



*La aplicabilidad de la Lex Mercatoria en los contratos comerciales entre empresas extranjeras y ecuatorianas*

*The applicability of the Lex Mercatoria in commercial contracts between foreign and Ecuadorian companies*

*A aplicabilidade da Lex Mercatoria em contratos comerciais entre empresas estrangeiras e equatorianas*

Eric Misael Rodríguez Galarza <sup>I</sup>  
[ericrodgd@gmail.com](mailto:ericrodgd@gmail.com)  
<https://orcid.org/0000-0003-2178-962X>

**Correspondencia:** [ericrodgd@gmail.com](mailto:ericrodgd@gmail.com)

Ciencias Económicas y Empresariales  
Artículo de Investigación

\* **Recibido:** 23 de agosto de 2022 \* **Aceptado:** 12 de septiembre de 2022 \* **Publicado:** 12 de octubre de 2022

I. Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.



## Resumen

La Lex Mercatoria siempre ha acarreado un gran dilema, la consideración de ser tan solo una norma dispositiva y no de obligatorio cumplimiento por sí misma. En ese contexto, Ecuador también es parte de ello, siendo una amenaza para la seguridad jurídica de las partes contratantes, al no pronunciarse sobre la aplicabilidad de esta norma.

La presente investigación subraya la carencia en la legislación ecuatoriana, el correcto uso de la lex mercatoria dentro del Estado ecuatoriano y el alcance de la misma; mediante una investigación jurídica, documental y aplicada.

Se encontró que la Lex Mercatoria es legítima y su aplicación es viable en el ámbito comercial internacional ecuatoriano, pero necesita del apoyo estatal para su acatamiento o resarcimiento. Por ende, nos encontramos ante una necesidad comercial de asimilar esta norma dentro de la legislación ecuatoriana para brindar seguridad jurídica a los contratantes.

**Palabras Clave:** Lex Mercatoria; contratación transnacional; justicia arbitral internacional; Derecho mercantil; globalización del Derecho.

## Abstract

The Lex Mercatoria has always brought with it a great dilemma, the consideration of being only a dispositive norm and not mandatory by itself. In this context, Ecuador is also part of it, being a threat to the legal certainty of the contracting parties, by not ruling on the applicability of this rule. This research highlights the lack in Ecuadorian legislation, the correct use of the lex mercatoria within the Ecuadorian State and its scope; through legal, documentary and applied research.

It was found that the Lex Mercatoria is legitimate and its application is viable in the Ecuadorian international commercial environment, but it needs state support for its compliance or compensation. Therefore, we are faced with a commercial need to assimilate this rule into Ecuadorian legislation to provide legal certainty to contractors..

**Keywords:** Lex Mercatoria; transnational contracting; international arbitral justice; commercial law; globalization of law.

## Resumo

A Lex Mercatoria sempre trouxe consigo um grande dilema, a consideração de ser apenas uma norma dispositiva e não obrigatória por si só. Nesse contexto, o Equador também faz parte dele, sendo uma ameaça à segurança jurídica das partes contratantes, ao não se pronunciar sobre a aplicabilidade desta norma.

Esta pesquisa destaca a falta da legislação equatoriana, o uso correto da lex mercatoria dentro do Estado equatoriano e seu alcance; por meio de pesquisa legal, documental e aplicada.

Constatou-se que a Lex Mercatoria é legítima e sua aplicação é viável no ambiente comercial internacional equatoriano, mas necessita de apoio estatal para seu cumprimento ou compensação. Portanto, nos deparamos com a necessidade comercial de assimilar esta norma à legislação equatoriana para dar segurança jurídica aos empreiteiros..

**Palavras-chave:** Lex Mercatória; contratação transnacional; justiça arbitral internacional; Direito Mercantil; globalização do direito.

## **Introducción**

La Lex Mercatoria tal y como la conocemos, se origina en la época Medieval. En ella surgió la llamada Societas Mercatorum, una clase social dedicada al comercio, adquiriendo poder dentro de la sociedad al ser los pioneros en implementar una serie de costumbres y usos profesionales que se denominaron Lex Mercatoria. En el transcurso, las leyes internas se tornaron insuficientes para cubrir sus necesidades que ya implicaban un ámbito internacional. El desarrollo de la Lex Mercatoria se situó desde inicios del siglo XII hasta mediados del siglo XVI.

En Ecuador, el código de comercio tiene anomias en cuanto a contratos de Comercio Internacional, cosa que afecta a empresas ecuatorianas y extranjeras al momento de realizar contratos. Por fortuna, a nivel internacional existe la Lex Mercatoria y esta pudiera solucionarlo, pero ¿Cuál es el alcance de aplicabilidad que tiene la Lex Mercatoria dentro de los contratos comerciales internacionales realizados en Ecuador?

Con la ausencia de una Codificación Comercial Internacional, las corporaciones y empresas transnacionales han utilizado la Lex Mercatoria para realizar contratos comerciales y poder regular estos mismos. Al ser solo una norma dispositiva, su contenido puede prescindirse o tomarse, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes, y a causa de que muchas normas estatales son inadecuadas e insuficientes al momento de regular y proteger a las partes contratantes a nivel internacional la Lex Mercatoria ha sido de gran ayuda.

