



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO COMO HERRAMIENTA APLICADA  
A CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS DEL SECTOR PRIVADO EN EL  
ECUADOR

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos  
para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la  
República

Profesor Guía  
Ms. Edison Alonso Fonseca Garcés

Autora  
Ana Cecilia Narváez Velastegui

Año  
2016

### **DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA**

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

---

Edison Alonso Fonseca Garcés  
Magister en Gobernabilidad y Gerencia Política  
C.C.: 060277007-5

### **DECLARACIÓN DE AUTORÍA DE LA ESTUDIANTE**

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

---

Ana Cecilia Narvárez Velastegui

C.C.: 170540691-4

## **AGRADECIMIENTOS**

A Dios y a la Virgen por haberme bendecido cada segundo de mi vida.

A mis padres y especial a mi madre por haberme obsequiado regalos muy valiosos: vida, fe, amor, abnegación y dedicación.

A todas las personas que día a día han aportado con su importante apoyo, iniciativa y conocimiento, para que este proyecto sea una inolvidable experiencia.

**Ana C.**

## RESUMEN

Los estudios e investigaciones sobre contratos en materia mercantil en el Ecuador generalmente han sido abordados como enfoques descriptivos de la utilidad de su contenido y de sus efectos legales; pero poco se ha discutido su eficacia en términos de resultados, rendimiento y seguridad jurídica. De ahí que, aunque es importante analizar en qué medida un contrato mercantil se ajusta a la norma, es de mayor relevancia explicar las necesidades jurídicas de un contrato mercantil, y su pertinencia dentro de una actividad económica. Precisamente, el Análisis Económico del Derecho (AED) se inscribe en esa perspectiva; vale decir, en la posibilidad de explicar la escala estratégica del diseño y efectos jurídicos de un contrato mercantil, dejando de lado una visión normativista cerrada y admitiendo en el análisis al contrato, como parte de la actividad económica concreta en la que tienen alto valor: las estrategias de los agentes económicos, la información económica, la negociación, el mercado y la regulación jurídica. En esta perspectiva, se reconocen los contratos típicos con tipicidad legal y social, y los contratos atípicos sólo con tipicidad social por la autonomía de la voluntad; por consiguiente, es innegable que el contrato cumple dos funciones, social y económica. Por otro lado, el AED es una herramienta para evaluar objetivamente el grado de beneficio de las partes contractuales, teniendo en cuenta, que todos los costos de transacción deben ser los más bajos posibles y la importancia de una asignación eficiente de recursos. En este sentido, el presente trabajo de titulación lejos de encaminarse hacia una deficiencia normativa teórica, procura aprovechar el AED como enfoque alternativo para solventar un problema jurídico metodológico que se evidencia en la práctica mercantil cuando se trata de asesorar jurídicamente el diseño de contratos atípicos. Finalmente, este trabajo de titulación analiza un modelo contractual estándar, desarrolla una metodología para convertirlo de un contrato mercantil atípico incompleto en uno eficiente a partir de estipulaciones basadas en el AED, con el propósito de que se convierta en una herramienta de aplicación habitual por la comunidad jurídica y empresarial ecuatoriana.

## ABSTRACT

Studies and research about contracts in commercial matters in Ecuador, have generally been addressed as descriptive approaches of the usefulness of its contents and its legal effects, but little has been discussed about its effectiveness in terms of results, performance and legal certainty. Hence, although it is important to analyze if a commercial contract adjusts to the norm, it is more important to explain the legal needs of a commercial contract, and its relevance in an economic activity. Indeed, the Economic Analysis of Law (EAL) falls within this perspective, that is, the possibility to explain the strategic level of design and legal effects of a commercial contract, leaving aside a closed normativity vision, and admitting the analysis of the contract as part of the specific economic activity in which they have high value: strategies of economic agents, economic information, negotiation, market and legal regulation. Under this perspective, nominate contracts are recognized with social and legal criminality, whereas innominate ones are recognized with social criminality only, due to the free will principle; therefore, it is undeniable that the contract meets two functions: social and economic. Furthermore, the EAL is a tool to objectively evaluate the degree of benefit of the contracting parties, bearing in mind that all transaction costs should be as low as possible, and the importance of an efficient allocation of resources. In this regard, the present final year project dissertation, far from moving towards a deficiency theoretical rules, seeks to build on the EAL as an alternative approach to solve a methodological legal problem that is evident in the commercial practice when it comes to legal advice in the design of innominate contracts. Finally, this dissertation analyzes a standard contractual model, develops a methodology to convert it from incomplete, innominate commercial contract, into efficient, from stipulations based on AED, in order that it becomes a tool of regular application by the Ecuadorian legal and business community.

## ÍNDICE

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUCCIÓN .....</b>  | <b>1</b>  |
| <b>1. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO .....</b>   | <b>5</b>  |
| 1.1. Definición .....  | 5         |
| 1.2. Escuelas de pensamiento.....  | 6         |
| 1.3. Relación del análisis económico del derecho con distintas<br>disciplinas en un sistema jurídico ..... | 7         |
| 1.4. Fundamentos.....  | 8         |
| <b>1.4.1. Teoría económica positiva</b> .....  | 9         |
| <b>1.4.2. Teoría económica normativa</b> .....   | 9         |
| 1.5. Aplicabilidad en el sistema jurídico ecuatoriano.....   | 10        |
| <b>1.5.1. Sistema ecuatoriano</b> .....  | 10        |
| <b>1.5.2. Desarrollo de un enfoque integral</b> .....  | 11        |
| 1.6. Conceptos económicos básicos.....   | 14        |
| <b>1.6.1. Mercado</b> .....  | 14        |
| <b>1.6.2. Fallas del mercado</b> .....   | 21        |
| 1.7. Teorema de Coase.....   | 25        |
| <b>1.7.1. Definición y alcance</b> .....   | 27        |
| <b>1.7.2. Importancia</b> .....  | 27        |
| <b>1.7.3. Costos de transacción</b> .....  | 28        |
| <b>2. TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO .....</b>  | <b>34</b> |
| 2.1. Introducción.....   | 34        |
| 2.2. Definición .....  | 34        |
| 2.3. Fuentes del Derecho.....  | 35        |
| 2.4. Contratos .....   | 36        |
| <b>2.4.1. Definición</b> .....   | 36        |

|  |    |
|--|----|
| 2.4.2. Principios .....                                    | 37 |
| 2.4.3. Funciones .....                                     | 38 |
| 2.4.4. Etapas .....  | 38 |
| 2.4.5. Elementos .....                                     | 39 |
| 2.4.6. Clasificación .....                                 | 40 |
| 2.5. Obligaciones .....                                    | 42 |
| 2.6. Prestaciones recíprocas .....                         | 43 |
| 2.7. Responsabilidades .....                               | 45 |
| 2.8. Formalidades .....                                    | 48 |
| 2.9. Eficacia y eficiencia .....                           | 49 |
| 2.10. Modos de extinción .....                             | 50 |
| 2.11. Nulidad .....  | 51 |
| 2.12. Métodos alternativos de solución de conflictos ..... | 53 |
| 2.12.1. Objetivos .....                                    | 53 |
| 2.12.2. Clasificación .....                                | 54 |
| 2.13. Cláusulas .....                                      | 56 |

### **3. CORPUS DE CONOCIMIENTO DEL ANÁLISIS**

|  |           |
|--|-----------|
| <b>ECONÓMICO DEL DERECHO .....</b>       | <b>59</b> |
| 3.1. Teoría microeconómica .....         | 59        |
| 3.1.1. Definición .....                  | 59        |
| 3.1.2. Maximización de la utilidad ..... | 60        |
| 3.1.3. Análisis marginal .....           | 61        |
| 3.1.4. Eficiencia económica .....        | 61        |
| 3.2. Teoría económica del contrato ..... | 63        |
| 3.2.1. Definición .....                  | 63        |
| 3.2.2. Sistema económico .....           | 64        |
| 3.2.3. Titularidad .....                 | 65        |
| 3.2.4. Incumplimiento contractual .....  | 69        |
| 3.2.5. Reglas de compensación .....      | 70        |

|                                    |    |
|------------------------------------|----|
| 3.2.6. Externalidades .....        | 71 |
| 3.2.7. Información asimétrica..... | 73 |
| 3.2.8. Riesgo.....                 | 75 |
| 3.2.9. Incentivos .....            | 78 |

#### **4. SISTEMATIZACIÓN DE UN CONTRATO MERCANTIL ATÍPICO TIPO CON BASE AL ANÁLISIS**

|   |           |
|---|-----------|
| <b>ECONÓMICO DEL DERECHO .....</b>  | <b>83</b> |
| 4.1. Contrato mercantil atípico.....  | 83        |
| 4.1.1. Definición .....   | 83        |
| 4.1.2. Clasificación.....   | 83        |
| 4.1.3. Reglas jurídicas .....   | 89        |
| 4.1.4. Formato .....  | 90        |
| 4.2. Contrato mercantil incompleto.....                                     | 91        |
| 4.2.1. Definición .....   | 91        |
| 4.2.2. Interpretación.....  | 92        |
| 4.2.3. Vacíos contractuales .....   | 93        |
| 4.2.4. Nivel de conflictividad .....  | 94        |
| 4.3. Contrato mercantil eficiente.....                                      | 96        |
| 4.4. Modelo de sistematización .....  | 97        |
| 4.4.1. Objetivos .....  | 98        |
| 4.4.2. Pasos para sistematizar .....  | 98        |
| 4.5. Funciones económicas relacionadas con la eficiencia del contrato ..... | 100       |
| 4.5.1. Costos de transacción .....  | 101       |
| 4.5.2. Costos de información .....  | 101       |
| 4.5.3. Incumplimiento eficiente.....  | 101       |
| 4.5.4. Dependencia eficiente .....  | 101       |
| 4.5.5. Redistribución del riesgo.....                                       | 102       |
| 4.5.6. Internalización de externalidades .....                              | 102       |

|  |            |
|--|------------|
| 4.6. Metodología para convertir un contrato incompleto en eficiente..... | 102        |
| 4.6.1. Negociar con estrategia .....                                     | 103        |
| 4.6.2. Identificar titularidades .....                                   | 105        |
| 4.6.3. Analizar el riesgo .....  | 105        |
| 4.6.4. Redistribuir riesgos .....  | 108        |
| 4.6.5. Establecer precauciones.....                                      | 109        |
| 4.6.6. Prever acciones oportunistas.....                                 | 109        |
| 4.6.7. Establecer reglas por defecto.....                                | 110        |
| 4.6.8. Asignar responsabilidades .....                                   | 111        |
| 4.6.9. Establecer sanciones .....  | 113        |
| 4.7. Matriz relacional de estipulaciones versus función económica .....  | 114        |
| 4.8. Flujo del contrato atípico con análisis económico del derecho ..... | 114        |
| 4.9. Aplicación de la metodología a un contrato mercantil atípico.....   | 117        |
| <b>5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....</b>                           | <b>137</b> |
| 5.1. Conclusiones .....  | 137        |
| 5.2. Recomendaciones.....  | 139        |
| <b>REFERENCIAS .....</b>   | <b>142</b> |

## ÍNDICE DE TABLAS

|  |     |
|--|-----|
| <i>Tabla 1.</i> Sistematización de equivalencias conceptuales..... | 20  |
| <i>Tabla 2.</i> Matriz de riesgo .....                             | 122 |
| <i>Tabla 3.</i> Redistribución de riesgos .....                    | 123 |

## ÍNDICE DE FIGURAS

|   |     |
|---|-----|
| <i>Figura 1.</i> Situación del análisis económico del derecho .....                 | 7   |
| <i>Figura 2.</i> Clasificación de los contratos .....                               | 88  |
| <i>Figura 3.</i> Reglas jurídicas para contratos atípicos.....                      | 90  |
| <i>Figura 4.</i> Escalada de un conflicto .....                                     | 96  |
| <i>Figura 5.</i> Modelo de sistematización .....                                    | 100 |
| <i>Figura 6.</i> Características específicas de un negociador .....                 | 105 |
| <i>Figura 7.</i> Alternativas para evitar o minimizar el riesgo.....                | 108 |
| <i>Figura 8.</i> Flujo del contrato atípico con análisis económico del derecho..... | 116 |

## INTRODUCCIÓN

El contrato como herramienta jurídica y medio de cooperación aplicado en muchas de las actividades del ser humano, cumple una función económica cuando admite la transferencia de derechos en materia mercantil y cuando permite medir la retracción o el crecimiento de la economía, y una función social en tanto es visto como un acto de cooperación a través del cual se benefician tanto las partes contractuales como la sociedad en general (Alzate, 2009, pp. 78-79).

