

Reflexiones en torno a la especialidad y autonomía del Derecho Mercantil ecuatoriano

Reflections on the specialization and autonomy of Ecuadorian Commercial Law

María Andrea Moreno Navarrete¹

¹ Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. maria.moreno01@cu.ucsg.edu.ec



PARA CITAR ESTE ARTÍCULO

Moreno Navarrete, M. A. Reflexiones en torno a la especialidad y autonomía del Derecho Mercantil ecuatoriano. *Revista Jurídica*, (34).

DOI

<https://doi.org/10.23878/rj.i34.590>

CORRESPONDENCIA

maria.moreno01@cu.ucsg.edu.ec



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Av. Carlos Julio Arosemena, Km 1,5. Guayaquil, Ecuador

Teléfono: +593 4 380 4600

Correo electrónico: revista.alternativas@cu.ucsg.edu.ec

Web: www.ucsg.edu.ec



© The Autor(s), 2024

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this license visit <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>.

Reflexiones en torno a la especialidad y autonomía del Derecho Mercantil ecuatoriano¹

Reflections on the specialization and autonomy of Ecuadorian Commercial Law

María Andrea Moreno Navarrete¹

¹ Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. maria.moreno01@cu.ucsg.edu.ec

RESUMEN

El presente artículo propone examinar algunas notas y cuestiones jurídicas que surgen a razón de la especialidad, autonomía del Derecho Mercantil moderno; más todavía a partir de la expedición Código de Comercio de Ecuador publicado en el Suplemento del Registro Oficial 497 el 29 de mayo del 2019. Esta revisión pone acento en el análisis de la empresa como la unión orgánica de elementos materiales e inmateriales y algunas otras cuestiones y debates en torno a las nociones jurídicas de actos de comercio y actividad económica; junto con el análisis de otros temas que se exponen a la postre de las teorías contractuales mercantilistas que relacionan la tipicidad y atipicidad dentro del marco de la libre empresa. Este trabajo tributará a la presentación de elementos y posturas en relación con estas temáticas a la espera de esclarecer el estado actual de las cosas.

PALABRAS CLAVE: comercio, actividad económica, producción, libertad de empresa, tipicidad, atipicidad.

ABSTRACT

This article proposes to examine some notes and legal questions related to modern Commercial Law; even more since Ecuadorian Commercial Code published in the Official Registry Supplement 497 on May 29, 2019. The companies have been subject of a great comment and has been variously described as an efficiency instrument. The purpose of this article is to explore the nature and practical significance of a registered company, and provided an overview of how concept has fared in legislation. There is necessary connection between these questions and other relevant topics such as business result and theories in the field of commercial laws.

KEYWORDS: Economic activity, production, freedom to conduct a business in different legal orders, nominated contracts, unnamed contracts.

¹ Recepción: 23 de Julio del 2024. Aprobación: Este trabajo se publica por primera vez en Ecuador en la Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia en la Universidad Católica Santiago de Guayaquil.

Introducción

El nuevo tráfico económico impuesto por el comercio requiere de instrumentos ágiles, de modo que los negocios jurídicos se perfeccionen y cristalicen de acuerdo con las exigencias de la circulación económica-mercantil a la luz de las nuevas etapas; y nuevas regulaciones. El caso ecuatoriano presenta un importante giro regulatorio con la expedición del Código de Comercio publicado en el Suplemento del Registro Oficial 497, el 29 de mayo del 2019; en el cual se introdujeron cambios normativos en el sector empresarial.

Esta nueva legislación promueve la incorporación de reglas en avance al decimonónico Código de Comercio publicado en el Suplemento del Registro Oficial 1202 del 20 de agosto de 1960. El desfase normativo se presentaba desfasado y poco eficaz ante las exigencias del nuevo sector empresarial. A partir de este nuevo régimen comercial se puede notar el avance a formas modernas de contratación ampliamente conocidas y regularmente observadas por las partes en el tráfico, conforme artículo 7 del Código de Comercio que se presentan en la forma de prácticas habituales encaminadas a la producción, intercambio de bienes o prestación de servicios en un mercado.

Esta regulación responde a la modernidad de los negocios, la cual se ha visto influenciada notoriamente por variables económicas y externalidades que de manera positiva y negativa incide en las labores que realizan los empresarios. Se suman a estos factores, la creciente internacionalidad del Derecho Mercantil, la especialidad de su contenido en el proceso de unificación y otros mecanismos que resultan de la observación de la realidad material de las actividades.

Merece profundizar las novedades jurídicas introducidas a partir de las consideraciones presentadas por el legislador comercial, en las que se enuncian la importancia de converger hacia las ideas renovadoras de la economía de mercado que centra la formación tridimensional: Sociedad, Estado y Mercado, junto con las variantes que sostienen - la mayoría de las visiones contemporáneas - el reto de incorporar nuevas formas contractuales. Los imperativos de la realidad económica han venido cambiando de tiempo en tiempo. Lo propio ha ocurrido con las técnicas que dieron origen a un derecho profesional en la esfera de las actuaciones del comerciante que hoy han cambiado significativamente. (Garrigues, 1987, p. 33).

