



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**LA COSTUMBRE MERCANTIL COMO FUENTE DEL
DERECHO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.**

AUTOR:

Abadie Aguilera, Fausto David

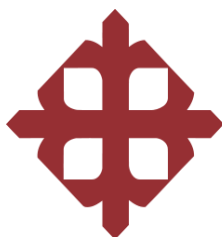
**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR**

TUTOR:

Dr. Lazo Mora, Alejandro Enrique

Guayaquil, Ecuador

28 de agosto del 2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Abadie Aguilera, Fausto David**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR (A)

f. _____

Dr. Lazo Mora, Alejandro Enrique

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____

Dr. García Baquerizo, José Miguel

Guayaquil, a los 28 del mes de agosto del año 2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Abadie Aguilera, Fausto David**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **la costumbre mercantil como fuente del derecho en el código de comercio**. Previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 28 del mes de agosto del año 2020

EL AUTOR (A)

f. _____

Abadie Aguilera, Fausto David



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **Abadie Aguilera Fausto David**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **La costumbre mercantil como fuente del derecho en el código de comercio**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 28 del mes de agosto del año 2020

EL AUTOR (A)

f. _____

Abadie Aguilera, Fausto David

REPORTE DE URKUND

URKUND

Documento: [TESIS COSTUMBRE MERCANTIL sin protocolarias.docx](#) (D78375144)

Presentado: 2020-08-30 20:07 (-05:00)

Presentado por: maritzareynosodewright@gmail.com

Recibido: maritza.reynoso.ucsg@analysis.urkund.com

Mensaje: Fwd: Tesis COSTUMBRE MERCANTIL sin protocolarias FAUSTO ABADIE [Mostrar el mensaje completo](#)

2% de estas 16 páginas, se componen de texto presente en 1 fuentes.

Lista de fuentes Bloques

- <https://www.camaramedellin.com.co/DesktopModules/EasyDNNNews/DocumentDownload.a...>
- <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14012/4/LA%20COSTUMBRE%20MERCA...>
- <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-486-93.htm>
- <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/9652411/6-113-124.pdf/329e2...>
- TESIS FINAL.docx
- https://lexcem.files.wordpress.com/2008/04/civil1_la_costumbre1.pdf
- <https://s73705fd50dada36d.jimcontent.com/download/version/1437962277/module/5566690...>
- <https://s73705fd50dada36d.jimcontent.com/download/version/1312086154/module/5566690...>
- <https://www.revistaderecho.com.co/3/index.php/es/component/k2/item/48-aplicacion-de-la-...>

0 Advertencias. Reiniciar. Exportar. Compartir.

Dr. Lazo Mora, Alejandro Enrique
DOCENTE TUTOR

Abadie Aguilera Fausto David
ESTUDIANTE

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mi familia, somos equipo, y en especial a mi madre.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, porque gracias a él he logrado cumplir las metas propuestas y por las futuras, asimismo, a mis padres Santiago y Doris, por el apoyo, por enseñarme a nunca desistir de mis sueños, aun cuando son pequeños cambian grandes cosas en nuestras vidas, por las batallas contra el mundo para llevar sustento a casa y lograr terminar ésta carrera universitaria, a mis tías, hermanos, hermanas y amigos por el apoyo, y causar en mi mundo una visión de ganar mis objetivos.

Al Doctor Alejandro Lazo, por acompañar durante éste tiempo de investigación, abrir mis horizontes con sus erudiciones y ayudar a finiquitar el desarrollo de la tutoría.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

Dr. García Baquerizo, José Miguel
DECANO O DIRECTOR DE CARRERA

f. _____

Dra. Maritza Reynoso de Wright
COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. _____

Dra. Navarrete Luque, Corina Elena
OPONENTE



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: Jurisprudencia

Carrera: Derecho

Periodo: UTE B-2019

Fecha: 10/02/20

ACTA DE INFORME FINAL

El trabajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado **LA COSTUMBRE MERCANTIL COMO FUENTE DEL DERECHO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO** elaborado por el estudiante **ABADIE AGUILERA FAUSTO DAVID**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **10 (DIEZ)** lo cual lo califica como ***APTA PARA LA SUSTENTACIÓN.***

Dr. Lazo Mora, Alejandro Enrique
Docente Tutor

ÍNDICE

RESUMEN.....	XI
ABSTRACT	XII
Capítulo I.....	2
1.1 Introducción.	2
1.2 La Costumbre Mercantil en Ecuador	6
1.3 La Costumbre Mercantil como Fuente del Derecho	8
Capítulo II	13
2.1 Métodos de Prueba de la Costumbre Mercantil	13
2.2 Algunos tipos de Costumbres Mercantiles.....	20
2.3 La costumbre mercantil como cláusula contractual.	21
Conclusiones.....	23
Recomendaciones.....	25
Bibliografía.....	27

RESUMEN

La intención de la presente investigación es analizar la Costumbre Mercantil como Fuente del Derecho Mercantil determinado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, estudio que corresponde a la vigencia del nuevo Código de Comercio publicado en el Registro Oficial suplemento No. 497 del 29 de mayo de 2019. En la actualización del Código de Comercio se reformó la costumbre mercantil ampliando su valor dentro de la legislación ecuatoriana. No obstante, al implicar un avance al desarrollo de actividades comerciales surgen interrogantes con respecto a su fiabilidad como prueba en procesos judiciales, en qué forma se puede alcanzar suplir el silencio de la ley y qué medios se deben requerir para el control de costumbres mercantiles se encuentran vigentes o en desuso. Como génesis del desarrollo del trabajo se toma en cuenta los antecedentes de las costumbres mercantiles en el mundo y su acogida en el Ecuador, siguiendo con la comparación con el Código de Comercio vigente y el ya derogado para identificar el progreso que ha optado la Asamblea Nacional en razón a su promulgación, y acto seguido se compara con legislación extranjera identificando las bases normativas, doctrinales y jurisprudenciales de su aplicación, concluyendo con una solución de cómo equilibrar la aplicación de la norma y como podría ser una redacción eficiente del artículo seis del Código de Comercio.

Palabras claves: Costumbre Mercantil, fuente del derecho, prueba, aplicación de la norma, Código de Comercio, control de costumbres, redacción eficiente.

ABSTRACT

The intention of this research is to analyze the Commercial Customs as a Source of Commercial Law determined in the Ecuadorian legal system, a study that corresponds to the validity of the new Commercial Code published in the Official Registry supplement No. 497 of May 29, 2019. In the updating of the Commercial Code, the commercial custom was reformed, increasing its value within the Ecuadorian legislation. However, since it implies an advance in the development of commercial activities, questions arise with respect to its reliability as evidence in judicial proceedings, in what way can it be achieved to replace the silence of the law and what means should be required for the control of commercial customs that are in force or in disuse. As the genesis of the development of the work, the background of commercial customs in the world and their acceptance in Ecuador will be taken into account, following a comparison with the current Commercial Code and the already repealed one to identify the progress that the National Assembly has chosen due to its enactment, and subsequently a comparison with foreign legislation identifying the normative, doctrinal and jurisprudential bases of its application, concluding with a solution of how to balance the application of the norm and how an efficient drafting of article six of the Commercial Code could be.

