



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA TIPIFICACIÓN
DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN EN EL
CÓDIGO DE COMERCIO ECUATORIANO**

Autor:

Esteban Andrés Jerves Burbano

Director:

Abg. Santiago Vega Malo

Cuenca – Ecuador

2022

DEDICATORIA

El presente trabajo se lo dedico a mis padres Andrés y Martha quienes ha sido un pilar fundamental en la obtención de este logro.

AGRADECIMIENTO

A mi familia quienes siempre me han ayudado en todo momento para poder culminar esta etapa.

Agradezco también a los amigos que encontré en este período y que siempre me han inspirado para ser mejor.

RESUMEN:

El presente trabajo busca analizar las consecuencias jurídicas de la tipificación del contrato de distribución en el Código de Comercio Ecuatoriano, para este efecto, en el primer capítulo se analizó, el concepto de contrato como sus elementos esenciales y las diferencias entre los contratos civiles y mercantiles. En el segundo capítulo se profundiza el estudio de la clasificación de contratos típicos y atípicos, repasando el principio de la autonomía de la voluntad, como los elementos y características principales, para lo cual se recurrió fundamentalmente a la doctrina. Finalmente, en el tercer capítulo se estudian los artículos concernientes a los canales de distribución y al contrato de distribución, se expusieron sus elementos esenciales como accidentales y se realizó una comparativa entre un contrato de distribución regulado de manera atípica y típica, y una comparativa con otras figuras afines.

Palabras clave: autonomía de la voluntad – contrato atípico – canales de distribución – contrato de distribución – tipificación.

ABSTRACT:

This research seeks to analyze the legal consequences that the classification of the distribution contract in the Ecuadorian Commercial Code can bring. For this purpose, the first chapter analyzed the concept of contract, its essential elements and the differences between civil and commercial contracts. The second chapter delved into the study of the classification of typical and atypical contracts, reviewing the principle of will's autonomy, as well as the main elements and characteristics, for which doctrine was fundamentally used. Finally, in the third chapter, the articles concerning distribution channels and the distribution contract were analyzed. Their essential and accidental elements were exposed, and a comparison was made between a distribution contract regulated in an atypical and typical way, as well as differentiation with other related contracts.

Keywords: will's autonomy - atypical contract - distribution channels - distribution contract - typification.



Language Unit

Translated by



Esteban Jerves

ÍNDICE

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO	III
RESUMEN:	IV
ABSTRACT:	IV
ÍNDICE	V
Introducción	1
CAPÍTULO 1	2
1. GENERALIDADES DEL CONTRATO	2
1.1 Concepto de Contrato.	2
1.2 Elementos esenciales del contrato.	5
1.2.1 La capacidad:.....	6
1.2.1.1. De la incapacidad.....	7
1.2.2. El consentimiento	8
1.2.2.1. Vicios del Consentimiento.....	9
1.2.2.2. El Error.....	10
1.2.2.3. La Fuerza.....	11
1.2.2.4. El Dolo.	13
1.2.3. El Objeto Lícito.	14
1.2.4. La Causa Lícita.....	15
1.3 El Contrato Mercantil.	16
1.3.1. La actividad mercantil y los actos de comercio.	18
1.3.1.1. Criterio Subjetivo.....	19
1.3.1.2. Criterio Objetivo.	19
1.3.1.3. Criterio Mixto	20
1.3.1.4. Doctrina de los actos en masa.....	21
1.3.1.5. Doctrina del derecho de la empresa.	22
1.3.1.6. Actos de Comercio.....	22
1.3.2. Distinción entre Contrato Civiles y Contratos Mercantiles.....	27
1.3.2.1.El perfeccionamiento.	27
1.3.2.2. Oferta.....	27
1.3.2.3. Aceptación.....	28
1.3.2.4. Costumbre.	29
1.3.2.5. Capacidad.	29
1.3.2.6. Formas.....	29
1.3.2.7 Representación.....	30
1.3.3. Clasificación de los Contratos Mercantiles.	31
1.3.3.1.Unilaterales y bilaterales.	31

1.3.3.2. Onerosos y gratuitos.....	32
1.3.3.3. Conmutativos y aleatorios.	32
1.3.3.4. Consensuales y solemnes.	32
1.3.3.5. Principales y accesorios.....	33
1.3.3.6. Instantáneos y de tracto sucesivo.	33
1.3.3.7. De libre negociación y de adhesión.	33
1.3.3.8. Intuito personae e indifferens personae.....	34
1.3.3.9. Típicos y Atípicos	34
2. LOS CONTRATOS TIPICOS Y LOS CONTRATOS ATIPICOS.....	36
2.1 La autonomía de la voluntad como fundamento de los contratos típicos y atípicos.	36
2.1.1. Concepto.	39
2.1.2. Limitaciones de la autonomía de la voluntad.	42
2.1.2.1. La ley.....	42
2.1.2.2. Buenas Costumbres	43
2.1.2.3. Orden Público	44
2.2 Contratos típicos y atípicos, concepto, elementos y principales características.....	46
2.2.1. Tipicidad Contractual.....	47
2.2.2. El Tipo	47
2.2.3. La Tipicidad.	48
2.2.4. Concepto.	49
2.2.5. Clasificación.....	50
2.2.5.1. Contratos atípicos puros	51
2.2.5.2. Contratos mixtos o complejos	51
2.2.6. Elementos del Tipo Contractual.	52
2.2.6.1. Elemento objetivo	52
2.2.6.2. Elemento Subjetivo	53
2.2.6.3. Elemento Causal	54
2.3 Reglas y teorías aplicables para la interpretación de los contratos típicos y atípicos.....	55
2.3.1. Sistema Subjetivo.	55
2.3.2. Sistema Objetivo.....	56
2.3.3. Reglas de Interpretación de los Contratos.	58
2.3.3.1. Lo pactado entre las partes.	58
2.3.3.2. Reglas Especiales.....	59
2.3.3.4. Usos y Costumbres.....	60
2.3.3.5. Normas Generales de los Contratos y Obligaciones.	60
2.3.3.6. Teorías de aplicación de normas de contratos afines.	62
3. EL CONTRATO DE “DISTRIBUCIÓN O CONCESIÓN MERCANTIL” EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ECUATORIANO.....	65
1.1 El Contrato de Distribución.	65
3.1.1. Concepto.	67

3.1.2. Elementos esenciales del contrato.	69
3.1.3. Obligaciones de las partes.	71
3.1.4. Derechos de las partes.	73
3.1.4.1. Derechos del distribuidor.	73
3.1.4.2. Derechos del principal.	73
3.1.5. Independencia económica y jurídica.	74
3.2 Clausulas aplicables al contrato de distribución.	75
3.2.1. Acuerdos de exclusividad.	76
3.2.2. Número mínimo de ventas.	77
3.2.3. La subdistribución.	77
3.2.4. Derechos de propiedad intelectual.	78
3.2.5. La remuneración.	78
3.3 Formas de extinción del contrato de distribución.	79
3.4 Comparativa entre el contrato de distribución regulado de manera atípica y la regulación actual.	81
3.5 Diferencias entre el contrato de distribución y otras figuras afines.	83
3.5.1 Diferencia con el contrato de agencia.	83
3.5.2. Diferencia con el contrato de suministro.	83
3.5.3. Diferencia con el contrato de franquicia.	84
3.5.4. Diferencia con el contrato de Concesión mercantil.	84
Conclusiones y recomendaciones	87
BIBLIOGRAFIA	89
ANEXOS	92

ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo 1: Contrato de distribución atípico.....	92
Anexo 2: Contrato de distribución típico.....	100

Introducción

En todo el mundo se llevan a cabo un sin número de contratos para facilitar el comercio y la obtención de productos a los consumidores, esta es la razón por la cual existe el Derecho Mercantil, que ha permitido que la ley mercantil evolucione de una manera mucho más rápida, en comparación de la normativa civil, logrando de esta manera tornase útil para los comerciantes al presentar diversas soluciones a sus necesidades, además de señalar las características que deberán cumplir las personas para poder ser comerciantes, o que actos se deben entender como actos de comercio.

Mediante la publicación en el Registro Oficial del Código de Comercio en el año 2019, varios contratos mercantiles que tenían plena validez fueron tipificados, entre los que encontramos el contrato de Distribución o Concesión Mercantil, de acuerdo a como lo establece el propio Código de Comercio Ecuatoriano.

El contrato de distribución tiene su origen en Alemania, en la industria de la cerveza, en el cual se buscaba que un mayorista revenda los productos adquiridos del fabricante, para de esta manera poder llegar a un mayor número de consumidores, ya que las necesidades de la realidad exigen una optimización en los procesos de comercialización, permitiendo a los consumidores finales obtener diferentes productos de una manera más rápida y eficiente.

Es así que en el presente trabajo se realiza un estudio de los elementos básicos del contrato, las características y elementos de los contratos típicos y atípicos para poder finalmente establecer los posibles efectos jurídicos y prácticos que se pueden presentar en la celebración de un contrato de distribución bajo la normativa actual.

CAPÍTULO 1

1. GENERALIDADES DEL CONTRATO.

1.1 Concepto de Contrato.

Según Ramírez (2001) la palabra contrato encuentra su origen etimológico en la expresión proveniente del latín “Contractus” que significa: “pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas”. Los primeros usos de contratos los encontramos en el derecho primitivo, en el cual el contrato carecía una connotación económica, puesto que, más que un vínculo de interés de lucro, es una alianza que se encontraba envuelta de misticismo entre las partes, para ejemplificar esto López (2001) habla sobre “el patlach, de las tribus indias del Canadá: festín acompañado de danzas, durante el cual el anfitrión regalos a los huéspedes, creando de este modo en los donatarios el deber ulterior de retribuir, al menos en igual medida” (p. 27).

En la antigua Roma, en un inicio los contratos se celebraban de manera verbal, pero debido a una gran cantidad de incumplimientos, los juristas de la época crearon figuras jurídicas de diferentes contratos, que en su mayoría debían celebrarse por escrito; si bien para los romanos la sola manifestación de la voluntad de las partes no era suficiente para crear obligaciones, razón por la cual los contratos en esta época se encontraban sometidos al estricto cumplimiento de las solemnidades establecidas en la norma, ya que como lo expresan Garrido y Zago (1998) “la situación no era justa por cuanto hacia depender la exigibilidad del cumplimiento estricto de las formas y de la preexistencia de la norma que lo consideraba contrato, para que el acuerdo pudiese hacerse valer ante la justicia. (p. 88)

En la Edad Media, por una gran influencia del Derecho Canónico, se da una espiritualización del contrato, dado que se define al contrato como un acuerdo de voluntades, en el cual basta la simple voluntad de las partes para lograr el perfeccionamiento del contrato,

sin estar sujeto a todas las formalidades establecidas previamente por los juristas romanos, esto en razón de que el hombre, por razones éticas, debe cumplir con su palabra, pues su incumplimiento constituía un engaño, y por lo tanto era un pecado. (Cevallos, 2005).

Con la evolución de la concepción y fundamentos que ha tenido el contrato durante las diferentes épocas de la historia, se ha podido arribar a la definición actual del contrato, la misma que se encuentra señalada en el Código Civil ecuatoriano en su Libro IV denominado: De las Obligaciones en General y de los Contratos, en el que podemos encontrar todas las normas y definiciones relativas tanto de las fuentes de los contratos, como los requisitos de los mismos, su clasificación, las diferentes modalidades de obligaciones y sus efectos.

El Código Civil Ecuatoriano en su artículo 1454, que se encuentra dentro del libro mencionado previamente, se señala lo siguiente:

Art. 1454. “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.” (Asamblea Nacional, 2018).

Igualmente, el Código Civil Chileno, redactado por Bello (1856) nos trae una definición similar, por no decir idéntica:

Art. 1438. “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas” (Bello, 1856)

De la lectura del concepto ofrecido por las diferentes legislaciones, se puede establecer que existe un error en la definición de contrato, dado a que lo que se define en el artículo previo es una obligación; se debe precisar que la obligación es el género, y el contrato es la especie, aunque el contrato sea la mayor fuente de las obligaciones, no es la única. Asimismo, se confunde al tratar al contrato y a la convención como sinónimos.

En este sentido el profesor chileno René Abeliuk (1993) expresa lo siguiente:

Entre nosotros, siguiendo a los autores franceses, se considera que la convención es el acto jurídico bilateral, o sea, todo acto jurídico en que existe acuerdo de voluntades destinado a producir efectos jurídicos. Estos efectos pueden consistir en crear, modificar o extinguir obligaciones. Cuando la convención tiene por objeto crear obligaciones, pasa a llamarse contrato: aquélla es el género, el contrato, la especie, Todo contrato es convención, ya que supone el acuerdo de voluntades para producir efectos jurídicos; pero, a la inversa, no toda convención es contrato, ya que, si el acuerdo de voluntades no tiene por objeto crear una obligación, sino modificarla o extinguirla, es una convención, pero no un contrato. Y así, por ejemplo, el pago, la remisión, la tradición son convenciones, pero no contratos, pues no generan obligaciones. (p. 35)

De la cita transcrita se puede ilustrar de manera clara el error incurrido por los legisladores al momento de tratar como sinónimos a la figura del contrato y al convenio, ya que nos encontramos nuevamente ante una relación de género y especie.

También existen autores que son menos estrictos al momento de criticar la definición de contrato, en relación a la apreciación de la figura de contrato y convención. Entre estos encontramos a Claro Solar (1979) que indica: “Nuestro Código Civil, siguiendo el francés, utiliza el concepto de “convención” como criterio de clasificación de las distintas fuentes de las obligaciones, por un lado, se encuentra el “contrato”, designado a estos efectos como “convención”; y del otro, las fuentes distintas del contrato: los cuasicontratos, delitos, cuasidelitos y la ley, todas ellas designadas, en perfecta correlación, como fuentes “no convencionales”

El autor asume que existen diferencias entre convención y contrato, pero para superar el error del artículo, el escritor afirma que las dos figuras son fuentes de las obligaciones, sin entrar a hacer un mayor análisis de las mismas.

Una vez que se han denotado las deficiencias al momento de definir el contrato, para esto intentaremos dilucidar de manera correcta la definición de esta fuente de obligaciones, y para este efecto el doctor Rafael Martínez (2017) lo define como: “acuerdo de voluntades para producir o transferir derechos y obligaciones jurídicos. También se usa este vocablo para calificar el documento en que consta ese pacto”, la cual es una definición mucho más precisa y acertada que la establecida en la norma.

Para Torres y Salazar (2015) manifiestan que: “es un acto jurídico en su más alta expresión, pues es un acuerdo de voluntades expresadas de forma libre y voluntaria productora de efectos jurídicos, siendo de carácter bilateral, un acto jurídico entre vivos y de naturaleza patrimonial.” enunciación que sigue la misma línea de la cita previa, la cual se aleja de determinar lo que es una obligación.

1.2 Elementos esenciales del contrato.

Al tratarse de un acto jurídico, como se ha manifestado previamente, el contrato debe cumplir con ciertos elementos para que el contrato sea válido, estos se encuentran determinados en el Código Civil, en el artículo 1460 el cual expresa que pueden existir tres elementos diferentes en los contratos, esto son: elementos esenciales, elementos naturales y elementos accidentales.

Los elementos naturales son aquellos que, aunque no se encuentren incorporados de manera literaria en el contrato, se entienden que forman parte del mismo, un ejemplo de este elemento es la cláusula resolutoria tácita, que se encuentra incluida en todos los contratos bilaterales según lo que manda el artículo 1505 del Código Civil.

Los elementos accidentales son los que no pertenecen al contrato propiamente, pero pueden ser incorporados al contrato mediante el establecimiento de cláusulas especiales, un

ejemplo de este tipo de elemento son las condiciones de plazo o de modo que puede sufrir un contrato.

Finalmente, encontramos a los elementos esenciales del contrato, que son los elementos mínimos que debe contener el contrato para ser válido, para que pueda producir el efecto deseado entre las partes y no degenerare en un contrato diferente; nuestra legislación establece claramente estos elementos, que son:

- Capacidad
- Consentimiento libre de vicios
- Objeto lícito
- Causa lícita

1.2.1 La capacidad:

Se trata de unos de los esenciales de todos los contratos, puesto que en todos los contratos debe existir el concurso de voluntades por partes de todas las partes, pero estas deben ser capaces de obligarse.

El Código Civil en su artículo 1461 la describe como “[...]la capacidad legal consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o autorización de otra” (Asamblea Nacional, 2018), esta describe la capacidad de ejercicio, sin embargo, la capacidad puede referirse al goce de los derechos o al ejercicio de los mismos, el primero hace referencia a una capacidad de derecho, que es aquella facultad de adquirir derechos y obligaciones, está en propia de la calidad de persona, esta se le atribuye a todas las personas a partir de su nacimiento; el segundo es una capacidad de hecho, que no es más que la capacidad de ejercitar los derechos adquiridos.

La primera es indispensable para la segunda, puesto que no cabe el ejercicio de los derechos que no se han adquirido aún, pero no todas las personas que tengan la capacidad de

goce tienen correlativamente la capacidad de ejercicio, ya que se parte de la premisa de lo determinado en el Código Civil, de que toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.

1.2.1.1. De la incapacidad

Partiendo de la premisa expuesta previamente, se puede establecer que la capacidad es la regla general, mientras que la incapacidad es la excepción, así mismo, todas las incapacidades deben ser establecidas por Ley, por lo que no pueden existir incapacidades determinadas por las partes.

Por esta razón el Código Civil establece las incapacidades de manera clara en su artículo 1463 que señala:

Art. 1463.- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas.

Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos. (Asamblea Nacional, 2018).

Del artículo vemos claramente que se hace una distinción entre dos tipos de incapaces, los absolutos y los relativos, que el código establece claramente quienes corresponde a cada una de estas incapacidades, pero además el último inciso del artículo nos habla de una incapacidad particular, que no es más que una prohibición que la ley impone a ciertas personas, que son capaces, para que no puedan celebrar válidamente ciertos actos o contratos, como puede ser la prohibición a las cónyuges de celebrar contrato entre ellos.

Los efectos de esta última prohibición pueden variar, dependiendo el caso ante el cual nos encontremos, entre una nulidad absoluta o relativa, será absoluta cuando esta se traduce en una prohibición absoluta de celebrar el acto a la que la incapacidad hace referencia; y será relativa cuando esta se refiere a la imposibilidad que tiene la persona para ejecutarlo por sí mismo sin la autorización de otra persona.

1.2.2. El consentimiento

El origen etimológico de la palabra consentimiento proviene de *cum* y *sentire*, que se puede traducir en compartir un mismo sentimiento entre dos partes, ya que en el contrato existe consentimiento, puesto que una de las partes acuerda con la otra algo de un interés común, esto en los llamados actos bilaterales, pero en los actos unilaterales, como en el testamento, no podemos hablar de un consentimiento, puesto que una sola parte es la que dispone, sin que exista ningún acuerdo previo entre las partes. (Coello, 2006).

El consentimiento a decir de Álvarez (2012) “es la manifestación de la voluntad de las partes exenta de vicios, contenida en un acto jurídico”, este consentimiento entre las partes llega a suplir las formas o solemnidades que existían en el Derecho Romano, las cuales las partes debían cumplir para que los contratos que desearan celebrar sean válidos. (p. 19) (Álvarez, 2012).

La determinación del momento en el que se llega al acuerdo es relevante, puesto que, a partir de dicho momento, existe el consentimiento, nace el contrato y este comenzará a producir efectos para las partes que hayan celebrado el contrato, previo a este momento no existe ni el contrato, como ninguna obligación entre las partes.

Existen dos momentos que deben concurrir para que exista el consentimiento, estos son: la oferta y la aceptación, el Código Civil no se refiere de manera expresa sobre estos dos momentos, pero se lo puede determinar a partir de la lectura del artículo 1042, que se refiere a la donación, en su parte final habla sobre que el donatario debe aceptar la donación para que se perfeccione el contrato, por lo que podemos ver claramente como confluyen los dos momentos que hemos expuesto previamente.