Una nota de especialidad y que remarca la autonomía del Derecho Mercantil compromete el régimen regulatorio de las actividades económicas en la representación de los actos organizados de modo racional y planificado asegura la obtención de ganancias supraindividuales unidas a los intereses generales. Este enunciado cobra firmeza en la regulación de las prácticas que se realizan de modo racional y planificado que asegura la obtención de ganancias. Con estas aristas, la especialidad del régimen mercantil moderno se ocupa entonces de las actividades ejecutadas con profesionalismo y con una visión corporativa. (Narváez García, 2008, p. 59).

Otra cuestión que merece atención se presenta en la estrecha relación entre las reglas mercantiles y la producción. Ciertamente, el entorno económico necesita modelos de integración productiva, sobre la base de cadenas existentes de producción de bienes y ser-

vicios y con el impulso de los agentes económicos, quienes por su capacidad de producción y sustento financiero serán los directos promotores de las oportunidades que ofrecen el mercado nacional e internacional (Araque, 2017, p. 387).

En esta materia se sobrepone la noción jurídica de empresa y su personalización, a partir de los artículos 14 y 15 del Código de Comercio. La empresa se caracteriza por cumplir una función social y de servicio que desborda la dimensión lucrativa bajo la forma de modalidades de empresarios individuales y colectivos. (Galvan, 2022). Esta definición maximiza la eficacia de las instituciones empresariales en el mercado, a partir de una regulación unitaria y orgánica.

Como se ha advertido a priori, otra cuestión que atiende a la autonomía y especialidad del régimen se comprende en la sujeción de principios aplicables a la materia. El artículo 3 letra a) a la d) del Código de Comercio reconoce, entre otros principios: la libertad de actividad comercial; transparencia; buena fe; licitud de la actividad comercial. El contenido servirá a una interpretación integradora y homogénea que sirve a la aplicación uniforme y responde a las exigencias del comercio y de los agentes económicos.

En consideración a lo anterior, el presente artículo aproximará a su lector a unas reflexiones jurídicos en torno a los atributos de especialidad y autonomía del Derecho Mercantil en Ecuador. Siguiendo este orden, el artículo abordará lineamientos doctrinales y normativos en torno a estos temas mercantiles: los actos de comercio, la actividad económica, la empresa, los elementos materiales e inmateriales, la tipicidad y la atipicidad, entre otros puntos de interés que tributarán a esclarecer el estado de las cosas.

Para lograr tal cometido, este artículo se divide de la siguiente manera: En una primera sección se abordará el contenido principal de la actividad económica y su incidencia en el tráfico negocial y las relaciones de cambio e intercambio, conforme está prescrito en el artículo 7 y numerales del artículo 8 del Código de Comercio.

Seguidamente, en el segundo apartado se tratará los elementos positivos de la incorporación de la electrificación de los acuerdos negociales que se ocupan a partir de las disposiciones normativas en torno al consentimiento mercantil. Disposiciones que en el ámbito comercial prestan relevancia y se entretajan a partir del artículo 239 del Código de Comercio que refuerzan la obligatoriedad de las voluntades, bajo la forma de mensaje de datos en asociación con la ordenación que promueve el comercio electrónico.

Las últimas secciones del artículo proponen abordar el estudio de la tipicidad como un fenómeno que atiende al modo especial, por el cual el legislador ecuatoriano, con notorio avance, ha optado por organizar los elementos de los contratos acogiendo el patrón mercantilista que interrelaciona: la actividad económica (desarrollo habitual, económico y organizado con sentido económico) junto con la naturaleza económica de explotación que deriva en las razones empresariales y en los tipos. Se acompañarán en forma ilustrativa en la forma de tres tablas, a la espera de consolidar ideas en torno a los negocios jurídicos cuya ejecución supone el ejercicio práctico de usos y costumbres (tipicidad social).

El Derecho Mercantil. Su especialidad, autonomía y dimensiones

Desde el sentido normativo general, una codificación representa la suma de leyes disposiciones que se unen por el ámbito, la materia y que se eleva por el órgano legislativo en la forma consolidada. Al momento de su expedición, un código ha de reflejar la tendencia y concepción amoldada al régimen económico.

Legislar es sin duda: una labor cada día más exigente y, agregaría, peligrosa para la sociedad, que debe adelantarse con el mayor cuidado, rigor, ponderación, atendiendo a las consecuencias eventuales de las novedades normativas y sus repercusiones en los distintos campos de la actividad y del interés público y particular. Ciertamente la materia comercial requiere la presentación de un cuerpo regulatorio especial sujeta a revisión continua y al compás de los cambios rápidos de las circunstancias nacionales e internacionales. Hinestrosa (2024, p. 11)

El Derecho Mercantil sigue perteneciendo al derecho privado del mercado, en los cambios fundamentales de esta disciplina que ha venido respondiendo a las exigencias que plantea el movimiento expansionista en el mercado institucional. En este orden, su ocupación subraya la regulación de las transformaciones que impone la vida social y moderna en la esfera comercial, a la vez que procura presentar la institucionalidad de respuestas flexibles acogiendo el modelo económico que reconoce la libre empresa.