Al respecto, como un efecto derivado de la actividad económica en materia mercantil, en el Ecuador se reconocen dos tipos de contratos: 1) Nominado o Típico; y, 2) Innominado o Atípico. Siendo los primeros, los únicos que gozan con tipicidad legal y social; por otra parte, los segundos, valiéndose de la autonomía de la voluntad, sólo cuentan con tipicidad social dado que existe atipicidad legal al no hallarse normados ni reglamentados en un cuerpo legal específico (Alzate, 2009, p. 331).

Tanto en la doctrina jurídica como en la legislación nacional, los contratos son fuente de obligaciones para las partes contractuales; de hecho, en materia civil el artículo 1453 ejemplifica su origen para las diferentes estructuras contractuales (Código Civil, art. 1453). Asimismo, de manera específica en materia mercantil el artículo 1 regula además de las obligaciones profesionales de comerciantes generadas por operaciones mercantiles, actos y contratos de comercio independientemente de si los contratantes ostentan o no su calidad de comerciantes (Código de Comercio, art. 1).

Por otra parte, las falencias e ineficiencias de cualquier sistema jurídico suelen aparecer desde el mismo instante en que la mayoría de los contratantes del sector privado, en el ejercicio de sus actos comerciales, inician la etapa de negociación, entre otras razones, debido a la presencia de información asimétrica.

Por tanto, la probabilidad de controversias o conflictos dentro del intercambio de bienes y servicios, debido a la presencia de externalidades no contempladas en el momento del diseño del contrato que estimulan al incumplimiento eficiente, tiende a incrementar y a convertirse en un asunto jurídico común en las actividades económicas de los comerciantes y no comerciantes.

Es oportuno señalar que las externalidades en materia contractual pueden definirse como efectos directos producidos por las partes contractuales en el bienestar de otros agentes económicos ajenos al acto jurídico (Veljanovski, 2007, p. 39).

Al respecto, ante la aparición de contingencias, el cumplimiento de un contrato mercantil dependerá, según el grado de incentivos, del beneficio que le reporte a cada una de las partes el cumplir o no con las cláusulas del contrato.

Entonces, el análisis económico del derecho se constituye en una herramienta adecuada para evaluar objetivamente el grado de beneficio de las partes contractuales, teniendo en cuenta los costos de transacción constituidos por todos los costos de búsqueda y negociación necesarios para la formación del contrato, y la importancia de la eficiencia en los recursos económicos que se alcanza con el Teorema de Pareto cuando hay una correlación entre la asignación eficiente de recursos y los precios competitivos de dichos recursos; es decir, cuando no sea posible que la posición de una de las partes mejore sin inducir a que la de la otra parte contractual empeore (Nicholson, 2007, p. 357).

Ahora bien, el análisis económico del derecho es poco utilizado en el campo jurídico tanto académico como profesional, por cuanto su análisis se basa en la economía de la teoría clásica de los contratos de acuerdo con el teorema de Coase, consistente en negociar a bajos costos mediante una asignación eficiente de recursos que permitan a las partes contractuales obtener un resultado mutuamente beneficioso (Tavano, 2006, p. 60). Hecho que se evidencia en la escasa jurisprudencia ecuatoriana bajo este enfoque, y en la imperceptible

práctica profesional que demanda la conjunción de destrezas propias de un economista y un abogado.

En este sentido, la presente investigación tiene como objetivo general, proponer la utilización del análisis económico del derecho en el diseño y formación de un contrato mercantil atípico para el sector privado como un modelo de aplicación gerencial, y como una herramienta metodológica que asista a la norma jurídica y a una adecuada toma de decisiones, de manera que se opte por la eficiencia económica, se reduzca la asimetría de la información reflejada en el contenido de los contratos, y se permita agregadurías en caso de externalidades no previstas.

Así pues, los objetivos específicos se resumen en:

1. Definir el marco teórico del análisis económico del derecho y analizar corrientes sobre la teoría del contrato que tienen un enfoque económico en el campo de incentivos, contratos incompletos y costos de transacción.
2. Proponer un modelo de contrato eficiente para ejemplificar la utilidad de la herramienta, determinando las condiciones del contrato que garanticen su cumplimiento a través de una reformulación metodológica en términos del análisis económico del derecho.
3. Evaluar si la herramienta de análisis contractual basada en el análisis económico del derecho es aplicable en el contexto ecuatoriano.
4. Establecer un marco jurídico y metodológico de referencia sobre la aplicación del análisis económico del derecho en contratos mercantiles que incluya: niveles de riesgo, costos marginales, costos de transacción, entre otros conceptos vinculados a la presente investigación.
5. Identificar los tipos de cláusulas para contratos mercantiles dentro de un enfoque de análisis económico del derecho y de un contrato mercantil atípico,

para establecer mayor seguridad jurídica en las partes contractuales y acercar el Derecho a la sociedad empresarial.

Para cumplir con estos objetivos, se desarrollan los siguientes contenidos:

En el Capítulo I, se explican definiciones económicas básicas, se refiere brevemente el aporte de las escuelas de pensamiento, fundamentos y aplicabilidad en el sistema jurídico ecuatoriano del análisis económico del derecho, y el alcance del Teorema de Coase; con el propósito de establecer una guía introductoria relacionada con el derecho mercantil.

En el Capítulo II, se expone lo relacionado con definiciones, fuentes, obligaciones, prestaciones recíprocas, responsabilidades, formalidades, eficacia y eficiencia, modos de extinción y nulidad; a fin de conceptualizar integralmente en la teoría general del contrato la finalidad de la autonomía de la voluntad inmersa en la formación y/o ejecución de un acto jurídico.

En el Capítulo III, se presentan definiciones, maximización de la utilidad, análisis marginal y eficiencia económica con base a la Teoría Microeconómica; la cual, aplicada conjuntamente con definiciones e instituciones jurídicas relacionadas con la Teoría Económica del Contrato y la Teoría General del Contrato forman una suerte de corpus de conocimiento del análisis económico del derecho, para que éste, pueda ser formulado como una metodología posible de ser utilizada en materia contractual.

Finalmente, en el Capítulo IV, se propone y diseña la sistematización de una herramienta metodológica para convertir un contrato mercantil atípico incompleto en eficiente con base al análisis económico del derecho, considerando definiciones y reglas jurídicas que permitan esbozar la metodología enunciada siguiendo determinados pasos relacionados con las funciones económicas y por ende con la eficiencia del contrato, para por último, dentro del contexto ecuatoriano y sólo con fines ilustrativos exponer la metodología en un contrato de franquicia tipo.

## 1. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

### 1.1. Definición

En un compendio de las definiciones del análisis económico del derecho dadas por la doctrina jurídica, en principio convencional (derecho usual) como por ejemplo la de Guillermo Cabanellas, abogado argentino; Richard Posner, abogado norteamericano; Ronald Coase, abogado y economista británico; Horacio Spector, abogado argentino; se puede decir, que es una metodología que puede ser aplicada en la prevención y solución de conflictos de interés, verbigracia, en materia contractual con base en criterios económicos de mercado, precio, ley de oferta y demanda, entre otros; en el uso de recursos regulados por el ordenamiento jurídico como por ejemplo las fallas del mercado, la información pública, garantías, entre otros; y, en la influencia que éstos puedan tener en la interpretación jurídica, para la maximización de utilidades.

El análisis económico del derecho como técnica analítica, permite la aplicación de principios, métodos y técnicas habituales de la teoría microeconómica en el análisis de los efectos que nuestro sistema de justicia, a través de las instituciones, produce en el comportamiento individual de las personas, cuando éstas toman decisiones concretas de elección racional voluntarias sobre sus preferencias en respuesta a las normas jurídicas, basándose en información disponible pero probablemente asimétrica, acerca de recursos escasos pero susceptibles de ser sustituidos, con el fin de lograr su máxima utilidad. Verbigracia, cuando contractualmente se debe estipular responsabilidades, los agentes económicos pueden decidir tomar un seguro de accidentes personales como medida ante contingencias no estipuladas, con el propósito de minimizar costos de indemnización o compensación.

## 1.2. Escuelas de pensamiento

La doctrina económica vincula el origen del análisis económico del derecho a los siguientes pensadores: (Ruiza, 2015)

1. Jeremy Bentham (1789): abogado inglés, padre de la doctrina utilitarista (principio de la mayor felicidad, no cuantitativo) y autor de la obra *“Introducción a los Principios de la Moral y la Legislación”*, en la que hace referencia a que toda norma o decisión debe ser juzgada según su utilidad; es decir, según la satisfacción que puedan producir o no en las personas mediante el cálculo de su intensidad y duración, certidumbre o incertidumbre; pero sin tener en cuenta las diferencias de calidad. Influyó sobre doctrinas subjetivas de valor: Principio de Pareto (situación en la que una persona puede mejorar su posición sin afectar a otra, por una reasignación de recursos o cambio en la ley).
2. John Stuart Mill (1846): economista británico, autor de la obra *“Principios de Economía Política”*, quien con su teoría del intercambio de prestaciones introdujo la utilidad como un factor importante del valor de cambio de un bien junto con el concepto de costo de producción.
3. Ronald Coase (1960): economista británico, publicó el artículo *“Los costes de la firma”*, en el que dio a conocer su teoría de los costos de transacción. En aquel, hace referencia a que las grandes empresas se clasifican como tal, porque tienen la capacidad de realizar internamente actividades a un menor costo que si las contrataran externamente. Luego de profundizar en los derechos de propiedad, en 1961 presentó el artículo *“El problema del coste social”*, planteando la posibilidad de que si se aplicaba una adecuada asignación de los derechos de propiedad se podría internalizar las externalidades, lo que más tarde se sistematizó en el Teorema de Coase. Ganó el Premio Nóbel de Economía en 1991 (Querol y López, 2014, p. 19).



#### 1.4. Fundamentos

La doctrina económica explica que los fundamentos del análisis económico del derecho satisfacen:

1. Lo positivo: estudia lo que es; en otras palabras, cómo en realidad se resuelven los problemas económicos cuando trata acerca del impacto normativo en el actuar de los agentes económicos (individuos, empresas, Estado) que toman decisiones de forma racional comparando beneficios y costos con la información disponible, pero limitados por las restricciones; y, sobre sus decisiones de satisfacción o bienestar individual, centrándose en la utilidad obtenida y teniendo en consideración el costo de oportunidad; es decir, que de entre muchas opciones se deciden por la que consideran les brinda mayor utilidad. Este concepto de utilidad es abstracto, pues incluye conceptos no cuantificables: altruismo, alegría, desengaño, tristeza, entre otros. Por tanto, no existe un parámetro preciso de utilidad individual; pero sí, una evidente escala de utilidad que prevalece (Querol y López, 2014, p. 16).
2. Lo normativo: estudia lo que debe ser; es decir, cómo debe resolverse los problemas económicos cuando expone que las ventajas normativas en términos del bienestar social, medido desde la sumatoria del bienestar de los individuos, hace imposible incrementar la eficiencia sin aumentar la desigualdad. Sin embargo, bajo el pensamiento utilitarista se antepone la eficiencia a la igualdad distributiva o equidad. Es importante reconocer que los criterios de bienestar social no se miden en términos de ingreso, sino de utilidad o satisfacción (Querol y López, 2014, p. 17).

El procedimiento aplicado para responder a lo positivo (énfasis en la descripción de las normas o prácticas contractuales) y a lo normativo (cómo las normas son utilizadas en la prevención de conductas ineficientes) del análisis económico del derecho está sustentado en las herramientas del análisis microeconómico:

maximización de utilidad, mercados, equilibrio, oferta, demanda, costos, beneficios, entre otros; sin pasar por alto el hecho de que los agentes económicos toman sus decisiones racionalmente al comparar beneficios y costos, partiendo de la información disponible pero a la vez limitados por sus restricciones (Paolantonio, 2006, p. 207).

Entonces, la utilidad del análisis económico para el derecho mercantil respecto a cualquiera de los fundamentos descritos, consiste en precisar si la norma jurídica provoca o no el efecto jurídico o conductual esperado, verbigracia, si la fijación de precios oficiales logra frenar o no la especulación; para obtener una dimensión más precisa del bienestar social a partir de la suma del bienestar individual, sopesando costos y beneficios o ponderando valores sociales en conflicto.

