

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho de la Empresa

**La problemática jurídica de las empresas del sector privado
adherentes a contratos comerciales con cláusulas abusivas en Ecuador**

Medardo Efraín Urquiza Guevara

Tutora: María Elena Jara

Quito, 2018



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Medardo Efraín Urquizo Guevara, autor de la tesis intitulada “*La problemática jurídica de las empresas del sector privado adherentes a contratos comerciales con cláusulas abusivas en Ecuador*”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho de la Empresa en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador Pautas para la elaboración de la tesis de maestría utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Firma:

Resumen

La problemática jurídica de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión ha sido un tema que ha gozado de un vasto desarrollo a nivel doctrinal, fundamentalmente desde el enfoque de la protección a los consumidores, producto de lo cual se han desarrollado mecanismos legales encaminados a compensar aspectos tales como asimetrías de la información y el abuso en la capacidad negociadora de una de las partes. Este tipo de instrumentos lejos de ser perjudiciales, se han constituido en la herramienta perfecta para un adecuado flujo del comercio y desarrollo de economías de escala que hallan en esta modalidad de contratos el mecanismo perfecto para la comercialización masificada de bienes y servicios, pero conjuntamente con esta realidad palpable ha surgido una preocupación cada vez más latente por parte de doctrinarios e incluso legisladores a nivel mundial, dado que a diferencia de lo que sucede con los consumidores, en la relación contractual entre empresas o también conocida como *business to business* no se vislumbran parámetros claros de protección ante conductas abusivas.

A lo largo del desarrollo de esta investigación se buscará identificar los posibles mecanismos con los que cuenta el ordenamiento jurídico ecuatoriano en defensa de aquellas empresas adherentes víctimas de cláusulas abusivas, para lo cual será necesario analizar aspectos como el principio de la buena fe contractual hasta legislación comparada que regula estos temas.

Bajo este orden de ideas, el primer capítulo abordará las nociones preliminares sobre los contratos de adhesión, enfocándose en su naturaleza jurídica, características, así como un análisis del rol que juega el consentimiento en este tipo de instrumentos contractuales; por otro lado se tratarán aspectos básicos y generales que presentan las cláusulas abusivas entre empresas del sector privado. El segundo capítulo se enfocará en explorar los mecanismos de protección con los que cuenta el ordenamiento jurídico ecuatoriano encaminados a tutelar los derechos de la parte adherente. Por último en el tercer capítulo se buscará llegar a conclusiones viables tomando como referencia la experiencia del derecho comparado y los posibles elementos a contemplar en una regulación más sólida, encaminada a proteger a las empresas adherentes de este tipo de contratos.

A mis padres por el apoyo incondicional en cada etapa de mi vida.

Agradecimientos

Agradezco a la Dra. María Elena Jara cuyas directrices han sido fundamentales para la elaboración de este trabajo.

Tabla de Contenido

Introducción	13
 CAPÍTULO UNO	
Nociones preliminares sobre los contratos de adhesión y cláusulas abusivas entre empresas del sector privado	15
1. La naturaleza jurídica de los contratos de adhesión entre empresas del sector privado	15
a) Contratos de adhesión simples y necesarios	16
b) Contratos de adhesión generales y particulares	17
1.1. Teoría contractualista y anticontractualista de los contratos de adhesión	18
a) Teoría anticontractualista	18
b) Teoría contractualista	19
1.2. Características que presentan los contratos de adhesión	21
1.3. La manifestación del consentimiento en los contratos de adhesión	22
1.4. Los contratos de adhesión a la luz de la libertad de contratación	26
1.4.1. La libertad de contratar o de conclusión en los contratos de adhesión	26
1.4.2. La libertad contractual o de configuración en los contratos de adhesión	27
1.5. El principio de buena fe como limitante a la autonomía de la voluntad en los contratos de adhesión entre empresas del sector privado	28
2. La noción y características de las cláusulas abusivas entre empresas del sector privado	30
2.1. La ausencia de negociación previa como causante directa de la inclusión de cláusulas abusivas	34
2.2. La posición dominante de las empresas privadas como herramienta para la inclusión de cláusulas abusivas	35
 CAPÍTULO DOS	
La necesidad de implementar mecanismos de protección frente a la aplicación de cláusulas abusivas entre empresas del sector privado	37
1. La necesidad jurídica de contemplar a la empresa adherente como parte débil de la relación contractual	37
2. Mecanismos de protección desarrollados actualmente en el contexto jurídico ecuatoriano y sus limitaciones	40
2.1. El alcance del principio de buena fe y su aplicación a las relaciones contractuales abusivas entre empresas privadas	40
2.1.1. El principio de buena fe como control de incorporación de los contratos de adhesión entre empresas privadas	57
2.1.2. La aplicación del principio de buena fe según el Código Civil ecuatoriano	61
2.2. La limitación de las normas de competencia para proteger a empresas privadas adherentes	67
2.2.1. El Abuso de Poder de Mercado en Situación de Dependencia Económica como mecanismo de defensa para la empresa adherente	69
2.2.2. El régimen de prácticas desleales como mecanismo de defensa para la empresa adherente	80
2.3. El ámbito de protección del derecho de consumo	82

2.4. El derecho de defensa del consumidor como punto de referencia para la protección a los empresarios adherentes	98
2.5. Aspectos a contemplar para una adecuada regulación de las cláusulas abusivas en contratos de adhesión entre empresas del sector privado	104
2.5.1. Peculiaridades de la contratación entre empresas del sector privado	105
2.5.2. Elementos a contemplar para una adecuada regulación de la inclusión de cláusulas abusivas entre empresas del sector privado	108
CONCLUSIONES	113
RECOMENDACIONES	117
BIBLIOGRAFÍA	119

Introducción

La contratación masiva de bienes y servicios ha traído consigo la aplicación habitual de contratos de adhesión en todo tipo de relaciones contractuales. Como es de conocimiento general estos instrumentos se caracterizan por poseer términos y condiciones establecidos de manera unilateral, lo que muchas veces da paso a la inclusión de cláusulas que tienen el carácter de abusivas o vejatorias, tanto es así que varias de las empresas en el Ecuador, de las más representativas en el sector de la provisión de bienes y servicios, han llegado a estandarizar sus contratos comerciales.

Sin embargo, basta con dar un vistazo a la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como internacional para percatarse que este tema ha sido siempre enfocado desde una perspectiva dirigida a la protección exclusiva del consumidor, es decir aquellos abusos que se generan entre la empresa proveedora de bienes o servicios y el consumidor final (generalmente persona natural), cuestión que en el Ecuador se encuentra adecuadamente regulada por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en cuyo artículo 43 titulado “Cláusulas Prohibidas”, enlista un total de nueve conductas que se consideran nulas de pleno derecho, régimen bajo el cual también se hallan protegidas las empresas consumidoras, no obstante al acalorado debate doctrinal que se ha generado al respecto.

Con estos antecedentes surge la interrogante de si es el consumidor final de bienes o servicios es el único blanco perfecto de abusos mediante este tipo de cláusulas. La respuesta parece ser bastante evidente, ya que es una tendencia en vertiginoso crecimiento la celebración de contratos con condiciones abusivas entre empresas, fundamentalmente del sector privado o relación *business to business* como también se la conoce, pero en estos casos habrá que determinar cuál es el mecanismo idóneo para proteger a este tipo de adherentes, para lo cual se revisará legislación comparada, doctrina y diferentes figuras que se hallan en cuerpos normativos tales como el Código Civil, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor e incluso la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

Capítulo uno

Nociones preliminares sobre los contratos de adhesión y cláusulas abusivas entre empresas del sector privado

1. La naturaleza jurídica de los contratos de adhesión entre empresas del sector privado

El creciente aumento de la producción en masa de bienes y servicios a nivel mundial es inminente en las últimas décadas, esto debido a aspectos tales como la búsqueda de reducción de costos y por ende la maximización de ganancias mediante economías de escala. Como resultado de esta evolución en la producción de bienes y servicios, se ha generado un cambio sustancial en la concepción clásica del contrato, al cual Atilio Alterini lo define como un mecanismo tradicional ideado por el derecho para hacer posible el tráfico e intercambio de bienes y servicios, en donde se requiere de la comparecencia de dos o más personas que se encuentren situadas en un plano de igualdad. Según el mencionado autor, esta acepción se enmarca en un paradigma de contrato, denominado *contrato por negociación*, que no es más que el resultado de una serie de tratos preliminares, conversaciones, discusiones y forcejeos, que se plasman finalmente en declaraciones concordantes.¹

Si bien es cierto el contrato por negociación es un concepto añorado en las relaciones de mercado, en la actualidad se torna dificultoso que se negocien todos los términos y condiciones contenidos en un acuerdo de este tipo, pues esto sería ineficiente, no únicamente para el predisponente sino inclusive para el adherente. En este sentido se afirma que “la idea tradicional de contrato no casa en la contratación en masa. No es posible que la empresa moderna utilice el mecanismo de contrato por negociación para acordar sus relaciones con cada uno de sus eventuales clientes”.²

Los contratos de forma mayoritaria son clasificados por la doctrina en negociados y por adhesión. Los primeros son aquellos que gozan de una etapa previa de discusión, en donde se fijan términos y condiciones que satisfagan a ambas partes, y tanto el adherente como el contratista tienen una participación activa en la configuración

¹Atilio Aníbal Alterini, *Contratación Contemporánea* (Bogotá: Editorial Temis, 2001), 41.

²Ibíd., 42.

del mismo. Muy por el contrario, en los contratos de adhesión nos hallamos ante un espectro totalmente diferente, en donde tal como lo define Juan Manuel Rubiel “los contratos por adhesión son los acuerdos de voluntades referentes a la propuesta de obligaciones y derechos inflexibles, por el oferente al ofertado, para que éste los acepte o rechace sin distinción”.³

Queda claro entonces que una de las características principales de los contratos de adhesión, es la ausencia de una etapa de negociación, pues todos los términos y condiciones de este tipo de instrumento son redactados de forma previa por una de las partes intervinientes, para que la otra se limite simplemente a aceptar estas condiciones o por el contrario rechazarlas, lo que se configura en una suerte de contrato imperativo en muchas ocasiones.

Basta echar un vistazo a la doctrina para evidenciar que las modalidades de contratos de adhesión, son mucho más amplias y complicadas de lo que a primera vista parecerían, por lo que resulta interesante citar la clasificación elaborada por Benjamín Moisés.

a) Contratos de adhesión simples y necesarios:

***Contratos de adhesión simples:** La característica principal de este tipo de contrato es la libertad de conclusión de la que goza el adherente, es decir, este tendrá la capacidad de decidir sobre la suscripción o no de este instrumento, debido a que el bien o servicio sobre el que versa el contrato o no es indispensable para el adherente o puede ser adquirido bajo mejores condiciones a otro proveedor, pues como bien lo señala Moisés, el objeto de este tipo de contratos por lo general se relacionan con bienes que buscan mejorar la calidad o el nivel de vida de las personas, como por ejemplo: vehículos, electrodomésticos, televisores, entre otros bienes, que gozan de una amplia gama de oferentes.⁴

***Contratos de adhesión necesarios:** A diferencia de los contratos de adhesión simples, en este tipo de contratos existe un estado de dependencia por parte del

³ Juan Manuel Rubiel, “Contratos por adhesión”, *Revista de Derecho Privado* 8, n.º 22 (enero-abril de 1997): 53, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-derecho-privado/article/view/20268/18195>.

⁴ Benjamín Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual* (Buenos Aires: Editorial Zavalia, 2005), 185.

adherente, sea este contratante o contratista, ya que carece de libertad de conclusión contractual y por ende se ve obligado a comprometerse bajo condiciones totalmente vejatorias, sobre bienes o servicios que le son imprescindibles.

Por ejemplo, aquella compañía que se dedica a brindar servicios de limpieza, cuya expectativa de ganancia se centra en mantener contratos de servicios con las grandes compañías del sector de la construcción, no se podría dar el lujo de rechazar un contrato de un monto elevado con este tipo de clientes, por lo que se vuelve imperante suscribir este contrato inclusive a sabiendas de que contiene cláusulas abusivas, esto debido a las circunstancias de necesidad bajo las cuales se halla.

La problemática a desarrollarse a lo largo de esta tesis se enmarca principalmente dentro de los contratos de adhesión *necesarios*, pues es muy frecuente que en la relación comercial entre empresas del sector privado, la empresa que goza de una posición aventajada frente a otra, fije condiciones que son vejatorias para la empresa adherente, la cual al encontrarse en una situación de necesidad o dependencia, no tendrá otra opción más que aceptar la suscripción de un contrato que podría contener términos abusivos, pues de esto puede llegar a depender su subsistencia o no dentro del mercado.

b) Contratos de adhesión generales y particulares:

***Contratos de adhesión generales:** Este tipo de contrato cuenta con la característica principal de ser dirigido a una pluralidad de destinatarios, es decir son formularios estandarizados a ser suscritos por todos los adherentes que deseen gozar de un bien o servicio, por lo general los podemos hallar en la prestación de servicios básicos, como por ejemplo agua, luz, servicios de telefonía o televisión pagada, cuyos términos y condiciones en su totalidad son inamovibles e invariables por medio de la suscripción de formularios impresos.

***Contratos de adhesión particulares:** Los contratos de adhesión particulares, contrarían la concepción de que este tipo de instrumentos carecen por completo de una etapa de negociación; ya que muy a diferencia de este criterio en la relación *business to business*, es común que se negocien determinados aspectos, pero que sin embargo existan otros que son fijados por el predisponente como innegociables, por ejemplo cláusulas de penalidades, plazos de entrega o el no reconocimiento de daños y

perjuicios, por lo general las cláusulas de este tipo de contratos de adhesión serán impuestas dependiendo del adherente con el que se celebra el contrato.

Es necesario dejar en claro que los contratos de adhesión no se encuentran vinculados de forma inexorable con la inclusión de cláusulas abusivas, de la misma forma lo considera José Manuel Gual quien menciona que para lograr determinar si una cláusula tiene la calidad de abusiva o no, el criterio a aplicarse será la existencia de un desequilibrio contractual y la violación de la buena fe, indiferentemente de si se encuentran en contratos de adhesión o negociados.⁵

Pero entonces si las cláusulas abusivas no son exclusivas de los contratos de adhesión, ¿por qué motivo se las vincula de forma tan frecuente? Al parecer el motivo de esta constante vinculación a nivel doctrinal e incluso jurisprudencial se encuentra en la propia naturaleza jurídica de estos instrumentos, tema sobre el cual existe un gran debate y variedad de posiciones por parte de doctrinarios quienes han llegado incluso a poner en tela de duda su calidad de contrato, pues mucho se ha discutido acerca de si el acto de adherirse puede ser considerado como un contrato o si por el contrario se constituye en un acto unilateral carente de la verdadera expresión de voluntad de una de las partes, cuestión que será analizada más adelante.

Bajo estas circunstancias las posturas de los conocedores del tema se han visto claramente divididas en dos teorías, por un lado aquellos que respaldan a la teoría contractualista y por el otro, aquellos que defienden a la teoría anticontractualista⁶, según se lo desarrolla a continuación:

1.1. Teoría contractualista y anticontractualista de los contratos de adhesión

a) Teoría anticontractualista: Los doctrinarios que defienden esta tesis se centran en la falta de acuerdo de voluntades en los contratos de adhesión, y afirman que únicamente existe una voluntad unilateral, por lo que algunos autores tales como el mismo Moisés, han planteado que los contratos de adhesión se hallan más cerca de ser un reglamento que un acuerdo de voluntades⁷, esto con motivo de la conducta de una de las partes al momento de fijar a su antojo el contenido contractual. Respaldando esta

⁵ José Manuel Gual, *Las cláusulas abusivas –Evolución hacia una noción-*(Bogotá-Colombia: Verba Iuris, 2016), 16.

⁶ Moisés, *La autonomía de la voluntad*, 189.

⁷ *Ibíd.*, 190.

idea, Jorge Romero establece que en los contratos de adhesión “No hay contrato porque se elimina la eficacia del convenio, ya que la voluntad del adherente carece de relevancia jurídica, pues no hay igualdad entre las partes contratantes”.⁸

Sin embargo, parecería que la justificación principal para afirmar la inexistencia de un contrato en estos casos es la falta de negociación, aduciendo así la ausencia de consentimiento por parte del adherente, pero como bien lo menciona Miguel Royo Martínez, éste no es un factor que borra la idea del contrato, ni esta disparidad es exclusiva de los contratos de adhesión.⁹ Adicionalmente, surge la duda de si la ley considera a la negociación como un requisito *sine qua non* para que los acuerdos *inter partes* tengan la calidad de contrato, o si por el contrario, basta con la suscripción de los términos establecidos para que se genere una obligación.

b) Teoría contractualista: La teoría contractualista trata de restarle importancia a la falta de negociación previa y a la complicada situación en la que se halla el adherente al tener que aceptar un contrato que ya se encuentra redactado de antemano, al afirmar que:

El contrato de adhesión es un contrato como todos los demás, y las condiciones generales en él impuestas en nada difieren de las otras cláusulas contractuales. Las posiciones del predisponente y del adherente no son distintas a las del oferente y del aceptante. Lo único que se requiere es igualdad de derecho entre las partes, pues las desigualdades son propias de la naturaleza [...] Jamás se ha considerado que la discusión de sus cláusulas sea requisito de validez del contrato.¹⁰

Desde una perspectiva local, cabe citar lo establecido en el Código Civil ecuatoriano en su Libro IV referente a las “Obligaciones en general y de los contratos” en cuyo artículo 1453 determina que “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga”¹¹, es clara esta disposición y parecería ser que no deja lugar para la interpretación, al ser evidente que si existe la anuencia de los términos del contrato por parte del adherente al suscribirlo, por ende se está generando un concurso real de voluntades, que según determina nuestro Código Civil da

⁸ Jorge Enrique Romero, *Derechos del consumidor* (Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2005), 185.

⁹ Miguel Royo Martínez, *Contratos de adhesión* (Sevilla, 1949), 60.

¹⁰ Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, 189.

¹¹ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 1453.

paso al nacimiento de una obligación, y siempre y cuando también se dé estricto cumplimiento al artículo 1461 del Código Civil que plantea que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración será necesario se cumplan cuatro requisitos fundamentales que son: “1) Que sea legalmente capaz; 2) Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; 3) Que recaiga sobre un objeto lícito; y, 4) Que tenga una causa lícita”¹², por lo que mientras no se transgredan estos cuatro principios base para la declaración de la voluntad, no existiría motivo ni asidero legal para quitarle la calidad de contrato a los acuerdos mediante adhesión.

Una vez que se tiene en claro cuáles son los requisitos establecidos en el Código Civil ecuatoriano para el surgimiento de una obligación, no se presenta mayor inconveniente para que un contrato de adhesión que cumpla con requisitos de carácter indispensable como, objeto, causa lícita, capacidad de las partes, entre otros aspectos que se da por entendido debe contener cualquier instrumento contractual adecuadamente redactado, sea de obligatorio cumplimiento tanto para el predisponente como para el adherente.

Pese a la compleja naturaleza jurídica que presentan los contratos de adhesión, es adecuado mencionar que estos se encuentran plenamente reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en cuyo capítulo VII referente a la protección contractual, fija con claridad las características que han de cumplir este tipo de instrumentos, como por ejemplo el tamaño mínimo de letra a usarse, el idioma, entre otras cuestiones que van encaminados a la protección del consumidor de posibles actos de abusos que pueden surgir a partir de su aplicación.¹³

El hecho de que nuestro ordenamiento jurídico reconozca a los actos de adhesión como un instrumento contractual no es una novedad a nivel de derecho comparado, dado que países como Argentina han tenido una amplia evolución al respecto desde el año 1936 donde ya se empezó a legislar sobre estos temas, llegando hasta su actual Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, promulgado según decreto 1795/2014, el cual brinda un aporte digno de tener en cuenta en el desarrollo de este

¹² *Ibíd.*, art. 1461.

¹³ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Registro Oficial Suplemento 116, 10 de julio de 2000, art. 41-42, El Contrato de Adhesión.- El contrato de adhesión deberá estar redactado con caracteres legibles, no menores a un tamaño de fuente de diez puntos, de acuerdo a las normas informáticas internacionales, en términos claros y comprensibles y no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato.

trabajo, pues contempla dos tipos de contratos, aquellos denominados “contratos de consumo” y los que serán motivo de un análisis detenido dada la temática de esta investigación que han sido denominados como “contratos celebrados por adhesión, cláusulas generales predispuestas”¹⁴, los cuales a diferencia de los primeros, brindan mecanismos de protección independientemente de si el adherente es considerado consumidor o no, lo que da una apertura para que empresarios adherentes que no tienen la calidad de consumidores puedan verse protegidos bajo estas condiciones, como más adelante se analizará.

1.2. Características que presentan los contratos de adhesión

La doctrina no siempre es unánime con relación a los rasgos habituales de estos instrumentos. Dhery Prieto afirma lo siguiente al respecto:

Para algunos autores, tres son los elementos caracterizantes del contrato de adhesión a saber:

1) La existencia de un contrato pre-redactado por una de las partes y que no puede ser modificado por la otra; 2) La oferta permanente a persona indeterminada, y; 3) La prestación de un servicio público con carácter monopólico.¹⁵

Si bien es cierto las dos primeras características presentadas por el autor, efectivamente las podemos hallar en la mayoría de contratos de adhesión, disiento de la tercera, dado que de ninguna forma estos instrumentos contractuales son únicamente aplicados en la prestación de servicios públicos con carácter monopólico, mucho menos en el presente tema sujeto de análisis que busca explorar la aplicación de este tipo de contratos entre empresas privadas.

Parecen ser mucho más acertadas las siguientes características detalladas por Parcy Soncco: “1) La redacción anticipada y unilateral; 2) La unidad e imposibilidad de negociación; 3) El grado de complejidad y tecnicismo; 4) La multiplicidad de personas a las que se dirige; 5) La asimetría entre las partes; 6) El estado de necesidad; y 7) La aceptación como condición de la adhesión.”¹⁶ Las características establecidas en los

¹⁵ Julio Rivera et al.. *Cláusulas Abusivas II. Revista de Derecho Comparado*, No.2 (II semestre de 2000),126.

numerales 5 y 6 son de suma importancia y son estas las que fundamentalmente generan actos abusivos entre empresas del sector privado.

Queda claro que este tipo de instrumento contractual por sus características propias se ha convertido en un vehículo idóneo para la inclusión de términos abusivos, pero como se lo mencionó, mal haríamos en catalogar a los contratos de adhesión como un instrumento que *per se* afecta a alguna de las partes contractuales, pues sus bondades son en muchas ocasiones indispensables, principalmente en los casos de contratación masiva, en donde sería poco viable efectuar una negociación particular.

El afirmar que los contratos de adhesión son muy comunes en las relaciones contractuales entre empresas y consumidores finales no es ninguna novedad, pero de a poco la doctrina se ha visto preocupada por dejar en evidencia que esta modalidad de contratos no son exclusivamente aplicados a consumidores finales. Gual Acosta, al referirse a los contratos de adhesión, acertadamente menciona que:

[...]están marcados por una característica posición de debilidad de una de las partes, la cual se puede presentar cuando se contrata entre un empresario y un consumidor (contratos B2C), o incluso cuando el gran empresario contrata con un mediano o pequeño empresario (contratos B2B), y en últimas cuando ese empresario fuerte contrata con un cliente (contrato B2S) dentro de los cuales podrían estar o bien los consumidores o en cambio los empresarios pequeños o medianos (PyME)¹⁷.

1.3. La manifestación del consentimiento en los contratos de adhesión

De los cuatro elementos fundamentales para el surgimiento de una obligación establecidos en el artículo 1461 del Código Civil, es el consentimiento el que ha conllevado más discusiones a nivel doctrinal, por motivo de la poca o nula injerencia del adherente en el proceso de construcción del contrato. Consiguientemente, varios autores han llegado a cuestionarse si el acto de adherirse al contrato es una manifestación de la voluntad por parte del adherente.

Para iniciar con este análisis es importante definir lo que se entiende por consentimiento, cuestión que es claramente definida por Lisandro Peña Nossa en los siguientes términos: “Es la manifestación de la voluntad de las partes en un acto jurídico. Para que una persona se obligue con otra es necesario que consienta en dicho

¹⁶Miltón Percy, “Los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación”, acceso el 02 de febrero de 2018, <http://lucciolatrajzman.wikispaces.com/file/view/clausulas+generales+contrata.pdf>, 165.

¹⁷Gual. *Las cláusulas abusivas- Evolución hacia una noción*, 118.

acto o declaración y que su consentimiento no adolezca de ningún vicio”.¹⁸ A primera vista esta sencilla definición nos deja en claro que para que exista consentimiento en un acto jurídico es necesario que las voluntades tanto de predisponente como de adherente sean coincidentes y parecería ser que si el adherente suscribe el contrato, nos encontramos ante una declaración de voluntad común de las partes para celebrar este acto jurídico y obligarse acorde a las cláusulas en él establecidas.

La doctrina al tratar el tema del consentimiento en los contratos de adhesión, señala que:

En este sistema de contratación, el consentimiento tiene que existir, pues de lo contrario no habría contrato. Independientemente de que no exista la etapa de la negociación en el inter contractual, la oferta y la aceptación deben unirse para dar lugar al consentimiento [...]¹⁹

Pero el conflicto en este tipo de contratos surge de la disociación entre la voluntad real del adherente y la declaración plasmada en el contrato, en donde el adherente puede no estar de acuerdo con alguna de las cláusulas por considerarlas abusivas para sus intereses, pero sin embargo las acepta mediante su suscripción, por motivos meramente de necesidad y dependencia, y es aquí donde es necesario efectuar una ponderación entre la teoría que defiende a la primacía de la intención de las partes y aquella que brinda mayor preponderancia a la literalidad del contrato.

Esta ha sido una discusión latente, también conocida como voluntad real vs voluntad declarada, en donde la primera es definida como aquella en la cual debe estarse a lo verdaderamente querido por la parte y no a lo declarado; mientras tanto que la voluntad declarada u objetiva es aquella en la que hay que tener más en cuenta lo manifestado y no lo querido.²⁰

Guillermo Ospina en un análisis más crítico señala que estas teorías son diametralmente opuestas, ya que por una parte la teoría que defiende la primacía de la declaración sobre la voluntad, se funda en el argumento de que sería injusto burlar un contrato por motivos de exploraciones ulteriores de valor practicadas en un campo inaccesible, como lo es el fuero interno de las partes intervinientes. Por el otro lado la teoría que sostiene la prevalencia de la voluntad real sobre la declaración, afirma que la

¹⁸Peña Nossa, *Contratos mercantiles nacionales e internacionales*, (Colombia; Ecoe Ediciones, 2014)189.

²⁰ Federico Videla, *El consentimiento y sus términos* (Buenos Aires:Victor P. de Zavalía, 1971),12.

voluntad es la sustancia de los actos jurídicos, y respalda esta tesis con una analogía que indica que cuando existe una declaración plasmada en un contrato que no mantiene armonía con la voluntad del obligado es como “un cuerpo sin alma”.²¹

Arturo Alessandri por su parte aborda el tema de la discordancia entre la voluntad real y la manifestada, indicando que es un aspecto altamente debatido, que presenta distintas posturas en el derecho comparado y menciona que:

[...] dentro de la voluntad debe primar el elemento subjetivo, el elemento intención. Esta noción no es sino consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad y del carácter individualista del Derecho. Pero es importante mencionar que las cosas han sufrido un cambio desde la dictación del Código Alemán, porque en éste tiene mayor valor la voluntad declarada, la manifestada o exteriorizada.

Por último menciona que las razones que han guiado al legislador alemán para darle mayor valor a la voluntad declarada es el interés de los terceros al buscar velar por sus intereses²²; cuestión que de cierta forma difiere con lo establecido en el artículo 1576 del Código Civil ecuatoriano que estipula que una vez que se haya conocido la intención de los contratantes se deberá preponderar dicha voluntad sobre lo literal de las palabras.²³

No obstante al tenor del precitado artículo y según la teoría de la prevalencia de la voluntad real sobre la declaración, parecería que aplicar este precepto deliberadamente en los contratos de adhesión podría generar grave inseguridad jurídica, pues se da la posibilidad de alegar una intención distinta a la plasmada inicialmente en el contrato.

No es inusual que un consumidor (persona natural) que carece de información, experiencia y conocimientos técnicos, se comprometa al cumplimiento de los términos contenidos en un contrato de adhesión, únicamente revisando aquellas cláusulas que saltan a la vista y que representan cuestiones del más elemental interés, como por ejemplo, el precio del bien que se va a adquirir, el plazo de entrega, entre otros aspectos, dejando de lado otro tipo de cláusulas de mucha importancia pero que no forman parte de las prestaciones principales del contrato, como las de solución de controversias, penalidades, causales para la terminación del contrato, que por lo general los

²¹ Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos* (Bogotá: Temis, 1994), 101-9.

²² Arturo Alessandri, *Curso de Derecho Civil* (Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1992), 77.

²³ *Ibíd.*, art.1576.

consumidores promedio las ven como hechos lejanos y cuyo suceso se lo considera poco probable.