La legislación ecuatoriana no ha reconocido ni se ha pronunciado en contra de esta norma, siendo necesaria esta investigación para revelar si es posible utilizar la Lex Mercatoria en Ecuador y el alcance que esta puede tener.

El objetivo de este artículo es analizar la aplicabilidad de la Lex Mercatoria en los contratos comerciales entre empresas extranjeras y ecuatorianas, mediante doctrina y jurisprudencia para probar si puede ser utilizada en Ecuador.

Por todo ello, la presente investigación busca establecer el alcance de aplicabilidad de la Lex Mercatoria en Estado ecuatoriano a causa de las carencias legislativas y anomias en cuanto al Comercio Internacional se refiere, permitiendo que comerciantes ecuatorianos y extranjeros puedan utilizarla dentro del país sin temor alguno.

### **Metodología**

Para investigar los antecedentes jurídicos y jurisprudenciales sobre la aplicabilidad de la Lex Mercatoria se emplearán los métodos de investigación jurídica y documental, con el objetivo de recopilar la información necesaria para establecerlo dentro de la investigación.

Para reconocer las anomias existentes en la legislación ecuatoriana en cuanto contratos de Comercio Internacional se utilizarán los métodos de investigación jurídica y documental nuevamente, con el fin de identificar aquellas carencias y exponerlas para constatar el problema que acaece.

Para identificar el alcance de aplicabilidad de la Lex Mercatoria en contratos comerciales internacionales en Ecuador se usará el método de investigación aplicado el cual busca convertir el conocimiento puro, es decir, teorías, en un conocimiento práctico y útil para la sociedad.

La información será obtenida de sentencias de la Corte Nacional de Justicia, sentencias de la Cámara de Comercio Internacional de París, libros, artículos científicos y tratadistas del comercio Internacional, de Ecuador y el extranjero.

### **Lex Mercatoria como fuente de derechos y obligaciones comerciales**

La Lex Mercatoria según la recopilación que realizó Frignani (1986) es aquél “cuerpo de reglas e institutos concernientes al comercio internacional comúnmente aplicados por los mercaderes, en el sentido que se trata de reglas de derecho, o al menos, que los otros contrayentes se comportarán observando las mismas reglas.” Además, como complementa Castrogiovani (2008) está se formada

por usos y costumbres propios de comerciantes, constituyendo el derecho aplicable en contratos independientemente de la ley in situ y de la personal de los partícipes, otorgándoles igualdad de condiciones.

La Lex Mercatoria es casi incompatible con el monismo jurídico “que defiende la idea de que el término Derecho remite fundamentalmente a un conjunto de normas positivas, de origen estatal” (Sánchez - Castañeda, 2006), de cual todas las que estén fuera no serían consideradas derecho. Es así que el uso de la Lex Mercatoria solo es posible cuando los Estados tienen una posición institucionalista, o también llamado pluralismo jurídico, lo que en palabras de Juana Dávila Sáenz (2012) “se pone en tela de duda el postulado dogmático jurídico (doctrinal) de la exclusividad y prevalencia del derecho oficial en la sociedad, al evidenciar la existencia de otros órdenes jurídicos igualmente determinantes de los comportamientos sociales”.

### **Características de la Lex Mercatoria**

La Lex Mercatoria tiene ciertas características que la han vuelto única en cuanto a normas dispositivas se trata, son especiales, pues la distingue de tratados, convenciones y reglamentos internacionales que han sido creadas por instituciones estatales, con el interés de regular el comercio desde el Derecho Público queriendo unificar todo creando un monismo jurídico, mientras esta, al haber nacido de la costumbre, primero ha de adaptarse a los intereses de los comerciantes. Las características que más destacan son las siguientes:

### **Surgimiento Privado**

Los Estados no han intervenido en la creación de este conjunto de normas, pues, tal figura proviene de los propios mercantes al momento de comerciar, estos al realizar sus actividades han generado costumbre, y mediante ese hábito se ha mantenido un estándar a seguir.

### **Autonomía**

El carácter autónomo de esta figura permite que aquellos que quieran sujetarse a ella puedan hacerlo, pues la voluntad de las partes es la que designará a que normas, usos o costumbres se vinculará el contrato, y la Lex Mercatoria puede ser parte sin importar nada más que su elección.

### **A-nacionalidad**

Cuando se toma el término de a-nacional, es para representar la internacionalidad e independencia de los Estados, pues al provenir de un ámbito global, la institucionalización no ha influido en su origen, pero la aceptación y ratificación de la Lex Mercatoria dentro de los Estados si ha generado más interés y utilización de la misma.

### **Coercibilidad**

En la edad media, los conflictos que resultaban del incumplimiento del trato entre las partes se dirigían a los tribunales de las corporaciones de mercaderes, para solucionarlo, estos aplicaban las costumbres aceptadas y que regulaban tales actividades comerciales.

Actualmente, es el arbitraje comercial internacional que se encarga de esto. Utilizando el principio *pacta sunt servanda*, interpretado como “los contratos están para cumplirse”, y la autonomía de las partes, pues estas son las directrices con las que se rigen dichas relaciones jurídicas; además, se incluyen los mecanismos de solución de conflictos y la ley aplicable que se desprendan de tal contrato.