#### **1.4.1. Teoría económica positiva**

Para esta teoría los contratos son dispositivos que permiten: a) Realizar intercambios, de manera que quien otorga más valor a un bien, servicio o recurso se queda con éste. b) Transferir riesgos, desde agentes económicos que les gusta exponerse al riesgo hacia aquellos que son adversos al riesgo o viceversa. c) Resolver problemas de eficiencia, que nacen de información asimétrica o externalidades. Además, explica el por qué los agentes económicos de forma libre y voluntaria realizan intercambios y contraen obligaciones confiando en que se cumplirán todas las estipulaciones contractuales (Coloma, 2001, p. 118).

#### **1.4.2. Teoría económica normativa**

Desde esta teoría, el análisis económico del derecho aparte de estudiar la capacidad del derecho para reducir costos de transacción en actos jurídicos bilaterales, pone énfasis en el rol del derecho dentro del proceso contractual a través de sus reglas. Sus objetivos son: a) Que los agentes económicos negocien contratos en condiciones eficientes para hacerlo. b) Que se cumplan

los contratos sólo cuando sea eficiente. c) Que no se cumplan los contratos sólo si ese actuar resulta ser eficiente (Coloma, 2001, p. 119).

En apego a los principios del derecho, un contrato es válido cuando las partes han convenido con libertad contractual y autonomía reguladora; la primera de estas características permite a cada individuo elegir racionalmente con quien contratar, y la segunda permite establecer las obligaciones individuales y sus modalidades. De otra parte, en cuanto a la óptica económica, será válido un contrato sólo cuando se cumpla con la función económica de utilidad bilateral proveniente de una asignación eficiente de recursos, según la teoría del bienestar (Garrido, 2006, p. 150).

En otras palabras, el análisis económico del derecho propone determinar las ventajas y desventajas de las consecuencias que producen ciertas conductas y normas jurídicas, y observar el entorno social y económico en el que la práctica mercantil ecuatoriana se desenvuelve.

## **1.5. Aplicabilidad en el sistema jurídico ecuatoriano**

### **1.5.1. Sistema ecuatoriano**

En el presente trabajo de titulación es necesario apreciar que el estudio del Derecho Mercantil en el Ecuador tiene como base el “*Sistema Latino*” (derecho de tipo francés escrito), mismo que se caracteriza por la no diversificación de sus instituciones (Cevallos, 2011, p. 34); lo que en materia contractual y considerando la gran variedad de modalidades contractuales, restringe al poder legislativo en su facultad de crear normas especiales complementarias; con las cuales, los agentes económicos podrían alcanzar una mayor capacidad de precisión y respuesta en los mercados, previo un análisis de los efectos legales resultantes de sus actos de comercio.

Ahora bien, en cuanto a la doctrina jurídica del “*Sistema Germánico*” que defiende la diversificación del Derecho Mercantil (Cevallos, 2011, p. 34), se

expone la diferencia aplicada por Hans Kelsen entre el Derecho Privado Mercantil que regula las relaciones entre sujetos iguales porque jurídicamente prima el interés de los particulares y el Derecho Público que regula las relaciones entre un sujeto con jerarquía y un subordinado porque jurídicamente prima el interés general, cuando identificó:

1. Al Derecho Privado Mercantil como “Relaciones de Derecho”, donde en una relación contractual las partes se obligan recíprocamente, verbigracia, contrato de compraventa.
2. Al Derecho Público como “Relaciones de Potestad”, donde la autoridad pública mediante declaración unilateral de voluntad obliga a los particulares de forma coercitiva, verbigracia, pago de impuestos (Cevallos, 2011, p. 31).

En clave del sistema jurídico ecuatoriano, la norma constitucional cuando señala en el “Art. 283.- El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una *relación* dinámica y *equilibrada* entre *sociedad, Estado y mercado*, [...]” [cursivas añadidas] (Constitución, art. 283), corrobora que el Derecho Mercantil interactúa con el Derecho Público en cuanto a su ámbito de aplicación en el comercio.

En fin, las fuentes ideológicas del derecho de alguna manera orientan a los legisladores para desarrollar el cuerpo normativo de una sociedad, y juegan un papel muy importante cuando se trata de poner en práctica la autonomía de la voluntad privada; de ahí, que ideologías socialistas son vistas como adversas e ideologías liberales como beneficiosas (Cevallos, 2011, p. 6).

### **1.5.2. Desarrollo de un enfoque integral**

El análisis económico del derecho como herramienta jurídica en el Derecho Mercantil no se ha desarrollado aún en su verdadero potencial; tal es así, que al interior de las empresas los inconvenientes de incentivos y los costos de transacción inmersos en una contratación no son visibilizados; en el campo

académico de pregrado las mallas curriculares en las facultades de derecho no incluyen esta materia a pesar de sus posibles beneficios; sin embargo, sí se incluyen generalidades de Contabilidad, Economía y Asesoría Jurídica Empresarial.

El análisis económico del derecho puede adquirir una visión integral cuando los agentes económicos perciben que los efectos provenientes de problemas estructurales, normativos y éticos que enfrenta el sistema judicial influyen en la eficacia de la norma contractual contenida en el Derecho Privado; toda vez, que incluso la jurisprudencia y doctrina jurídica ecuatoriana tiene una débil aproximación al análisis económico del derecho.

Al respecto, en el contexto del sistema jurídico nacional se aprecia un déficit en la aplicación del análisis económico del derecho en la gran mayoría de transacciones al interior o fuera de la vía judicial porque los agentes económicos en sus roles de jueces, litigantes, asesores técnicos, entre otros, no motivan sus resoluciones y/o pretensiones en temas de Derecho desde la teoría económica; tal vez porque no están habituados con la terminología económica de eficiencia, teoría de precios, costos de oportunidad, equilibrio de mercado, a pesar de que sí lo están con conceptos de eficacia, derechos de propiedad, costos de transacción, información asimétrica, externalidades, racionalidad, propios también del ámbito jurídico.

Ahora bien, son muchos los escenarios en los que los costos de transacción son un obstáculo para lograr la eficiencia; probablemente por la inexistencia de criterios judiciales eficientes en la asignación de los derechos cuando de motivar resoluciones se trata, y por el hecho de que los costos de la transacción necesarios para corregir esas situaciones son tremendamente altos (Querol y López, 2014, p. 20)

No obstante que todos estos conceptos son de aplicación interdisciplinaria, se observa que aún se emplea la visión clásica del Derecho Privado; o sea, la justicia distributiva o equitativa, para asignar derechos de propiedad; la justicia

correctiva, para la reparación de daños; y, la justicia conmutativa, para la celebración y cumplimiento de contratos (Kluger, 2006, p. 7).

Mientras que desde el análisis económico del derecho es necesario: a) Definir el derecho de propiedad a través de la titularidad para asignar derechos, en caso contrario no se producirán efectos jurídicos; b) Crear incentivos que disuadan anticipadamente conductas antijurídicas como por ejemplo el ocultar información, actuar en encubierto y/o emitir señales falsas; c) Crear sanciones a través de indemnizaciones posteriores a los actos jurídicos para castigar desempeños ineficientes; y, d) Aceptar incumplimientos eficientes en lugar de cumplimientos forzosos cuando luego de analizar los escenarios posibles se determina que es más económico asumir las indemnizaciones por incumplimiento que cumplir a un mayor costo (Weigel, 2008, p. 77).

En el ámbito jurídico nacional, Agustín Grijalva y María Jara se enfocan básicamente en la constitucionalización del Derecho Económico debido seguramente a la perspectiva constitucional que vivimos en la actualidad, más no, en la aplicación del análisis económico del derecho en las diferentes áreas del Derecho y particularmente en el Derecho Mercantil que nos ocupa en esta investigación; en razón de que dejan de lado la racionalidad económica de la teoría de precios que es donde se aprecian las relaciones cotidianas entre el mercado y el Estado.

En este contexto, el análisis de la normativa constitucional está orientado sólo a comparaciones históricas sobre los avances o vacíos de las normas constitucionales, y a señalar normativamente el rol que el Estado tiene en la economía cuando busca garantizar los derechos y garantías constitucionales en el desarrollo de nuevas formas de organización económica, mediante políticas públicas que respalden el intercambio justo en mercados eficientes y transparentes (Grijalva, 2012, p. 26)

En suma, a pesar del reconocimiento constitucional del mercado en sus artículos 283; 304 numerales 1, 6; y, 336 inciso segundo (Constitución, arts. 283, 304,

336); la doctrina jurídica ecuatoriana no ha llegado a profundizar en su análisis sobre la formación, estructura, procesos y efectos de las instituciones jurídicas en la conducta de los agentes económicos desde la óptica microeconómica cuando los mecanismos estatales distorsionan los mercados y generan ineficiencia económica, quedándose sólo en el análisis general desarrollado desde un enfoque macroeconómico (Grijalva, 2012, p. 27).

De hecho, tanto en el campo académico como en la práctica mercantil nacional, el análisis económico del derecho no ha sido investigado ni aplicado a pesar de su conexión con las distintas disciplinas que conforman el Derecho; tal vez porque en materia económica el conocimiento difundido está más enfocado al campo microeconómico o acciones individuales, el cual se contrapone con el Derecho si se toma en cuenta que una de las características de la justicia es la generalidad.

## **1.6. Conceptos económicos básicos**

### **1.6.1. Mercado**

#### **1.6.1.1 Definición**

Mercado es el lugar donde mediante el mecanismo del precio se comercializan bienes y/o servicios en beneficio mutuo de los participantes. La interacción entre la oferta y la demanda crea un mercado, así pues existe un mercado para todo tipo de bien (Salvatore, 2009, p. 3).

Quienes interactúan en los mercados son las familias y empresas (agentes económicos privados), y el sector público (agente económico público); los cuales, pueden asumir el rol de productores (oferentes) o consumidores (demandantes).

### 1.6.1.2 Precio y Cantidad

En un mercado de libre competencia donde el gobierno no controla la actividad económica, el precio establecido del bien por lo que los consumidores pagan y las empresas producen determina su equilibrio, debido a los cambios en la relación dada entre variables dependientes e independientes de cada una de las funciones del mercado; esto es, si la oferta es mayor a la demanda, el precio del bien baja para desalentar la cantidad a ser producida e incentivar el consumo, y si la demanda es mayor a la oferta, el precio del bien sube para desalentar la cantidad del consumo e incentivar la producción (Veljanovski, 2007, p. 36).

A causa de las fuerzas de la competencia, el precio de un bien puede bajar hasta el nivel de su costo generando desequilibrio, escasez y barreras en el mercado, por elevados costos de información, externalidades, entre otros; por lo tanto, para lograr restablecerlo será necesario aplicar métodos de ajuste diferentes al precio, por citar, los costos de oportunidad (Posner, 2000, p. 18).

Con referencia a lo planteado por Adam Smith, respecto a que la competencia opera como una “mano invisible” (los efectos se expanden en el mercado), para conducir el propio interés individual (Nicholson, 2007, p. 357); se observa en la normativa jurídica, que los derechos de propiedad privada y la libertad de contratación aseguran que los recursos sean asignados a su más alto valor de uso, sin necesidad de que se lleguen a manipular los precios por restricciones competitivas débiles o por el poder económico, en razón de que los individuos son tomadores de precio y no hacedores.

Finalmente, en relación al resultado eficiente, éste es explicado por la teoría económica a través de la microeconomía o teoría de precios; la cual, permite asimilar la relación entre consumidores y empresas en un mercado competitivo perfecto, bajo la existencia de los siguientes supuestos: movilidad de recursos; productos homogéneos; agentes económicos tomadores de precios; e, información perfecta. Por tanto, la eficiencia que surge del intercambio con base a los precios y sin fallas de mercado, permite que los bienes sean producidos al

menor costo posible para que los empresarios obtengan beneficios normales y los consumidores se ubiquen en una situación óptima de bienestar (Castellano, 2006, p. 158).

### **1.6.1.3 Ley de la demanda**

Esta definición consiste en la relación inversa entre el precio ofertado y la cantidad demandada. La curva de demanda está representada por las diferentes opciones de precio que tiene un individuo para demandar en un determinado momento. Tiene pendiente negativa (Parkin, 2001, p. 57).

Entonces, al aplicar este concepto en el ámbito jurídico tendríamos que a mayor incentivo económico (indemnización) menor cantidad de una conducta en particular (incumplimiento contractual) (Posner, 2000, p. 11).

Para interpretar los resultados es necesario puntualizar que ante cualquier variación de las condiciones originales en la función de demanda pero permaneciendo constante todas las demás, verbigracia, para bienes normales donde la demanda es proporcional al ingreso porque cuando el ingreso aumenta se compra más, un incremento económico, un cambio de gustos, un bien sustituto o complementario, hará que la curva de demanda individual se desplace hacia arriba causando un cambio en la demanda, no así, cuando se mueve a lo largo de la curva porque sólo producirá un cambio en la cantidad demandada (Salvatore, 2009, p. 15).