Andrés Palacios Lleras de la Universidad Externado de Colombia, respalda esta perspectiva afirmando que:

Los compradores son racionalmente limitados, y por lo tanto, a la hora de decidir a qué tipo de contrato adherir sólo tienen en cuenta un grupo de cláusulas incluidas en los contratos que se les ofrecen, e ignoran otras que también están presentes. Ello se debe a que las estrategias que requieren para tomar decisiones implica capacidades cognitivas que rara vez las personas despliegan en escenarios como los que presentan los contratos por adhesión.²⁴

Es debido a estas condiciones bajo las cuales se hallan los consumidores finales de un bien o servicio, que existe una tendencia demarcada a nivel mundial a brindarles protección de forma exclusiva, ya que por motivos principalmente de asimetría de información y falta de minuciosidad suscriben contratos muchas veces con condiciones abusivas. Parecería ser por esta razón se ha formado la concepción errada de que únicamente el consumidor final es víctima de abusos.

Pero más allá de esto, bajo estos parámetros queda la duda de si la decisión del adherente de suscribir un contrato de este tipo, se constituye en una forma de consentimiento, independientemente de los factores externos, como la falta de negociación. Para dar respuesta a esta interrogante es apropiado acudir a los preceptos más básicos del derecho civil. Al respecto, Bernardo Pérez menciona que, no existe consentimiento y por lo tanto acuerdo de voluntades en los siguientes casos: 1.- Cuando hay un error en la naturaleza del contrato; 2.- Cuando hay error sobre la identidad del objeto y 3.- En los contratos *intuitu personae*; lo que indica que la falta de negociación no es una situación trascendental al momento de determinar si existe o no consentimiento de los suscriptores de un contrato de adhesión. Adicionalmente, es por sobre manera interesante la precisión que realiza el antedicho autor al mencionar que “en algunas ocasiones se confunde el consentimiento con los tratos o acuerdos preliminares, en los que se ha versado sobre el posible contenido del contrato”.²⁵

Ahora bien, centrándonos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y como se mencionó, cuando se cumplan con los requisitos establecidos en los artículos 1451 y 1463 del Código Civil ecuatoriano y no exista ningún tipo de vicio del consentimiento,

²⁴ Andrés Palacios Lleras, “La voluntad en los contratos de adhesión”, 38, https://works.bepress.com/andres_palacios_lleras/1/download/.

²⁵ Bernardo Pérez Fernández, *Contratos Civiles* (México: Porrúa, 2012), 16.

no hay ninguna clase de argumento que afecte la legitimidad de este tipo de instrumentos contractuales, fundamentalmente en cuanto a la expresión del consentimiento se refiere.

1.4. Los contratos de adhesión a la luz de la libertad de contratación

Conocido es que la libertad de decisión con la que cuenta el adherente de este tipo de contratos es bastante limitada y bajo esta realidad, es necesario abordar este tema desde la libertad de contratación. Para esto vale la pena mencionar la definición de este principio que nos brinda Julio Cesar Betancourt, en estos términos “El principio de la libertad de contratación, en sentido amplio, permite que los particulares decidan con quién contratar, cuál será el objeto del contrato, cómo será regulada esa relación contractual e, incluso, cómo serán solucionadas o resueltas las diferencias que pudieran llegar a surgir entre las partes contratantes”.²⁶ Vale interrogarse si en realidad el adherente tiene la capacidad de ejercer debidamente este derecho y mucho más cuando se encuentra reconocido por nuestra propia Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 66 numeral 16.

Para emprender este análisis, como primer punto mencionaremos que la doctrina ha realizado una distinción entre la *libertad de conclusión* o libertad de contratar y la *libertad de configuración* o también denominada libertad contractual. Benjamín Moisés, fija claramente la diferencia entre estas dos facetas e indica que por un lado la libertad de contratar o libertad de conclusión comprende la facultad que tienen las personas de celebrar o no un contrato, es decir la potestad de contratar o no contratar, y de decidir con quién contratar, mientras tanto que la libertad contractual o libertad de configuración, comprende la facultad de dotar de contenido y forma al instrumento contractual y eventualmente, modificar dichos componentes a lo largo de su vigencia.²⁷ Bajo estos parámetros analicemos si efectivamente estos principios se encuentran contenidos en los contratos de adhesión.

1.4.1. La libertad de contratar o de conclusión en los contratos de adhesión

²⁶ Julio Betancourt, *Libertad de contratación, orden público y sus repercusiones en el marco de la arbitrabilidad* (Barcelona: InDret, 2012), 2.

²⁷ Moisés, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, 130.

Si tratamos este tema desde el enfoque de la relación entre compañías privadas, veremos que al momento de celebrar un contrato de adhesión ya sea de bienes o servicios, efectivamente las partes gozan de plena capacidad para elegir con quién contratar. Esto, obviamente, si lo miramos desde una perspectiva de mercado perfecto en donde las compañías demandantes tienen la posibilidad de elegir de entre varios proveedores.

En este sentido, Katuska Hernández refiriéndose a los contratos de adhesión establece que “no hay obligación de ofrecer y quien recibe una oferta puede a su arbitrio aceptarla o rechazarla, y si opta por este último camino, ello no le acarrea responsabilidad de ninguna especie, ya que es su opción la de contratar o abstenerse de hacerlo y de seleccionar con quien lo hace”,²⁸ por lo que en primera instancia y sin entrar a analizar todas las aristas, parecería que en los contratos de adhesión sí existe una libertad implícita de contratar, pues independientemente de si el adherente suscribe un contrato tal y como se encuentra redactado por la otra parte, sin la capacidad de negociar sus términos, al fin y al cabo es este quien tiene la decisión final sobre si lo suscribe o no.

Es justamente en esta acción de decidir sobre si contrata o no con determinada compañía en donde radica la libertad de contratar, pese a que es innegable que el ejercicio de este derecho en los contratos de adhesión presenta muchas más trabas que en el resto de instrumentos contractuales.

Bajo determinadas circunstancias, en los casos de contratos de adhesión pueden surgir figuras tales como la del abuso de poder de mercado, situaciones de dependencia, entre otras y ante estas variantes la libertad de contratación se vería afectada por diferentes factores que influyen en el mercado, ante lo cual la posibilidad de elección de con quién contratar estaría restringida al no existir alternativas suficientes u opciones de bienes y servicio equivalentes.

1.4.2. La libertad contractual o de configuración en los contratos de adhesión

Como ya se lo señaló, en su gran mayoría los contratos de adhesión evidencian una ausencia de libertad contractual al momento de su celebración, ya que una de las

²⁸ Katuska Hernández, “*El principio de autonomía de la voluntad contractual civil, sus límites y limitaciones*”, Universidad de Cien Fuegos, acceso el 03 de marzo de 2018, <http://www.eumed.net/rev/rejie/06/hfgc.pdf>.

partes de esta relación se ve imposibilitada de incidir en los términos y condiciones establecidos.

Por otro lado existen ciertos autores que consideran que la libertad contractual o de configuración es una potestad de la que únicamente gozan los predisponentes y afirma que “En muchas ocasiones, la desviación no tiene otro propósito que someter a la parte más débil a los dictados de los más fuertes. La libertad de configuración se usa entonces en forma abusiva, porque pretende dejar todas las ventajas para una de las partes y todas las cargas para la otra”.²⁹

De una u otra manera no cabe duda de que la libertad de configuración es un derecho muy escaso en los contratos de adhesión, pues esta libertad se encuentra estrechamente vinculada con la posibilidad de una negociación previa.

Bajo estos parámetros nos cuestionamos, si el derecho de contratación constante en el artículo 66 numeral 16 de la Constitución de la República, referente a los derechos de libertad, se respeta en su totalidad en los contratos de adhesión, y por más ambigua que parezca la respuesta a esta interrogante, me atrevería a decir que este derecho se respeta solo de forma parcial, pues si bien es cierto el adherente de un contrato de este tipo, goza de la posibilidad de decidir si obligarse o no bajo los términos y condiciones establecidos, no goza de la posibilidad de negociarlos en su totalidad.

1.5. El principio de buena fe como limitante a la autonomía de la voluntad en los contratos de adhesión entre empresas del sector privado

La autonomía de la voluntad se constituye en un principio indispensable y en un elemento *sine qua non* del derecho contractual, tal es así que se encuentra reconocido por nuestro Código Civil ecuatoriano en el ya citado artículo 1453, donde se determina que las obligaciones derivan del “...curso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga [...]”.³⁰

Este principio no ha escapado de la regulación por parte de los Principios UNIDROIT de los Contratos Comerciales Internacionales, en cuyo artículo 1.1. Denominado “Libertad Contractual” establece que “Las partes son libres para celebrar

²⁹ Mauricio Rengifo, “*Teoría del contrato, libertad y determinismo social*”, Universidad de Cien Fuegos, 58, <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/teoria-del-contrato-libertad-y-determinismo-social-la-posicion-incompatibilista/>.

³⁰ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 1453.

un contrato y para determinar su contenido”.³¹ En otras palabras el principio de la autonomía de la voluntad es una potestad de la que gozan las partes para fijar y determinar los parámetros bajo los cuales se van a obligar al momento de celebrar un acto o negocio jurídico, pues quién mejor que los partícipes que comparecen a la suscripción de un acuerdo, para fijar los términos y condiciones bajo los cuales se obligarán. Autores como Carlos Soto afirman que “la autonomía privada, entonces, es una facultad que el ordenamiento jurídico le concede a las personas, para que en ejercicio de su libertad, puedan contratar y determinar libremente el contenido de su contrato, creando relaciones contractuales válidas”.³²

Queda claro que de la autonomía de la voluntad devienen las ya analizadas libertad de contratar y libertad contractual, de las cuales la última de estas se encuentra restringida para el adherente, quien no obstante en virtud del ejercicio de su libertad de contratar puede concretar la suscripción de un instrumento de este tipo, sin que esto se constituya en un acto contrario a cualquier precepto legal. Sin embargo, si nos ubicamos en el peor de los escenarios, el predisponente de este contrato aprovechando su situación de superioridad ya sea de negociación, económica o de mercado, puede interponer términos abusivos que el adherente consentirá por cualquiera de los motivos que más adelante se pasarán a analizar, lo cual abre el debate sobre si la autonomía de la voluntad bajo la cual se suscriben este tipo de instrumentos debe tener alguna limitante.

Los contratos de adhesión han sido constantemente vinculados con la inclusión de cláusulas abusivas como si se tratase de “causa y efecto”, es por esto que es inevitable mencionar que no únicamente aquel contrato de adhesión si no cualquier instrumento contractual cuyo contenido no sea fruto de la buena fe de las partes, es un verdadero detonante de abusos de la parte predisponente. Carlos Alberto Soto, así lo considera al mencionar que “Somos conscientes de que la autonomía privada, ha sido, y es, la piedra angular del contrato, pero ella no actúa sola, pues es como la pierna de una persona que necesita de la otra para que el cuerpo humano, el contrato, se sostenga y cumpla a cabalidad su función. Esta otra pierna es nada menos que la buena fe”.³³

³¹*Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, Cuarta Edición, octubre 2016, art 1.1.

³²Carlos Alberto Soto, *La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato*,(Bogotá-Colombia: Editorial Vniversitas, 2003), 526.

³³ Soto, *La autonomía privada y la buena fe*, 526.

2. La noción y características de las cláusulas abusivas entre empresas del sector privado

Cuando nos referimos a cláusulas abusivas nos hallamos *per se* ante un acto que transgrede la buena fe y que es contrario al justo equilibrio de una relación contractual, cuya finalidad es sacar provecho de una situación de superioridad o de condiciones favorables de mercado frente al adherente. Como bien lo señala Gual Acosta, este tipo de conductas no escapan de los contratos B2B, es decir entre un empresario fuerte y uno menos fuerte, como lo sería un pequeño y mediano empresario.³⁴

Sorprendentemente ni la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor ni la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado nos ofrece una definición de cláusulas abusivas, sin embargo ha sido un cuerpo normativo cuya finalidad no es justamente la defensa de los consumidores, el que tuvo el acierto de dar una definición de tanta importancia, es así que la Codificación de Resoluciones de la Junta Política Monetaria en su Libro Primero, Tomo VIII, en su subparágrafo II, al regular los Fondos Complementarios Previsionales Cerrados, da la siguiente definición:

Los contratos de adhesión, no pueden contener las cláusulas prohibidas previstas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, tampoco se estipularán cláusulas abusivas, que son aquellas estipulaciones no negociadas bilateralmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio de los usuarios, afectación de los derechos y obligaciones de las partes, que se deriven del contrato.³⁵

Siguiendo el patrón de la regulación de cláusulas abusivas a nivel internacional, esta definición constante en la Codificación de Resoluciones de la Junta Política Monetaria, posiciona a la buena fe como una limitante a la inclusión de cláusulas en contratos de adhesión. Por otro lado, es importante mencionar que las cláusulas abusivas han recibido un sinnúmero de calificativos tales como “vejatorias, leoninas, opresivas o gravosas”.³⁶ Sin embargo es habitual que sean definidas en los términos que nos indica Felipe Osterling quien afirma que “Las cláusulas abusivas son aquellas que dada su naturaleza, establecen desmedidos beneficios en favor de quien ha redactado un

³⁴ Gual, *Las cláusulas abusivas –Evolución hacia una noción*, 8.

³⁵ Ecuador, *Codificación de Resoluciones de la Junta Política Monetaria*, Registro Oficial 44, 24 de julio de 2017, Libro Primero, Tomo VIII, subparágrafo II.

³⁶ Ghersi, *Contratos Civiles y Comerciales*, 380.

contrato por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación del que formen parte; ello, en desmedro del otro contratante”.³⁷

Bajo estos parámetros las características que este tipo de cláusulas generalmente presentan son las siguientes:

- a) Una desviación del principio de la buena fe contractual.
- b) Una desnaturalización o desequilibrio de la relación contractual.
- c) Un detrimento o perjuicio en contra del adherente al esquema contractual.
- d) Una atribución exorbitante en favor del predisponente del esquema contractual.³⁸

No únicamente a nivel doctrinario se han enumerado las características que deben reunir las cláusulas abusivas, pues textos normativos tales como la Directiva 93/13 de la Unión Europea cuyo objetivo principal es la coordinación y aproximación de los derechos europeos sobre las cláusulas abusivas, ha determinado en su artículo 3, que para ser denominadas abusivas las cláusulas deben reunir cumulativamente las siguientes circunstancias: “1) Que no hayan sido objeto de negociación individual, y 2) Que originen un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.”³⁹

Bajo estos parámetros parecería que son tres las causas principales para que se generen abusos en la relación entre empresarios, siendo estas las siguientes: a) la generación de desequilibrio contractual; b) la falta de negociación y c) la posición dominante de una de las partes. Demás está mencionar que estos escenarios se hallan íntimamente ligados entre sí, al punto de afirmar que el surgimiento del desequilibrio contractual es el resultado de la falta de negociación y esta a su vez el producto del posible abuso de una situación de posición dominante en el mercado o en un contrato en específico por parte del predisponente.

a) Desequilibrio contractual

No hace falta ahondar o hacer énfasis en el hecho de que los contratos comerciales celebrados entre empresas privadas son en su mayoría contratos onerosos, mismos que según lo establece el propio Código Civil ecuatoriano en su artículo 1456

³⁷ Rivera y Otros. *Cláusulas Abusivas II. Revista de Derecho Comparado*, 91.

³⁸ Soto. *Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos*, 27.

³⁹ Unión Europea, *Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, (05 de abril de 1993), art. 3.

“[...] tienen por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”.⁴⁰ En el caso en concreto de la relación contractual interempresarial nos hallamos en una situación en la cual ambas partes busca obtener ganancias de la transacción llevada a cabo, ya sea esta pecuniaria o mediante la adquisición de un bien o servicio, lo que hace imperante buscar la armonía e igualdad en las condiciones estipuladas.

El equilibrio contractual es el más puro reflejo del acuerdo al que se ha llegado interpartes, el cual ha logrado satisfacer las expectativas de ambos suscriptores, pero cuando este equilibrio es transgredido por la inclusión de cláusulas abusivas que favorecen únicamente a una de las partes, nos encontramos ante una de las fuentes de abuso que se presentan con más frecuencia en este tipo de relaciones comerciales. Jorge Molina ha definido al equilibrio contractual como aquello que “...conlleva en sí la existencia de proporciones tanto de orden material o económico, así como de deberes y derechos, en otras palabras el equilibrio puede ser cuantitativo como cualitativo”.⁴¹

A breves rasgos se puede mencionar que el equilibrio cuantitativo lo encontramos en el factor económico, es decir en el hecho de que el dinero que una de las partes está desembolsando a cambio de la entrega de un bien o servicio sea equitativo al beneficio adquirido por su compra, y por otra parte el equilibrio cualitativo únicamente es logrado cuando existe una equivalencia entre los derechos y obligaciones de las partes, sin que exista ningún tipo de preferencia o carga de obligaciones adicional o abusiva para una de ellas. Stiglitz acertadamente ha sintetizado el tipo de cláusulas que acarrear un desequilibrio contractual y traen consigo la desnaturalización de dicho vínculo, siendo estas las siguientes:

- 1.- Por la aplicación de una o más cláusulas predispuestas, que amplíen los derechos del predisponente;
- 2.- O se atribuyan en su favor, la posibilidad de alterar en algún sentido la obligación o la carga comprometida;
- 3.- O por las que se reduzcan o supriman sus cargas u obligaciones;
- 4.- O desde la perspectiva inversa, cuando se amplíen las cargas u obligaciones del adherente;
- 5.- O se supriman o modifiquen en su contra, sus derechos.⁴²

⁴⁰ Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial No. 46, 24 de junio de 2005, art.1456

⁴¹ Jorge Molina y Otros. *Compliación de documentos sobre derecho de la competencia*. (Bogotá: Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, 2002), 19.

⁴² Gabriel Stiglitz. *Defensa del consumidor y del usuario*. (Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1994), 21.

Claro está que la enumeración efectuada por Stiglitz es simplemente ejemplificativa pues en la práctica hallaremos un sinnúmero de condiciones que devienen en abusos del predisponente, y bajo estos parámetros el equilibrio contractual se hace indispensable, por lo que coincido plenamente con Jorge Molina quien afirma lo siguiente: “Y es que la igualdad de las personas es en todo momento necesaria, más se hace esencial en materia de contratación, ya que, de no ser así, se facilitarían los abusos por parte de los más fuertes en detrimento de los débiles o necesitados.”⁴³

* **Desequilibrio cuantitativo o económico:** Como ya lo mencionamos comprende el hecho de que el precio fijado se encuentre acorde al beneficio obtenido por un bien o servicio. Sin embargo parecería ser que el desequilibrio económico es una cuestión que va mucho más allá de la simple inclusión de una cláusula abusiva, pues en estos casos surge una auto regulación a través de la oferta y la demanda. Es decir que si una empresa proveedora oferta sus bienes o servicios a precios desmedidos simplemente los demandantes optarán por buscar otro proveedor que les pueda suplir de su necesidad a un precio razonable o que les permita negociar dicho precio y llegar a un acuerdo que satisfaga a ambas partes.

Respaldando esta posición Stiglitz señala que “El desequilibrio significativo relevante para la clasificación de vejatoriedad es el normativo y no el económico: en suma es vejatoria la cláusula que comporta un desequilibrio significativo entre derechos y obligaciones y no entre bienes y servicios y sus correspondientes contraprestaciones económicas”.⁴⁴

Adicionalmente no se puede dejar de mencionar que la intervención estatal en aspectos tales como la fijación de precios debe ser mínima por motivos propiamente de libertad de mercado, de la misma forma lo ha visto la doctrina al mencionar que “No se desea en principio interferir en la ecuación económica del contrato pues se trata de preservar el libre mercado y la libre competencia con ausencia de toda forma de intervención en los precios como criterio rector.”⁴⁵

⁴³ Jorge Molina y Otros. *Compliación de documentos sobre derecho de la competencia*. (Bogotá: Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, 2002), 19.

⁴⁴ Rubén Stiglitz, “El desequilibrio contractual. Una visión comparatista”, 20, revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/.../11463/9996.

⁴⁵ Gustavo Ordoqui, “Cláusulas abusivas con un adherente empresario”, 24, <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idsitio=1&idarticulo=77907>.

* **Desequilibrio cualitativo:** El desequilibrio cualitativo del contrato es la característica principal de todos aquellos contratos que contienen cláusulas abusivas, pues es un resultado natural de la prevalencia desmedida de la parte fuerte, quien en un acto que busca sacar provecho de determinadas condiciones, impone obligaciones vejatorias o desconoce ciertos derechos para el adherente. Para que se pueda considerar que una cláusula abusiva genera un desequilibrio cualitativo al contrato debe existir un menoscabo notorio en desmedro del adherente.

Para ejemplificar de mejor manera lo mencionado, pongámonos en el supuesto de la inclusión de una cláusula de terminación anticipada de un contrato de servicios de transporte, en la cual se establece que tanto el contratante como la contratista tendrán plena facultad para dar por terminado el contrato en cualquier momento, siempre y cuando medie una notificación por escrito con treinta días de anticipación a la terminación del mismo. En este supuesto no nos hallamos frente a una cláusula abusiva pues las partes libre y voluntariamente han acordado brindarse este derecho, lo que evidencia un equilibrio en los derechos y obligaciones del contrato, cosa que no sería así si la cláusula de terminación unilateral anticipada se reconoce únicamente a favor de una de las partes, caso en el cual se está generando un afectación únicamente para uno de los sujetos del contrato.

2.1.- La ausencia de negociación previa como causante directa de la inclusión de cláusulas abusivas

La negociación es definida por Viviana Kluger como “[...] aquella en la que observaremos la presencia de interacción o intercambio entre diferentes partes que presentan un fin común que es el de lograr un acuerdo, teniendo en claro sus respectivos objetivos y márgenes de acción en correlación de fuerzas”⁴⁶. El rol que juega la negociación es justamente la búsqueda de la igualdad y satisfacción de las partes en todo tipo de negocios y actos jurídicos.

Más allá del hecho de que un contrato que no ha sido negociado no es sinónimo de abuso, es importante mencionar que la falta de negociación conjuntamente con la mala fe son causas directas para el surgimiento de términos abusivos, mismos que se vuelven mucho más lesivos en la relación contractual entre empresas privadas, pues son

⁴⁶ Viviana Kluger. *Análisis económico del derecho*. (Argentina: Heliasta, 2006), 151.

contratos en los que en su mayoría requieren de un análisis pormenorizado pues se manejan montos representativos.

Pero aun cuando la ausencia de negociación es un factor tan influyente para que surjan conductas abusivas, no es posible afirmar que la negociación previa a la suscripción de un contrato se constituye en el remedio a la inclusión de estas cláusulas vejatorias, pues habría que valorar varios aspectos, como por ejemplo su alcance y eficacia y sobre todo si la negociación fue aplicada a todo el contrato o únicamente a determinadas cláusulas en las cuales el predisponente se encontraba dispuesto a ceder.

2.2. La posición dominante de las empresas privadas como herramienta para la inclusión de cláusulas abusivas

Al referirnos a posición dominante, no necesariamente nos estamos adentrando en un tema netamente perteneciente al derecho de competencia, no obstante a que doctrinariamente en su mayoría así se lo concibe. Particularmente para este trabajo de investigación es de suma importancia se lleve a cabo una distinción entre los términos posición dominante de mercado y posición dominante en la contratación, pues son dos escenarios distintos pero que finalmente se constituyen en el campo perfecto para el surgimiento de prácticas abusivas.

Sergio Muñoz Laverde al referirse a esta distinción acertadamente expresa lo siguiente:

En efecto, es necesario distinguir posición dominante en el mercado de la posición dominante en la contratación. Se trata de dos conceptos que, si bien podrían coincidir en un caso concreto, son diferentes.

La posición dominante en una relación contractual se refiere a la posibilidad que tiene una persona, por razones de superioridad originadas en causas de variada índole, de dictar o fijar los contenidos contractuales en un negocio, sin que importe que quien ostenta tal superioridad comercial tenga o no posición dominante frente al mercado en general.⁴⁷

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia expedida el 02 de febrero de 2001, al conocer la demanda planteada por la empresa Inversiones Velar Limitada en la cual alega la inclusión de cláusulas abusivas por parte de la compañía

⁴⁷ Ricardo de Ángel Yáñez. *Realidades y tendencias del Derecho en el Siglo XXI* (Bogotá: Editoria Temis S.A.: 2010), 229.

aseguradora Seguros del Caribe S.A. reconoce a la posición dominante de una de las partes como factor directo para la inclusión de cláusulas abusivas y establece lo siguiente:

[...] en la determinación de las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas, ejemplo prototípico de las cuales lo suministra el ejercicio del llamado “poder de negociación” por parte de quien encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación.⁴⁸

Una vez explorados brevemente los aspectos básicos que intervienen en una relación contractual de adhesión entre empresas, en el próximo capítulo se buscará analizar cuál es la situación que presenta nuestro ordenamiento jurídico para la solución de esta problemática y sobre todo qué mecanismos pueden ser aplicados ante este tipo de prácticas por parte de una empresa adherente.

⁴⁸ Colombia. *Corte Suprema de Justicia*. Expediente No. 5670 de (02 de febrero de 2001), 47.

Capítulo dos

La necesidad de implementar mecanismos de protección frente a la aplicación de cláusulas abusivas entre empresas del sector privado

1. La necesidad jurídica de contemplar a la empresa adherente como parte débil de la relación contractual

Un sector de la doctrina ha justificado la falta de regulación específica de las cláusulas abusivas entre empresas, argumentando que el inmiscuirse en su reglamentación es una forma de limitar la libertad de negociación y libre competencia, tan indispensable en toda transacción comercial entre dos operadores económicos. Eugenio Llamas Pombo lo expresa con claridad al mencionar que:

El legislador dirige su esfuerzo únicamente a la protección de los consumidores, pues es solamente ahí donde se justifica una intromisión estatal tan grave dentro de la autonomía privada. Poco o nada le importaría (o debería importar) al Estado que dos sujetos celebren de mutuo acuerdo un contrato en el que existen graves desequilibrios para uno de ellos, si no fuera por la situación de desigualdad latente en dicha situación. En otras palabras sólo la desigualdad que sufre el consumidor en sus relaciones jurídicas justifica la legislación protectora sobre cláusulas abusivas.⁴⁹

Pese a lo radical de esta afirmación, no hay discusión de que una intervención estatal desmedida en aquellos negocios jurídicos en donde no existe mayor asimetría entre sus participantes, podría conllevar a una restricción de derechos tales como el establecido en el artículo 66, numeral 16 de la Constitución de la República del Ecuador, referente a la libertad de contratación. Pero por otra parte no se debe dejar de lado el hecho de que tal y como sucede en la relación contractual con consumidores finales, algo muy similar se suscita en los contratos interempresariales, principalmente entre empresas grandes y Pymes en donde también intervienen factores como la asimetría de la información, posiciones dominantes en la contratación, situaciones de dependencia, entre otros aspectos que podrían demandar la protección de una norma o el reforzamiento de principios como el de la buena fe contractual, en aras de evitar abusos.

Bajo este panorama conviene ser más cautos y no cerrar definitivamente la posibilidad de una tutela jurídica a las relaciones contractuales entre empresas, pues

⁴⁹ Eugenio Llamas Pombo. *Buena fe y cláusulas abusivas en la contratación*. (Buenos Aires: La Ley, 2005), 228.

habrán situaciones en las que la parte débil de una relación contractual entre empresarios se asemeje mucho a la de un consumidor, pese a no tener tal calidad, esta situación la habremos de evidenciar en casos en los que pequeñas empresas se ven obligadas a ceder ante la interposición de condiciones desmedidas de empresas poderosas, en cuyo caso se vuelve irrelevante la calidad o no de consumidor.

Una visión al respecto la presenta Gustavo Ordoqui, quien en respuesta a la tendencia desreguladora anteriormente expuesta, de forma acertada menciona que el libre mercado solo tiene sentido dentro del respeto de la moral y el orden público y en caso de no ocurrir así la libertad se convierte en libertinaje y se destruye a sí misma y adiciona que sin una mínima regulación no hay mercado sino el reino del más fuerte.⁵⁰

La posición dominante dentro de un contrato que puede ostentar una empresa con respecto a otra, presenta dos facetas muy demarcadas, a las cuales por motivos didácticos denominaremos “contratista-contratante adherente” y “contratista adherente-contratante”, nótese que en esta clasificación se ha evitado utilizar la denominación de “consumidor”, justamente para no excluir a las empresas que no gozan de esa calidad. Con estos antecedentes veamos a continuación cuales son las características principales de esta clasificación.

***Contratista-contratante adherente:** Al igual que sucede en la relación entre empresa y consumidor final, lo más habitual en la relación *business to business* es que el proveedor o contratista del bien o servicio sea el que tienda a fijar las condiciones bajo las cuales se van a contratar, pues por así decirlo en su mayoría es el contratista quien tiene “la sartén por el mango” al gozar de la facultad de satisfacer las necesidades de la parte con quien contrata, y sin el afán de entrar a tratar a fondo aspectos del derecho de competencia, son situaciones como el goce de monopolios o posición de dominio las que pueden derivar en este tipo de conductas por parte del contratista, situación ante la cual las compañías contratantes se ven imposibilitadas de dejar de adquirir estos productos o servicios.

Ejemplos al respecto se los puede ver a diario, en donde habrá casos en los que la empresa abusiva goza de poder de dominio en el mercado u otros casos en los que simplemente ostentan una posición dominante con respecto a una relación contractual en específico, tal y como anteriormente se lo analizó.

⁵⁰ Ordoqui, “Cláusulas abusivas con un adherente empresario”, 51.