### **Uso Universal**

Es aquí donde se presenta la mayor evolución en cuanto a la utilización de la Lex Mercatoria, puesto que en su surgimiento solo la conocían y utilizaban aquellos que estuvieran inscritos en una corporación de mercaderes, ahora cualquier comerciante que se encuentre involucrado en el ámbito internacional puede servirse de esta para regular su contrato y, de darse el caso, solucionar conflictos en los que se viera inmiscuido.

### **Elementos de la Lex Mercatoria**

#### **Principios UNIDROIT**

Fueron creados por el Instituto Internacional para la unificación del derecho privado (UNIDROIT), componiendo un cúmulo de reglas comerciales equilibradas para ser utilizadas internacionalmente, independientemente de aquellas normas adoptadas por cada Estado y condiciones jurídico-económicas que influyan.

### **Usos y practicas Uniformes**

Es un derecho autónomo que se origina del uso mercantil internacional, al margen del control estatal y de ordenamientos jurídicos internacionales. Conformados por cláusulas contractuales, que con la repetición se ha convertido en una práctica habitual.

En este elemento encontramos a los Incoterms (International Commercial TERMS), o en español ‘Términos de Comercio Internacional’, que como su nombre indica son términos que regulan en una transacción internacional “la modalidad de entrega, el momento en que se produce la transferencia de riesgo de la mercancía entre el vendedor y el comprador, así como el reparto de los costes de la operación”.

### **Condiciones generales de contratación y contratos-tipo**

Son aquellas que han sido emitidas para formar parte de contratos, incorporándose a tal por estipulación de una de las partes contratantes. Estas han sido generadas para su utilización en serie, con el objetivo de regular contratos del mismo tipo. Aquí se encuentran las condiciones ECE, desarrolladas por la Comisión para la Europa de las Naciones Unidas.

### **Discusión sobre la Lex Mercatoria y la Nueva Lex Mercatoria**

Algunos doctrinarios han creado esta discusión, con la intención de darle un nombre propio al tipo de usos y costumbres comerciales internacionales de manejo actual, para poder diferenciar a la Lex Mercatoria utilizada en la Edad Media de la que se utiliza actualmente en el comercio internacional. Sus más grandes diferencias son tan solo su coercibilidad y su uso universal. En cuanto a la coercibilidad, como se apuntó anteriormente, en la Edad Media se utilizaban los tribunales de las corporaciones de mercaderes, que solo acudían los que formaran parte de tales corporaciones. Actualmente existe el arbitraje comercial internacional, mediante el cual toda persona que ejerza el comercio puede acudir para solución de sus conflictos.

Después de analizar el cambio de tribunal, la evolución de su uso a universal y su desarrollo en diferentes épocas, se puede decir que ambas tienen similitudes estructurales suficientes para conservar el mismo nombre, pero que, gracias a la globalización actual, la Nueva Lex Mercatoria ha tenido un auge mayor, una expansión masiva y la ayuda de muchos Estados para su utilización. No hay que olvidar que el derecho es cambiante, la Lex Mercatoria al provenir de la costumbre es de lo más normal que evolucione y que sus usos y costumbres varíen a través de los años.

Ahora, ¿de verdad merecen que se las trate como diferentes?, sin poder dar una negación o afirmación categórica, para la presente investigación no se demuestran los cambios suficientes como para que se le dé otro nombre, además esto solo nos aleja del objetivo principal de ayudar a los mercantes en vez de confundirlos.

Es así que el término referencial que en esta investigación se toma es el de Lex Mercatoria, tanto como cualquier otro investigador puede tomar otra concepción, nombre o definición, pues el objetivo principal de ésta es el de generar un Derecho uniforme y mostrar su debido uso, no el de discutir qué nombre es el adecuado.

### **¿Lex Mercatoria es Soft Law o Hard Law?**

Es importante la discusión de si la Lex Mercatoria es Soft Law o Hard Law, pues sólo delimitando esto se puede llegar a esclarecer su utilidad y el alcance de su aplicabilidad.

Pero primero debe entenderse lo que soft law y hard law significa, pues son conceptos que permiten observar la norma desde otra perspectiva que admita regular de una manera más eficiente. Según el diccionario panhispánico del español jurídico de la RAE (2017) soft law es:

Conjunto de normas o reglamentaciones no vigentes que pueden ser consideradas por los operadores jurídicos en materias de carácter preferentemente dispositivo y que incluye recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, principios, etc. Influyen asimismo en el desarrollo legislativo y pueden ser utilizadas como referentes específicos en la actuación judicial o arbitral.

En cambio, el concepto de hard law en esencia “se refiere a los tratados y reglas adoptadas por los Estados. Una vez adoptados, estos vinculan ante la ley” (Oana, 2008), convirtiéndose en norma imperativa que es de obligatorio cumplimiento y del que ninguno puede obviar su contenido para su beneficio.

Interpretando lo que manifiesta Boyle (1999), el objetivo de normas que aún son consideradas soft law no es quedarse en palabra muerta siendo inutilizable o solo como una salvedad de vez en cuando, sino que puedan algún día convertirse en hard law desde el punto de vista interno con la adopción de medidas legislativas o judiciales que incorporan los estándares del soft law a la normatividad interna reconociéndole carácter obligatorio.