Por último, la demanda del mercado o demanda agregada representa a todas las demandas individuales en un determinado período; y, aquella cambiará sólo cuando cambie(n) la(s) demanda(s) individual(s).

### **1.6.1.4 Ley de la oferta**

Se explica desde el lado del productor que está dispuesto a vender cierta cantidad en un período determinado. Tiene pendiente positiva. La función de

oferta depende del precio del bien y de los costos de producción por cambios en la tecnología, precio de insumos, clima, entre otros.

#### **1.6.1.5 Punto de equilibrio**

Ocurre cuando el precio y la cantidad se encuentran en la intersección de la curva de demanda con la curva de oferta del mercado, entonces no existe escasez ni excedente; suele mantenerse porque no existe incentivo alguno para que los demandantes o los oferentes cambien sus decisiones al actuar en un mercado competitivo (Nicholson, 2007, p. 288).

Por consiguiente, un consumidor se encuentra en equilibrio, cuando ante las restricciones de su presupuesto y de los precios consigue maximizar su utilidad o satisfacción total, gastando su ingreso hasta que la utilidad de la última unidad monetaria gastada en otros bienes sea la misma (Salvatore, 2009, pp. 63, 67).

#### **1.6.1.6 Elasticidad**

Este índice (expresión numérica de la relación entre dos cantidades) mide los efectos que pueden producir incentivos como por ejemplo los precios, costos, beneficios o pérdidas en la ejecución o no de una actividad o conducta en particular, y la respuesta proporcional de los individuos ante las variaciones de incremento o disminución de uno de los incentivos citados. Es decir, esta relación mide la reacción tanto de la demanda como de la oferta cuando un factor relacionado, así como el precio, varía (Nicholson, 2007, p. 139).

Al ser éste otro pilar importante que acotar en la teoría microeconómica, por ser una derivación de la teoría de la maximización de la utilidad, la elasticidad en términos absolutos, para facilitar su estudio puede ser (Nicholson, 2007, pp. 139-140):

1. Elasticidad elástica: si es mayor a 1; esto es, cuando el efecto de uno de los incentivos es sustancial en la calidad de la actividad. Verbigracia,  $e = 3$ ,

significa que ante el  $\uparrow$  del 1% en el precio se dará una  $\downarrow$  del 3% en la cantidad demandada (variación más que proporcional).

2. Elasticidad inelástica: si es menor a 1; esto es, cuando el efecto de uno de los incentivos es muy pequeño en la cantidad de la actividad. Verbigracia,  $e = 0,3$ , significa que ante el  $\uparrow$  del 1% en el precio se dará una  $\downarrow$  del 0,3% en la cantidad demandada (variación mínima).
3. Elasticidad unitaria: si es igual a 1; esto es, cuando el efecto tiene igual magnitud. Verbigracia,  $e = 1$ , significa que ante el  $\uparrow$  del 1% en el precio se dará una  $\downarrow$  del 1% en la cantidad demandada (variación en la misma proporción).

Además, respecto a los incentivos como base en la elección de los individuos es posible determinar los siguientes tipos de elasticidad:

1. Elasticidad positiva: cuando por el incremento del 1% de uno de los incentivos se produce un incremento equivalente al mismo porcentaje en la cantidad de la actividad; es decir, existe mayor capacidad de respuesta.
2. Elasticidad negativa: cuando por el incremento del 1% de uno de los incentivos se produce una disminución equivalente al mismo porcentaje en la cantidad de la actividad; o sea, la capacidad de respuesta es menor.

Estos índices resultantes se podrán aplicar tanto en la demanda como en la oferta, verbigracia, frente al hecho de que el precio de los televisores baje ante la eliminación de las salvaguardias, se estará frente a una elasticidad precio negativa e inelástica porque la cantidad demandada aumentará pero no en la misma proporción.

Finalmente, en este orden de conceptualizaciones económicas básicas a ser aplicadas en el contexto de problemas jurídicos, se han identificado

componentes como por ejemplo fallas del mercado, instituciones o leyes que no logran resultados deseables y eficientes que obstaculizan la capacidad de los mercados competitivos en su pretensión de alcanzar la eficiencia en la asignación de recursos, y que se derivan de los efectos de poder de mercado, externalidades, bienes públicos e información imperfecta (Nicholson, 2007, p. 374).

#### **1.6.1.7 Sistematización de equivalencias**

Considerando que no hay actividad humana que se abstraiga del campo jurídico, a través de la siguiente tabla se pueden identificar algunas de las definiciones vinculadas en la relación del Derecho con la ciencia de la Economía:

Tabla 1. Sistematización de equivalencias conceptuales

| TÉRMINO | DEFINICIONES   |   |
|---------|--|---|
|         | ECONOMÍA   | DERECHO   |
| MERCADO | Lugar donde a través de los precios de la oferta y la demanda, se comercializan bienes y/o servicios con un mínimo de regulación, en beneficio mutuo de los participantes. Así pues, existe un mercado para todo tipo de bien (Salvatore, 2009, pág. 3). | <p>LORCPM: "Art.5.- Mercado relevante.- [...] considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico [...] los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado."</p> <p>LORCPM: "Art.9.- Abuso de Poder de Mercado.- [...] cuando uno o varios operadores económicos, [...] por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general."</p> <p>LORCPM: "Art.10.- Abuso de Poder de Mercado.- [...] situación de dependencia económica en la que pueden encontrarse sus clientes o proveedores, [...] se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares."</p> <p>LORCPM: "Art.28.- Aplicación de restricciones.- [...] por razones de interés público, en cualquier sector de la economía nacional, [...]"</p> |
| PRECIO  | En un mercado de libre competencia donde el gobierno no controla, el precio determina el equilibrio entre la oferta y la demanda (Veljanouski, 2007, pág. 36).   | <p>LORCPM: "Art.8.- Determinación del Poder de Mercado.- [...] las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son: [...] 4.- La fijación de precios predatorios o explotativos [...] 6.- La discriminación injustificada de precios [...] 20.- La fijación injustificada de precios de reventa [...]"</p> <p>LORCPM: "Art.10.- Abuso de Poder de Mercado en Situaciones de Dependencia Económica.- [...] 2.- intentar obtener [...] precios [...] no recogidas en las condiciones generales de venta [...] pactadas [...] 4.- La imposición [...] de precios [...] no equitativos [...]"</p> <p>LORCPM: "Art.32.- Autorización excepcional reservada al Ejecutivo.- [...] de modo excepcional y temporal, [...] la definición de políticas de precios necesarias para beneficios del consumo popular, así como para la protección de la producción nacional [...]"</p>   |
| DEMANDA | Es la relación inversa entre el precio ofertado y la cantidad demandada. La curva de demanda está representada por las diferentes opciones de precio que tiene un individuo (Salvatore, 2009, pág. 15).  | <p>LORCPM: "Art.8.- Determinación del Poder de Mercado.- [...] debe considerarse [...] g. Las características de [...] la demanda de los bienes o servicios [...]"</p> <p>LORCPM: "Art.9.- Abuso de Poder de Mercado.- [...] 9.- La negativa injustificada a satisfacer la demandas de compra o adquisición [...]"</p>  |
| OFERTA  | Se explica desde el lado del que vende. La función de la oferta depende del precio del bien y de los costos de producción por cambios en la tecnología, precio de insumos, clima, entre otros (Salvatore, 2009, pág. 15).                                | <p>LORCPM: "Art.8.- Determinación del Poder de Mercado.- [...] debe considerarse [...] b. La existencia de barreras [...] de tipo legal, contractual, económico [...] que puedan alterar [...] la oferta de otros competidores [...] g. Las características de la oferta [...] de los bienes o servicios [...]"</p> <p>LORCPM: "Art.9.- Abuso de Poder de Mercado.- [...] 9.- La negativa injustificada [...] a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios [...]"</p> <p>LODC: "Art.2.- Definiciones.- Oferta.- Práctica comercial consistente en el ofrecimiento de bienes o servicios que efectúa el proveedor al consumidor."</p>   |

| TÉRMINO             | DEFINICIONES  |   |
|---------------------|---|---|
|                     | ECONOMÍA  | DERECHO   |
| PUNTO DE EQUILIBRIO | Ocurre cuando el precio y la cantidad se encuentran en la intersección de la curva de demanda y la curva de oferta del mercado, entonces, no existe escasez ni excedente (Nicholson, 2007, pág. 288). Es decir, no existen incentivos para cambiar el comportamiento en el mercado.       | LODC: "Art.2.- Definiciones.- Especulación.- práctica comercial ilícita que consiste en el aprovechamiento de una necesidad del mercado para elevar artificiosamente los precios, sea mediante el ocultamiento de bienes o servicios, o acuerdos de restricción de ventas entre proveedores [...]"<br><br>LODC: "Art.51.- Prohibición de la especulación.- Sin perjuicio de [...] las normas penales [...] queda prohibida cualquier otra práctica desleal [...] se adoptarán las medidas necesarias para evitar [...] desabastecimiento de los mercados internos."<br><br>CC: "Art.1457.- El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez [...]" |
| ELASTICIDAD         | Este índice mide los efectos que pueden producir incentivos: precios, costos, conducta, etc., como respuesta proporcional ante variaciones en uno de los incentivos. Es decir, mide la reacción de la demanda y la oferta cuando un factor relacionado varía (Nicholson, 2007, pág. 139). | LORCPM: "Art.5.- Mercado relevante.- [...] el mercado [...] comprende [...] el bien [...] y sus sustitutos, [...] evaluará [...] las preferencias de los clientes [...] y precios de los posibles sustitutos [...] así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución [...]"<br><br>LORCPM: "Art.8.- Determinación del Poder de Mercado.- [...] h. El grado en que el bien o el servicio [...] sea sustituible [...] considerando las posibilidades tecnológicas [...]"  |

Adaptado de (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, arts. 5, 8, 9, 10, 28, 32), (Ley Orgánica de Defensoría del Consumidor, art. 2, 51), (Código Civil, art. 1457)

## 1.6.2. Fallas del mercado

### 1.6.2.1 Definición

Las fallas en general son aquellas fuerzas de mercado que no permiten organizar la producción y asignar recursos de forma eficiente. Así pues, en los intercambios reales se pueden producir fallas de mercado como por ejemplo: a) La presencia de empresas no tomadoras de precios con poder de mercado para fijarlos, que propician un intercambio de productos a mayor precio y en menor cantidad; b) La oferta de productos heterogéneos, que por la falta de información perfecta influyen en la decisión del consumidor respecto a la calidad del producto; c) La información asimétrica, que es generadora de riesgos porque puede producir daños no advertidos al momento de la negociación debido a sus costos altos de adquisición, impactando directamente en los costos de transacción (Cevallos, 2011, p. 159).

Por consiguiente, el legislador busca solucionar estos problemas específicos a través del ordenamiento jurídico como por ejemplo la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, Reglas de responsabilidad civil y penal, entre otras.

#### **1.6.2.2 Poder de mercado**

Para explicar esta definición es necesario anticipar que el mercado es competitivo (el ingreso es totalmente libre y la salida sin ningún costo) cuando un agente económico no tiene poder monopólico de imponer condiciones favorables para él frente a la competencia respecto al precio, homogeneidad, movilidad, información de los bienes (Salvatore, 2009, p. 192); en caso contrario, no se genera una asignación de Pareto eficiente de recursos y por el contrario se producen este tipo de fallas en el mercado.

El agente monopólico que ofrece productos diferenciados crea escasez artificial para que los costos sociales sean los excedentes del consumidor, así, no solo que influye negativamente en la cantidad, sino que también lo podrá hacer en calidad, diseño, tiempo, costos, para mejorar su rentabilidad; sin embargo, puede llegar a ser productivamente eficiente en atención a los altos costos de inversión, a las economías de escala donde el costo marginal por unidad de un producto disminuye a medida que aumenta la producción y a la ausencia de sustitutos cercanos (Veljanovski, 2007, p. 38).

Como se ha señalado, el agente económico monopólico al contrario del agente económico que sí es competitivo, cobra más porque excede sus costos de oportunidad marginal de producción y entrega menos porque del producto eficiente hay menos demanda. Además, puede incrementar su beneficio a través de la discriminación de precios cuando establece precios distintos para diferentes categorías de demandantes.

Al respecto, el sistema jurídico ecuatoriano regula esta falla del mercado mediante el artículo 7 con la definición de poder de mercado, artículo 8 con la

determinación del poder de mercado, y artículo 9 con el catálogo de conductas que constituyen abuso de poder de mercado (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, arts. 7, 8, 9).