Keywords: Commercial custom, source of law, evidence, application of the norm, Commercial Code, control of customs, efficient drafting.

Capítulo I

1.1 Introducción.

En el inicio de los tiempos se comprende a la sociedad como nómada y es el conocimiento de la agricultura y sus formas de utilizar la tierra lo que produce su asentamiento en sitios donde pastorear ganado y labrar la tierra, son estos quienes hacen que grupos de familias se atiendan en sociedad, y la necesidad de adquirir o intercambiar otros productos lo que motiva dar nacimiento del comercio, es aquí donde aparecen las diferentes culturas y costumbres de las personas que habitan en ella. Una vez que la sociedad se conforma en Estado emergen nuevos oficios entre ellos se conoce el intercambio de bienes y servicios comerciales; por ende, para construir un Estado surgen necesidades, entre aquellas son: “La primera es la necesidad de conservación de la vida (alimento), la segunda es la de habitación, la tercera de vestido, para esto se necesita labradores, arquitectos, tejedores, zapateros u otros artesanos, en el cual son los obreros que se acomodan a las exigencias de la obra.” (Platón, 1872, p. 123-127). “De la sociedad, se pasa al Estado y de este a la exigencia de varios Estados, lo que profundiza la división del trabajo y la aparición de nuevos oficios como los marinos y mercaderes.” (Mancheno, 2004, p. 55).

Lo que se tiene intención de referir es que las costumbres son tan o más antiguas que el Estado y la ley, por el desenvolvimiento y habitualidad en el comercio ya tiene un proceder imprescindible en el perfeccionamiento del sistema jurídico en general, ya sea por “...los usos del comercio son fuente de creación del derecho mercantil en la historia y actualmente siguen siendo fuente del mismo...” (Vincent, 2006, p. 34).

No se debe quitar los ojos de los tiempos clásicos del Imperio Romano, en esa época “no se distinguía entre la religión y el derecho entonces la costumbre ocupó un puesto como precursor en la formación de las leyes y un comportamiento que se admitió como dogma en aquel período” (Cuevas, 2013, p. 42,43). Es decir, que desde los primeros rastros de las prácticas comerciales se identificaba la aplicación general y la imposición en sociedad de aquellas habitualidades transmitidas como legado de los antepasados siempre enlazados a ritos y creencias religiosas. Por lo tanto, si se violentaba a la costumbre se “encendía la ira de los dioses” (Ibídem, 42); fundamentando en un lazo de derecho y religión, estableciendo la costumbre en generadora de derechos.

Más adelante, en el Imperio Romano con el “Código de Justiniano se realizó la recopilación de las constituciones imperiales y jurisprudencia (Digesta, Institvtas, Codex, Novellae) desde el 117 hasta 565, estudio realizado aproximadamente entre el 528 y 565 d.C.” (Machicado, 2007, p. 3), concediendo el Cuerpo de Derecho del Ciudadano Romano (Corpvs Ivris Civilis), se vislumbró: primero, “la costumbre romana que fue comprendida como prácticas habituales la cual es el rudimento del derecho conforme a la uniformidad, útil y necesario en cierto tiempo para la población” (Cuevas, 2013, p. 43); segundo, “La aceptación de estas conductas por la población, permite que los efectos y beneficios de estas prácticas sean sobrellevadas como obligatorias por la comunidad” (D'ors, 1968, p. 24). “Como es de esperarse las delegaciones del Digesto y el Código que fue autorizado por Justiniano para corregir, derogar y perfeccionar los textos genuinos, que se introdujeron en el Derecho Romano postclásico la reconfiguración del mismo, evitando contradicciones de los Juristas, y, retirar instituciones inservibles para la sociedad antigua, entre ellas, como era de esperarse la costumbre como fuente del derecho la que no se contemplaba positivada,

obtendrían la eventualidad de modificarse, ya que al inicio se concibió como las costumbres, derogaban leyes escritas y su prevalencia sobre la ley” (Kunkel, 1972, p. 179-180); lo que equivale a suponer que la costumbre mercantil invalide al Derecho Positivo.

Con dicho uso recurrente, por medio de la costumbre se interpretaba al Derecho en razón de la fluctuación de la norma, se consideraba a la costumbre con el equivalente imperio de la ley para solucionar controversias. Como lo mencionado en el Digesto, Calistrato, “libro I: Pues nuestro Emperador Severo contestó por prescripto, que en las ambigüedades que nacen de las leyes, debe tener fuerza de ley la costumbre, o la autoridad de las cosas juzgadas perpetuamente de semejante manera” (D'ors, 1968, p. 20). “Inclusive antes de la caída del Imperio Romano de Occidente alrededor del siglo IV-V, en la configuración de las Ordalías del sistema germánico producto de las posteriores invasiones Bárbaras, se difunden estas costumbres jurídicas y tradiciones, llevada por los guerreros Barbaros junto con las familias, siervos, ganados, con éstas se resolvían las controversias por lo que el sistema probatorio servía para conflictos penales y civiles, las cuales fueron la prueba del agua, la prueba de la caldera hirviente, la prueba del hierro candente, la prueba de fuego; y, otros medios no tan crueles fueron: el juramento de las partes llamado como “compurgatio”, y el juramente de un grupo de personas denominados como “coniuradores”, los antes mencionados medios de prueba son también llamados como “juicios de Dios”. En consecuencia, se establece que las costumbres venían acompañadas de la observación de Dios; posteriormente, en la conversión de estos reinos a la religión católica, fue la iglesia quien controlaba los duelos judiciales enviando un sacerdote que consagre los instrumentos utilizados para desarrollarla.” (Taruffo, 2010, p. 15-17).

Más adelante en la Edad Media, en el paso del feudalismo al liberalismo económico, por la influencia de la actividad industrial rudimentaria y artesana, las sociedades se vuelven centros de consumo, producción y cambio para los mercaderes y sus gremios, la costumbre mercantil comenzó a ser fuente esencial relativa a las disposiciones de las grandes empresas, o corporaciones; con efecto en la segunda mitad del siglo XII, “los comerciantes se coligaron y respaldaron en la formación de mercados y ferias, lugares en los cuales se incentivó el mercado interno y el intercambio internacional de la producción, es así que fue de suma importancia el transporte por el mar, traslado de dinero, contabilidad de operaciones, depósito de dinero en custodia, etc.” (Aulestia, 1994, p. 33-35); “En la Edad Media el tráfico mercantil se regula predominantemente por usos recogidos en los Estatutos de las Corporaciones...” (Garrigues, 1987, p. 19-23). Por lo que en el siglo XIII se observa su uniformidad jurídica en la compilación de costumbres establecidas en las Siete Partidas con el Rey Alfonso X (Moreno, 2017, p. 8).

