe realizarse de orden cronológico, transparente, para que sirva como medio probatorio.

#### **1.4. Matrícula de Comercio.**

Con la publicación del nuevo Código de Comercio en el Registro Oficial No. 497, el pasado miércoles 29 de mayo de 2019, desaparece la normativa referente a la matrícula de Comercio. Únicamente en la Disposición General Segunda textualmente se establece: “Para los efectos legales pertinentes, las matrículas de comercio obtenidas con anterioridad a la fecha de publicación del presente Código en el Registro Oficial, mantendrán su vigencia.”

La matrícula de comercio es la inscripción que, por orden judicial, se hace en el Registro Mercantil de las personas habilitadas para ejercer el comercio; así lo determinaba el anterior Código de Comercio (2006), cuando en su artículo 22 señala que:

Toda persona que quiera ejercer el comercio, deberá inscribirse en la matrícula del Cantón, para lo cual dirigirá una solicitud formal por escrito a uno de los Jueces de lo Civil con el patrocinio y firma de un abogado. El Juez verificará el cumplimiento de los requisitos de tal solicitud, y de no mediar razón en contrario u oposición de terceros, procederá a su otorgamiento y autorización. Luego de ello, se presentará en el Registro Mercantil la copia del expediente para su inscripción. Con dicha copia se puede proceder también a la afiliación a la cámara de comercio, pero la misma no es obligatoria.

Por el hecho de la autorización como comerciante matriculado, su titular se somete al goce de los beneficios y protección jurídica que le confiere el Código de Comercio, así como también sanciones propias para comerciantes.

Por ello es necesario referirse a la concepción de matrícula de comercio y su importancia en los actos de comercio, para determinar su uso como una forma de costumbre mercantil cuando ya ha sido expulsada del ordenamiento jurídico formal y uniforme. O incluso cuando existen otras leyes como la Ley de Comercio Electrónico que exige su realización para respaldar los actos de comercio.

#### **1.4.1. Concepto de matrícula de comercio**

Las matrículas de comercio, son el documento habilitante que se les otorgaba a los comerciantes, la posibilidad de ejercer sus actividades de comercio, siendo este un requisito que la ley establecía; y, otorgaba a una persona natural el carácter de comerciante para que pueda hacer uso y goce de derechos y beneficios establecidos en el Código de Comercio.

Para Castro (2015) la matrícula de comercio es “una institución propia, exclusiva de los comerciantes, para legalizar su ejercicio profesional en su actividad” (p. 37). Es decir, que refiere a una solemnidad especial que le da valor jurídico a los actos que se realizan como intercambios mercantiles. Además de ser una fuente de información importante que delata la condición del comerciante, el tipo de negocio que realiza y las obligaciones y derechos del comerciante.

#### **1.4.2. Requisitos.**

La matrícula de comercio constituye el documento habilitante que se entregaba a los comerciantes para ejercer la actividad de comercio, según las disposiciones generales del código de comercio de 2019 queda sin efecto todo lo referente a matrículas de comercio; sin embargo, la Ley de Cámara de Comercio, en el artículo 13 determina que: “Para ejercer el comercio será indispensable poseer la matrícula de Comercio "y la cédula de Afiliación a la respectiva cámara". Es, por tanto, la matrícula de comercio el documento que habilita a personas o sociedades para ejercer actividades lícitas de comercio.

Por lo tanto, deberá obtener matrícula de comercio quien quiera ejercer la actividad de comercio. Por el hecho de la autorización como comerciante matriculado, su titular se somete al goce de los beneficios y protección jurídica que le confiere el Código de Comercio, así como también a las sanciones propias para comerciantes (Aulcuango, 2014)

La Cámara de Comercio del Ecuador, en su ley la cual se denomina Ley de Cámaras de Comercio indica cuáles son los pasos a seguir para la obtención de la matrícula de comercio: En primer lugar, el comerciante elaborará una solicitud dirigida al juez de lo civil de su jurisdicción en la que hará constar datos como: Giro del negocio, lugar donde va

establecerse, el nombre o razón social del negocio, el modelo de la firma que usará en sus actos de comercio, el capital que destina a ese comercio. Una vez ingresada la solicitud el juez autorizará o rechazará la inscripción de la Matrícula de Comercio en el Registro Mercantil.

Para Castro (2015), la finalidad de la matrícula de comercio busca otorgar seguridad jurídica a los comerciantes y los actos de comercio. Publicita la condición del comerciante y de su negocio. Permite que los comerciantes puedan reclamar derechos y cumplir con obligaciones. Éstas a su vez están recogidas en el Código de Comercio (2019).

Después de analizar el tema de matrículas de comercio en el país, pude concluir que existe una contradicción en la reforma del Código de Comercio 2019 y la Ley de Cámaras de Comercio del país. En la Disposición Segunda General del Código de Comercio antes indicado, señala que: “Para los efectos legales pertinentes, las matrículas de comercio obtenidas con anterioridad a la fecha de publicación del presente Código, mantendrán su vigencia”; dejando sin efecto las matrículas de comercio. Mientras que, la Ley de Cámaras de Comercio, en el artículo 13 señala que una de las obligaciones de los comerciantes es la obtención de la matrícula de comercio.

## Capítulo dos

### Diseño metodológico

En este capítulo se presenta la forma en la que el marco teórico se relaciona con los resultados obtenidos de la investigación. Además, se identifica la metodología de investigación que se utilizó; por otra parte, se describen las técnicas de investigación aplicadas para obtener los resultados de la hipótesis y objetivos planteados.

#### 2.1. Métodos de investigación

La palabra investigación proviene del latín *investigare*, que significa seguir la huella, indagar, descubrir, buscar, etcétera. Entonces a los métodos de investigación se define como un procedimiento reflexivo, sistemático, controlado, metódico y crítico, que conduce hacia el descubrimiento de hechos, datos, relaciones, leyes o verdades nuevas en cualquier campo del conocimiento humano.

En virtud de lo expuesto, los métodos que se utilizaron en el desarrollo de la presente investigación fueron:

##### 2.1.1. Método Analítico- Sintético

Para Lopera (2010) “el método analítico da cuenta del objeto de estudio del grupo de investigación que en este trabajo se ocupa, con una rigurosa investigación documental, del método mismo que orienta su quehacer” (p. 6)

Jiménez (2017) expresa que empleó este método para resumir la búsqueda bibliográfica. Además, plantea que utilizó este método para facilitar el análisis y la clasificación de las fuentes de información recopiladas en busca de la esencia de las ideas.

Este método lo utilicé al momento de buscar y obtener información teórica, doctrinaria y jurisprudencial, puesto que, el análisis de la información recolectada ha sido esencial en relación con los objetivos de estudio, para encontrar respuesta a la problemática, pues la información va contribuyendo paso a paso a la solución del problema científico.

Además, fue utilizado para buscar conceptos doctrinarios y algunas fuentes del derecho que fueron los que me sirvieron de base para dar respuesta a mi problema.

### **2.1.2 Método Histórico - Lógico**

Para Pérez (2016) “lo histórico está relacionado con el estudio de la trayectoria real de acontecimientos en el de cursar de una etapa o período. Lo lógico se ocupa de investigar las leyes generales del funcionamiento y desarrollo del fenómeno, estudia su esencia” (p. 19)

Este método ha sido utilizado al momento de analizar el Código de Comercio de 2006 y las reformas realizadas en el año 2019, y el análisis del Código de comercio de Chile de año 1867 y de Colombia de año 1992 en cuanto a su aplicación, su efectividad y su relación con resultados pasados y actuales. Se logró realizar una comparación de la eficacia, de los medios de prueba y los elementos de la costumbre mercantil.

### **2.2. Legislación comparada**

El derecho comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un determinado país; y, obedece a que el ordenamiento jurídico difiere de un país a otro. Así, su estudio es necesario para apreciar tanto las diferencias y las semejanzas como los defectos y los aciertos de ese orden, esto con el fin de perfeccionar las instituciones de un país y, por ende, su sistema jurídico.