Entre las consecuencias producidas por el poder de mercado se pueden citar: a) El nivel de producción más beneficioso es aquel en el que el ingreso marginal es igual al costo marginal (cantidad del bien a la que un individuo renuncia con el fin de ganar una unidad adicional de otro bien); por tanto, el costo marginal es menor que el precio; b) La rentabilidad obedece a la relación costo promedio y precio; c) La ineficiencia en términos de Pareto en la que parte de la pérdida del excedente del consumidor lo asumen los demandantes y el resto constituye una pérdida de eficiencia económica del bienestar económico general (Nicholson, 2007, p. 408).

Así pues, en materia de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, la legislación nacional señala en el “Art. 10, segundo inciso.- Las entidades públicas encargadas [...] en cada uno de los sectores productivos vigilarán la estricta observancia de esta prohibición, [...] y, en caso de identificar incumplimientos tomarán las medidas correspondientes [...]” (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, art. 10).

Por último, cuando la industria en algunos mercados no puede organizarse para enfrentar al monopolio la intervención gubernamental se hace visible ya sea: 1) Fijando un precio máximo, para inducir a quien tiene poder monopolístico a comportarse como un agente económico competitivo, incrementar la producción y disminuir la apropiación monopolística del excedente de los consumidores; 2) Estableciendo un impuesto global, para minimizar o eliminar las ganancias del monopolio sin afectar el precio ni la producción; o, 3) Estableciendo un impuesto por unidad, con el cual, quien tiene el poder monopolístico elevaría el precio y disminuirá la producción, a fin de trasladar parte de la carga al consumidor (Salvatore, 2009, pp. 216, 217).

### **1.6.2.3 Bienes públicos**

Son aquellos por cuyo consumo no se compite porque la utilización dada por un agente económico no reduce ni restringe la disponibilidad para otros; por tanto, el costo marginal es cero debido a que dos o más individuos pueden consumirlo al mismo tiempo, verbigracia, el que un individuo acceda a la justicia no limita a otros para que también lo hagan. Así, los beneficios están al alcance de todo individuo (Nicholson, 2007, p. 597).

Este tipo de bienes pueden ser excluyentes o no excluyentes; los primeros restringen a quienes no pagan por el bien público, verbigracia, cuando el usuario en un plazo determinado no paga por el servicio eléctrico consumido, éste se le suspende; los segundos permiten visibilizar el problema del polizón, que consiste en la renuencia del individuo a pagar porque sabe que de todas formas lo podrá usar (Salvatore, 2009, p. 319), verbigracia, agentes económicos que provocan saturaciones en el sistema judicial al no contar con suficientes incentivos para demandar el bien público de manera eficiente; en otras palabras, abusan del derecho y atentan contra el principio de economía procesal, la cual, tendrá que ser asumida por toda la sociedad ajena al interés individual en el uso del bien público.

Así pues, en el ordenamiento jurídico nacional se norma en el “Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses [...]” (Constitución, art. 75); sin embargo, el término gratuito es un tanto relativo porque en realidad la justicia tiene costos ocultos no internalizados por los usuarios, pero sí distribuidos entre la sociedad.

### **1.6.2.4 Información imperfecta**

La información es un recurso económico muy valioso con la cual se puede evitar errores costosos al tener en cuenta el contexto de la misma y al saber cómo la

conducta de los agentes económicos podría verse alterada por la claridad de los datos contenidos en la búsqueda.

Entre sus características se puede indicar que la información es duradera porque luego de su utilización sigue conservando su valor, tiene distintos costos de adquisición, otros pueden obtener provecho a pesar de no haber pagado nada porque se asimila a un bien público y en general su uso no puede ser impedido por otros que también la necesitan porque no es exclusiva (Nicholson, 2007, p. 562).

Por otra parte, la información demandada por los agentes económicos sobre precios, calidad, características, aplicaciones, entre otros aspectos importantes, a la hora de tomar decisiones sobre el consumo de un bien tiene inmerso un costo de búsqueda, el cual, será absorbido hasta que el costo marginal sea igual al beneficio marginal de la indagación.

Finalmente, un individuo podrá aceptar de entrada las condiciones sin mayores indagaciones, mientras que otro podría revisar más de una alternativa; lo cierto es, que el beneficio marginal irá disminuyendo a medida que pase el tiempo destinado a la exploración de la información por el costo que significa (Salvatore, 2009, p. 336).

### **1.7. Teorema de Coase**

Dentro de este concepto, este trabajo de titulación aprecia que el análisis económico del derecho tiene como referencia obligatoria el trabajo del economista Ronald Coase, quien en su artículo titulado "El Problema del Costo Social" desarrolló el presente teorema, bajo el criterio de que se producirá una reasignación de derechos de propiedad hacia quienes les otorguen mayor valor, siempre que los costos de transacción sean bajos o no existan y cuando estos derechos reconocidos judicialmente no permitan una solución económica eficiente del conflicto (Tavano, 2006, p. 59).

Coase expone su teoría afirmando que cuando un canal de agua de riego pasa por medio de dos propiedades vecinas con el disfrute sólo para el propietario A que no tiene ningún plan de uso, mientras que el propietario B sí los tiene, y siendo que los costos de transacción son mínimos para ambos vecinos, no hay ningún obstáculo para que lleguen a un acuerdo mutuamente beneficioso como por ejemplo que A reciba una determinada suma de dinero por parte de B, para que éste a su vez haga uso del agua de riego.

Por el contrario, en el problema de gases contaminantes que emite una fábrica y afecta la salud de sus vecinos, se puede observar que en derecho se toman acciones como por ejemplo el de responsabilizar al dueño de la fábrica, sancionarle económicamente, reubicar geográficamente la fábrica, como medidas correctivas que probablemente no sean las más viables porque los resultados podrían ser inadecuados.

Entonces, este teorema plantea que lo que realmente debería importar es evitar el daño mayor, en razón de que por evitar el daño en términos generales a una parte se terminará generando perjuicios a la otra (Tavano, 2006, p. 61). Así, el hecho de que los jueces perciban las consecuencias de sus fallos toma vital importancia, más aún, cuando también incurren en costos por su necesaria intervención.

Cuando existen casos cuyos costos de transacción no permiten una reasignación de derechos constituidos en los fallos judiciales, los jueces deberían procurar minimizar los costos asociados a sus resoluciones, pero sin alterar los principios de la ley aplicables en la materia del litigio, en razón de que no se puede desconocer que la justicia interviene en la actividad económica (Tavano, 2006, p. 61).

En fin, esta situación jurídica en materia de Derecho Mercantil puede apreciarse cuando, por vacíos contractuales, los operadores de justicia a pesar de sus restricciones en cuanto a la interpretación de la intención de las partes al momento de formular las prestaciones contenidas en el contrato, motivo del

litigio, buscan maximizar el bienestar social mediante acuerdos individuales eficaces, pero no a la vez eficientes.

### **1.7.1. Definición y alcance**

Consiste en que aparte de la asignación específica del derecho de propiedad producida en un inicio, el resultado llegue a ser eficiente, sólo si la concesión legal ha sido claramente definida o las partes han podido alcanzar un acuerdo susceptible de ser aplicado con costo cero (Tavano, 2006, p. 60).

En otras palabras, este teorema plantea que se producirá una reasignación de derechos hacia aquellos que los valoren más, siempre que en un mercado los costos de transacción sean bajos o casi inexistentes, y que los derechos de propiedad establecidos en los fallos judiciales no permitan una solución económica eficiente.

En términos prácticos en la realidad ecuatoriana, se pueden apreciar que la primacía de la eficacia normativa deja de lado a la teoría del utilitarismo relacionado con el placer y a la eficiencia relacionada con lo económico porque en materia contractual sólo así se producen efectos jurídicos, verbigracia, un contrato mercantil celebrado sin las formalidades legales requeridas es ineficaz. Por tanto, para que un contrato mercantil sea eficiente primero debe ser eficaz.

### **1.7.2. Importancia**

Radica en que el costo de ejercer un derecho tendrá como efecto la pérdida sufrida por el otro individuo independientemente de si la ganancia llega a tener un valor mayor o menor que el de la pérdida (Tavano, 2006, p. 60).

Si las partes a pesar de ser afectadas por externalidades llegan a negociar sin costos de transacción, el resultado será eficiente aunque no se considere quién es el responsable legalmente por los daños y perjuicios. Por otro lado, cuando

existen transacciones en las que los costos son altos, éstos impiden la reasignación de los derechos establecidos en las resoluciones judiciales.

En este orden de cosas, para un abogado especialista en Derecho Mercantil supondría que las implicaciones económicas de las sentencias son evidentes pero no importantes, más aún cuando están inmersos tanto los objetivos del sistema jurídico de justicia y equidad como la responsabilidad legal por daños y perjuicios; entonces en este escenario, el profesional formado sólo desde la perspectiva de la eficacia omitirá la oportunidad de que la parte contractual ubicada en una mejor situación internalice las externalidades que conlleve el acto jurídico, dejando además, de conseguir la eficiencia económica para las partes porque no podrán negociar sin dejar de incurrir en mayores costos de transacción.

Por lo anterior, las leyes cuando son eficientes pueden atribuir la carga de las externalidades a quienes pueden soportarla al menor costo posible; además, el Derecho como redistribuidor de riqueza podría regular a los individuos, para que logren soluciones iguales a las que podrían haber alcanzado si los costos de transacción no les hubieran impedido (Tavano, 2006, pp. 60-61).

En fin, el enfoque económico busca determinar de qué forma son asignados los recursos y de que se lo haga a sus más elevados valores de uso, para compensar el costo de las oportunidades perdidas (Veljanovski, 2007, p. 27).

### **1.7.3. Costos de transacción**

Desde el análisis económico del derecho se identifican costos tanto en la formación como en el cumplimiento de los contratos, así los costos de contratación están conformados por los costos incurridos en la búsqueda y negociación necesarios para el contenido y formación del contrato, a fin de evitar contratos pobremente estructurados (contratos incompletos), alcanzar un nivel eficiente en la toma y difusión de los riesgos, y constituir contratos eficientes (Veljanovski, 2007, p. 126).

Es necesario aclarar que existen varios tipos de costos relacionados con esta investigación como por ejemplo costos marginales (costo que se evita al dejar de producir una unidad, o sea, cambian los costos totales por la variación de una unidad en la producción.), costos hundidos (en la toma de decisiones no son relevantes porque se asumen independientemente de que se perfeccione o no el contrato), costos sociales (disminuye la riqueza de la sociedad) y costos privados (redistribuyen la riqueza social) que no son iguales a los costos económicos, verbigracia, los costos privados también denominados costos de oportunidad que representan el valor de un bien alternativo al cual se renuncia en el momento de elegir.

Ciertamente, el costo de oportunidad es el resultado dado por el conocimiento tanto del valor de lo que se obtiene como del valor de lo que se sacrifica para lograrlo; además, permite identificar la posibilidad de celebrar un convenio mutuamente beneficioso para las partes y sin costos excesivos antes de activar el sistema judicial, siempre y cuando este pacto auto regulativo de negociación a nivel microeconómico no obstaculice la intervención estatal en la corrección de las fallas de mercado a nivel macroeconómico (Tavano, 2006, p. 61).

Por otro lado, en la teoría del mercado perfecto por la ley de la oferta y la ley de la demanda, cuando los agentes económicos están totalmente informados no tienen que actuar estratégicamente porque no existen costos de transacción ni externalidades.

### **1.7.3.1 Definición**

En términos económicos subjetivos porque están relacionados con las elecciones racionales individuales voluntarias y la asignación de recursos, los costos de transacción corresponden al precio que debe pagarse en el momento de realizar cualquier tipo de intercambio. En términos mercantiles son los costos en que se incurre durante todo el proceso contractual; es decir, para la preparación, celebración y ejecución de los contratos, materializados en información y gestiones (Ramírez, 2011, p. 10).

### 1.7.3.2 Escenarios

Este teorema muestra dos escenarios sobre costos de transacción:

1. Costos de transacción igual a cero: con lo cual se logra un resultado eficiente independientemente de la norma cualitativa elegida que puede afectar la distribución de la renta.
2. Costos de transacción mayores a cero: no permiten obtener un resultado eficiente independiente de la norma específica elegida; por ende, habrá que escogerse la norma que minimice los efectos de los costos de transacción (Tavano, 2006, p. 61).