Esta disciplina se forma a partir de las disposiciones legales aplicables al ejercicio del comercio y a las actuaciones realizadas por los empresarios ante a las exigencias de celeridad, y seguridad en el tráfico negocial, a razón de la necesidad de instrumentos aceleradores.

El nuevo tráfico económico impuesto por el comercio, requería de instrumentos más ágiles, que las obligaciones se manifestaran como ciertas y seguras de manera más rápida, que los negocios jurídicos se perfeccionaran, cristalizaran y fortalecieran de acuerdo con las exigencias de la circulación económica-mercantil. La respuesta no la daba el Código Civil, y por ello aparece el régimen mercantil como unos contratos homónimos a los civiles, pero dotados de esos instrumentos aceleradores. (Arrubla, 2012, pág. 5)

El régimen comercial en Ecuador cobró un giro importante a partir de la expedición del Código de Comercio publicado en el Suplemento del Registro Oficial 497, el 29 de mayo del 2019. Este código pasa a introducir cambios relevantes en el sector empresarial, lo cual, significó dejar atrás el Código de Comercio publicado en el Suplemento del Registro Oficial 1202 del 20 de agosto de 1960. , se dimensiona el desfase de las épocas y la exigencia de nuevas reglas comerciales que incentiven al sector empresarial.

En las motivaciones jurídicas contempladas por el legislador ecuatoriano se encuentra la oportunidad de justificar la expedición del nuevo código. Desde 1960 hasta la actualidad, el Código de Comercio ha experimentado la exclusión de instituciones; la incorporación de

nuevas instituciones mercantiles en leyes especiales; así como la derogación y suspensión de cánones normativos. Esta línea de transformación mercantil se ha complementado la Ley de Modernización de la Ley de Compañías publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial 347, 10-XII-2020 y la Ley Orgánica para la Transformación Digital y Audiovisual publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial 245, 7-II-2023.

Con esta referencia, el artículo 7 del Código de Comercio redonda la mercantilización de todo acto, operación o contrato que se encuadra en el concepto de actividad encaminada, cumpliendo los elementos de: habitualidad, profesionalismo, reiteración y sentido económico que secunda a la producción.

Así las cosas, la especialidad y autonomía del régimen mercantil, se dimensiona en aspectos como:

- a. La mercantilización de los actos cobra importancia en la aplicación y reconocimiento fiel al conjunto de libertades, en la forma de: libertad de creación, libertad de asociación y libertad de contratación. (Grijalva, Agustín; Jara, María; Martínez, Dunia, 2013, p. 99).
- b. La influencia directa de nuevos esquemas organizativos a consecuencia de la globalización y las nuevas ideas de intervencionismo estatal regulatorio que han aparecido paulatinamente en leyes especializadas al sector, como ocurre por ejemplo con el sector de seguros, valores, societario.
- c. La irrupción de la empresa como una noción técnica - jurídica que se cubre en la unión de los elementos materiales y subjetivos que sumen a la tendencia sistemática de la concurrencia de las actividades y de la disciplina de las operaciones empresarias.
- d. La estructura asociativa como una construcción funcional que edifica a la empresa en la regulación de aspectos legales, funciones, relaciones interdependientes de asociados y partícipes, en el que su fin primordial es la unión colectiva hacia el exterior. Ejemplos son: las asociaciones de cuentas de participación y los consorcios.
- e. La dimensión de las transformaciones comerciales que han ganado espacio con la protección a la producción, comercialización y distribución de los bienes y servicios, siendo que toma importancia la protección al consumo.
- f. La formación de nuevas líneas de contratación subsumidas en la tipicidad social, que frecuentemente discurre en las transacciones y operaciones concertadas entre los empresarios, como por ejemplo aquellas que comprenden el sistema de distribución comercial.

Al mismo tiempo, el listado referencial de los actos de comercio que se alude en el artículo 8 del Código de Comercio deberá alinearse con los principios contenidos en el régimen por cuanto son útiles en cuanto a enunciado interpretativos que sirven para dar luz ante oscuridades o vaguedades normativas que obstaculicen la dinámica y agilidad de las actividades desarrolladas por el comerciante-empresario-.

Una referencia ilustrativa se presenta en la compraventa mercantil como una estructura que sirven a propósitos comerciales afines al contenido económico. El régimen ha optado por definir los elementos esenciales de la compraventa de mercaderías, en atención a un contenido especial y primariamente económico. Esta noción supera las estructuras contractuales del derecho común y se sobreponen la mercantilización, como sería el carácter oneroso y el ánimo especulativo inherente a esta materia.

De los actos de comercio y la empresa

A partir del artículo 1 del Código de Comercio se determina el marco normativo aplicable a las obligaciones de los comerciantes en sus actos, transacciones y operaciones mercantiles; al propio tiempo que, se procede al señalamiento de las reglas aplicables a los sujetos que mantienen la condición jurídica de comerciantes.