Las reglas de la oferta derivan de la premisa: dos partes intercambian propuestas hasta que la oferta es aceptada por la otra, formando un contrato, así la promesa: es un acto jurídico unilateral del oferente, tendiente a producir efectos jurídicos, esta debe ser real y seria, será obligatoria para el que la hace cuando hay una verdadera intención de obligarse, las ofertas no son *intuitio personae*, salvo que así se la establezca y la misma deberá ser comunicada al destinatario por el medio adecuado para que este la conozca. (Álvarez, 2012)

La aceptación es el acto jurídico por el cual una persona manifiesta de manera expresa o tácita, al proponente de una oferta su conformidad con aquella; como ya se expresó, la comunicación de la aceptación podrá ser expresa o tácita, la primera consistirá en la manifestación por medio de palabra, la escritura o por signos inequívocos, mientras que la segunda se expone por medio de una conducta de la que se pueda inferir la voluntad negocial de las partes. (Rodríguez, 1998).

1.2.2.1. Vicios del Consentimiento.

En nuestro ordenamiento jurídico podemos encontrar establecidos claramente cuáles son los vicios del consentimiento, que son:

- Error
- Fuerza
- Dolo

Estas circunstancias previamente descritas pueden llegar a afectar al consentimiento, por lo tanto, la validez del contrato que se intenta celebrar, produciendo la nulidad del mismo.

1.2.2.2. El Error.

El Código Civil recoge dos clases de errores, el error de derecho y el de hecho, entendiendo al error como la discordancia que existe entre lo que se cree verdadero y lo que es verdadero, podemos ver que nuestros legisladores toman como sinónimos al error con el desconocimiento.

El error de derecho, o el desconocimiento de la ley, no puede en ningún caso llegar a viciar al consentimiento, y por qué lo encontramos en el artículo 6 del mismo Código Civil, el cual establece la presunción de conocimiento de la ley, por el cual se puede entender que todas las personas conocen la ley y su ignorancia no excusa a persona alguna.

El caso es diferente con el error de hecho, ya que este si llega a viciar el consentimiento, este a su vez admite varias modalidades que son:

- Error esencial
- Error sustancial
- Error accidental

El error esencial, descrito en el artículo 1469 del Código Civil, no debería ser entendido como un vicio del consentimiento sino como un error de derecho, este no debería viciar el consentimiento, dado que más bien existe una ausencia del consentimiento, a forma de ejemplo, esta se puede producir cuando una de las partes piensa que está celebrando un contrato de comodato y la otra una de compraventa, realmente no estamos ante un vicio del consentimiento, sino ante un error de derecho, ya que el consentimiento no se llega a dar en ningún momento.

En relación al error sustancial se encuentra en el artículo 1470 que establece “El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.” (Asamblea Nacional, 2018); de la lectura del artículo, se puede establecer que este error se refiere específicamente a dos situaciones, a la sustancia o calidad de la cosa, pero no son las únicas, puede también existir error en la identidad de la persona con la que se celebra el contrato o en un error en la causa, por el cual una persona que se cree culpable de un delito se compromete a pagar las indemnizaciones correspondientes.

Por último, tenemos el error accidental, que se refiere a un error en uno de los elementos accidentales del contrato, como pueden ser las condiciones de plazo o modo, que establezcan las partes, este vicio no afecta de ninguna manera a la validez del mismo, ya que no es uno de los elementos esenciales del contrato.

1.2.2.3. La Fuerza.

La fuerza es el segundo vicio del consentimiento en el orden establecido por el propio Código Civil, que es el “acto de obligar a una persona, mediante, violencia, a facilitar o prestar el consentimiento para la ejecución de algún hecho.” (Casado, 2009).

De la forma por la cual se puede ejercer la fuerza sobre una persona, esta puede ser clasificada en dos: la fuerza física y la fuerza moral; la primera se refiere al empleo de medios materiales para lograr que la persona consienta en un acto, la fuerza moral es aquella que se lleva a cabo por medio de amenazas, intimidaciones, etc.

Nuestra legislación no hace una distinción entre las dos clases, por lo que es irrelevante que clase de fuerza haya sido usada para lograr el consentimiento de una persona, lo importante será que la fuerza cumpla con los requisitos para que esta llegue a viciar el consentimiento, en este sentido en el Código Civil establece:

Art. 1472.- La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave. (Asamblea Nacional, 2018).

De la norma citada se puede deducir que la fuerza debe revestir de los siguientes caracteres:

- Actual
- Ilegítima
- Grave
- Determinante

Si la fuerza cumple con estos requisitos, tomando en cuenta los parámetros establecidos en el artículo 1473, se trata de un verdadero vicio del consentimiento, por lo que otorga el derecho a hacer uso de la acción rescisoria del contrato. (Coello, Teoría del Negocio Jurídico, 2006).

1.2.2.4. El Dolo.

El Código Civil define al dolo como: “[...] El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.” En resumen, es aquella intención de causar daño al patrimonio de otro, con conocimiento. (Asamblea Nacional, 2018).

El dolo puede clasificarse en dolo positivo y negativo, el primero es aquel por el cual una de las partes contratantes causa daño por medio de una acción positiva, la segunda se refiere a cuando existe un silencio de una de las partes, y este silencio induce a la otra a la celebración del contrato.

Además de la definición de dolo, en el Código Civil vamos a encontrar los requisitos necesarios para que este pueda ser considerado como un vicio del consentimiento.

Art. 1474.- El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo. (Asamblea Nacional, 2018)

De este artículo se puede establecer dos requisitos fundamentales para que el dolo opere como vicio del consentimiento, el primero es que este haya sido obra de alguna de las partes contratantes; y segundo se refiere a lo determinante que este debe ser, esto significa que sin él las partes no hubieran celebrado el contrato.

En relación a esto es menester hacer referencia al dolo principal como al dolo accidental, el dolo principal es el que se expone en el primer inciso del artículo citado, mientras que el accidental, se encuentra en el segundo inciso, y es aquel en que no se cumplen todos los

requisitos establecidos, y en estos casos solo se podrá dirigir la acción de perjuicio en contra de quien haya empleado dolo en sus actos.

1.2.3. El Objeto Lícito.

Siguiendo el orden establecido en el artículo 1461, en tercer lugar de los elementos esenciales del contrato tenemos al objeto lícito, para que las partes se puedan obligar es necesario que se trate de un objeto lícito para que el acto tenga plena validez.

Sobre el que debemos entender por objeto lícito no existe un criterio definido, existen dos posturas sobre el tema, la primera afirma que el contrato es la manifestación de voluntad hecha con la intención de crear derechos subjetivos, el objeto es el conjunto de derechos y obligaciones que el acto crea; para otros, el objeto del acto jurídico sería la prestación, la cosa que debe darse o entregarse o lo que se debe o no ejecutar. (Torres & Salazar, 2015).

El criterio de nuestro Código Civil empata con el segundo criterio previamente enseñado, esto se determina de la lectura del artículo 1476, que reza: “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.”

Del artículo 1477, es posible definir las condiciones que debe cumplir el objeto, que son:

- Real
- Comerciabilidad
- Determinado
- En caso de que se trate de una obligación de hacer o no hacer, esta deberá ser físicamente y moralmente posible.

Real se refiere a que el objeto exista o se espera que llegue a existir; la comerciabilidad significa que el objeto se encuentre dentro del comercio y sea susceptible de dominio y posesión; en relación a la determinación, el Código Civil exige que el objeto este al menos determinado en su género; y por último, sobre lo físicamente y moralmente posible se refiere a que el objeto no se encuentre enmarcado dentro de alguna de las prohibiciones de las leyes, costumbre u orden público. (Torres & Salazar, 2015).

El código no especifica en qué casos nos encontramos ante un objeto licito, pero hace una enumeración de en qué casos no nos encontramos frente al mismo, esto es:

- Contravenir el Derecho Público.
- Contrato o donación del derecho a suceder de una persona viva.
- En la enajenación de cosas que no están en el comercio; derechos que no pueden transferirse a otra persona y las cosas embargadas por decreto judicial.

1.2.4. La Causa Lícita.

Como último elemento esencial de los contratos, tenemos a la causa lícita, sobre la cual al igual que el objeto licito no existe un criterio unánime de lo que se debe entender por causa lícita, sin embargo, los criterios más aceptados son los siguientes:

- Causa eficiente
- Causa final
- Causa motivo

La causa eficiente puede ser entendida como aquel factor llamado a generar un efecto, siguiendo la línea de este concepto, se debería entender que todas las causas generan

obligaciones, por lo que se les debería considerar a todas las fuentes de las obligaciones como causas.

En relación a la causa final podemos indicar que esta se refiere al fin inmediato e invariable de todo acto o contrato, por lo que en un contrato de compraventa la causa del vendedor siempre será la de transferir la propiedad, y la del comprador la de pagar el precio. (Coello, Teoría del Negocio Jurídico, 2006).

Finalmente, la causa motivo indica el motivo o el móvil por el cual las personas llegan a contratar y obligarse, este motivo es completamente personal y subjetivo, por lo que pueden existir infinitos motivos para la celebración de un contrato en determinadas circunstancias. Esta es la concepción acogida por nuestra Ley, como lo recoge el segundo inciso del artículo 1483 del Código Civil, del mismo artículo se deduce que para que la causa sea válida, esta no debe ser contraria a las leyes, al orden público y a las buenas costumbres, además la causa deberá ser real, de lo contrario nos encontraríamos ante una causa simulada.

1.3 El Contrato Mercantil.

El Derecho Civil de origen agrario, es un derecho de *tempo lento* o de lento discurrir, que se vuelve incapaz de regular todas las relaciones que se presentan en el mundo del comercio, a diferencia del Derecho Mercantil que evoluciona de una manera acelerada, logrando de esta manera adaptarse a los cambios y las nuevas figuras que surgen en el ámbito del comercio. (Broseta, 2003).

De acuerdo con el antiguo brocardo latino: *ex facto oritur ius*, los hechos constituyen, por excelencia, fuente y origen del Derecho: es por esta razón que el derecho debe siempre responder a los requerimientos de la realidad; por tal razón, el contrato mercantil no debe ser

sometido a las mismas solemnidades que se han previsto para el contrato civil, para de esta manera poder tornarse útil para los comerciantes. (Álvarez, 2012)

El Derecho Civil a diferencia del Derecho Mercantil, llega a ser incapaz de regular de manera correcta los grandes cambios que existen en el comercio, mientras que el Derecho Mercantil, se llega a adaptar al mundo de los comerciantes, en parte por su origen consuetudinario que le permite evolucionar de una manera mucho más acelerada, para de esta manera tornarse útil para los comerciantes. El contrato siempre ha sido utilizado como instrumento para el desenvolvimiento comercial, entonces la evolución del comercio llega a ser una fuente que estimula la creación de nuevas figuras contractuales o la modificación de figuras existentes previamente. (Álvarez, 2012).

A pesar de lo dicho, en la norma no encontramos una regulación específica y sistemática sobre el contrato mercantil, en comparación con la existente para el contrato en el Código Civil, puesto que en el Código de Comercio se omite la teoría general de los contratos y las obligaciones, por esta razón el propio Código de Comercio, en el artículo 216 establece que en lo referente a las obligaciones y contratos, su formación, perfeccionamiento, formas de extinguir y entre otros se deberá recurrir a las disposiciones establecidas para ello que se encuentran en el Código Civil, que son aplicables en gran medida, con ciertas diferencias que expondremos posteriormente.

A decir de Quevedo (2008) “Los contratos son acuerdos de voluntades que crean y transmiten derechos y obligaciones. Contratos mercantiles son los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos de naturaleza mercantil.” (p. 185).

A diferencia del concepto citado, el artículo 295 del Código de Comercio intenta realizar un acercamiento a lo que deberíamos entender por contrato mercantil, aunque más que dar una

definición de contrato mercantil, solo se limita a establecer que los contratos típicos en el Código son mercantiles, al igual que los atípicos, este artículo señala:

Art. 295.- Son contratos mercantiles los que se tratan en este libro. Deberán ser analizadas e interpretadas bajo los criterios de este Código otras formas contractuales en las que estén presentes elementos que determinen la naturaleza mercantil de los actos, lo que incluye los contratos innominados que puedan llegar a celebrarse.

Se entiende por contratos innominados o atípicos, aquellos que no están expresamente regulados por el presente Código o por leyes especiales. (Asamblea Nacional, 2019).

1.3.1. La actividad mercantil y los actos de comercio.

El artículo 7 del Código de Comercio establece lo siguiente en relación a la actividad mercantil y los actos de comercio:

Art. 7.- Se entiende por actividades mercantiles a todos los actos u operaciones que implican necesariamente el desarrollo continuado o habitual de una actividad de producción, intercambio de bienes o prestación de servicios en un determinado mercado, ejecutados con sentido económico, aludidos en este Código; así como los actos en los que intervienen empresarios o comerciantes, cuando el propósito con el que intervenga por lo menos uno de los sujetos mencionados sea el de generar un beneficio económico. (Asamblea Nacional, 2019).

Del análisis del artículo citado se puede apreciar claramente el concepto de lo que debemos entender por actividad comercial, haciendo especial hincapié en la habitualidad en la producción o intercambio de bienes; sin embargo, es importante exponer los diversos criterios que se han formulado a través del tiempo para lograr encasillar todo lo que abarca el Derecho

Mercantil, su actividad mercantil como los actos de comercio, dado su versátil naturaleza los criterios han sufrido cambios durante el tiempo, estos criterios son:

1.3.1.1. Criterio Subjetivo

El primer criterio es la de la doctrina subjetiva, esta doctrina pone especial relevancia en la calidad de comerciante, y considera que la persona como su actividad se regulan por un estatuto especial, esta concepción tiene origen en la Edad Media, donde los comerciantes formaban parte de una clase cerrada y todas sus relaciones se regulaban por el derecho de los comerciantes, según esta doctrina para que un acto o contrato sea clasificado como mercantil depende de si las partes que intervienen son o no comerciantes.

Según este criterio el Derecho Mercantil busca regular a todas las personas que realicen de manera habitual actividades de comercio o relativas al tráfico mercantil, prevaleciendo de esta manera, la característica de la habitualidad en las diversas operaciones, además se encuentra establecido en el artículo 7 del Código de Comercio, citado previamente, determinando de esta manera un criterio claro para poder llegar a determinar si una persona posee o no la calidad de comerciante.

1.3.1.2. Criterio Objetivo.

Esta doctrina fue adoptada por los primeros códigos de comercio, específicamente en el Código de Comercio Francés de 1807, lo que hace es catalogar a ciertos actos o contratos como mercantiles sin importar la calidad de las personas que los celebren, es decir, lo importante es la naturaleza del acto, mas no de la persona que lo celebra, lo que se busca es ya no afectar al principio de igualdad ya que este no debería estar reservado solo para una cierta clase de

personas como son los comerciantes, sino para todos los actos de comercio, logrando así que todos los ciudadanos puedan desarrollar actividades mercantiles.

Siguiendo la línea de la doctrina objetiva nuestro Código establece en el artículo 8 una lista de diecinueve actos los cuales serán entendidos para los fines legales como actos de comercio.

1.3.1.3. Criterio Mixto

Se torno imposible para los sistemas jurídicos mantener una concepción que bien sea totalmente subjetiva o totalmente objetiva respecto del contenido del Derecho Mercantil, de esta manera nace el criterio mixto, donde existen ciertos requisitos para obtener la calidad de comerciante y también se enlistan los actos que deben ser entendidos como actos de comercio, para los cuales no es necesario la calificación de comerciante para realizarlos , esta, sin duda, es la posición adoptada por nuestros legisladores. (Cevallos, 2013)

Es por esto, que el artículo 1 del Código de Comercio establece que “[...]rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles, y los actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes.” Dejando en claro que no se trata de un criterio subjetivo, dado que posibilita a los no comerciantes a someterse a esta norma. (Asamblea Nacional, 2019)

Pero también la norma en su segundo artículo determina quienes son las personas que ostentan la calidad de comerciantes, que son:

- Las personas naturales o jurídicas, que pueden contratar y su ocupación habitual es el comercio.
- Las sociedades constituidas cumpliendo las leyes mercantiles.

- Las sociedades extranjeras, sus agencias o sucursales, que ejerzan actos de comercio.

De la misma manera en el artículo 11 se establece quienes no deben ser tomados como comerciantes:

- Las personas que ejerzan una profesión liberal, y aquellos que se dedican a actividades intelectuales, literarias, científicas y artísticas.
- Los artesanos
- Quienes se retiran de manera definitiva de la actividad comercial.

1.3.1.4. Doctrina de los actos en masa.

A decir del Narváez (1986) “según este enfoque, actos mercantiles son aquellos que se realizan en gran número, con carácter típico en forma reiterada, más o menos iguales y que presuponen una actividad económica organizada” (p.44).

Esta doctrina anti objetivista, lo que busca es diferenciar un Derecho Privado Comercial del Derecho Civil, ya que son necesarias normas jurídicas especiales y con menos solemnidades que las del Derecho Civil, para que sea posible la ejecución de los actos en masa, es decir actos reiterados y productos especializados, por lo que será este criterio de reiteración el determinante de la calidad de comerciante, dejando claro que el Derecho Mercantil no se trata solamente de los actos realizados por comerciantes o de una lista de actos de comercio aislados, a la conclusión que se quiere llegar es que el Derecho Comercial aborda toda la actividad comercial que realice actos reiterados.

1.3.1.5. Doctrina del derecho de la empresa.

Este enfoque busca superar la corriente objetiva intentando vincular el Derecho Mercantil con toda la actividad realizada por el empresario dentro de la empresa, conceptuando que el contenido del Derecho Mercantil se encuentra en el comercio y por lo tanto este siempre debe ir de la mano con la empresa y el empresario, esto en vista de que la empresa va a ser el ente que ejecute actos en masa de una manera organizada.

El gran problema que se presenta en esta doctrina es que llega a desconocer los actos de comercio, provocando de esta manera que sean excluidos todas esas personas que realicen actos de comercio de manera ocasional, puesto que no se trata de una empresa.

1.3.1.6. Actos de Comercio.

Los actos de comercio son resultado de toda la evolución que sufrió el derecho Mercantil a lo largo de la historia, como ya dijimos en un primer momento sustentado en el criterio subjetivo, en el cual los comerciantes obtienen dicha cualidad por realizar acto de comercio de manera reiterada, para posteriormente ser clasificados o enlistados según lo que se determina en el sistema objetivo, en el cual se da mayor importancia a la naturaleza del acto que la calidad del sujeto.

En relación a lo expresado Garrigues (1972) indica:

Tanto el sistema objetivo como en el subjetivo, el derecho mercantil, es el derecho propio de una clase de actos: los actos de comercio. La diferencia entre uno y otro sistema consiste solo en que, mientras en el sistema subjetivo actos de comercio son únicamente los realizados por los comerciantes, en el sistema objetivo son actos de comercio no solo los realizados por comerciantes, sino los que, sin ser ejecutados por

comerciantes, se definen como mercantiles atendiendo a su sustantiva naturaleza. (p. 134).

Por lo expuesto podemos ver que el acto de comercio cumple un rol de vital importancia dentro del desarrollo del Derecho Mercantil, puesto que no hay actos de comercio porque los realicen los comerciantes, sino hay comerciantes que realizan actos de comercio profesionalmente. (Cevallos, 2013).

Continuando con nuestra legislación, no vamos a encontrar un concepto de lo que es un acto de comercio, pero el legislador a incluido una lista de que actos constituyen como actos de comercio.