Este método lo he utilizado para analizar cómo otros países utilizan la costumbre mercantil, conocer si es considerada la costumbre mercantil como una fuente del Derecho de ese país; además, saber cuáles son los elementos para que una actividad repetitiva de comercio sea considerada costumbre, si es eficaz el uso en cada país, y si se utiliza al momento de resolver un conflicto entre comerciantes.

### **2.3. Técnicas: la encuesta**

Para Grasso (2006) la encuesta es “un procedimiento sistemático que permite obtener información de un número considerable de personas, así, por ejemplo: permite explorar la opinión pública y los valores vigentes de una sociedad, temas de significación científica y de

importancia en las sociedades democráticas (p. 13). Es la búsqueda sistemática de información en la que el investigador pregunta a los investigados sobre los datos que desea obtener, y posteriormente reúne estos datos individuales para obtener durante la evaluación datos agregados.

En la presente investigación, se aplicó la encuesta por muestreo, de una base de datos se escogió a 41 abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja, de esta forma los hallazgos obtenidos a partir de la muestra me permitieron conocer los criterios de los abogados sobre la costumbre mercantil y, determinar si es o no eficaz en el ámbito del comercio, al menos en la ciudad de Loja.

La encuesta estuvo conformada de siete preguntas, entre ellas 4 cerradas, 1 mixta y 2 preguntas abiertas, cuyos temas se basan en la eficacia y en la aplicación de la costumbre mercantil en nuestra legislación, también se trataba los temas probatorios de costumbre mercantil y cuál era su criterio para definir qué comerciantes son idóneos.

## Capítulo tres

### Resultados

#### 3.1. Análisis de legislación comparada: Ecuador, Colombia y Chile

En este capítulo se realiza la comparación entre las legislaciones de Ecuador, Colombia y Chile, sobre la forma de regulación de las actividades mercantiles; particularmente lo relacionado a las fuentes del derecho: materiales y formales. Así como, la relación que existe entre la costumbre mercantil y su incidencia en los actos de comercio y en los procesos de regulación y vigilancia estatal.

##### ***En Ecuador:***

En nuestra legislación ecuatoriana el Código civil en el título preliminar, menciona a las principales fuentes del derecho las cuales son: La ley, la costumbre, jurisprudencia y la doctrina.

En los primeros artículos del Código Civil se establecen varios criterios sobre las fuentes del derecho civil, así tenemos:

- **La ley:** El jurista venezolano Andrés Bello, señala que la ley es “una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”. (1999) Por lo tanto, al momento de resolver un conflicto siempre se debe acudir a la ley en primera instancia, pues tiene preponderancia, sobre todo.
- **La costumbre:** Ulpiano (2017), la definió como: “tacitus consensus populi, longa consuetudine inveterata” (130 a. C) (consentimiento tácito del pueblo, inveterado por un largo uso). A mi criterio, la costumbre nace en base a los usos y prácticas de las personas que, con el tiempo va adquiriendo el carácter de ley.
- **La jurisprudencia:** viene del vocablo latín *iuris* que significa derecho y *prudencia* que significa sensatez y buen juicio. La Real Academia de la Lengua también la define como la ciencia del derecho, conjunto de sentencias de los tribunales y

doctrina que contienen criterios sobre un problema jurídico establecidos por una pluralidad de sentencias.

• **Declaración de voluntad:** contrato, las partes logren pactar libremente.

Al tratarse, la presente investigación sobre la costumbre mercantil, intentaré profundizar sobre la costumbre.

En el artículo 2 del Código civil ecuatoriano, al respecto se señala que: “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”.

También, la costumbre mercantil se encuentra regulada por el Código de Comercio, artículo 6, que determina:

La costumbre mercantil suple el silencio de la ley siempre que los hechos que la constituyan sean uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República del Ecuador, o en una determinada localidad y sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en operaciones del mismo tipo en el tráfico mercantil del que se trate por el plazo mínimo de cinco años.

Para que la costumbre mercantil sea amparada por la ley ecuatoriana tiene que reunir varios elementos que la ley establece en el artículo 6 del Código de comercio: que los hechos que las constituyen sean uniformes, públicos y se encuentren ejecutados en la República del Ecuador; además, que deberá ser probada por quien los invoca como medios de prueba; por ejemplo; la prueba testimonial, esto es que, cuando se trate de probar con testigos, los testigos deberán ser 5 comerciantes idóneos debidamente inscritos en el Registro Mercantil.

Además, existe la prueba documental, para lo que se requiere de dos decisiones judiciales definitivas como: las sentencias; pero, se requerirá que éstas hayan sido expedidas dentro de los 5 años anteriores al hecho controvertido. La normativa vigente de nuestro país, indica que la costumbre mercantil suple el silencio de la ley, por lo tanto, podríamos remitirnos a ella solo cuando no exista una norma para resolver conflictos entre comerciantes, además debemos cumplir ciertos requisitos que la ley establece como el de ser uniforme, público y además debe haberse realizado en la República del Ecuador.

Considero que en Ecuador las maneras que la ley establece para probar costumbre mercantil son muy limitadas, puesto que se requiere probar la costumbre mercantil con 5 comerciantes idóneos debidamente inscritos en el Registro Mercantil; sin embargo, la ley no es clara en especificar quiénes son realmente los comerciantes idóneos; según el artículo 2 del Código de comercio (2019), pues menciona que son comerciantes: a) Las personas naturales que, teniendo capacidad legal para contratar, hacen del comercio su ocupación habitual; b) Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles; y, c) Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio, según la normativa legal que regule su funcionamiento; sin especificar cuál sería el requisito que otorgue idoneidad a cada comerciante ya que no todos son idóneos.

### ***En Colombia:***

Según el autor colombiano Fonseca Ramos (1992) menciona que las fuentes del derecho en Colombia son:

- ***Constitución:*** La misma Constitución en su artículo 4 reza: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.”
- ***Ley:*** El Código Civil colombiano, en su artículo 4 define que: “Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar.”
- ***Costumbre:*** Según del Código de comercio colombiano en su artículo 3 señala que: “La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella”.

- **Principios generales del Derecho:** Según el artículo 8 de la ley 153 de 1887 da lugar al surgimiento de los principios que regirán las leyes como: los principios de la buena fe, apariencia, simulación, fraude a la ley, abuso del derecho, responsabilidad civil, imprevisión, móvil determinante, error de derecho, enriquecimiento injusto, fraude a la ley, abuso del derecho y error común junto a otros principios que el juez indefectiblemente deberá aplicar según ese mandato que ordena que se apliquen las reglas generales del derecho, a falta de ley o doctrina constitucional.

La costumbre mercantil es considerada una de las fuentes del derecho en la legislación colombiana, el Código de Comercio colombiano, el artículo 3 señala que:

La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.

Para que la costumbre tenga carácter de ley ésta no podrá contrariar a ninguna norma, se podrá utilizar siempre y cuando cumpla con los hechos que la constituyen; y, serán: públicos; uniformes y reiterados en lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido dentro de las relaciones que deban regularse por ella. Según el ordenamiento jurídico, en Colombia, la costumbre mercantil es considerada con una fuente subsidiaria y secundaria, ya que son normas “alternativas”, que podrán ser utilizadas cuando exista un vacío legal para resolver un conflicto entre comerciantes. Por lo tanto, se basa en las Reglas del derecho subsidiario, el cual hace referencia a servir de soporte en la decisión que resuelve el conflicto de intereses sometido a una jurisdicción.