Luego Francia e Inglaterra tuvieron ordenanzas que proclamaron la libertad de los Mares, es aquí donde nace el logro del Estado de regular las actividades comerciales, y expiden normas que establecen particularidades al derecho común, y es en la Edad Moderna el periodo en que el Gobierno tiene un interés directo al intercambio mercantil, y es el progreso en las actividades mercantiles que apertura a cada país a la formación de códigos, siendo el primero el de Francia en 1806, luego España. (Aulestia, 1994, p. 35). No obstante, en el gobierno de Napoleón por la compilación de su Código no se consideró a la costumbre como una fuente formal del Derecho, lo cual confinó la laguna de la misma noción en el Régimen Jurídico Civil de Chile llevado por Andrés Bello, y asimismo, “en el Sistema Judicial Ecuatoriano se la identificó en virtud de que en el Código contenía un Libro relativo a un procedimiento

mercantil, quedando derogado en 1906 mediante decreto supremo y promulgando el nuevo Código de Comercio en la cual no se modificó o reviso a la costumbre mercantil, quedando como una condición de ley para acceder a la costumbre y en el Sistema Jurídico Mercantil como supletoria al silencio de la ley, dejándola en un limbo estructural por su cuasi formalidad” (ibídem, p.36).

1.2 La Costumbre Mercantil en Ecuador

En el comercio existen varias definiciones en temas de costumbre mercantil, las cuales se han ido modernizado con el paso del tiempo. Su establecimiento se radica con la llegada del liberalismo en la Presidencia del General Eloy Alfaro, quien en Agosto de 1906 deroga el Código de Comercio Español ya que contemplaban realidades distintas a las ecuatorianas, sustituyéndolo con el Código de Comercio promulgado en Septiembre de 1906, estableciendo en su artículo 4, lo siguiente: “Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, cuando los hechos que los constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la Republica, o en una determinada localidad, y reiterados por más de diez años” (Código de Comercio, 1906, p. 38). Posteriormente con el Código de Comercio promulgado mediante el Registro Oficial Suplemento 1202 con fecha 20 de agosto de 1960, no hay cambio con respecto a la costumbre mercantil dejando la transcripción idéntica, con el mismo concepto legal de la ley anterior (Código de Comercio, 1960, p. 4). Por lo que la construcción de la costumbre mercantil como tal no hubo cambio en el tiempo ni en su aplicación dentro del sistema jurídico mercantil, a pesar de las reformas planteadas a lo largo de la vigencia del Código de Comercio.

Sin embargo, se comprende que hubo confusión dentro del ordenamiento jurídico con respecto a la costumbre mercantil frente a la costumbre civil, por ser la

norma que determina su acción. El Derecho Mercantil es completamente autónomo del Derecho Civil, es decir, que sus fuentes del derecho son observadas de una manera distinta, ya que en la casta Mercantil suple el silencio de la ley, lo que implica que por el propio dinamismo del comercio extiende su campo en muchos sectores en el cual el Legislador no puede prever su acción; a contrario sensu, sucede con la costumbre civil, dado que en ésta última, es la propia ley la que debe remitirse a ella, por lo que limita su accionar a lo que se encuentra estrictamente establecido en la Norma Jurídica (Valencia, 2004, p. 171).

A pesar de la evidente distinción, en el caso entre Transportes y Representaciones Internacionales Tradinter S.A. v. Transportes Marítimos Centroamericanos Tramarco Line S.A., versa que “no se identifica en su totalidad y plenamente con el contrato civil de mandato, en atención a que la escala de la nave comprende múltiples actividades de distinta índole, en efecto el contrato de agencia naviera no es un contrato unilateral como el de mandato, sino sinalagmático o bilateral, oneroso, conmutativo y consensual” (Corte, 2003, p.3). Dicha jurisprudencia vigente que confunde las definiciones de costumbre mercantil y costumbre civil, o en su caso, lo mezcla complicando su aplicación y su autonomía; según la Corte de Casación determina que “La aplicación de las normas del Código Civil en asuntos comerciales, las utiliza a falta de usos y costumbres mercantiles, que cumplan con los requisitos prescritos en el artículo 4 del Código de Comercio y que la Ley expresamente se remita a ella, en los casos que no están resueltos por el Código de Comercio.” (Corte S. J., 2003, p. 3800), en esta sentencia se involucra las disposiciones de ambas leyes por tratar de resolver una terminación de contrato de Agente Naviero de carácter Mercantil.

Por lo tanto, la Costumbre Mercantil debe ser observada acorde a la autonomía y como tal dentro de las fuentes del derecho mercantil, ya que en publicaciones anteriores del Código de Comercio requerían un mínimo de 10 años de usos y prácticas reiteradas. Luego, actualmente con el Código de Comercio vigente en el artículo 6 se evidencia un cambio aumentando el valor de la costumbre ya que pasó a un mínimo de 5 años de usos y prácticas reiteradas y adicional a estas se establece que dentro de ese tiempo se pueda comprobar la existencia de costumbres mercantiles (Código Comercio, 2019, p. 4).

1.3 La Costumbre Mercantil como Fuente del Derecho

La mencionada fuente de derecho se observa en virtud del comerciante y de los actos de comercio, por lo que en Ecuador los comerciantes son quienes generan costumbres mercantiles a través de sus actividades comerciales en los diferentes sectores empresariales y se puntualiza al Derecho Mercantil de la forma siguiente “el derecho de los actos de comercio, con abstracción del sujeto que los efectúa se le da el nombre de objetivo, o también es el derecho profesional, que se le da el nombre de subjetivo consignado a un individuo, el empresario o los empresarios o comerciantes” (Macias, 1988, p. 31-32).

Se ha indicado anteriormente, que el distintivo del Derecho Mercantil es la representación de las costumbres entre comerciantes. Desde sus orígenes hasta la actualidad, el dinamismo del comercio ha permitido el progreso en el intercambio de bienes y servicios, transformando las actividades entre comerciantes en costumbres diseñadas por la uniformidad, su generalidad y su obligatoriedad que le han dado carácter de ley. Por lo que las prácticas comerciales conocidas como costumbres

mercantiles, han hecho que el Derecho Mercantil se desarrolle acorde a las necesidades entre los comerciantes.

Según Aulestia Egas, “existen 4 clases de costumbres Mercantiles:

1. Costumbre Jurídica. - La misma que se forma por los hábitos en virtud de los cumplimientos de normas tacitas, que todos los comerciantes han aceptado de manera colectiva. La misma que debe cumplir con la uniformidad, publicidad, generalidad y tiempo de vigencia.

2. Costumbre invocada expresamente por la ley. - Al igual que la ley civil, el código de comercio, efectúa con la costumbre que sea invocada expresamente, por lo que se comprende a la costumbre como parte de la ley mercantil. Y como consecuencia no requiere prueba para su aplicación ya que es igual de vigente que la ley, siendo de naturaleza obligatoria. “Los usos de las costumbres mercantiles en que la ley se remite a ella, no se obligan como supletoria, sino que su fuerza se encuentra en la misma ley que la solicita.” (Olavarria, 1956, p. 43).