Para este efecto el artículo 8 del Código de Comercio señala los siguiente numerales como actos de comercio:

Art. 8.- Son actos de comercio para todos los efectos legales:

- a) La compra o permuta de bienes muebles, con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos;

- b) La compra o permuta de bienes muebles con destino a arrendarlos; el arrendamiento de los mismos; el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos;

- c) La compra o enajenación de establecimientos de comercio, y la prenda, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionadas con los mismos;

- d) La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las acciones, participaciones o partes sociales;
- e) La producción, transformación, manufactura y circulación de bienes;
- f) El transporte de bienes y personas;
- g) Las operaciones descritas y reguladas por el Código Orgánico Monetario y Financiero, sin perjuicio de que las mismas se encuentran sometidas a dicha ley;
- h) Las actividades de representación, prestadas por terceros, a través de las cuales se colocan productos o se prestan servicios en el mercado
- i) Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes;
- j) Las actividades mercantiles realizadas por medio de establecimientos físicos o sitios virtuales, donde se oferten productos o servicios;
- k) El contrato de seguro;
- l) Todo lo concerniente a letras de cambio o pagarés a la orden, aún entre no comerciantes; las remesas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a libranzas entre comerciantes solamente, o por actos de comercio de parte del que suscribe la libranza;

- m) El depósito de mercaderías; y, en general, la tenencia de bienes a título oneroso;
- n) Las actividades de interrelación derivadas de los contratos existentes entre los prestadores de servicios de transporte y sus usuarios;
- o) El contrato de operación logística;
- p) La prenda, y otras garantías que se regulen en este Código;
- q) Las operaciones de crédito;
- r) La colaboración empresarial cuando está encaminada a realizar actos de comercio; y,
- s) Otros de los que trata este Código.

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

En relación a los actos enumerados por el artículo citado, podemos inferir que no se trata de ninguna manera de una lista taxativa, puesto que el mismo texto deja abierta la posibilidad de que en el propio cuerpo normativo se encuentren otros actos que no se encuentran descritos en dicho artículo, por lo que debemos entender que no son los únicos actos de comercio.

En cuanto al concepto de acto de comercio, los autores que han intentado definirlo se han encontrado ante varias dificultades, primero por la rápida evolución del Derecho Comercial y

la extensión del mismo; segundo por la dualidad que aceptan estos actos, que pueden ser tanto objetivos como subjetivos, y finalmente por las diferentes características que pueden existir en los diversos actos enumerados, en algunos podemos encontrar una referencia a la tarea mediadora, algunos se refieren a actos en masa otros a actos aislados, etc., por lo que llegar a establecer dentro de un solo concepto es una tarea muy complicada.

A pesar de la imposibilidad de llegar a establecer un concepto, se han establecido ciertas características de las que están revestidas los actos de comercio, a fin de poder llegar a diferenciarlo del acto civil, estas son:

- Ánimo de lucro.
- Intermediación.
- Actos en masa.

Sobre el ánimo de lucro podemos decir que no es más que la ganancia o utilidad que se pueda llegar a obtener de la realización de cierto acto, es el excedente que se obtiene entre la diferencia entre el precio al cual se adquiere y al que se vende, por lo que se puede entender que el producto no va a tener una finalidad de consumo personal ni de satisfacer una necesidad, sino de volverlo a intercambiar para lograr de esta manera obtener el lucro.

La característica de intermediación va ligada al ánimo de lucro, ya que como se ha dicho previamente el intercambio, no va dirigido al consumo personal, sino al seguirlo intercambiando para de esta manera llegar a obtener una ganancia, lo cual implica la existencia de una tercera persona entre el productor y el consumidor final, esto los diferencia de los actos civiles, ya que estos si están dirigidos a la satisfacción de una necesidad o al consumo personal y por lo tanto no llegan a existir más intercambios.

En cuanto a los actos masivos nos referimos a la reiteración de esa acción, es por esto que en el ámbito mercantil las personas realizan numerosos actos con una gran cantidad de personas diferentes, lo que permitirá al final lograr obtener la utilidad.

En base a los criterios expuesto lograremos obtener una pauta de las características que deberán cumplir los actos de comercio para ser considerados como tales

1.3.2. Distinción entre Contrato Civiles y Contratos Mercantiles.

Como sabemos el contrato mercantil toma su concepto y elementos a partir de la normativa establecida para el contrato civil, de la misma manera que existen varias semejanzas entre estos contratos, hay también varias diferencias entre los mismos, las cuales las vamos a exponer a continuación.

1.3.2.1.El perfeccionamiento.

En cuanto al perfeccionamiento podemos decir que es el momento en el cual se produce el consentimiento de las partes signatarias del contrato, en el ámbito mercantil este perfeccionamiento ocurre generalmente de manera instantánea, y en ocasiones se puede hacer por medio de una máquina, donde la aceptación se manifestará en los actos realizados para la adquisición del producto, como por ejemplo la inserción de la moneda en la máquina. En materia civil ordinariamente, el perfeccionamiento se cumple a través de la observación de ciertas formalidades establecidas por la ley para la celebración de los distintos contratos.

1.3.2.2. Oferta.

La oferta es uno de los momentos que confluyen para la formación del consentimiento, en el ámbito del derecho comercial puede ser realizada de varias maneras diferentes a

comparación del ámbito civil, entre las diferentes clases de ofertas podemos encontrar: la expresa, escrita, tacita, a persona indeterminada, la exhibición de mercaderías, premio, etc. Varias de estas clases de ofertas se utilizan para poder llegar a ofrecer un producto o servicio a un gran número de consumidores, mientras que estas técnicas no se generalmente utilizan para los contratos civiles.

La oferta pero deberá cumplir con los señalado en el Código de Comercio:

Art. 225.- La oferta o propuesta es el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra u otras personas determinadas. Deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario.

Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.

Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas, será considerada como una simple invitación a cualquier persona a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario. (Asamblea Nacional, 2019)

1.3.2.3. Aceptación.

La aceptación es el segundo momento que encontramos para la formación del consentimiento, en cuanto a esta el Código de Comercio ha establecido nuevas normas para que la aceptación incluso pueda ser realizada por medio del uso de correos u otros medios electrónicos, que permiten la celebración de contratos de personas ausentes, modalidades que de ninguna manera pueden ser aceptadas por el formalismo que envuelve a los contratos civiles.

1.3.2.4. Costumbre.

Esta tiene un diferente tratamiento dependiendo de en qué ámbito nos encontremos, debido a que como conocemos el Código Civil establece en el artículo 2 que “la costumbre no constituye derecho sino solo en los casos que la ley se remita a ella” (Asamblea Nacional, 2018). A diferencia de que en el ámbito mercantil la costumbre va a suplir el silencio de la ley, siempre y cuando esta cumpla con los requisitos establecidos en el Código de Comercio.

1.3.2.5. Capacidad.

Partimos de la premisa establecida por el Código de Comercio, de que toda persona que es capaz de contratar por la ley civil es capaz para contratar bajo las normas mercantiles, pero existen ciertas diferencias, dado que en el ámbito de la práctica comercial muchos menos impúberes celebran contratos comerciales todos los días, pero estos son plenamente válidos, en contraposición de lo que sucedería si un menor celebra un contrato civil.

1.3.2.6. Formas.

En cuanto a las formas, el contrato civil por su desarrollo histórico siempre ha estado sujeto al cumplimiento de las formalidades establecidas para que los actos sean válidos, mientras que el Derecho Comercial, por su rápida evolución y por su necesidad de responder a la realidad de los comerciantes, en su gran mayoría siempre se trata de contratos consensuales, que se celebran en grandes cantidades, sin que muchas veces exista una fase de negociación. En relación a lo expuesto el Código de Comercio establece que se exige como requisito de forma, para ciertos contratos, que sean celebrados por escrito, en caso de la omisión de esta formalidad, el contrato deberá entenderse como no celebrado. (Asamblea Nacional, 2019).

1.3.2.7 Representación.

Por último, en relación a la representación, que no es más es aquella figura que permite que una tercera persona ejecute actos a nombre de otra, existe una gran diferencia entre la representación en el ámbito civil y mercantil, ya que en este último vamos a encontrar las figuras de los mandatarios mercantiles y de los auxiliares o dependientes del empresario, que se regulan por lo dispuesto en el Código de Comercio y no lo determinado para el mandato en el Código Civil.

En referencia a esto el artículo 50 y 59 del Código de Comercio determina:

Art. 50.- En materia mercantil el mandato es un acto por medio del cual el comerciante o empresario otorga la representación voluntaria, general o especial de su empresa. Se regulará por este capítulo y en lo no previsto por las disposiciones del Código Civil. (Asamblea Nacional, 2019)

Art. 59.- Son auxiliares del comerciante o empresario los empleados subalternos, integrados a la empresa bajo relación de dependencia laboral, que el comerciante o empresario tiene a su lado para que le auxilien en sus operaciones, obrando bajo su dirección. Las facultades de representación de estos auxiliares se regirán por las normas del presente Código. (Asamblea Nacional, 2019)

Sobre los auxiliares podemos decir que estos están habilitados a realizar ciertas operaciones de tráfico, siempre debiendo expresar que obran a cuenta de un principal, esto sin la necesidad de una escritura pública que lo habilite para ello.

1.3.3. Clasificación de los Contratos Mercantiles.

Existen diversas clasificaciones de los contratos, debido a la gran variedad de criterios que puede ser empleados para determinar la clasificación del mismo, pero según la doctrina los más comunes son los siguientes:

- Unilaterales, bilaterales y plurilaterales.
- Onerosos y gratuitos.
- Conmutativos y aleatorios.
- Consensuales y solemnes.
- Principales y accesorios.
- Instantáneos y de tracto sucesivo
- De libre negociación y de adhesión.
- *Intuito personae e indifferens personae.*
- Típicos y atípicos.

1.3.3.1. Unilaterales y bilaterales.

Los contratos unilaterales son aquellos en los cuales solamente una de las partes se obliga, mientras que la otra no contrae obligación alguna, denominación que ha sido criticada por varios autores, ya que no se lo debería denominar unilateral, sino bilaterales imperfectos, ya que inclusive en el contrato de donación, la parte que no se obliga debe aceptar este contrato.

Por otra parte el contrato bilateral es aquel en el que los contratantes adquieren derechos y obligaciones, existiendo entre las partes negociales reciprocidad, el ejemplo más común de este tipo de contrato es el contrato de compraventa.

1.3.3.2. Onerosos y gratuitos.

La palabra oneroso en latín significa carga o peso, a decir de nuestro Código Civil, los contratos serán onerosos “cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a un beneficio del otro”, una muestra de este tipo es el contrato de seguro.

Y serán gratuitos en cambio cuando solamente una de las partes obtenga provecho del mismo, mientras que la otra parte sufre un gravamen, este tipo de contrato no es común en el Derecho Mercantil, ya que va en contra del fin de ánimo de lucro que envuelve a los contratos mercantiles, sin embargo, puede presentarse en ciertas situaciones, como cuando las compañías aéreas ofrecen de manera gratuita el transporte desde el aeropuerto hacia el hotel, esto con la finalidad de lograr cerrar un contrato oneroso.

1.3.3.3. Conmutativos y aleatorios.

Los conmutativos hace referencia a que las obligaciones contraídas por las partes contratantes sean equivalentes entre ellas, este siempre va a derivar a partir de los contratos onerosos. Mientras que los contratos aleatorios van a estar sujetos a una condición futura e incierta, de la cual dependerá el cumplimiento o no del contrato, por lo que estos contratos en todas las ocasiones van a conllevar un riesgo, un ejemplo puede ser la compraventa de una futura cosecha o la compraventa de un billete de lotería.

1.3.3.4. Consensuales y solemnes.

El contrato consensual es aquel por el cual quedará perfeccionado con el solo consentimiento o consenso de las partes, sin necesidad del cumplimiento de formalidades, en principio los contratos mercantiles se categorizan dentro de este ya que se busca una mayor agilidad y celeridad para su celebración.

Por otra parte los contratos solemnes son aquellos sobre los cuales la propia ley establece ciertas formalidades que se deben cumplir, para que el contrato pueda perfeccionarse y surtir efectos, el incumplimiento de las solemnidades prescritas acarreará la inexistencia del contrato.

1.3.3.5. Principales y accesorios

Son contratos principales los contratos que surten efecto de manera autónoma, sin la necesidad de algún otro contrato, por ejemplo el contrato de seguro o el de permuta. Por otro lado están los contratos accesorios, que son los que se celebran con la única finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que su existencia dependerá del contrato principal, este puede ser el contrato de hipoteca.

1.3.3.6. Instantáneos y de tracto sucesivo.

Como lo dice su propia denominación los contratos instantáneos son los que se nacen y se ejecutan en un solo momento de manera instantánea, un ejemplo de este puede ser el contrato de compraventa, donde se paga y se entrega la cosa en el mismo momento.

Mientras que los contratos de tracto sucesivo son aquellos que no se pueden ser ejecutados en un mismo momento, sino dan lugar a varias obligaciones que se deberán cumplir en diversos momentos, como sucede en el contrato de arrendamiento.

1.3.3.7. De libre negociación y de adhesión.

Serán contratos de libre negociación en los que las partes negociales confluyan a la elaboración del contrato, discutiendo cada una de las cláusulas que conformarán el contrato. Mientras que los contratos conocidos como de adhesión son aquellos en que una de las partes redacta de manera previa las cláusulas que formarán parte del contrato, sin que exista ninguna

participación de la otra parte, por lo que la persona deberá o bien adherirse a todas las condiciones preestablecidas en el contrato o no celebrar dicho contrato, ya que en la mayoría de los casos las cláusulas no son negociables.

1.3.3.8. Intuitio personae e indifferens personae.

Estos contratos hacen referencia a la calidad de la persona con la cual se busca celebrar un determinado contrato, los contratos *intuitio personae* son aquellos que ponen una atención especial en la calidad de la persona con la que se celebra, siendo esta la razón por la cual se celebra el contrato.

En cuanto al contrato *indifferens personae* este se celebra con la búsqueda de cumplir una finalidad, por lo que la calidad de la persona con la que se celebra el contrato carece de importancia.

1.3.3.9. Típicos y Atípicos

Esta clasificación se refiere a la existencia o no de normativa sobre la regulación del contrato, los contratos típicos son aquellos que se encuentran debidamente regulados por el ordenamiento jurídico, mientras que los contratos atípicos son lo que si bien no poseen una regulación, son válidos por el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

El Código de Comercio en el art 295 establece:

Art. 295.- Son contratos mercantiles los que se tratan en este libro. Deberán ser analizadas e interpretadas bajo los criterios de este Código otras formas contractuales en las que estén presentes elementos que determinen la naturaleza mercantil de los actos, lo que incluye los contratos innominados que puedan llegar a celebrarse.

Se entiende por contratos innominados o atípicos, aquellos que no están expresamente regulados por el presente Código o por leyes especiales. (Asamblea Nacional, 2019).

De la lectura del artículo se puede determinar que nuestra legislación reconoce expresamente la existencia de los contratos atípicos.

CAPÍTULO 2

2. LOS CONTRATOS TÍPICOS Y LOS CONTRATOS ATÍPICOS.

2.1 La autonomía de la voluntad como fundamento de los contratos típicos y atípicos.

El principio de la autonomía de la voluntad es uno de los pilares fundamentales del Derecho Contractual, en la actualidad no existe ningún sistema jurídico que no lo reconozca, pero es necesario para poder entender en toda su extensión a este principio, exponer su origen y evolución a través del tiempo, puesto que sus raíces se encuentran en una época dominada por el formalismo en los contratos, pero por la rápida evolución y desarrollo del comercio se volvió necesario flexibilizar las normas contractuales, para poder responder de manera eficaz a la realidad, proporcionando una mayor importancia al simple acuerdo de voluntades. Pero en la actualidad este principio se ha visto limitado por algunos parámetros que expondremos posteriormente.

Las raíces de este principio las encontramos en la Edad Antigua, especialmente en Roma, donde el ordenamiento jurídico de la época no se prestaba para que las personas sean capaces de crear un vínculo obligatorio entre ellos por la simple voluntad de las partes, sino, para que los contratos tengan plena validez, estos debían ser reconocidos por la norma y ser celebrados cumpliendo todas las solemnidades impuestas, solo de esta manera se podría gozar de la fuerza coercitiva para su cumplimiento.

Pero posteriormente se establecieron en la norma los contratos consensuales y se establecieron nuevas figuras, como: el mandato, la compraventa, el depósito y el de sociedad; pero a pesar del reconocimiento de este tipo de contratos la autonomía de la voluntad se veía

todavía coartada, puesto que solo se podían celebrar aquellos contratos establecidos en la norma y no otros. (Soro, 2016)

La primera vez que se le da un verdadero valor a la autonomía de la voluntad en Roma, fue cuando se reconoció la promesa, ya que de esta manera las partes contratantes se podían crear por su propia facultad una relación obligatoria, pero que seguía estando supeditada al cumplimiento de las formas estrictas impuestas por el ordenamiento jurídico.

Esto se explica ya que en aquella época bastaba con estas figuras contractuales para regular de manera adecuada todas las relaciones que se pudieran establecer en la población, ya que su economía era principalmente agrícola, y las relaciones generalmente se las realizaba entre miembros de la misma familia, por lo que las familias vivían con lo que sus miembros producían a través del cultivo de la tierra, provocando que no exista un mayor intercambio de productos.

Pero con el paso del tiempo las figuras preexistentes se volvieron insuficientes para poder regular el gran abanico de posibilidades que se podían crear entre las relaciones de los llamados comerciantes, esto impulsado por el desarrollo del comercio durante la Edad Media e influenciado, como ya hemos expuesto previamente, por el Derecho Canónico, en el cual el perfeccionamiento de los contratos se lograba a través de la sola voluntad de las partes.

En un inicio los pueblos siguieron adoptando la tradición romana, por la cual, el simple acuerdo no generaba ningún efecto, pero dada la gran importancia e influencia de la Iglesia Católica durante esta época, se comenzó a dar una mayor importancia al fuero interno y a la conciencia de las personas, puesto que se lo reconocía al ser humano libre por esencia y solamente se podía llegar a obligarse si esa era su voluntad; con la aceptación de la corriente católica, se lograría el establecimiento de la figura del juramento, que sería utilizado para poder

dar validez a aquellos contratos que no se encontraban provistos de solemnidades, otorgándose de esta manera una mayor fuerza a estos actos.

Los comerciantes fueron los que más contribuyeron para llegar al apogeo de este principio, dado que sus negocios no podían funcionar de manera eficiente, mientras se encuentren sometidos a ciertas formalidades, como la de la entrega de la cosa, por lo que decidieron validar todos los actos en los cuales exista voluntad de las partes, de esta manera el contrato ya no debía ser necesariamente escrito para ser válido, sino solo serviría como una prueba de su existencia.

A partir de la Revolución Industrial, que trajo consigo un rápido crecimiento y una gran evolución del comercio, logrando de esta manera por primera vez la producción en masa de productos, lo que causó una multiplicación en los intercambios y en la cantidad de contratos celebrados, pero no será hasta la expedición del Código Napoleónico, que encontremos las primeras normas positivas declarando de manera expresa el principio de autonomía de la voluntad, esto influenciado de gran manera por la Revolución Francesa, la cual situaba a la libertad e igualdad de los hombres en su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, logrando de esta manera una gran victoria en contra de las excesivas solemnidades requeridas para la válida celebración del contrato y de la posibilidad de solo celebrar contratos reconocidos previamente. (Soro, 2016)

Pero en la época actual que es influenciada por los inventos tecnológicos como el internet, que ha provocado una aceleración en la globalización, ha ocasionado el surgimiento de nuevas figuras y formas de contratación como de la necesidad de intervención del Estado en las varias relaciones económicas, ya que la concepción de que en el contrato confluyen las voluntades de las partes ha variado, esta situación puede ya no presentarse, como en los contratos reglamentados, que son aquellos que el legislador de manera obligatoria fijará el contenido del contrato y sus condiciones; o en los llamados contratos de adhesión, donde será

una sola de las partes contratantes quien sea el encargado del desarrollo del contenido del contrato, de manera previa a la celebración, dejando a la otra parte solo las posibilidades de aceptar la totalidad del contrato o rechazarlo, es decir, no existirá negociación alguna sobre las diferentes cláusulas que formen parte de estos contratos.

Por lo previamente expuesto muchos autores afirman que actualmente nos encontramos ante una decadencia de la autonomía de la voluntad, ya que esta es suplantada en el primer caso por la voluntad del legislador, a través de las normas positivas, y en el segundo por la voluntad de una sola de las partes, por lo que ya no será posible pensar en el contrato como la forma más pura de manifestación de la voluntad, ya que además se encuentra limitada por ciertos criterios que expondremos posteriormente.