Entonces, en este contexto las leyes más eficientes serán aquellas que regulen la carga del costo sobre el agente económico que pueda asumirlo al menor costo posible; de esta manera, la asignación legal bien definida desde el inicio sobre los derechos de propiedad, permitirá que el efecto final sea eficiente a través de un acuerdo ejecutado de ser posible sin ningún costo.

El Teorema de Coase, rechaza el axioma de que quien daña paga, pues va en busca de quien en verdad es el que daña porque considera que no se trata de quien realiza el daño, sino de quien pudo haberlo evitado al menor costo posible o quien pudo negociar con mayor facilidad. Incluso, da mucha fuerza a la autonomía de la voluntad de las partes como un modo de solución de conflictos, por considerar que nadie mejor que aquellas pueden conocer sus intenciones y necesidades (Tavano, 2006, p. 62).

### 1.7.3.3 Funciones

Por otra parte, la normativa contractual implícitamente reconoce dos funciones de los costos de transacción en miras de su optimización:

1. Reducir costos de transacción: a través de normas que inducen al cumplimiento de las prestaciones recíprocas pactadas por los contratantes y contenidas en las estipulaciones de las cláusulas contractuales establecidas en el proceso de negociación o que permiten jurídicamente el incumplimiento.
2. Suministrar términos predeterminados: permiten llenar vacíos dejados con o sin intención por acuerdo o no de las partes, cuando ciertas condiciones por considerarse implícitas o naturales no han sido expresamente estipuladas en una cláusula del contrato (Veljanovski, 2007, p. 125).

La aceptación de normas contractuales en la formación del contrato será viable cuando aquellas eviten mayores costos de transacción, y establezcan la necesidad de obligarse en apego a la ley porque las partes consideren que aquellas normas les favorecen y son suficientes para proteger sus intereses y cubrir sus necesidades (Veljanovski, 2007, p. 123).

Esta situación en términos jurídicos y con el propósito de evidenciar la factibilidad de aplicar normas generales eficaces en ciertos tipos de contratos, se menciona la norma civil cuando regula la renuncia a la solidaridad por parte del acreedor respecto de los deudores solidarios en el artículo 1532 (Código Civil, art. 1532); con la cual, se evita que los costos de transacción se incrementen debido a la adecuación, inclusión y ejecución de reglas privadas a ser convenidas y establecidas por las partes.

Los costos de transacción mantienen una relación directa con el riesgo de no llegar a concretar el intercambio, puesto que a mayor costo de transacción mayor riesgo de disuasión; por tanto, el intercambio de bienes es viable si se minimiza la incertidumbre, empero todo dependerá de la actitud que frente al riesgo tengan los individuos como por ejemplo renuentes, neutrales o adeptos, en términos de resultado (Ramírez, 2011, p. 10).

El derecho contractual para que sea considerado eficiente debe orientarse al cumplimiento y no a la regulación de los términos contractuales, de manera que la intención inicial de las partes sea siempre la que prime frente a la interpretación de las obligaciones contractuales. De hecho, dado que el cumplimiento de un contrato para que sea óptimo puede depender de la función costo del deudor - beneficio del acreedor, cuando el costo de cumplir por parte del deudor es mayor al beneficio que recibe el acreedor, lo eficiente será que el deudor incumpla.

Finalmente, en el ámbito mercantil el derecho contractual eficiente además de impulsar la disminución de los costos de transacción debe: a) Ahorrar en los costos de información, para que se equilibren con las ganancias, teniendo en cuenta que la información imperfecta no es el principal problema, sino la asimetría de la información; b) Reconocer implícitamente el incumplimiento eficiente en razón de la obligación expresa que existe, para indemnizar por daños y perjuicios; c) Fomentar la dependencia eficiente basada en probabilidades realistas de ejecución contractual; y, d) Reconocer a los contratos como instrumentos, para reducir y distribuir riesgos potenciales en función de precauciones óptimas que permitan alcanzar un nivel eficiente de aceptación y distribución de riesgos (Veljanovski, 2007, pp. 125-126).

Como conclusiones anticipadas en esta guía introductoria de definiciones básicas del análisis económico del derecho se debe señalar que éstas tienen gran incidencia en el Derecho Mercantil ecuatoriano cuando:

1. La institución del contrato cumple tanto una función económica positiva al permitir realizar intercambio de los derechos de propiedad, transferir riesgos y resolver problemas de incumplimiento como una función económica normativa a través de reglas jurídicas generales dirigidas a los agentes económicos, para que éstos puedan negociar contratos mercantiles en mercados regulados.

2. Permiten visibilizar anticipadamente las falencias e ineficiencias existentes en el sistema jurídico mercantil porque dejan ver la importancia de la asignación eficiente de recursos y de los costos de transacción, pues el poder legislativo en su facultad de crear normas se ve limitado por el Sistema Latino que no permite la diversificación de sus instituciones.
3. Por un lado, el legislador en su necesidad por corregir las fallas del mercado, para organizar la producción y asignar recursos eficazmente, crea leyes especiales como por ejemplo la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, entre otras; y, por otro, se hace visible la intervención gubernamental a través de la fijación de precios máximos, la imposición de impuestos, entre otras medidas, a fin de disminuir la apropiación monopólica del excedente de los consumidores.
4. Mediante la normativa contractual se hace posible reducir costos de transacción relacionados con la inclusión y ejecución de reglas privadas, a través de normas implícitas o expresas que inducen al cumplimiento o incumplimiento contractual, y mediante el suministro de términos predeterminados que permiten llenar vacíos contractuales, por consideraciones no estipuladas con o sin intención de las partes.
5. Tienen incidencia en el Derecho Mercantil ecuatoriano al aplicar el concepto de la ley de la demanda en el sistema judicial cuando permite medir cuál sería la relación inversa entre un mayor incentivo económico (indemnización) y una menor cantidad de una conducta en particular (incumplimiento contractual).

Con todo lo asimilado en el desarrollo de este primer capítulo, se puede concluir finalmente que se ha cumplido con el propósito de establecer una guía introductoria del análisis económico del derecho relacionado con el derecho mercantil, mediante la observación de equivalencias conceptuales económicas y jurídicas susceptibles de ser interpuestas en la práctica mercantil ecuatoriana.

## 2. TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

### 2.1. Introducción

La Teoría General del Contrato que reconoce al acuerdo expreso o tácito como el rasgo característico de voluntades, emerge aproximadamente en el año 1660 con el jurista alemán Samuel Pufendorf, quien concluye que el cimiento de las obligaciones reside en la voluntad libre de las partes (Alzate, 2009, p. 40). La historia muestra que el Derecho Mercantil al ser una rama del Derecho Privado, nace de la libertad de comercio y asociación, y del progreso económico en la práctica mercantil.

En el derecho positivo ecuatoriano, el Derecho Mercantil regula todas las obligaciones, actos y contratos de comercio contenidos en el Código de Comercio y demás leyes mercantiles como por ejemplo Ley de Compañías, Ley de Cheques, Ley de Mercado de Valores, entre otras. Entre los jurisconsultos nacionales vinculados con esta disciplina jurídica se puede citar al doctor Víctor Cevallos y al doctor Santiago Andrade.

### 2.2. Definición

La teoría general del contrato mercantil explica el conjunto de normas jurídicas codificadas a partir del derecho consuetudinario que regulan de manera general todo acto de comercio en estrecha relación con normas jurídicas civiles, todas éstas, contenidas en el Código de Comercio, Código Civil y demás leyes especiales. La doctrina jurídica define al Derecho Mercantil como una disciplina nueva en relación con el Código Civil, con autonomía legislativa (tiene su propia ley: Código de Comercio) y formado por un conjunto de normas jurídicas destinadas a la regulación de operaciones mercantiles y de toda relación jurídica entre comerciantes y no comerciantes (Cevallos, 2011, p. 15).

En el derecho privado el concepto jurídico de contrato dentro de la normativa civil ecuatoriana tiene un enfoque objetivista, en razón de que la libertad contractual

está orientada a producir efectos jurídicos reales toda vez que el contrato se haya perfeccionado, no así en la normativa mercantil, que está alineada tanto al aspecto subjetivo cuando considera al comerciante un profesional como al aspecto objetivo cuando considera al acto independiente de si es realizado por un comerciante profesional o no, a través de la siguiente norma: “Art.1.- El Código de Comercio rige las obligaciones de los *comerciantes* en sus operaciones mercantiles, y los *actos y contratos* de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes” [cursivas añadidas] (Código de Comercio, art. 1).

### **2.3. Fuentes del Derecho**

Para referirnos a este aspecto es necesario señalar que en cuanto a las formas institucionalizadas a través de las cuales se adjetiva la norma jurídica con la denominación fuentes del derecho, la doctrina jurídica clasifica a éstas conforme a su función material (lo que puede llegar a ser) y a su función formal (lo que es), en: a) Fuentes de conocimiento o formales creadas por normas jurídicas (medios materiales: leyes, reglamentos); y, b) Fuentes de producción o indirectas que aportan en la formación de la norma jurídica y sirven para que ésta se pueda manifestar (medios materiales y formales: opinión pública, necesidades económicas) (Cevallos, 2011, pp. 56-57).

De cara al sistema jurídico mercantil ecuatoriano, las primeras son fuentes de conocimiento formales del Derecho Mercantil a nivel macroeconómico como por ejemplo la Constitución, los Tratados Internacionales, la Ley, y las segundas son fuentes de producción indirectas como por ejemplo la Jurisprudencia, la Costumbre, la Doctrina; y, a nivel microeconómico son los contratos. Siendo que tanto la jurisprudencia como la costumbre cuando la ley ecuatoriana así lo establece, bajo ciertas circunstancias, forman parte de las fuentes formales.

La costumbre mercantil que tiene fuerza vinculante, contraria al uso interpretativo que es previo y por ende no es vinculante, actúa ineludiblemente como fuente indirecta en el ámbito de las relaciones mercantiles debido a su conducta

repetitiva, pero deberá ser aplicada toda vez que se halle el límite de las fuentes formales, en observancia de las siguientes tipologías:

1. Características esenciales: se aplican aun cuando las partes contractuales no hayan considerado la costumbre en el momento del negocio jurídico porque la costumbre mercantil suple a la voluntad de las partes aunque éstas la desconozcan cuando el juzgador la aplica de oficio (Cevallos, 2011, p. 60).
2. Características generales, así como: publicidad, uniformidad y generalidad (Cevallos, 2011, p. 61).

Finalmente, esta fuente del Derecho, por encontrarse expresamente circunscrita en el artículo 4 del Código de Comercio, alcanza el carácter de norma para sustituir el silencio de la ley. Regulación que en materia contractual litigiosa, faculta a las partes para que utilicen cualquier medio a fin de probar la vigencia de determinada costumbre mercantil.

## **2.4. Contratos**

### **2.4.1. Definición**

Según la doctrina jurídica, un negocio jurídico en función de su alcance, puede ser reconocido como:

1. Convención: es el género. El objeto puede ser o no patrimonial. Crea, modifica y extingue derechos y obligaciones.
2. Contrato: es la especie. El objeto debe ser patrimonial. Crea derechos y obligaciones (Alzate, 2009, p. 77).

En consideración a que el objeto primordial del contrato jurídico es la creación de obligaciones contractuales a través del vínculo jurídico creado por la declaración de la voluntad de las partes; se distinguen, al acreedor que exige del

deudor el cumplimiento de la prestación contractual de dar, hacer o no hacer algo con base en los términos pactados; por lo que, todo contrato puede ser una convención, pero no toda convención puede ser un contrato.

En la normativa civil ecuatoriana, la definición de contrato la encontramos en el “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” (Código Civil, art. 1454).

Esta definición en el Derecho Privado contenida en parte en el Código Civil, invita a explorar este acto (los efectos jurídicos provienen de las normas jurídicas) o negocio (los efectos jurídicos provienen de la manifestación de voluntad), para: a) Identificar en la doctrina jurídica los elementos esenciales, naturales y accidentales; y, b) Analizar el alcance, contenido, ejecución y efectos de este tipo de actos voluntarios con la aplicación de la normativa ecuatoriana vigente en la formación de situaciones jurídicas contractuales (Alzate, 2009, pp. 133-136).

#### **2.4.2. Principios**

Vinculado a estas consideraciones, los contratos desde su perfección hasta su terminación están apoyados en:

1. Principios generales: como por ejemplo libertad jurídica de contratar, efecto relativo del contrato, fuerza obligatoria del contrato, consensualismo, responsabilidad contractual, y ejecución de buena fe (Mosset, 2007, pp. 320-327).
2. Principios especiales: cuya aplicación es relevante cuando se trata de interpretar los contratos; entre otros están, prevalencia de la ley mercantil, idioma, firma, plazos, lugar, moneda, medios de pago, incumplimientos, indemnización (Alzate, 2009, p. 86).