Es justamente esta situación la que abre las puertas para que empresas que gozan de una posición fuerte o dominante dentro de una relación contractual, impongan contratos de adhesión con cláusulas que pueden ser abusivas, pues se pone en una situación a la empresa contratante de “lo tomas o lo dejas” y evidentemente en los casos en los que su giro del negocio depende de este bien o servicio les será imposible no suscribir el contrato de adhesión, incluso si esto significa aceptar términos perjudiciales.

***Contratante-contratista adherente:** Irrisorio sería plantearse una situación en la cual el consumidor final (persona natural) de un bien o servicio tenga la capacidad y el poder tanto económico como de negociación para interponer cláusulas abusivas al contratista, pero no es para nada descabellado plantearse una situación semejante entre empresas en donde la parte compradora a través de un contrato de adhesión interpone cláusulas abusivas al vendedor o contratista.

Un ejemplo práctico de esta problemática la tenemos en Ecuador, particularmente en Francisco de Orellana, lugar que a partir del “boom” petrolero dio paso a la creación de un sinnúmero de compañías cuyo surgimiento en su mayoría obedecía únicamente a la prestación de bienes y servicios para las compañías petroleras radicadas en el lugar, servicios tales como de transporte de pasajeros y carga pesada, servicios de renta de vehículos, hospedaje mensualizados, catering y limpieza, guardianía, entre otros cuyo cliente predilecto son las empresas petroleras, por lo que existe una gran gama de proveedores que posiblemente deberán disputarse el reducido número de oferentes, lo cual puede constituirse en un caldo de cultivo para que las compañías petroleras impongan sus propias condiciones mediante contratos de adhesión, redactados con la finalidad de obtener el mayor beneficio posible y en ocasiones llegando a ser muchos de los términos abusivos para el proveedor que no puede negarse a aceptar brindar sus servicios bajo estas condiciones, pues de rechazarlo le será muy complicado conseguir un cliente de esa magnitud.

Como se evidencia, en la relación contractual entre empresas, no únicamente nos hallamos ante la problemática de la falta de protección a aquellas empresas que no tienen la calidad de consumidor final, sino que ahora también nos hemos planteado el escenario en el cual es el contratista o proveedor el que se encuentra desprotegido y con una evidente carencia de mecanismos de protección, lo que de cierta forma deja obsoleta la concepción que determina que son los consumidores los únicos vulnerables por cláusulas abusivas.

No hace falta indicar que la empresa adherente que no ostenta la calidad de consumidor final de ninguna manera puede buscar mecanismos de protección en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, por lo cual a falta de un cuerpo normativo que proteja a los proveedores adherentes de cláusulas abusivas, habrá que buscar otros tipos de mecanismos ciertamente más complejos, ya sea aquellos constantes en la Ley Orgánica de Regulación del Control de Poder de Mercado o en principios generales del derecho tales como la buena fe contractual.

Previo a entrar a tratar estas posibilidades es necesario mencionar que no se busca hallar una solución a todos los supuestos, al ser difícilmente identificables en su totalidad, sin embargo, sí es menester de esta investigación identificar las falencias y limitaciones de nuestro ordenamiento jurídico respecto a este tema y ofrecer ciertos parámetros en aras de lograr mayor seguridad jurídica en la relación contractual interempresarial.

2. Mecanismos de protección desarrollados actualmente en el contexto jurídico ecuatoriano y sus limitaciones

2.1. El alcance del principio de buena fe y su aplicación a las relaciones contractuales abusivas entre empresas privadas

La buena fe es uno de los principios más antiguos del derecho, tal es así que debemos remontarnos al año 450-451 a.c, para conocer su génesis, que se encuentra situado en una antigua ley de las XII Tablas que establecía que “..aquel que quebrante la fidelidad y desampare a su cliente, será considerado maldito” ⁵¹. En la actualidad su análisis doctrinario es extenso y su relevancia en las relaciones contractuales es de carácter indispensable, sin embargo su aplicación a través de los años ha dejado una sensación de excesiva subjetividad y carencia de parámetros claros.

A nivel doctrinal se ha clasificado a este principio en dos clases claramente demarcadas: buena fe objetiva y buena fe subjetiva, Benjamín Moisés las conceptualiza de la siguiente manera:

⁵¹ Javier Humberto Facco. *Reseña histórica comparativa del principio general de buena fe en el subsistema jurídico latinoamericano*. (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011), 246.

- ✓ La buena fe subjetiva o concreta, consiste en la convicción de la persona humana de que su obrar es correcto, (...) sin embargo esta clasificación encierra la peligrosa sugerencia de justificar lo injustificable.
- ✓ La buena fe objetiva o abstracta se caracteriza por la lealtad a la que todo hombre debe ajustar su comportamiento, sirviendo de pauta valorativa del mismo con prescindencia de la intención real del sujeto actuante.⁵²

En adelante al referirnos al principio de buena fe, se entenderá que se está haciendo alusión en todo momento a la buena fe objetiva, pues se requiere de una valoración global del instrumento contractual y de su proceso de formación para determinar si en el actuar de una de las partes ha mediado o no mala fe, siendo irrelevantes aquellos elementos pertenecientes al fuero interno del predisponente, pues lo que se busca es brindar una mayor seguridad jurídica a las partes intervinientes en un contrato.

En la búsqueda de mecanismos de protección idóneos en favor de empresarios adherentes de contratos con cláusulas abusivas, no se puede dejar de mencionar que el principio de buena fe se constituye en aquel gran estandarte que ejerce una función tuitiva favorable para todos aquellos partícipes en un contrato, en aras de la tan complicada búsqueda del equilibrio contractual entre las partes.

Lo amplio e indeterminado de este principio ha generado una ardua labor para doctrinarios, dado lo complicado que puede llegar a ser definir a un principio que contiene matices íntimamente vinculados con aspectos éticos y de honestidad y por otro lado los legisladores no han escapado de esta dificultosa tarea al verse en la imposibilidad de establecer parámetros fijos e inmutables para un principio que debe ser aplicado dependiendo de la situación y naturaleza del contrato que esté siendo materia de análisis.

Sin embargo, esta característica de amplitud e indeterminación sobre la cual tantas veces nos hemos referido, le brinda al principio de buena fe la versatilidad necesaria para acaparar y detectar todas aquellas conductas contrarias a la adecuada lealtad contractual durante todas las etapas del proceso de formación del contrato, es así como Vladimir Monsalve ha mencionado que:

...estas prescripciones generales, siempre serán aplicadas, no solo al acuerdo contractual, sino también estarán llamadas a gobernar todo el proceso tanto de formación, como el de perfeccionamiento y ejecución contractual. La buena fe como una norma general por tanto es una norma integradora y creadora dentro del

⁵² Moisés. *Tratado de la buena fe en el derecho*, 420.

sistema jurídico, el cual le reconoce su carácter heterónomo tanto del contrato como de todo el ordenamiento legal.⁵³

Una de las principales preocupaciones que ha expresado la doctrina es la valoración que los administradores de justicia puedan darle a la aplicación del principio de buena fe en las relaciones contractuales, pues principalmente en los contratos de adhesión entre empresarios lo que podría ser considerado como abusivo para un juez, podría no serlo para otro, dependiendo de la perspectiva y elementos que sean valorados, por lo que autores como Martha Lucía Neme han sido tajantes al mencionar que:

...la buena fe no es un criterio que amplía los poderes del juez, como quiera que el propio juez está sometido a los preceptos del principio su aplicación no admite discrecionalidad, pues dado el carácter objetivo que se expresa en las reglas que del mismo emanan, tales reglas vinculan con igual fuerza al juez, descartando toda arbitrariedad de su parte; de manera que el fallador so pretexto de la aplicación del mismo no puede transgredir el propio principio.⁵⁴

Con estos antecedentes, y previo a realizar un análisis más a fondo de este tema, es necesario dejar en claro que bajo ningún concepto se pretende afirmar que el principio de buena fe establecido en el artículo 1562 del Código Civil ecuatoriano, no sea un mecanismo idóneo de protección en la búsqueda del adecuado equilibrio contractual, pues como se puede observar se constituye en la principal limitante de un ejercicio desmedido de derechos tales como el de la libertad contractual y autonomía de la voluntad por parte de aquellos que gozan de una posición más fuerte, ya sea por su situación de mercado o por contar con mayor información y conocimientos técnicos referentes a la materia sobre la que versa el contrato.

Sin embargo, habrá que explorar el derecho comparado, en donde con la finalidad de asegurar mecanismos más exhaustivos de protección, principalmente en los contratos de adhesión entre empresas, se han implementado herramientas tales como las de control de incorporación y contenido, mismas que se derivan del principio de buena fe y que buscan constituirse en un complemento adecuado para su aplicación, estando

⁵³ Vladimir Monsalve. *La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta*. (Barranquilla: Universidad del Norte, 2008), 34.

⁵⁴ Martha Neme. *El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006), 89.

enfocadas en evitar la inclusión de cláusulas abusivas en instrumentos contractuales de adhesión, como se lo analizará más adelante.

Pero más allá de esto, como es de conocimiento general, todo tipo de acuerdo contractual es suscrito bajo la premisa de que será cumplido conforme lo estipulado por las partes, es decir bajo el principio inexorable de la buena fe. Basta con revisar algunas de las definiciones de contrato que nos brinda la doctrina y la normativa a nivel mundial, para percatarnos de que el uso de verbos tales como “obligar”; “acordar”; “comprometer” y “hacer”, son de uso frecuente en la mayoría de estas definiciones, lo que indica que nos hallamos en un campo en donde la confianza mutua y la certeza de que cada parte obrará de buena fe, se convierte en la base fundamental para el compromiso, desarrollo adecuado y cumplimiento de cualquier obligación.

En el caso de los contratos libremente negociados, las partes suscriptoras gozan de una mayor capacidad para velar y en cierto modo influir para que los términos y condiciones contemplados se encuentren apegados a la buena fe, esto debido a la posibilidad de negociación que sí existe en este tipo de instrumentos. Sin embargo cuando de contratos de adhesión se refiere, el escenario es completamente distinto, pues al no existir una etapa de negociación previa, la posibilidad de inclusión de términos vejatorios aumenta considerablemente, por lo que es el principio de buena fe y su adecuada observancia es una de las herramientas principales con las que cuenta el ordenamiento jurídico ecuatoriano para repeler este tipo de conductas. Pero será suficiente el alcance de este principio para ser aplicado a todos los supuestos derivados de los contratos de adhesión entre empresas privadas?

Para dilucidar esta interrogante, es primeramente necesario hacer referencia a lo establecido en el artículo 1562 del Código Civil ecuatoriano, que determina que: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”.⁵⁵ Este artículo es el reflejo de lo amplio que este principio puede llegar a ser, transgrediendo incluso principios de tal importancia como el *pacta sunt servanda*, como más adelante se analizará.

Bastante se ha mencionado ya acerca del carácter subjetivo que tiene la aplicación del principio de la buena fe contractual, y ante la falta de lineamientos que

⁵⁵ Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial No. 46, 24 de junio de 2005, art. 1562.

reduzcan esta subjetividad por parte del Código Civil ecuatoriano, no existe otra alternativa que acudir a la doctrina con la finalidad de hallar ciertas pautas que clarifiquen la aplicación de este principio. Es así que Jorge Cubides Camacho ha resumido en cuatro los requisitos principales que caracterizan al deber de buena fe contractual, teniendo en cuenta que este principio deberá estar presente en las etapas, precontractual, de ejecución y postcontractual, siempre de conformidad a los siguientes presupuestos: a) el deber de información, b) deber de confidencialidad y ;c) deber de preservar el equilibrio, mismos que serán analizados a continuación, desde la perspectiva de los contratos interempresariales.⁵⁶

***Deber de información:**

El deber de información previo a la celebración de un contrato, consiste esencialmente en la obligación por parte del contratista de suministrar al contratante y viceversa de toda la información que consideren adecuada y suficiente para contar con un conocimiento preciso de las circunstancias en que sería celebrado el contrato, es decir todo aquello que incumbe a aspectos tales como los posibles riesgos, las garantías o seguridades que se pueden requerir, entre otros aspectos que podrían influir en la decisión final de celebrar o no un acto de este tipo.⁵⁷

Hasta aquí parece bastante simple y obvia la necesidad del cumplimiento de este deber, pero ¿hasta qué grado es exigible la responsabilidad y el deber de información que se deben las partes?, parecería ser que esto dependerá de dos situaciones claramente identificables, siendo la primera el tipo de contrato que se celebra y como segundo aspecto, el nivel de *expertise* del que gocen las partes comparecientes a la suscripción del mismo.

✓ Tipo de contrato a celebrarse:

Gran cantidad de contratos celebrados entre empresas privadas son por sus características atípicos, es decir no se hallan regulados por ley alguna, lo que por cierto no les resta validez, ni les quita obligatoriedad en su cumplimiento. Pero justamente por ser contratos que no se encuentran contemplados en ningún cuerpo normativo, es que

⁵⁶ Cubides. *Obligaciones*, 254.

⁵⁷ *Ibid*, 255.

requieren de un nivel de exigencia mayor en el deber de información entre las partes, superior a aquel requerido en aquellos contratos que sí se encuentran tipificados.

Tal es así que no es comparable el deber de información que demanda la celebración de un contrato de compra-venta de un vehículo, que un contrato de *know how*. Está por demás mencionar que en un contrato de este tipo, el licenciante (titular del *know how*) deberá cumplir con informar al licenciado, de aspectos tales como la modalidad de pago de la retribución a cambio del conocimiento transferido; términos referentes a la innovación o mejoras en los conocimientos transferidos; condiciones bajo las cuales se puede explotar el conocimiento, entre otros aspectos que más allá de encontrarse plasmados en el contrato, deben ser entendidos con meridiana claridad por parte del licenciado en este caso, en aras de poder evidenciar la existencia de buena fe en todo momento por parte del licenciante.

De forma similar lo considera Alberto Soria al establecer que:

Será mayor el deber de información en los contratos que generan multiplicidad de obligaciones, como la venta de una empresa en marcha que implica el examen de su situación actual, sus proyecciones, y sus variadas relaciones en las áreas administrativa, laboral, operacional, de mercado, financiera, etc; será menor en los que hacen nacer pocas obligaciones como la venta de bienes de consumo...⁵⁸

La mayoría de contratos *business to business* implican una mayor complejidad por el gran abanico de posibilidades que se derivan de esta relación, existiendo contratos tales como el ya mencionado contrato de *know how*, franquicia, distribución, *joint venture*, *merchandising*, *leasing*, entre otros que conforman una amplia lista de contratos atípicos, que independientemente a que sean negociados libremente o suscritos mediante contratos de adhesión, sin duda requieren de gran atención al cumplimiento del deber de intercambio de información.

Sin embargo, nuevamente esto nos lleva a la conclusión de lo subjetivo y circunstancial que la aplicación del principio de buena fe puede llegar a ser, pues en estos casos habrá que aplicar un parámetro diferenciado de medición para el cumplimiento del deber de información, que dependerá del tipo de contrato a celebrarse. En el caso de los contratos entre empresarios el nivel de exigencia en la información

⁵⁸ Cubides. *Obligaciones*, 257.

que se debe intercambiar entre las partes será bastante alto, resultado de la complejidad que conllevan estos instrumentos.

Pero esta conclusión a la que en primera instancia hemos arribado, al parecer se contradice de alguna forma con el segundo parámetro a ser analizado a continuación, que se refiere al nivel de expertise con el que cuentan las partes, en donde se plantea que a mayor conocimiento del negocio contractual por parte de sus suscriptores, menor grado de información será exigible, siendo paradójico pues se supondría que las empresas que realizan transacciones dentro de su actividad comercial gozan de un amplio conocimiento sobre la materia del contrato y por ende menor es el deber de información entre estas.

✓ **Nivel de *expertiz* de los intervinientes en el contrato:**

Uno de los argumentos más aplicados por parte de los detractores de una protección extensiva del derecho del consumidor hacia los empresarios que no tienen esta calidad, es que las empresas que no son consideradas consumidores finales, actúan bajo pleno conocimiento de su giro del negocio y se sobreentiende que gozan de un mayor equilibrio de negociación, conocimiento e información que les permitirá evitar la inclusión de cláusulas abusivas y por ende no requieren de protección por parte de una ley, puesto que se obligan en virtud del ejercicio de su autonomía de la voluntad.

Con estos argumentos se considera que mal se haría en entrar a regular este tipo de aspectos que obedecen netamente a las condiciones de mercado vigentes al momento de la celebración de estos contratos, cuestión que conlleva a afirmar que el nivel de exigencia en el intercambio de información en este tipo de relación debería ser mucho menor, puesto que existe una responsabilidad inherente a los empresarios de encontrarse debidamente aleccionados sobre los riesgos que implican la suscripción de contratos de este tipo.

Ejemplos al respecto se han visto inclusive a nivel jurisprudencial, siendo uno de los casos más sonados aquel que surgió entre *Photo Productions Ltd*, empresa que contrató los servicios de guardiana de *Securicor Transport Ltd*, en donde uno de los empleados de esta última con la finalidad de obtener indemnizaciones por parte de su empleador inició un incendio para auto infringirse lesiones, producto de lo cual el fuego se extendió hasta generar la destrucción total de las instalaciones propiedad de la

empresa *Photo Productions Ltd.*, quien producto de esto entabló una demanda por daños y perjuicios en contra de la empresa de seguridad.

Este caso fue resuelto por el Parlamento del Reino Unido “*House of Lords*”, ante quienes la empresa demandada alegó que dentro del contrato suscrito, existe una cláusula que establece que se excluye de responsabilidad al contratista en caso de que se genere cualquier hecho o acto que perjudique al contratante, siempre y cuando este acto no haya podido preverse con una actuación diligente por parte del contratista.

El tribunal falló indicando que no existe mala fe o algún tinte de abuso en la redacción de la mencionada cláusula y que las partes habrán de sujetarse a la misma, desechando así la demanda interpuesta por *Photo Productions Ltd.*, lo que liberó de cualquier responsabilidad a la demandada, puesto que en casos como este en los cuales las partes gozan de un poder similar de negociación, es necesario brindar plena libertad a los intervinientes en el contrato en cuanto al reparto de los riesgos, partiendo del supuesto de que estos gozan de toda la información del caso previo a su suscripción.⁵⁹

Es decir que en contratos entre empresas de este tipo, en el cual tanto el contratante como el contratista actúan dentro de su ámbito comercial, la responsabilidad del deber de información será más laxo, en virtud de que las partes deben tomar precauciones para evitar la inclusión de este tipo de cláusulas, basados en su experiencia y conocimiento de los riesgos que implica su actividad comercial.

Javier Tamayo Jaramillo, refiriéndose al deber de información, menciona que:

[...] solo existe en la medida en que haya una parte profesional y otra profana en la materia. Si ambas partes conocen o deben conocer, en razón de su oficio, los alcances del contrato, la obligación de información o consejo desaparece o por lo menos se acentúa. No es lo mismo celebrar un contrato de transporte con una industria que desplaza mercancía todo el tiempo, que celebrarlo con una persona que eventualmente tiene la necesidad de hacer un trasteo y que en principio no tiene por qué conocer todos los avatares de dicho contrato.⁶⁰

Como se puede evidenciar en ocasiones los tribunales son reacios a amparar a empresas víctimas de cláusulas abusivas, dado que estas tienen la responsabilidad de conocer los alcances de los términos y condiciones bajo los que se comprometen.

⁵⁹ House of Lords. “Sentencia 18 de febrero de 1980”, Caso *Photo Production Ltd. v Securicor Transport Ltd.*, <https://swarb.co.uk/photo-production-ltd-v-securicor-transport-ltd-hl-14-feb-1980/>.

⁶⁰ Javier Tamayo Jaramillo. *La obligación de lealtad durante el periodo precontractual*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, 432.

Sin embargo considero que para los casos de contratos de adhesión entre empresas, se debe plantear un fortalecimiento a sus mecanismos de protección, quizá no idéntico al existente para los consumidores finales, pero en aquellos casos en los que se determine que ha existido un alto grado de asimetría de la información y una situación de posición dominante en la contratación, se deberán brindar parámetros más claros y específicos de protección; es decir no existe mayor argumento para negar de plano la protección a empresarios discriminándolos por su situación económica o tamaño, pues este tipo de tutela no se la puede brindar dependiendo del sujeto, sino en virtud del acto abusivo, no obstante en la actualidad el principio de buena fe en estos casos será aplicado dependiendo de lo que considere el tribunal encargado del fallo, basándose en argumentos de este tipo, sin la existencia de reglas claras al respecto.

A tal nivel de subjetividad puede llegar el deber de información inherente al principio de buena fe, que en el primer parámetro analizado referente al “tipo de contrato a celebrarse” se demanda una mayor extensión del deber de información en los casos de contratos atípicos, que en su mayoría son celebrados entre empresas; y por el contrario bajo el segundo parámetro denominado “nivel de expertise de los intervinientes en el contrato” se plantea que en los contratos celebrados entre empresarios la exigencia del deber de información es mucho más flexible pues se entiende que las empresas gozan de amplios conocimientos en el manejo de sus negocios, por lo que en resumidas cuentas se concluye que el principio será puesto en práctica dependiendo de la visión de quien lo aplique.

Sin embargo a criterio personal no parecería ser comparable el deber de información que se le debe a un consumidor de aquel que se debe brindar a una empresa que adquiere un bien o servicio con la finalidad de incorporarla en su cadena de producción, pues este último deberá guardar los recaudos del caso al suscribir un contrato cuya materia no le es del todo desconocida.

***Deber de confidencialidad:**

En la celebración de contratos *business to business* es común el intercambio de información de carácter confidencial entre las partes, por lo que se requiere de un alto grado de cuidado pues su libre exposición podría llegar a generar graves afectaciones tanto económicas como reputacionales para aquella empresa cuya información confidencial ha sido divulgada o usada de mala fe.

Qué entendemos por información confidencial es un tema que escapa de los límites de esta investigación, pero a breves rasgos citaremos algunos ejemplos contemplados en una publicación realizada por el Instituto Nacional de Propiedad Industrial de Chile, en donde menciona que se considera documentación confidencial la siguiente: “planes de negocio, dibujos, prototipos de artefactos, demostraciones, secretos comerciales, información técnica, resultados de investigaciones, listados de clientes”⁶¹, entre otro tipo de información, que puede llegar a ser compartida, antes, durante y después de la ejecución de un contrato entre los intervinientes de un determinado negocio jurídico.

El deber de mantener en calidad de confidencial la información expuesta entre los intervinientes de un contrato es un deber fundamental a la hora de actuar de buena fe, tal es así que se han dado casos en nuestro país en los que la inobservancia del deber de confidencialidad, ha derivado en sentencias indemnizatorias de daños y perjuicios.

Una muestra de esto es el caso que surgió entre NIFA S.A. quien interpuso un juicio ordinario por daños y perjuicios en contra de Merck Sharp & Dohme⁶², ante el Juzgado Segundo de los Civil de Pichincha, los hechos se generaron en torno a que estas empresas llevaron a cabo un largo proceso de negociación para la compra-venta de una planta farmacéutica propiedad de la empresa Merck, misma que so pretexto de conocer las fuentes de financiamiento de NIFA S.A. para esta transacción, solicitó se le entregue información que tenía el carácter de confidencial, entre la que se hallaba su plan de negocios, sus fuentes de financiamiento, entre otra documentación.

Producto de este acto de mala fe, la demandada pudo acceder a información altamente confidencial de NIFA S.A., principalmente aquella que versaba sobre sus planes a futuro de un programa de crecimiento y diversificación de su producción, mediante el cual buscaba incursionar en el mercado de los medicamentos genéricos, cuestión que impactaría gravemente en la economía de Merck, pues se constituía en su competencia directa, por lo que haciendo uso de esta información confidencial la demandada inició una campaña de desprestigio en contra de la actora, buscando afectar sus ventas, y adicionalmente incluyó cláusulas abusivas innegociables en el contrato de compra-venta, en las cuales establecía que Merck renuncia a producir determinados

⁶¹ Chile. Instituto Nacional de Propiedad Industrial de Chile, “Ejemplos de cláusulas que suelen ser incluidas en un acuerdo de confidencialidad”, 2 https://www.inapi.cl/portal/publicaciones/608/articles-1598_recurso_1.pdf.

⁶² Corte Nacional de Justicia. “Juicio Ordinario por Daños y Perjuicios”, 21 de septiembre de 2012.

fármacos que hasta entonces únicamente eran producidos por la demandada, con la finalidad así de eliminar la competencia.

Posterior a varios meses de negociaciones e incluso cuando NIFA había ya aceptado estas cláusulas claramente abusivas, Merck sin mayor argumento se negó a realizar la venta de su planta, generando graves perjuicios económicos a la actora. Con estos claros antecedentes y la evidencia de mala fe en el proceso de negociación y violación a su deber de confidencialidad, el Juzgado Segundo de lo Civil de Pichincha ordenó a la demandada a que indemnice a NIFA por un valor de doscientos millones de dólares.

Posteriormente a esto Merck Sharp & Dohme interpuso un recurso de apelación ante la Corte Provincial de Pichincha, misma que en su fallo, realizó un análisis que trascendió el ámbito del derecho civil, entrando a examinar figuras pertenecientes al derecho de competencia, al establecer que la demandada abusó de su posición dominante en el mercado de plantas industriales aptas para la industria farmacéutica, dado que se interpuso condiciones comerciales inaceptables, lo que generó que la demandante invierta tiempo y dinero para llevar adelante las negociaciones, así como viajes al exterior para mantener reuniones con la demandada, lo cual significó un gasto de recursos significativos para NIFA, trayendo consigo daños cuantificables, mismos que deben ser reparados conforme lo determina el artículo 1572 del Código Civil ecuatoriano, esto producto de la actuación carente de buena fe de la demandada, en virtud de lo cual se confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto al fondo del asunto litigioso, sin embargo se reformó el monto de la indemnización, fijándolo en ciento cincuenta millones de dólares.

Con fecha 10 de noviembre de 2011 la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia aceptó a trámite el recurso de casación interpuesto por parte de Prophar (anteriormente denominada Nifa) y Merck Sharp & Dohme, en donde resulta sumamente interesante lo planteado por la Corte Nacional de Justicia al mencionar que el problema básico que se da en la sentencia impugnada es que se pretendió transformar un problema cuyo origen es evidentemente civil y de competencia desleal, en un tema de derecho de competencia, dando un matiz de afectación al mercado a un conflicto cuya afectación únicamente se genera a nivel de las partes intervinientes en el contrato y se establece que a criterio del Tribunal de Casación la sentencia impugnada incurrió en la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, pues se aplica de manera incorrecta el concepto de “mercado relevante”, mismo que es

propio del derecho de defensa de competencia, mas no del ámbito del derecho civil, dado que la negociación fallida entre Prophar y Merck por la compra de una planta industrial se constituye en un caso de cuasidelito civil por práctica desleal.

Producto de esto la Corte Nacional de Justicia concluye argumentando que la Corte Provincial de Justicia llevó a efecto una conceptualización errada al fijar una indemnización de ciento cincuenta millones de dólares por una negociación fallida de venta de una planta industrial, indemnización que asciende a 100 veces el valor de dicha planta, siendo este un monto carente de proporción, y se aclara que las conductas en las que incurrió la demandante no tuvieron una afectación al mercado.

Como se puede observar, esta sentencia no únicamente ilustra con claridad la importancia y la gravedad de transgredir el deber de confidencialidad en las relaciones contractuales, sino que también evidencia el delgadísimo hilo existente entre el derecho civil y el derecho de competencia, dando paso a acalorados debates, acerca de la distinción de aquellos casos en los que determinadas conductas contractuales pueden traer consigo afectación a nivel particular y aquellas que pueden generar una afectación a nivel de mercado.

El deber de confidencialidad más allá de ser un requisito para la existencia de buena fe entre las partes suscriptoras de un contrato, debe ser adecuadamente regulado en los contratos celebrados entre empresas, justamente con la finalidad de evitar futuros abusos de la parte que haya tenido acceso a este tipo de información, como en el caso anteriormente expuesto. Este tema no ha sido lo suficientemente desarrollado como una forma de abuso contractual a nivel doctrinal, pues el intercambio de información confidencial se da en su mayoría en la relación entre empresas, siendo pocos los casos en los que este intercambio se genera entre una empresa y un consumidor final.

***Deber de preservar el equilibrio:**

Los contratos celebrados entre empresas son en su gran mayoría onerosos, en donde lo ideal es que exista equilibrio en la negociación entre las partes, sin embargo lo cierto es que es casi una utopía el equilibrio total, pues siempre habrá una parte en esta relación que cuenta con un mayor grado de poder de negociación, mucho más en los contratos de adhesión celebrados entre una gran y una pequeña empresa, por lo que más que buscar una igualdad en el poder de negociación se busca una equivalencia en las prestaciones.

Por otro lado es grato destacar que actualmente la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, se encuentra discutiendo en segundo debate el Proyecto del Código de Comercio⁶³, mismo que plantea una exhaustiva regulación a todo tipo de contratos mercantiles, muchos de ellos que hasta la actualidad son atípicos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pero más allá de esto, lastimosamente no se ha aprovechado este amplio proyecto para dar cabida a la regulación de los contratos de adhesión, cuya presencia en las relaciones comerciales ha tenido un vertiginoso incremento como ya se lo ha mencionado.