2.1.1. Concepto.

Antes de intentar dar un concepto de este principio, es necesario señalar que se trata de un principio sobre el cual existe gran debate, partiendo desde su propia denominación, puesto que existen autores que dan un concepto amplio de este principio, de la misma manera hay autores que llegan a limitar los elementos que forman parte de este principio.

Siguiendo la línea de lo expuesto, los autores que definen de manera amplia a este principio llegan a confundirlo con el concepto de libertad, como lo hace los autores Colin y Capitant (1952) al expresar:

El individuo tiene la elección y la responsabilidad de los medios por los cuales ha de desenvolverse su personalidad en busca de la dicha. Este es el principio de la libertad civil o de autonomía de la voluntad individual, limita solamente por la obligación que cada uno tiene de no poner obstáculos al desenvolvimiento paralelo de los otros

individuos y a los derechos del Estado, garantía común de las libertades individuales.
(p. 11).

La definición citada vemos que se refiere a la libertad de la condición humana, y no podemos asimilar de ninguna manera el concepto de libertad con el de la autonomía privada, el primero se refiere a un tema totalmente filosófico, alejado del campo que nos interesa que es la autonomía de la voluntad en el campo del derecho.

Por otra parte, en contrapartida de los autores citados, hay autores que en la búsqueda de lograr una definición más precisa de lo que es el principio de la autonomía de la voluntad llegan a restringir o limitar el concepto, a manera de ejemplo de lo expresado, el tratadista Alessandri (2004) formula que:

En virtud de esta autonomía, los particulares pueden pactar toda clase de contratos, sean o no de los especialmente reglados por la ley; combinar unos y otros entre sí; atribuir a los contratos que celebren efectos diferentes de los que les atribuye la ley y aún modificar su estructura. (p. 10).

El concepto citado solamente toma en cuenta una parte de lo realmente contempla el principio de la autonomía de la voluntad, la confusión se puede presentar puesto que el ámbito donde más se exterioriza este principio es el derecho contractual, puesto que la autonomía de la voluntad no se limita a los contratos, sino abarca todos los actos jurídicos, llegando a confundir con lo que se conoce como la libertad contractual, que no es más que una de las consecuencias del principio que se está tratando.

Ahora bien, una vez que se hemos analizado las desviaciones que existen al momento de tratar de definir este principio, es necesario citar a los autores que nos dan un concepto más preciso de lo que debemos entender por autonomía de la voluntad.

Para esto podemos citar al profesor Duguit (2006) manifiesta de manera correcta que:

La autonomía de la voluntad es un elemento de la libertad general; es la libertad jurídica y es, en suma, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, cuando este acto tiene un objeto lícito. En otros términos, en el sistema civilista, la autonomía de la voluntad es el poder de querer jurídicamente, y por lo mismo el derecho a que ese querer sea socialmente protegido. (p. 69).

De la lectura del concepto nombrado podemos ver claramente la diferenciación que hace entre la libertad general y el principio de la autonomía de la voluntad, añadiendo que la segunda es solamente un elemento de la primera, y tampoco llega a restringir el concepto al ámbito de los contratos.

En cuanto al concepto de autonomía de la voluntad, dentro del marco jurídico de nuestro país no existe una definición expresa de este principio, pero por medio del análisis de las diferentes normas logramos determinar que se encuentra aceptado por el ordenamiento jurídico.

Iniciando por la Constitución de la República del Ecuador, que en el artículo 66 numeral 16 establece que “se reconoce y garantizará a las personas: (...) 16. El derecho a la libertad de contratación.” Dejando claro que en nuestro país existe la libertad de contratación, que es aquella facultad que poseen las personas para elegir celebrar o no un contrato, y de la misma manera para poder definir con que persona se contrata. (Asamblea Nacional, 2020)

Al no ser tratado en ningún pasaje del Código de Comercio debemos remitirnos a la normativa civil, y a decir del profesor Hernán Coello este principio encuentra su fundamento en el artículo 8 del Código Civil, que en sus propias palabras dice “norma en virtud de la cual a nadie puede impedírsele una acción que no esté prohibida por la ley” (Coello, 2010)

Manteniéndonos en el mismo cuerpo normativo, también localizamos al artículo 1561 y 1477 que determinan respectivamente:

Art. 1561.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. (Asamblea Nacional, 2018)

Art. 1477.- No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género. (...)

Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público. (Asamblea Nacional, 2018)

Sobre el primer artículo para varios autores, este se trata del verdadero fundamento del principio de la autonomía de la voluntad, al no existir como hemos dicho un artículo que se refiera expresamente al mismo, como si existe en el Código Civil Peruano o el Código Civil Cubano.

En cuanto al segundo artículo, su importancia radica en el hecho de que este determina las limitaciones de este principio, dejando claro que no se trata de un derecho absoluto, sino como ya hemos dicho encuentra sus limitantes en la ley, las buenas costumbres y el orden público.

2.1.2. Limitaciones de la autonomía de la voluntad.

2.1.2.1. La ley

Siguiendo el orden del artículo 1477, la primera limitación que encontramos es la ley, que como sabemos posee las posibilidades de mandar, prohibir o permitir, obtenido de la definición que hace el Código Civil en su primer artículo.

Por lo que podemos establecer que las diferentes leyes pueden ser permisivas o su vez prohibitivas, por lo que a pesar de que en un acto o contrato se pacte una determinada cláusula, fundamentándola en el principio de autonomía de la voluntad, incluso aunque las partes se encuentre de acuerdo con ellas, está en ningún caso puede ser contraria a la norma, a pesar de que las partes al momento de contratar se sometan a sus propias leyes, esto en razón de que las leyes tienen una jerarquía mayor que las normas que se puedan llegar a establecer a través del contrato privado.

La ley limita de varias maneras la autonomía de la libertad: 1) Al determinar un contrato específico para un determinado acto. 2) Mediante la prohibición de ciertas cláusulas, pactos o condiciones en ciertos contratos. 3) Imponiendo el contenido en determinados contratos. 4) A través de la imposición de solemnidades a los contratos.

En consecuencia de lo previamente expuesto vemos que la ley es una limitante del principio de la autonomía de la voluntad, esto en razón de que el legislador busca proteger de cierta manera a las partes contratantes, para que en algunos casos la celebración del contrato no resulte extremadamente gravosa para alguna de las partes contratantes.

2.1.2.2. Buenas Costumbres

El segundo límite de la autonomía privada son las buenas costumbres, que en otros ordenamientos jurídicos ha sido recogida como la moral, se trata de conceptos jurídicos indeterminados, donde su alcance y contenido no vamos a encontrarlo determinado en ninguna norma positiva, puesto que estas costumbres pueden variar durante el tiempo por un sinnúmero de razones, que pueden ser de orden ético, cultural, económico, etc., pero a pesar de las grandes transformaciones varias son las normas que las citan, pero su aplicación no corresponderá al legislador, sino a los jueces, que deberán analizarla tomando en cuenta todos los factores

previamente nombrados para poder llegar a determinar el contenido de las buenas costumbres en un momento histórico determinado.

Debemos señalar además que a pesar que se toman en muchas ocasiones como sinónimos las buenas costumbres y la moral, éstas son disímiles, la primera hace referencia a ese accionar general y reiterado de un grupo de personas; mientras que el segundo se refiere a principios que provienen de las leyes naturales, que tienen por finalidad una realidad ideal.

Para denotar la diferencia entre estos conceptos Terré *et al* (2005) señalan que “mientras que la moral persigue el perfeccionamiento interior de los individuos, las buenas costumbres persiguen solamente un conformismo exterior. Las buenas costumbres se corresponden a una moral social del comportamiento exterior”, por lo tanto las buenas costumbres no serían más que una manifestación de la moral de una sociedad (p. 392).

Estas buenas costumbres son una limitante de la autonomía de la voluntad, por lo que la celebración de un contrato que atente contra estas buenas costumbres no podrá tener validez alguna, incluso a pesar de que no se atente de manera manifiesta a una norma, esto con la finalidad de que tanto las personas como la actividad jurisdiccional busquen avanzar en el mismo camino.

2.1.2.3. Orden Público

Por último se ubica el orden público como limitante de la autonomía privada, al igual que la anterior noción, también se trata de un concepto indeterminado, que su aplicación, determinación y alcance corresponde establecer a los jueces.

A decir de Martínez el orden público es el “conjunto de normas que constituyen un sistema vigente en un lugar y tiempo determinados, creado por la autoridad estatal competente para ello, quien lo aplica y adecua a los cambios sociales.” (Martínez, 2017)

Como vemos el orden público tiene por objeto la imposición de reglas básicas, que no pueden ser derogadas e inobservadas, para lograr la correcta organización de la sociedad, dando muestra de la preponderancia de la sociedad por sobre el hombre, la problemática se encuentra al momento de intentar definir este concepto.

Por esto De Castro (1982) expresa:

Una parte de la doctrina identifica el orden público con las normas de carácter imperativo; otras, sin embargo, van desde una referencia a la primacía del interés público hasta matizaciones relativas a la organización estatal, a las reglas esenciales o indispensables para el funcionamiento del Estado, al conjunto de ideas sociales, políticas, morales, económicas, religiosas a veces, cuya conservación y entiende ligada a la propia existencia de la sociedad (p. 1022).

Al igual que sucedía con el concepto de las buenas costumbres, el significado de orden público va cambiando evolucionando con el paso del tiempo, esto provoca que la actuación actual de un Estado en lo económico, jurídico y político sea completamente diferente a los preceptos aceptados en siglos pasados.

Por lo que el orden público es el resultado de ese respeto y cumplimiento de todos individuos que conforman las sociedades, a aquellos principios y normas fundamentales que tienen como finalidad la búsqueda de una convivencia armoniosa, por lo que para no afectar esta convivencia, los privados no pueden alterar de manera voluntaria este orden establecido, llegando a establecer de esta manera un límite a la autonomía de la voluntad.

Una vez expuestos los límites aplicables a la autonomía de la voluntad, vemos que estas buscan proteger el interés general de una sociedad, imponiendo a los individuos la sujeción a la ley, las buenas costumbres y el orden público, limitando de manera directa el objeto y la causa de los contratos.

Pero en el ámbito comercial los particulares, por las infinitas posibilidades dentro de sus negociaciones, muchas veces no cuentan con figuras contractuales que puedan satisfacer sus necesidades, lo que los lleva a la creación de nuevos tipos de contratos, ante esta posibilidad de crear y celebrar contratos que no se encuentren regulados en nuestro ordenamiento jurídico el legislador, de manera expresa, acepta y reconoce esta posibilidad en el artículo 295 del Código de Comercio que establece lo siguiente:

Art. 295.- Son contratos mercantiles los que se tratan en este libro. Deberán ser analizadas e interpretadas bajo los criterios de este Código otras formas contractuales en las que estén presentes elementos que determinen la naturaleza mercantil de los actos, lo que incluye los contratos innominados que puedan llegar a celebrarse.
(Asamblea Nacional, 2019)

Por todo lo previamente expuesto podemos llegar a la conclusión que en nuestro país existe la posibilidad de celebrar contratos típicos y atípicos, pero estos siempre deberán encontrarse dentro de los límites establecidos a la autonomía de la voluntad.

2.2 Contratos típicos y atípicos, concepto, elementos y principales características.

Gracias al principio de la autonomía de la voluntad, el comercio y las actividades comerciales nunca han perdido su actualidad en el plano del derecho, esto por la posibilidad de celebrar actos atípicos, lo que provoca que todos los días se creen nuevas figuras contractuales que buscan la innovación de figuras preexistentes, con la finalidad de dar soluciones a las complejas relaciones de la actualidad; estas figuras que en un inicio son atípicas, pero que con el tiempo pueden llegar a ser adoptadas en un primer plano por la sociedad y posteriormente recogida por el legislador y ser plasmada en una norma positiva.

Lo que acabamos de describir es el proceso de conversión de figuras típicas en atípicas, este fenómeno es conocido como la tipificación contractual, la cual explicaremos a continuación.

2.2.1. Tipicidad Contractual.

Hay diferentes maneras de esbozar el pensamiento jurídico, hay algunas que procuran la abstracción y por otro lado unas que buscan la concreción, se dice que el contenido de las abstractas no es perceptible, mientras que el contenido de las concretas si lo es, por lo que se dice que los conceptos forman parte del pensamiento abstracto, mientras que los tipos forman parte de los concretos. (Gete Alonso, 1979)

La tipificación es un proceso que busca lograr la organización de la conducta humana, es decir que el legislador, por medio del tipo contractual, busca establecer los elementos esenciales que deberá contener una relación en la realidad social, así aplicando la calificación jurídica de un contrato, se logra comprobar la coincidencia entre los elementos esenciales previstos en la norma, con los de un determinado tipo de contrato. (Soria & Osterling, 2014)

Para una mayor claridad del tema es necesario precisar y diferenciar a dos conceptos: el del tipo y la tipicidad.

2.2.2. El Tipo

El tipo sirve a una función económica y social, la cual es considerada por el derecho como una razón justificante de la garantía y sanción jurídica así como para la configuración de efectos propios de la misma, esta protección no se otorga por capricho del legislador, sino mira a funciones que son socialmente relevantes y útiles para la comunidad en la que se desarrolla,

provocando que el mundo de lo jurídico deba obedecer a la realidad social y económica actual. (Arrubla, 2015)

En este sentido Engisch (1968) expone que el tipo es “aquella noción de conducta o fenómeno, a la cual se llega por medio de la abstracción primaria de una serie de elementos y datos, y es consecuencia de la percepción de una realidad social determinada.” (Engisch, 2004, pág. 447)

Por lo que podemos determinar que el tipo sirve para poder establecer las diferentes conductas, o en el campo que nos interesa en los contratos, sobre los cuales la ley les otorga una regulación específica y determinada, la cual será definida por la realidad social y su función en el mundo económico.

El legislador puede llegar a confundir el tipo de un contrato, cambiando su función y provocando un problema en la celebración de esa determinada figura, lo cual debe ser enmendado con una reforma de la norma, ya que de un plumazo se puede acabar con toda una práctica; de la misma manera las partes contratantes pueden llegar a errar el tipo, ya sea por ignorancia o de manera intencional, para evadir ciertos efectos jurídicos perjudiciales establecidos por la ley para un contrato específico. (Arrubla, 2015)

2.2.3. La Tipicidad.

Este segundo concepto se trata del factor de conexión entre el hecho que ocurre en la realidad y el tipo jurídico. Resultando en que una conducta sea típica, cuando los hechos se adecuen a alguno de los diversos tipos previstos en la norma, y por otro lado será atípico cuando los hechos no se apeguen a ninguna figura contractual establecida.

A decir de Arrubla (2015) la tipicidad tiene una doble función:

En primer lugar, una función individualizadora. La observación de la realidad implica extractar de ella la manera y el propósito dentro de cada rama y especie.

En segundo lugar, la función jurídica. La tipicidad desempeña un doble papel configura y regula. (p. 5)

La primera función consiste en definir los diferentes tipos de un ordenamiento jurídico, es decir nos permite distinguir entre los tipos penales y los contractuales estableciéndolos como distintos; en cuanto a la función jurídica, la configuración se refiere a la descripción de los elementos que la forman, el presupuesto de hecho, y la regulación consiste en establecer los efectos jurídicos le pertenecen a ese supuesto de hecho.

A manera de conclusión podemos decir que el tipo y la tipicidad son conceptos diferentes, pero que a su vez son interdependientes al momento de adecuar una conducta a un supuesto de hecho que se encontrará determinado previamente en la norma positiva.

2.2.4. Concepto.

Partiendo de la clasificación tradicional, los contratos típicos son aquellos se encuentran plasmados dentro del ordenamiento jurídico, en la cual se establecerán los conceptos básicos, sus elementos esenciales y de validez, como los personales, la solución a conflictos que puedan ocurrir en el ámbito del acto celebrado, las obligaciones y derechos de cada una de las partes contratantes, las causales de extinción del contrato, etc., logrando de esta manera otorgar una estructura al contrato.

Por otra parte los contratos atípicos, son aquellos que su estructura no está normada por la ley, y como hemos señalado su validez se encuentra fundamentada en el principio de la autonomía de la voluntad, por lo que las personas buscando satisfacer sus necesidades e

intereses pueden usar las figuras clásicas, o usar figuras nuevas que sean más acordes a sus finalidades y a la complejidad del mundo actual, siempre observando los debidos límites impuestos a la autonomía de la voluntad.

El autor Javier Arce Gargollo (2010) define a los contratos atípicos como “aquellos cuyo contenido no tiene una regulación o disciplina en la legislación, respecto a la relación de Derecho Privado entre los particulares que contratan.” (Arce, 2010, pág. 132)

Además puede existir el caso de que si bien la norma no regula de manera integral un tipo de contrato, esta puede efectuar una simple referencia a algún aspecto genérico o de manera incompleta a un contrato, ante este supuesto se ha establecido la diferencia entre los contratos típicos y nominados, volviendo al caso planteado nos encontraríamos ante un contrato nominado, ya que la propia ley lo nombra o establece su concepto, pero al no ser regulado de manera completa no se podría considerar como un contrato típico. (Castrillón y Luna, 2006)

Es decir que la equiparación de los conceptos de nominación y tipicidad es errónea, puesto que se trata de fenómenos diferentes; por una parte la tipicidad implica la existencia de regulación de las diferentes figuras contractuales reconocidas en la ley, mientras que el nominalismo solo se refiere a la existencia de la denominación de la figura contractual en la norma, razón por la cual los contratos atípicos pueden tener o no tipicidad social; los primeros se refieren a aquellos que no se encuentran normados en la ley, pero que cuenta con reglas sociales dados por las costumbre mercantil del lugar, y los segundos no cuentan con esta reglas sociales al tratarse de un contrato completamente atípico.

2.2.5. Clasificación.

Sobre los criterios de clasificación de este tipo de contratos existe un sinnúmero de criterios propuestos, pero para la doctrina la clasificación más común es la siguiente:

- Contratos atípicos puros
- Contratos mixtos o complejos
 - Contratos combinados
 - Contratos mixtos en sentido estricto
 - Contratos de doble tipo

2.2.5.1. Contratos atípicos puros

Se trata de aquellos contratos que no se encuentran reconocidos ni por la ley ni por la sociedad o la costumbre, se fundamentan, como ya hemos analizado, en el principio de la autonomía de la voluntad.

2.2.5.2. Contratos mixtos o complejos

Estos son aquellos contratos donde se conjugarán diversos elementos y prestaciones de diferentes contratos típicos, obteniendo como resultado un contrato mixto, dependiendo de las diferentes combinaciones de estos elementos podremos encontrar las siguientes formas:

- Combinados o gemelos: Se presentan cuando las prestaciones debidas por una de las partes corresponden a varios contratos típicos, mientras que la prestación de la otra parte se relaciona solamente con un contrato atípico.
- Mixtos en sentido estricto: Son aquellos en los que a un contrato típico se le agrega una obligación o un derecho de un contrato atípico.
- De doble tipo: Se trata de aquellos en los que las prestaciones establecidas en un contrato pueden enmarcar dentro de dos contratos típicos. (Arce, 2010)

2.2.6. Elementos del Tipo Contractual.

Son varios los elementos que conforman el tipo contractual, lo cual nos permitirá por medio de la calificación jurídica, observar que elementos se cumplen para poder llegar a determinar si nos encontramos ante un determinado tipo de contrato, estos elementos son los siguientes:

2.2.6.1. Elemento objetivo

También conocido como contenido mínimo negocial, no es más que aquellas prestaciones indispensables, debidamente establecidas en la ley, que conformarán la figura básica del tipo contractual, hablamos de figura básica puesto que el contrato podrá contener cláusulas adicionales, diferentes a las necesarias para configurar el tipo contractual, sin afectar al contrato típico, siempre que estas cláusulas no lleguen a desnaturalizar el contrato. (Soria & Osterling, 2014)

A manera de ejemplo podemos citar el contrato de arrendamiento, cuyo elemento objetivo se encuentra claramente determinado en el artículo 1856 del Código Civil que establece:

Art. 1856.- Arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado, salvo lo que disponen las leyes del trabajo y otras especiales. (Asamblea Nacional, 2018)

De lo expresado en artículo citado podemos determinar que las prestaciones mínimas indispensables del contrato de arrendamiento son: por una parte conceder el goce de una cosa y por la otra pagar por este goce; por lo que si un contrato contiene estos dos elementos podremos determinar que nos hayamos frente a la figura contractual del contrato de

arrendamiento; además de estas cláusulas mínimas las partes podrán agregar nuevas cláusulas a su contrato para poder satisfacer de manera cabal sus necesidades.