En cuanto a los medios de prueba de la costumbre en Colombia, según los artículos 6,8,9 del Código de Comercio se señala que: cuando se requiera demostrar la costumbre mercantil como prueba con testigos la cual deberá hacer con 5 comerciantes idóneos debidamente inscritos en el registro mercantil; además, existe la prueba de costumbre mercantil extranjera la misma que señala que para su acreditación deberá hacerse mediante

una copia auténtica, conforme al Código de Procedimiento Civil colombiano, en el artículo 189, de la sentencia o laudo en que una autoridad jurisdiccional internacional la hubiere reconocido, interpretado o aplicado a la costumbre mercantil. También se podrá probar costumbre mercantil con una certificación autenticada de una entidad internacional idónea, que diere fe de la existencia de la respectiva costumbre.

Además, el Código de Procedimiento Civil colombiano, señala varios elementos adicionales que hacen referencia a la costumbre mercantil, por ejemplo: sobre pruebas de usos y costumbres aplicables conforme a la ley sustancial, deberán acreditarse con documentos auténticos o con un conjunto de testimonios. Y con respecto de la prueba de la costumbre mercantil, establece que la costumbre mercantil nacional invocada por alguna de las partes, podrá probarse también por cualquiera de los medios siguientes: copia auténtica de dos decisiones judiciales, definitivas que aseveren la existencia de la costumbre mercantil o con una certificación de la Cámara de Comercio correspondiente al lugar donde rijan.

En Ecuador y Colombia la costumbre mercantil es considerada una fuente del derecho, en Ecuador la costumbre mercantil está regulada solo por el Código de Comercio, mientras que en Colombia está regulada por el Código de Comercio, Código Civil y por el Código de Procedimiento civil.

Un tema a resaltar es que en Colombia ya se efectuaron sentencias y resoluciones basadas en la costumbre mercantil, mientras que, en Ecuador, hasta la actualidad no se conoce de ningún caso planteado por costumbre mercantil. Es decir, de la revisión de las fuentes del derecho, en ambos países, se destaca que el desarrollo de jurisprudencia sobre costumbre mercantil es mayor en Colombia.

### ***En Chile:***

El Código de Comercio chileno establece que las costumbres mercantiles pueden ser consideradas como una fuente de derecho mercantil.

(...) 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 (Art. 4).

En Chile se considera a las fuentes del derecho modos o formas a través de las cuales el Derecho se exterioriza. Corresponde a las formas en que la colectividad estatuye su sistema jurídico; es decir, las formas en que se exterioriza el derecho positivo. Pueden ser textos de derecho positivo, nacional o extranjero, jurisprudencia, prácticas, usos y costumbres.

Para que la costumbre adquiera eficacia como norma de derecho es preciso la concurrencia de los siguientes requisitos que se encuentran especificados en el artículo antes mencionado: uniformidad, publicidad, generalidad de la ejecución, reiteración en el tiempo, prueba de la costumbre.

La costumbre en la legislación chilena deberá probar su existencia mas no presumirse, es preciso que la parte interesada logre acreditar ante el Tribunal la existencia de los hechos que se alegan, para que la costumbre tenga valor jurídico deben acreditarse todos los requisitos que se encuentren señalados en la ley. Según lo establece el Art. 5 del Código de Comercio la costumbre puede probarse por los siguientes medios: Por testimonio fehaciente de dos sentencias que reconozcan la costumbre (jurisprudencia) o, por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivaron a realizarse el juicio. En relación a la prueba prevista en el Código de Comercio señala la forma en que debe ser valorado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, el tribunal arbitral u ordinario a quien corresponda conocer de los asuntos mencionados en el artículo 1203, tendrá las siguientes facultades: Podrá admitir, a petición de parte, además de los medios probatorios establecidos en el Código de Procedimiento Civil, cualquier otra clase de prueba; y también tendrá la facultad de apreciar la prueba de acuerdo con las normas de la sana crítica, debiendo consignar en el fallo los fundamentos de dicha apreciación (Art. 1206).

Para Bustos Saavedra (2017) clasifica a las fuentes del derecho en Chile, de acuerdo a la siguiente composición jerárquica: La Constitución Política del Estado; Código de

Comercio y las Leyes Comerciales que lo complementan; Tratados Internacionales ratificados por Chile; el Código Civil; Las costumbres mercantiles.

Por tanto, en Chile a diferencia de Ecuador, tiene sus fuentes del derecho netamente dirigidas al ámbito mercantil, en la cual señala a la costumbre mercantil como una de las principales fuentes del derecho mercantil, mientras que Ecuador se maneja con las fuentes del derecho en un sentido general. Es decir, que existe un mayor desarrollo en el ámbito de las transacciones comerciales, porque buscan que las costumbres mercantiles sean fuentes de derecho que se usen para suplir vacíos normativos, pero en armonía con principios generales contenidos, por ejemplo, en la Constitución.

A fin de identificar cómo actúa la costumbre mercantil en otras legislaciones, se presenta el siguiente cuadro comparativo de las semejanzas y diferencias en relación a la legislación ecuatoriana.

#### Cuadro 4

#### La costumbre mercantil en las legislaciones analizadas

Costumbre mercantil	Ecuador – Colombia
Semejanzas	La costumbre es considerada como una fuente del derecho.
	Los requisitos de la costumbre mercantil, según la normativa de cada país, es que sean actos públicos, uniformes y que se hayan realizado dentro de cada país.
Diferencias	<p>En Ecuador en los últimos años no se conoce ningún caso planteado sobre costumbre mercantil en la jurisprudencia que detalle la forma en que los litigantes usan aquella como prueba y los jueces la valoran; mientras que, en Colombia en los años 2007, 2010, existieron dos sentencias:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• La primera Sentencia del Consejo de Estado fue emitida el día 24 de octubre del 2007, en la cual la corporación al momento de resolver, ni siquiera tiene en cuenta la costumbre mercantil por su falta de prueba, y termina fallando en contra del ciudadano que demandó;</li> <li>• La segunda es la Resolución número 6839 del año 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio, se trata de impugnación de un acto administrativo, que se rechazó porque dichos declarantes no</li> </ul>

	<p>dieron cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos por el artículo 3 del Código de Comercio cuando de probar la costumbre con testigos se trata, (...) tampoco se acreditó que estuvieran inscritos en el registro mercantil como lo exige la norma.</p>
	<p>En Ecuador la costumbre se menciona el código civil en el artículo 2, y se regula por el código de comercio en el artículo 6; y, en Colombia la costumbre se encuentra regulada por el código de comercio, código de procedimiento civil, código civil, constitución de la república, la ley 153 de 1887 y por la ley de cámaras de comercio.</p>
<b>Ecuador – Chile</b>	
Semejanzas	Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley
	Los hechos que constituyen la costumbre deben ser uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República.
Diferencias	<p>En Ecuador las fuentes del derecho están establecidas en el código civil: La ley, la costumbre, jurisprudencia y doctrina.</p> <p>El código de comercio chileno establece fuentes del derecho como: la legislación mercantil, el código civil, la costumbre mercantil.</p>
	<p>En Ecuador los medios probatorios de costumbre mercantil se encuentran establecido en el artículo 6 del código de comercio; y,</p> <p>En Chile los medios probatorios de la costumbre mercantil se encuentran estipulados en el código civil, código de procedimiento civil y código de comercio</p>

Nota: Normativa vigente de Ecuador, Chile y Colombia.

De lo que expresa el cuadro que antecede se puede corroborar la importancia de la costumbre mercantil en las legislaciones analizadas. En algunos casos existen sentencias en las que se exige condiciones para que la misma sea aceptada como prueba. En todos los casos es una fuente de derecho que puede ser usada por los actores que realizan actividades de comercio.

### 3.2. Análisis y resultados de las encuestas aplicadas a abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja.

Las encuestas fueron realizadas a abogados en libre ejercicio de la ciudad de Loja, debiendo aclarar que, en razón de encontrarnos atravesando la emergencia sanitaria tanto a nivel nacional como mundial, las encuestas fueron realizadas a través de medios electrónicos vía correo electrónico; y, una vez obtenidos los resultados se realizó el debido análisis e interpretación de la información obtenida.