3. Costumbre Interpretativa. - Existen usos de carácter personal, con ciertos grupos de personas que dejan ver sus intenciones con respecto a la celebración de un contrato. Es de mencionar que cuando dos o más personas intervienen en la celebración de un contrato de la misma clase, de la misma manera se puede llegar a la conclusión que los contratos posteriores serán con las mismas características. A estos se los encuentra con las siglas del comercio internacional como: F.O.B., C.I.F., F.A.S., etc.

4. Costumbres Técnicas. – En su uso son un conjunto de hábitos establecidos por el conocimiento y habitualidades de ciertas disciplinas que realizan los comerciantes. Al celebrarse contratos mercantiles se incorporan

ciertas prácticas que le dan efectividad y eficacia al contrato para su ejecución, por ejemplo, en el embalaje (cantidad y calidad) o en la carga o descarga (conservar la mercadería su forma y cantidad), aún simple que parezca no se deja sobreentendido”.(p.41-44)

En Ecuador existen 2 tipos de costumbres, el lugar de las dos como fuentes en sus ramas del derecho se encuentran en una posición distinta, sin embargo, se confunde ambas al momento de resolver por el Juez como se explica en páginas anteriores. La Costumbre Mercantil es una de las fuentes del derecho que se encuentra establecida en el Código de Comercio, la misma que promete un soporte a lo que el legislador no puede prever a través de la norma vinculante.

Se pretende subrayar que en el Ecuador a las fuentes del Derecho Mercantil se puede conocer como Fuentes Formales (Ley y Jurisprudencia) y Fuentes no Formales (Costumbres, Doctrinas y Contratos). De manera puntual se dice que la costumbre +como fuente no formal es la expresión de la voluntad general, firme y uniforme de los que participan en la actividad comercial. “Es la norma formada y aplicada por su uso general, nacida de la opinión de comerciantes con autoridad por un extendido uso, y su habitualidad social ya sea local, nacional o internacional la hace obligatoria” (Quevedo, 2016, p. 11).

En definitiva, la costumbre mercantil, no debe ser obstáculo o ser contraria expresa o tácita a la ley mercantil u otras leyes, a pesar de no estar en la ley, la jurisprudencia vigente lo manifiesta: “El actor (CONECEL S.A.) alega que el cobro por redondeo del minuto en facturas es resultado de uso de costumbres mercantiles por más de 10 años por EMETEL y ETAPA, y por el silencio de la ley lo usa, a pesar de que el contrato haya establecido que el cobro deberá ser en tiempo real, es decir, en

tiempo usado por el abonado. La Corte Suprema de Justicia, reitera la decisión del inferior ya que CONECEL S.A., ha violado la cláusula contractual por ser el contrato ley para las partes, adicional al negarse a cumplir las disposiciones de la Resolución No. ST-99-0078 emitida por la autoridad competente (Superintendencia de Telecomunicaciones) alegando que el incumplimiento es realizado en virtud de las costumbres mercantiles de ese sector” (Sala C. A., 2005, p. 2). El Tribunal se enfoca en que nadie puede beneficiarse de una costumbre pasando por encima de la Ley o el Contrato.

Es en ese caso que el artículo 6 del Código en referencia, resume a la costumbre mercantil como fuente directa del Derecho Mercantil en Ecuador, superior a la doctrina, inclusive a la ley supletoria ya que su mayor enfoque es por representación comercial según su habitualidad. Más aún, se puede aseverar solo con la lectura de dicho artículo que la Costumbre Mercantil esta debajo de la Ley y encima de las demás fuentes, no obstante, al no ser escrita se presentan ciertos problemas de evidencia los cuales más adelante se explicará la manera más eficaz para probar la costumbre en mención.

Es importante observar que los problemas que se plantea de la Costumbre Mercantil están relacionados con el conflicto que tiene al subsumirse con las demás fuentes del derecho, lo cual se explica a continuación:

1. Uno de los principales problemas se localiza en la costumbre mercantil y la ley supletoria, donde ciertos doctrinarios han llegado a la conclusión que la ley supletoria es superior a la costumbre, como lo manifiesta “Córdova Acosta que en cuestiones contractuales la costumbre se confunde con las disposiciones del contrato. Repercutiría ilógico contra derecho, que la costumbre siendo acopiada en las

estipulaciones de un contrato no logre derogar en aquel específico negocio a la ley supletoria” (León, 2016, p. 32). Consentir en esta figura entraña a que la costumbre solamente está por encima de la ley supletoria si se encuentra manifestada en un contrato como cláusula; por lo tanto, aquí no primaria la costumbre mercantil sino las estipulaciones contractuales. Conviene subrayar, que la independencia de la costumbre mercantil como fuente debería estar subordinada a un contrato y de la ley supletoria, y el problema se entrometería en la decisión de los jueces y árbitros en aplicación de la costumbre, por lo que, para resolver la costumbre mercantil, antes se debe agotar las leyes, el contrato y la ley supletoria.

2. Otro de los problemas se lo presenta en la analogía. En virtud de lo antes mencionado, como efecto que los árbitros o los jueces motivan sus resoluciones con base a la costumbre solo en casos excepcionales, es decir, acuden a ella solo en un vacío legal o contractual. No obstante, es ambiguo que cuando sea de resolver en virtud de la costumbre, sea esta la principal o sea primero por analogía de las disposiciones comerciales que remedien la controversia mercantil. En este caso hay doctrinarios que concluyen que la analogía está por encima de la costumbre mercantil, “se da en el momento en que un juez tiene causas análogas al caso, descarta cualquier opción que no involucre a la ley, en otras palabras, no razona y resuelve en virtud de las costumbres creando un precedente, sino que se limita a la aplicación legal” (León, 2016, p. 33).

Por lo antes expuesto, se infiere que la costumbre mercantil se encuentra en una posición difusa con respecto en la jerarquización como fuente del derecho en el ordenamiento jurídico Ecuatoriano, dado el caso que los jueces o árbitros al elaborar sus razonamientos lo hacen en primacía hacia las leyes imperativas, dispositivas, supletorias y del contrato, y al final solo como una opción plenamente excepcional a

la Costumbre Mercantil, a pesar de ser esta la que presente el caso de forma vinculante cuando la ley no prevea su actuación.

Capítulo II

2.1 Métodos de Prueba de la Costumbre Mercantil

Para seguir dando solución al problema planteado, se debe considerar que el artículo 6 del Código de Comercio vigente proyecta 2 escenarios para probar la costumbre, por un lado, el primer y segundo incisos y por otro el tercer inciso, lo cual nos permite utilizar a la costumbre de dos maneras.