Los jueces al momento de intentar determinar ante qué tipo contractual se encuentran, generalmente realizan un análisis solo del elemento objetivo para llegar a la respuesta, lo cual es errado puesto que también es necesario realizar un análisis de los elementos subjetivos y causales para poder establecer de manera correcta el tipo contractual.

2.2.6.2. Elemento Subjetivo

Por regla general no es necesario que ninguna de las partes cumpla con una cualidad o característica especial para la celebración de un contrato, pero existen casos específicos donde la norma determinara estas características, solo en estos casos será necesario cumplir con estas exigencias para calificar jurídicamente el contrato como uno del tipo contractual correspondiente. (Soria & Osterling, 2014)

A manera de ejemplo de lo expresado, podemos mencionar el contrato de seguro, el cual se encuentra regulado a partir del artículo 690 del Código de Comercio, donde encontramos una definición del mismo y sus elementos esenciales, pero su artículo 692 va a establecer una condición especial sobre una cualidad de una de las partes, esta establece:

Art. 692.- Para efectos de este Código, el asegurador es la persona jurídica legalmente autorizada para operar en la República del Ecuador, que asume los riesgos especificados en el contrato de seguro. Solicitante o tomador es la persona natural o jurídica que contrata el seguro, sea por cuenta propia o por la de un tercero determinado o determinable que traslada los riesgos al asegurador. Asegurado, es la persona natural o jurídica interesada en la traslación de los riesgos. Beneficiario, es la persona natural o

jurídica, que ha de percibir, en caso de siniestro, el producto del seguro. (Asamblea Nacional, 2019)

Del análisis de este artículo podemos determinar que la norma establece claramente una cualidad especial para una de las partes, específicamente para el asegurador, quien debe ser una persona jurídica y debe encontrarse debidamente autorizada para poder operar, motivo por el cual si sucediera el caso de que dos personas naturales decidieran celebrar un contrato que cumpla con todos los elementos objetivos del contrato de seguro, dicho contrato sería nulo por no cumplir con las calidades exigidas por la norma, por lo que, como afirmamos previamente, el análisis para determinar el tipo contractual no debe ser realizado solamente sobre los elementos objetivos.

2.2.6.3. Elemento Causal

Partiendo de la premisa de que todos los contratos tienen como finalidad cumplir una función económica determinada, conocida como la causa típica, esta causa es objetiva y abstracta, motivo por el cual no debe ser confundida con el fin esperado por los contratantes ya que éste va más allá de la subjetividad de las partes. Todo contrato cuenta con una causa típica, a manera de ejemplo el contrato de fianza tiene una función económica de garantía, el de leasing tiene una causa típica de financiamiento, este elemento tiene importancia puesto que si solo se analizará el contenido mínimo negocial, se podría confundir el contrato de arrendamiento con el leasing, ya que en ambos contratos existe la cesión de uso de un bien, pero la función económica de cada uno es diferente. (Soria & Osterling, 2014)

Por todo lo expuesto vemos que es importante realizar de manera conjunta el análisis de los elementos objetivo, subjetivo y causal para poder determinar de manera correcta el tipo contractual ante el cual nos encontramos.

2.3 Reglas y teorías aplicables para la interpretación de los contratos típicos y atípicos.

La importancia de la interpretación de una ley, contrato o cualquier texto jurídico proviene del hecho que el texto a interpretar no es claro, o siéndolo las partes intervienes le otorgan un sentido diferente al mismo, porque en la realidad en muy raras ocasiones encontraremos una ley o contrato con un sentido completamente claro lo cual haría innecesaria su interpretación, pero la realidad es distinta, motivo por el cual es necesario acudir a reglas o teorías dadas por la norma o la doctrina para poder interpretar los contratos.

El profesor Juan Garibotto (1991) nos indica que la interpretación consiste en:

La captación del sentido de las manifestaciones de voluntad que constituyen el contenido del acto jurídico. Con la misma orientación se ha dicho que la interpretación de los negocios jurídicos es una actividad lógica encaminada a buscar y fijar el significado de las manifestaciones de voluntad, a fin de establecer su contenido (...) interpretar un negocio es determinar el sentido y alcance de las cláusulas que contiene.

Existen varios sistemas de interpretación, que están comprenden una actividad lógica que busca desentrañar el significado de las manifestaciones de voluntad, para poder establecer su contenido. La doctrina ha definido dos sistemas para este fin, el sistema subjetivo y objetivo. (Salcedo, 2013).

2.3.1. Sistema Subjetivo.

Proviene de la doctrina clásica, este sistema lo que busca es la real y verdadera intención de los contratantes al momento de celebrar el negocio jurídico, para esto se intenta adentrar la conciencia de las partes contratantes. Ahora bien, de la lectura del contrato es muy difícil llegar a determinar de manera precisa, cuáles eran las intenciones de las partes al momento de

contratar, razón por la cual este sistema no admite el descubrimiento de la voluntad de solo uno de los sujetos, sino el sentido general del contrato.

El Código Civil se refiere a este sistema subjetivo en el artículo 1576 que establece “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.” (Asamblea Nacional, 2018)

Entonces vemos que la labor ante el cual se halla el intérprete es verdaderamente difícil, pues deberá revelar la intención de ambas partes, más allá de lo literal de las palabras usadas en las cláusulas del contrato, logrando en muchos casos solamente acercarse a esta verdadera intención.

2.3.2. Sistema Objetivo.

Como sabemos la consensualidad es la regla general en materia contractual, razón por la cual basta con la simple voluntad de las partes contratantes para que se perfeccione el negocio jurídico, de esta manera el contrato podrá ser verbal o escrito; una vez que se ha perfeccionado el contrato al interprete, siguiendo este sistema, no le interesa determinar la voluntad de las partes, preferirá por lo tanto lo que se encuentre expresado de manera textual y taxativa en el documento.

Este sistema tiene como base el Código Civil Alemán, el cual toma en cuenta los usos y costumbres de una sociedad en determinada época, así como la buena fe para poder interpretar el contrato, el intérprete también podrá remitirse a las cláusulas adicionales que conformen el contrato para buscar el sentido real del documento celebrado.

Es importante tener en cuenta siempre estos dos sistemas al momento de interpretar un contrato, puesto que existen situaciones que no se encuentran detalladas en el papel pero que

forman parte del mismo, pero por otra parte, no podemos siempre centrarnos en la búsqueda de la voluntad que cumple el sistema subjetivo, ya que esto podría llegar a alejarnos de la realidad contractual, por lo que es importante adoptar una postura mixta que recoja ambos sistemas. (Salcedo, 2013)

Existen diversas formas de interpretar los negocios jurídicos, en esta línea el profesor peruano Aníbal Torres (2011) resume de la siguiente manera:

- Interpretación Doctrinal: Conocida también como científica, es aquella que es realizada con fines didácticos o científicos, esta busca facilitar el trabajo de los jueces al momento de realizar una interpretación, exponiendo las diferentes posibilidades de solución, que deberán ser puestas a prueba por los jueces con un caso práctico, para comprobar si la solución propuesta es práctica.
- Interpretación Judicial: Es aquella que la realiza el órgano judicial en el ejercicio de sus funciones, esta es vinculante para las partes y puede llegar a establecer jurisprudencia.
- Interpretación Auténtica: Solo puede ser realizada por la persona u órgano que creó una determinada norma, en nuestra materia decimos que solo los contratantes podrán realizar una interpretación auténtica del contrato que celebraron.
- Interpretación Común: Se refiere a aquella interpretación que puede ser realizada por una persona común, está siempre estará sujeta a la correcta interpretación de los operadores judiciales.
- Interpretación Declarativa: En esta clase de interpretación debe ser tomado en cuenta solo la literalidad del texto, este no debe ser ampliado ni restringido en ninguna manera.

- Interpretación Modificativa: Se constituye a su vez por dos formas más de interpretación: extensiva y restrictiva. La primera es aquella que amplía el significado del texto; y el segundo es aquel que reduce el alcance de un texto.

2.3.3. Reglas de Interpretación de los Contratos.

En nuestro país se usa el sistema subjetivo que describimos previamente, el intérprete al momento de realizar el análisis del documento existe un orden de prelación que debe ser seguido este es:

- Lo pactado por las partes.
- Reglas especiales del contrato típico.
- Normas generales de los contratos y obligaciones.

Este será el orden a seguir siempre que nos encontremos ante un contrato típico, en caso de que no sea así y estemos ante un contrato atípico, por la falta de regulación de la figura contractual en la norma, el orden de prelación varía de la siguiente manera:

- Lo pactado entre las partes.
- Usos y costumbres.
- Normas generales de los contratos y obligaciones.
- Teorías de aplicación de normas de contratos afines.

2.3.3.1. Lo pactado entre las partes.

Siempre que el contrato cumpla con los requisitos mínimos de validez determinados en el artículo 1461 del Código Civil, el primer punto a analizar en todo contrato será definir si las partes han pactado alguna cláusula que presente una solución al inconveniente, puesto que el artículo 1561 del cuerpo citado anteriormente determina que el contrato es ley para las partes,

por lo que si el problema tiene una solución pactada dentro del contrato se deberá a estar a lo que se ha pactado, aun siendo esta solución contraria a la norma, siempre que la ley no tenga carácter imperativo sobre esta situación.

Es decir que si las partes, respetando las limitaciones de la autonomía de la voluntad, deciden establecer una solución a un posible problema, pues se estará a lo pactado en el contrato, aún si esta solución convenida es contraria a la ley.

Pero también puede existir la posibilidad de que en el contrato no se haya propuesto o exista una solución a todos los posibles problemas que puedan llegar a existir en el desenvolvimiento del negocio jurídico, por lo que siempre existirán situaciones que no hayan sido cubiertas en el contrato, creando de esta manera un vacío contractual, el cual deberá ser solucionado tomando en cuenta el orden de prelación mencionado anteriormente.

2.3.3.2. Reglas Especiales.

Aquí tenemos la primera diferencia en la interpretación de los contratos típicos y atípicos, una vez analizado en contrato y de no hallarse una posible solución en el mismo, deberemos recurrir a las reglas establecidas por los legisladores para el contrato correspondiente, ya que sabemos el contrato se rige de manera supletoria por las normas determinadas para el contrato en concreto, por lo que deberemos buscar si el legislador ha establecido una determinada solución en la norma para la situación en la que nos hallemos, pero al igual que en el regla anterior es muy probable que el legislador tampoco haya cubierto el total de las posibilidades que lleguen a existir en la relación contractual, pudiéndonos encontrar ante una regulación especial deficiente o que no solucione el problema, por lo que correspondería acudir a la siguiente regla.

2.3.3.4. Usos y Costumbres.

Ante esta regla nos encontraremos siempre y cuando se trate de un contrato atípico con tipicidad social, ya que como hemos dicho este tipo de contratos cuentan con reglas sociales establecidas por medio de la costumbre mercantil que rige en un determinado lugar, por lo que las partes esperan que ante una negligencia en el contrato, está sea cubierta con alguna regla que se aplique comúnmente en un determinado lugar, esto de acuerdo con el artículo 6 del Código de Comercio que indica que la costumbre suple el silencio de la ley, siempre y cuando estos cumplan con los requisitos señalados para ser considerados como tal, y el artículo 1562 del Código Civil que señala que los contratantes no están solo obligados a cumplir con lo expresado en el contrato, sino además todas las obligaciones que por ley o costumbre atañan a determinado contrato.

2.3.3.5. Normas Generales de los Contratos y Obligaciones.

Si no se ha encontrado una posible solución en las reglas especiales, tratándose de un contrato típico, o en los usos y costumbres, en los contratos atípicos, se habilita la posibilidad de acudir a las normas generales de los contratos y obligaciones, en el Código Civil podemos encontrar ciertas reglas de carácter general para la interpretación de los contratos entre estas encontramos:

“Art. 1576.- Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.” (Asamblea Nacional, 2018)

Esta norma hace referencia al sistema subjetivo que hemos descrito previamente, por lo que en nuestro país se hace uso de este sistema para que el intérprete pueda buscar una posible solución a los conflictos nacidos de un negocio jurídico.

“Art. 1578.- El sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de surtir efecto alguno.” (Asamblea Nacional, 2018)

Esta regla se refiere al principio conocido como de utilidad, siempre se preferirá la utilidad de una cláusula, ya que si no nos encontraríamos ante una intrascendencia jurídica que no produciría ningún efecto.

“Art. 1579.- En los casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que más bien cuadre con la naturaleza del contrato.

Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.” (Asamblea Nacional, 2018)

Este artículo también se refiere al tenor de las cláusulas del contrato, y señala que la interpretación debe ir de acorde a la naturaleza del contrato, debido a que las palabras pueden tener diferente acepciones gramaticales como judiciales y estas deberán ser interpretadas apegadas a la naturaleza del contrato.

“Art. 1580.- Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra.” (Asamblea Nacional, 2018)

La finalidad de esta regla es que el contrato sea interpretado como un todo, y no se pretenda descomponer el contrato, para de esta manera lograr armonizar las cláusulas constantes en el mismo, pretendiendo lograr que no exista conflicto alguno entre estas.

“Art. 1582.- No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.” (Asamblea Nacional, 2018)

Esta última regla se refiere en su primer párrafo al principio del *indubio pro*, es decir en caso de duda se debe fallar a favor del deudor, el párrafo segundo establece una sanción a la parte que redactó de manera ineficaz una de las cláusulas, debiendo de esta manera interpretar la misma en su contra.

Además de las reglas señaladas deberán tomarse en cuenta, según corresponda, la normativa existente relativa a las obligaciones de dar, hacer y no hacer, que se encuentran reguladas en el Código Civil.

2.3.3.6. Teorías de aplicación de normas de contratos afines.

Como lo señala el artículo 18 del Código Civil los jueces no podrán denegar o suspender la administración de justicia por oscuridad o falta de ley, por lo que si habiendo aplicado las reglas previas y sin haber encontrado una solución, el intérprete podrá utilizar las normas de contratos afines, sobre este tema se han planteado tres teorías: la de la absorción, la de la combinación y la de la aplicación analógica.

Teoría de la Absorción.

Esta teoría señala que en los contratos atípicos debe buscarse la prestación o el elemento preponderante, para de esta manera poder aplicar las normas del contrato típico, al que

pertenece ese elemento preponderante, de tal manera que el contrato atípico viene a ser absorbido por la regulación del contrato típico.

La problemática de esta teoría gira entorno a la determinación de esa prestación preponderante, puesto que en muchos casos no es posible determinar el mismo, y en caso de poder llegarlo a determinar se dejan de lado esas prestaciones secundarias que vuelven atípico al contrato, por lo que es una teoría insuficiente para una correcta interpretación de los contratos atípicos. (Soria & Osterling, 2014)

Teoría de la Combinación.

Según esta teoría, debemos descomponer cada uno de los elementos y prestaciones constantes en el contrato atípico, para de esta manera poder llegar a enmarcar cada una de estas prestaciones con las de un contrato típico correspondiente, y por lo tanto las normas supletorias de ese contrato atípico serán todas aquellas de los contratos típicos a los que correspondan sus prestaciones. (Arce, 2010)

La crítica a esta de esta teoría pasa por el hecho de que el contrato atípico no es una suma o mezcla de varios elementos típicos, sino se trata de una unidad, de un contrato único que tendrá una finalidad excepcional, por lo que no debería ser interpretada por medio de la regulación de cada uno de sus elementos típicos.

Teoría de la Analogía

Por último la teoría de la analogía a diferencia de las otras tesis no busca dividir ni descomponer el contrato en sus elementos y prestaciones, más bien analiza el contrato atípico en todo su conjunto, buscando determinar cuál es la figura típica más similar para de esta manera aplicar de manera supletoria la normativa de ese contrato típico.

La crítica a esta tesis se asemeja a la de la teoría de la absorción, debido a que varias veces resulta dificultoso lograr equiparar un contrato atípico con una de las figuras contractuales recogidas por el legislador, por lo que es posible que en algunos casos esta teoría pueda ser insuficiente para una correcta interpretación.

Como conclusión podemos decir que cada una de estas teorías nos aporta una posible solución para un conflicto en la interpretación, pero no debemos olvidar que siempre es importante buscar la finalidad o función económica del contrato, que es la razón por la cual las partes decidieron celebrar un determinado contrato, para de esta manera no crear una afección a la relación contractual.

CAPÍTULO 3

3. EL CONTRATO DE “DISTRIBUCIÓN O CONCESIÓN MERCANTIL” EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ECUATORIANO.

1.1 El Contrato de Distribución.

Previo a hacer referencia al contrato de distribución es importante hacer referencia a los sistemas o canales de distribución, puesto que por la complejidad del comercio y el mercado actual, se exige la búsqueda de nuevas maneras de introducir los diferentes productos al alcance de los consumidores, de un modo más rápido, eficaz y a un costo menor, para esto se han desarrollado los llamados canales de distribución o sistemas de distribución, nuestro Código de Comercio en su Título VII Capítulo I, que los define como:

Art. 522.- Los sistemas de distribución, en general, comprenden los contratos que se celebran entre fabricantes, proveedores, mayoristas o importadores, y terceros, a quienes se les encomienda la labor de comercializar en una determinada zona geográfica los productos o servicios de propiedad de los primeros. (Asamblea Nacional, 2019)

Estos sistemas pueden operar de dos maneras, la primera ocurre cuando la empresa productora es la misma que se encarga de introducir sus productos en el mercado para el consumidor final, esta se la conoce como venta directa; la segunda es cuando la venta al consumidor final se la realiza por medio de un tercero, que actúa a nombre propio pero se encuentra ligada, por medio de un contrato, con la empresa fabricante., en este último caso se provoca una desvinculación entre los productores y los consumidores finales de los productos, volviéndose necesario la intervención de esta tercera persona, que será la encargada de colocar los productos en el mercado.

Es necesario referir que como parte de estos sistemas de distribución el Código de Comercio establece a diferentes contratos dentro de esta categoría, estos son: distribución o concesión mercantil, franquicia y el contrato de uso de conocimiento, cabe recalcar que todos estos contratos se regulaban de manera atípica antes de la entrada en vigencia del nuevo Código de Comercio.

Es sustancial para la empresa intermediaria conocer estos canales de distribución, para que de esta manera se pueda tomar una correcta decisión, en relación al tipo de figura contractual a celebrarse, ya que según el tipo de contrato que se elija, la empresa podrá promocionar los productos o servicios de una manera más eficiente.

En relación a la correcta elección del canal de distribución el profesor Arce Gargollo (2010) presenta los tres grados de exposición que la compañía busca para su mercado, criterios que nos ayudaran para la correcta elección de uno de estos contratos.

En primer lugar tenemos a la distribución intensiva, en la cual se busca posicionar el producto en todos los comercios posibles para su comercialización, para que de esta manera los productos sean de fácil obtención, al poderlos conseguir en cualquier establecimiento, un ejemplo de este podrían ser las gaseosas ya que se grado de exposición es muy alto, y pueden ser obtenidas en cualquier tipo de tienda, restaurante o bar.

Después nos encontramos con la distribución exclusiva, la cual se caracteriza por elegir un escaso número de proveedores en una delimitada zona geográfica, incluyendo generalmente la prohibición de venta productos de la competencia, logrando de esta manera un mayor control en la comercialización del producto por parte del distribuidor.