Así que, depende desde que Estado se haga tal pregunta para poder responderla. En el caso ecuatoriano hay elementos de la Lex Mercatoria los cuales siguen siendo Soft Law, pero los que se han convertido en Hard Law y por ende son vinculantes, son estos:

- Convención de las Naciones Unidas, para la Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)
- Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante)

### **Convención de las Naciones Unidas para la Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)**

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2015) le da una definición a esta convención y manifiesta que: “La finalidad de esta Convención es prever un régimen moderno, uniforme y equitativo para los contratos de compraventa internacional de mercancías, por lo que contribuye notablemente a dar seguridad jurídica a los intercambios comerciales y a reducir los gastos de las operaciones.”

Esta convención es considerada como uno de los mejores instrumentos dentro del comercio internacional y que debería ser adoptado por la mayor cantidad de países a nivel global, pues dispondrán de una legislación moderna que pone en igualdad de condiciones a las partes que tengan un establecimiento dentro de alguno de los Estados Contratantes. Pudiendo ser convenida por las partes o, caso contrario, la convención se aplicaría sin necesidad de acudir a la determinación de la ley aplicable al contrato, lo que les beneficia al aportar certeza, seguridad y previsibilidad a los contratos de compraventa internacional, dejando la salvedad de utilizar otra ley si así lo desearan. Desde el 1 de febrero de 1993 Ecuador es suscriptor de la Convención de las Naciones Unidas para la Compraventa Internacional de Mercaderías (CVIM) que fue publicada en el Registro Oficial N° 882 con fecha 28 de noviembre de 1991, y su última codificación se dio el 25 de noviembre de 2005 en el Suplemento del Registro Oficial N° 153.

Al haberse publicado en el Registro Oficial inmediatamente su contenido se convierte en vinculante, así que se puede asegurar la utilización de CVIM al formar parte de la normativa ecuatoriana, sin olvidar que esta solo rige para operaciones internacionales y que no irrumpe en aquellos contratos que se realicen entre empresas del mismo territorio.

### **Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante)**

Este código examina las relaciones entre privados con una característica fundamental: el elemento internacional que vincule ordenamientos jurídicos de dos o más Estados, con el propósito de delimitar cuál de ellos debe conocer el tema y demarcar medidas para obligar al cumplimiento de resoluciones.

Fue adoptada en La Habana, Cuba con fecha de firma: 2 de febrero de 1928, por los Estados suscriptores durante la Sexta Conferencia Internacional Americana. Ecuador la ratifica el 31 de mayo de 1933, y la única declaración que dicta es: “En cuanto no se oponga a la Constitución y Leyes de la República”, es decir, que dicho código será válido mientras no concurra en tales, cosa que, hasta el día de hoy no ha sucedido.

El código de Derecho Internacional Privado, toca el Derecho Civil Internacional y el Derecho Mercantil Internacional, siendo el segundo el tema que compete en esta investigación. En pocas palabras, entre toda la regulación mercantil internacional que dicta, hay ciertos artículos que dan parámetros sobre los contratos y sujeción a los mismos:

El artículo 240 manifiesta que la forma de los contratos y actos mercantiles estará acorde a la ley territorial donde se realicen, dejando a cada Estado la libertad de estipular lo que crean pertinente. De ahí en adelante, da especificaciones en contratos de algunas materias como las de seguros, transporte terrestre, depósitos, entre otros.

Se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 153, con fecha 25 de noviembre de 2005, y tal como se dijo anteriormente, por ese hecho es que se convierte en vinculante, obligando su cumplimiento en relaciones comerciales exclusivamente internacionales que este código regule.

### **Determinación de legislación aplicable**

Para determinar cuál es la ley a aplicar en un contrato, el criterio principal a tomar en cuenta es la voluntad de las partes, es así que la ley escogida, además, regulará todo lo que las partes no especificaron en el contrato. Las partes, por uso de autonomía de voluntad y libertad, pueden someter su vínculo comercial a la legislación de un país en específico, así como también a la costumbre extendida en su medio mercantil.

El conflicto de normas llega cuando las partes no hayan designado expresamente la ley, práctica, uso o costumbre, que regirá su contrato. Sin olvidar el principio de que no hay contrato sin ley, pues, aunque las partes no manifestaren nada al respecto, siempre subsistirá un régimen jurídico que lo complementa.

A causa de esto, cada país ha prescrito una manera en la que se puede determinar la ley que será aplicada a un contrato determinado, aunque, al hablar en un contexto internacional, tal actuar se queda corto.

En el artículo 3 del Título Preliminar del Código de Derecho Internacional Privado (1928), del cual ya se habló anteriormente y se estableció como vinculante, manifiesta que se divide en tres clases las leyes y reglas que se presumen vigentes al momento del ejercicio de sus derechos:

I. Las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las siguen, aunque se trasladen a otro país, denominadas personales o de orden público interno.

II. Las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominadas territoriales, locales o de orden público internacional.

III. Las que se aplican solamente mediante la expresión, la interpretación o la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas, denominadas voluntarias o de orden privado.

Hasta este punto pareciera que con eso se esclarecería como se debe actuar en cuanto a la determinación de la ley aplicable, pero no es así, pues no especifica qué se debe hacer cuando existan antinomias, cuál clase debe primar sobre la otra, en esto se queda corto.