Sin embargo de que el legislador ha omitido regular este tipo de modalidad contractual, se torna sumamente importante la figura incorporada dentro del Libro Cuarto referente a “*Las obligaciones y contratos mercantiles en general*”, en cuyo artículo 213, establece lo siguiente:

“Se entiende por prestación irrisoria, aquella que es ínfima, inequivalente o desequilibrada en relación a la contraprestación del otro contratante.

Para determinar si se trata de una prestación irrisoria, ya sea que constituya la totalidad del contrato o una o más de sus cláusulas, se deberá tener en consideración, entre otros, los siguientes factores:

- a.- Que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y,
- b.- La naturaleza y finalidad del contrato.

Cuando la prestación de una de las partes sea irrisoria en su monto, en consideración a la contraprestación de la otra parte, no habrá contrato conmutativo o de prestaciones correlativas, y en consecuencia el contrato o cláusula será absolutamente nulo.

A petición de la parte legitimada para resolver el contrato, el órgano jurisdiccional podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.”

De ser este articulado aprobado por la Asamblea Nacional en los próximos meses, sin lugar a dudas se constituiría en un importante avance en la búsqueda del

⁶³ Ecuador, *Proyecto de Código de Comercio*, Asamblea Nacional, 11 de octubre de 2018, art. 213.

equilibrio contractual entre las partes contractuales, siendo relevante destacar que su alcance brindaría protección a la parte débil con independencia de su calidad de consumidor final o no, sin dejar de mencionar que se otorgaría la capacidad a los administradores de justicia para ajustar los términos contractuales considerados como abusivos o inequivalentes, en aras de que se alineen a criterios acordes a la lealtad comercial, constituyéndose así en un adecuado complemento al principio de buena fe, toda vez que como se ha expresado el deber de preservar el equilibrio en las relaciones contractuales es un deber fundamental derivado de este principio.

Pero mientras figuras como la de la “prestación irrisoria” que se acaba de analizar, no se encuentren en vigencia dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, es necesario continuar acudiendo a la doctrina, en donde se establece de forma muy recurrente que en los contratos de adhesión la ausencia de equilibrio contractual es muy frecuente al no existir negociación de los términos y condiciones incluidos en el contrato, sin embargo no siempre esta falta de equilibrio es el resultado de la mala fe de alguna de las partes, y ante lo amplio de la aplicación de este principio, Jorge Cubides ha planteado que en aras de mantener el equilibrio en un contrato se debe evitar las siguientes conductas: 1) abstenerse de incluir cláusulas abusivas; y 2) abstenerse de incurrir en actos que impliquen abuso de derecho.

1) Abstenerse de la inclusión de cláusulas abusivas: No queda duda de que la inclusión de cláusulas abusivas es un acto a todas luces de mala fe, pero bajo nuestro ordenamiento jurídico actual cabe reflexionar cuáles son los parámetros bajo los cuales el juez puede calificar a una cláusula de abusiva o no, o como ya se lo cuestionó líneas arriba, el hecho de que una cláusula favorezca más a una parte que a la otra no necesariamente es producto de la mala fe, ya que en ocasiones esto simplemente será el resultado de la manera en la que se acordó repartir los riesgos y obligaciones, mucho más en el caso de los contratos entre empresas en donde si bien es cierto existe también un desequilibrio de fuerzas, se entendería que este es mucho menor al existente entre consumidor final y una empresa, pues al fin y al cabo el empresario adherente está contratando con pleno conocimiento de los riesgos y dificultades del giro de su negocio.

No con esto se está planteando que las empresas adherentes no sean susceptibles de protección por el hecho de que se encuentran celebrando contratos en el ámbito de su actividad de mercado, pero quizá sí se puede afirmar que es bastante discutible que la

protección que se brinda a los consumidores finales sea extensiva de forma idéntica a la relación entre empresarios. No se puede ignorar el hecho de que de la misma forma en la que en esta tesis se plantea la necesidad de reconocer el derecho innegable de una protección a las empresas adherentes, es también necesario se exija un grado mayor de precaución a las empresas que a los consumidor finales al momento de suscribir contratos de este tipo.

Por lo que es claro que abstenerse de incluir cláusulas abusivas es indispensable para evitar caer en actos de mala fe, pero difícil será para los jueces en la actualidad, intentar dilucidar si una determinada cláusula tiene tintes abusivos o si simplemente fue producto de la libertad contractual de las partes, mucho más cuando en la relación *business to business* presenta mayor complejidad el identificar la existencia de desequilibrio en el poder de negociación.

2) Abstenerse de incurrir en actos que impliquen abuso de derecho: La figura del abuso de derecho es explicada por Gustavo Ordoqui al mencionar que “...lo abusivo se caracteriza en que el ejercicio de este derecho se realiza al margen de lo que supone actuar de buena fe dentro de lo que es razonable. Lo abusivo no es el derecho positivo sino el ejercicio de derechos subjetivos”.⁶⁴

El abuso de derecho se ve perfectamente reflejado en la inclusión de cláusulas abusivas, particularmente en la relación contractual entre empresarios, podemos ver que al momento en el que la empresa predisponente incluye una cláusula de este tipo en sus contratos, incurre la mayoría de veces en un abuso de su derecho a la libertad de contratación, no por esto se afirma que el ejercicio de este derecho sea contrario a la buena fe, moral o buenas costumbres, pero si su aplicación se convierte en desmedida y con esto se afecta o disminuyen derechos de la contraparte contractual, ciertamente que nos hallamos en un campo correspondiente a la figura del abuso del derecho.

En los supuestos de aplicación de cláusulas abusivas entre empresarios queda la duda de los parámetros bajo los cuales se puede valorar la existencia de abuso de derecho, pues sería necesario efectuar un análisis caso por caso. Situémonos en el supuesto de un contrato celebrado con una etapa previa de negociación en el que las partes contractuales gozan de un poder similar y no existe coacción alguna o estado de

⁶⁴Gustavo Ordoqui, “Cláusulas abusivas con un adherente empresario”, 11. <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idsitio=1&idarticulo=77907>.

necesidad de ninguna de las partes, sin embargo de lo cual se lo suscribe con ciertas condiciones abusivas en desmedro del contratante, ¿se podría decir que existe un abuso de derecho en este caso?, o por el contrario ¿nos hallamos ante una falta de diligencia por parte de la empresa contratante al no ponderar adecuadamente los efectos de la suscripción de un contrato abusivo?

A nivel jurisprudencial se decanta una tendencia por parte de los jueces a exigir la concurrencia de ciertos requisitos para determinar que existe abuso de derecho; tal es el caso de FOPECA CÍA, LTDA. vs Importadora Industrial Agrícola, en el cual la compañía FOPECA demanda a Importadora Industrial Agrícola por la inclusión de cláusulas de reajuste de precios a un contrato de venta de maquinaria industrial, donde se demostró que la demandante se vio coaccionada a aceptar la suscripción de contratos ampliatorios con cláusulas abusivas, pues caso contrario no podría disponer de la maquinaria que se constituía en una herramienta indispensable para el correcto funcionamiento de su negocio.

Ante estos elementos se llegó a la determinación de que la compañía demandada abusó de su derecho a celebrar negocios jurídicos, afirmando que “Según la Doctrina, cuando un acto jurídico se realiza como medio para alcanzar una finalidad ilícita, no puede valer en virtud de que el derecho positivo le despoja de toda posibilidad de producir efectos propios”⁶⁵, pero previo a que los jueces de la Quinta Sala de lo Civil de Cuenca llegasen a esta conclusión, un elemento determinante y decisorio fue que FOPECA se hallaba en un estado de necesidad tal, que se vio obligada a la suscripción de dicho contrato ampliatorio al no tener alternativa adicional para poder hacer uso de la maquinaria, elemento sin el cual posiblemente no se habría configurado el abuso de derecho por parte de Importadora Industrial Agrícola, motivo por el cual se resolvió declarar la nulidad de los contratos de re-ajuste, bajo la premisa de la existencia de mala fe por parte de la compañía demandada.

Sin embargo el caso sufrió un giro sustancial, en virtud de la interposición del recurso de apelación por parte de Importadora Industrial Agrícola, en donde la Corte Superior de Cuenca estableció que las partes de común acuerdo convinieron fijar como justo precio el valor contenido dentro de los contratos de re-ajuste, no siendo esta adenda contraria a ninguna norma dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y que

⁶⁵ Ecuador, *Quinta Sala de lo Civil de Cuenca*, “Sentencia” en Juicio Ordinario por nulidad de documentos. Gaceta Judicial de mayo de 1987.

por el contrario este tipo de re-ajustes contractuales son una clara muestra del ejercicio de la libertad de contratación de las partes, en virtud de un pacto totalmente voluntario, a sabiendas de los alcances y las implicaciones que esta reforma contractual conllevaba. Por lo cual se revocó la sentencia venida en grado, declarando sin lugar a la demanda interpuesta por FOPECA. Sentencia que en lo particular, considero inobservó por completo el estado de dependencia que tenía la demandante, lo que influyó fuertemente en la decisión de FOPECA de suscribir dicho contrato.

Posteriormente en tercera instancia la Corte Suprema nuevamente le brinda importancia a la situación de dependencia en la que se hallaba FOPECA y establece que no queda duda que en la suscripción de los contratos modificatorios de reajuste, se coaccionó a la compradora para que acepte las exigencias de la acreedora y que por ende cumpla las obligaciones que no tenían razón jurídica de ser, por lo que se revocó el fallo subido en grado y se confirmó el de primer nivel.

Por otro lado como sabemos la mayoría de casos de inclusión de cláusulas abusivas no son más que el ejercicio desmedido o malicioso de un derecho del que goza el predisponente, cuestión que encuentra su caldo de cultivo en los contratos de adhesión, pues estos por lo general son suscritos pese a este tipo de términos vejatorios, debido a un estado de dependencia o necesidad por parte del adherente, pero en los casos que no fuere así, habría que analizar si su suscripción no se debió a una evidente falta de diligencia por parte del representante legal y demás responsables de la empresa adherente que aceptó dichos términos.

Alberto Ureba al respecto menciona que al momento de determinar si una cláusula es abusiva o no se debe tener en cuenta el tipo de adherente con el que se está contratando, pudiendo ser este del tipo diligente, consciente e informado o por el contrario podría caracterizarse por ser negligente, dotado de un bajo nivel cultural y de una baja capacidad de comprensión, y por último menciona que parecería razonable partir del supuesto de que el empresario goza de una mayor capacidad de comprensión que el consumidor, adicional a que en el caso de los adherentes empresarios se debe prestar mucha atención a los usos y costumbres vigentes en el tráfico comercial.⁶⁶

Una vez que se han analizado los deberes que acapara el principio de buena fe, es necesario establecer cuáles son sus alcances y limitaciones en su rol de control de

⁶⁶ Alberto Alonso Ureba. *Los contratos de distribución*. (Madrid: Nueva Imprenta, 2010), 357.

incorporación de los contratos de adhesión entre empresas privadas, como se lo analizará a continuación.

2.1.1. El principio de buena fe como control de incorporación de los contratos de adhesión entre empresas privadas

Pese a que el principio de buena fe ha sido de carácter imperativo y de obligatoria observancia en todos los actos y negocios jurídicos desde hace varios siglos atrás, es curioso el hecho de que no exista un criterio o una conceptualización unificada del mismo, que nos permita tener un conocimiento a ciencia cierta de lo que implica y las exigencias que actuar de buena fe demanda.

La doctrina al intentar definir el principio de buena fe ha esbozado un conjunto de conductas acorde a la moral y adecuado proceder, perfectamente deseables no únicamente en actos o negocios jurídicos sino en todo tipo de relaciones interpersonales, cuyo cumplimiento a rajatabla parecería ser de cierto modo una utopía.

Guillermo Cabanellas ha definido a este principio como “Rectitud, honradez, hombría de bien, buen proceder. (...) Modo sincero y justo con que en los contratos procede uno, sin tratar de engañar a las personas con quien los celebra. Confianza en la certeza o verdad de un acto o hecho jurídico. Buena intención”.⁶⁷ Por otro lado la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia de lo Civil y Mercantil ha definido a la buena fe como aquel principio que “[...] descansa en un deber moral que se transforma en obligación judicial de lealtad entre las partes”.⁶⁸

Según se desprende de estos conceptos, el principio de buena fe es bastante amplio y requiere de una aplicación acorde a cada caso que se analice, pero no obstante a lo amplio de este precepto, varios cuerpos normativos a nivel mundial han optado por aplicar el principio de buena fe como una cláusula general, indispensable en todo tipo de contratos, que se constituye en una especie de control de incorporación, esto independientemente de si nos referimos a contratos negociados o por adhesión o celebrados con consumidores finales o entre empresarios, añadiendo a esto la seguridad que el principio de buena fe brinda a las relaciones contractuales debido a su carácter imperativo, como bien lo menciona Martha Lucía Neme, quien expresa que “[...] es necesario resaltar su carácter imperativo, que como principio de orden público es

⁶⁷ Guillermo Cabanellas. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1979), 521.

⁶⁸ Ecuador *Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia*. “Recurso de Casación” en Gaceta Judicial de mayo de 2003.

inderogable y por ende no puede ser objeto de supresión por virtud de un acuerdo entre particulares, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia”.⁶⁹

Pero es justamente debido a lo amplio de este principio que en aras de que su aplicación sea factible, es necesario se contemplen lineamientos adicionales, más allá que simplemente hacer referencia a la obligatoriedad de actuar de buena fe en todos los contratos, como por ejemplo la transparencia en las condiciones, o la comprensibilidad de la redacción. Un ejemplo de esta regulación pormenorizada la tenemos en el Código Civil alemán o BGB como lo veremos a continuación.

- **Código Civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch BGB)**

El Código Civil alemán o también conocido como BGB es sin lugar a dudas uno de los cuerpos normativos más innovadores y se ha constituido en un referente a nivel mundial en la regulación de las cláusulas abusivas en contratos de adhesión mediante la aplicación del principio de buena fe. El factor que lo hace destacable, es que a diferencia de la mayoría de los códigos civiles a nivel mundial, incluyendo al ecuatoriano, el BGB a partir de su artículo 305 se encarga de regular a los contratos de adhesión, con la particularidad de que ofrece mecanismos de protección diferenciados, que se aplicarán dependiendo de si el adherente tiene la calidad de consumidor o no⁷⁰.

El BGB alemán ha ido un paso más allá al momento de aplicar el principio de buena fe como una verdadera herramienta de control de incorporación contractual, tal es así que en el artículo 307 ha desarrollado un denominado “test de razonabilidad” que no es más que un mecanismo que busca declarar la ineficacia de todas aquellas cláusulas contrarias a la buena fe, que generen un perjuicio irrazonable para el adherente, y se especifica que este perjuicio se puede generar cuando los términos contractuales se encuentren redactados de forma poco clara e incomprensible.

Hasta aquí se pueden identificar dos claros elementos que deben concurrir para que se califique a una cláusula como abusiva y por ende ineficaz. El primero es la existencia de una transgresión a la buena fe y como segundo elemento es que esta transgresión genere un perjuicio irrazonable para el adherente, queda la duda de si estos dos elementos deben coexistir para que se pueda declarar como ineficaz a la cláusula. A

⁶⁹ Martha Neme. *El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006), 116.

⁷⁰ Alemania, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), 14 de febrero de 1976, art.307.

primera vista parecería que sí, pues seguidamente el legislador alemán ha tomado la precaución de fijar dos criterios a valorar para considerar la existencia de un perjuicio irrazonable para el adherente, siendo estos los siguientes:

- 1.- Cuando los términos contemplados en el contrato difieran o no sean compatibles con lo establecido en la norma.
- 2.- En los casos en los que se limite derechos esenciales atinentes a la naturaleza del contrato, a tal punto que se ponga en peligro el cumplimiento del propósito del mismo.⁷¹

A simple vista se denota que lo que el legislador alemán buscó al incluir estos dos criterios para determinar la existencia de un perjuicio irrazonable, es darle una mayor eficacia y certeza al cumplimiento del principio de buena fe, a través de una homologación en los fallos jurisprudenciales, pues si algo se ha criticado a lo largo de esta investigación es lo subjetivo y amplio de este principio, partiendo de su propia conceptualización.

Por lo que si bien es cierto en el caso alemán, el principio de buena fe continúa siendo un medio de subsanar la ausencia de una norma expresa que regule las cláusulas abusivas entre empresas, los parámetros planteados por su código civil dan cuenta de que el legislador se ha percatado que es insuficiente el dejar simplemente plasmada la obligación de actuar de buena fe, pues más allá de la obvia necesidad de que este principio sea respetado en todo acto o negocio jurídico, es imperante también plantear ciertas directrices que permitan a los jueces fallar al menos de forma similar ante determinados casos o inclusión de cláusulas.

Como se mencionó líneas arriba, el BGB cuenta con la particularidad de que brinda mecanismos de protección dependiendo de la calidad del adherente, tal es así que en los artículos 308 y 309 se ha incluido un listado de cláusulas grises y negras, de las cuales el primer listado pertenece a aquellas que previo a ser declaradas ineficaces existe la posibilidad de que sean subsanadas y el segundo listado comprende aquellas cláusulas que de concurrir son consideradas automáticamente nulas. La aplicación de estos listados de cláusulas abusivas han sido expresamente excluidas para las relaciones contractuales entre empresarios, tal y como lo establece el artículo 310, al mencionar que: “Art. 310.- Alcance de aplicación: Los artículos 305 (2) y (3); 308 y 309 no aplican a los contratos de adhesión celebrados entre empresarios [...]”⁷²

⁷¹ Alemania, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), 14 de febrero de 1976, art.307.

⁷² *Ibíd.*, art.308-309.

La lógica para esta exclusión no puede ser otra que el posible efecto contraproducente de regular de forma tan específica la relación contractual entre empresas, con posibles afectaciones a la libertad de mercado, sin dejar de lado la concepción de que las empresas independientemente de su tamaño deberían contar con un adecuado nivel de conocimiento e información al suscribir estos instrumentos contractuales, siendo irrelevante si estos son libremente negociados o predispuestos.

El BGB ha optado por regular la inclusión de cláusulas abusivas con consumidores mediante la fijación de cláusulas negras y grises; sin embargo, se aclara nuevamente que bajo ningún concepto se considera que la protección brindada a los consumidores finales debe ser extendida de forma idéntica a la relación contractual entre empresarios. Pero en el caso del BGB, basta tomar cualquiera de las conductas contempladas en las listas de cláusulas prohibidas de los artículos 308 y 309 para percatarnos que no existe mayor argumento para privar de dicha protección a los adherentes empresarios; veamos un ejemplo al respecto:

Art. 308: Cláusulas Prohibidas con la posibilidad de evaluación:

2.- (Periodo adicional) Aquellas cláusulas mediante las cuales contrariamente a lo establecido en las disposiciones legales, el predisponente se reserva el derecho a un periodo irrazonablemente largo o insuficientemente específico para el cumplimiento de su obligación.

De este ejemplo extraído de la lista gris de cláusulas prohibidas del BGB, se puede concluir de que su aplicación a la relación contractual entre empresarios es perfectamente posible, dado que nos hallamos ante una cláusula que afectaría gravemente a la naturaleza y objeto de cualquier tipo de contrato ya que si el plazo para el cumplimiento de la obligación no es fijado o se deja la posibilidad de que el predisponente lo fije libremente cuando este lo crea conveniente, sin lugar a dudas que se está generando una afectación sustancial del equilibrio contractual, por ejemplo en un contrato de publicidad la empresa publicitaria mal haría en no fijar un plazo tope para el cumplimiento de su obligación a partir de la orden de publicidad del anunciante, pues se estaría afectando el cumplimiento de la obligación principal del contrato.

2.1.2. La aplicación del principio de buena fe según el Código Civil ecuatoriano

A diferencia del BGB alemán, el Código Civil ecuatoriano es bastante escueto en cuanto al desarrollo de la figura del principio de buena fe, pues se ha limitado a lo establecido en su artículo 1562, que como ya se lo revisó determina que: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.⁷³

Del tenor literal de lo establecido en este artículo, en primera instancia parecería ser que únicamente es exigible actuar acorde al principio de buena fe durante la etapa de ejecución contractual, con lo cual se estaría obviando esta obligación en las etapas pre y post contractual, siendo estas dos instancias de tanta importancia como la de ejecución, pero lo cierto es que en la práctica excluir a la etapa pre y post contractual sería irrazonable, tal es así que sentencias locales se han encargado de clarificar este tema, este es el caso de la sentencia de la Corte Nacional de Justicia que al referirse al principio de buena fe en un contrato de seguro establece que “Es un contrato, en el cual la buena fe ocupa un lugar fundamental [...] porque ella se manifiesta desde la etapa precontractual y obviamente durante su ejecución”.⁷⁴ Apoyando esta postura autores como Luis Parraguez han afirmado que:

...en sentido muy general puede decirse que, tanto antes de la conclusión del contrato, en las conversaciones preliminares como al concluirlo, cada uno de los que en él intervienen está obligado a conducirse con aquella diligencia y consideración al interés de la otra parte que es de esperar según la “buena fe” de su futuro compañero en el contrato.⁷⁵

Esto es perfectamente demostrable en los contratos libremente negociados, en donde en la etapa de discusión de los términos, las partes deberán siempre actuar acorde a la buena fe, pero esta cuestión sufre un giro significativo en los casos de contratos de adhesión pues prácticamente no existe una etapa precontractual o en caso de existir, es meramente unilateral al momento en el que el predisponente redacta las cláusulas del contrato de adhesión.

⁷³ Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial No. 46, 24 de junio de 2005. art. 1562.

⁷⁴ Ecuador. *Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia*. Indemnización por Daños y Perjuicios. Registro Oficial 144 de 10 de mayo de 2011.

⁷⁵ Parraguez Luis. *La responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas preliminares*. (Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2015), 195.

Como segundo punto el Código Civil ecuatoriano señala que el principio de buena fe “obligará, no únicamente a lo expresado en el instrumento contractual, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley o costumbre pertenecen a ella”⁷⁶. Este pasaje del artículo abre la posibilidad de que en virtud del cumplimiento del principio de buena fe, obligaciones o condiciones que no constan en el contrato sean exigibles al ser parte de la naturaleza de la obligación, o en otros casos determinadas cláusulas expresamente contempladas en un instrumento contractual de adhesión pueden ser consideradas como inejecutables al no ser compatibles con la finalidad del contrato o no formar parte de la costumbre inherente al tipo de acto o negocio jurídico.

La doctrina ha comprendido en esta situación a la *rebus sic stantibus*, definida por Manuela García como un cambio de circunstancias que rodean la ejecución de un contrato, que se supone en curso de ejecución, no se refiere a cualesquiera circunstancias sino a aquellas que sirvieron de base al contrato; el cambio, por su parte, no es un cambio cualquiera, sino un cambio extraordinario e imprevisible y menciona que se presentan dos variantes al respecto, la primera se refiere a que la prestación de una de las partes se haya hecho excesivamente onerosa o que se haya frustrado el fin del contrato.⁷⁷

El principio *rebus sic stantibus* o también conocido como la “teoría de la imprevisión” ha sido desarrollado dentro de la jurisprudencia ecuatoriana. Un caso que refleja la aplicación de este principio en contratos entre empresas es el de Amazonas Cia. Anónima de Seguros vs Sociedad General C.A., mismas que celebraron un contrato de prestación de servicios de instalación de un sistema integral de aire acondicionado, en el cual la empresa Sociedad General C.A. se comprometía a realizar todas las adaptaciones y trabajo de conexión necesarios en un edificio propiedad de la compañía Amazonas Cia. Anónima. Sin embargo la contratista se vio imposibilitada de realizar el trabajo al que se había comprometido dentro del plazo establecido en las condiciones contractuales, razón por la cual Amazonas Cia. Anónima interpuso una demanda para el cumplimiento de las obligaciones contraídas y el pago de daños y perjuicios que esta demora le había generado al verse en la imposibilidad de rentar los espacios de este edificio.

⁷⁶ Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial No. 46, 24 de junio de 2005. art. 1562.

⁷⁷ Manuel García Caracuel. *La alter acción sobrevenida de las circunstancias contractuales*. (Madrid: Dykinson, SL, 2014), 473.

El Juzgado Décimo Primero de lo Civil del Guayas una vez valoradas las pruebas presentadas por las partes, determina que es de crucial importancia destacar que la demandante llevó a cabo varios cambios en los canales eléctricos de distribución en el edificio de su propiedad, posterior a la suscripción del contrato, lo que obligó a la contratista a elaborar un nuevo plano de ubicación e instalación del equipo de aire acondicionado, lo que la situó en una situación de imposibilidad física de cumplir con lo estipulado en el contrato, no siéndole imputable el retardo por lo cual se determinó que “El contrato no es absoluto e inmutable sino una situación esencialmente relativa, que puede cambiar cuando las circunstancias que tuvieron en cuenta los contratantes han variado [...] La imprevisión, pues es la resultante de una cláusula tácita inherente a todo contrato de larga duración: la conocida cláusula *rebus sic statntibus*”.⁷⁸ Por lo que se constituyó en un acto de mala fe que Amazonas Cia. Anónima exija el cumplimiento de la obligación a sabiendas de que se ha generado un cambio sustancial en las circunstancias bajo las cuales se ha de llevar el contrato, mismas que no estaban previstas al momento en el que las partes se comprometieron a su suscripción.

Sin embargo Amazonas Cia. Anónima impugnó dicho fallo, de tal forma que la Tercera Sala de la Corte Superior del Distrito, desconociendo las circunstancias que fueron analizadas en primera instancia, decidió revocar la resolución apelada y dispuso que Sociedad General C.A., cumpla con el contrato y adicionalmente pague a Amazonas Compañía Anónima de Seguros los daños y perjuicios que su incumplimiento le causó.

Sociedad General C.A. al no verse satisfecha con este fallo, interpuso un recurso de tercera instancia en donde la Corte Suprema coincide con el análisis de la figura de *rebus sic stantibus* que fue efectuada por el Juzgado Décimo Primero de los Civil del Guayas y establece que en virtud que la compradora decidió introducir cambios en la distribución del edificio Amazonas, la vendedora se vio precisada a elaborar un nuevo plano de ubicación para la instalación del equipo, lo que tuvo como resultado que esta se halle en imposibilidad física de cumplir con lo estipulado, no siéndole imputable el retardo, pues se encontró con una prestación distinta a la que originalmente contrajo. Bajo estas circunstancias se revocó la sentencia impugnada y se confirmó el fallo de primera instancia.

⁷⁸ Ecuador. *Corte Suprema de Justicia*. Imprevisión en contratos de tracto sucesivo. Gaceta Judicial 13 de 11 de noviembre de 1981.

Dado que bajo determinadas condiciones la obligación se puede tornar de imposible cumplimiento, este principio se ha vuelto de mucha utilidad, sin embargo su uso indiscriminado y sin mayor control puede traer consigo inseguridad jurídica, por lo que pese a que el legislador ecuatoriano ha obviado incluir parámetros para su aplicación, la doctrina ha planteado casi de forma unánime la necesidad de que incurran los siguientes requisitos para su aplicación:

- ✓ Alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.
- ✓ Una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes, que rompan el equilibrio entre dichas prestaciones.
- ✓ Que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles.⁷⁹

Pero de la misma forma en la que en virtud del principio de buena fe se aplican principios tales como el *rebus sic stantibus*, también se contradicen otros como por ejemplo el *pacta sunt servanda*, cuya traducción literal sería “lo pactado obliga”, mismo que se encuentra contemplado en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1561 que establece que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Este artículo propende a brindar seguridad jurídica para tranquilidad de las partes, conscientes de que lo acordado en el instrumento contractual será cumplido de forma irrestricta; Marta Gonzalo Quiroga ha definido al principio del *pacta sunt servanda* como:

Aquel principio universalmente reconocido en materia de transacciones comerciales, obliga a ambas partes a cumplir lo negociado y recogido en el contrato. Esta idea de que lo “pactado es ley para las partes” convierte los compromisos alcanzados en la negociación e incorporados en el contrato en firmes y obligatorios, convirtiéndose el contrato en garantía de cumplimiento. El reconocimiento de la eficacia de los pactos por la generalidad de los ordenamientos actúa también como garantía de eficacia de ese cumplimiento.⁸⁰

Visto de esta manera el principio *pacta sunt servanda* se constituye en un mecanismo de exigibilidad de lo libremente pactado por las partes en virtud de su

⁷⁹ Antonio Valmaña, “Rebus sin stantibus: cuando cabe (y cuándo no) revisar las obligaciones asumidas”, <http://www.diariojuridico.com/rebus-sic-stantibus-cuando-cabe-y-cuando-no-revisar-las-obligaciones-asumidas/>.

⁸⁰ Marta Gonzalo Quiroga. *Métodos alternos de solución de conflictos*. (Madrid: Universidad Autónoma de Nuevo León, 2011), 182.

autonomía de la voluntad, pero con cuánta rigurosidad habrá de aplicarse este principio en los contratos de adhesión a sabiendas que por motivos de su propia naturaleza y características, tanto la autonomía de la voluntad como la libertad de contratación del adherente se encuentran en evidente cuestionamiento.⁸¹

El principio *pacta sunt servanda* es indispensable en todo tipo de relación contractual, pues caso contrario se estaría dando paso al surgimiento de brechas que permitan el incumplimiento de las obligaciones pactadas so pretexto de cualquier impedimento perfectamente subsanable, tal es así que se puede afirmar que todo contrato se suscribe bajo el principio de *pacta sunt servanda* como regla general, pero que bajo ciertas circunstancias se puede establecer excepciones a esta regla y una de estas es la aplicación del principio *rebus sic stantibus* como ya se lo analizó.