#### - Muestra

En la presente investigación se aplicaron 41 encuestas a abogados debidamente afiliados al Colegio de abogados del Cantón Loja; este número de encuestados se obtuvo a través de un muestreo simple aleatorio. Debido a la emergencia sanitaria que estamos atravesando, las encuestas se realizaron por medio de correos electrónicos y solamente se tuvo acceso al número de profesionales indicados.

#### - Análisis de la encuesta dirigida a los abogados del Cantón Loja:

**Pregunta No. 1:** *¿Considera usted que la normativa vigente sobre costumbre mercantil es eficaz en su aplicación?*

**Tabla 1**

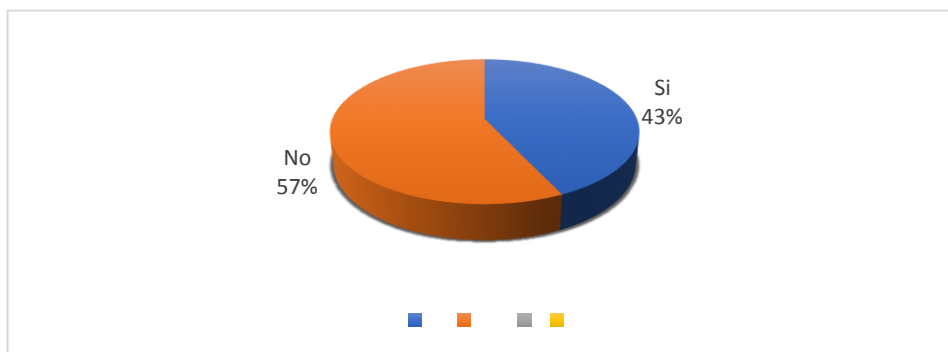
Eficacia de la costumbre mercantil

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
SI	18	43%
NO	23	57%
<b>TOTAL</b>	<b>41</b>	<b>100%</b>

**Nota:** encuesta a abogados Cantón Loja

**Gráfico 1**

Eficacia de la costumbre mercantil

*Nota: encuesta a abogados cantón Loja***Interpretación y análisis:**

De los datos obtenidos podemos observar que el 57% de los encuestados manifestaron que la normativa referente a costumbre mercantil no es eficaz en su aplicación, por otro lado, el 43% de los encuestados indican que, si es eficaz su aplicación, se puede colegir que la mayoría de abogados del cantón de Loja considera que la norma vigente en costumbre mercantil no es aplicable.

De los datos se puede colegir que la costumbre mercantil no tiene una carga negativa en los abogados. Puede ser porque es muy difícil llegar a probar costumbre mercantil según los parámetros que exige la ley; además, señalan que en la actualidad ya todo está normado. En tanto que, el otro porcentaje de encuestados indica que la aplicación de la costumbre mercantil puede ser eficaz siempre y cuando cumpla con los requisitos que establece la ley, además que la costumbre suple el silencio de la ley, y podría ser aplicable a través de los mecanismos de mediación y resolución de conflictos entre comerciantes.

**Pregunta Nro. 2:** *¿Considera que es importante la “costumbre mercantil” al momento de resolver un conflicto entre comerciantes?*

**Tabla 2**

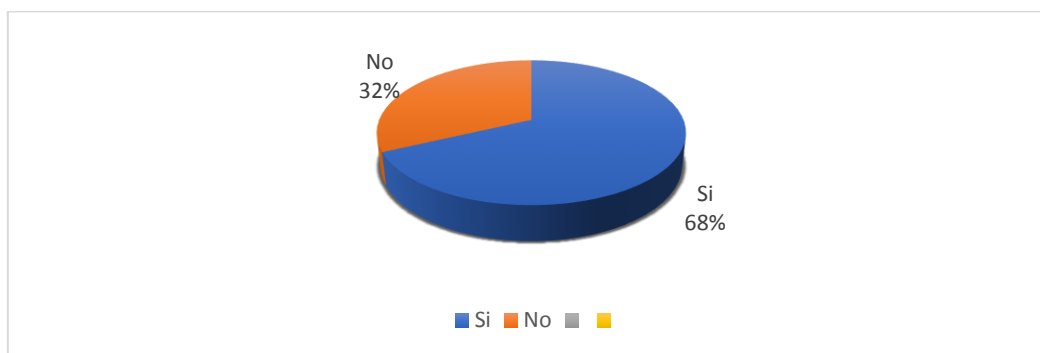
Importancia de la costumbre mercantil

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
SI	28	68%
NO	13	32%
<b>TOTAL</b>	<b>41</b>	<b>100%</b>

*Nota: encuesta a abogados Cantón Loja*

## Gráfico 2

Importancia de la costumbre mercantil



*Nota: encuesta a abogados Cantón Loja*

## Análisis e interpretación

Conforme se observa en la tabla N° 2, el 32% de los encuestados manifestaron que la costumbre mercantil no es importante al resolver un conflicto entre comerciantes; y, por otra parte, el 68% de los encuestados indican que, la aplicación de la costumbre mercantil si es importante para resolver un conflicto entre comerciantes, es evidente que la gran mayoría de abogados del Cantón de Loja considera que la costumbre mercantil es importante al momento de resolver un conflicto entre comerciantes.

La mayoría opina que la costumbre mercantil podría ser utilizada para la resolución de conflictos siempre y cuando exista un vacío legal, y su aplicabilidad no transgreda derechos fundamentales de los comerciantes; y que, además, basándose en la costumbre, las partes podrían llegar a un acuerdo. Esto es relevante en tanto, de la historia se demuestra que los intercambios mercantiles estuvieron más relacionados con los usos y costumbres que

con el derecho formal. Ello incluye que se adopten prácticas concretas de resolución de conflictos propias del comercio, sin entrar en el sistema de justicia ordinario.

**Pregunta Nro. 3.** ¿Considera usted que se puede otorgar a la costumbre mercantil el carácter de Ley? Si su respuesta es afirmativa, indique ¿en qué casos?

**Tabla 3**

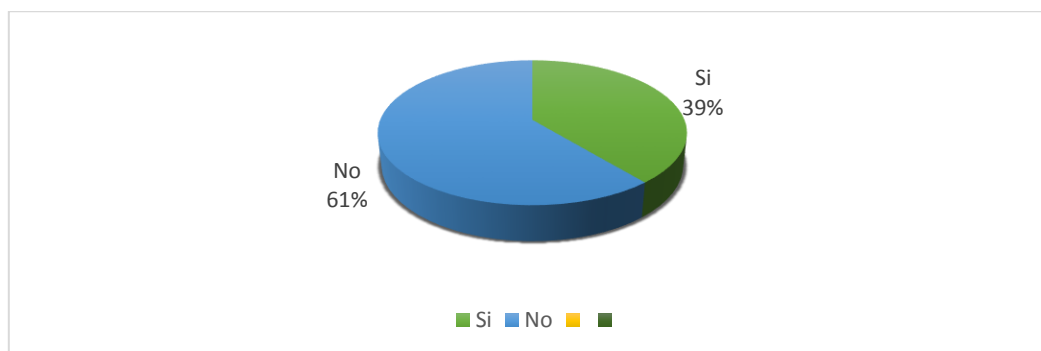
La costumbre mercantil con carácter de ley

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
SI	16	39%
NO	25	61%
<b>TOTAL</b>	<b>41</b>	<b>100%</b>

*Nota: encuesta a abogados Cantón Loja*

**Gráfico 3**

La costumbre mercantil con carácter de ley



*Nota: encuesta a abogados Cantón Loja*

### Análisis e interpretación

Los resultados señalan que el 61% de los encuestados indicaron que a la costumbre mercantil no se le puede otorgar carácter de ley, por otro lado, el 39% de los encuestados revelaron que, si se le puede otorgar carácter de ley a la costumbre mercantil, por tanto, la mayoría de abogados del Cantón Loja consideran que a la costumbre mercantil no se le puede otorgar carácter Ley. Mientras que otros consideraron que a la costumbre mercantil si

se le puede otorgar carácter de ley en los casos que existan vacíos legales ya que como la normativa expresa que la costumbre suple el silencio de la ley.