Esta materia pone atención al artículo 7 del Código de Comercio que admite una regulación especial a las actividades mercantiles, sean celebradas por comerciantes (y no comerciantes) cuyo objetivo concrete la sujeción de actos que impliquen el desarrollo habitual de una actividad en un determinado mercado. Conviene destacar el desarrollo de las actividades mercantiles como una ocupación pública, habitual, estable y organizada para la consecución de actividades económicas ejercidas directamente o por intermedio de apoderados o auxiliares y el ánimo de reiteración y especulación.

Un punto de correlativa atención se presenta en la consecución de actos jurídicos plurilaterales en la declaración de voluntades encaminadas a un mismo fin, cuya manifestación ocurre para un resultado común. Como referencia, el artículo 8 letra d del Código de Comercio, al disponer, entre otros actos de comercio, la intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las acciones, participaciones o partes sociales. Bajo esta óptica, es trascendente la separación que el ordenamiento jurídico traza en las relaciones de cambio e intercambio comercial.

Desde el sentido jurídico estricto, la materia acentúa el estatus del comerciante-empresario y se atribuye de modo directo a la atribución de un sujeto profesional en el ejercicio de comercio, a la razón de la ejecución de las labores con conocimiento y técnica empresarial, de modo que se le atribuye la capacidad mercantil para ejercer el comercio. Lo anterior se consigna desde el artículo 10 del Código de Comercio, que guarda la condición jurídica de comerciantes, aquellas sociedades mercantiles controladas por las entidades rectoras en materia de vigilancia de sociedades, valores, seguros y bancos, según corresponda, en función de sus actividades de interrelación.

Con estas ideas, se traza que el negocio jurídico asociativo con más acento entre los empresarios por el tipo organizacional y patrimonial que sobrepone los deberes de cooperación entre los participantes y que suman los propósitos comerciales que se despliegan en los contratos a la razón de un quehacer empresarial. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se puede referir como una explicación el contenido del artículo 601 del Código

de Comercio, al señalar al consorcio como un contrato celebrado entre dos o más partes que se unen con el objeto de participar de manera unívoca en un determinado concurso, proyecto o contrato o en varios a la vez.

Dicho esto, el legislador ecuatoriano ha adoptado una posición intermedia de tal forma, que reconoce los actos de comercios un mecanismo ejemplificativo, si se quiere, y que además determina con claridad a los comerciantes, presuntos comerciantes y no comerciantes. En el régimen comercial, se alude al orden que atiende a las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles, y los actos y contratos de comercio. Entre estos se comprende en el literal c) del Artículo 2 del Código de Comercio a las personas naturales que hacen del comercio su ocupación habitual.

Conforme a lo anotado, el Código de Comercio actualmente rige las actividades económicas y contiene puntos importantes como un cuerpo normativo en atención a una estructura promotora del desarrollo y circulación de los negocios. Este orden legal sumará al régimen dispositivo que preserve el desarrollo de los negocios en las empresas.

Por una parte, la empresa como arquetipo organizacional (dimensión jurídica y económica) se forma de la unión de elementos para desarrollar el ejercicio del comercio. A esta construcción se le añade, siguiendo el modelo liberal económico: la función social de la propiedad. Este término permite distinguir el funcionamiento de la empresa y las acciones del empresario; como medios genuinos de circulación en la economía sirve para canalizar el movimiento de capitales y que asume la gestión del negocio para la maximización de sus resultados

En principio, la empresa era considerada un agente puramente económico limitado a crear riqueza que a través de su actividad generaba desarrollo, de manera que el papel de los Estados frente a estas debía ser de promoción y limitarse a regular lo mínimo y subsanar fallas del mercado para su eficiente operación, siendo independientes a cualquier cuestión social. (Sarmiento, 2024, p. 187)

Por otra parte, se dimensiona a la libertad de empresa desde una perspectiva social, es decir como un derecho que debe ser protegido frente a otros derechos. En palabras sencillas, como: el derecho de propiedad privada, el derecho de asociación, la libertad de residencia y circulación, el derecho al trabajo y la libertad de contratación entre otros.

A esta significación social, se le suman las limitaciones al ejercicio del derecho de asociación y de contratación y que se superponen al principio de igualdad y no discriminación. A priori, los derechos que sostienen la libre empresa son inherentes a todas las personas; sin embargo, esta premisa no es absoluta. Por ejemplo, no sería válido a las partes concertar acuerdos asociativos, si sus actos comprometen el orden público y las buenas costumbres. Sobre este último concepto, la limitación es una extensión del principio de autonomía de la voluntad; y no una cuestión meramente moralista (Marciani, 2020, p. 189).

Conviene repasar en torno a la especialidad mercantil, la noción jurídica de empresa. Los artículos 14 y 15 del Código de Comercio, se han ocupado de identificar a la empresa

como: la unidad económica a través de la cual se organizan elementos personales, materiales e inmateriales para desarrollar una actividad mercantil. Con estas aristas, se distingue el uso de técnicas legislativas que optan por incluir un listado referencial de principios enfocados en el ámbito y protección de la materia. Este enfoque antepone como núcleo central a la empresa. “El empresario establece los objetivos de la empresa, negocia los factores y coordina las relaciones del entorno”. (Mochón, 2010, p. 79).