Es innegable que el principio de buena fe se constituye en una herramienta importante al momento de brindar protección a la parte débil de una relación contractual, esto independientemente de su calidad de consumidor o no, sin embargo dada su propia

naturaleza y al ser una figura tan amplia, difícilmente contará con parámetros claros de aplicación como se ha dejado demostrado, cuya interpretación dependerá de la perspectiva del juez, inclusive es discutible si determinadas cláusulas incluidas en contratos entre empresarios pueden ser consideradas de mala fe o si simplemente son el producto del ejercicio de la libertad contractual de las partes al ser un negocio jurídico celebrado entre empresas que cuentan con mayor información y conciencia de las consecuencias de los términos y condiciones a los que se comprometen.

Doctrinarios como Germán Gómez han expresado su preocupación por la falta de una regulación más específica en favor de los empresarios adherentes y menciona que:

En suma y tomadas en conjunto las anteriores disquisiciones, consideramos que la figura del empresario como contratante débil es una categoría especial que demanda, por tanto, un estudio más allá de las figuras tradicionales como la buena

⁸¹ María Leoba Castañeda. *La imprevisión de los contratos: La cláusula rebus sic stantibus como excepción al principio pacta sunt servanda*. (México: UNAM, 2011), 211, establece que en forma genérica la tesis *pacta sunt servanda*, significa que debe estarse a lo pactado entre las partes, decir, que los contratos legalmente celebrados deben ser fielmente cumplidos, no obstante que sobrevengan acontecimientos futuros imprevisibles que pudieran alterar el cumplimiento de la obligación de acuerdo a las condiciones que privaban al concertarse aquélla, sin que corresponda al juzgador modificar las condiciones de los contratos.

fe, el abuso del derecho o el abuso de la posición dominante, como quiera que resultan insuficientes para una cabal protección.⁸²

No obstante a la difícil tarea que implica lograr una protección homogénea en los casos de cláusulas abusivas a través del principio de buena fe, debido a aspectos tales como la falta de directrices para su adecuada aplicación, sin lugar a dudas este principio se convierte en la base y requisito fundamental a tener en cuenta en la suscripción de todo tipo de contratos, pero especialmente en los contratos de adhesión que carecen de aspectos tales como la autonomía de la voluntad a favor de los adherentes, por tales motivos autores como María Mato, han mencionado que:

Resulta preciso recurrir a una figura que pueda cumplir la función de protección, siendo el flexible concepto de la buena fe, presente en la mayoría de los controles de contenido, el que mejor recoge la esencia del planteamiento de partida: es contrario a la buena fe que el predisponente haga uso de su derecho y también del derecho ajeno —el del adherente— a determinar el contenido del contrato y, aprovechándose del peculiar proceso de formación del mismo y de su situación de superioridad, incluya un contenido beneficioso para él y perjudicial para el adherente, que éste no habría aceptado de haber tenido la oportunidad de tomar parte o influir en la configuración del clausulado.⁸³

Sin embargo no se puede pasar por alto que la jurisprudencia no presenta un criterio unificado con respecto al alcance del principio de buena fe en las relaciones contractuales entre empresas, lo que hace necesario que sea complementado mediante parámetros de control de incorporación y contenido que logren prevenir conductas abusivas entre la gran y pequeña empresa, ciertamente no bajo las mismas características constantes en la Ley de Defensa del Consumidor, pero sí mediante una regulación que partiendo del indispensable principio de buena fe conjuntamente con criterios de transparencia y adecuada información, logren brindar una protección más especializada al empresario débil.

⁸² Germán Andrés Gómez “De la protección de los consumidores a la protección del empresario débil de las cláusulas abusivas”, <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/2933/Germ%C3%A1n%20Andr%C3%A9s%20G%C3%B3mez.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.

⁸³ Mato, “Cláusulas abusivas y empresario adherente”, 657.

2.2. La limitación de las normas de competencia para proteger a empresas privadas adherentes

El artículo primero de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en adelante LORCPM al referirse a su objeto, entre otras cosas establece que su finalidad será la búsqueda de la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, esto a través de la regulación de cuatro tipos de conductas claramente identificadas, que son: a) abuso de operadores económicos con poder de mercado; b) acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; c) operaciones de concentración económica, y; d) prácticas desleales.⁸⁴

Este primer artículo es claro en establecer que dentro de las finalidades principales de esta ley se encuentra la búsqueda de la eficiencia y la protección del mercado, a través de lo cual se propende lograr el bienestar general, pero surge la interrogante de si todas las conductas son sujeto de regulación de esta norma o únicamente aquellas que son llevadas a cabo por un operador económico con la suficiente cuota de mercado como para generar un desequilibrio significativo en el comercio de un bien o servicio; la respuesta a la interrogante planteada se la puede hallar en el artículo dos de esta misma ley donde se determina que estarán sometidos al ámbito de la protección de esta norma todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas, *en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.*⁸⁵

Este pasaje del articulado nos hace concluir que la misión principal de esta norma y como de su propio nombre se puede entender, busca evitar y sancionar únicamente a aquellas conductas que puedan tener el alcance suficiente como para afectar de una u otra manera al correcto equilibrio del mercado, quedando así excluidas aquellas conductas llevadas a cabo por operadores que no cuentan con una cuota de mercado suficientemente vasta como para generar tal afectación, aunque más adelante se verá que no siempre es así y todo dependerá de la conducta objeto de regulación, pues en los casos de conductas tales como prácticas desleales o abuso de poder de mercado bajo relación de dependencia económica, se puede evidenciar que no siempre

⁸⁴ Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Registro Oficial, Suplemento No. 555 del de 13 de octubre de 2011, art. 1.

⁸⁵ *Ibíd.*, art. 2.

la LORCPM, entra a regular prácticas que afectan a la estructura del mercado, sino que también se interesa por regular prácticas que únicamente tienen afectación interpartes.

Planteadas así las cosas y pese a ciertas excepciones, la finalidad principal de una norma de derecho de competencia es la búsqueda de la protección del mercado como un todo, y no tanto la defensa de particulares como son las empresas adherentes, sino que su objetivo va mucho más allá, como por ejemplo el restablecimiento de una adecuada competencia entre operadores económicos.

No obstante a la temprana conclusión a la que se ha arribado, el inmiscuir a los cuerpos normativos de derecho de competencia en la regulación de la inclusión de cláusulas abusivas, es un tema que se ha venido barajando hace ya algún tiempo en diferentes tipos de investigaciones, sin embargo las conclusiones no han sido del todo alentadoras, justamente por el objeto que este tipo de leyes persiguen, es así que María Mato en su investigación “Cláusulas abusivas y empresario adherente” al referirse a la Ley de Defensa de Competencia española establece lo siguiente:

Las conductas que interesan a la LDC son, por tanto, conductas que van más allá de la mera relación particular de las partes contratantes, en la medida en que, junto a la existencia de una posición de dominio y su abuso, tiene que haber un resultado que afecte a la estructura del mercado, a la competencia. En este sentido, se dice, los intereses que defiende la LDC son, principalmente, intereses públicos y no tanto los privados de los operadores económicos, que son los que presiden el Derecho de obligaciones y contratos.⁸⁶

Bajo ningún concepto este trabajo pretende convertirse en un estudio de derecho de competencia, sin embargo mal se haría en no tratar a esta rama del derecho como una alternativa o mecanismo útil de protección para casos particulares en los que incluso de forma indirecta las empresas adherentes que sufren de este tipo de conductas pueden verse beneficiadas.

De las conductas que regula la LORCPM, es concluyente que existen dos figuras que pueden convertirse en herramientas de protección para la empresa débil o de menor poder de negociación, siendo la primera el abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, contemplada en el artículo 10 de esta norma y la segunda alternativa se halla plasmada en el artículo 27; numeral 10; literal e, que contempla a la suscripción de contratos de adhesión que perjudiquen los derechos de los usuarios y consumidores finales como una práctica desleal.

⁸⁶ Mato, “Cláusulas abusivas y empresario adherente”, 3.

A continuación se intentará determinar si esta normativa se puede constituir en una forma de protección para las empresas adherentes o si por el contrario se encuentra muy alejada de ser una alternativa adecuada.

2.2.1. El abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica como mecanismo de defensa para la empresa adherente

Previo a entrar al análisis de la figura del abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, es necesario que como preámbulo se estudie al menos de forma referencia el “Abuso de Poder de Mercado”, que se encuentra regulado en el Ecuador en el artículo 9 de la LORCPM, en donde se la define de la siguiente forma: “...Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado, cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen a la competencia, o afecten negativamente la eficiencia económica o al bienestar general”⁸⁷.

Como es de conocimiento general, el que un operador económico cuente con poder de mercado no se constituye bajo ningún concepto en una práctica anticompetitiva *per se*, pues su poder de mercado podría obedecer a su eficiencia o innovación en la oferta de bienes o servicios y mal haría la normativa en castigar la eficiencia, pues se estaría coartando la libertad de competencia. No obstante aquel operador económico que goza de esta posición se halla en una situación en la que deberá tomar determinados recaudos y evitar ciertas conductas que para un operador que no goza de poder de mercado son perfectamente lícitas, esto debido al delgadísimo hilo que separa el ostentar poder de mercado de caer en conductas de carácter vejatorias.

Al momento de analizar la figura del poder de mercado, una sentencia de obligatoria referencia es la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *United Brands vs Comisión de las Comunidades Europeas*⁸⁸, en donde se acusó a la primera del cometimiento de varias prácticas abusivas a costa de su posición de dominio en el mercado de la venta de plátanos, para lo cual el Tribunal definió a la figura de posición dominante de la siguiente manera:

⁸⁷ Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*: art. 9.

⁸⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. “Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978”, Caso *United Brands vs Comisión de Comunidades Europeas*.

...es la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores.

Siendo así este uno de los primeros fallos en establecer que con la finalidad de determinar si un operador económico goza de poder de mercado u ostenta posición de dominio es necesario primeramente realizar un estudio en aras de delimitar el mercado desde el punto de vista del producto y geográfico, teniendo cada uno de estos elementos sus respectivos alcances y características como lo observaremos a continuación:

a) Mercado del producto: A lo largo del fallo se llevó a cabo un análisis con la finalidad de determinar si los plátanos que comercializaba la empresa United Brands formaban parte del mercado de las frutas frescas y así establecer su sustituibilidad, dependiendo de sus características, por lo que se llegó a la conclusión de que los plátanos se hallaban en un mercado distintos al resto de frutas, dadas sus características tales como su contextura blanda, su nivel de producción y su carencia de semillas lo que lo convierte en una fruta carente de sustitutos en el mercado.

La LORCPM sobre este aspecto establece que el mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos, debiéndose evaluar entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.⁸⁹

b) Mercado geográfico: se analizó la presencia de United Brands en países tales como República Federal de Alemania, Dinamarca, Irlanda y Países Bajos en aras de esclarecer si este operador económico ejercía una influencia tal en el mercado capaz de dificultar una competencia efectiva dentro de estos territorios, tomando en cuenta los regímenes de importación, condiciones de comercialización y las características del producto en cada uno de los países examinados.

En lo que respecta al mercado geográfico la LORCPM establece que comprende el conjunto de zonas geográficas, donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante, para cuya finalidad se deberán evaluar entre

⁸⁹ Ecuador, *Reglamento Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en Registro Oficial Suplemento 555*, (13 de octubre de 2011), art.5.

otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras de comercio existentes.⁹⁰

c) Mercado temporal: por último la doctrina ha contemplado al mercado temporal como otro de los factores necesarios para delimitar el mercado relevante, es así que la propia Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de su publicación titulada “Apuntes de derecho de competencia” la ha definido como la “Determinación del periodo de tiempo en el que se realizará la investigación y/o estudio.”⁹¹

Con estos antecedentes se puede establecer a breves rasgos que para determinar la existencia de abuso de una posición dominante por parte de un operador económico dentro de un mercado de referencia es necesario examinar tanto el mercado del producto como el mercado geográfico, para así poder determinar cuál es la presencia del operador económico y la influencia que este ejerce sobre la competencia.

Hecho este análisis es importante preguntarse cuáles son los parámetros establecidos en la ley para considerar que un operador económico goza de poder de mercado y si bien es cierto el artículo 8 enumera varios criterios, estos parecerían estar bastante abiertos a la interpretación, por lo que habrá que recurrir a la doctrina para poder contar con parámetros cuantificables que nos permitan identificar a un operador con poder de mercado, es así que Juan Ignacio Signes establece que:

Por lo general, puede convenirse que una cuota de mercado inferior a 10% difícilmente podrá ser considerada como dominante, y que será improbable cuando esté comprendida entre el 20% y el 40%. Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha establecido que cuotas muy elevadas constituyen por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante. Tal fue el caso en el asunto AKZO en donde se consideró que una cuota de mercado del 50% era indicativa en sí de una posición de dominio.⁹²

Pese al intento de la doctrina y jurisprudencia por fijar parámetros cuantificables para identificar a un operador de mercado que goza de posición de dominio, lo cierto es que se deberá analizar dependiendo del caso para afirmar esta situación, ya que esto podría incluso variar de acuerdo a la legislación, pues habrán países con parámetros más tolerantes que otros, de todas formas no está por demás mencionar que en los casos en

⁹⁰ Ibid, art.5.

⁹¹ Agapito Valdez y otros. *Apuntes de derecho de competencia*. (Quito: Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2015), 77.

⁹² Juan Ignacio Signes y otros. *Derecho de la Competencia*. (Navarra: Editorial Civitas, 2013), 213.

los que la cuota de mercado de un operador difiera significativamente de la cuota del resto de operadores es una clara señal de la existencia de poder de mercado.

Aterrizando ya un poco el presente tema en la protección de empresarios adherentes de contratos con cláusulas abusivas, nos podemos fijar que se constituye en una primera limitante el hecho de que para que una empresa adherente víctima de este tipo de conductas pueda recurrir a la protección de la LORCPM es necesario que se compruebe que el predisponente abusivo goza de poder de mercado por sobre sus competidores, caso contrario la conducta no será susceptible de regulación por parte de la norma.

El artículo 9 de la ley fija un total de 23 conductas que se constituyen en abusivas en los casos de operadores con poder de mercado, de las cuales estimo que fundamentalmente las siguientes -bajo determinadas circunstancias- podrían ser una vía de protección para la empresa adherente víctima de abusos:

2.- Las conductas de uno o varios operadores con poder de mercado, que les permitan aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada de excedente del consumidor;

10.- La incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros;

13.- La subordinación de actos, acuerdo o contratos a la aceptación de obligaciones, prestaciones suplementarias o condicionadas que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de los mismos.

23.- La imposición de condiciones injustificadas a proveedores o compradores, como el establecimiento de plazos excesivos e injustificados de pago, devolución de productos, especialmente cuando fueren perecibles, o la exigencia de contribuciones o prestaciones suplementarias de cualquier tipo que no estén relacionados con la prestación principal o relacionadas con la efectiva prestación de un servicio al proveedor.⁹³

A primera vista parecería ser una herramienta adecuada para la protección de empresarios adherentes, pero habrá que contemplar que no siempre el operador económico que incurra en uno de estos abusos goza de poder de mercado y en ausencia de este requisito *sine qua non*, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado no tiene injerencia alguna, entre otras causas justamente porque la conducta no tiene la capacidad de afectar al correcto equilibrio del mercado y por ende excede de su competencia.

En primera instancia la LORCPM mediante la regulación de la figura del abuso de poder de mercado no ofrece mayores recursos para el empresario adherente y en

⁹³ Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*: art. 9.

aquellos casos que si brinda mecanismos de protección, primeramente se deberá demostrar que la empresa abusiva goza de una cuota de mercado significativa dentro del mercado relevante, esto obviamente previo a un estudio de carácter técnico para determinarlo, cuestión que escapa de la finalidad de esta investigación.

Con el afán de plantear un ejemplo supongamos que la Empresa A se dedica a la prestación de servicios de perforación petrolera y la Empresa B es una operadora petrolera que constantemente ha contratado a la Empresa A, para el adecuado cumplimiento de sus proyectos de extracción. Los contratos de servicios suscritos a todas luces contienen términos abusivos en contra de la Empresa A, tales como imposición de multas desmedidas, restricciones para la prestación de servicios a competidores, la imposición de plazos de pago desmedidos, entre otras cuestiones de carácter vejatorio; sin embargo si la Empresa A quiere presentar una denuncia ante el órgano de sustanciación deberá primeramente cerciorarse de que la Empresa B goza de poder de mercado y que las conductas abusivas las lleva a cabo en virtud de su situación favorable en el mercado, caso contrario dicha denuncia no prosperará, es decir en el caso de que se llegue a determinar que la Empresa B goza de una cuota de mercado de apenas el 20%, esta vía sería inadecuada para buscar protección por parte de la Empresa A.

Como se lo mencionó anteriormente, esta tesis bajo ningún concepto pretende adentrarse en un estudio minucioso de las figuras que regula la LORCPM, pero sí analizarlas desde una perspectiva en la que se busca determinar si se pueden constituir en una forma de protección para el empresario adherente y como se puede evidenciar la conducta regulada en el artículo 9 de la LORCPM bajo ciertos parámetros podría servir para repeler determinadas conductas por parte de un predisponente abusivo, pero siempre y cuando se logre demostrar que este operador económico ejerce este tipo de conductas abusivas sobre la base de un poder de mercado, de otra forma la conducta excedería del ámbito de regulación de la LORCPM.

Con esta breve introducción sobre la figura del abuso de poder de mercado, ahora es necesario referirse al “abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica”. Esta conducta es contemplada en los cuerpos normativos de muy pocos

países, tal es así que únicamente 8 países a nivel mundial, entre ellos Ecuador cuentan con normas expresas que regulan esta conducta⁹⁴.

A simple vista parecería ser que esta figura en nada difiere de la ya analizada constante en el art. 9 de la LORCPM, y no obstante de lo escueta que es nuestra normativa al regular el abuso de poder mercado bajo situación de dependencia económica, a nivel jurisprudencial, el país ya cuenta con algunos casos al respecto que han permitido ir aclarando el panorama y su forma correcta de aplicación.

El art.10 de la ley en mención, establece que:

Se prohíbe la explotación, por uno o varios operadores económicos, de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus clientes o proveedores, que no dispongan de alternativa equivalentes para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.⁹⁵

Seguidamente la norma se encarga de enlistar cuatro tipos de conductas, sin embargo para el presente análisis importa mayor atención la contemplada en el numeral 3 que establece “La utilización del poder de mercado para generar o mantener la posición de dependencia, de uno o varios operadores, tendiente a obtener ventajas adicionales que no se conceden o concederían a compradores o proveedores similares”.

La mayoría de las condiciones que se incluyen en cláusulas abusivas podrían encasillarse dentro de este numeral tres, sin embargo como ya se lo mencionó, al ser tan escueto este artículo, a primera vista parecería ser que con la finalidad de aplicar esta figura es necesario que el operador económico abusivo cuente con poder de mercado, lo que sería nuevamente una limitante para muchos adherentes víctimas de este tipo de conductas.

Para poder despejar esta duda nos remitiremos al Expediente SCPM-CRPI-2016-064 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, caso en el cual se vieron inmersos Corporación La Favorita C.A., Corporación El Rosado, Tiendas Industriales Asociadas (TIA) y Mega Santa María S.A., que son cuatro de los operadores económicos más grandes en el sector retail del Ecuador, en contra de quienes se inició un proceso investigativo por presuntas prácticas prohibidas conforme lo establecido en el art. 10 de la LORCPM.

⁹⁴Daniel Jaramillo Calderón y otros. *El abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica en el Derecho de Competencia ecuatoriano*. (Quito: Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2015), 13.

⁹⁵Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*: art. 10.

Particularmente a Santa María S.A. se le acusó de incurrir en el numeral 4 del art. 10 que versa sobre “La imposición de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos”, por motivo de la devolución de productos injustificadamente a sus proveedores, aprovechando la relación de dependencia en la que estos se hallaban.

Lo interesante de este caso es el debate que se genera a partir de la figura del abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, lo que a falta de claridad normativa, nos ha permitido dilucidar adecuadamente cuales son los requisitos necesarios para que se considere la existencia de esta conducta, como brevemente se lo reseña a continuación:

- ✓ La defensa de Santa María S.A. alega no haber cometido abusos en situación de dependencia económica al no gozar de posición de dominio (se determinó que Santa María gozaba de una cuota de mercado cercana al 10.5%) y afirma que la normativa exige la existencia de posición de dominio como un requisito *sine qua non* para configurar un abuso de este tipo.
- ✓ La Intendencia de Abuso de Poder de Mercado y Prácticas Restrictivas al respecto aclara que existe una remarcable diferencia entre estas dos conductas, ya que por un lado la infracción tipificada en el artículo 9 de la LORCPM hace referencia a abusos de poder de mercado, mientras que aquella contemplada en el art. 10 se refiere al abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica y se enfatiza en que para encajar dentro de esta última conducta es necesario que el afectado no disponga de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad y en el caso objeto del presente análisis existían varios proveedores dependientes de Mega Santamaría quienes no tenían otra alternativa más que expender sus productos a este supermercado pese a que los contratos que estos suscribían eran a todas luces vejatorios.

Queda claro entonces que la conducta plasmada en el art. 9 de la LORCPM difiere de la establecida en el artículo 10, pues para que un operador económico incurra en la primera conducta es necesario que goce de poder tanto en el mercado geográfico como del producto o servicio, sin embargo para que un operador económico incurra en lo determinado en el artículo 10, únicamente es necesario que goce de una situación de poder de mercado con respecto a un proveedor o cliente en específico.

Esto no únicamente lo ha establecido esta resolución sino que por el contrario la doctrina casi en unanimidad ha coincidido con lo anteriormente mencionado al afirmar

que “[...] la existencia de una posición dominante no es presupuesto de la situación de dependencia económica: frecuentes son en la práctica las explotaciones abusivas de situaciones de dependencia económica en las que las empresas explotadoras carecen de poder de mercado necesario para poder afirmarse que se encuentran en posición de dominio”⁹⁶.

La doctrina ha denominado como poder de mercado relativo a aquel que ejerce el operador económico dominante ya sea sobre su cliente o proveedor, este tipo de poder de mercado es definido como aquel que no necesariamente se ejerce sobre la totalidad del mercado relevante, sino que solo lo posee sobre las firmas dependientes.⁹⁷

Ahora bien, parecería ser que la figura de abuso de poder de mercado bajo situación de dependencia económica es un poco más laxa y presenta menos trabas, pues como ya se lo dilucidó únicamente es necesario que exista abuso de poder de mercado relativo, es decir que solo sea ejercido sobre un operador económico en especial y no sobre todo el mercado, pero como sabemos el derecho de competencia muy al contrario con lo que sucede en el derecho de las obligaciones, requiere siempre de ciertos parámetros técnicos para que entre en funcionamiento y la figura del abuso de poder de mercado en situación de dependencia no es la excepción, no obstante a que la LORCPM es bastante limitada y guarda silencio al respecto, ha sido la doctrina la encargada de subsanar este vacío fijando criterios o parámetros que permitan determinarlo.

***Requisitos para que un operador económico se halle en situación de dependencia económica**

La LORCPM ha contemplado como único requisito para la existencia de dependencia económica que el afectado por este tipo de conductas no disponga de alternativas equivalentes para el ejercicio de su actividad, pero ¿bajo qué criterios se puede llegar a establecer que no existe una alternativa equivalente? Los criterios desarrollados por la doctrina al respecto son los siguientes:

- ✓ El porcentaje de facturación o volumen de negocios que las ventas a la parte con mayor poder de negociación representa en el total de ventas de la parte más débil.

⁹⁶ Juan Ignacio Font. *Estudios de Derecho de la Competencia*. (Málaga: Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005), 140.

⁹⁷ Jaramillo, *El abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica en el Derecho de Competencia ecuatoriano*, 97.

- ✓ Es necesario que exista continuidad en la conducta, es decir que sea un cliente o proveedor habitual, caso contrario no se considerará la existencia de dependencia económica.
- ✓ La falta de una alternativa equivalente a los mismos costos para la parte más débil.⁹⁸

El último de estos criterios sin lugar a dudas es uno de los requisitos más característicos para la existencia de abuso de poder de mercado bajo situación de dependencia económica, pero a la vez es el parámetro de más difícil cumplimiento y demostración, jurisprudencia a nivel internacional ha dejado sentado que sin la existencia de este requisito, la conducta objeto de análisis no se configura, tal y como más adelante se verá.

Los criterios antes expuestos se alinean a demostrar la existencia de un poder de mercado que se ejerce por parte del operador económico abusivo en contra de su cliente o proveedor en concreto, mas no sobre la totalidad del mercado. De todas formas siguen existiendo trabas para que esta figura se pueda consolidar como la herramienta adecuada para el empresario adherente, pues se debe tener en cuenta que no en todas las ocasiones el adherente podrá demostrar que se encuentra bajo una situación de dependencia económica y que no cuenta con una alternativa equivalente. Por lo que nos preguntamos qué sucede en los casos en los que el contrato suscrito con cláusulas abusivas fue de carácter meramente eventual, sin que haya mediado un antecedente de una relación comercial continua entre los suscriptores, en estos casos el adherente tampoco podrá recurrir a esta figura, pues ciertamente no se halla en una situación de dependencia económica con respecto a su predisponente.

Bajo estos parámetros, llegamos a la conclusión de que en los casos en los que la conducta no tiene la capacidad de desvirtuar el adecuado funcionamiento del mercado, esta queda fuera de la capacidad de regulación de la LORCPM, y quedaría en el campo de la subjetividad en función a determinar si la aceptación del adherente de este tipo de cláusulas es el fruto de su negligencia al no buscar otras alternativas que no presentaban características abusivas.

La sentencia A.P. Madrid 313/2011 de 28 de octubre de 2011, refleja cuán indispensable es que se cumplan determinados parámetros para alegar la existencia de esta figura; es así que “Torres y Ribelles S.A.”, empresa dedicada a la venta y distribución al por mayor de aceite de oliva, alega la existencia de ciertas conductas que

⁹⁸ María Elena Jara Vásquez, “El abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica y los problemas de su aplicación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”. *Foro Revista de Derecho*, No. 26 (II semestre de 2016), 9-10.

generaban afectación en su contra en virtud de la situación de dependencia económica bajo la cual se hallaba en relación a la empresa “Dinosol Supermercados S.L.”, empresa con la cual suscribió un contrato de suministro de aceite de oliva, en el cual se mencionan se incluyeron cláusulas tales como: penalidades desmedidas, plazos y condiciones abusivas de pago y ruptura unilateral de contrato.

La Audiencia Provincial de Madrid, al emitir su fallo sobre la causa, realizó un interesante análisis del cual se desprende que la empresa “Torres y Ribelles S.A.” gozaba de alternativas equivalentes para el suministro de su aceite de oliva en el mercado geográfico, en el cual desarrollaba su actividad y que además esto no le representaba ningún tipo de costo o desventaja inasumible para la empresa demandante. Por último se efectuó un estudio de mercado a la empresa demandada y se llegó a la determinación que sus niveles de venta fueron superiores un año antes de la suscripción del contrato con la demandante, pues durante el año en el cual suscribió el contrato sus niveles de venta bajaron ligeramente lo que demuestra a todas luces que no existía una relación de dependencia económica, pues jamás se logró demostrar que la empresa Dinosol Supermercados S.L. obtuvo ventajas con respecto a sus competidores por el abuso de su situación de mercado con respecto a sus clientes.

Si bien es cierto en este caso se comprobó que no existió afectación real a la demandante en virtud de una situación de dependencia económica, queda la interrogante de si la empresa Torres y Ribelles S.A., deja de ser por ello víctima de abusos por las condiciones plasmadas en sus contratos, ya que pese a que la demandante gozaba de otras fuentes alternativas a las cuales podía expender sus productos, lo cierto es que a lo largo del proceso se llegó a comprobar que existían cláusulas abusivas en el contrato suscrito, como por ejemplo las de penalidades excesivas o plazos excesivos para el cumplimiento de los pagos; pero sin embargo en este caso los jueces se vieron imposibilitados de establecer alguna sanción o medida correctiva, pues ciertamente la sanción de estas cláusulas escapaban de su competencia al no encasillarse dentro de las conductas establecidas en la Ley de Competencia Desleal.

Algo muy similar sucede en el Ecuador, en donde las empresas no tienen lineamientos claros a los cuales acudir ante un caso de estos, pues si bien es cierto existe normativa de competencia que bajo ciertos parámetros puede aplicarse, así como principios generales como el de la buena fe en los contratos, parecería ser que ninguno de estos logra brindar la adecuada seguridad jurídica a las empresas adherentes pues no son su objetivo principal de protección.