Finalmente está la distribución selectiva, que se trata de una modalidad intermedia entre las modalidades descritas previamente, en esta se busca llegar a varios intermediarios, pero no

a totalidad de los establecimientos que se busca en la distribución intensiva, obteniendo de esta manera el fabricante un mayor control sobre la comercialización de su producto.

Una vez realizada la distinción de los diferentes grados de exposición que pueden tener los diferentes canales de comercialización, las partes podrán decidir que figura contractual se ajusta más sus necesidades y finalidades en relación al producto o servicio que se busca ofertar en el mercado.

3.1.1. Concepto.

El contrato de distribución es un contrato relativamente nuevo, en comparación con otros contratos que se remontan a la antigua Roma, este tiene su origen en Alemania, alrededor del año 1920, donde los productores de cerveza buscaban a una tercera persona que sea la encargada de la puesta en el mercado de sus productos, para estos se usaban las figuras de mayoristas y minoristas, los primeros adquieren el producto directamente del fabricante y a su vez lo venden al minorista, que será la persona encargada de comercializarla al consumidor final.

Este contrato en nuestro país fue tipificado en el año 2019 con la expedición del Código de Comercio, de esta manera ahora tenemos en la normativa un concepto del contrato de distribución, en el artículo 524 del cuerpo mencionado previamente, el que establece:

Art. 524.- Contrato de distribución es aquel por el cual una parte, llamada concedente o principal, confiere a otra, llamada concesionario o distribuidor, la posibilidad de vender los productos que fabrica o que, a su vez, distribuye con capacidad de delegar la distribución a terceros, en un territorio determinado; así como de prestar servicios, o una combinación de ambos de manera continuada o estable, actuando como empresario

o comerciante independiente y asumiendo el riesgo y ventura de tales operaciones.
(Asamblea Nacional, 2019)

Como podemos ver el concepto dado por el Código de Comercio es un concepto amplio, ya que no solo se limita a la venta o distribución de los productos o servicios, sino también hace referencia a la posibilidad de poder delegar la distribución a un tercero, y recalcando la independencia jurídica y económica entre las partes.

En contraposición a este concepto amplio encontramos la definición realizada por Heriberto Hocsman (2007) que dice:

Aquel en el que una de las partes, llamada distribuidor, se obliga a adquirir de la otra, denominada empresa o empresario, los productos que esta fábrica o comercializa, revendiéndolos en el mercado por cuenta y riesgo propios, a cambio de un beneficio o margen de reventa. (p. 87)

Como podemos ver en la definición citada previamente, se trata de un concepto reducido, en comparación con el que trae nuestro código, pero con la diferencia de que este último concepto hace una breve referencia a la utilidad o beneficio que va a recibir el distribuidor al llevar a cabo este contrato, también podemos encontrar otros conceptos, como el propuesto por el profesor Arce Gargollo (2010) que indica:

Es aquel por el que el distribuidor (concesionario) se obliga a adquirir, comercializar, y revender a nombre y por cuenta propia, los productos del fabricante, productor o principal (concedente) en los términos y condiciones de reventa que éste señale. El empresario tendrá la facultad de imponer al distribuidor determinadas obligaciones sobre la organización del negocio para la comercialización y reventa de los productos.

Del análisis de la definición precedente, podemos ver que este autor se distancia de los conceptos plasmados previamente, al incluir como potestad del fabricante la posibilidad de

incluir obligaciones sobre la comercialización al distribuidor, situación que puede llegar a presentarse dada las infinitas posibilidades a la que debe dar respuesta este tipo de contrato, pero no creemos que sea una de las características principales del contrato, para llegar a incluirlo en su definición.

El problema que se presenta en el concepto es la comparación de dos contratos, si bien similares, diferentes en la práctica comercial, la distribución y la concesión mercantil, si bien muchos autores equiparan sus conceptos, creemos que es erróneo ya que se trata de figuras similares pero de diferente alcance en cuanto a los derechos y obligaciones de las partes, lo cual se expondrá de manera más extensa en otro punto.

Una vez señalada la errónea comparativa de los contratos que realiza la norma, por medio de un análisis de los diferentes y variados conceptos que nos trae tanto nuestra normativa, como la doctrina, podemos concluir que el legislador ha logrado plasmar de una manera correcta el concepto del contrato de distribución, mas no el de concesión mercantil, ya que llega a empatar con la función económica del contrato, establecida por la doctrina, que es la de promover y distribuir los productos fabricados por una de las partes, por cuenta y riesgo del distribuidor. (Álvarez, 2012)

3.1.2. Elementos esenciales del contrato.

Como hemos señalado previamente, los elementos esenciales del contrato son aquellos elementos mínimos que debe contener el contrato para que sea válido y pueda este producir efectos deseados, además de los elementos señalados en el artículo 1461 del Código Civil, la norma puede establecer otros elementos que serán establecidos tomando en cuenta la naturaleza de cada contrato.

Pues para el contrato de distribución el Código de Comercio establece en el artículo 530 el contenido mínimo que deberá constar en el contrato, esto es:

Art. 530.- Los contratos de distribución se celebrarán por escrito y en ellos las partes deberán indicar con claridad el alcance del ejercicio de la distribución, así como los derechos complementarios que ésta conlleve. Deberán, en este caso, señalar:

a) Identificación precisa de las partes, nombres y apellidos, documento de identificación válido y vigente, domicilio y la calidad que ostentan y con la que concurren a la firma del contrato cada interviniente, es decir, si obran por sus propios derechos o por los que representan de un tercero;

b) Describir el contenido y características del negocio objeto de distribución comercial;

c) Duración del contrato, así como las condiciones de renovación y modificación del mismo;

d) Formas de remuneración para el proveedor y ventajas económicas para el distribuidor;

e) Causas y efectos de la extinción del contrato, incluyendo los casos y la forma en que, cualquiera o ambas partes, lo podrán dar por terminado; y,

f) Lugar de ejecución del contrato.

En caso de que falte alguno de estos requisitos, con excepción de los establecidos en los literales a) y b), se presumirá la existencia de un contrato de distribución, el cual se interpretará de acuerdo con los usos, procedimientos y costumbres que las partes hayan venido empleando en sus relaciones.

Cuando la formalización escrita no se hubiese llevado a cabo por causa imputable a una de las partes, corresponderá a ésta la carga de probar la existencia de las condiciones contractuales que se separen de lo dispuesto en este Código. (Asamblea Nacional, 2019)

Como ya hemos dicho este artículo establece cual deberá ser el contenido mínimo que deberá contener el contrato, cabe recalcar que además de lo que se establece en el artículo se pueden celebrar otras cláusulas adicionales que analizaremos posteriormente, los literales a y b son los más importantes, puesto que sin estos no se presumirá la existencia del contrato, pero ante la falta de los demás literales el propio código plantea la solución ante la posibilidad de que no se establezcan, ante lo cual se podrá presumir la existencia del contrato, y se le aplicarán los usos y costumbres que se hayan usado en la relación contractual.

3.1.3. Obligaciones de las partes.

En cuanto a la obligaciones de las partes, la normativa no regula de manera expresa esta situación, es decir no existe un artículo que contenga una lista de las obligaciones de cada una de las partes, pero podemos encontrar ciertas obligaciones y prohibiciones esparcidas por toda la regulación de este contrato, un ejemplo de esto lo podemos encontrar en el artículo 533 que indica “El proveedor está obligado a suministrar al distribuidor la información comercial y técnica que sea precisa para promover la mejor distribución de los bienes o servicios objeto del contrato.”, como podemos ver este artículo señala una obligación que deberá cumplir el fabricante o principal (Asamblea Nacional, 2019)

Otro claro ejemplo de esto lo encontramos en la prohibición establecida en el artículo 536 que establece:

Art. 536.- El proveedor no podrá obligar a la compra de lotes o series de suministro con productos no requeridos por el distribuidor, o a volúmenes de compra que desborden la demanda real del distribuidor o las posibilidades de oferta de éste en las condiciones en que se encuentra en un momento determinado. (Asamblea Nacional, 2019)

En razón de que las obligaciones no se encuentran detalladas claramente en la norma es necesario remitirse a la doctrina para poder establecer las obligaciones de cada una de las partes.

Obligaciones del distribuidor.

La primera y más básica obligación del distribuidor, al tratarse de un contrato traslativo de dominio, será adquirir los productos materia del contrato al fabricante, los cuales va a comercializar para poder obtener un rédito económico, puede ocurrir que dentro del contrato se determine una cantidad mínima de productos que se debe adquirir en un determinado lapso de tiempo, estas cantidades pueden variar durante la vigencia del contrato.

También puede realizarse la entrega del producto con reserva de dominio, hasta que el distribuidor cancele la totalidad del precio del producto, esto para que el fabricante pueda tener una mayor seguridad en caso de que no se le cancele el precio. (Arce, 2010)

La segunda obligación viene ligada a la primera y será la de pagar el precio por los productos adquiridos, los precios generalmente serán determinados en el contrato, o a su vez en una lista de precios, que puede ser revisada y modificada cada cierto tiempo, ya que el precio puede variar durante la vigencia del contrato, por último lo relativo al lugar y a la forma de pago dependerá de lo estipulado en el contrato.

Estas serán las obligaciones principales del distribuidor, pero dependiendo de las cláusulas que se puedan llegar a incluir en el acuerdo podemos tener otras obligaciones más, como la de respetar el pacto de exclusividad, o el acuerdo sobre los signos distintivos, etc.

Obligaciones del principal.

La obligación principal del principal será la de realizar la entrega del producto, para que se haga efectiva la transmisión de la propiedad de las cosas, para que el distribuidor pueda

revenderlas, esta entrega deberá cumplir con las cantidades, calidades, plazo y lugar determinados en el contrato.

Así mismo el fabricante deberá respetar las diferentes cláusulas que se puedan establecer en el contrato, como la de exclusividad, o los acuerdos relativos a los signos distintivos.

3.1.4. Derechos de las partes.

Lo mismo sucede con las normas relativas al derecho de las partes, no encontramos un artículo que detalle de manera expresa cuáles serán los derechos de cada una de las partes, sino encontramos de manera dispersa ciertos artículos que otorgan determinadas facultades a las partes, como la facultad que tiene el proveedor a ejercer su derecho a la venta directa, salvo pacto en contrario, determinada en el artículo 538 del Código de Comercio.

Por lo que nuevamente debemos recurrir a la doctrina para poder determinar cuáles son los derechos de los que goza cada una de las partes.

3.1.4.1. Derechos del distribuidor.

El principal derecho del distribuidor es que se le fije un precio menor al precio de venta al público, para de esta manera poder obtener lucro por medio de la reventa del producto, otro derecho será el de poder exigir el envío de las cantidades y calidades de las mercadería determinadas en el acuerdo, así como la información comercial y técnica del producto.

3.1.4.2. Derechos del principal.

Los derechos del principal a decir de Juan Farina (1999) se pueden resumir en “el precio de venta del producto o servicio, y percibir el precio de la mercadería remitida al distribuidor. (Farina, 1999)

3.1.5. Independencia económica y jurídica.

Se trata de uno de los aspectos más importantes del contrato, ya que esta característica lo puede llegar a diferenciar de otros contratos, como el de agencia, en el que existe un vínculo de orden laboral, es por esto que Doynel (2010) expresa que el contrato de distribución “supone una delegación de la facultad de comercialización a otra persona, distinta de la empresa productora. Por lo tanto, no puede asimilarse al contrato de distribución la actuación de la productora a través de filiales o sucursales, aun cuando estas tengan por objeto la distribución de sus productos”, por lo que en ningún contrato de distribución puede referirse a la misma empresa realizando las labores de comercialización, en este supuesto no nos encontraríamos ante este tipo de contrato. (Doynel, 2010)

El artículo 529 del Código de Comercio establece claramente que existirá en los contratos de distribución una independencia económica y autonomía jurídica entre las partes del contrato. (Asamblea Nacional, 2019)

El fabricante recurre a esta figura para no tener que asumir el riesgo que conlleva esta actividad comercial, esto puede responder a diferentes razones como: la falta de logística para realizar la comercialización del producto, por la especialidad de la persona con la que se contrata, etc.

Esta independencia económica y jurídica traerá consigo dos consecuencias principales, la primera relativa a la asunción del riesgo y la segunda a la pertenencia de la clientela.

La asunción del riesgo es que “el distribuidor asume todos los riesgos de la empresa, desde el relativo al resultado útil de su actividad hasta el inherente a que su actividad no le aporte ningún beneficio e, incluso, el correspondiente a soportar pérdidas por los productos comprados que no ha sido capaz de revender. Por otro lado, sus beneficios económicos se derivan de la

diferencia entre el precio al que compra los productos y el precio al que los revende”. (Soria & Osterling, 2014)

Mientras que la pertenencia de la clientela es importante puesto que el distribuidor no está obligado a transmitir al fabricante la lista de sus clientes, pero el fabricante a su vez no será responsable por la deuda de los clientes con el distribuidor, denotando de mayor manera la inexistencia de un vínculo laboral entre las partes.

3.2 Clausulas aplicables al contrato de distribución.

Como hemos expresado previamente existen varias cláusulas accidentales que se le puede aplicar a este tipo de contrato, estas dependerán de la voluntad de las partes, es decir si estas desean incluirlas o no dentro del contrato, dependiendo cual sea la finalidad que busquen satisfacer por medio de la celebración del contrato. Estas cláusulas se encuentran claramente designadas en el artículo 531 del Código de Comercio, que señala:

Art. 531.- Si así lo acuerdan las partes, los contratos de distribución podrán referirse, adicionalmente, a algunos de los siguientes aspectos:

- a) Si la distribución debe hacerse directamente por el distribuidor o si éste puede delegar esa facultad a terceros que actuarán bajo su responsabilidad;
- b) Lo relativo a los signos distintivos y otros elementos susceptibles de protección de acuerdo con la legislación en materia de propiedad intelectual, que identifiquen el establecimiento, actividad, bienes o servicios de la red de distribución. Salvo pacto en contrario, los derechos de propiedad intelectual se entenderán de propiedad exclusiva del principal; o,
- c) Los acuerdos de exclusividad respecto de una gama de productos o servicios, o a un grupo de clientes, siempre dentro de las condiciones que establece la ley que regula el control del poder de mercado. (Asamblea Nacional, 2019)

3.2.1. Acuerdos de exclusividad.

Dentro de las diversas cláusulas accidentales que se pueden llegar a fijar dentro de los contratos de distribución o concesión, encontramos las cláusulas de exclusividad, esta deberá ser pactada y de ninguna manera se podrá presumir la existencia de esta cláusula.

Esta exclusividad puede referirse a diferentes circunstancias, las más comunes son la de exclusividad de zona geográfica y la exclusividad de productos, sin dejar de lado la posibilidad de otros tipos de exclusividad como la de una gama de clientes que la expresa el propio Código de Comercio en el artículo 531.

La exclusividad de zona geográfica no es más que una limitación que se le impone al distribuidor en cuanto a la zona donde puede realizar sus ventas, por lo que no deberá colocar sus productos fuera de la zona delimitada en el contrato.

En relación a esta delimitación Calavia (2010) indica que existen dos posibilidades referentes a la exclusividad territorial:

Pacto de territorialidad simple: cuando el proveedor asume la obligación de no suministrar a otros distribuidores dentro de la zona o territorio.

Pacto de territorialidad reforzada: cuando el proveedor se obliga, además, a imponer el respeto de la exclusividad de zona/territorio a los otros distribuidores. (Calavia, 2010)

Por otra parte la exclusividad de productos por la parte del distribuidor se relaciona con el abastecimiento del producto, por lo que este solamente podrá aprovisionarse directamente del fabricante o de la persona que este último indique; desde la parte del fabricante, esta exclusividad se refiere a la imposibilidad de producir otros productos que hagan competencia a sus distribuidores.

Por último la exclusividad sobre los clientes se refiere a determinar a qué sector deberá el distribuidor ofertar los productos, a manera de ejemplo podemos decir que un distribuidor

se encargará del sector hotelero, mientras que otro distribuidor se le delegará la atención del sector institucional.

Es importante mencionar que al momento de redactar una cláusula de exclusividad no se debe dejar de tomar en cuenta la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, puesto que los contratos de distribución pueden llegar a ser considerados, en determinadas situaciones, prácticas anticompetitivas, por lo que se deberá cumplir con las exenciones del artículo 12 de dicho cuerpo, para que este contrato no sea determinado por el órgano de control como una práctica anticompetitiva.

3.2.2. Número mínimo de ventas.

Esta cláusula implica una obligación para el distribuidor, este deberá adquirir un número determinado de bienes para colocarlos en el mercado, el interés de esta cláusula más sobre los bienes que deben ser puestos en el mercado por sobre la adquisición de los mismos, estas adquisiciones se realizarán de manera periódica, puede ser mensual, trimestral, anual, etc., por lo que debe tomarse esta estipulación como un número mínimo de ventas al consumidor final que deben ser realizadas.

3.2.3. La subdistribución.

La misma norma es la que nos trae la posibilidad de que en el contrato de distribución se incluya una cláusula que posibilite al distribuidor contratar a terceros, que actúen bajo su responsabilidad, motivo por el cual el contrato de subdistribución en ningún caso puede exceder los términos establecidos en el contrato base, por ejemplo si en el contrato base se establece una exclusividad sobre una determinada zona geográfica para el distribuidor, el subdistribuidor no podrá colocar sus productos más allá de la zona establecida, ya que existe una dependencia entre estos contratos, lo cual provocará también la extinción del subcontrato en caso de que el distribuidor incurra en alguna causal para la terminación del contrato.

3.2.4. Derechos de propiedad intelectual.

En relación a los derechos sobre los signos distintivos de la empresa estos pueden o no incluirse dentro de la negociación, habilitando al distribuidor para que pueda hacer uso de los mismos, en caso de que esto ocurra, se puede pactar una cláusula de colaboración publicitaria, que consistirá en que el distribuidor asuma un porcentaje determinado de los costos de la publicidad, en razón de que la publicidad realizada sobre el producto o servicio será de ayuda no solo para el fabricante, si no también será útil al distribuidor al momento de buscar posicionar el producto o servicio dentro del mercado.

3.2.5. La remuneración.

Nuestros legisladores han optado por nombrar como remuneración a aquel lucro que percibe el distribuidor, dado por la diferencia entre el precio preferencial al que adquiere el bien con el precio de reventa.

Sobre esta remuneración es importante realizar un análisis, ya que los artículos 541 y 542 del Código de Comercio determinan lo siguiente:

Art. 541.- La forma de remuneración deberá constar detallada y claramente en el contrato de distribución, pudiéndose acordar que la misma sea establecida a través de comunicaciones posteriores entre el proveedor y el distribuidor, siempre y cuando, conste expresamente en el contrato.

Art. 542.- Cuando la remuneración no esté señalada y determinada en los términos del contrato de distribución, conllevará a la terminación del mismo pese a que se encuentre suscrito entre las partes. En todo caso, si el distribuidor hubiese concretado ventas, quedará obligado el proveedor a viabilizar el cumplimiento de las mismas y a concederle al distribuidor una comisión que se considere en un porcentaje aceptable en el mercado para gestiones a nombre de terceros.

Estos artículos imponen la obligación a las partes de determinar la remuneración de manera expresa y detallada en el contrato, otorgando la posibilidad de establecerla por medio de comunicaciones posteriores entre las partes, pues este es uno de los artículos más controvertidos que trae la normativa en cuanto al contrato de distribución, ya que se trata de una cláusula nueva que no era común en este contrato, y las consecuencias de su omisión son excesivas a tal punto que esto puede afectar a la seguridad jurídica, otorgando un mecanismo para la terminación del contrato no contemplado previamente.

A lo previamente expuesto debemos añadir que en varios casos se vuelve una tarea muy ardua la de definir de una manera clara la remuneración, ya que los precios se encuentran en función de un sinnúmero de variables, como pueden ser los aranceles o tributos establecidos para ese determinado bien o servicio, el transporte, las condiciones de oferta y demanda, etc. Motivo por el cual es difícil incluirla de una manera clara y detallada como lo exige la ley.