Para resolver este problema, en Europa existe el Reglamento (CE) N 593/2008 del Parlamento y del Consejo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, o también Roma I, que sustituye al Convenio de Roma de 1980, el cual regula, entre otras cosas, un doble criterio para determinación de la ley aplicable:

1. Principio de autonomía de la voluntad de las partes, con una característica fascinante, pues permite que las partes se sometan a uno o varios ordenamientos jurídicos.
2. Cuando no exista acuerdo expreso sobre el derecho a aplicar, la cosa no es sencilla, pero por lo menos este reglamento lo contempla y brinda solución.

Con esto en mente, Ecuador al no tener menciones sobre esto en el Código de Derecho Internacional Privado, únicamente mediante la CVIM podemos contemplar a la Lex Mercatoria como ordenamiento jurídico idóneo en cuanto relaciones mercantiles internacionales se refiere, para poder proteger a los comerciantes ecuatorianos, cuando los contratos sean incumplidos y amerite hacerlos prevalecer.

## **Fuentes del derecho**

Las fuentes del derecho que comúnmente nombran los doctrinarios son: fuentes formales, las materiales o reales y las históricas. Precisamente en las formales es donde se encuentran las fuentes más habituales, siendo estas: legislación, costumbre, jurisprudencia y doctrina. Para la presente investigación, la costumbre es la fuente pilar, pues de ahí proviene la llamada “Lex Mercatoria”. La fuente formal más antigua es la costumbre, siendo de carácter cultural con un conjunto de conductas jurídicamente obligatorias, utilizadas por la comunidad constantemente, es aquí donde justamente se posiciona la figura que se ha estado analizando.

### **Constitución**

En Ecuador, se utiliza la pirámide de Kelsen para determinar el orden jerárquico de las leyes aplicables nacionalmente, siguiendo esta secuencia, según el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador (2008):

1. La Constitución;
2. los tratados y convenios internacionales;
3. las leyes orgánicas;
4. las leyes ordinarias;
5. las normas regionales y las ordenanzas distritales;
6. los decretos y reglamentos;
7. las ordenanzas;
8. los acuerdos y las resoluciones;

y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

### **Tratados y convenios internacionales**

Siguiendo ese orden jerárquico encontramos a los tratados y convenios internacionales, en segundo puesto, es decir, la constitución estará por encima de ellos, siempre y cuando su contenido no sea sobre Derechos Humanos, en este caso los tratados y convenios ponderarían.

Como para la presente investigación, los tratados y convenios pertinentes son aquellos de materia comercial, se expone que los antes nombrados, es decir, la Convención de las Naciones Unidas, para la Compraventa Internacional de Mercaderías y el Código de Derecho Internacional Privado, están por encima de las leyes orgánicas y ordinarias, siendo incluso más factible su utilización en contratos de compraventa entre empresas ecuatorianas y extranjeras.

### **Leyes ordinarias**

La ley, también llamada legislación, es creada a través de los poderes públicos y órganos estatales, generando un ordenamiento jurídico compacto, coherente y jerárquico.

El Código Civil es una norma que regula las relaciones en el Derecho Privado, dentro de la legislación ecuatoriana además de considerarse ley ordinaria también toma el puesto de general, es decir que, si existe un código de una materia especial, éste primará y el Código Civil quedará como una norma supletoria.

El Código de Comercio Ecuatoriano, al ser la norma respectiva en cuanto a cuestiones mercantiles, es un código especial, por ende, es el que recoge todo lo referente a lo mercantil, y aquello que escape de él lo rellenará el Código Civil antes mencionado.

### **Código de Comercio Ecuatoriano**

El Código de Comercio ecuatoriano, se encuentra en el cuarto escalón jerárquico, contempla disposiciones preliminares en las cuales expresa ciertos principios a seguir en cuanto a lo mercantil se refiere. El primer artículo trata sobre la regulación de las obligaciones que tienen las personas al realizar actos, contratos de comercio y operaciones mercantiles, aunque no sean comerciantes los que lo realicen.

En el artículo 5 de la misma norma dispone que, si existe algo que no esté regulado expresamente, por analogía se debe aplicar las normas de este código, y si tampoco estuviera contemplado, se estaría a lo manifestado por el Código Civil. Pero, si no estuviera en ninguno de los dos, ¿a qué norma se podría acudir?

En un intento desesperado por rellenar tal anomalía aparece el artículo sexto, en el cual nombra a la costumbre mercantil como sustituta al silencio de la ley, aunque poniendo ciertos requisitos para no crear incertidumbre de cómo sería la misma, diciendo que deben ser uniformes, públicos y ejecutados en Ecuador, además de ser conocidos y observados regularmente en el tráfico mercantil habitual por un mínimo de cinco años.

Después de haber dado la connotación de requisitos a lo antes mencionado, cabe resaltar que la existencia de tal costumbre mercantil debe demostrarse, la ley no contempla cómo, pero eso le corresponde al ámbito procesal lo cual no es el objetivo de la presente investigación.

La insuficiencia de ley y seguridad que existe dentro del Código de Comercio ecuatoriano, en cuanto a la regulación de comercio local e internacional genera que no sea suficiente para cubrir la demanda o necesidades del mismo, por ello es que se integra a los principios de la Lex Mercatoria, radicando su importancia en su aplicabilidad, como lo señala Lando (s.f), quien sostiene que “no basta con reformas locales de nuestros códigos para lograr abastecer las necesidades del comercio actual”, por ende, es necesario tener a la Lex Mercatoria como norma auxiliar que ayude o apoye a una mejor aplicación de las normas internas.