***Aplicabilidad de la figura del abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica en los casos de inclusión de cláusulas abusivas en contratos de adhesión entre empresas privadas**

Si bien es cierto a lo largo del presente análisis se han barajado los pros y contras de la aplicación de esta figura en los casos de empresas adherentes víctimas de cláusulas abusivas, es momento de valorar cuán realmente útil es contemplar a esta figura como una posible herramienta de protección, para lo cual se hará un breve análisis de las diferentes aristas que se encuentran cubiertas por esta figura:

- ✓ Una de las razones fundamentales por las cuales se contempló incluir a una figura constante en la LORCPM dentro de este análisis es debido a la falta de una normativa que brinde salidas viables a las empresas adherentes víctimas de cláusulas abusivas, en donde sea indiferente su situación de consumidor o proveedor, pues muy a diferencia de lo que ocurre con la LODC, en la LORCPM la protección brindada tiene un mayor alcance, no obstante a la necesidad de reunir ciertos parámetros de carácter técnico para que un operador de mercado pueda alegar en su defensa la aplicación de estas conductas en su contra.
- ✓ Siguiendo lo mencionado líneas arriba, si bien es cierto la LORCPM a través de la figura de abuso de poder de mercado bajo situación de dependencia económica puede constituirse en una salida viable para ciertas empresas adherentes de términos abusivos, en aras de que así sea se deberá comprobar la existencia de ciertos elementos que permitan configurar esta conducta tales como la ausencia de una alternativa equivalente, la existencia de una relación continua entre las partes, entre otros aspectos sin los cuales la LORCPM no podrá entrar a regular este tipo de conductas, lo que sin lugar a dudas se convierte en una traba por motivo de la naturaleza propia de un cuerpo normativo encargado de regular aspectos atinentes a la competencia.
- ✓ Pese a que la LORCPM en su búsqueda de precautelar la adecuada competencia entre operadores económicos de una u otra forma puede colateralmente también proteger a las empresas víctimas de cláusulas abusivas, lo cierto es que su verdadera finalidad es evitar que operadores económicos abusen de su situación de superioridad para afectar a sus competidores y es en ese sentido en el que se

encuentra direccionado su ámbito de protección, es decir en evitar que la inclusión de cláusulas abusivas le brinde ventajas anticompetitivas al predisponente.

- ✓ Una vez se han fijado cuáles son los pros y contras de esta normativa en la regulación de actos abusivos, es necesario referirse al menos de forma referencial sobre cuáles son las sanciones y alcance que tiene este cuerpo normativo ante este tipo de conductas, en donde hallaremos que se contemplan tres posibles tipos de medias, siendo estas de carácter correctivo, sancionatorias e incluso brindando la opción a los afectados de iniciar una acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas de derecho común.

2.2.2. El régimen de prácticas desleales como mecanismo de defensa para la empresa adherente

Como se dijo previamente, en la presente investigación no se realizará un análisis exhaustivo acerca de las figuras contempladas en la LORCPM, y por el contrario la finalidad será establecer si determinadas conductas reguladas por esta norma pueden de alguna forma brindar cierta protección a las empresas afectadas por la inclusión de cláusulas abusivas. Es por este motivo que es necesario se lleve a efecto un breve análisis del artículo 27 que regula a las “Prácticas Desleales” dentro de las cuales se detallan un total de diez conductas que son consideradas atentatorias a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas como lo establece este mismo cuerpo normativo.

Para efectos del presente análisis, sería inútil entrar a revisar conductas tales como los actos de confusión, los actos de engaño, denigración u otros contemplados en este artículo, pues son conductas que se encuentran dirigidas a regular actos de abuso entre competidores es decir prácticas horizontales que mediante actos desleales buscan excluir a la competencia, cuestión que escapa por completo del objeto del presente análisis, debido a lo cual en este apartado únicamente nos limitaremos a analizar ciertas conductas contempladas en el numeral 10 del artículo 27, denominadas como prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores.

a) El aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor

La conducta regulada en este literal claramente busca atacar a la desigualdad en el poder de negociación entre las partes intervinientes en un contrato, sin embargo nuevamente presenta una traba insubsanable para las empresas adherentes víctimas de cláusulas abusivas, pues la conducta se ha encasillado en la defensa del consumidor, que como ya se lo verá a mayor profundidad más adelante, es aquel que tiene la calidad de destinatario final del bien o servicio y escasas son las circunstancias bajo las cuales una empresa puede considerarse como consumidor final, por lo que habría que cuestionarse los motivos por los cuales el legislador optó por únicamente brindar protección exclusiva al consumidor, cuando irrelevante es la calidad que tenga la parte adherente al momento de ser víctima de abusos motivo de su debilidad o desconocimiento.

Principalmente en la relación contractual entre empresas privadas no existe una tendencia marcada que determine que el comprador sea siempre la parte afectada, e incluso es muy común hallar casos en los que son los contratantes aquellos que en aprovechamiento de su situación de superioridad contractual incluyen este tipo de cláusulas, sin embargo parecería que la normativa no ha contemplado esta posibilidad lo cual es irrisorio pues nos da a entender que únicamente este tipo de prácticas desleales son objeto de regulación cuando se las ejecuta en contra de consumidores.

Esta conducta es clasificada según el artículo 78 de la LORCPM como una infracción grave que es sancionada con una multa de hasta el “10% del volumen de negocios total de la empresa u operador infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”,⁹⁹ pero sería interesante se abarque en esta figura no únicamente a los consumidores si no en general a todos aquellos operadores económicos que por motivos de su debilidad negociadora se vean forzados a suscribir este tipo de contratos, pues como ya se lo mencionó, la mala fe en este tipo de actos puede provenir de cualquiera de los dos lados, independientemente de su calidad, por lo que no se encuentra mayor sentido en que se restrinja únicamente a consumidores.

b) La suscripción de contratos de adhesión que perjudiquen los derechos de los usuarios y consumidores, conforme manda la ley

⁹⁹ Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, art. 78.

La conducta constante en el artículo 27, numeral 10, literal e), de la LORCPM ha contemplado como una práctica desleal a “la suscripción de contratos de adhesión que perjudiquen los derechos de los usuarios y consumidores, conforme manda la ley”. Nos podremos percatar que de alguna forma este literal busca regular la inclusión de cláusulas abusivas a través de la suscripción de contratos de este tipo, sin embargo al igual que la conducta analizada líneas arriba, en el literal e), también se encasilla a la aplicación de contratos de adhesión como una conducta que estrictamente puede ser usada en contra de consumidores, cuando perfectamente se pudo haber sustituido la conducta por “La suscripción de contratos de adhesión que perjudiquen los derechos del adherente, conforme manda la ley”, lo que habría cubierto un espectro mucho más amplio de empresarios que se hallen en desprotección.

2.3. El ámbito de protección del derecho de consumo

A nivel doctrinal es común mantener la concepción de que el uso de cláusulas abusivas en contratos de adhesión es exclusiva de la relación contractual entre un consumidor final y una empresa, en donde el primero es el partícipe principal y sujeto indiscutible de protección, esto por cuestiones de distinta índole, tales como su situación de desventaja tanto económica, intelectual o incluso debido a su urgente necesidad de obtención de un bien o servicio determinado. Quizá por este motivo algunos cuerpos normativos de defensa del consumidor a nivel mundial han excluido a las empresas como potenciales consumidores finales, como se lo verá en el siguiente capítulo, pues no se concibe que estas tengan el nivel de vulnerabilidad que una persona natural en su calidad de consumidor final puede tener.

En cuanto al ámbito local la LODC a partir de su expedición en el Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000, se ha encargado de regular y brindar mecanismos adecuados de protección a los consumidores, en una suerte de búsqueda de equiparación de derechos frente a los contratistas o proveedores de bienes y servicios, empero es necesario desde ya hacerse la interrogante de si las empresas se encuentran cubiertas bajo el manto protector de esta ley, o al menos bajo qué circunstancia lo podrían estar y cuál es el rol que juegan en un contrato de este tipo.

Para dar respuesta a la interrogante planteada, únicamente es necesario dirigirse al artículo dos de este cuerpo normativo, referente a las definiciones, en donde al hacer mención al término “consumidor” establece lo siguiente:

Consumidor.- Toda persona natural o jurídica que como destinatario final (*el subrayado me pertenece*) adquiera utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente ley mencione al Consumidor, dicha denominación incluirá al Usuario.¹⁰⁰

Más claro aún es el Reglamento a la Ley de Defensa del Consumidor en cuyo artículo primero al referirse al consumidor establece que “...no serán considerados consumidores aquellas personas naturales o jurídicas que adquieran, utilicen o reciban oferta de bienes o servicios para emplearlos en la explotación de actividades económicas con fines de lucro, o en beneficio de sus clientes o de terceros a quienes ofrezcan bienes o servicios”¹⁰¹

Si bien es cierto la LODC no discrimina ni excluye a la persona jurídica de ejercer su calidad de consumidor, es necesario indicar que para que tenga tal calidad y por ende ser susceptible de protección de esta ley, debe ser el destinatario final del bien o servicio contratado.

Siguiendo esta línea de pensamiento, Carlos Gilberto Villegas, al analizar la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina determina lo siguiente: “El artículo 1 de la Ley 24.240 considera consumidores o usuarios a las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso, para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar.”¹⁰²

Queda claro entonces que aquella persona natural o jurídica que adquiera un bien con la finalidad de incorporarla en su cadena de producción o distribución ya sea como materia prima o con la finalidad de revenderla para obtener un excedente económico queda automáticamente excluida de la protección de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, esto en virtud de la propia definición de consumidor que consta en nuestra ley. Pero más allá de esto, parecería ser que la verdadera motivación para restringir esta protección únicamente a consumidores finales, es la notoria desigualdad de condiciones y asimetría de la información existente en estos casos, lo que hace justificable la intromisión de una regulación que de cierto modo infiere en la libertad de contratación y autonomía de la voluntad de las partes.

¹⁰⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, art.2.

¹⁰¹ Ecuador, *Reglamento Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, en *Registro Oficial* 287 (21 de marzo de 2001), art.1.

¹⁰² Carlos Gilberto Villegas. *Contratos Mercantiles y Bancarios*. (Buenos Aires: Estudio Villegas, 2005), 78.

Ejemplos de personas naturales que tienen la calidad de consumidores finales son innumerables, mismos que van desde la adquisición de víveres para el consumo diario hasta la adquisición de equipos de tecnología para uso personal o familiar, pero en cuanto a empresas consumidoras finales se refiere la cuestión es bastante más difusa pues se deberá comprobar que estas no tienen ningún ánimo de lucro o reventa, que dicho sea de paso es justamente la razón de su existencia.

El tema de las empresas como consumidoras finales ha sido un tópico hartamente complejo a nivel normativo y por ende jurisprudencial, pues trae aparejado un sinnúmero de interpretaciones que han quedado plasmadas en reconocidas sentencias, y el grado de complejidad que presenta dilucidar la calidad o no de consumidor final de una empresa ciertamente no es menor.

Investigaciones académicas han demostrado su preocupación sobre la exclusión de la calidad de consumidores que han sufrido las empresas, fundamentalmente las pequeñas y medianas empresas o también denominadas PYMES, tal es así que Henry Sosa Olán ha expresado que cobra mucha importancia el realizar un estudio del porqué las pequeñas y medianas empresas no son consideradas como consumidores, pese a que estas se pueden encontrar en una clara condición de desigualdad, siendo necesario que la situación de desigualdad en las relaciones contractuales sea siempre analizada desde el principio de libertad contractual, pues una libertad sólo será real si existe cierta igualdad entre las partes, pues si esta igualdad es real no será necesario que el derecho intervenga, pero si es meramente formal, entonces el derecho deberá intervenir para garantizar que no se cometan abusos por parte del más fuerte.¹⁰³

Con el afán de citar un ejemplo, vale la pena preguntarse, ¿qué calidad se le puede otorgar a una empresa que adquiere materiales y equipos de oficina tales como escritorios y muebles para sus empleados? Si bien es cierto estos muebles de oficina difícilmente pueden ser calificados como materia prima del producto final que esta empresa expende, por otro lado sí se podría afirmar que son elementos o herramientas que de una u otra manera permiten al operador de mercado cumplir con su actividad comercial y bajo esta perspectiva se podría argumentar que por estos motivos la empresa no tiene la calidad de consumidor final puesto que los muebles de oficina adquiridos se relacionan de cierta forma con la actividad comercial de la empresa.

¹⁰³ Henry Sosa Olán. *El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico europeo y español* (México: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2015), 191.

Una vez más concluimos que el ordenamiento jurídico ecuatoriano es muy escueto al momento de tutelar los derechos de las empresas débiles en una relación contractual, pues al respecto, las normas de defensa del consumidor se han limitado a mencionar que no serán considerados consumidores aquellas personas naturales o jurídicas que adquieran bienes o servicios con la finalidad de explotarlas en actividades económicas con fines de lucro, y en el ejemplo citado de la empresa que adquiere muebles de oficina, el criterio al respecto ciertamente que puede encontrarse dividido y sujeto a varios tipos de interpretaciones.

La carencia de criterios unificados en lo que se refiere a las empresas como consumidoras finales es una cuestión que afecta a la mayoría de leyes de defensa del consumidor a nivel mundial, siendo la excepción aquellas normas como por ejemplo la Directiva 93/13/CEE sobre “cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores” en cuyo artículo 2, de plano restringe la calidad de consumidores únicamente a aquellas personas físicas que actúen con propósito ajeno a su actividad profesional, pero en el resto de casos en los que si se contempla la posibilidad de personas jurídicas como consumidores finales existe un vacío que deja abierta la puerta a la interpretación e incluso en casos a la inseguridad jurídica.

Si bien es cierto la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su reglamento dejan muy en claro que serán sujetos de protección únicamente los destinatarios finales de los bienes o servicios, la verdad es que en cuanto a empresas se refiere el identificar si se ha actuado en calidad de destinatario final es bastante complejo. Haciendo referencia a esta dificultosa tarea, autores como Edwin Aldana han afirmado que “Sin embargo, se presentaba el caso de las zonas grises donde era complicado determinar si el valor del bien se agota o no con su uso por el destinatario”¹⁰⁴ lo que en definitiva nos da a entender que se podría decir que la gran mayoría de bienes y servicios que una persona jurídica adquiere de una u otra manera serán finalmente incorporadas en su actividad económica, si bien es cierto unas con más trascendencia que otras, pero a la final tendrán algún tipo de injerencia en el bien o servicio que se ofrece con finalidad de lucro.

Difícilmente se podrá hallar otro ejemplo similar en el que se pueda identificar de forma tan clara la calidad de consumidor final de una empresa, como el caso que nos

¹⁰⁴ Edwin G. Aldana. *La noción de Consumidor Final: El ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Protección al Consumidor según el nuevo precedente de observancia obligatoria Indercopi* (Lima: Ius et Veritas, 2012), 54.

presentan los servicios públicos domiciliarios, mismos que son definidos por Guillermo Cardona como “...aquellos que se presentan a través del sistema de redes físicas o humanas, con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y que cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas”¹⁰⁵

Por lo que en los casos en los que una persona jurídica desee efectuar reclamos por algún servicio como por ejemplo de energía eléctrica, telefonía, entre otros, sin lugar a dudas se hallarán amparados por la LODC, dado que estos servicios se extinguen con el uso que la empresa les da, tal y como la definición citada líneas arriba lo establece, pues estos servicios tendrán la finalidad de satisfacer necesidades específicas de las personas, no teniendo ningún tipo de intervención en el producto o bien final que una persona jurídica expende con finalidad de lucro.

Pero más allá de estos casos claramente identificados, la doctrina y jurisprudencia ha sufrido un notable desacuerdo con respecto a establecer un criterio definido sobre en qué circunstancias una empresa puede tener la calidad de consumidor final o no, tal es así que a nivel jurisprudencial existen casos en los que de una forma extralimitada se ha expandido el ámbito de protección de las leyes de defensa al consumidor haciendo objeto de protección a operadores económicos que no reúnen las características de un consumidor final y otros casos en los que se ha denegado protección a empresas por considerar que no se hallan en una relación contractual de carácter asimétrica y por ende escapan de la posibilidad de ser protegidas por este tipo de normas.

Un caso emblemático al respecto se dio en Perú, en donde la empresa Cheenyi E.I.R.L. denunció a Konica S.A. ante la Comisión de Protección del Consumidor dado que la denunciante habría adquirido a Konica un laboratorio fotográfico, mismo que a los pocos meses de su adquisición presentó graves desperfectos, motivo por el cual se solicitó a la denunciada que enviara personal para que proceda con el arreglo del desperfecto dado que el producto gozaba de garantía. Una vez que varios técnicos de la empresa proveedora analizaron el caso, se notificó a Cheenyi indicándole que la máquina sufrió dicha avería por un error de fábrica y que no se disponía de repuestos para solucionar el desperfecto.

¹⁰⁵ Guillermo Cardona. *Servicios Públicos Domiciliarios*. (Medellín: UPB, 2005), 74.

La Comisión de Protección del Consumidor resolvió el caso bajo la premisa de que únicamente nos hallamos ante un consumidor final cuando el bien o servicio adquirido se agota con el uso que se le da, también se cita un ejemplo digno de traer a colación en el cual establece que en el caso de que una empresa adquiriera una caldera para el desarrollo de su proceso productivo, si bien es cierto se puede considerar que este bien no se extingue con su uso, este si se encuentra destinado a producir otros bienes o servicios a los que se va paulatinamente trasladando su valor, y por ende generan utilidades para la empresa que adquirió el bien.

Con estas reflexiones se determinó que la máquina objeto de la denuncia tenía la finalidad de brindar un servicio de revelado, es decir, fue adquirida por el denunciante para el desarrollo de fines propios de su actividad como proveedor, e incorporada al proceso económico de prestación de servicios, motivo por el cual se desechó la denuncia de la empresa Cheenyi al no ser considerada como consumidor. No obstante los magistrados de esta sala dejan sentado que la normativa encargada de la defensa del consumidor no es lo suficientemente clara en cuanto a la protección de empresarios y establecen que se presentan “zonas grises”, donde es complicado determinar la calidad de consumidor final o no de algunos operadores económicos.¹⁰⁶

Otro caso de interés y de amplia presencia mediática lo detalla el portal web de noticias ABCandalucía.es de Córdoba (Andalucía) cuya columna titulada “Un fallo dice que una empresa no puede alegar cláusulas abusivas”¹⁰⁷ describe la sentencia emitida por el Juzgado de lo Mercantil de Córdoba el cual desestima una demanda interpuesta en contra de Caja Sur que en su momento fue una importante caja de ahorros española con sede en Córdoba, en cuya demanda solicitaba la nulidad de determinadas cláusulas abusivas que se incluían en sus contratos de préstamo de garantías hipotecarias.

El argumento principal por parte del juzgado para desechar esta demanda fue que la compañía demandante no se encuentra protegida por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al no tener la calidad de consumidor, pues estos tomaron el dinero a préstamo del banco, con la finalidad de emplearlo en su propia actividad económica empresarial, lo cual les quita la calidad de consumidores al no ser los destinatarios finales de dicho préstamo. La Audiencia Provincial de Córdoba además

¹⁰⁶Perú. *Comisión de Protección del Consumidor*. Resolución No. 101-96-TDC. 18 de diciembre de 1997.

¹⁰⁷ ABCandalucía.es, Davinia Delgado, “Una fallo dice que una empresa no puede alegar cláusulas abusivas”, 2014, <http://sevilla.abc.es/andalucia/cordoba/20140905/sevp-fallo-dice-empresa-puede-20140905.html>.

argumentó que “No resulta aplicable la norma protectora de consumidores y usuarios y por ello se desvanece el fundamento de la acción de nulidad pretendida [...] sin necesidad de analizar si las cláusulas se han incorporado con transparencia pues no cabe estudiarlas de oficio al no ser posible, por no ser consumidores...”. Lo que deja como única alternativa para el afectado apelar al principio de buena fe, a través de procedimientos en materia civil, lo que ciertamente implica un proceso mucho más amplio y complejo que aquel contemplado para los consumidores finales.

Sentencias como la de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia, en el asunto C-100/14,¹⁰⁸ denotan lo complejo de determinar los casos en los cuales una empresa puede ser considerada como consumidora final, siendo este un fallo *sui géneris*, dado que versa sobre un contrato de crédito celebrado entre una persona física que ejerce la abogacía y una institución financiera llamada SC Volksbank Romania S.A., en donde el prestatario con la finalidad de garantizar el pago de su deuda aportó como garantía un inmueble perteneciente a su bufete de abogados, para posteriormente demandar a la entidad financiera, solicitando se declare como abusiva una cláusula contractual relativa a una comisión de riesgo.

Con estos antecedentes el Tribunal de Justicia se vio en la necesidad de efectuar un análisis sobre si el abogado Horatiu Costea al comparecer dentro del contrato lo hacía en calidad de consumidor o en calidad de representante de su bufete de abogados, esto en aras de determinar la competencia de resolver el caso en base a lo establecido en la Directiva 93/13/CEE¹⁰⁹, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, misma que en su artículo 2 establece que serán considerados como consumidores “...toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”, siendo esta una norma que expresamente excluye a las personas jurídicas de ser consideradas como consumidoras finales.

No obstante a lo anteriormente mencionado y pese a que expresamente se menciona dentro de la sentencia que en la transacción realizada se gravó un bien destinado al ejercicio de la actividad profesional del prestatario, se estableció por parte del Tribunal que no se puede dejar de mencionar que existen ocasiones en los que una

¹⁰⁸ Judgment of the Court. “ 03 de septiembre de 2015”, Horatiu Ovidiu Costea vs SC Volksbank Romania S.A.

¹⁰⁹ Unión Europea, *Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, (05 de abril de 1993), art. 2.

misma persona puede actuar en ciertas operaciones como consumidor y en otras como profesional y se acota que:

En tal caso, aunque se considere que un abogado dispone de un alto nivel de competencias técnicas, ello no permite presumir que, en relación con un profesional, no es una parte débil. En efecto, tal como se ha recordado en el apartado 18 de la presente sentencia, la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional, a la que pretende poner remedio el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13, afecta tanto al nivel de información del consumidor como a su poder de negociación ante condiciones contractuales redactadas de antemano por el profesional y en cuyo contenido no puede influir dicho consumidor.

Con estos antecedentes se le otorgó la categoría de consumidor final al prestatario, pese a que como ya se lo mencionó aportó como garantía un bien perteneciente a su bufete de abogados, y sin dejar de mencionar que en este caso en particular, la asimetría de la información no era tan notable como en otros casos, dado que estamos hablando de un profesional del derecho que solicita un crédito bancario y que por ende se entendería que cuenta con las herramientas y conocimiento suficiente para entender los términos y condiciones bajo los cuales va a suscribir el contrato, lo que demuestra que en la presente sentencia objeto de análisis se brindó mayor importancia a la conducta abusiva que a la calidad del afectado.

Pero más allá de esto, parecería ser que la motivación para brindar protección exclusiva a los destinatarios finales de bienes y servicios, se debe a que siempre se parte del supuesto que estos no cuentan con la información de la que sí goza el predisponente, previo, durante y posterior a la suscripción del contrato y por ende se halla en una situación de inferioridad, pero esto de ninguna forma significa que en la contratación entre empresas siempre existan fuerzas equilibradas, pues es mucho más habitual de lo que se cree que una empresa grande, proveedora de bienes y servicios haga un uso inadecuado de su situación privilegiada para aplicar términos vejatorios en sus contratos, generalmente en contra de pequeñas empresas o PYMES.

La razón por la cual la tendencia regulatoria a nivel mundial propende a la protección exclusiva del consumidor final no es fortuita, pues se considera que una empresa que adquiere bienes o servicios con la finalidad de que formen parte de su cadena de producción, debe contar con las herramientas y el conocimiento necesario

para comprometerse a la suscripción de un contrato, es decir, generalmente una empresa se encuentra adecuadamente respaldada en las decisiones de su representante legal, el cual ya sea de forma directa o a través de sus asesores, se entiende analizarán de forma pormenorizada las implicaciones de suscribir un contrato, a diferencia de lo que sucede con el consumidor final, que por lo general es una persona natural urgida de hacer uso del bien o servicio a adquirir, a la cual muy poco le interesa las condiciones que rigen el acuerdo contractual.

A breves rasgos la motivación para que a nivel mundial exista la tendencia de brindar protección exclusiva al consumidor final, nace de la asimetría de la información que existe entre la empresa que provee de bienes o servicios sobre los cuales tiene todo el conocimiento del caso, frente al consumidor, que no goza de mayor información más allá que aquella que es evidente a simple vista. La asimetría de la información ha sido definida por Joseph Stiglitz como aquellas imperfecciones en la información tales como las que se hallan en los casos de los trabajadores que saben más que su empresa respecto de sus capacidades, o de la persona que suscribe un seguro quien conoce mejor sobre su salud que la compañía aseguradora o en los casos del propietario de un coche quien lo conoce mejor que los posibles compradores.¹¹⁰

Sin embargo sería aventurado afirmar que la asimetría de la información únicamente existe en la relación con consumidores finales, pues implicaría ignorar la relación contractual inequitativa que se genera entre la gran empresa y el microempresario, inclusive en los casos en los que este último no tiene la calidad de consumidor final, pero parecería ser que estas situaciones no tienen cabida en la mayoría de regulación mundial al respecto e incluso ciertos doctrinarios con opiniones más radicales han considerado que en los casos en los que existe asimetría de la información y por ende desequilibrios significativos que derivan en abusos en las relaciones contractuales entre empresas, estas no tienen derecho a ser protegidas por la norma.

Eugenio Llamas Pombo en una afirmación categórica ha establecido que “... el legislador dirige su esfuerzo únicamente a la protección de los consumidores, pues es solamente ahí donde se justifica una intromisión estatal tan grave dentro de la autonomía privada. Poco o nada le importaría (o debería importar) al Estado que dos

¹¹⁰ Joseph Stiglitz. *La información y el cambio en el paradigma de la ciencia económica*. (España: Universidad de Columbia, 2002), 78.

sujetos celebren de mutuo acuerdo un contrato en el que existen graves desequilibrios para uno de ellos.”¹¹¹

Pero afirmar que las empresas pequeñas y por ende partes débiles de la relación contractual no son objeto de protección es de cierto modo discriminar en función de la calidad que tenga el operador económico, no con esto se pretende mencionar que no existan herramientas en la actualidad para subsanar abusos a no consumidores, pero sí que estas vías son mucho más complejas y engorrosas que aquellas que facilitan una protección a los consumidores finales.

Otro lado de la doctrina en una posición más inclusiva como la sostenida por Edwin Aldana ha mencionado que:

En otras palabras, somos de la opinión que cualquier persona natural o jurídica debería ser considerada como Consumidor Final si adquiere un producto o contrata un servicio, ya sea para fines personales o para fines propios de su actividad económica o giro social, si es que se determina que esta se encontraba en desigualdad o asimetría informativa frente al proveedor del producto o servicio adquirido.¹¹²

Esta posición en los últimos años ha gozado cada vez de mayor acogida, tal es así que incluso fallos jurisprudenciales así lo demuestran como ya se lo analizará, y es clara la base de esta postura, misma que se apoya en el hecho de que si se evidencia asimetría de la información entre las partes, independientemente de si la parte débil tiene la calidad de consumidor final o no, no existe razón para denegar dicha protección.

Esta exclusión de las empresas que no son consumidoras finales ha denotado preocupación a nivel jurisprudencial, producto de lo cual se han dado casos en los que se ha extendido la protección constante en las normas de defensa del consumidor a operadores económicos que no tienen la calidad de consumidores. Digno de análisis es el caso de Moquillaza S.A. vs Milne & CO. S.A. , mismo que fue ventilado ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Perú, en donde la empresa Reynaldo Moquillaza S.R.L. a través de su representante legal adquirió a la empresa Milne una camioneta marca Ford Explorer 4x4, la cual el mismo día de adquirida presentó ruidos que provenían de la carrocería, por lo cual el adquirente del vehículo acudió a los talleres de la vendedora para que resolvieran el desperfecto, sin embargo este no pudo ser solucionado.

¹¹¹ Eugenio Llamas Pombo. *La nulidad de las cláusulas suelo*. (España: Universidad de Salamanca, 2013), 54.

¹¹² Aldana. *La noción de consumidor final*, 52.

Con estos antecedentes se llevaron a cabo los siguientes incidentes dentro de este proceso:

- ✓ El Sr. Reynaldo Moquillaza en calidad de representante legal de la empresa Reynaldo Moquillaza S.R.L. interpuso una denuncia solicitando la devolución de una camioneta en perfectas condiciones.
- ✓ La empresa Milne alegó que la empresa Moquillaza no podía ser considerada como consumidor para efectos de la Ley de Protección del Consumidor, dado que el uso que se le daba a la camioneta era para fines propios de la actividad económica de la firma.
- ✓ Entre los argumentos principales que aplica el Tribunal para expedir su fallo establece que también es posible considerar como “consumidor final” al pequeño empresario cuando adquiere o utiliza bienes o servicios por las necesidades de su actividad empresarial, ello debido a la situación de desigualdad en que se encuentra frente al proveedor, situación equiparable a aquella en la que se encuentra cualquier particular.
- ✓ El Tribunal consideró que en el presente caso la empresa Moquillaza utilizaba el vehículo adquirido para transportar a su personal que se dedicaba a brindar servicios de contabilidad y planeamiento tributario, esta se hallaba en un estado de desigualdad grande con respecto a su proveedor, tal es así que no se podía esperar un grado de conocimiento o especialización de su parte que haga desaparecer la desigualdad latente, aún incluso cuando esta no fuera el consumidor final del vehículo, lo que situaba a la denunciante en una situación idéntica a aquella en la que se halla un consumidor final al existir asimetría de la información.
- ✓ Con estos antecedentes el Tribunal ordenó a Milne que en un plazo no mayor a quince (15) días hábiles contados a partir de la recepción de la resolución, cumpliera con reparar la suspensión del vehículo materia de denuncia.¹¹³

Habrán criterios contrapuestos a favor y en contra de este fallo, ya que por un lado se encuentra el argumento de que se aplicó la Ley de Defensa del Consumidor fuera de su ámbito de protección pues queda claro que la camioneta que adquirió la empresa Moquillaza era destinada principalmente para temas meramente vinculados con

¹¹³Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Perú. “Sentencia de 15 de marzo de 2011 (Procedimiento sobre infracción a las normas de protección al consumidor), Expediente No.535-2011”.

su actividad comercial lo que le quitaba su calidad de consumidor, pero sin embargo era evidente que sus derechos estaban siendo transgredidos al haber adquirido un vehículo con desperfectos, particular sobre el cual no se podía exigir que Moquillaza tenga conciencia o expertiz pues su giro del negocio se encontraba muy alejado del tema automotriz, lo que nos da como resultado la existencia de asimetría de la información entre las partes, lo que puso a Moquillaza en una situación de vulnerabilidad que es justamente lo que la norma de protección al consumidor busca regular.