### **2.4.3. Funciones**

Considerando que en toda sociedad el contrato es un instrumento de la relación contractual y un mecanismo de intercambio de bienes, se hace necesario referir que el contrato al menos cumple con dos funciones:

1. **Función económica:** cuando admite la transferencia de derechos y obligaciones de tipo mercantil, y cuando sirve de indicador para medir la retractación o el crecimiento de la economía, por el volumen de actos contractuales generados mediante la ley de oferta y la ley de demanda (Alzate, 2009, p. 78).
2. **Función social:** visto como un acto de cooperación al momento en que no sólo las partes contractuales se benefician, sino que además lo hace la sociedad en general (Alzate, 2009, p. 79).

### **2.4.4. Etapas**

En la institución de los contratos se diferencian dos etapas:

1. **Formación y perfeccionamiento:** se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad de los contratantes, regulada mediante el artículo 1453 (fuente de las obligaciones), artículo 1461 (requisitos para obligarse), artículo 1476 (objeto de la voluntad), artículo 1477 (requisitos del objeto), artículo 1494 (nulidad de obligaciones) y artículo 1579 (interpretación de contratos) (Código Civil, arts. 1453, 1461, 1476, 1477, 1494, 1579).

Por tanto, al existir libertad para negociar en el sentido óptimo de Pareto y basado en criterios de sensibilidad frente a cambios de la realidad mercantil, por la relación que existe entre la obligación contractual y las circunstancias que la rodean, se puede diseñar un contrato eficiente.

2. Cumplimiento o ejecución: se basa en el vínculo jurídico obligatorio establecido entre los contratantes; de manera que otorga el derecho de exigir su cumplimiento según el artículo 1486, segundo inciso del Código Civil; en caso contrario, su incumplimiento genera efectos jurídicos como la responsabilidad civil regulada en el artículo 1563, primer inciso y la indemnización de perjuicios regulada en el artículo 1572, primer inciso del mismo cuerpo legal (Código Civil, arts. 1486, 1563, 1572). Entonces, la fuerza coercitiva está normada a fin de lograr un intercambio eficaz y asegurar el resultado deseado independientemente de que el incumplimiento pueda llegar a ser eficiente (Querol y López, 2014, pp. 76-77).

#### **2.4.5. Elementos**

El objeto de todo acto que está constituido por su contenido jurídico asignado por los contratantes o por la ley, siempre debe estar integrado por sus elementos (Alzate, 2009, pp. 133-134), que según la doctrina jurídica y en concordancia con la normativa civil ecuatoriana, son: (Código Civil, art. 1460)

1. Elementos esenciales o de existencia: la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa. Cuando uno de éstos no existe, el contrato no produce efectos jurídicos o pasa a ser de otro tipo. La institución de autonomía de la voluntad no actúa sobre estos elementos; por tanto, son legalmente obligatorios.
2. Elementos naturales: son todos los que directamente corresponden a la naturaleza del contrato sin necesidad de cláusula especial. Pueden ser omitidos por acuerdo mutuo de las partes. Son accesorios a los elementos esenciales.
3. Elementos accidentales: son incorporados por las partes a través de cláusula especial. Según la naturaleza del acto, pasan a ser esenciales cuando alteran los efectos instituidos por la ley. Aquí sí actúa la autonomía de la voluntad; por tanto, no son legalmente obligatorios.

#### 2.4.6. Clasificación

La tipificación de contratos respecto al momento de su perfección es de vital importancia, para: a) Advertir que un contrato es real con la tradición, solemne cuando cumple con las respectivas formalidades, y consensual con el solo consentimiento; b) Identificar la naturaleza de las cláusulas que han de estipular los contratantes ya sea de forma libre o en apego a lo predeterminado por el legislador, respecto de la legislación en la materia o de la legislación supletoria, según el contexto de cada acto jurídico; a fin de, evitar omisiones involuntarias o inclusiones innecesarias que terminen convirtiéndose en motivos de litigio (Ospina y Ospina, 2014, p. 66).

Según la normativa civil nacional, la clasificación de los contratos está consagrada en el artículo 1455 (unilaterales y bilaterales), artículo 1456 (gratuitos y onerosos), artículo 1457 (conmutativos y aleatorios), artículo 1458 (principales y accesorios) y artículo 1459 (reales, solemnes y consensuales) (Código Civil, arts. 1455-1459); sin embargo, resulta incompleta por el tráfico cada vez mayor de otras formas contractuales que se han desarrollado para diversos negocios jurídicos comerciales atípicos.

Asumiendo que el catálogo de actos de comercio no es taxativo, el Derecho Mercantil al destacar la buena fe y defender la seguridad jurídica sin afectar la oportunidad, abre paso a novedosas modalidades contractuales como por ejemplo los contratos atípicos (Cevallos, 2011, pp. 16, 69); más aún, cuando el mismo cuerpo legal de la materia regula otros actos de comercio no registrados en el artículo 3 (Código de Comercio, art. 3), para ilustrar el contrato de Prenda en el Título XV.

Cuando se trata de reconocer y garantizar derechos constitucionales es necesario referir el “Art. 66, numeral 15.- El derecho a desarrollar actividades económicas en forma individual o colectiva [...]”, y el “Art. 66, numeral 16.- El derecho a la libertad de contratación” (Constitución, art. 66), para justificar la posición de la doctrina jurídica, cuando con base a las actuaciones y

transacciones mercantiles vanguardistas cada vez más difundidas y practicadas, clasifica a los contratos según la regulación en típicos o nominados (cuentan con tipicidad legal y social), y atípicos o innominados (cuentan con atipicidad legal y tipicidad social) (Alzate, 2009, p. 331).

Al ser el comercio la actividad económica que a través de la ley se busca regular se conciben las siguientes entidades: a) Los sujetos activos del comercio; b) La organización jurídica que éstos eligen; c) Los instrumentos que utilizan; y, d) La actividad a ser desarrollada por aquellos; a las cuales, la norma define en el “Art. 2.- Son comerciantes los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual”; y en el “Art. 3.- Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente: [...]” (Código de Comercio, arts. 2-3), empero omite la definición legal de acto de comercio.

Al tenor del Código de Comercio se observa que en el artículo 3, consta el catálogo de contratos a ser regulados por esta norma; por consiguiente, al no estar incluido, por ejemplo el contrato de franquicia, modalidad que precisamente por esta omisión ha sido denominada por la doctrina jurídica como contrato atípico, se entiende que en esta investigación se aplicará, toda vez que se agote la norma mercantil, la regulación civil como norma subsidiaria en apego al “Art. 5.- En los casos que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil”, y la costumbre mercantil en atención al “Art. 4.- Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados [...] y reiterados por más de diez años” (Código de Comercio, arts. 4-5).

En resumen, la ley es una regla jurídica general, pero el contrato es una regla jurídica sólo para las partes contractuales; por tanto, los contratantes no deben apartarse de las normas imperativas independientemente de lo que deseen convenir en sus contratos (Alzate, 2009, p. 78).

## 2.5. Obligaciones

Una obligación es el vínculo jurídico creado por la necesidad que tiene el deudor de dar, hacer o no hacer algo en favor del acreedor como titular del derecho (real: relación de persona a cosa o personal: entre sujetos deudor y acreedor), que permite distinguir tanto el deber de la prestación que es el objeto de la obligación como el sometimiento patrimonial del deudor al derecho del acreedor, debido a la responsabilidad asociada al cumplimiento (Ramos, 1999, pp. 4-7). En otras palabras, una obligación es el vínculo legal y social que obliga a cumplir una prestación de índole patrimonial o moral en favor de otro y según lo convenido.

En este sentido, al ser el contrato una fuente especial de las obligaciones contractuales, el deber jurídico (elemento subjetivo o necesidad de actuar según derecho, obligándose voluntariamente a cumplir con la norma) a ser observado durante un proceso contractual será crucial, para que no se activen las responsabilidades contractuales como consecuencia directa por el incumplimiento de las prestaciones.

Conforme la doctrina jurídica los elementos de las obligaciones jurídicas mercantiles son:

1. Sujeto acreedor: es el sujeto activo de la obligación; es decir, que a través de un medio de ejecución tiene autoridad para exigir la prestación. Es aquel que recibe una expectativa.
2. Sujeto deudor: es el sujeto pasivo de la obligación; o sea, que a través de su conducta debe cumplir la prestación. Es quien entrega una promesa.
3. Prestación: corresponde al contenido de la obligación; esto es, dar, hacer o no hacer. Debe ser posible, lícita, determinada y valorable económicamente.
4. Vínculo jurídico: es el núcleo central de la obligación. Imputa al deudor el cumplimiento de la obligación; a fin de, satisfacer el interés legítimo del

acreedor. Acorde al derecho, su cumplimiento tiene un componente moral además del legal.

5. Causa: es la fuente capaz de generar la obligación del deudor; en otras palabras, es la razón de ser de la obligación (Cevallos, 2011, pp. 166-167).

En la normativa civil ecuatoriana, el derecho objetivo que protege la relación jurídica cuando hace la diferencia entre obligación y otros deberes (morales), está regulado en el:

“Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, [...] contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, [...] aceptación de una herencia [...] cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, [...] delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia” (Código Civil, art. 1453).

Además, la norma del mismo cuerpo legal expone la clasificación de las obligaciones cuando señala en el “Art. 1486.- Las obligaciones son [...] *Civiles*, las que dan derecho para exigir su cumplimiento. *Naturales*, las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento; pero que, cumplidas autorizan para retener [...]” [cursivas añadidas] (Código Civil, art. 1486).

## **2.6. Prestaciones recíprocas**

Es necesario recordar que una de las características esenciales del contrato es la bilateralidad porque precisamente es ahí donde se originan las prestaciones recíprocas, pero no necesariamente equivalentes (el valor es subjetivo), atadas entre sí por un vínculo de interdependencia; de hecho, si una parte no cumple con la prestación, la otra queda excusada de la suya o si ya cumplió su parte tiene derecho a la resolución por incumplimiento, siempre que sea posible restituir a las partes a la situación inicial. Las prestaciones pueden ser recíprocas

cuando en el intercambio la conducta de una parte obliga a cumplir a la otra, y autónomas cuando no obliga.

Ciertamente, toda prestación recíproca que nace de una obligación jurídica debe ser clara, para que cada parte contractualmente hablando, conozca cuáles han de ser sus derechos y obligaciones; en otras palabras, el objeto debe estar determinado claramente sea de forma expresa o tácita, para que en las prestaciones de hacer o no hacer se puedan ejecutar, y para que en las prestaciones de dar la cosa sea determinada en su naturaleza y cantidad (Ospina y Ospina, 2014, pp. 241-242).

En esta línea de sentido, la cosa en su calidad de objeto puede ser un derecho como por ejemplo real, de crédito o intelectual; es decir, todo aquello que: a) Sea idóneo para ser comercializado; b) Esté en el comercio como cosa corporal e incorporal; y, c) No esté prohibido por la ley (Cevallos, 2011, p. 200).

Sin embargo, los contratos atípicos pese a no estar nominados expresamente en el cuerpo legal de la materia, no deben ser considerados como inenajenables porque su objeto o causa pudiera ser ilícita, sino porque las cosas que se comercializan a través de este tipo de contratos por su naturaleza no son comunes a todos los hombres, verbigracia, sustancias nocivas para la salud (Cevallos, 2011, p. 202).

Respecto al objeto como elemento esencial del contrato y no pudiendo concurrir prestaciones inaplicables independientemente de su naturaleza, las obligaciones contractuales respectivas tampoco pueden existir si las prestaciones que originan se refieren a abstenciones o hechos imposibles (Ospina y Ospina, 2014, p. 240).

Así para que la prestación inaplicable afecte a la existencia del acto jurídico, el impedimento del objeto debe ser absoluto; es decir, insuperable e insubsanable para todos en el transcurso del tiempo. Por el contrario, si el impedimento es relativo sólo constituye un incumplimiento.

Con relación a los requisitos del objeto, la norma constitucional prescribe:

“Art.66.- Se reconocen y garantizan a las personas: [...] 29. Los derechos de libertad también incluyen: [...] d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley” (Constitución, art. 66).

Además, la norma civil dispone:

“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 [...] sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

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” (Código Civil, art. 1477).

Por último, también es necesario tener presente lo que señala la ley civil en el “Art. 1455.- El contrato es [...] bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente” (Código Civil, art. 1455), para sustentar la teoría de las prestaciones contractuales cuyo incumplimiento promueve la extinción del vínculo jurídico.