Continuando con el artículo 5 ibidem, se puede decir que se establece de manera idónea la intención del legislador, sin embargo, en cuanto a sus requisitos, estos difieren, ya que son arcaicas y no se adaptan a las necesidades comerciales actuales, por ello es imprescindible una reforma en donde se plantee de forma clara la posibilidad de utilizar la lex mercatoria como fuente de interpretación y regulación de los contratos comerciales.

### **Comparativa con Colombia y México**

En Colombia, la aplicabilidad de la Lex Mercatoria abarca una íntima integración de sus principios rectores con los negocios jurídicos internacionales, donde las cuestiones mercantiles que no se puedan ser resueltas conforme a su normativa interna lo harán de acuerdo a la costumbre mercantil internacional como lo dispone el artículo 7 del Código de Comercio colombiano, en concordancia con el artículo 3 del mismo cuerpo legal que condiciona su uso, estableciendo que su aplicará dicha costumbre siempre y cuando no sea contraria a la ley comercial del país, lo que representa de primera mano el reconocimiento legal del uso de esta herramienta internacional dentro del ámbito comercial interior.

Así mismo, se reconoce dicho uso y regulación dentro de la Ley 1150 del año 2007 de Colombia, en donde se plasma el control respecto a la contratación con Organismos Internacionales y la facultad de someterse a las reglas de tales organismos.

En México por su parte, dentro de su Código de Comercio y demás leyes, no se reconoce de manera directa el uso de la Lex Mercatoria, sin embargo, por su suscripción y ratificación a los tratados y convenios internacionales de esta naturaleza, en particular del Convenio de México de 1994 se anexa dicha facultad, considerándola como una fuente subsidiaria para controlar y regular dichos contratos y negocios jurídicos.

En Ecuador, el reconocimiento legal de dicho instrumento internacional difiere con Colombia, pues mientras que en el primero el uso de la Lex mercatoria es nulo al igual que las condiciones que debe cumplir, por consecuencia lógica de su inexistencia, el segundo lo reconoce dentro de su Código de Comercio y establece directrices a seguir. México y Ecuador por su parte, guardan gran similitud en cuanto al no reconocimiento de dicha figura como ente regulador de los negocios jurídicos internacionales, aunque en México, gracias a los tratados y convenios internacionales, si se los puede aplicar de forma suplementaria.

### **Lex Mercatoria en cortes ecuatorianas**

La costumbre al momento de realizar una resolución o sentencia ha sido tomada en cuenta en Ecuador, pero la Lex Mercatoria como tal, solo ha sido nombrada en el año 2000 el 12 de julio por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil en un recurso de casación, y publicada en el Registro Oficial N° 163, el 14 de septiembre del mismo año.

Con el juicio verbal sumario N° 77-0 seguido por Phoenix Limited Inc. demandando al Banco Amazonas S. A., pues la empresa Phoenix asevera tener facturas las cuales no han sido pagadas, y Banco Amazonas S. A. alega la falsedad de estas. En primera y segunda instancia le dan la razón a Phoenix, sentenciando la veracidad de las facturas y la obligación del pago.

Es por ello que Banco Amazonas deduce un recurso de casación en contra de la anterior sentencia, alegando la infracción de los artículos 112 hasta el 128 y del 1067 del Código de Procedimiento Civil, el 118 del Código Civil y el artículo 4 del Código de Comercio.

En el punto undécimo se nombra el artículo 51 de la antigua Ley del Sistema Financiero, que ya no se encuentra vigente, en el cual se les permitía a los bancos hacer operaciones en moneda nacional o extranjera según las normas y usos internacionales. Carlos Gilberto Villegas alega que hubo una errónea interpretación del artículo 51, por el cual se utilizó el correspondiente a la costumbre mercantil del Código de Comercio, con el que se decía debía cumplir 10 años de uso reiterado y nunca se presentó pruebas de ello. Es aquí, donde Carlos interpreta y resuelve a qué se refiere esa última frase del artículo 51, nombrando a la Lex Mercatoria y lo que esta establece sobre tales operaciones, dando paso a que sea vinculante para ese caso en específico.

A la presente fecha de esta investigación, este es el único juicio en el cual se ha mencionado a la Lex Mercatoria dentro de una resolución de conflictos en una corte local, pero tanto los Principios

Unidroit ni Incoterms, han sido mostrados, utilizados o analizados en tribunales ecuatorianos a fin de motivar una sentencia.

### **Laudos arbitrales de la CCI**

Existen Laudos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) que sirven como precedente para Ecuador al regirse por la Convención de Viena de 1980. La Lex Mercatoria participa activamente dentro de la resolución de conflictos, esto da paso a una influencia dentro de los contratos celebrados entre empresas ecuatorianas y extranjeras.

### **Laudo arbitral CCI 5713 de 1989**

El tribunal que interviene en este laudo es el de la Cámara de Comercio Internacional de París, y el conflicto se dio entre partes de diferentes países, el vendedor siendo de Turquía, comparece como reclamante y el comprador de Suiza, comparece como demandado.