Pero más allá del razonamiento lógico que el Tribunal aplicó para expedir su fallo que dicho sea de paso parecería no haber sido competente para hacerlo, lo cierto es que la aplicación extensiva de las normas de defensa del consumidor a favor de operadores económicos que no gozan de tal calidad, no es más que la demostración de la falta de mecanismos idóneos de protección para empresas no consumidoras que se encuentran en un estado de vulnerabilidad, pero habrá que ser muy cuidadosos al momento de definir quién tiene la calidad de consumidor final, pues caso contrario el aparataje normativo de protección al consumidor corre el riesgo de ser desvirtuado.

Alonso Morales Acosta ha desarrollado este tema más a fondo y ha traído a colación un principio bastante aplicado a nivel jurisprudencial en estos casos, me refiero al principio “*in dubio pro consumidor*”, el cual ha sido el fundamento para resolver casos en los que se ha generado la interrogante sobre la calidad que ostentan las empresas al momento de realizar una compra, es así como expresa lo siguiente:

La jurisprudencia también ha reconocido como consumidores a aquellas personas que adquieren un determinado bien para sus actividades personales y, a su vez, lo destinan para el desarrollo de actividades empresariales, ello en la medida que hay un uso o destino compartido (mixto) del bien. (...) En ese orden de ideas, frente al uso mixto del bien puede generar consecuencias o efectos comerciales o de consumo, la regulación se termina inclinándose en favor del derecho tutelar en aplicación de los principios de “*pro consumidor*” o “*in dubio pro consumidor*”, lo cual concuerda con la política pública elevada a mandato constitucional, por la cual el Estado se encuentra en la obligación de brindar una tutela amplia y eficaz en favor de los consumidores.¹¹⁴

Casos emblemáticos se han dado en Perú en donde se ha reconocido a empresas la calidad de consumidores pese al uso “mixto” que se hace del bien adquirido, es así que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la

¹¹⁴ Alonso Morales Acosta, “La ampliación del ámbito de protección al consumidor”, *Estudio Torres y Torres Lara*, acceso el 05 de mayo de 2018, <http://agnitio.pe/articulo/la-ampliacion-del-ambito-de-proteccion-al-consumidor-del-derecho-del-consumidor-transcendiendo-las-fronteras-de-la-relacion-de-consumo/>.

Propiedad Intelectual INDECOPI, resolvió dar la calidad de consumidor a una sociedad anónima que había efectuado la compra de un vehículo para uso personal de su Gerente General, mismo que posteriormente denunció que el vehículo adquirido no cumplía con las características que fueron ofrecidas por el proveedor, generándose así dos hechos dignos de destacar:

- ✓ En primera instancia se decidió declarar improcedente la denuncia realizada por el representante legal de la compañía, bajo el argumento de que el vehículo materia de la denuncia era utilizado por la empresa para el desarrollo de sus actividades económicas, mas no para consumo propio.
- ✓ Mediante Resolución No. 3336-2000/TDC de 11 de agosto de 2000 el INDECOPI resuelve revocar lo resuelto en primera instancia y determina que “[...] no todo bien del activo de una empresa está necesariamente vinculado a las tareas productivas pues, en muchos casos los bienes adquiridos por la empresa pueden ser utilizados directamente, es decir, como consumidor final.”¹¹⁵

Este caso es un claro ejemplo que en ocasiones habrá que ponderar el alcance que la norma de defensa del consumidor puede llegar a tener, es decir en algunas circunstancias pese a que el bien adquirido por una empresa sea usado de forma mixta es decir para temas relacionados con su giro de negocio y para aspectos de orden personal como por ejemplo transportar a uno de sus empleados fuera de horarios laborales, con la aplicación del principio del “*in dubio pro consumidor*” las empresas deberían también encontrarse protegidas por las normas de defensa al consumidor, esto obviamente siempre y cuando se determine que el uso del bien no es exclusivo para actividades empresariales, pues en dicho caso no sería competencia de la LODC conocer estos asuntos.

Por otro lado a nivel nacional también existen precedentes jurisprudenciales en los cuales se ha denotado una falta de armonía en la aplicación de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que incluso han escalado a nivel constitucional por vulnerar derechos tales como la seguridad jurídica establecida en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador.

¹¹⁵ *Ibíd.*

Tal es el caso de la acción de protección interpuesta ante la Corte Constitucional por parte de la empresa Samper Cía. Ltda en contra del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito, al accionante afirmar que la decisión de la Unidad Judicial Primera de Contravenciones del Cantón Quito ha vulnerado los derechos al debido proceso en razón de la competencia del juez, así como el juzgamiento de una persona con observancia del trámite propio de cada procedimiento, además de la vulneración al derecho de la seguridad jurídica al determinarse competente para conocer la denuncia propuesta por el Cuerpo de Bomberos en contra de Samper Cía. Ltda alegando que esta última habría infringido la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor al haberle vendido cinco vehículos de rescate con fallas mecánicas, en virtud de lo cual se le condenó a la devolución de la cantidad pagada por parte del Cuerpo de Bomberos por concepto de la adquisición de los vehículos, así como al pago por daños y perjuicios.

Este caso ciertamente llama la atención en virtud de que la Unidad Judicial Primera de Contravenciones determina que el Cuerpo de Bomberos tiene la calidad de consumidor, cuestión que es bastante discutible si nos regimos a rajatabla a las condiciones establecidas en el Reglamento de Defensa del Consumidor que establece que no serán consumidores aquellas personas naturales o jurídicas que adquieran bienes para emplearlos en beneficio de terceros, es decir cuando no son los destinatarios finales, no obstante a esto la sala declara competente y en su fallo dispone que Samper Cia. Ltda devuelva la cantidad pagada por la adquisición de los vehículos.

Ante este fallo discutible, se interpuso la acción extraordinaria de protección anteriormente mencionada, en donde la Corte Constitucional considera que estos casos no son de competencia de la Unidad Judicial de Contravenciones al no versar sobre temas inherentes a abusos a consumidores, vulnerándose así el derecho a la seguridad jurídica, siendo la vía correcta la jurisdicción contencioso administrativa al estar el Cuerpo de Bomberos sujeta a la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, en base a lo cual se expidió la sentencia en el siguiente sentido:

- 1.- Declarar la vulneración del derecho constitucional a la seguridad jurídica establecido en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador.
- 2.- Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada.

3.- Como medida de reparación integral se dispone dejar sin efecto el proceso sustanciado por la Unidad Judicial Primera de Contravenciones del Cantón Quito de la Provincia de Pichincha.¹¹⁶

Este es un claro ejemplo de lo complejo que resulta definir en qué casos es aplicable la LODC, pues sin lugar a dudas la empresa Samper Cia. Ltda, reúne las características de proveedor según lo establecido en la norma, sin embargo el Cuerpo de Bomberos de Quito, difícilmente se podrá encasillar dentro de la figura de destinatario final de los camiones que fueron objeto del litigio. Pero más allá de esto lo preocupante es que independientemente de que la Unidad Judicial Primera de Contravenciones no haya sido competente para conocer la causa, lo cierto es que es innegable la afectación en contra del Cuerpo de Bomberos de Quito, cuestión que en el presente caso no logra ser corregida o sancionada dada la problemática presentada, que no es más que el resultado de no contar con una normativa más inclusiva, cuyo objeto principal no sea únicamente la protección del consumidor final, sino la búsqueda del equilibrio contractual, independientemente de la calidad que ostenten los participantes del contrato.

Con estos antecedentes nos podemos percatar que la jurisprudencia carece de un criterio unificado al respecto, sin embargo considero bastante acertado el criterio vertido por Alejandro Berardi, quien siguiendo la misma línea ha planteado tres pautas interpretativas mediante las cuales se puede considerar a una persona jurídica como consumidor final, debiendo estas reunir los siguientes requisitos:

- 1.- Destino final: Hace referencia al hecho objetivo que supone retirar al producto del mercado, lo que es igual al fin de la vida económica del bien o su salida de la cadena de valor (destinatario final fáctico).
- 2.- Beneficio propio: Pone el acento en lo subjetivo, el uso privado doméstico o no profesional del bien (destinatario final económico).
- 3.- Vulnerabilidad: Se identifica con la debilidad o suficiencia del consumidor, que puede ser económica, técnica, jurídica, informativa o material; e implica un desequilibrio entre las partes de la relación de consumo que merece ser atendido.¹¹⁷

A estos tres acertados criterios considero también pertinente que se debería realizar un examen previo, en el cual se deberá medir cuán necesario es el bien o servicio adquirido para el giro de negocio de la empresa, es decir, si con la ausencia de dicho bien la empresa es incapaz de cumplir con su objetivo comercial, ciertamente

¹¹⁶ Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia” de la Corte Constitucional No. 152. 23 de septiembre de 2015.

¹¹⁷ German Berardi. *Las personas Jurídicas y la ley de defensa del consumidor*. (Argentina: Siglo Veintiuno, 2014), 94-95.

quedará develado que no tiene la calidad de consumidor final, pero si por el contrario la falta de acceso a dicho bien no repercute mayormente en el producto final que ofrece la empresa, esta estaría actuando en calidad de consumidor final pues este bien o servicio no tiene injerencia alguna en su actividad comercial.

Por ejemplo en el caso de una empresa dedicada a la compra-venta de vehículos que adquiere estantes exhibidores para accesorios, se podría decir que lo hace en calidad de consumidor final, pues es un elemento que fácilmente puede ser reemplazable y cuya injerencia en el producto final es casi nula; a diferencia de si esta adquiere neumáticos para incorporarlos a los vehículos que comercializa, en donde como primer elemento se debe mencionar que lo hace al por mayor, como segundo punto esta compra de neumáticos a la larga representará ganancias que se verán reflejadas en la venta de los vehículos, y como tercer punto al ser una empresa cuyo objeto comercial es la compra-venta de vehículo se entiende cuenta con un adecuado *expertiz* en la compra de un elemento tan básico como son los neumáticos para su negocio, lo que hace que no sea una relación contractual asimétrica y por ende escape del objeto principal que tiene una ley de protección al consumidor.

Muchas investigaciones referentes a la protección al consumidor desarrollan exhaustivamente el tema pero no tratan ni de forma referencial la situación que juegan las empresas como consumidores finales y como se lo ha evidenciado no es un tema menor, pues son varias las ventajas que los consumidores tienen empezando por un proceso mucho más expedito para reclamar posibles afectaciones y particularmente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en donde curiosamente las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión se encuentran reguladas de forma exclusiva en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en cuyo artículo 43 enlista las cláusulas prohibidas que serán consideradas como nulas de pleno derecho.

Así el panorama y en resumidas cuentas se podría afirmar que las empresas se verán beneficiadas por la protección que la LODC brinda, únicamente en aquellos casos en los que actúen al margen de su actividad económica o comercial, lo cual como ya se lo ha mencionado difícilmente ocurre puesto que la mayoría de transacciones que llevan a cabo las personas jurídicas tendrán como finalidad la adquisición de bienes o servicios que tengan algún tipo de repercusión en el producto que se expenderá con la finalidad de obtener rentabilidad, lo que se constituye sin lugar a dudas en la motivación principal de la creación de un operador económico.

Desde mi perspectiva, se torna muy preocupante el hecho que nuestro ordenamiento jurídico regule a las cláusulas abusivas exclusivamente en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, lo que no es del todo recomendable, pues a diferencia de lo que cierta parte de la doctrina considera, las cláusulas abusivas no se reducen únicamente a la relación proveedor-consumidor, lo que hace que en ocasiones este tema se aleje por completo del aspecto de defensa del consumidor y nos obligue a expandirnos a otros campos mucho más amplios y complejos como es el derecho de la competencia a través de su Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado o buscar alguna forma de protección mediante la aplicación del principio de buena fe.

2.4. El derecho de defensa del consumidor como punto de referencia para la protección a los empresarios adherentes

Como se explicó, a nivel doctrinal e incluso jurisprudencial ha surgido la inevitable interrogante de la factibilidad de extender el campo de protección otorgado a los consumidores finales hacia las empresas adherentes que no tienen tal calidad, generándose así posturas contrapuestas que se ven reflejadas en los distintos ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el italiano que brinda una protección exclusiva a los consumidores finales, en donde únicamente se concibe la existencia de cláusulas abusivas dentro de este ámbito y por otro lado ordenamientos jurídicos como el portugués que otorgan mecanismos de protección tanto a consumidores finales como a empresas adherentes mediante controles de incorporación y contenido, bajo la premisa de brindar mayor importancia a la conducta abusiva que a la calidad del afectado.¹¹⁸

Se debe señalar que la tendencia que ha reunido la mayor cantidad de adeptos es aquella contraria a que se homologue la protección otorgada a los consumidores a favor de las empresas adherentes vulnerables. María Matto, hace mención a estas dos posturas contrapuestas al afirmar que:

Hay autores en la doctrina que han entendido que el silencio del legislador debe ser cubierto con la analogía, mientras que otros, por el contrario, interpretan que la clara voluntad del legislador reacia a extender el ámbito de aplicación del control de contenido impide recurrir al expediente de la analogía para proteger al empresario parte débil en un contrato mediante condiciones generales.

¹¹⁸ Italia, *Codice Civile*.1341-1342.

Como se hizo mención en el primer capítulo, en la gran mayoría de legislaciones la figura de las cláusulas abusivas en contratos de adhesión ha sido una práctica reservada estrictamente para el ámbito de la contratación con consumidores finales. Un ejemplo de esto es el caso de la Ley española 7/1998, sobre condiciones generales de contratación en cuyo preámbulo textualmente establece lo siguiente:

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir siempre que no ha existido negociación previa.¹¹⁹

Esta segregación a los empresarios ha sido objeto de múltiples críticas como lo menciona Domínguez Chamorro quien establece que “[...] considerándose que una ley general como es la LCGC debería contener la regulación relativa a los requisitos y presupuestos de validez de cualquier clausulado contractual, al margen de la condición subjetiva de las partes contratantes”.¹²⁰ No obstante, vale la pena indicar que posteriormente el legislador español se encarga de aclarar que en las condiciones generales entre profesionales también pueden existir abusos de una posición dominante, casos que serán sometidos a las normas generales de nulidad contractual; pero hay que mencionar que esta aclaración realizada carece de un desarrollo adecuado sobre su alcance es decir la ley en mención únicamente se limita a eximirse de regular las relaciones contractuales entre empresas más no brinda ningún tipo de directriz adicional, cuestión que también fue observada en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de Madrid, en donde al referirse a esta norma establece que “Sin embargo, lo expresado en la exposición de motivos carece de desarrollo normativo en el texto legal, lo que, suscita el problema de delimitar, desde el punto de vista de la legislación civil general, a la que se remite, los perfiles de dicho control de abuso contractual en el caso de los adherentes no consumidores”¹²¹

Pero más allá de esta última aclaración lo cierto es que esta ley encasilla a las cláusulas abusivas como un aspecto netamente inherente a la relación con consumidores, de tal forma que aspectos que se regulan en este cuerpo normativo como la prohibición de incorporación de determinadas cláusulas y su nulidad, no son

¹¹⁹ España, *Ley 7/1998*, Condiciones Generales de Contratación, Preámbulo.

¹²⁰ Jorge Viera González y otros, *La reforma de los contratos de distribución comercial*, (España: La Ley, 2002), 257.

¹²¹ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de España. “Sentencia No. 367/2016 de 03 de junio de 2014. No. de Resolución 2121/2014, acceso el 15 de mayo de 2018, www.poderjudicial.es/stfls/.../TS%20Civil%203%20junio%202016.pdf.

aplicables a la relación entre empresarios, al menos que uno de estos tenga la calidad de consumidor final.¹²²

Desde mi perspectiva, una homologación idéntica del régimen de defensa del consumidor en favor de las empresas adherentes, podría resultar demasiado restrictiva por aspectos tales como el sometimiento a listados de cláusulas negras, que si no son adecuadamente manejadas podrían llegar a coartar la libertad contractual de las partes, principalmente en aquellos casos en los que las empresas cuenten con un nivel similar de poder de negociación o representación en el mercado. No obstante cortar de raíz la posibilidad de velar por los derechos de las empresas débiles en las relaciones contractuales, deja una sensación de que se perdió la oportunidad no de extender de forma idéntica la protección de los consumidores a las empresas, pero sí, de dejar plasmados ciertos principios que busquen evitar los abusos hacia el adherente débil independientemente de su condición o no de consumidor.

Un caso similar lo podemos evidenciar en Italia en donde la regulación de las cláusulas abusivas se la lleva a cabo de forma exclusiva en su Código de Consumo, en cuyo artículo 33 establece que serán considerados como términos injustos aquellos que generen un desequilibrio significativo de los derechos y obligaciones en contra del consumidor y acto seguido detalla un listado de cláusulas consideradas prohibidas, lo que denota una falta de protección a las relaciones contractuales entre empresarios, dado que su Código Civil tampoco contempla una protección particular para estos casos, salvo mediante principios generales como el de la buena fe.

El caso ecuatoriano por otro lado es bastante *sui generis* por así decirlo, dado que como ya se lo analizó previamente, regula a las cláusulas abusivas en dos cuerpos normativos; por una parte, mediante lo contemplado en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en cuyo artículo 43 denominado “Cláusulas Prohibidas”, establece un listado de estipulaciones contractuales que son consideradas nulas de pleno derecho. Este tipo de nulidad trae consigo un sinnúmero de interrogantes en cuanto a su

¹²² José Alvaro Marineros, *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Tramitación Parlamentaria*, (España: Universidad Pública de Navarra, 2002), 8, determina que es curioso el caso de la Ley española 7/1998 pues en un inicio en su proyecto se había contemplado una protección global con independencia de la calidad del adherente, es así como lo relata José Álvaro Marínero quien destaca que se pretendió añadir un tercer párrafo al artículo 7 de esta ley en el cual se establecería que: serán nulas las condiciones generales que puedan ser declaradas abusivas, de acuerdo con el concepto recogido en el artículo 10 bis. de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, aun cuando el contrato se haya celebrado entre profesionales Defensa de Consumidores y Usuarios, aun cuando el contrato se haya celebrado entre profesionales. Pretensión a la cual no se dio cabida al momento de aprobar la ley debido a la posible rigidez en la relación contractual empresarial.

aplicación, pues difiere de las nulidades absoluta y relativa establecidas en el Código Civil ecuatoriano, mismas que requieren ser declaradas por un juez, a diferencia de la nulidad de pleno derecho que es definida por Lisandro Peña Nossa como “[...]aquella que no necesita ser declarada por autoridad judicial, a *contrario sensu* de lo que ocurre en punto de las nulidades, en donde es requisito indispensable ejercer acciones pertinentes para que en sentencia judicial sean reconocidas ”¹²³, lo que de cierta forma abre la posibilidad para incumplimientos por parte del consumidor que considere que existen los elementos suficientes como para encasillar una conducta dentro de las establecidas en la LODC y por ende darla por no escrita sin necesidad de una decisión judicial, cuya aplicación a la relación contractual entre empresas privadas sería bastante discutible por decir lo menos, debido a cuestiones inherentes a las prácticas comerciales del contrato celebrado que no admitirían el desconocimiento de ciertas cláusulas *ipso iure*.

El legislador ecuatoriano por otro lado también ha querido regular esta problemática existente en los contratos de adhesión a través de la LORCPM, en cuyo artículo 10 literal e), califica como prácticas agresivas o de acoso a la “[...] suscripción de contratos de adhesión que perjudiquen los derechos de los usuarios y consumidores...”, lo cual es de difícil comprensión ya que como se lo indicó anteriormente pese a que la LORCPM es un cuerpo normativo que se encarga de velar por un adecuado mercado competitivo con independencia de la calidad que tengan los operadores de mercado, en este artículo en particular se ha encasillado a esta conducta únicamente en favor de los consumidores o usuarios.

No obstante a que es evidente la necesidad de que se definan mecanismos claros de protección para las empresas débiles, lo cierto es que parecería ser que extender la protección de la LODC en favor de empresas que no reúnen los requisitos para ser consideradas como consumidores finales sería inapropiado, principalmente debido a la ya mencionada nulidad de pleno derecho aplicable al listado de cláusulas prohibidas constante en el artículo 43 de este cuerpo normativo, cuya homologación al ámbito *business to business* dejaría muchas interrogantes y abriría la puerta a la inseguridad jurídica al no requerir de un fallo judicial para desconocer su validez.

De la revisión de cuerpos normativos internacionales que se ha llevado a cabo en esta investigación, sin lugar a dudas la Ley Portuguesa de Cláusulas Generales de

¹²³ Peña, *Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales*, 94.

Contratación es la que de forma más específica se ha encargado de regular la inclusión de cláusulas abusivas en contratos de adhesión entre empresarios, llegando incluso a asimilarla a la protección existente para el consumidor, a raíz de lo cual ha recibido muchas críticas por ser considerada como una norma que ha coartado y se ha inmiscuido de forma desproporcionada en la libertad contractual de los empresarios, sin embargo considero que existen muchos aspectos que sin duda alguna son dignos de destacar e inclusive que servirán de punto de partida para una regulación o reformas a posterior dentro del sistema normativo ecuatoriano.

Como primer punto a destacar, a diferencia de la mayoría de cuerpos normativos en los que se regulan las cláusulas abusivas, en esta ley en su artículo 1 hace referencia a las partes contractuales de una manera muy genérica, denominándolas como “proponentes o destinatarios”, lo que vendría a ser un símil de los términos “predisponente y adherente” que se han aplicado a lo largo de esta tesis, lo que de entrada nos brinda la certeza de que no nos hallamos frente a un cuerpo normativo a cargo de velar únicamente por la protección a consumidores finales.

Con estos antecedentes entramos a analizar su Sección II intitulada “Las relaciones entre los empresarios o entidades similares”, misma que se constituye en un avance notable en la regulación de este tipo de relaciones contractuales a nivel mundial pues esta ley no únicamente ha fijado un control de contenido para los contratos de adhesión entre empresarios, mediante el principio de transparencia y deber de información, sino que ha ido mucho más allá al fijar en sus artículos 18 y 19 un control de incorporación determinado específicamente para la relación entre empresarios a través de listados de cláusulas absoluta y relativamente prohibidas, aspecto que ha sido vastamente criticado por aquellos doctrinarios afines al libre tránsito de la negociación y repartición de riesgos en instrumentos contractuales interempresariales.

El artículo 18 como se lo mencionó contempla un listado de 11 cláusulas consideradas absolutamente prohibidas que por sus características parecería ser que guardan una similitud bastante grande con la nulidad de pleno derecho contemplada en nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, con la finalidad de efectuar un análisis más a fondo se cita aquellas de más connotación a continuación:

Artículo 18: Cláusulas absolutamente prohibidas:

Están prohibidas a saber, las cláusulas contractuales tipo, que:

a) Excluyan o limiten, directa o indirectamente, la responsabilidad por los daños causados a la vida, la integridad física, moral o la salud;

- b) Excluyan o limiten, de manera directa o indirecta, la responsabilidad por daños patrimoniales extracontractuales, causados en la esfera de la contraparte o de terceros;
- c) Excluyan o limiten, de modo directo o indirecto, la responsabilidad por no cumplimiento definitivo, mora o cumplimiento defectuoso, en caso de dolo o de culpa grave;
- d) Excluyan o limiten, de manera directa o indirecta, la responsabilidad por actos de representantes o auxiliares, en caso de dolo o de culpa grave;
- e) Confieran, de modo directo o indirecto, a quienes las predisponen, la facultad exclusiva de interpretar cualquier cláusula del contrato;
- f) Excluyan la excepción de incumplimiento del contrato o la resolución por incumplimiento;
- l) Consagren, a favor de quien las predisponga, la posibilidad de cesión de la posición contractual, de transmisión de deudas o de subcontratación, sin el acuerdo de la contraparte, a menos que la identidad del tercero figure en el contrato inicial.¹²⁴

La regulación de la inclusión de cláusulas abusivas mediante listas negras y grises es un método aplicado casi de forma unánime por la mayoría de cuerpos normativos de protección al consumidor a nivel mundial, sin que Ecuador sea la excepción, pero contrario a lo que la doctrina recomienda, la ley portuguesa ha emulado esta forma de regulación extendiéndola a la relación contractual entre empresas y sin embargo de lo arriesgado de que la norma se inmiscuya de forma tan singularizada en este tipo de instrumentos contractuales, considero que la ley portuguesa lo ha llevado a cabo de forma bastante bien lograda, pues como se desprende del listado arriba citado se evidencia que una de sus peculiaridades es lo amplio de las conductas, mismas que son aplicables independientemente de las características y usos propios de cualquier tipo de contrato, es decir, si el predisponente incluye alguna de estas cláusulas es evidente que está incurriendo en conductas de carácter abusivo que buscan lograr ventajas a costa de la necesidad o ignorancia del adherente, tal y como sucede en los casos con consumidores finales.

Posteriormente a esto se contempla un listado de cláusulas relativamente prohibidas, mismas que por su subjetividad se encuentran sometidas a declaración judicial previo a ser consideradas nulas, el por qué se menciona que son de carácter subjetivo es debido a que contemplan conductas como el establecimiento de plazos excesivos, la fijación de cláusulas penales desproporcionadas, entre otros aspectos que por su indeterminación no podrían ser consideradas nulas *ipso iure*, sin embargo son un claro lineamiento a la hora de declarar la existencia de abusos entre empresas.

¹²⁴ Portugal, Ley 7/1998, Condiciones Generales de Contratación, Preámbulo. Art. 18.

La Ley de Cláusulas Generales de Contratación portuguesa se ha constituido en la muestra de que la regulación de los términos abusivos entre empresas no únicamente debe estar limitada a un mero control de incorporación y a una cláusula general de buena fe, pues es perfectamente posible ir más allá y brindar una protección mucho más integral y detallada incluso mediante la inclusión de listados de cláusulas prohibidas similares a las aplicadas a la relación con consumidores finales, evidentemente procurando que estos listados de cláusulas o conductas prohibidas no lleguen a constituirse en una camisa de fuerza para las partes contratantes quienes al manejarse en ámbitos mucho más complejos y variables que los consumidores finales necesitan de un campo de libertad mucho más holgado.

Autores como Pagador López han sido enfáticos en expresar que “O se cambia la Ley o los jueces tendrán que acudir a la analogía. Yo creo que hay un problema, hay una verdadera laguna, un problema para el que no hay solución jurídica”.¹²⁵

Como sabemos la causa principal para rechazar la idea de incluir un control de contenido a los contratos entre empresarios es la reducida libertad de configuración de la cual las partes podrían gozar y colateralmente también se podría generar una cierta inseguridad jurídica, pero justamente para evitar incurrir en supuestos que preocupan con justa razón a varios doctrinarios, es que se hace necesario delimitar este control de contenido únicamente para los casos de contratos de adhesión, para que conjuntamente con el principio general de buena fe que actualmente se encuentra establecido en el Código Civil ecuatoriano se pueda fijar una protección integral, evidentemente no idéntica a la existente en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor pero si con el mismo espíritu.

2.5. Aspectos a contemplar para una adecuada regulación de las cláusulas abusivas en contratos de adhesión entre empresas del sector privado

De lo dicho, la regulación protectora que requiere la contratación entre empresas del sector privado no se halla claramente desarrollada ni en las normas de defensa del consumidor ni en las de competencia, dado que estas únicamente se constituyen en un complemento, por lo que para determinar cuáles son las herramientas para una adecuada protección integral se deberá identificar las peculiaridades que los contratos *business to*

¹²⁵ Javier Pagador López, *Las cláusulas suelo en la contratación entre empresarios y profesionales*, (Madrid: Revista de Derecho Mercantil, 2016),410.

business presentan, en aras de fijar los parámetros a contemplar en una posible regulación, conforme se lo analizará a continuación:

2.5.1. Peculiaridades de la contratación entre empresas del sector privado

- ✓ **Contratante y Contratista en calidad de adherentes:** Esta es una arista que nos presenta la relación contractual entre empresas privadas que ciertamente difiere del panorama habitual de la relación con consumidores finales, en donde el adquirente siempre será la parte débil de la relación contractual, a diferencia de las relaciones interempresariales en donde el adquirente puede ostentar una posición dominante de mercado o contractual tal, que le permite imponer sus condiciones a su antojo en desmedro del contratista.

Este fenómeno en donde el demandante del bien o servicio pasa de ser el débil de la relación a ser el predisponente abusivo, es fácilmente evidenciable en aquellos contratos de servicios en los que existe poca demanda y una amplia oferta, en virtud de lo cual los oferentes o contratistas deberán disputarse la reducida cantidad de demanda que tienen, cuestión que pone en una situación de ventaja al contratante quien aprovechando esta situación de mercado puede llegar a fijar condiciones abusivas recargando la balanza a su favor.