Los anteriores conceptos se esclarecerán en lo que sigue, el principio jurídico del comercio dentro del primer inciso afirma que (...) La costumbre mercantil suple el silencio de la ley (...), en la legislación ecuatoriana se lo utiliza para colmar ciertas lagunas o prevenirla de ella, y los árbitros y judiciales recurren a ella en la medida que cumplan los siguientes aspectos:

- Uniformes. - Debe ser uniforme al menos en lo principal o fundamental, esto es que los actos deben ser realizados de la misma manera por la mayoría de la población del país.
- Públicos. - Debe declarar en actos externos, porque el Derecho regula actos humanos y no estados de conciencia que no llega a exteriores.
- Generalidad. - Deben ser ejecutados en la República del Ecuador o en una determinada localidad, es decir que hay que realizarlos abiertamente sin que ocasione perjuicios para otros. Cabe recalcar que cuando se menciona a determinada localidad se refiere a que en cada parte del Ecuador se pueden realizar actividades comerciales distintas, ya sea en las costas como las costumbres de las asociaciones

pesqueras y sus intermediaciones de mercaderías, o en ciudades en el sector inmobiliario tienen sus propias costumbres respecto a sus comisionistas, entre otras.

- Debe ser ampliamente conocidos. - A pesar de un enunciado vago, se lo puede reducir a que solo los comerciantes deben conocerlos porque estos son los únicos que pueden generar costumbres mercantiles, con respecto al tráfico de mercaderías en regiones específicas, como se dijo en el punto anterior, pueden ser conocidos ampliamente por la localidad o sector específico en virtud del comercio realizado en la zona.

- Tiempo de vigencia. - Por un plazo mínimo de 5 años, es decir que debe una costumbre debe cumplir ese periodo de vigencia para que sea utilizado como medio de prueba.

En el segundo inciso establece que se debe probar la existencia de la costumbre y los requisitos antes mencionados la persona que lo invoque. En ese caso siguiendo las reglas de la carga de la prueba es quien afirma o alega la costumbre a quien le incumbe probar (*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*).

En tal caso el juez deberá adquirir un conocimiento del hecho (la costumbre mercantil). Para llegar a ese conocimiento, el Doctor Carnelutti establece 2 formas, “la prueba directa y la prueba indirecta; para que sea directa dicha prueba debe ser percibida por los propios sentidos del juez (Inspección Judicial), e, Indirecta, que dicho conocimiento es transmitido a través de testimonios o documentos, y por tanto el juez o el árbitro inferirá con respecto de esta. Como es evidente la prueba indirecta se encuentra separada del objeto de la prueba (hecho a probar) y el objeto de la percepción (hecho percibido por el Juez).” (Carnelutti, 1982, p. 53-55).

Considerando que la prueba indirecta es el medio por el cual se puede probar una costumbre mercantil ya que su acción se encuentra en el conocimiento de los comerciantes, que por la habitualidad del comercio han logrado que sean generalmente obligatorias. Conviene subrayar que, el juez debe hallar el hecho a probar, este debe estar ligado al resultado de la prueba indirecta como persuasión, credibilidad, verosimilitud, etc., lo cual con los testimonios de los comerciantes no tiene esa confianza en comparación a una prueba material, documentos, informes, etc., distintas al contrato, ya que hay contratos que no son escritos y se comprueba su existencia con la generación de facturas.

Lo que parece confirmar que el plazo mínimo de 5 años de la costumbre mercantil requiere algo más que meras confesiones de parte o testimoniales, ya pues lo que pretende el legislador al establecer el plazo mencionado es que el derecho mercantil progrese conforme a la dinámica comercial, sin que se afecte las relaciones comerciales locales, regionales e internacionales (ibídem, p. 54). Por otra parte, las pruebas documentales aportan al juez el hecho de probar mediante el procedimiento lógico de la deducción, logrando una subsunción del hecho verificado y certificado (la costumbre mercantil) para llegar a la decisión. La mencionada verificación y certificación puede tener tal validez de prueba, porque establece un medio de un hecho visible para el juez en el cual sostiene su percepción y deducción.

¿Quién puede certificar y verificar costumbres mercantiles? El Ecuador tiene la obligación de impulsar, velar, regular, controlar los intercambios, transacciones económicas y comercio justo, conforme a lo establecido en los artículos 335, 336, 337 de la Constitución de la República del Ecuador (Constitución R. E., 2008, p. 157), es decir, que el Estado puede establecer medios por el cual receptar una certificación mediante verificación de una costumbre que se encuentre activa en el comercio.

¿Cómo podría el Ecuador verificar y certificar y en qué forma aportaría en el desarrollo de las costumbres mercantiles? Uno de los organismos públicos encargados de conocer el tráfico comercial es el Registro Mercantil, en el cual se certifican actos privados (Reservas de Dominios) y actos públicos (Constitución de Compañías), podría certificar costumbres mercantiles como ocurre en Colombia, “en este país, se encargan de investigar costumbres mercantiles, solamente las más relevantes de cada localidad. Una de sus ciudades, esto es, la Cámara de Comercio de Bogotá en conjunto con la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario se encarga de la investigación de derecho comercial, dentro de su estudio se encargan de ratificar costumbres mercantiles vigentes y descertificar las habitualidades que están en desuso. Y para la obtención de alguno de los 78 certificados de costumbres, se requiere un pago por derechos de certificación, lo cual contribuye a la economía estatal” (Cámara de Comercio de Bogotá, 2018, p. 2). En el Sistema de Derecho Mercantil Ecuatoriano es de similar aplicación que el colombiano, además que el tercer inciso del artículo 6 del Código de Comercio vigente es igual “al artículo 6 del Código de Comercio colombiano vigente” (Código de Comercio Colombiano, 1971, p.3).

Dado que Ecuador ha pasado una transición, debe modificar las abolidas normas del Código de Comercio de 1906, por lo que en la presente investigación se observó, que funciona las condiciones extranjeras, las cuales fueron aprobadas por la Asamblea Nacional, con el fin de tener una versión reformada del comercio, es válido implementar como medio de prueba una certificación ya que por medio de este procedimiento se puede ofrecer una garantía por escrito de una costumbre mercantil, en el que materializado en un certificado de conformidad a las reglas del sistema

registral, generará la debida confianza al juzgador de valorarla como medio de prueba, sin contradecir expresa o tácitamente a lo que establece las leyes pertinentes.

En el tercer inciso del artículo 6 del Código de Comercio es una novedad en el sistema normativo mercantil porque establece un tipo de procedimiento en el cual se puede probar la costumbre en virtud de los requisitos de los incisos anteriores, constituyendo como prueba de la costumbre, los siguientes:

1. Si se prueba con testigos, estos deben ser 5 comerciantes idóneos inscritos en el Registro Mercantil, que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos del primer inciso; y,
2. Cuando se pruebe con decisiones judiciales definitivas (cosa juzgada), se requiere que hayan sido emitidas dentro de los 5 años de la controversia (Comercio C., 2019, p.4).