En el resumen que expone la CNUDMI (1989) se relatan los antecedentes y el motivo de la demanda y contrademanda presentados, con sus peticiones incluidas:

Entre las partes se da un pacto de venta en condiciones FOB, el comprador decide impugnar la mercancía por que estos no cumplían con los estándares establecidos en el contrato. Aun así, el comprador vende los bienes, aunque con pérdidas por la cuestión anterior, el vendedor argumentando la venta realizada por el comprador exige el pago completo, el comprador presenta una contrademanda reclamando una compensación por costos financieros, pérdidas directas, faltas de ganancia e intereses.

En un inicio, al no existir una cláusula o señalamiento de la norma a la que se sujetaban, el tribunal determinó a la ley del país del vendedor como ley aplicable para la resolución de este conflicto. Pero la ley de Turquía el requisito de tiempo lo determinaba demasiado corto, además de ser muy específico en cuanto al trámite de compraventa.

Es así que, dicho tribunal trae a colación la Lex Mercatoria mediante la Convención de Viena de 1980, acogiendo a los usos y costumbres pertinentes para así seguir siendo imparciales ante las partes, pues al ya haberse considerado con frecuencia en ese tribunal y por ser conocidos en el derecho comercial internacional, estos llegan a considerarse vinculantes para las partes.

Esto ha dejado un precedente muy fuerte por la elección de la Lex Mercatoria sobre otras normas, manifestando imparcialidad por cuanto es conocida en el ámbito mercantil y esta responde a los

intereses de las partes al contratar, garantizando mayor seguridad jurídica y estableciendo términos y obligaciones los cuales pueden ser cumplidos por ambas partes.

### **Laudo arbitral CCI 8817 de 1997**

Teniendo al mismo tribunal que en el laudo anterior, la Cámara de Comercio Internacional de París, esta vez el conflicto se da entre una compañía española como demandante y una compañía danesa como demandada.

En un inicio, dos empresas de Dinamarca realizan un contrato con una compañía española para la distribución de productos comestibles en España y en Portugal. Dentro de este acuerdo se establecía que si alguna de las partes quería terminar con la relación comercial debía avisarse un año antes, pero que, si no se lo hacía, se podía terminar por incumplimiento substancial del contrato, lo que también incluía a: la suspensión del pago por orden de un tribunal, falta de pago, modificación substancial de propiedad, administración del distribuidor u organización.

Una tercera compañía danesa compra a las dos primeras, esta al continuar con la relación, cambia el acuerdo reduciendo el límite de tiempo en el que hacían los pagos la empresa española, además de exigir una cantidad mayor a la recurrente en un plazo de apenas cinco días. Por lógica, esta empresa española falla con el pago, y la compañía danesa, emite un comunicado en el que manifestaba dar por terminado el contrato, argumentando la falta de pago y el cambio de administración de la compañía.

El tribunal al conocer el caso toma la decisión de escuchar a las partes para que elijan qué ley será la aplicable al caso, la empresa danesa solicita que se resuelva bajo la Lex Mercatoria mediante el uso de la Convención de Viena, y la compañía española pide se acojan a la ley española por la relación que tiene con el contrato. Al no existir acuerdo, el tribunal decide de tomar como vinculante a la Convención y, por ende, a la Lex Mercatoria, por el hecho de que el contenido del contrato, en su mayoría, gira en torno a la compraventa de mercadería.

Es así, como se constata que, la Lex Mercatoria puede provenir del acuerdo entre las partes o por la elección del tribunal arbitral para solución de conflictos mercantiles, pues lo toman como una norma que unifica al derecho internacional y su capacidad para resolver los conflictos que se presenten.

### **Conclusiones**

Después de haber recopilado la historia de la Lex Mercatoria, dar un paso por su evolución y trasfondo, se puede decir que la Lex Mercatoria es uno de los pilares que sostienen la unificación del Derecho Comercial a nivel mundial, ha demostrado ser una norma a la cual se puede acudir para la resolución de conflictos y que brinda seguridad jurídica a quienes se someten a ella.

A falta de una legislación local especial que garantice la resolución de conflictos contractuales en la compraventa internacional en Ecuador, se concluye que, debe tomarse a la Lex Mercatoria como el principal instrumento del ordenamiento jurídico, no tan solo como un auxiliar, lo que sí generaría seguridad jurídica para las comerciantes extranjeros que quisieran contratar con empresas ecuatorianas, lo que mejoraría y ampliaría las relaciones comerciales entre ellos, siendo un punto positivo para el ámbito económico nacional.

El alcance de aplicabilidad que tiene la Lex Mercatoria está sujeta a lo que determinen las partes, pues éstas pueden someterse a ella en su totalidad, o escoger en qué puntos tendrán que atenerse a lo que manifieste esta figura, y como se observó durante toda la investigación, en Ecuador no es distinto, aquellas personas que ejerzan el comercio, pueden utilizarla sin ningún problema, pues no hay ley que lo prohíba, y aunque provenga de interpretación normativa, la Convención de Viena de 1980 y el Código de Bustamante, las cuales Ecuador ratificó, permiten, sin lugar a dudas, su utilización dentro de los contratos comerciales internacionales entre compañías ecuatorianas y extranjeras.