Esto significa que se conoce que la costumbre es una fuente de derecho que puede ser aplicada en Ecuador. Aunque se la identifique como una ley se considera que lo es solamente cuando existen vacíos en la normativa vigente. Luego, los abogados reconocen que la costumbre no es ley porque no cumple con los parámetros de creación normativa de leyes, sino solamente como fuente de derecho.

**Pregunta Nro. 4.** ¿Conoce usted, los requisitos que deben cumplir las prácticas mercantiles, para que sean consideradas costumbre mercantil?

**Tabla 4**

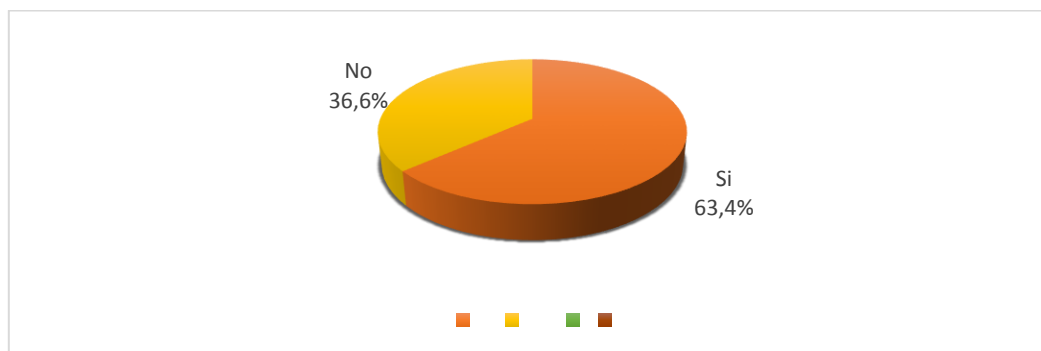
Requisitos de las prácticas mercantiles que lleven a considerarse costumbre mercantil.

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
SI	26	63,4%
NO	55	36,6%
<b>TOTAL</b>	<b>41</b>	<b>100%</b>

*Nota: encuesta a abogados Cantón Loja*

**Gráfico 4**

Requisitos de las prácticas mercantiles que lleven a considerarse costumbre mercantil.



*Nota: encuesta a abogados Cantón Loja*

## Análisis e interpretación

Se puede observar que el 36,6% de los encuestados manifestaron que no conocen los requisitos que deben cumplir las prácticas mercantiles, para que sean consideradas costumbre mercantil, en tanto que, el 63,4% de los encuestados indicaron que si conocen los requisitos que deben cumplir las prácticas mercantiles, para que sean consideradas costumbre mercantil, se puede deducir que la gran mayoría de abogados del cantón Loja conocen los requisitos que deben cumplir las prácticas mercantiles, para que sean consideradas costumbre mercantil.

Está alta incidencia en el desconocimiento puede deberse a la amplitud del campo de trabajo que mantienen los abogados. No todos se dedican al derecho mercantil. Pero de la definición aleatoria de la muestra, se observa que una gran cantidad si conoce por tanto ha puesto en práctica su conocimiento al momento de valorar la costumbre mercantil.

**Pregunta Nro. 5.** ¿Considera usted si los medios de prueba referente a costumbre mercantil son los correctos?

**Tabla 5**

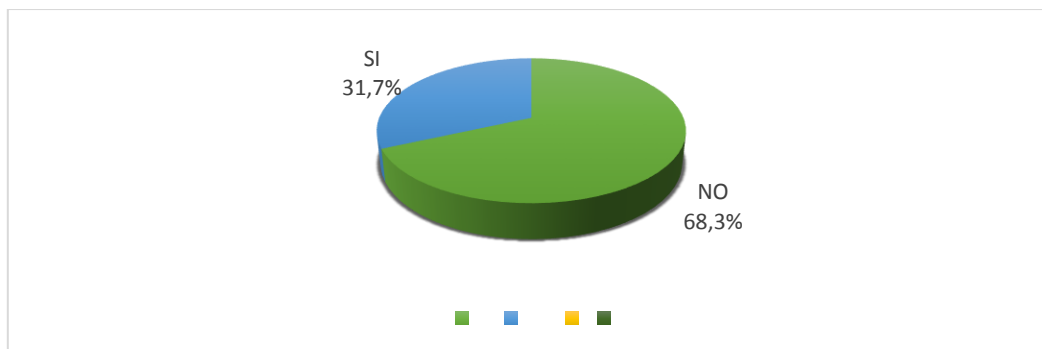
Medios probatorios de costumbre mercantil

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
SI	18	31,7%
NO	27	68,3%
<b>TOTAL</b>	<b>41</b>	<b>100%</b>

*Nota: encuesta a abogados Cantón Loja*

**Gráfico 5**

Medios probatorios de costumbre mercantil



*Nota: encuesta a abogados Cantón Loja*

### **Análisis e interpretación**

Conforme se evidencia, el 31,7% de los encuestados manifestaron que si son correctos los medios de prueba de costumbre mercantil; y, el 68,3% de los encuestados indicaron que los medios de prueba no son los correctos para probar costumbre mercantil.

Esto va en relación directa con la pregunta anterior sobre los requisitos para que se considere una práctica mercantil. Los abogados al no conocer, tampoco tienen experiencia en el uso de la costumbre y cuáles son sus medios de prueba. Por ello, el índice que conoce los medios probatorios de la costumbre mercantil es muy bajo, puesto que la mayoría de abogados en su vida profesional no aplica costumbre mercantil al momento de resolver un conflicto entre comerciantes.

### **Pregunta No.6. ¿Qué entiende usted por comerciante idóneo?**

Al ser una pregunta abierta, las respuestas de los encuestados fueron diversas; sin embargo, la mayoría coincide en señalar que: comerciante idóneo es la persona que realiza actividades comerciales de acuerdo a los requisitos establecidos en la ley y sin impedimento alguno; para otros encuestados, lo catalogan como aquella persona con aptitud para ejercer actividades de comercio.

A mi criterio los comerciantes idóneos son aquellos que cumplen con todos los requisitos que la ley establece para ejercer la actividad del comercio.

**Pregunta No.7.** ¿En qué casos, usted considera que se debe otorgar matrícula de comercio a un comerciante?

De las diferentes respuestas obtenidas, para la mayoría, la matrícula de comercio deberá entregarse en los casos de personas naturales que realicen en forma permanente o habitual actividades mercantiles o en los casos expresamente establecidos en la ley.

Por tanto, considero que la matrícula de comercio deberá entregarse a todas las personas que quieran ejercer la actividad de comercio.

## **Capítulo cuatro**

### **Discusión**

En este capítulo se realiza el análisis de los resultados con respecto al desarrollo del marco teórico propuesto en el capítulo I de la presente investigación; además, se procederá a realizar la comprobación de los resultados obtenidos, los mismos que tienen coherencia con los objetivos, hipótesis, y las preguntas de investigación.

Por tanto, se analizaron los resultados obtenidos, se verificó si se cumple la hipótesis planteada al inicio de la investigación, así como, los objetivos generales y específicos

#### **4.1. Comprobación de resultados**

La presente investigación se basó en el estudio y análisis de datos bibliográficos, además de doctrina tanto nacional como internacional, se realizó un estudio comparativo de jurisprudencia de otras legislaciones como Colombia y Chile, además, la investigación de campo se realizó mediante aplicación de encuestas en línea.

En tal virtud, con el desarrollo de la investigación se ha podido obtener, analizar y comprobar los resultados; la hipótesis y objetivos planteados; así mismo, se ha podido dar respuesta a las preguntas de investigación que se propuso al iniciar el presente trabajo de titulación.

#### **4.2. Verificación de hipótesis**

La hipótesis que se propuso en la presente investigación fue: "La costumbre ha perdido eficacia en la legislación mercantil ecuatoriana".