Para llegar a una aplicación de la costumbre mercantil por los jueces o árbitros, debe la parte interesada acreditarla, siendo utópico en el sistema ecuatoriano ya que se observa a la costumbre como fuente informal del derecho mercantil trayendo problemas en el procedimiento probatorio, ya que la misma norma obstaculiza la exigencia al juzgador de tener un conocimiento colmado, como si viniera de la ley misma. “Constituye una particularidad en el principio –que el derecho no se prueba- (Madriñán, 2013, p. 58). Lo mencionado tiene efectos importantes en la declaración del juzgador en virtud de la fuente, por lo que en ciertos casos dicha costumbre no consigue ser acreditada por el interesado. Por ejemplo, es el caso de la Sentencia de la Corte Suprema, segunda sala civil y mercantil, Gaceta Judicial, año CIII, serie XVII, No. 8 pagina 2320. Este caso es de una compañía (Martucci S.A.) vs una aseguradora (Bolívar Compañía de Seguros del Ecuador S.A.), por riesgos de camarón desde

lugares de producción hasta las empacadoras, al haber ocurrido un siniestro (asalto) a los vehículos. Uno de sus argumentos es que (...) Martucci S.A. debía tomar las precauciones convenientes para garantizar la seguridad de los bienes asegurados, para cuyo efecto, éstos deberían ser transportados por dos personas empleadas de dicha empresa asegurada. Martucci incumpliendo tal obligación contractual y agravando arbitrariamente el riesgo asegurado, realizó el transporte de dos camiones sin enviar a dos empleados dependientes de ella. Las condiciones generales de la póliza establecen en su Art. 6, que es causa excluyente de responsabilidad de Bolívar... "cualquier falta imputable al asegurado"(...). En efecto el tribunal no toma en cuenta la costumbre mercantil por su falta probatoria y falla a favor de Martucci S.A. (Corte S. J., 2001, p. 2320).

En virtud del caso antes expuesto se comprende, algo que ocurre a menudo, con la solicitud de la norma obliga que la costumbre sea probada para que el juez la reconozca como tal, siendo una limitante para la aplicación de la costumbre mercantil en nuestro país. Es por eso que, aparte de ser una fuente excepcional se encuentra adherida a que los medios utilizados para comprobarlas, deben producir un convencimiento al juzgador en los requisitos planteados en el primer inciso del art. 6 del Código de Comercio vigente. Se observa que existe 2 problemas, el primero es la limitante de que corresponde probar para convencer al juez o árbitro de la existencia de la costumbre, y, que los medios de prueba los cuales establece en el último inciso del artículo 6 de la ley en mención, son taxativos y como tales limitados.

Dicho lo anterior, se logra considerar a las certificaciones del organismo pertinente como un nuevo medio de prueba, el cual se sustente por sí solo, ya que es un documento emitido por una autoridad competente en ámbitos mercantiles, certificado que permanece de manera pública para los comerciantes que lo requieran.

Dicho de otro modo, las certificaciones tendrían un mayor valor como medio de prueba para el convencimiento del juez o árbitro, no obstante, a pesar que las certificaciones son un paso para el medio probatorio dentro de un proceso judicial, existe infinidad de costumbres mercantiles que se deben reconocer, tanto local, regional e internacional, en los casos en que las leyes no se remitan a ellas.

Para finalizar, se comprende que las decisiones judiciales son un método infalible que evidencia la costumbre, y como tal es útil como medio probatorio, pero si se determina para la cantidad de costumbres mercantiles que existen sería algo excepcional en gran medida, en razón de lo antes expuesto, probar con una sentencia una costumbre mercantil y que esta sirva para el convencimiento del juez, o más aún, si la costumbre de la que se encuentra en controversia no se encuentra tratada dentro del sistema judicial, es una investigación sin recompensa porque el riesgo de que no convenza al juez es mayor que el que acepte una costumbre mercantil como motivación para llegar a su decisión. Inclusive, es mucho más dificultoso probar mediante decisiones judiciales que por medio de testigos (Gaitán, 2018, p. 119).

En el caso de los testigos, se debe considerar si se encuentran registrados como comerciantes, se supone, que la norma no determina personas naturales o jurídicas para el testimonio, y es conocido que las personas ficticias no pueden declarar sino bajo sus representantes legales, es decir, que si se requiere un testimonio de un comerciante que conduce un taxi o un productor de banano particular respectivamente, estos deben estar inscritos en un registro mercantil para poder comprobar su idoneidad dentro del proceso.

2.2 Algunos tipos de Costumbres Mercantiles.

En ciertos sectores del Ecuador dentro de la investigación se logró adquirir dos distintos tipos de costumbres mercantiles en prácticas típicas. Por lo general se da en el intercambio productivo según los conocimientos relacionados con carácter mercantil que no se encuentran reguladas por la norma, y no son contrarias a la ley, a continuación, se las presenta:

1. Es costumbre mercantil que “los comerciantes negocien con las exportadoras de cacao, para que paguen por el cacao seco un porcentaje de descuento del 0% hasta el 6% de la producción al vendedor por no encontrarse completamente secado.” (Ontanela, 2013, p. 7-8)

2. “En muchas comunidades de playa la población se provee de pescado mediante las capturas que ellos mismos realizan; en virtud de las relaciones de amistad con los pescadores artesanos compran los productos a precios mínimos.” (Espol, 1987, p. 54)

3. Es costumbre mercantil en el arrendamiento de bienes inmuebles rurales con producción agrícola, en un acuerdo entre comerciantes, el arrendador otorgue 6 meses gracia hasta que empiece a producir la tierra, estos pueden cobrarse al inicio de la celebración del contrato o al final previo fenecer el mismo (Fullagro v. C.H.F., 2014, p.8).

4. Se logró encontrar ejemplos de Colombia. “La Cámara de Comercio de Colombia tiene un “Listado de Costumbres Mercantiles” a la cual acceden los comerciantes o empresarios colombianos para obtener su certificación, a cambio pagan los derechos correspondientes. Entre las costumbres mercantiles colombianas se encontró: “En Bogotá, D. C., es costumbre mercantil que para dar por terminado el contrato de suministro de

mercancías al detal de bienes distintos a alimentos, los almacenes de cadena y/o supermercados den aviso de dicha terminación a los distribuidores mayoristas de mercancías por teléfono y con una antelación de por lo menos una (1) semana” (Cámara de Comercio de Bogotá, 2018, p.2).

Existen muchas más costumbres mercantiles, las cuales se hayan en conocimiento de los comerciantes que realizan distintas operaciones mercantiles, por lo que, a pesar de no tener una licencia de comerciantes otorgada por el Registro Mercantil, ejercen habitualmente de forma obligatoria las costumbres correspondientes a su giro de negocio, lo cual les impide comparecer como testigos en un proceso judicial por falta de un requisito básico que es la inscripción. Y como resultado se obtiene problemas al establecer como medio de prueba en un proceso su conocimiento bajo juramento el cual se habló en líneas anteriores, no obstante, se puede llegar a una mayor credibilidad de los hechos conforme a la certificación de costumbres mercantiles por la autoridad competente.