3.3 Formas de extinción del contrato de distribución.

Los contratos de distribución pueden extinguirse de diferentes maneras, estas pueden ser: por el vencimiento del plazo, muerte o inhabilidad de una de las partes, de mutuo acuerdo entre las partes, por una de las causas pactadas en el contrato, por la resolución del contrato y por la falta de establecimiento de la remuneración del distribuidor.

Con relación al vencimiento del plazo debemos señalar que el contrato de distribución en un contrato de tracto sucesivo, lo cual supone que las obligaciones que nacen del contrato no se agotan en un solo momento, si no se van cumpliendo a lo largo del tiempo. La duración del contrato puede ser determinada o indefinida, se deberá siempre expresar el plazo, caso contrario se entenderá que el contrato es indefinido.

En el caso de que se haya establecido un plazo determinado, el contrato terminará con la llegada de este, a menos de que se haya establecido una cláusula de renovación automática del

contrato por el mismo plazo, o en el supuesto de que ambas partes siguieron cumpliendo con sus obligaciones después del plazo establecido, deberá entenderse esta continuación como una renovación del contrato en los mismos términos, pero con un plazo indefinido.

Mientras que si no se estableciere plazo o se disponga que sea indefinido, podrán las partes dar por terminado el contrato por medio de un aviso con una anticipación que puede ser establecida en el contrato, o a falta de esta el aviso deberá ser realizado con una anticipación de noventa días, contados desde el día siguiente de la notificación.

El contrato de distribución se basa en la confianza que existe entre las partes, por lo que podemos decir que en muchos casos se trata de un contrato *intuitu personae*, por lo que en principio la muerte o inhabilidad por quiebra o insolvencia del distribuidor acarrea la terminación del contrato.

Al tratarse de un contrato meramente consensual, por lo que basta con la sola voluntad de las partes para que este se perfeccione, y como sabemos que en derecho las cosas se deshacen de la misma manera que se hacen las partes de mutuo acuerdo podrán terminar el contrato en cualquier momento.

Sobre las causas pactadas en el contrato, como ya hemos señalado el contrato de distribución es un contrato consensual, y las partes son libres de pactar las causas o situaciones que ellos crean sean pertinentes para que una de las partes pueda solicitar la terminación del mismo a la contraparte.

Como sabemos todo contrato bilateral lleva inserta la condición resolutoria tácita, que permite a la parte que ha cumplido con sus obligaciones solicitar a la otra el cumplimiento o la resolución del contrato, este incumplimiento debe ser declarado por un juez.

En relación a esta última causal de terminación del contrato es necesario señalar que se trata de una nueva causal que ha sido incluida en la normativa que tipifica este contrato, esta

causal puede acarrear varios problemas, ya que como hemos dicho antes la cláusula que establece la remuneración del distribuidor no era de uso común en este contrato, por las dificultades expuestas previamente, lo que trae un grave problema ya que muchos contratos siguen siendo celebrados sin esta cláusula, puesto que muchas veces se trataban de contratos de adhesión, lo que deja abierta la posibilidad de que cualquiera de las partes de por terminado el contrato fundamentándose en la falta de esta cláusula en cualquier momento, pudiendo causar de esta manera un perjuicio a la parte que desea continuar con la ejecución del contrato.

3.4 Comparativa entre el contrato de distribución regulado de manera atípica y la regulación actual.

Realizando una comparativa entre el contrato de distribución regulado de manera atípica y otro con la regulación actual, que se encuentran en los anexos 1 y 2 del presente trabajo, podemos evidenciar que existen varias semejanzas y algunas diferencias, siempre debiendo tener en cuenta que los contratos deben responder a las necesidades específicas de las partes, por lo que pueden tener distintas cláusulas.

En relación a las obligaciones del proveedor podemos ver que en su mayor parte ambos contratos establecen cláusulas similares, de la misma manera en cuanto a las obligaciones del distribuidor, puesto que en ambos casos se establecen la obligación de la entrega del producto por parte del fabricante al distribuidor, y por otra parte la obligación de realizar el pago, en la forma pactada, por parte del distribuidor al proveedor.

También vemos que en los dos contratos encontramos cláusulas accidentales como es la de la exclusividad territorial, ya que estas cláusulas se usaban de manera regular aún antes de la expedición del Código de Comercio, además de estas se podrían agregar otras cláusulas

como la de número mínimo de ventas, sobre la posibilidad de subdistribución, la publicidad, etc.

Finalmente la mayor diferencia que tenemos entre estos dos contratos es la que se encuentra en la cláusula decima del anexo 2, que se refiere a la obligación del distribuidor de revender los productos en el precio establecido, cláusula que no era de uso común en este contrato dado la dificultad para definir estos precios como hemos ya explicado. La inclusión de esta cláusula puede traer varios inconvenientes puesto que algunos contratos de distribución pueden tratarse de contratos de adhesión los cuales en muchos casos no hacen referencia a esta remuneración lo que daría la posibilidad que cualquiera de las partes decida dar por terminado el contrato en cualquier momento.

Como podemos ver no existe un cambio diametral en cuanto a estos dos contratos, puesto que se asemejan en varios pasajes, como son las obligaciones y derechos de las partes, pero esta situación no sucede con ciertas cláusulas que no incluidas en estos contratos de manera común, pero que por la normativa actual, deben ser incluidas de manera obligatoria, *so pena* de que cualquiera de las partes pueda dar por terminado el contrato en cualquier momento de la relación contractual, lo cual es un despropósito en el ámbito comercial, puesto de que se trata de una contrato que tiene una finalidad de lucro para ambas partes.

Por otra parte es cierto que la generación de esta normativa referente a contratos mercantiles, llega a complementar y suplir el silencio de muchos contratos que no contenían cláusulas claras, y la falta de regulación provocaba que la solución de los conflictos que se podrían llegar a presentar, sea de muy difícil resolución, situando a los jueces en muchos casos en la obligación de recurrir a normativa de otros contratos, en algunos casos hasta civiles, para poder dar con una solución, situación que se encuentra lejos de lo ideal.

3.5 Diferencias entre el contrato de distribución y otras figuras afines.

Es importante establecer diferencias que existen entre el contrato de distribución y otros tipos contractuales que han nacido por la rápida evolución y dinamismo del comercio, muchas de estas figuras pueden parecer similares en ciertos aspectos, motivo por el cual resulta importante establecer estas diferencias.

3.5.1 Diferencia con el contrato de agencia.

El contrato de agencia es aquel por el cual una persona llamada agente asume el encargo de promover los negocios de otra, de manera estable, como intermediario independiente sin llegar a asumir el riesgo de las operaciones comerciales.

La semejanza que encontramos entre estas figuras es que tanto el agente como el distribuidor realizan su actividad a nombre propio e independiente de la otra parte, pero el agente no adquiere los productos al fabricante para luego revenderlos, si no este tiene la función de promover y concretar acuerdos comerciales por cuenta ajena, para ser remunerado con una comisión, mientras que el distribuidor percibe su ganancia por la diferencia entre el precio adquirido y el de reventa.

3.5.2. Diferencia con el contrato de suministro.

El Código de Comercio define al contrato de suministro como aquel en el cual una parte se obliga con otra a ejecutar prestaciones periódicas o continuadas de bienes y servicios, a cambio de una contraprestación; por lo que la finalidad del contrato de suministro es el aprovisionamiento de bienes o servicios que son indispensables para la producción de otro bien. (Asamblea Nacional, 2019)

La diferencia entre estos contratos es que mientras en la distribución se adquieren los productos con el fin de revenderlos, debiendo cumplir con las condiciones impuestas por el

fabricante. En el suministro en cambio la adquisición se la realiza para darle un uso personal al producto.

3.5.3. Diferencia con el contrato de franquicia.

De manera resumida el contrato de franquicia es aquel en que el franquiciante entrega la licencia de uso de marca, el *know how* y asiste al franquiciado para la explotación comercialmente a cambio de una retribución.

Nuestra norma categoriza al contrato de franquicia como uno de los contratos de los sistemas de distribución, pero no es una distribución en sentido estricto, para aclarar esto Calejari (1996) expresa:

Una franquicia no es una distribuidora ni una comercializadora. Los distribuidores son intermediarios. Compran productos al mayoreo a los fabricantes y los revenden a los minoristas. No están limitados por restricciones de calidad o de variedad ni deben seguir un sistema de negocios prescrito por una compañía matriz. (p. 46).

De la cita de la autora podemos llegar a establecer varias diferencias entre estos dos contratos, como vemos en el caso de la distribución se trata de un intermediario a diferencia del franquiciado que no lo es, este último deberá seguir de manera exacta las directrices dictadas por el franquiciante, situación que no acontece en la distribución.

3.5.4. Diferencia con el contrato de Concesión mercantil.

Debemos empezar señalando que existen varios autores, como el profesor Manuel Álvarez Didyme-dóme, quien señala que estas dos figuras contractuales confluyen en una sola, al compartir muchas de sus características, por lo que se vuelve muy difícil establecer las particularidades que puedan llegar a indicar la diferencia entre ambos contratos, tornándose inútil intentar realizar una diferenciación (Álvarez, 2012), refiriéndose al mismo tema el

catedrático Juan Farina señala que “el distribuidor y el concesionario tienen en común que ambos son comerciantes independientes, que aceptan comprar para revender ciertos materiales o productos de una marca determinada a condición de que el fabricante o proveedor les conceda la venta de sus productos en un sector determinado”, denotando las características similares que existen entre estos dos contratos. (Farina, 1999, pág. 419)

Nuestro actual Código de Comercio equipara estas dos figuras como si de una sola se tratase, si bien son figuras muy similares pero estas tienen alcances diferentes en ciertos aspectos. En relación a esto Barbieri señala que el concesionario utiliza la marca y demás signos distintivos de la empresa concedente, situación que difícilmente se da en los contratos de distribución, y generalmente el distribuidor tiene a comerciantes minoristas como clientes, mientras que el concesionario contrata directamente con los consumidores finales. (Barbieri, 1998)

Pero la característica que más nos puede ayudar a distinguir a estos contratos viene dada por la mayor injerencia y control que ejerce el concedente en relación a las obligaciones que se establezcan al concesionario, como pueden ser: las especificaciones que deberá cumplir el concesionario en relación al adecuamiento del establecimiento donde se ofertará el producto, un control estricto en los precios de venta de los productos o servicios, la prohibición total de ofertar productos de otra marca, y en muchos la obligación de prestar un servicio de post venta, volviéndose imprescindible la obligación de mantener un determinado stock de repuestos o del establecimiento de una mecánica para la reparación y mantenimiento del producto, obligaciones que no presentan en el contrato de distribución.

De esta manera vemos que es posible establecer ciertos parámetros u obligaciones que nos pudieran ayudar a diferenciar ante que tipo de figura contractual nos encontramos, por lo que es necesario que la norma distinga y regule de manera específica cada una de estas figuras,

que son similares, pero tienen alcances diferentes, que deben ser tomados en cuenta dependiendo del tipo de negocio a llevarse a cabo.

Conclusiones y recomendaciones

La figura del contrato es una parte fundamental dentro del desarrollo del derecho privado, con su origen apegado al derecho civil y fundamentándose en las bases de estos, como los elementos esenciales del contrato, posteriormente nace el derecho mercantil, el cual ha sido trascendental para el desarrollo del comercio y de las actividades comerciales, al poder adaptarse a las diferentes necesidades de los comerciantes durante el transcurso del tiempo dada su naturaleza cambiante y vertiginosa evolución, gracias a no tener que cumplir las excesivas formalidades establecidas en el Código Civil para los contratos civiles.

Con la evolución del derecho, tanto en el ámbito civil como en el mercantil, ha logrado clasificar de diversas maneras a los contratos, entre ellas tenemos a los contratos típicos y atípicos, los cuales encuentran su fundamentación en el principio de la autonomía de la voluntad, de vital importancia en el derecho canónico, otorgando a las partes la capacidad de celebrar los diferentes acuerdos que crean convenientes, respetando ciertos límites; pero estas realidades sociales pueden ser recogidas por los legisladores para transformar de esta manera a los contratos en típicos, el problema que ocurre es que al legislador le es imposible predecir todas las situaciones que puedan ocurrir durante el desenvolvimiento del contrato, y provocando de esta manera un menoscabo en el dinamismo que caracteriza al derecho comercial.

Por otra parte la tipificación del contrato aporta beneficios como poder recurrir a la norma en el caso de alguna disputa entre las partes y encontrar muchas veces la respuesta de cómo se debe proceder, sin la necesidad de acudir a las diversas teorías que ha desarrollado la doctrina para la solución de conflictos en los contratos que no cuentan con una normativa positiva, que en muchos casos puede ser insuficiente.

El Código de Comercio que entró en vigencia en el año 2019, ha traído grandes cambios dentro del derecho contractual, llegando a tipificar varios tipos contractuales que tenían plena

vigencia con su regulación atípica, entre estos contratos hallamos al contrato de distribución o concesión mercantil, ahora se establece un régimen legal para este contrato que llega a ser extremadamente delimitado, logrando en alguna medida otorgar soluciones para cierto problemas, que además confunde dos figuras contractuales y tomándolas como semejantes. Todo esto ha provocado la pérdida del dinamismo y flexibilidad que caracterizaba a este contrato, como por ejemplo con la obligatoriedad de inclusión de la cláusula de la remuneración del distribuidor y su desmedida sanción, que permite a las partes dar por terminado el contrato, situación que no se acostumbraba a incluir en este tipo de contratos.

Considero que no se justifica la necesidad de tipificar figuras contractuales como el de la distribución que tenían una plena validez previamente, dado que los elementos del contrato han sido ya desarrollados por la actividad comercial y sus necesidades, prolongando la costumbre de que los comerciantes de crear su propio derecho. Además de que se debe tener en cuenta que la ley desde que nace comienza a envejecer, por lo que le es difícil por no decir imposible, predecir las necesidades futuras del comercio y los comerciantes.

Por todo lo expuesto creo es necesaria una reforma al Código de Comercio debido a que en ningún momento se ha logrado justificar la necesidad de tipificar estos contrato mercantiles, y lo único que se ha provocado en ciertos casos es crear inseguridad jurídica por a falta de apego a la realidad que existe en la normativa actual, personalmente considero que los contratos mercantiles no deberían regularse y en caso de que se los reglamenten la normativa debería ser somera refiriéndose a aspectos básicos del contrato para de esta manera no afectar a la evolución del derecho mercantil y contractual.

BIBLIOGRAFIA

- Abeliuk, R. (1993). *Las Obligaciones*. Santiago de Chile: Dislexia Virtual.
- Alessandri, A. (2004). *De los Contratos*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Álvarez, M. J. (2012). *Contratos Mercantiles*. Ibagué: Oficina de Publicaciones Universidad de Ibagué.
- Arce, J. (2010). *Contratos Mercantiles Atípicos*. Mexico D.F.: Editorial Porrúa.
- Arrubla, J. (2015). *Contratos Mercantiles*. Bogotá: Legis S.A.
- Asamblea Nacional. (2018). *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 46. 24.
- Asamblea Nacional. (2019). *Código de Comercio*. Quito: Registro Oficial Suplemento No. 497. 29 de mayo de 2019.
- Asamblea Nacional. (2020). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449. 20 de octubre de 2008.
- Barbieri, P. (1998). *Contratos de empresa*. Buenos Aires: Ed. Universidad.
- Bello, A. (1856). *Código Civil Chileno*. Santiago de Chile.
- Broseta, M. (2003). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- Calavia, J. (2010). *Los contratos de distribución comercial: novedades legislativas y jurisprudenciales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Calegari de Grosso, L. (1996). *Contratos atípicos: Franchising*. Buenos Aires: Némesis.
- Casado, M. L. (2009). *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: Valletta Ediciones.
- Castrillón y Luna, V. (2006). *Contratos Mercantiles*. Mexico D.F.: Editorial Porrúa.
- Cevallos, V. (2005). *Contratos Civiles y Mercantiles*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Cevallos, V. (2013). *Manual de Derecho Mercantil*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Coello, H. (2006). *Teoría del Negocio Jurídico*. Cuenca: Fundación Chico Peñaherrera.
- Coello, H. (2010). *Obligaciones*. Cuenca: Fundación Chico Peñaherrera.
- Colin, A., & Capitán, H. (1952). *Curso Elemental de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Reus.

- De Castro, F. (1982). Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. *Anuario de Derecho Civil*, 987-1086.
- Doynel, S. (2010). *Contratos de Distribución*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Duguit, L. (2006). *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleon*. Pamplona: Analecta, Ediciones y Libros.
- Engisch, K. (2004). *La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*. Granada: Editorial Comares.
- Farina, J. (1999). *Contratos Comerciales Modernos*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Garibotto, J. C. (1991). *Teoría General del Acto Jurídico*. Buenos Aires: Ediciones de Palma.
- Garrido, R., & Zago, J. (1998). *Contratos Civiles y Comerciales*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Garrigues, J. (1972). *Curso de Derecho Mercantil*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- Gete Alonso, M. (1979). *Estructura y Función del Tipo Contractual*. Barcelona: Bosch.
- Hocsman, H. (2007). *Contratos modernos de distribución comercial*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- López, J. (2001). *Los Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile.
- Martínez Morales, R. (2017). *Diccionario Jurídico: Teórico Práctico*. Ciudad de Mexico: IURE Editores.
- Martínez, R. (2017). *Diccionario Jurídico: Teórico Práctico*. Mexico D.F.: IURE Editores.
- Narvaez, J. (1986). *Introducción al Derecho Mercantil*. Bogotá: Editorial ABC.
- Quevedo, I. (2008). *Derecho Mercantil*. Naucalpan de Juárez: Pearson Educación de México S.A.
- Ramírez Hernández, R. (2001). Consideraciones etimológicas sobre los términos contrato y convenio. *Revistas de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social*.

- Rodríguez, H. V. (1998). *Lecturas Seleccionadas y Casos de Derecho Civil IV*. Guatemala: Editorial Estudiantil Fénix.
- Salcedo, A. (2013). Los contratos atípicos y los mecanismos de interpretación. *Revista Análisis Internacional*, 251-270.
- Solar, L. C. (1979). *Solar, Luis, Explicaciones de Derecho Civil y Comparado Volumen V*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Soria, A., & Osterling, M. (2014). *Contratos modernos: Elementos esenciales y reglas aplicables para acuerdos comerciales*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Soro, O. (2016). *El Principio de la Autonomía de la Voluntad Privada en la Contratación: Génesis y Contenido Actual*. Madrid: Editorial Reus.
- Terré, F., Lequette, Y., & Simler, P. (2005). *Droit civil : Les obligations*. Paris : Dalloz.
- Torres, I., & Salazar, C. (2015). *De las Obligaciones y los Contratos Civiles*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Vintimilla, J. (2016). El Contrato de distribución: de la atipicidad a la formalización. *Iuris Dictio*, 207-230.

ANEXOS

Anexo 1: Contrato de distribución atípico.

CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA

PRIMERA: COMPARECIENTES.-

En la ciudad de Cuenca, a los XX días del mes de XX de XX, comparece por una parte el señor Y, en su calidad de Representante Legal de YYY S.A., a quien se le podrá denominar "EL PROVEEDOR" y, por otra parte, el Arquitecto X, en su calidad de Gerente Y Representante Legal de la Compañía "XXX CIA. LTDA., quien podrá ser llamado, en adelante como "EL DISTRIBUIDOR", se suscribe un Contrato de Distribución y Comercialización Exclusivo, al tenor de las siguientes cláusulas y estipulaciones.

SEGUNDA: ANTECEDENTES.-

La empresa YYY S.A., es una empresa productora y exportadora de los siguientes productos:

-

Es de interés del proveedor contar con un socio comercial que importe y venda sus productos en el área de Ecuador y Perú.

XXX CIA. LTDA., es una empresa legalmente constituida en la República del Ecuador, con una amplia experiencia y trayectoria en la importación, fabricación y comercialización de productos y acabados para la construcción.