En la presente ilustración, se exponen los elementos de la empresa, a partir del régimen legal ecuatoriano advertido, en el orden que sigue:

Tabla 1. Elementos y noción jurídica de la empresa

ENUNCIADO	RECONOCIMIENTO LEGAL	BASE LEGAL
Noción	Unidad económica a través de la cual se organizan elementos personales, materiales e inmateriales	Art 14 Cod Comercio
Elementos	Nombre o denominación; bienes susceptibles de valoración económica; activos que le permitan desarrollar su actividad; conocimiento empleado en la actividad desarrollada; cartera de clientes; derechos y obligaciones derivados de las actividades emprendidas: relaciones jurídicas y de hecho establecidas por el empresario y los establecimientos (virtuales o físicos)	Art 15 Cód. Comercio
Principios especialísimos	Libertad empresarial Licitud empresarial	Artículo 3 Cód. Comercio

Con estos lineamientos, conviene repasar la teoría neoclásica de la empresa que identifica a la empresa y al empresario como núcleos formadores de capital, en un sentido puro; pero, que, a la presente fecha, son teorías que se han sobrepuesto a mantener firmeza en estos aspectos principales: la separación entre la propiedad y el control; la organización científica del trabajo; y, la formación de la especialización de la dirección de las empresas.

Esta especie aguarda a la unificación de la empresa que parte de una concepción institucional y que reconoce dos planos fundamentales: la unidad organizacional que resulta de la suma de uno o varios elementos, y la estructura que sustenta el desarrollo de una actividad. La empresa tiene una función social que implica la consecución de obligaciones.

Hoy, se enfatiza en el papel que desempeñan las empresas para innovar, aplicando las tecnologías a los usos comerciales e industriales, en estos puntos a saber:

- a. Las empresas permiten maximizar la eficacia de las instituciones empresariales en el mercado a partir de una regulación unitaria y orgánica de la empresa. Por esta noción, la empresa es la unidad económica de producción que se sitúa entre el mercado de factores y el mercado de productos, siendo su misión combinar los factores para transformarlos.
- b. Las empresas modelan nuevas estructuras internas, externas y organizacionales con el objetivo de encaminar su conducta al continuo fortalecimiento de sus gestiones frente al mercado. Este proceso afina la combinación de gestiones locales con los estándares internacionales en materia de protección y adopción de prácticas responsables.

- c. Las empresas se especializan a razón de la segmentación de los sectores. Por referencia, forman el orden público financiero, las actividades de intermediación financiera, y aquellas que implican directamente una relación con las actividades bursátiles, aseguradoras. Se contagia al sector el aprovechamiento e inversión de recursos captados por el público. El Estado fortalece y estimula el desarrollo empresarial de estos sectores conforme al artículo 10 del Código de Comercio.

La dimensión electrónica de los acuerdos negociales

En los tiempos actuales, la actividad comercial presenta notas especiales caracterizadas por: la globalización de las expectativas del consumidor. Despierta interés entonces la sustitución de los medios tradicionales (la voz y papel en el sentido más clásico) para adelantar la formación de acuerdos válidos entre empresarios en medios sofisticados como son los instrumentos electrónicos (Arrubla, 2013, pág. 352). La revolución tecnológica no pasa inadvertida a la regulación mercantil. En el orden de las cosas, a esta dimensión se sobreponen los postulados fundamentales para la formulación del derecho liberal, y la libertad contractual; como verdaderos estímulos de la legislación napoleónica y post-napoléonica y que se concentran en el apotegma de la autonomía de la voluntad. Se sobrepone la máxima expresión de la libertad humana aplicada al derecho. Desde los se promueve la libertad de las partes a celebrar un contrato y determinar su contenido.

Una referencia que apunta a la especialidad y autonomía del régimen mercantil, se nos presenta en las disposiciones relacionadas directamente con el reconocimiento expícito de los principios en añadidura a las disposiciones que favorecen a la contratación electrónica. Todo lo precedente es una referencia de la superación a la regulación ya existente en la materia de comercio electrónico que colabora a la reorganización empresarial producida entre ausentes geográficamente.

La Comisión Europea, en su directiva en el año 1998 determinó los elementos principales para delimitar el comercio electrónico. Se apuntan estas significaciones: las transacciones comerciales y financieras realizan por medios electrónicos, con la inclusión de imágenes, sonidos y textos. Este sistema global emplea redes informáticas, en especial el internet que permite crear un mercado electrónico, para las operaciones de compra venta y , negociación, información de referencia comercial e intercambio de documentos, acceso a la información, servicio de apoyo en condiciones de seguridad, confidencialidad razonable.