Al respecto, se ha logrado demostrar mediante la presente investigación y las encuestas aplicadas; así como, a través de la normativa y doctrina referenciada, que la costumbre mercantil, ha perdido eficacia dentro del ámbito mercantil ecuatoriano, pues se establece que la misma (la costumbre mercantil) sólo podrá ser aplicada en aquellos casos en que existan vacíos legales; así lo estipula el artículo 6 del Código de comercio (2019). Este concepto coincide con las legislaciones colombiana y chilena.

Por otra parte, los abogados de la ciudad de Loja, consideran que la costumbre mercantil no es eficaz en su aplicación porque es muy difícil llegar a probar costumbre mercantil según los parámetros que exige nuestra normativa; además, señalan que en la actualidad ya todo está normado y no existen vacíos legales en la materia.

Por lo tanto, los jueces solo podrán acudir a la costumbre mercantil en casos excepcionales, cuando exista un vacío o un silencio en la ley, caso contrario deberán resolverse con las disposiciones del código de comercio. Así, para resolver un conflicto entre comerciantes, como lo establece las normas del Código de Comercio, primero se deberá agotar la ley imperativa, dispositiva, el contrato o ley supletoria, antes de usar la costumbre mercantil como fuente de derecho aplicable en casos concretos.

Además, al momento de probar costumbre mercantil los medios que la ley establece son muy limitados, por lo que no existe claridad acerca del procedimiento para demostrar, por ejemplo, cuando se tiene la calidad de “comerciantes idóneos” por lo tanto se hace más difícil aplicar costumbre mercantil al momento de resolver un conflicto.

#### **4.3. Verificación de objetivos generales y específicos**

Los objetivos que se plantearon en la presente investigación fueron:

*Objetivo general:* Analizar la normativa jurídica, que trata de la eficacia de la costumbre en la legislación mercantil ecuatoriana.

La costumbre mercantil en nuestra legislación se encuentra establecida en el artículo 6 del Código de comercio (2019), en donde se hace referencia a que la costumbre mercantil, suple el silencio de la ley; y, por tanto, se podrá acudir a ella para resolver conflictos entre comerciantes, en casos excepcional en los que exista un vacío en la norma o silencio legal; además, los hechos que constituyan costumbre mercantil deben ser uniformes, públicos y generalmente ejecutados en la República del Ecuador. Considero que la costumbre mercantil no es eficaz en su aplicación ya que al momento de probarla deberá hacerse de la única forma que el Código de comercio lo indica y, deberá acreditar las pruebas quien las invoca.

*Objetivos específicos:*

Primer objetivo: Identificar los requisitos que otorguen idoneidad a los comerciantes para probar costumbre mercantil.

Podrán ser comerciantes idóneos todas aquellas personas que realicen actividades comerciales de acuerdo a los requisitos establecidos en la ley y sin impedimento alguno o aquella persona con aptitud para ejercer actividades de comercio; además, tal como lo establece el artículo 22 del Código de Comercio, se realizará la debida inscripción en el libro de sujetos mercantiles que llevará el Registro Mercantil, cumpliéndose con los requisitos que la ley establece. Es decir, la idoneidad necesaria para ser considerado un testigo comerciante que pueda ser usado para probar la costumbre debe cumplir con dar publicidad a sus actos de comercio.

Segundo objetivo: Analizar la figura jurídica de la costumbre mercantil en la legislación mercantil ecuatoriana

De manera general, la costumbre estipulada en el Código Civil (2005), que establece que “la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella” (Art. 2). Por ello, en el caso del Código de Comercio, en el artículo 6, refiere a la costumbre mercantil se encuentra dirigida exclusivamente a los comerciantes, señala que “*La costumbre mercantil suple el silencio de la ley*”. Para que la costumbre pueda ser reconocido, los medios de prueba deben demostrar que la conducta empleada en la costumbre es: uniforme, pública y generalmente ejecutada en la República del Ecuador. Por ejemplo, el mismo Código de Comercio (2005) reconoce que, en el contrato de suministro, el precio se impondrá de acuerdo a la costumbre cuando las partes no logren acordarlo (Art. 401).

#### **4.4. Verificación de preguntas de investigación**

Las preguntas de investigación guiaron el desarrollo del presente trabajo. Se pretendió incluir en todo el trabajo de investigación los aportes históricos y teóricos, así como el trabajo de campo, en la legislación comparada y la investigación cuantitativa y cualitativa.

La primera pregunta refiere a *¿Cuál es la fundamentación de la costumbre mercantil dentro del campo del derecho mercantil?*

Para resolver la pregunta se realizó una revisión de bibliográfica histórica principalmente. Se pudo observar que el derecho mercantil nace, no del poder estatal concentrado en autoridades, sino en las casas de comerciantes los que, mediante prácticas de comercio generaron normas, y a su vez, jueces de comercio. Por ello, que la principal fuente del derecho comercial en su nacimiento es los usos y costumbres realizados. Así, mientras el derecho privado, en su rama de derecho civil, se fue nacionalizando, el derecho mercantil se fue haciendo transnacional vinculado al crecimiento de capitalismo y el comercio internacional, donde no desaparece la costumbre mercantil como fuente del derecho mercantil. El desarrollo del derecho mercantil internacional debe su existencia a la *lex mercatoria*.

Una segunda planteada fue *¿Se puede usar la costumbre mercantil como fuente de derecho en la actualidad?*

La respuesta plantea que se puede utilizar costumbre mercantil siempre y cuando se lo haga conforme lo establece la ley; es decir, para que un acto se pueda considerar costumbre deberá cumplir con los siguientes requisitos: que los actos sean uniformes, públicos y generalmente ejecutados en la República del Ecuador. Además, deberá ser probado y acreditado por la parte interesada. En todos los casos requiere que sea utilizada de forma subsidiaria. En el ámbito de la legislación comparada en Colombia, Chile y Ecuador, se estipula ese principio de subsidiaridad de la costumbre mercantil para que puede ser considerada como fuente de derecho. Las recientes reformas de 2019 al Código de Comercio establecieron que la costumbre “suple el silencio de la ley”. Incluso se plantea que no puede ser contraria a la Constitución o leyes.

Finalmente, una tercera pregunta refiere a *¿Cómo los operadores jurídicos usan la costumbre mercantil para resolver un conflicto mercantil?*

Por un lado, los jueces para resolver un conflicto entre comerciantes, podrán acudir a la costumbre mercantil únicamente en casos excepcional, cuando exista un vacío o silencio legal, para que los jueces puedan dar aplicación de la costumbre, es fundamental que la parte

interesada logre acreditarla conforme lo establece el artículo 6 del Código de Comercio. En algunas legislaciones comparadas se revisó que los litigantes no podían comprobar la existencia de la costumbre. En el caso de los abogados encuestados, se observa que no es una práctica generalizada en el ejercicio profesional, ello se debe a que es posible que no sean abogados especialistas en derecho mercantil y se dediquen a otras ramas del derecho.

## Conclusiones

La constante evolución del comercio conlleva por un lado a la necesidad de desarrollar nuevas regulaciones en materia mercantil y por otro, a determinar lo importante de las fuentes supletorias del Derecho. La costumbre, los usos comerciales y los principios generales del Derecho han sido una fuente inspiradora del razonamiento lógico jurídico de los juzgadores que ha contribuido al desarrollo de la jurisprudencia y, por tanto, han aportado al desarrollo del Derecho Mercantil en nuestro país.

En la práctica, en países como Colombia, la costumbre mercantil no ha logrado ser probada por quienes pretenden hacerla valer en un proceso judicial. En Ecuador es importante señalar que para probar la costumbre mercantil debe cumplirse con los requisitos del artículo 6 del Código de Comercio, caso contrario, no es posible que un hecho pueda ser acreditado como costumbre mercantil y como fuente de derecho.