2.3 La costumbre mercantil como cláusula contractual.

Con el propósito de encontrar otra solución como medio de prueba de la costumbre se va a proponer otra medida la cual servirá para resolver los problemas planteado anteriormente. La costumbre mercantil es una fuente excepcional al momento de ser aplicada por el juzgador en virtud de las limitaciones que plantea el artículo 6 del Código de Comercio vigente, la respuesta es que se debe establecer a la costumbre mercantil como cláusula contractual por medio de la voluntad de las partes.

Para comprender mejor, lo planteado en el párrafo anterior, es en la sentencia del 2 de abril de 2014, No. 061-14-SEP-CC, caso No. 0708-13-EP, expedida por la Corte Constitucional del Ecuador, de la compañía Fullagro S.A. vs Castro Hidalgo. En la presente sentencia resuelve una controversia originada de una cláusula contractual de un contrato de arrendamiento que celebraron las partes indicadas por una hacienda. El litigio ocurre por el desacuerdo que la compañía Fullagro S.A. gozó de los 6 meses de gracia previo al inicio del contrato, pero la compañía probó que no gozó al inicio, sino que debe gozar antes de finalizar el contrato, en el cual prueba mediante facturas que se canceló los cánones de arrendamiento desde el inicio del contrato, y por ende le corresponde gozar de la gracia al final del mismo, cláusula que forma parte del contrato de arrendamiento celebrado por las partes. Por lo tanto, el tribunal resuelve que se debe cumplir el contrato conforme lo estipulado en el mismo con respecto a la costumbre mercantil. Aquí se observa la solidez que tiene una costumbre establecida como cláusula dentro de un contrato, por lo que su aplicación es inmediata ya que de no hacerlo incurre en incumplimiento y como tal la resolución del mismo. Llegando la Corte Constitucional a la conclusión de que la costumbre dentro del contrato no constituye vulneración a los derechos constitucionales planteados en el mismo.

De esta forma es como la Corte Constitucional reconoce que en lo comprendido de la costumbre mercantil que es legítima su aplicación dentro de una disposición contractual juramentado por las partes, ya que, al ser ley para las partes, sin que estas pudieran haberlo solicitado directamente, se comprende como válida dicha disposición.

Es por esto que se pretende en la presente investigación, al verificar con pruebas contundentes las maneras en que los jueces pueden interpretar a través de

su conocimiento con respecto al hecho, y no se limiten a crear un criterio a consecuencia de obtener información de la percepción de terceros para motivar su sentencia. Más aún, con la exigua fuente normativa, se debe permitir abordar áreas comerciales que son heterogéneas. Al mismo tiempo, qué pasa si los comerciantes adoptan cláusulas contractuales que invoquen costumbres mercantiles que sean certificadas por la autoridad competente; mediante el proceso se aumenta la valoración del juzgador para motivar de manera objetiva.

Conclusiones

La costumbre mercantil es una fuente que permite desarrollarse al derecho mercantil en virtud de la dinámica del comercio, por lo que la misma llena los vacíos que el legislador no logra prever. Lo que se puede razonar es que la prevención relativa a las controversias, se logra solucionar con mayor eficacia aspectos importantes de negocios que regulan sus acciones en conjunto a las leyes y costumbres mercantiles, de manera que las posibilidades que haya controversias como efecto de algún vacío de ley sería mucho menor, con mayor razón si ahora se obtiene costumbres con un plazo mínimo de 5 años. Por lo tanto, es importante que en el ordenamiento jurídico el juzgador de fuerza de aplicación a la costumbre mercantil, y que los comerciantes reciban sus certificaciones que garanticen las mismas, por lo que sería de gran aporte como economía procesal y celeridad, otorgando mayor eficacia y resultados conforme a derecho.

Avanzando en nuestro razonamiento, se logra con evidencia determinar que la transición que tuvo el Código de Comercio vigente abrió el camino a una nueva forma de determinar los negocios comerciales, lo cual es un gran paso que ha dado el sistema mercantil ecuatoriano, ya que la costumbre mercantil requiere ser tratada

como una fuente inmediata en caso de un vacío legal. Para lograrlo se requiere que la costumbre sea tratada por encima de la ley supletoria por ser de específica y objetiva aplicación. Que se agregue las certificaciones que tengan registrada a la costumbre, como medios de prueba las cuales sirvan al juez a motivar su dictamen, y que otorguen toda la información al juzgador referente a la costumbre en litigio.

Por consiguiente, en la realidad actual del Ecuador es evidente que probablemente la principal solución para el problema planteado está en el capítulo segundo del presente trabajo, en cierto modo agregar una certificación a las costumbres como medio de prueba del cual se obtendría provecho por la cancelación de derechos de certificación al Registro Mercantil, el mismo que aumentaría la convicción del Juez al momento de dictar su resolución. Igual forma ocurre con las cláusulas contractuales donde se acuerdan ciertas costumbres mercantiles, en que son las partes con respecto a su libertad de contratación las que definan una costumbre acorde a su voluntad la misma que es ley para las partes. Lo cual no se confundiría al impartir justicia por parte del juzgador, ya que en el contrato se establecería una costumbre que se encuentra certificada por la autoridad competente, y automáticamente éste deduciría que la mencionada costumbre contiene todos los requisitos del artículo 6 primer inciso, por lo cual procedería a admitir como prueba dicha costumbre mercantil y como efecto se obtendría sentencias plenamente motivadas. No obstante, para llegar a su aplicación se requiere de un planteamiento por el legislador con respecto a agregar esa parte además de los comerciantes idóneos inscritos en el Registro Mercantil.

Recomendaciones

Para remediar el problema planteado, existe la probabilidad de aumentar las certificaciones y verificaciones por el Registro Mercantil, incluyendo en el texto del artículo 6 del código de comercio vigente.

Se reemplaza:

Art. 6.- 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.

La existencia de una costumbre mercantil, así como el cumplimiento de los requisitos descritos en el inciso anterior deberán ser probados por quien los invoca.

Sin embargo, cuando se pretenda probar con testigos, estos deberán ser por lo menos cinco comerciantes idóneos inscritos en el Registro Mercantil, que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos respectivos; y cuando se aduzcan como prueba dos decisiones judiciales definitivas, se requerirá que éstas hayan sido expedidas dentro de los 5 años anteriores al hecho controvertido.

Por lo siguiente:

Art. 6.- 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.

La existencia de una costumbre mercantil, así como el cumplimiento de los requisitos descritos en el inciso anterior deberán ser probados por quien los invoca.

Sin embargo, cuando se pretenda probar con testigos, estos deberán ser por lo menos cinco comerciantes idóneos inscritos en el Registro Mercantil, que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos respectivos; y cuando se aduzcan como prueba dos decisiones judiciales definitivas, se requerirá que éstas hayan sido expedidas dentro de los 5 años anteriores al hecho controvertido.