El comercio electrónico reglado jurídicamente elimina las distancias. En este saber, la materia tiene influencia notoria en la experiencia internacional, proponen los modelos convencionales que se uniforman en las prácticas internacionales. Así las cosas, las diligencias y tratativas actuales en el orden mercantil promueven el uso de los medios electrónicos en equivalencia al mecanismo tradicional, como ocurre con el uso de los correos electrónicos como medios necesarios para la comunicación. El medio de manifestación de voluntades, a primera vista, carece de materialidad y así lo sucede, por la agilidad y celeridad en la celebración de las transacciones.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano cuenta con un modelo estructurado que acentúa la dimensión tradicional del régimen comercial para abrir paso al uso favorable de los esquemas digitales para la formación de acuerdos negociales y contratos. Esta dimensión de la especialidad y autonomía mercantil, se presentan en estos puntos a saber:

- a. Con una postura clara a favor de la incorporación de los medios electrónicos para la manifestación de la voluntad de los contratantes, el legislador ecuatoriano ha incorporado en el artículo 239 del Código de Comercio, la fuerza obligatoria a la manifestación de voluntad hecha a través del mensaje de datos en el supuesto de las relaciones entre el emisor y el destinatario del correo electrónico que se emplea como un medio legítimo de comunicación interconectada.
- b. Un elemento a considerar es la formación avanzada del acuse de recibo. Concepto que ha sido tomado desde la Ley Modelo de Comercio Electrónico y que se origina en el uso postal para acreditar el sistema de envío y remisión desde las formas más tradicionales del ejercicio del comercio y que ahora se utilizan para describir cualquier procedimiento tecnológico, como sería la presentación de un mensaje no individualizado en un correo electrónico hasta la manifestación expresa en concertar acuerdos. (Rubiano, 2023, p. 79).
- c. Otra significación de esta normativa se refiere en el artículo 302 del Código *ibidem*, en la mención de las reglas aplicables a la terminación unilateral en una compraventa mercantil en la atribución de los efectos jurídicos que corren desde el momento de la notificación por escrito y que se legitiman con el uso del correo electrónico u otras plataformas telemáticas empleadas para estos objetivos particularmente.

Lo anterior se acentúa en el orden sistemático. La letra c) del artículo 240 del Código de Comercio reconoce la validez de las relaciones entre el emisor de la oferta y quien la acepta en la forma de un mensaje de datos (que proviene del proponente) inclusive, si el envío corresponde a un sistema de información automatizado. Por cierto, el artículo 246 del Código de Comercio reconoce también la comunicación electrónica dirigida a la perfección de un contrato que pretenda comprender condiciones generales.

La tipicidad social y la atipicidad como fenómenos de los contratos mercantiles

La tipicidad percibida, como un fenómeno atiende al modo especial por el cual el legislador ha regulado y organizado la estructuración del contrato, siguiendo el modo comprensivo de la noción-tipo, lo cual permite individualizar el objeto y tipo contractual. En esta idea se comprenden los contratos con tipicidad social, como acuerdos celebrados entre las partes para el concierto de negocios jurídicos ejecutados habitualmente; y cuya ejecución supone el ejercicio práctico de usos, costumbres.

Siguiendo el hilo de lo expresado, el segundo inciso del artículo 295 del Código de Comercio, se prescribe como contratos innominados o atípicos, aquellos que no están

expresamente regulados por el presente Código o por leyes especiales. En primer orden, se tiene en cuenta que los contratos típicos mantienen ciertamente una individualización y efectos propios en la forma predeterminada en la norma jurídica; mientras que, por los contratos atípicos, encontramos que la especialidad de los contratos surge de la autonomía de la voluntad de las partes y de la sujeción a las reglas generales en materia contractual.

La fuente de validez del negocio jurídico, estriba en la Ley y que no se contraríen sus propias disposiciones y determinaciones. La autonomía de la voluntad privada en el poder de los particulares de crear una norma jurídica y el negocio jurídico, en su manifestación. El contrato ya no es una actividad originaria, creadora de efectos jurídicos, sino una expresión normativa supeditada a la jerarquía del orden jurídico estatal. (Arrubla, 2012, pág. 22)

En ambos tipos subsiste el mismo principio contractual que sirve a la a consideración en la costumbre mercantil como fuente de derecho y que se adapta mejor a las circunstancias de tiempo y lugar. Por esta fuente, se integran las prácticas empresariales confieren forma e imponen el desarrollo, desasimila las prácticas que van dejando de satisfacer las necesidades o conveniencias. La tipicidad social en este contexto se vincula a las prácticas reiteradas de las que suelen valerse los contratantes para regular sus negocios, de modo que los contratos van adquiriendo paulatinamente su propia forma e individualidad. Esta consideración preserva la especialidad del área mercantil.

Roppo (2024, p. 84) afirma que, en la actualidad, el régimen legislativo que ocupa a los contratos mercantiles observa a las disciplinas de contextos contractuales superando la noción restringida al tipo contractual. Este sentido, interesa cobra especial interés la interpretación analógica bajo el régimen mercantil dentro del marco de la tipicidad social que tiene valor que el mismo ordenamiento jurídico que fuera dado a la costumbre mercantil como fuente secundaria.

A razón del artículo 6 del Código de Comercio la costumbre suple el silencio de la ley siempre que los hechos tengan: uniformidad, públicos, generalmente ejecutados por un plazo mínimo de cinco años, para las operaciones del mismo tráfico, entre otros requisitos y condiciones establecidos normativamente.