Del análisis de los resultados obtenidos en la presente investigación, se puede establecer que, en el ámbito mercantil, para que la costumbre sea tomada en cuenta al momento de resolver un conflicto, debe ser solo en casos de existir un vacío o silencio de la ley, que no sea contraria a la Constitución ni a la ley; y, los actos que constituyan costumbre mercantil deberán ser uniformes, públicos y generalmente ejecutada en la República del Ecuador. En definitiva, la costumbre mercantil es una fuente del derecho subsidiario, ya que está subordinada a la Constitución de la República del Ecuador y protege a los derechos fundamentales del comerciante.

Al momento de probar la costumbre mercantil la norma adolece de ambigüedad respecto de aquellas personas que pueden ser acreditados como comerciantes idóneos, servir como testigos y acreditar la existencia de la costumbre mercantil. Si bien es cierto, en el Código de Comercio en sus reformas de 2019 no se establece la obligatoriedad de la inscripción mediante matrícula de comercio; sin embargo, es necesario dar publicidad a los actos de comercio mediante su inscripción en el registro mercantil para que puedan ser considerados como comerciantes idóneos.

Como resultado de la investigación de campo, se logró determinar que el 57% de los abogados encuestados de la ciudad de Loja, considera que la costumbre mercantil no es eficaz en su aplicación puesto que al momento de resolver un conflicto entre comerciantes se basan en las disposiciones legales del código comercio y en algunos casos en materia civil; hay que considerar que no se aplica la costumbre mercantil, pues únicamente se podrá acudir a la costumbre en caso de existir vacíos legales; además es importante señalar que el 68,3 % de encuestados indicaron que es muy difícil llegar a probar costumbre mercantil según los parámetros que exige la ley, pues se considera que son muy limitados los medios probatorios; también debemos indicar que la mayoría de los encuestados correspondiente al 68,3 % desconoce los medios probatorios de la costumbre mercantil .

### **Recomendaciones**

A la Asamblea Nacional del Ecuador, para que se realice una reforma al Código de Comercio vigente, específicamente, en la que se incluya en el artículo 6, una disposición que reconozca la calidad de comerciante idóneo al momento de probar la costumbre mercantil; esto en razón de que, no existe claridad meridiana de quienes realmente son comerciantes idóneos, por lo tanto, existe un vacío legal. Considero que la ley debe aclarar y precisar qué comerciante cumple los requisitos para ser idóneo y poder ser testigo al momento de querer probar costumbre mercantil, o por otro lado que se modifiquen los medios probatorios para acreditar costumbre mercantil.

Las Cámaras de Comercio puede establecer mecanismos para que los comerciantes opten por convertir las costumbres mercantiles en “disposiciones contractuales” por medio de su expreso pacto en un contrato y de esa manera lograr la aplicación de costumbre mercantil

Al Consejo de la Judicatura para que, se lleven a cabo procesos de capacitación a los jueces y abogados con el propósito de que conozcan las fuentes del derecho en el ámbito mercantil, concretamente sobre la costumbre mercantil y de esta manera se tenga un criterio claro respecto en qué casos se puede aplicar y cuáles son las formas de probar costumbre mercantil, de tal forma que exista claridad en la forma en que debe aplicar o tomar en cuenta en un proceso litigioso.

A los comerciantes tanto persona natural como jurídica, para que se instruyan en temas relacionados a la costumbre mercantil a fin de que puedan hacer uso de esta fuente del derecho al momento de resolver un conflicto entre comerciantes.

A las Universidades en el área jurídica y de comercio, para que se preocupen en la búsqueda de métodos divulgativos de esta temática que es necesario y pertinente, tener más publicaciones sobre doctrina, de los usos y costumbres mercantiles en nuestro país.

### Referencias

- Aulcuango A. (2014) *Derecho Mercantil y Societario*. Ecuador. URL:  
<https://es.slideshare.net/alejandraulcuango/cuaderno-virtualdm-42190106>
- Asamblea Nacional. (2019). Código de Comercio Ecuatoriano. Registro Oficial Suplemento 497.
- Barrera, J. (1983) *Código de Comercio: Codificación y Descodificación de la Materia Mercantil*. URL <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/322/2.pdf>
- Bello, A. (1999) *Principios de Derecho Internacional*. URL  
[http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/principios-de-derecho-internacional-volumen-iv--0/html/ff25acaa-82b1-11df-acc7-002185ce6064\\_75.html](http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/principios-de-derecho-internacional-volumen-iv--0/html/ff25acaa-82b1-11df-acc7-002185ce6064_75.html)
- Benítez. C. (2000). *La Costumbre*. Editorial Temis.
- Briceño, G. (2017). *Derecho Mercantil*. Araucanía, Chile. URL:  
<https://www.euston96.com/derecho-mercantil/>
- Bustos, S. (2017) *Fuentes del derecho constitucional*, Chile. URL:  
<https://www.bustosaavedraycia.cl/wp-content/uploads/2017/12/04-Fuentes-del-Derecho-Constitucional.pdf>
- Castro, F. (1971), *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad de los Andes* URL:  
<https://repositorio.uteq.edu.ec/bitstream/43000/1226/1/T-UTEQ-0072.pdf>
- Castro, M. (2015). La matrícula de comercio en la legislación ecuatoriana y su eficacia normativa. (Tesis de grado, Universidad Regional Autónoma de los Andes) URL:  
<http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/223/1/TUAAB048-2015.pdf>
- Cervantes, A. (2007) *Aspectos Generales de Derecho Mercantil*.  
 URL <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3259/4.pdf>
- Chancellor, E. (1475). *Lex Mercatoria estaba formada por los propios usos*. URL:  
<https://www.coursehero.com/file/p40iedjd/La-lex-mercatoria-estaba-formada-por-los-propios-usos-y-costumbres-de-los/>

- Congreso Nacional. (2005). Código Civil Ecuatoriano.
- Congreso Nacional. (1960). Código de Comercio Ecuatoriano. Editorial Ediciones legales.
- Congreso Nacional. (2019). Código de Comercio Ecuatoriano. Editorial Ediciones legales.
- Congreso Nacional. (2002). Ley de la Cámara de Comercio, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos. Registro oficial N° 22. URL: <https://vlex.ec/vid/ley-106-ley-camaras-643461569>
- Congreso Nacional (1865) Código de Comercio Chileno. URL: [http://www.cmfchile.cl/transparencia/documentos/codigo\\_de\\_comercio.pdf](http://www.cmfchile.cl/transparencia/documentos/codigo_de_comercio.pdf)
- Diario Oficial (1887) Código Civil Colombiano. URL: [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_Civil\\_Colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_Civil_Colombia.pdf)
- Diario Oficial (1971) Código de Comercio Colombiano. URL: <https://arrincondelparque.com/images/documentos/codigo-comercio.pdf>
- Diario Oficial (1991) Constitución Política de Colombia. Biblioteca Enrique Low Murtra -BELM. URL: <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>
- Díaz, E. (2010). *Las fuentes del derecho en el Ecuador*. URL: <http://www.mpsp.mp.br>
- Diccionario Panhispánico de español jurídico de la Real Academia de la Lengua. URL: <https://dpej.rae.es/lema/comerciante>
- Enciclopedia Jurídica (2020)* <http://www.encyclopedia-juridica.com/inicio-encyclopedia-diccionario-juridico.html>
- Etel Rapanilli, L. (2011). Evolución del “Ius Mercatorum” como fuente del derecho internacional privado del comercio. *ANALES* N° 41 - Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales, pp. 108-116.
- Flores. E. (2015). Historia y Fuente del Derecho Romano. URL: <https://www.docsity.com/es/fuentes-derecho-romano/>
- Fonseca. M. (1992) *Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva constitución*. URL: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/2435/1584>