- ✓ **Cuerpo normativo a regular la relación contractual entre empresas privadas:**

Como se ha concluido a lo largo de esta investigación tanto la LODC como la LORCPM, son herramientas insuficientes que ofrece el ordenamiento jurídico ecuatoriano para regular la inclusión de cláusulas abusivas entre empresas.

Ante esta realidad, considero que hace falta una regulación de alcance más amplio sobre condiciones generales de contratación, incorporada en el Código Civil, al cual habrá que reforzar en determinados aspectos para que a la luz del principio de buena fe brinden claridad en la regulación de este tema.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina es una muestra de cómo es perfectamente posible reforzar los medios de protección para evitar las prácticas abusivas en los contratos de adhesión, sin necesariamente atarlo únicamente a la protección del consumidor. En este sentido rescato dentro de su sección segunda un

apartado denominado “Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas”, en donde desde la propia definición de contratos de adhesión denota que no es una norma dirigida únicamente en favor de los consumidores finales.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina cuenta con varios filtros de protección, ya que primeramente contempla una cláusula general de buena fe bajo la cual deberán celebrarse, interpretarse y ejecutarse todo tipo de contratos. A diferencia de nuestro Código Civil, el legislador argentino ha tenido la precaución de dejar planteados tres consideraciones bajo las cuales se puede determinar que una cláusula es abusiva, lo que ciertamente es un complemento de mucha ayuda al principio de buena fe, determinado en su artículo 988 lo siguiente:

Cláusulas abusivas:

En los contratos previstos en esta sección, se debe tener por no escritas:

- a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente;
- b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias.
- c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.¹²⁶

A nivel local habrá que reforzar el principio de buena fe, que si bien es cierto es una figura de suma importancia, parecería ser que por su indeterminación ha venido a constituirse en una mera enunciación sin parámetros claros de cumplimiento, por lo que es sugerible que tomando en cuenta lo ya desarrollado a nivel de normativa en otros países se contemple en el Código Civil un apartado destinado a regular a los contratos de adhesión sin encasillar a la figura de adherente únicamente al consumidor final, en donde se fijen claras directrices para identificar a este tipo de conductas, con la finalidad de cierto modo homologar los fallos judiciales en lo que respecta a condiciones abusivas incluidas en contratos de adhesión.

✓ **La empresa como parte débil de la relación contractual:**

Como ya se ha mencionado en múltiples oportunidades no es adecuado se generalicen los roles que las partes ostentan en una relación contractual, dado que no necesariamente todo consumidor final se encuentra en una situación de inferioridad con respecto al proveedor de un bien o servicio, por ejemplo, un médico que adquiere

¹²⁶ Argentina, *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*, Art. 988.

medicinas para sí, posiblemente tendrá conocimientos mucho más técnicos y especializados que el farmacéutico, sin embargo al ser el consumidor final del bien se encuentra protegido por la LODC, de la misma manera hay que desterrar la concepción de que las empresas no pueden hallarse en situación de vulnerabilidad ante un predisponente por el hecho de contratar en el ámbito de su giro de negocio.

Las razones por las cuales un consumidor final es vulnerable en una relación contractual ciertamente varían con respecto a las de una empresa, pero no por este motivo uno merecerá mayor protección que otro. Conocido es que el consumidor final en la mayoría de escenarios debe su inferioridad a la falta de conocimiento e información adecuada sobre el bien o servicio que está por adquirir, sin embargo en los casos de empresas, la vulnerabilidad que tienen con respecto a la parte fuerte de la relación contractual se debe mucho más a una situación de dependencia o necesidad de adquirir el bien o servicio, conjuntamente con factores como una situación de mercado favorable o una posición dominante en la negociación por parte del predisponente.

El reconocer a las empresas como sujetos de protección ante abusos por inclusión de cláusulas abusivas nos da la posta para empezar a crear mecanismos inclusivos para una adecuada regulación de estos casos.

✓ **Una regulación específica a los contratos de adhesión entre empresas del sector privado**

Como inicialmente se planteó la práctica abusiva de incluir cláusulas y términos vejatorios en contratos no tiene su ámbito únicamente definido a los contratos de adhesión, pues en contratos libremente negociados es perfectamente posible que este tipo de cláusulas sean incluidas ya sea por falta de diligencia de la parte que las acepta o simplemente porque así se acordó la repartición de riesgos en función del contrato que se celebra, y es justamente esta última razón la que hace inadecuada una injerencia desmedida del legislador en contratos negociados.

El Estado únicamente deberá intervenir ante prácticas evidentes de abuso, fruto de una situación de superioridad y desequilibrio contractual con respecto a su contraparte, cuestión que será de muy difícil comprobación en el caso de contratos libremente negociados ya que se entiende que si ninguna de las partes fue coaccionada a la aceptación de algún término o cláusula que podría afectar sus intereses, nos hallamos

ante la expresión de la autonomía de la voluntad de las partes, en donde sería totalmente contraproducente la intervención desmedida de normas en este tipo de casos.

Muy por el contrario en los casos de los contratos de adhesión, partiendo del hecho que el predisponente fija las cláusulas de antemano, nos da la pauta de que ciertamente la autonomía de la voluntad del adherente es inexistente, producto de diferentes motivos, tales como la necesidad de adquirir el bien o servicio o la carencia de una alternativa equivalente, en cuyo caso sí es necesario la intervención del legislador en aras de equilibrar la situación de inferioridad en la cual se halla el adherente, dejando muy en claro que con esto bajo ningún concepto se busca estigmatizar a los contratos de adhesión, pero sí dejar sentado que dadas sus características requiere de una regulación más pormenorizada que la de un contrato libremente negociado.

Bajo estas circunstancias lo recomendable sería que únicamente entre en juego una regulación que contemple un control de contenido e inclusión en los casos de contratos de adhesión pues extenderla a los casos de contratos negociados sería una intervención desmedida del legislador en situaciones en donde la libertad contractual y la autonomía de la voluntad deben primar.

2.5.2. Elementos a contemplar para una adecuada regulación de la inclusión de cláusulas abusivas entre empresas del sector privado

✓ Cláusula general de buena fe:

De lo analizado se determina que quizá el principio de buena fe contemplado en el artículo 1562 del Código Civil ecuatoriano es la herramienta más valiosa para la protección de empresarios adherentes; sin embargo como se desarrolló a lo largo de esta tesis, este es un principio bastante general e indeterminado que requiere de ciertas directrices para su correcta aplicación.

Sin lugar a dudas el principio de buena fe es la base en cualquier cuerpo normativo para una adecuada regulación de este tipo de abusos, pero es recomendable fijar criterios bajo los cuales se pueda establecer los casos en los que determinadas cláusulas pueden llegar a transgredir este principio, por lo que se recomienda fijar los siguientes lineamientos bajo los cuales se considerará como abusiva a una cláusula: a)

aquellas que con su inclusión hayan generado un desequilibrio notorio en los derechos y obligaciones de las partes.; b) aquellas que sean contrarias al derecho dispositivo vigente; c) las cláusulas que no guarden concordancia con la legítima expectativa de las partes¹²⁷; d) cuando el predisponente haya fijado términos que no habrían sido aceptados por el adherente de no mediar una situación de dependencia o necesidad del bien o servicio.

Con estos parámetros bajo ningún concepto se busca fijar un listado de cláusulas negras o grises de cláusulas abusivas, pero sí se persigue brindar parámetros que permitan facilitar a los jueces identificar términos abusivos y sobre todo fijar un control de incorporación a ser observado por los predisponentes previo a la inclusión de algún tipo de cláusulas que puedan buscar perjudicar a los adherentes.

✓ **Control de incorporación:**

El control de incorporación como mecanismo de protección para los consumidores finales es un método que lo podremos hallar en la mayoría de cuerpos normativos europeos, un claro ejemplo de esto es la Ley de Condiciones Generales de Contratación española en cuyo artículo 7 determina dos claros parámetros bajo los cuales determinadas condiciones generales serán consideradas como no incluidas dentro de un contrato, siendo estas las siguientes:

- a) Las que el adherente, no haya tenido la oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.
- b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline a su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

Como podemos percatarnos los criterios fijados por la Ley de Condiciones Generales de Contratación española tienen íntima relación con el respeto al principio de buena fe, sin embargo como ya se lo mencionó anteriormente la Ley de Condiciones Generales de Contratación española brinda protección exclusiva a los consumidores,

¹²⁷ Cristián Boetsch, *La buena fe contractual*, (Santiago de Chile: Ediciones UC, 2015), 122, Establece que al respeto a la legítima expectativa es comprendido como aquel compromiso en poner todos los recursos propios al servicio del interés de la otra parte en la medida exigida por el tipo de relación obligatoria de que se trate; compromiso en satisfacer íntegramente el interés de la parte acreedora de la prestación.

razón por la cual este control de contenido no será de aplicación para los casos de relaciones contractuales interempresariales.

Pero más allá de esta restricción vale la pena traer a colación este control de incorporación dado que se lo puede considerar como el primer filtro para la determinación de si una cláusula tiene tintes abusivos o no, es así como Marta Pérez Escolar determina que es necesario que se reúnan determinados requisitos principalmente vinculados con la redacción para superar el control de incorporación y menciona que estos requisitos son “[...] ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”¹²⁸

✓ **Control de Contenido:**

La normativa internacional ha sido bastante reacia a incluir un control de contenido para contratos celebrados entre empresas, fundamentalmente debido a los posibles resultados contraproducentes que podría tener una regulación tan específica sobre este tipo de contratos, y sobre todo una restricción tan notoria a la autonomía de la voluntad y a la libertad de configuración.

Sin embargo, es importante destacar que si bien es cierto se debe velar por un adecuado desarrollo de la libertad contractual y la autonomía de la voluntad en las relaciones interempresariales, no es menos cierto que una forma de hacerlo también es velando por su correcto desempeño, es decir, procurando que el ejercicio de estos derechos no se transformen en abuso de derecho. Para este fin, será necesario fijar parámetros como los ya mencionados respecto a la cláusula general de buena fe y un control de incorporación basado en aspectos tales como la cognoscibilidad y transparencia de las cláusulas. Pero más allá de estos controles previos, si algo ha demostrado la Ley de Cláusulas Generales de Contratación portuguesa es que un control de contenido mediante cláusulas negras y grises para la contratación entre empresas es perfectamente posible sin que se afecte a la libertad contractual o a la autonomía de la voluntad, no obstante a que no considero que este sea el mecanismo legal más idóneo para regular este tipo de cuestiones.

Como todo cuerpo normativo, la Ley de Cláusulas Generales de Contratación portuguesa es perfectible en varios aspectos y en lo personal considero que aplicar la

¹²⁸ Marta Pérez Escolar, *Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas*, (España: Universidad de Valladolid, 2015), 429.

nulidad de pleno derecho a cláusulas contempladas entre empresas es bastante arriesgado pues necesariamente deberán ser valoradas judicialmente previo a ser declaradas como nulas o no incorporadas, por lo que si bien es cierto se puede contemplar un listado de cláusulas consideradas como abusivas, estas únicamente se podrían constituir en un parámetro para los jueces al momento de fallar, y adicionalmente también para predisponentes quienes previo a incluir cláusulas deberán evitar que estas incurran en lo considerados como abusivo.

Conclusiones

Los contratos de adhesión se han constituido en la herramienta perfecta para una adecuada comercialización masificada de bienes, en parte por los beneficios que brinda para el surgimiento de economías de escala. Este tipo de instrumentos contractuales no son de aplicación exclusiva en la relación con consumidores finales, pues su uso es también habitual en la relación *business to business*, lo que ha generado que sus consecuencias jurídicas se conviertan en un tema de mucho interés a nivel doctrinal y jurisprudencial.

Las causas y circunstancias principales bajo las cuales se generan abusos en las relaciones contractuales entre empresarios son en su mayoría la existencia de desequilibrio contractual; la falta de negociación y el abuso de posiciones dominantes ya sea a nivel de mercado o contractual.

En su mayoría a nivel de derecho comparado se ha mantenido una tendencia desreguladora sobre la problemática jurídica de las cláusulas abusivas en contratos de adhesión entre empresas privadas. Esta abstención ha obedecido a la protección de derechos tales como la autonomía de la voluntad y la libertad de configuración en los contratos, bajo la concepción de que una regulación tan específica en las relaciones contractuales entre empresas puede ser contraproducente por una intromisión normativa desmedida.

Normativa internacional como la Ley de Cláusulas Generales de Contratación de Portugal, el Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch BGB*) o el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina han demostrado fehacientemente que el reconocimiento de las empresas como sujetos de protección ante abusos por inclusión de cláusulas abusivas ha permitido empezar a crear mecanismos inclusivos para una adecuada regulación de estos casos, los mismos que no necesariamente son idénticos a la normativa contemplada para la defensa del consumidor.

Es concluyente que el principio de buena fe contractual constante en el artículo 1562 del Código Civil ecuatoriano, se constituye en una herramienta jurídica fundamental de la que gozan las empresas adherentes para el compromiso, desarrollo adecuado y cumplimiento de cualquier tipo de obligación, sin lugar a dudas pese a su amplitud e indeterminación, es un mecanismo que reúne las características adecuadas

para buscar el equilibrio contractual en el sinnúmero de aristas que se pueden presentar en un contrato de adhesión entre empresas privadas.

La doctrina ha sido enfática en expresar que la amplitud que el principio de buena fe brinda a los administradores de justicia para su interpretación y valoración en los casos de cláusulas abusivas, bajo ningún concepto puede ser asimilado a una aplicación discrecional y arbitraria del mismo, debiendo los jueces siempre tomar en cuenta las particularidades presentadas en cada caso en concreto, buscando el adecuado equilibrio cualitativo y la razonable repartición de riesgos.

Por lo que la observancia del principio de buena fe en la celebración de todo tipo de contratos, en especial en los de adhesión, se convierte en el mecanismo más idóneo y eficaz al momento de sancionar y prevenir este tipo de prácticas abusivas, no obstante al ser un principio de naturaleza indeterminada requiere de ciertas directrices que se constituyan en un adecuado complemento para su correcta aplicación y sobre todo con la finalidad de unificar criterios y sentar precedentes jurisprudenciales para ciertas conductas o términos cuya inclusión en contratos de adhesión pueden ser consideradas como abusivas.

Por otro lado el derecho de competencia ha sido una rama de obligatorio análisis en la problemática de la inclusión de cláusulas abusivas entre empresas, dado que una de sus finalidades principales es la prevención y sanción de conductas abusivas por parte de determinados operadores económicos.

Sin embargo, su ámbito de regulación se enmarca en aquellas conductas que afectan el adecuado desarrollo del mercado entre competidores, lo cual va más allá de una mera relación interpartes; y en aquellos casos en los que sanciona conductas que no requieren de una afectación sustancial al mercado como es el abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, la norma presenta evidentes trabas al requerir que se cumplan con parámetros técnicos de mercado para entrar a regular estos aspectos.

Aunque bajo determinadas circunstancias las empresas adherentes se pueden ver beneficiadas colateralmente por la LORCPM, de ninguna forma se puede concluir que se constituye en una salida jurídica adecuada e idónea para estos casos.

En lo que respecta a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor ecuatoriana, esta es categórica en determinar que son sujetos de protección únicamente aquellos destinatarios finales de bienes y servicios con independencia de su calidad de persona natural o jurídica. Sin embargo tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial se presenta

dificultad para dilucidar con claridad los casos en los que las empresas realizan transacciones comerciales en calidad de consumidores finales, cuestión que podría presentar una cierta inseguridad jurídica para determinados operadores económicos, quienes no tienen certeza de que se encuentran amparados por la protección de esta norma.

Adicionalmente se debe recalcar en que la doctrina en su mayoría ha sido reticente a extender la protección brindada a los consumidores finales en favor de las empresas que no tienen esta calidad, dado que se considera que este tipo de adherentes deben tener un mayor grado de diligencia al momento de suscribir un contrato de este tipo, al hacerlo con pleno conocimiento de su actividad comercial y los riesgos que esto implica.

Proyectos como el del Código de Comercio que podría aprobarse en los próximos meses por parte de la Asamblea Nacional de Ecuador, demuestran que el legislador ha denotado la necesidad de brindar herramientas y vías legales de protección a los contratantes en búsqueda del tan anhelado equilibrio contractual, esto a través de figuras tales como la de la prestación irrisoria que fue analizada en este trabajo, cuyo alcance brindaría protección a la parte débil con independencia de su calidad de consumidor final, así como la potestad a los administradores de justicia para ajustar los términos contractuales considerados como abusivos o inequivalentes, constituyéndose así en un adecuado complemento al principio de buena fe.

Recomendaciones

La inclusión de cláusulas abusivas en contratos de adhesión es una práctica que bajo ningún concepto puede únicamente delimitarse a la relación con consumidores finales, es por este motivo que se vuelve imperante que estas prácticas no sean reguladas de forma exclusiva en normas de defensa del consumidor, pues la aplicación de estos instrumentos ha trascendido este ámbito, llegando a ser aplicados de forma muy frecuente en la contratación *business to business*, situación para la cual no existen parámetros claramente establecidos a nivel nacional y cuyo desarrollo doctrinario es bastante limitado.

Sin embargo de la evidente necesidad de que nuestro ordenamiento jurídico cuente con parámetros claros e inclusivos de protección dirigidos a empresas adherentes, es oportuno indicar que la regulación en este tipo de relaciones contractuales no puede ser invasiva ni desmedida, en virtud de derechos tales como la libertad de mercado, la autonomía de la voluntad, la libertad de configuración, entre otros aspectos, para lo cual se deberán regular únicamente los contratos de adhesión, debido a su naturaleza carente de negociación y su déficit de la autonomía de la voluntad, siempre buscando restablecer exclusivamente el equilibrio cualitativo del mismo, siendo el aspecto cuantitativo una arista no susceptible de regulación.

En aras de normar estas conductas en las relaciones contractuales inter empresariales es recomendable incluir en el Código Civil ecuatoriano un apartado destinado a regular los contratos de adhesión, esto con independencia de la calidad del adherente, para lo cual se deberían tomar en cuenta los siguientes elementos: 1) El reforzamiento de una cláusula general de buena fe mediante parámetros claros para su aplicación; 2) Fijar un control de incorporación de cláusulas como un primer “filtro” en contra de términos abusivos; 3) La fijación de un control de contenido mediante el establecimiento de un listado de cláusulas grises, cuya nulidad deberá ser declarada previo conocimiento de un juez.

Con la finalidad de dar parámetros claros de aplicación del principio de buena fe en los contratos, es recomendable se establezcan las siguientes directrices bajo las cuales determinadas cláusulas pueden ser consideradas como abusivas: a) aquellas que con su inclusión hayan generado un desequilibrio notorio en los derechos y obligaciones

de las partes.; b) aquellas que sean contrarias al derecho vigente; c) las cláusulas que no guarden concordancia con la legítima expectativa de las partes; d) cuando el predisponente haya fijado términos que no habrían sido aceptados por el adherente de no mediar una situación de dependencia o necesidad del bien o servicio. Estas directrices de aplicación del principio de buena fe buscarán armonizar los fallos e ir creando jurisprudencia al respecto.

Por otro lado, el control de incorporación que se recomienda incluir en el Código Civil ecuatoriano, deberá determinar que toda cláusula constante en un contrato de adhesión deberá reunir criterios de transparencia, claridad y concreción, con la finalidad de que los predisponentes cumplan con estas características en los términos fijados en este tipo de instrumentos.

La recomendación de que nuestro Código Civil contemple un listado de cláusulas grises como mecanismo de protección para adherentes, bajo ningún concepto supondrá un intento por cubrir todas las posibilidades de abuso y mucho menos crear una “camisa de fuerzas” para los predisponentes, pero sí se debe buscar fijar parámetros claros para los jueces al momento de fallar sobre posibles conductas abusivas.

No se puede pasar por alto que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor bajo determinadas circunstancias puede ser una herramienta útil para empresas que adquieren bienes en calidad de usuarios finales, pero con la finalidad de no dar paso a subjetividades se recomienda que ante casos de duda en cuanto a la calidad de consumidor o no de una empresa adherente, se deberá llevar a cabo un examen previo, en el cual habrá que ponderar cuán necesario es el bien o servicio adquirido para el giro de negocio de la empresa, es decir, si con la ausencia de dicho bien la empresa es incapaz de cumplir con su objetivo comercial, ciertamente quedará develado que no tiene la calidad de consumidor final, pero si por el contrario la falta de acceso a dicho bien no repercute mayormente en el producto final que ofrece la empresa, esta estaría actuando en calidad de consumidor final pues este bien o servicio no tiene injerencia alguna en su actividad comercial.

BIBLIOGRAFÍA

- Aldana, Edwin. *La noción de Consumidor Final: El ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Protección al Consumidor según el nuevo precedente de observancia obligatoria Indercopi*. Lima: Ius et veritas, 2012.
- Alessandri, Arturo. *Curso de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Impren1ta Universal, 1992.
- Alterini, Aníbal. *Contratación Contemporánea*, Bogotá: Editorial Temis, 2001.
- Berardi, German. *Las personas Jurídicas y la ley de defensa del consumidor*. Argentina: Siglo Veintiuno, 2014.
- Betancourt, Julio. *Libertad de contratación, orden público y sus repercusiones en el marco de la arbitrabilidad*. Barcelona: InDret, 2012.
- Boetsch, Cristián. *La buena fe contractual*. España: Ediciones UC, 2015.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1979.
- Calderón, Daniel. *El abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica en el Derecho de Competencia ecuatoriano*. Quito: Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2015.
- Cardona, Guillermo. *Servicios Públicos Domiciliarios*. Medellín: UPB, 2005.
- Cevallos, Victor. *Libre competencia, derecho de consumo y contratos*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2013.
- Cubides, Jorge. *Obligaciones*. Bogotá: Ibáñez, 2012.
- Facco, Javier Humberto. *Reseña histórica comparativa del principio general de buena fe en el subsistema jurídico latinoamericano*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- Font, Juan. *Estudios de Derecho de la Competencia*. Malaga: Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005.
- García, Manuel. *La alter acción sobrevinida de las circunstancias contractuales*. Madrid; Dykinson, 2014.
- Gherzi, Carlos. *Problemática Moderna, Nulidades Contractuales y Cláusulas Abusivas*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1994.
- Gómez, Germán. “De la protección de los consumidores a la protección del empresario débil de las cláusulas abusivas”.

<https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/2933/Germ%C3%A1n%20Andr%C3%A9s%20G%C3%B3mez.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

- Gonzalo, Marta. *Métodos alternos de solución de conflictos*. Madrid: Universidad Autónoma de Nuevo León, 2011.
- Goodchild, Andrew. *Business Contracts for B2B*, Australia: The University of Queensland, 2012.
- Gual, José Manuel. *Las cláusulas abusivas –Evolución hacia una noción–*. Bogotá: Verba Iuris, 2016.
- Hernández, Katuska. “El principio de autonomía de la voluntad contractual civil, sus límites y limitaciones”, <http://www.eumed.net/rev/rejie/06/hfgc.pdf>.
- Jara, María Elena. “El abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica y los problemas de su aplicación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”. *Foro Revista de Derecho*, No. 26, II semestre (2016).
- Llamas, Pombo. *Buena fe y cláusulas abusivas en la contratación*. Buenos Aires: La Ley, 2005.
- Llamas, Pombo. “*La nulidad de las cláusulas suelo*”, España. Universidad de Salamanca (2013).
- Marineros, José Alvaro. *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Tramitación Parlamentaria*. España: Universidad Pública de Navarra, 2002.
- Martínez, Miguel Royo. *Contratos de adhesión*. Sevilla: 1949.
- Molina, Jorge. *Compiación de documentos sobre derecho de la competencia*. Bogotá: Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, 2002.
- Monsalve, Vladimir. *La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta*. Barranquilla: Universidad del Norte, 2008.
- Neme, Martha. *El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- Ordoqui, Gustavo. “*Cláusulas abusivas con un adherente empresario*”. <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idsitio=1&idarticulo=77907>.
- Ospina, Guillermo y Ospina, Eduardo. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Bogotá: Temis, 1994.
- Pagador, Javier. *Las cláusulas suelo en la contratación entre empresarios y profesionales*. España: Revista de Derecho Mercantil, 2016.

- Palacios, Andrés. “La voluntad en los contratos de adhesión”. https://works.bepress.com/andres_palacios_lleras/1/download/.
- Parraguez, Luis. *La responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas preliminares*. Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2015.
- Pérez, Marta. *Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas*, España: Universidad de Valladolid, 2015.
- Peña, Nossa. *Contratos mercantiles nacionales e internacionales*. Colombia: Ecoe Ediciones, 2014.
- Percy, Milton, “Los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación”. <http://luciolatrajtmán.wikispaces.com/file/view/clausulas+generales+contrata.pdf>.
- Pérez, Bernardo. *Contratos Civiles*. México: Porrúa, 2012.
- Rengifo, Mauricio. *Teoría del contrato, libertad y determinismo social*. <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/teoria-del-contrato-libertad-y-determinismo-social-la-posicion-incompatibilista/>.
- Rivera, Julio Cesar. “Contratos por adhesión. Revista de Derecho Privado”, No. 1, II semestre. 1999.
- Romero, Jorge Enrique. *Derechos del consumidor*. Costa Rica: Universidad de Costa Rica, 2005.
- Soto, Carlos Alberto. *La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato*. Bogotá: Editorial Vniversitas, 2003.
- Sosa, Henry Olán. *El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico europeo y español*. México: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2015.
- Stiglitz, Gabriel. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1994.
- Stiglitz, Joseph. *La información y el cambio en el paradigma de la ciencia económica*. España: Universidad de Columbia, 2002.
- Stiglitz, Rubén. “El desequilibrio contractual. Una visión comparatista”. revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/.../11463/9996.
- Tamayo, Javier. *La obligación de lealtad durante el periodo precontractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Ureba, Alberto Alonso. *Los contratos de distribución*. Madrid: Nueva Imprenta, 2010.
- Valdez Agapito y otros. *Apuntes de derecho de competencia*. Quito: Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2015.

- Valmaña, Antonio. “*Rebus sin stantibus: cuando cabe (y cuándo no) revisar las obligaciones asumidas*”. <http://www.diariojuridico.com/rebus-sic-stantibus-cuando-cabe-y-cuando-no-revisar-las-obligaciones-asumidas/>.
- Viera, Jorge. *La reforma de los contratos de distribución comercial*. España: La Ley. 2002.
- Villegas, Carlos Gilberto. *Contratos Mercantiles y Bancarios*. Buenos Aires: Estudio Villegas, 2005.
- Videla, Federico. *El consentimiento y sus términos*. Buenos Aires: Victor P, 1971.
- Yáñez, Ricardo de Ángel. *Realidades y tendencias del Derecho en el Siglo XXI*. Bogotá: Editoria Temis, 2010.

Fuentes normativas

Normativa ecuatoriana vigente

- Ecuador. *Código Civil ecuatoriano*. Registro Oficial Suplemento No. 46, 24 de junio de 2005.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registros Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.
- Ecuador. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.

Normativa Internacional

- Argentina, *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*.
- Alemania, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).
- España, *Ley 7/1998*, Condiciones Generales de Contratación.
- Italia, *Codice Civile*.
- Portugal, *Ley 7/1998*, Condiciones Generales de Contratación, Preámbulo. Art. 18.

Normativa Supranacional

- Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.
- Unión Europea, Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Fuentes jurisprudenciales

Ecuador Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. “Recurso de Casación”. Gaceta Judicial de mayo de 2003.

Ecuador Corte Constitucional. Resolución de la Corte Constitucional No. 152. 23 de septiembre de 2015.

Ecuador Corte Nacional de Justicia. Juicio por Daños y Perjuicios. Gaceta Judicial de 21 de septiembre de 2012. Comisión de Protección del Consumidor. Resolución No. 101-96-TDC. 18 de diciembre de 1997.

Inglaterra House of Lords. Photo Production Ltd. v Securicor Transport Ltd.

Ecuador Juzgado Segundo de lo Civil de Pichincha. Juicio Ordinario por Daños y Perjuicios. Gaceta Judicial.

Ecuador Juzgado Segundo de lo Civil. Imprevisión en contratos de tracto sucesivo. Gaceta Judicial, 13 de 11 de noviembre de 1981.

Ecuador Quinta Sala de lo Civil de Cuenca. Juicio Ordinario por nulidad de documentos

Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de Casación. Gaceta Judicial de mayo de 2003.

Ecuador Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Procedimiento sobre infracción a las normas de protección al consumidor. Expediente No.535-2011.

Ecuador Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia. España. No. 367/2016 de 03 de junio de 2014. No. de Resolución 2121/2014.

Ecuador, *Proyecto de Código de Comercio*, Asamblea Nacional, 11 de octubre de 2018.

Judgment of the Court. “ 03 de septiembre de 2015”, Horatiu Ovidiu Costea vs SC Volksbank Romania S.A.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. “Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978”, Caso United Brands vs Comisión de Comunidades Europeas.

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

Instituto Nacional de Propiedad Industrial de Chile, “Ejemplos de cláusulas que suelen ser incluidas en un acuerdo de confidencialidad.

DIARIOS

ABCandalucía.es, Davinia Delgado, Una fallo dice que una empresa no puede alegar cláusulas abusivas, ABCandalucía.es, 2014.