En esta integración, se dimensiona la aplicación auténtica de la conducta comercial de los empresarios, en la forma de costumbre mercantil como fuente Por esta consideración, la costumbre mercantil integra y suple los vacíos por mandato de la Ley. Es de anotar que la costumbre mercantil se forma como una sola unidad con la ley mercantil. De lo anterior, habrá de estimar, lo expuesto por el jurista colombiano Humberto Martínez Neira, al señalar: “en presencia de una práctica comercial vinculante en materia de obligaciones y contratos mercantiles, esta es de obligatoria observancia, por encima de los dictados de la legislación civil”. (Martínez, 2009, p. 40).

Otra cuestión que presta mérito, se encuentra en la existencia de un propósito práctico que sirve a las partes al manejo de los negocios jurídicos que facilitan las labores y actividades de producción, intercambio de bienes o prestación de servicios en un determinado mercado, siempre que sean ejecutados con sentido económico. Así pues, en la formación del contenido principal del contrato mercantil, se configura el señalamiento de la actividad económica encauzada a la satisfacción de sus intereses y del objeto negocial de las transacciones dentro del marco previsto en el artículo 219 del Código de Comercio que reconoce como un contrato celebrado para la consecución de actos de comercio.

Bajo este contexto, se atribuyen a los contratos socialmente típicos aquellos que poseen una reiteración o una frecuencia en orden a su aparición como fenómeno social, de manera que su reiteración los dota de una disciplina doctrinal o jurisprudencial, si el caso fuere. En este paradigma cobra relevancia las reglas de interpretación dispuestas a partir del artículo 216 del Código de Comercio que alude a las disposiciones aplicables a los contratos mercantiles en lo relativo a la formación, perfeccionamiento y extinción.

En su sentido contrapuesto, la atipicidad comprende la noción contraria, esto es la carencia de un modo de organizar la regulación de los contratos, de modo que su contenido cobra un acento especial en la ejecución práctica de los negocios comerciales. Ocurre en la materia, una especie de imprecisión entre los términos innominados y atípicos, como si se tratasen de sinónimos, a pesar de que doctrinalmente se los ha tratado de modo independiente.

El nominalismo atribuye la eficacia obligatoria del contrato siempre que contemple un fundamento jurídico (causa) y una acción directa para alcanzar la eficacia obligatoria y directa otorgada por la ley. Este concepto será concebido conforme a la existencia de la ley que contempla una determinación específica para las figuras contractuales, a saber. Lo contrario entonces se reduce a los contratos innominados, por tratarse de acuerdos diseñados por la libertad de los contratantes en su máxima expresión.

Por esta circunstancia, se puede presentar esquemas contractuales con un contenido completamente extraño a los moldes legales o tipos establecidos; en una forma combinada particularmente, en el cual se comprenden formas complejas que contienen un reconocimiento legal o bien un reconocimiento social.

Tabla 2. Modalidades de atipicidad

MODALIDAD	RECONOCIMIENTO LEGAL	RECONOCIMIENTO SOCIAL
Contratos típicos	Tipicidad legal	Tipicidad social
Contratos atípicos con tipicidad social	No tienen tipicidad legal	Sí tienen tipicidad social
Contratos atípicos absolutos	No tienen tipicidad legal	No tienen tipicidad social

Establecidas las ideas anteriores, la atipicidad puede comprender modalidades especiales en función de los elementos esenciales y naturales que pertenecen a los contratos y las prestaciones que le corresponden, en primer orden regulatorio a los principios aplicables a los contratos estructuralmente regulados. Es compatible a esta noción, las ideas que promue-

ven especiales combinaciones y complejidades en torno al tipo, es decir en cuanto al modo de organizar la regulación de los actos jurídicos que se presentan en la estructura y función.

Como surge palmario de las ideas expuestas, se puede apreciar en los contratos atípicos es la tipicidad usual y social (no legal) que ocurre por la reiteración a manera de usos y costumbres mercantiles. Bajo este modo, se suelen identificar contratos mixtos. Estos casos comprenden los casos en los cuales, no hay positividad, pero las partes han logrado una estructura identificable, a razón de la práctica mercantil reiterada y que se forma a partir de costumbre como fuente primaria del derecho mercantil. Se trata, en puridad, de contratos mixtos, en los cuales se presenta elementos accesorios al contrato a razón de las actividades comunes (tipicidad social) al que se suma la combinación de tipos generales o especiales.

Lo expresado tiene concordancia con el pensamiento en Colombia se recoge un pronunciamiento versado desde la Corte Suprema de Colombia, en el fallo expedido por el Juez Ponente; M. Antonio Castillo Rúgeles que sirve de ilustración para la materia, al determinar las nociones del contrato atípico.