La costumbre mercantil será probada previa verificación de los requisitos planteados por el Registro Mercantil, mismo que acreditará la vigencia del mismo mediante certificación. Dicho certificado dará toda la información de la costumbre solicitada y será admitido como prueba en el correspondiente proceso judicial.

El inciso adicional, del antes mencionado artículo, servirá como un medio de prueba para la determinación de la costumbre, primero para evitar que en contratos se agreguen costumbres que no han obtenido el mínimo de 5 años plazo y, segundo, que, en caso de no plantearse dentro del contrato, se soporte con aquel certificado la obligatoriedad de la costumbre mercantil.

Bibliografía

- Aulestia, M. R. (1994). *Compendio de Derecho Comercial y Procesal Civil*. Quito: Ediciones A&A.
- C., C. (1906). *Artículo 4*. Quito: Registro Oficial.
- Cámara de Comercio, B. (2018). *Listado de Costumbres Mercantiles*. Bogotá: <https://www.ccb.org.co/Transformar-Bogota/Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles>.
- Carnelutti, F. (1982). *La Prueba Civil*. Buenos Aires: Depalma.
- Comercio, C. (1960). *Artículo 4*. Quito: Registro Oficial Suplemento 1202.
- Comercio, C. (2019). *Artículo 6*. Quito: Registro Oficial Suplemento 497.
- Comercio, C. C. (1971). *Artículo 6*. Bogotá: Decreto 410.
- Constitución. (20 de octubre de 2008). *Registro Oficial 449*. Montecristi, Manabi, Ecuador.
- Constitución, R. E. (2008). *Intercambios económicos y comercio justo*. Montecristi: Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Corte, S. J. (2001). *Ejecución del contrato*. Quito: Gaceta Judicial año CIII, serie XVII, No. 8 p. 2320, de 21 de noviembre de 2001.
- Corte, S. J. (2003). *Contrato de Agente Naviero*. Quito: Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. Página 3800, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

- Cuevas, G. J. (2013). Costumbre Jurídica. *Seminario de Derecho Romano*, (págs. 42,43). Mexico.
- D'ors, A. (1968). *El Digesto de Justiniano*. Pamplina: Aranzadi.
- Espol, C. I. (1987). *La Pesca Artesanal en el Ecuador*. Quito: Ceplaes.
- Gaitán, H. D. (Enero-Junio de 2018). Dificultades en la Aplicación de la Costumbre Mercantil por Jueces y Árbitros. *Ciencias Jurídicas*, 118-119. Obtenido de <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/9652411/6-113-124.pdf/329e2eba-4a01-4ac7-a61b-4e474e0da553>
- Garrigues, J. (1987). *Curso de Derecho Mercantil*. Bogota: Temis.
- H.F., F. v. (2014). *Sentencia de la Corte Constitucional*. Machala: S. 061-14-SEP-CC.
- Kunkel, W. (1972). *Historia del derecho Romano* (4 ed.). (M. Juan, Trad.) Barcelona: Ariel.
- León, E. I. (2016). *Derecho Mercantil Consuetudinario, El poder de las prácticas de los agentes económicos*. Bogotá: Legis.
- Machicado, J. (2007). *Corpus Iuris Civilis, Cuerpo de Derecho del Ciudadano Romano*. La Paz, Bolivia: CED Centro de Estudios de Derecho.
- Macias, H. M. (1988). *Instituciones de Derecho Mercantil Ecuatoriano* (Vol. 2). Quito: Banco Central del Ecuador.
- Madriñán, R. &. (2013). *Principios de Derecho Comercial*. Bogotá: Temis.
- Mancheno, A. (2004). *Síntesis Histórica del Pensamiento Político*. Guayaquil.

Moreno, E. X. (2017). *El Derecho Consuetudinario en Las Siete Partidas del Rey*

Alfonso X. Mar de Plata: <https://www.aacademica.org/000-019/27>.

Olavarria, J. (1956). *Manual de Derecho Comercial*. Santiago de Chile: Editorial

Jurídica de Chile.

Planiol, M., & Ripert, G. (2004). *Derecho Civil. Primera serie* (Vol. 8). México D.F.:

Oxford University Press.

Platón. (1872). *La Republica*. Madrid: Patricio de Azcárate.

Quevedo, C. F. (2016). *Derecho Mercantil*. Mexico: Pearson Educacion.

Sala, C. A. (2005). *Cobro de Tarifas Redondeadas*. Quito: Expediente de Casación

212, Registro Oficial Suplemento 17, 13 de mayo de 2005.

Taruffo, M. (2010). *Simplemente la Verdad - El juez y la construcción de los hechos*.

(D. A. Scagliotti, Trad.) Madrid: Marcial Pons.

Valencia Zea, A. (2004). *Derecho Civil, Parte General y Personas* (Vol. II). Bogotá:

Temis.

Vincent, C. F. (2006). *Introducción al Derecho Mercantil* (19 ed.). Valencia: Tirant lo

Blanch.



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **ABADIE, FAUSTO** con C.C: 0704701549 autor del trabajo de titulación: **LA COSTUMBRE MERCANTIL COMO FUENTE DEL DERECHO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **28 de Agosto** de 2020

f. _____

Nombre: **Abadie Aguilera, Fausto**

C.C: **0704701549**

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	La costumbre mercantil como fuente del derecho en el código de comercio.		
AUTOR(ES)	Abadie Aguilera Fausto David		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Dr. Lazo Mora Alejandro Enrique		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	28 de agosto de 2020	No. DE PÁGINAS:	29
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Mercantil, Código de Comercio		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Costumbre Mercantil, fuente del derecho, prueba, aplicación de la norma, Código de Comercio, control de costumbres, redacción eficiente.		

La intención de la presente investigación es analizar la Costumbre Mercantil como Fuente del Derecho Mercantil determinado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, estudio que corresponde a la vigencia del nuevo Código de Comercio publicado en el Registro Oficial suplemento No. 497 del 29 de mayo de 2019. En la actualización del Código de Comercio se reformó la costumbre mercantil ampliando su valor dentro de la legislación ecuatoriana. No obstante, al implicar un avance al desarrollo de actividades comerciales surgen interrogantes con respecto a su fiabilidad como prueba en procesos judiciales, en qué forma se puede alcanzar suplir el silencio de la ley y qué medios se deben requerir para el control de costumbres mercantiles se encuentran vigentes o en desuso. Como génesis del desarrollo del trabajo se toma en cuenta los antecedentes de las costumbres mercantiles en el mundo y su acogida en el Ecuador, siguiendo con la comparación con el Código de Comercio vigente y el ya derogado para identificar el progreso que ha optado la Asamblea Nacional en razón a su promulgación, y acto seguido se compara con legislación extranjera identificando las bases normativas, doctrinales y jurisprudenciales de su aplicación, concluyendo con una solución de cómo equilibrar la aplicación de la norma y como podría ser una redacción eficiente del artículo seis del Código de Comercio.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0984157584	E-Mail: faustoabadie@gmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza	
	Teléfono: +593994602774	
	E-Mail: maritzareynosodewright@gmail.com	

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	