## Referencias

1. Ariza Higuera, Libardo y Daniel Bonilla Maldonado (2007). "El pluralismo jurídico: contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico", en Pluralismo Jurídico, Bogotá, Siglo del Hombre Editores.
2. Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador - CRE. Montecristi: Asamblea Constituyente
3. Asamblea Nacional. (2022). Código Civil. Quito: Asamblea Nacional.
4. Asamblea Nacional. (2020). Código de Comercio. Quito: Asamblea Nacional.
5. Becerra Ramírez, M. (2008). Notas sobre problemas teóricos de la costumbre internacional. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2547/10.pdf>

6. Boyle, A.E. (1999), "Some reflections on the relationship of treaties and soft law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, October, 1999, pp. 901-913; Chinkin, C. M., "The challenge of soft law: Development and change in international law", op. cit., pp. 850-866; Elias, Olufemi y Lin, Chin, "General Principles of Law, 'Soft' Law and the Identification of International Law, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXVIII-1997, pp. 3-49.
7. Carlos Felipe Law Firm (2020). Diferencia entre norma dispositiva y norma imperativa. Obtenido de Carlos Felipe Law Firm: <https://fc-abogados.com/es/diferencia-entre-norma-dispositiva-y-norma-imperativa/>
8. Castrogiovani, R.M. (2008). "Lex Mercatoria". En: *REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO COMERCIAL* (2008). Compilación Especial. Buenos Aires, Revista Electrónica de Derecho Comercial. Ver en: [www.derechocomercial.com](http://www.derechocomercial.com)
9. Ceupe. (2017). ¿Qué es la Lex Mercatoria? Ceupe.com; CEUPE. <https://www.ceupe.com/blog/que-es-la-lex-mercatoria.html>
10. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2015). Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) |. Un.org. [https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale\\_of\\_goods/cisg#:~:text=La%20Convenci%C3%B3n%20sobre%20la%20Compraventa%20es%20fruto%20de%20un%20esfuerzo,los%20contratos%20en%20varios%20pa%C3%ADses.](https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg#:~:text=La%20Convenci%C3%B3n%20sobre%20la%20Compraventa%20es%20fruto%20de%20un%20esfuerzo,los%20contratos%20en%20varios%20pa%C3%ADses.)
11. Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Convenio de Roma). (2018). Europa.eu. [https://publications.europa.eu/resource/cellar/16594b1e-a604-4a3d-bb97-d3e647a2fd67.0005.03/DOC\\_1](https://publications.europa.eu/resource/cellar/16594b1e-a604-4a3d-bb97-d3e647a2fd67.0005.03/DOC_1)
12. Dávila S., J. (1 de septiembre de 2012). Apuntes sobre pluralismo jurídico – J. Dávila Sáenz. Obtenido de Neopanopticum: <https://archive.org/download/DvilaSenz-2004-ApuntesSobrePluralismoJurdico/DvilaSenz-2004-ApuntesSobrePluralismoJurdico.pdf>

13. Del Toro Huerta, M. (2006). El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional, en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, VI, p. 528.
14. El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. (2008). REGLAMENTO (CE) N o 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF>
15. Frignani, Aldo. (1986) Il Diritto del Commercio Internazionali, IPSOA, p. 25
16. Glitz, Frederico E. Z. (2017). Lex mercatoria: ¿orden jurídico autónomo?. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, 5(9), 196-223. DOI: <https://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a5.n9.p196>
17. Goldman, Berthold. (1987). "The applicable law: general principles of law: a new law merchant", en J. Lew. Contemporary problems in international arbitration, Dordrecht, Martinus Nijhoff.
18. Hernández, J. (2012): 'Asimetría normativa' y 'Lex mercatoria', en Diccionario Crítico de empresas transnacionales. Claves para enfrentar el poder de las grandes corporaciones. Paz con Dignidad. Colección Antrazyt, Icaria, Barcelona.
19. Kelsen, Hans (1982) . Teoría pura del Derecho, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas -UNAM,
20. Laudo arbitral CCI 5713 de 1989. ICC Arbitration Case n° 5713 of 1989, en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/895713i1.html>.
21. Laudo arbitral CCI 8817 de 1997, ICC Court of arbitration - Paris, 8817 of December 1997, UNILEX
22. Lechuga, J. I., Núñez, A., & Leyva, O. (2019). Contexto Sociojurídico de la Lex mercatoria en Colombia. Ciencia Jurídica y Política, 42-56.
23. Nova, Felipe. (2019). Lex Mercatoria y Nueva Lex Mercatoria ¿más de lo mismo o un fenómeno del siglo XXI?

<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/44705/Trabajo%20de%20Grado.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

24. Oana Andrea Stefan (2008). European Competition Soft Law in European Courts: A Matter of Hard Principles?, 14 Eur. L.J. 753, 754.
25. OEA. (2009). OEA: SAJ: Departamento de Derecho Internacional. Tratados Multilaterales Interamericanos. Oas.org. <https://doi.org/http://www.oas.org>
26. Pulido , J. C. (2018). El 'Soft Law' en le Derecho Privado: Sostén a la teoría de la 'nueva lex mercatoria'. Revista de Derecho y Ciencias Sociales, 223-259.
27. RAE. (2017). Definición de soft law - Diccionario panhispánico del español jurídico - RAE. Diccionario Panhispánico Del Español Jurídico - Real Academia Española. <https://dpej.rae.es/lema/soft-law>
28. Sánchez - Castañeda, A. (2006). Los Orígenes del Pluralismo Jurídico. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 471-485.

© 2022 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).