- García Bautista, N. (2010) *La costumbre mercantil en Colombia como fuente de derecho*. Colombia. (Tesis de Grado, Universidad Católica). URL: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14012/4>
- Grasso, L. (2006). *Encuesta: elementos para su diseño y análisis*. Editorial Brujas.
- Garrigues, J. (1967). *Curso de derecho mercantil*. URL: <file:///C:/Users/Usuariopc/Downloads/Dialnet-LaEmpresaYEIEmpresario-3253703.pdf>
- Gimenez, C. (2011). Derecho transnacional, entre el ius civile y el ius mercatorum. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* N° 249, pp. 1-24.
- Gutiérrez, A., Atshan Rubiano, G., Oviedo Alban, J., Córdoba, P. y Canosa Suárez, U. (2009). *Ensayos sobre Costumbre Mercantil*. Cámara de Comercio de Bogotá
- Gutiérrez A. (1997). *Introducción al Derecho Mercantil*. Ed. Mc Graw Hill.
- Hernández, J. (2014) Derecho Romano: Primer Período, La ley de las doce tablas. URL: <https://lavozdelderecho.com/index.php/actualidad-2/derechoromano/>
- Ineaf Business School (2019) *El Derecho Mercantil*. URL: <https://www.ineaf.es/divulgativo/mercantil/el-derecho-mercantil>
- Jaramillo, H. (2012). *La Ciencia y Técnica del Derecho Introducción Al Derecho*. Fondo Editorial Jurídica.
- Ley de Cámaras de Comercio (2008) URL: <https://vlex.ec/vid/ley-106-ley-camaras-643461569>
- Linares. M. (1795). *El poder de la Costumbre*. URL: [http://www.larramendi.es/catalogo\\_imagenes/grupo.cmd?path=1000174](http://www.larramendi.es/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1000174)
- López, C. (2013) *El derecho comercial en la edad media*. URL: <http://www.derechocomercial.edu.uy/RespDerechoComEdadMedia.htm>
- López, H. (2014). *Los actos de comercio. Derecho mercantil*. URL: <https://derechomercantilunivia.wordpress.com/>
- Lopera J. (2010). *El método analítico*. Centro de Investigaciones Sociales y Humanas (CISH) Universidad de Antioquia. *Revista de Psicología Universidad de Antioquia*, 2(2), pp. 77-85.

- Manóvil, R. (1998) *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*. Editorial Abeledo-Perrot´.
- Mantilla, R. (2010). *Derecho mercantil, introducción y conceptos fundamentales*. Editorial Porrúa.
- Martínez, L. (1994) *Curso de Teoría General del Derecho*. Editorial Ariel Derecho.
- Marxs, K. (2014) *El Capital*. Editorial Luarna.
- Bello. A (1855) Código Civil Chileno. Ministerio de Justicia
- Morles, A. (1998) *Curso de Derecho Mercantil*. URL:  
<http://brd.unid.edu.mx/recursos/Sociedades%20en%20Derecho%20Mercantil/SD02/Los%20actos%20de%20comercio.pdf>
- Naujoel, (2019) *Origen y Evolución del derecho mercantil*. URL:  
<https://derechouned.com/libro/mercantil-1/4829-origen-y-evolucion-del-derecho-mercantil>
- Narvárez, E. (2002) *Derecho Mercantil Colombiano*. Parte General. Tomo I, Novena Edición. Editorial Legis
- Noruega, L. (2010). La costumbre mercantil en Colombia como fuente de derecho. (Tesis de Grado, Universidad Católica). URL:  
<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14012/4/>
- Nuñez, O. (1999). El concepto de ley en el ordenamiento jurídico chileno. Punto de partida en la elaboración de una teoría de la ley chilena.
- Ossorio.M. (1974) *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*.
- Organización Internacional del Comercio (2015)*. URL: <https://www.wto.org/indexsp.htm>
- Pérez, A., y Jiménez, A. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. *Revista EAN*, 82, pp.179-200. URL:  
<http://www.scielo.org.co/pdf/ean/n82/0120-8160-ean-82-00179.pdf>
- Pérez, M. (2016) *El comercio en la edad antigua*. URL:  
<https://es.scribd.com/doc/55632273/El-Comercio-en-La-Edad-Antigua>

- Pérez, M. (27 de agosto del 2020). Definición de Comercio. URL: [//conceptodefinicion.de/comercio/](http://conceptodefinicion.de/comercio/).
- Pimentel, G. (2018) *Enciclopedia del derecho, historia y ciencias sociales*. URL: <https://leyderecho.org/costumbre-mercantil/>
- Pinagua, J. (2019). Ley de las XII Tablas. En Apuntes de Historia. Recuperado de: <https://www.apunteshistoria.com/historico/ley-de-las-doce-tablas/>
- Ramírez. P. (2005) Significado de Jurisprudencia. URL: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-posgrado-derecho/article/view/17094/15304>
- Real Academia de la Lengua (2005). URL: <https://www.rae.es/>
- Ríos. P. (2020) *Ley de Rodias, Derecho romano*. URL <https://www.doccity.com/es/leyes-rodias-derecho-romano/5660208/>
- Rivas, A. (2012) *Leyes Rodias*. URL: <https://www.buenastareas.com/ensayos/Leyes-Rodias/4277993.html>
- Raffino, M. (2020) *Métodos de Investigación*. URL: <https://concepto.de/metodos-de-investigacion/#ixzz6N5zKg8Vi>
- Romero, O. (2010) *Cámara de Comercio de Medellín* URL: <https://www.camaramedellin.com.co/DesktopModules/EasyDNNNews/DocumentDownload.ashx?portalid=0&moduleid=569&articleid=559&documentid=302>
- Salinas. C. (2017) *Las fuentes del derecho europeo y latinoamericano en el siglo xix*. URL: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/45011/art10.pdf?sequence=3&isAllowed=y>
- Sevilla. A. (2019) *Comercio*. URL: <https://economipedia.com/definiciones/comercio.html>
- Tocancipá, J. (2008). El trueque: tradición, resistencia y fortalecimiento de la economía indígena en el Cauca. *Revista de Estudios Sociales*. N° 31, pp. 146-161.
- Toledo T (2010) *La "opinio juris" como elemento psicológico de la costumbre*. URL: <https://www.jstor.org/stable/41608851>

Ucha, F. (2012) *Acto de Comercio*. URL: <https://www.definicionabc.com/economia/acto-de-comercio.php>

Ulpiano (2017) *Fuentes del Derecho Romano*. URL: <https://www.docsity.com/es/fuentes-derecho-romano/542268/#:~:text=Ulpiano%20los%20defini%C3%B3%20con%20los,el%20derecho%20como%20la%20religi%C3%B3n.&text=%E2%80%9CFas%20es%20el%20derecho%20divino%20y%20ius%20el%20derecho%20humano%E2%80%9D>.

Vivante, C. (1932) *Tratado de Derecho mercantil* vol. 1. Editorial Reus

Del Vecchio, G. (1953) *Filosofía del derecho*. URL: <https://es.slideshare.net/chinov3/introduccion-al-derecho-27603170>

## Apéndices

### Apéndices Nro.1 Encuestas dirigida a abogados en libre ejercicio del Cantón

#### Loja.

¿Considera usted que la normativa vigente sobre Costumbre mercantil es eficaz en su aplicación?

SI- NO

¿Por qué?

2. ¿Considera que es importante la “costumbre mercantil” al momento de resolver un conflicto entre comerciantes?

SI-NO

¿Por qué?

3. ¿Considera usted que se puede otorgar a la costumbre mercantil el carácter de Ley?  
(Si su respuesta es sí, indicar los casos)

SI- NO

¿En qué casos?

.....  
.....

4. ¿Conoce usted, los requisitos que deben cumplir las prácticas mercantiles, para que sean consideradas costumbre mercantil?

SI-NO

5. ¿Considera usted si los medios de prueba referente a costumbre mercantil, según lo establece el código de comercio, son los correctos?

SI- NO

6. ¿Qué entiende usted por “comerciante idóneo”?

.....  
.....

7. ¿En qué casos, usted considera que se debe otorgar matrícula de comercio a un comerciante?

.....  
.....

Gracias por su colaboración