“la tipicidad de los contratos, tiene por finalidad ordenar las disposiciones legales a través de tipos contractuales, mediante un proceso que toma como punto de partida la especificación, con sustento en un conjunto de datos o coordenadas fruto de la autonomía privada de las partes, es decir el contrato para, a partir de allí agregar las notas particulares y distintivas que dan sentido y lugar a los arquetipos de contrato (...) Cuando un contrato no se encuentra descrito en un tipo legal y, subsecuentemente, no está especialmente regulado se denomina atípico. Por consiguiente, dada esa peculiaridad, las dificultades que rodean los contratos atípicos son fundamentalmente dos: de un lado, la de precisar su admisión y validez, habida cuenta que es necesario establecer una función social y económica que se encuentre conforme a los principios éticos-jurídicos rectores del ordenamiento; y de otro, la de establecer las reglas jurídicas que los disciplinan”. El subrayado es de énfasis)

Las exigencias económicas de ayer no son iguales a las actuales, de modo que se recurre al método de observación de la realidad para la separación entre las reglas de interpretación aplicables a los contratos típicos y atípicos en el orden de especialidad que sigue a la naturaleza y sentido económico.

Tabla 3. Variantes de la tipicidad y atipicidad en los contratos mercantiles

MODALIDAD	ESPECIALIDAD DE LAS REGLAS MERCANTILES
Contratos típicos en el régimen comercial y en el régimen común.	Las reglas generales pertenecen al derecho común y aplicarán al derecho mercantil, siempre que no se oponga a la naturaleza económica.
Contratos típicos específicos al régimen comercial	Por su especialidad y bajo el supuesto que no se encuentran contemplados en el derecho común, se deberán regir por la norma mercantil, por primar la especificidad y su naturaleza económica.
Contratos atípicos mercantiles	Se reproducen como resultado del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, procurando la aplicación de las reglas ordinarias del derecho común.

Conclusiones

1. El Derecho Mercantil se ha ocupado de regular las transformaciones que impone la vida social y moderna, así como ha estimado la importancia de exponer respuestas flexibles acogiendo un modelo económico que reconoce la iniciativa empresarial sobre la base fundamental de la libertad económica. El nuevo tráfico económico impuesto por el comercio requiere de instrumentos ágiles, eficientes y flexibles a la hora de concertar negocios jurídicos para la circulación económica-mercantil.
2. El régimen comercial en Ecuador cobró un giro importante a partir de la expedición del Código de Comercio publicado en el Suplemento del Registro Oficial 497, el 29 de mayo del 2019, al introducir cambios en el sector empresarial, lo cual, significó dejar atrás la legislación contenida en el Código de Comercio publicado en el Suplemento del Registro Oficial 1202 del 20 de agosto de 1960. La positividad comercial vigente ha cedido espacio a nuevas formas de contratación y que se congregan a la realización de los actos que implican: el desarrollo de una actividad de producción, intercambio de bienes o servicios en un mercado. El comercio electrónico reglado jurídicamente elimina las distancias. En este saber, la materia tiene influencia notoria en la experiencia internacional, al proponen los modelos convencionales que se uniforman en las prácticas internacionales. Así las cosas, las diligencias y tratativas actuales en el orden mercantil promueven el uso de los medios electrónicos en equivalencia al mecanismo tradicional, como ocurre con el uso de los correos electrónicos como medios necesarios para la comunicación. El medio de manifestación de voluntades, a primera vista, carece de materialidad y así lo sucede, por la agilidad y celeridad en la celebración de las transacciones.
3. Bajo la noción de tipicidad los negocios concertados por las partes que van perfilando una modalidad especial, a partir de su propia forma e individualidad. Por esta atribución, serán socialmente típicos aquellos contratos que poseen una reiteración en orden a su aparición como fenómeno social. Mientras que, la atipicidad comprende la carencia de un modo específico para organizar la celebración de los contratos, de modo que su contenido cobra un acento especial en la ejecución práctica de los negocios y se dimensiona en la vigencia y rigor del principio de la autonomía de la voluntad privada.

Bibliografía

- Arrubla, J. (2012). Santa Fé de Bogotá, Colombia: Legis.
- Arrubla, J. (2013). Santa Fé de Bogotá, Colombia: Legis.
- Betti, E. (2019). Buenos Aires, Argentina : Olejnik.
- Galvan, G. (5 de Mayo de 2022). . Obtenido de <https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual-data/publicaciones/economia/5/a08.pdf>

- Garrigues, J. (1987). Bogotá, Colombia: Temis.
- Grijalva, Agustín; Jara, María; Martínez, Dunia. (2013). Ecuador: Corporación Editora Nacional .
- Hinestrosa, F. (2024). Código Civil y Dispersión Normativa . , 11.
- Jara, María (Edit) Araque Wilson; Alarcón J, Alvarez F. . (2017). Quito, Ecuador : Corporación Editora Nacional .
- Marciani, B. S. (2020). Perú: Zela Grupo Editorial E.I.R.L.
- Martínez, H. (2009). Santa Fé de Bogotá, Colombia: Legis.
- Mochón, F. (2010). Madrid : Mc Graw Hill .
- Narváez García, J. (2008). Santa Fé de Bogotá, Colombia: Legis.
- Roppo, V. (2024). Una parte general o dos partes generales. , 85.
- Rubiano, J. (2023). El regimen de la oferta y aceptacion en los contratos inteligentes embenbidos en el blockchain . , 79.
- Sarmiento, N. (2024). Nueva gobernanza empresarial: criterios ESG y Blockchain. , 187.
- Sentencia , SC172-2020 (Corte Suprema de Justicia de Colombia 4 de Febrero de 2020).