Es de interés de los contratantes suscribir el presente contrato, por ir en beneficio de sus legítimos intereses, reconociendo cada una de las partes que, por medio del presente documento, iniciarán una relación que generará obligaciones recíprocas desde el momento mismo de su suscripción.

TERCERA: OBJETO DEL CONTRATO.-

En virtud de los antecedentes expuestos, los contratantes acuerdan que “EL DISTRIBUIDOR” comercialice dentro de los países de Ecuador y Perú, los productos especificados en la cláusula primera, mismos que son producidos y suministrados por EL PROVEEDOR.

CUARTA: EXCLUSIVIDAD.-

El PROVEEDOR mediante el presente instrumento le otorga a XXX CIA. LTDA. el derecho exclusivo de usar la marca, comercializar los productos, mercadear, publicitar y distribuir todos sus productos, dentro de los límites territoriales de los Países de Ecuador y Perú, comprometiéndose por lo tanto, a no vender ni otorgar una distribución de cualquiera de sus productos a ninguna otra persona natural ni jurídica, en los países nombrados en la presente cláusula.

QUINTA: ZONA DE DISTRIBUCIÓN.-

“EL DISTRIBUIDOR” se compromete a comercializar los productos especificados en los “Antecedentes” dentro de los límites territoriales de los países de Ecuador y Perú. El DISTRIBUIDOR se compromete a respetar esta delimitación y no comercializar los productos dentro de esta zona establecida.

SEXTA: OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR.-

- Cumplir a cabalidad con la obligación de proveer y abastecer oportunamente los productos a “EL DISTRIBUIDOR”; por ello “EL PROVEEDOR” se compromete a avalar que los mismos tendrán una óptima calidad, de conformidad a los estándares y normas ecuatorianas e internacionales.
- “El PROVEEDOR” mantendrá una debida organización y un íntegro control en la distribución y provisión de productos, los mismos que se mantendrán en un stock

suficiente para satisfacción de los requerimientos del territorio; para ello, coordinará con “EL DISTRIBUIDOR” sobre dicha organización;

- “EL PROVEEDOR” se obliga a mantener una base de datos actualizada sobre todas las devoluciones realizadas que se hubieren producido, con la finalidad de asegurar la óptima calidad de los productos y del servicio prestado;
- “EL PROVEEDOR”, por medio del presente convenio, se compromete a no vender, distribuir o comercializar directa o indirectamente, los productos inherentes al presente acuerdo comercial, a los clientes que “EL DISTRIBUIDOR” haya desarrollado o autogestionado en el ámbito territorial pactado, derivados de sus relaciones comerciales propias, dentro del plazo de vigencia de este acuerdo.
- “EL PROVEEDOR” destinará para publicidad un valor equivalente al diez por ciento (10%) del presupuesto anual de compras de productos efectuados de los productos; dicho porcentaje cubrirá la publicidad a nivel nacional en cada país.
- Se aclara expresamente que “EL DISTRIBUIDOR” no asume ninguna obligación en cuanto a publicitar los productos objeto del presente contrato de distribución en sus operaciones mercantiles, salvo que lo creyere conveniente para sus intereses.
- Para efectos del presente contrato, no se entenderán como gastos publicitarios: la infraestructura utilizada en el Departamento de Publicidad, obsequios a clientes, invitaciones y entrenamientos; y,
- “EL PROVEEDOR” deberá cooperar en las promociones y venta de los productos, suministrando al distribuidor toda la ayuda e información que se estime necesaria para este objeto.

- “EL PROVEEDOR” dará el soporte y garantía de todos sus productos de acuerdo a las disposiciones que para el efecto ha determinado.
- “EL PROVEEDOR” brindará capacitación sobre las características técnicas de todos sus productos.
- “EL PROVEEDOR” se compromete a mantener actualizada las características, aplicaciones y demás aspectos de los productos que existen en la actualidad y de los nuevos que se importen a futuro.
- “EL PROVEEDOR” ofrece a disposición del Distribuidor la página WEB de la empresa para que este pueda acceder a información que podrá utilizar para su gestión de venta.

SÉPTIMA: OBLIGACIONES DEL DISTRIBUIDOR.-

- a) “EL DISTRIBUIDOR” no podrá comercializar o distribuir los productos fuera del ámbito territorial permitido por el presente convenio. En este sentido, tomará las medidas pertinentes para evitar cualquier reexportación de los productos, hecha en forma directa o indirecta;
- b) “EL DISTRIBUIDOR” coordinará con “EL PROVEEDOR” para mantener existencias suficientes de los productos, con la finalidad de satisfacer los requerimientos dentro del ámbito territorial permitido en este acuerdo;
- c) “EL DISTRIBUIDOR” comercializará los productos detallados en la cláusula primera, de acuerdo a las políticas de mercadeo establecidas por esta última, las mismas que serán previamente conocidas por parte del primer compareciente;

- d) “EL DISTRIBUIDOR” informará a “EL PROVEEDOR” oportunamente sobre la situación referente a comercialización y ventas, así como de la publicidad, precios y existencias de los productos; y,

OCTAVA: CLÁUSULA DE COMERCIALIZACIÓN.-

“EL PROVEEDOR” se compromete con “EL DISTRIBUIDOR” a la concesión de un precio especial que contendrá un descuento de un XX por ciento, con relación al precio de venta ofertado al público (p.v.p).

NOVENA: PLAZO.-

El presente convenio comercial tendrá una duración de cinco años, contados a partir de la fecha de suscripción del presente contrato. Al cumplimiento de dicho plazo, las partes podrán renovar el presente contrato en los términos y condiciones que se estipulen con dicho fin.

DÉCIMA: RESOLUCION EXPRESA DEL CONTRATO:

“EL PROVEEDOR” podrá dar por terminado el presente Contrato, de pleno derecho, sin necesidad de trámite judicial o arbitral alguno, sin otro requisito que una comunicación dirigida en este sentido a “EL DISTRIBUIDOR”, en los casos siguientes:

- a) Si “EL DISTRIBUIDOR” no respeta los derechos y títulos de la marca de “EL PROVEEDOR”;
- b) Por fraude, negligencia, incumplimiento o contravención de obligaciones o condiciones constantes en el Contrato; y,

c) Cuando, sin autorización de “EL PROVEEDOR”, el “DISTRIBUIDOR” ceda el Contrato a otras personas naturales o jurídicas.

“EL DISTRIBUIDOR” podrá dar por terminado el presente Contrato, de pleno derecho, sin necesidad de trámite judicial o arbitral alguno, sin otro requisito que una comunicación dirigida en este sentido a “EL PROVEEDOR”, en los casos siguientes:

- a) Cuando “EL PROVEEDOR” incumpla con alguna de las cláusulas del presente convenio; y,
- b) Cuando “EL PROVEEDOR” no provea en el plazo de XX días a “EL DISTRIBUIDOR”, los productos a los que se encontraba obligado a entregar a este último.

DÉCIMA PRIMERA: MONTO DE COMPRAS.-

El distribuidor se compromete a comprarle en productos a “EL PROVEEDOR” un monto que oscilaría entre los XX dólares de los Estados Unidos de América y los XX dólares de los Estados Unidos de América, ANUALMENTE.

DÉCIMA SEGUNDA: FORMA DE PAGO.-

El Distribuidor se compromete a pagar de la siguiente forma todos los productos que adquiera al Proveedor:

DÉCIMA TERCERA: PRODUCTOS NO SOLICITADOS.-

De darse el caso que el proveedor envíe productos no solicitados por el distribuidor, éste último pagará el valor correspondiente a dichos productos, únicamente luego que estos ya se hayan vendido, de lo contrario no estará obligado a realizar ningún pago por los mismos.

En el evento que el proveedor desearé la reexportación de los productos que el distribuidor no solicitó, todos los gastos y trámites correrán a cuenta de “EL PROVEEDOR”.

DÉCIMA CUARTA: REPOSICIÓN.-

En caso de presentarse en un momento dado de la negociación que “EL PROVEEDOR” le adeude un monto de dinero a “EL DISTRIBUIDOR” este podrá ser pagado con uno de las siguientes formas:

A- Devolución del Dinero.

B- Nota de Crédito

C- Entrega de producto solicitado por “EL DISTRIBUIDOR”.

DÉCIMA QUINTA: CLÁUSULA PENAL:

En caso que “EL PROVEEDOR” venda, comercialice u otorgue distribución de sus productos a otra persona natural o jurídica que no sea “XXX CÍA. LTDA.”, “EL PROVEEDOR” tendrá que pagar a “EL DISTRIBUIDOR” un valor de XX dólares de los Estados Unidos de América, como una penalidad voluntariamente impuesta por incumplimiento de sus obligaciones en este ámbito.

En caso que “EL DISTRIBUIDOR” extralimite en su territorio y comercialice los productos de “EL PROVEEDOR” fuera de los límites territoriales de los países de Ecuador y Perú, sin previa autorización de este último, XXX CÍA. LTDA.” tendrá que pagar a “EL DISTRIBUIDOR” un valor de XX Dólares de los Estados Unidos de América, como una penalidad voluntariamente impuesta por incumplimiento de sus obligaciones en éste ámbito.

DÉCIMA SEXTA: DOMICILIO Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.-

En caso de controversias o diferencias derivadas de este contrato y de las obligaciones en el contenidas las partes en forma expresa renuncian fuero y domicilio, sujetándose al juicio arbitral, ante el Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de la Producción del Azuay, de conformidad con la ley en la materia y al Reglamento Interno de dicho Centro, aclarándose que el arbitraje será en derecho.

Leído como fue el presente, los comparecientes se ratifican en su contenido, para constancia firman al pie en dos ejemplares de igual tenor literal, con la rúbrica que utilizan en todos sus actos públicos o privados, ofreciendo reconocer las mismas ante la autoridad competente en caso de ser necesario.

Y
“EL PROVEEDOR”

X
GERENTE XXX CIA. LTDA
“EL DISTRIBUIDOR”

Anexo 2: Contrato de distribución típico.

CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

PRIMERA: COMPARECIENTES.- Comparecen por una parte el Señor X en su calidad de gerente y representante legal de XXX CIA. LTDA., y por otra, la Señora Y, por sus propios derechos. Las partes se obligan mediante el presente contrato de distribución al tenor de las siguientes cláusulas y estipulaciones:

SEGUNDA: DEFINICIONES.- Para efectos del presente contrato se tendrá los términos que se detallan a continuación, entendiéndose éstos, en el sentido que aquí se transcriben:

1. **"El Proveedor".-** hará referencia a XXX CIA. LTDA. empresa constituida al amparo de las leyes de Ecuador, con Registro Único de Contribuyentes No. XXXXXXXXXXXX.
2. **"El Distribuidor".-** Aludirá a la Señora Y, personas naturales quienes ejercen actividad comercial bajo al amparo de las leyes de Ecuador, con los Registro Único de Contribuyentes No. XXXXXXXXXXXX.
3. **"Productos".-** XXX CIA. LTDA se dedica a la importación y venta de artículos para la publicidad; el primer compareciente pone a órdenes a la Señora Y una amplia gama de productos que este distribuye según los pedidos realizados.
4. **"Territorio de Ventas".-** Comprende exclusivamente el territorio perteneciente a la Provincia del Azuay en donde el Distribuidor podrá realizar ventas.

TERCERA: OBJETO: A través del presente contrato, El Distribuidor adquiere los derechos para comercializar y distribuir los productos, sola y exclusivamente dentro del territorio comprendido en el Numeral 4 de la Cláusula Segunda.

CUARTA: OBLIGACIONES DE EL DISTRIBUIDOR: Por este contrato, El Distribuidor se obliga expresamente, entre otras cosas, a lo siguiente:

- Vender en las condiciones establecidas en el presente contrato los productos y servicios que a su vez le sean proveídos por parte de El Proveedor.
- No vender ni distribuir los productos y servicios materia de este contrato fuera del territorio de ventas.
- Mantener informada a El Proveedor de manera mensual, sobre las condiciones y actividades de los competidores de ésta, dentro del territorio de ventas;
- No emitir garantía alguna sobre el producto, que involucre de cualquier forma a El Proveedor, que no sea aquella garantía de expresamente otorgada por ésta;
- Informar por escrito o vía electrónica, de manera mensual a El Proveedor, acerca de:
 - Precios de productos similares o sustitutos a los de la empresa, distribuidos o vendidos en el territorio de ventas, fabricados dentro del mismo o en el extranjero.

- Cualquier otra información o aspecto que pudiere incidir en el curso de la comercialización de los productos

- Cancelar oportunamente los valores correspondientes a mercadería que le sea entregada por El Proveedor. El incumplimiento de este compromiso obligará al El Distribuidor a cancelar intereses por mora en sus pagos. El retraso en los pagos a favor de El Proveedor por un período mayor de 30 días, será causal suficiente para dar por terminado el presente contrato de manera unilateral por parte de XXX Cía. Ltda.

- Someterse a los términos y condiciones que, de común acuerdo entre las partes, se convengan para efectos de promociones, publicidad, participación en ferias o eventos de similar orden, teniendo siempre presente que es de mutuo interés, fomentar el volumen de ventas de los productos. Estos términos y condiciones serán estipulados y aceptados por las partes mediante anexos al presente contrato de manera escrita.

- Someterse a los términos y condiciones que plantee El Proveedor para la concreción de negociaciones especiales dirigidas al sector industrial;

- Someterse a las Políticas Comerciales establecidas por El Proveedor, en lo que fuere pertinente; y,

- El Distribuidor deberá cumplir con las metas, presupuestos y planes de ventas que de común acuerdo se establezcan.

QUINTA: OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR.- Por su parte, El Proveedor se obliga a lo siguiente:

- El Proveedor venderá los productos al El Distribuidor con un precio de venta preferente, mediante la entrega de un listado con precios especialmente determinados para distribuidores;
- Cooperar con El Distribuidor en las promociones y venta de los productos, suministrando al El Distribuidor toda la ayuda e información que se estime necesaria para este objeto.
- Dar el soporte y garantía de todos sus productos de acuerdo a las disposiciones que para el efecto ha determinado.
- Dar capacitación sobre las características técnicas de todos sus productos.
- Mantener actualizada las características, aplicaciones y demás aspectos de los productos que existen en la actualidad y de los nuevos que importen a futuro.
- Poner a disposición de El Distribuidor la página WEB de la empresa para que este pueda acceder a información que podrá utilizar para su gestión de venta.

SEXTA.- INVENTARIO INICIAL.- Se adjunta al presente contrato el listado de productos, con sus respectivas cantidades, precios y el valor total del mismo, así como los productos, que se han acordado entre las partes, que formarán parte del inventario Inicial con el que comenzará El Distribuidor y que le será entregado por El Proveedor, posterior a la firma del presente contrato.

En caso de existir productos que no sean de interés de El Distribuidor, su devolución se la deberá realizar en un plazo máximo de 8 días a partir de la entrega de los mismos, caso contrario se entenderá la aceptación tácita por parte de El Distribuidor, quedando facultado y autorizado El Proveedor de cobrar la respectiva factura comercial en el valor constante en la lista de precios y en las condiciones de plazo y forma de pago por las partes acordadas.

SÉPTIMA: COMUNICACIÓN ENTRE LAS PARTES.- El Proveedor designará a uno de sus vendedores para que El Distribuidor sea atendido de manera oportuna y eficaz. En todo lo referente a los despachos de producto a favor de El Distribuidor, estos se los efectuarán desde las Bodegas que mantiene El Proveedor, en la Ciudad de Guayaquil; los funcionarios de El Distribuidor podrán comunicarse con las oficinas de El Proveedor para hacer los pedidos que correspondan, los mismos que se enviarán a las oficinas de El Distribuidor.

OCTAVA: DEVOLUCIONES.- No se aceptarán devoluciones de productos que hayan sido pedidos por El Distribuidor, únicamente se aceptarán devoluciones cuando se hayan enviado diferentes productos o diferentes cantidades a las solicitadas por El Distribuidor, en este caso se harán los arreglos necesarios para entregar exactamente lo solicitado por El Distribuidor, estas devoluciones deberán ser realizadas máximo ocho días después de recibidas, de lo contrario el proveedor ya no las recibirá y deberán ser facturadas y cobradas.

NOVENA: FORMA DE PAGO.- El Distribuidor se compromete a pagar de la siguiente forma todos los productos que adquiera a El Proveedor:

Primero y único Pago.- A 60 días contados a partir de la entrega de los productos, El Distribuidor se compromete a pagar el 100% del valor total de la factura.

DÉCIMA: LISTADO DE PRECIOS.- El Distribuidor se obliga a vender sus productos al precio sugerido por El Proveedor previamente establecido en el listado nacional de precios de venta al público para todos y cada uno de los productos que El Distribuidor ofrecerá. En ningún caso El Distribuidor podrá vender el o los productos materia de este contrato por debajo de los

precios establecidos por El Proveedor. En caso de que esto suceda, será considerada como razón y causa suficiente para que El Proveedor de por terminado el contrato de distribución de manera unilateral.

DECIMA PRIMERA: VENTAS DIRECTAS.- XXX Cía. Ltda., se reserva el derecho de tener vendedores directos de su empresa en la Provincia de El Oro y las ventas que efectúen estos funcionarios serán canalizadas directamente XXX CÍA. LTDA, sin que El Distribuidor tenga absolutamente nada que reclamar por este motivo.

DECIMA SEGUNDA: CLÁUSULAS ADICIONALES.- El Proveedor, no tendrá ninguna responsabilidad con los Clientes de El Distribuidor, no responderá por promociones, ofertas, condiciones de pago u otras concesiones o prebendas que El Distribuidor haya ofrecido a sus clientes.

- El Proveedor no responderá por daños y perjuicios ocasionados por demoras o suspensión en la entrega de sus productos, causadas por caso fortuito o fuerza mayor, reglamentaciones gubernamentales o liquidación de línea;
- El Proveedor podrá dar por terminado este contrato en el supuesto de que El Distribuidor realizare una competencia desleal.
- Los derechos emanados de este contrato son indivisibles y no podrán ser transferidos si no es con consentimiento expreso y escrito de El Proveedor; y,
- Se deja expresa constancia de que la relación existente entre las partes es exclusivamente contractual, fijada por las cláusulas del presente contrato, aclarando que entre ellas no existe relación alguna de carácter laboral, filial, solidaria. De igual forma las partes declaran expresamente que entre los trabajadores de El Distribuidor y El Proveedor no

existe relación o vínculo laboral de ningún tipo, de igual forma entre los trabajadores de El Proveedor y El Distribuidor.

DECIMA TERCERA: DURACIÓN DEL CONTRATO.- El presente contrato tiene una duración de un año a partir de la fecha de suscripción del mismo.

DECIMA CUARTA: TERMINACIÓN DEL CONTRATO.- El Contrato podrá darse por terminado por decisión unilateral de cualquiera de las partes; previo a la terminación será necesario que se notifique por escrito a la otra parte con 30 días de anticipación.

Al momento de terminarse el contrato, El Distribuidor queda obligado a pagar todo el dinero que éste le adeude a EL Proveedor, XXX Cía. Ltda. El Distribuidor se obliga a cumplir con dichas deudas en los períodos de vencimiento de las mismas.

DECIMA QUINTA: FUERO Y COMPETENCIA.- En todo lo no dispuesto en este contrato, las partes se someten a las leyes vigentes en el Territorio Ecuatoriano y especialmente a las normas legales constantes en el código de comercio. En caso de presentarse controversias, las partes renuncian domicilio y fuero, se someten a la jurisdicción y competencia de los jueces de la ciudad de Cuenca, Provincia del Azuay y para todo efecto derivado de este contrato al trámite verbal sumario, ejecutivo o especial que corresponda, a elección del demandante

Leído como fue el presente, los comparecientes se ratifican en su contenido, para constancia firman al pie en dos ejemplares de igual tenor literal, con la rúbrica que utilizan en todos sus

actos públicos o privados, ofreciendo reconocer las mismas ante la autoridad competente en caso de ser necesario, en la ciudad de Cuenca a los 26 días del mes de julio de 2016.

X

Gerente XXX CÍA. LTDA.

Y

RUC. XXXXXXXXXXX