## **2.7. Responsabilidades**

Desde una noción jurídica general, la responsabilidad es aquella imputación legal o moral que conlleva el contrato, obligación o vínculo jurídico antes, durante y después de su perfeccionamiento. Su incumplimiento obliga al contratante a

dar cuenta de su gestión cuando provoca algún tipo de perjuicio en cualquiera de las etapas del proceso contractual, a fin de que el daño ocasionado sea reparado integralmente; en otras palabras, es una consecuencia que nace del incumplimiento de la obligación que al causar un daño, éste debe ser reparado por el contratante que incumple (Alzate, 2009, pp. 96-99).

Dentro de este contexto, este vínculo jurídico en relación con las etapas contractuales ha sido dividido por la doctrina jurídica en: a) Responsabilidad civil precontractual o extracontractual que comprende la obligación de cumplir con los hechos generadores de la responsabilidad como por ejemplo el deber de cuidado (hecho que provoca el daño), uso de la norma (relación causal entre el hecho y el daño), fundamento de la indemnización (imputabilidad del hecho al autor); y, b) Responsabilidad contractual que comprende la obligación de cumplir con las prestaciones recíprocas (Coloma, 2001, p. 147).

Asimismo, en consideración al riesgo que conllevan ciertas actividades la doctrina jurídica distinguen dos tipos: a) Responsabilidad objetiva cuando en la relación jurídica un comportamiento produce daño; y, b) Responsabilidad subjetiva cuando adicionalmente al daño existe culpa por actuar con negligencia, imprudencia o impericia. Con el desarrollo de legislaciones especiales la culpa se ha ubicado en el lado objetivo (Querol y López, 2014, p. 99).

En complemento a lo expuesto, la doctrina jurídica expone la teoría de la imprevisión; por la cual, se sustenta que las partes se obligan con base a las circunstancias existentes durante el proceso contractual, de manera que si aquellas varían haciendo oneroso o difícil el cumplimiento del contrato, la o las partes puedan justificar el incumplimiento, para eximirse de la responsabilidad. Sin embargo, algunos doctrinarios contrarios a esta teoría, expresan su opinión en el sentido de que aquella afecta la seguridad mercantil, por la posible mala fe en la ejecución de los contratos que podrían tener los contratantes cuando éstos se arriesgan a sabiendas de que el negocio jurídico podría no llegar a cumplirse por considerarlo incierto (Ospina y Ospina, 2014, p. 78).

Desde el enfoque normativo, la responsabilidad puede ser subjetiva, civil y penal, porque se basa en la presunción de culpa lata, leve, levísima del deudor o en el dolo que por el contrario, debe ser probado.

La norma civil es expresa y directa respecto a los contratos cuando dice en el “Art. 1563.- El deudor [...] es responsable [...] de la culpa lata en los contratos [...] útiles al acreedor; [...] de la leve en los contratos [...] para beneficio recíproco [...] de la levísima, en los contratos en que el deudor [...] reporta beneficio” (Código Civil, art. 1563), mientras que la norma mercantil en el artículo 195 sólo regula la culpa lata del vendedor en la custodia y conservación de las mercaderías para contratos de compraventa, y la culpa leve del porteador en el cumplimiento de sus obligaciones para contratos de transporte en el artículo 243 (Código de Comercio, arts. 195, 243).

Ahora bien, la determinación del perjuicio para estipular la respectiva indemnización la puede hacer: a) La ley a través del juez, quien debe evaluar el daño emergente y el lucro cesante que constan en el artículo 1572 del Código Civil, observando los tipos de culpa regulados en el artículo 29 del mismo cuerpo legal (Código Civil, arts. 29, 1572) y la norma constitucional sobre la reparación integral introducida en el artículo 86, numeral 3 (Constitución, art. 86), para fijar la indemnización conforme ley, verbigracia, lo regulado en el artículo 891 del Código de Comercio que fija la indemnización por naufragio para contratos de transporte marítimo; y, b) Las partes a través de cláusula especial (penal), en función al apremio o a la evaluación de perjuicios.

El derecho contractual sanciona los incumplimientos a través de normas como por ejemplo indemnización por daños y perjuicios, devolución del bien con sus frutos e intereses, entre otras; a fin de, evitar el enriquecimiento injusto por una de las partes. Al respecto, la ley mercantil señala en el “Art. 150.- La oferta de abandonar las arras o de devolverlas dobladas, no exonera a los contratantes [...] de cumplir el contrato perfecto o de pagar daños y perjuicios”; y, en el “Art. 151.- Cumplido el contrato, o pagada una indemnización las arras serán devueltas [...]” (Código de Comercio, arts. 150-151).

## 2.8. Formalidades

Respecto a la exigencia o no de las formalidades contractuales, la ley indica en el “Art. 165.- Cuando las leyes de comercio exigen como requisito de forma del contrato, que conste por escrito, ninguna otra prueba es admisible; y a falta de escritura, el contrato se tiene como no celebrado”; y, en el “Art. 166.- Si no se exige la escritura como requisito de forma, se observarán las disposiciones del Código Civil sobre la prueba de las obligaciones, a menos que en el presente Código se disponga otra cosa en el caso” (Código de Comercio, arts. 165-166).

Finalmente, los negocios jurídicos pueden ser formales o informales cuando se trata de perfeccionar la voluntad de quienes contratan o convienen. Entonces, sólo el acatamiento de las formalidades dispuestas por la ley o por la voluntad de las partes como requisito para que exista un acto, es lo que convierte en formal al acto jurídico; por tanto, la omisión puede dar lugar a que: a) La voluntad de las partes se advierta como no manifestada; b) El acto se considere inexistente; o, c) El acto no provoque efectos (Ospina y Ospina, 2014, p. 47).

Así pues, el formalismo jurídico en particular para los contratos mercantiles atípicos al ser parcialmente autónomo, respecto a las formas establecidas legalmente, permite esbozar contenidos con base a funciones económicas que encajen con las circunstancias inmateriales de la naturaleza del acto mercantil como lo es la eficiencia, pero sin dejar de considerar la creación de obligaciones y los efectos jurídicos propios.

Por último, con el propósito de perfeccionar un contrato, las partes por su voluntad podrían dar formalidades a un acto determinado legalmente como consensual, por el uso mercantil que le caracterice, o elevar a escritura pública un contrato que la ley taxativamente no lo prescribe.

## 2.9. Eficacia y eficiencia

En términos generales, la eficacia está relacionada con lo normativo de ahí que el contrato produce efectos jurídicos; mientras que, la eficiencia está relacionada con lo económico. Por tanto, si la norma es ineficaz, la conducta de los individuos que busca prescribir hará que los efectos jurídicos sean ineficientes.

Ahora bien, en clave del análisis económico del derecho, la eficacia no tiene el mismo enfoque de estudio que la eficiencia porque aquella es el resultado de resolver problemas contractuales con normativa basada en la equidad, y sin considerar que el derecho como institución puede tener potestad para contribuir al mejoramiento eficiente del bienestar social a través de la creación de normas que incentiven su cumplimiento con el mayor beneficio posible, donde a mayor eficiencia normativa, mayor también será la eficiencia en su cumplimiento.

En la práctica jurídica mercantil nacional, la eficacia es evidenciada como regla salomónica del 50% por la aplicación del principio de equidad en la solución de un litigio, verbigracia, en una demanda de resolución del contrato al aplicar la normativa positiva, el deudor puede pagar la deuda hasta la causa prueba que corresponde a la mitad del proceso, a fin de que las partes contractuales queden satisfechas; no así la eficiencia, que por la aplicación de la regla de la proporcionalidad sobre los intereses individuales de las partes en conflicto, permite que cada una alcance el 100% del beneficio esperado, verbigracia, cuando hay una naranja y dos personas interesadas, el zumo se entrega a quien requiere para hacer un pastel y la cáscara a quien necesita para hacer manualidades.

Un contrato celebrado a nombre de otro sin ostentar su representación es ineficaz porque aquel no puede producir ningún efecto independientemente de que el vínculo jurídico sea válido por haber cumplido con las prescripciones legales, en razón de que la validez no implica la eficacia del negocio jurídico. De ahí que todo contrato válido podrá ser eficaz o ineficaz, todo contrato inválido será ineficaz, y todo contrato ineficaz será válido (Alzate, 2009, p. 281).

Según la doctrina jurídica cuando se refiere a las causas de la ineficacia de un acto jurídico que puede ser absoluta o relativa en función de cuáles elementos producen los efectos, aclara que: a) Un contrato válido se vuelve ineficaz a través de la nulidad judicial cuando al haberse celebrado existió un vicio o defecto que causa lesión enorme; y, b) Un contrato ineficaz es inexistente por nulidad de pleno derecho cuando el vínculo jurídico no se ha llegado a formar. Por consiguiente, observar lo regulado en la normativa civil respecto a los elementos esenciales y no esenciales del contrato es de vital importancia durante el proceso contractual (Ospina y Ospina, 2014, pp. 84, 515).

Respecto al reconocimiento de la eficacia de autonomía de la voluntad desde el Derecho Constitucional, se intuye, con base a los principios que rigen el ejercicio de los derechos constitucionales, cómo la iniciativa de los particulares para regular sus negocios jurídicos puede ser aplicable sólo ante la ausencia de norma jurídica positiva conforme la regulación del “Art. 11, numeral 3, inciso segundo.- [...] Los hechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar [...] desconocimiento, [...] ni para negar su reconocimiento”; y, del “Art. 11, numeral 8.- El contenido de los derechos se desarrollarán de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. [...]” (Constitución, art. 11).

Por último, la eficacia de las normas es entredicha en el interés por evitar daños de naturaleza contractual como consecuencia de una de las fallas de mercado porque en la motivación de sentencias para identificar el efecto normativo sobre la conducta de los individuos, no se esbozan modelos de análisis económico del derecho que permitan concluir el nivel de precaución óptimo con base a su costo, probabilidad de ocurrencia, daño esperado y costo total del daño jurídico (lesión física y perjuicio patrimonial que disminuyen el bienestar).

## **2.10. Modos de extinción**

La doctrina jurídica clasifica los modos de extinción de los contratos en mutuo disenso, resolución, revocación, imposibilidad de la ejecución, muerte de una de

las partes, término extintivo, simulación, imprevisión, y procedimiento notarial (Alzate, 2009, pp. 314-317).

La legislación ecuatoriana regula los modos de extinción de las obligaciones en el artículo 1583, siendo éstas por: convención de las partes, solución o pago, novación, transacción, remisión, compensación, confusión, pérdida de la cosa debida, nulidad o rescisión, condición resolutoria, y prescripción (Código Civil, art. 1583). Los modos de extinción de las obligaciones y de los contratos operan solidariamente de forma parcial o total, pues al extinguirse la obligación automáticamente también se extingue el contrato.

En suma, por la naturaleza del acto jurídico, las causales de extinción son opuestas a las causales de nulidad; las primeras, procuran destruir el vínculo contractual, se originan en hechos posteriores, y no pueden declararse de oficio; mientras que, las segundas, obstaculizan la existencia del vínculo contractual y sus efectos, se originan en causa anterior a la celebración del contrato, y se declaran de oficio.

## **2.11. Nulidad**

La nulidad como sanción civil impuesta a un acto jurídico y regulada en el “Art. 1697.- Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo [...], según su especie [...] puede ser *absoluta* o *relativa*” [cursivas añadidas] (Código Civil, art. 1697), desconoce las consecuencias o efectos jurídicos que pudieran producirse por las diferentes causas no observadas en la celebración del contrato.

1. Nulidad absoluta: según el artículo 1698 y artículo 1699 cuando este tipo de nulidad se produce en consideración a la naturaleza del objeto, causa, requisitos o formalidades prescritas, no puede ser saneada por la ratificación de las partes ni dentro de un plazo menor a quince años. Debe ser declarada por juez competente, para que produzca efectos jurídicos; o, solicitada por

quien tenga interés excepto si conocía del vicio y por el Ministerio Público hoy Fiscalía General del Estado. El contrato es considerado como no realizado (Código Civil, arts. 1698-1699).

En materia mercantil respecto a contratos de seguros, la nulidad absoluta también es regulada de forma expresa, verbigracia el “Art. 11 (722.11).- El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del asegurado son inasegurables. Toda estipulación en contrario es absolutamente nula. [...]” (Código de Comercio, art. 11).

2. Nulidad relativa: según consta en el artículo 1698 y artículo 1700, este tipo de nulidad se produce por cualquier otro vicio no aplicado a la nulidad absoluta. Sí puede ser saneada por la ratificación de las partes y sin el transcurso de un mínimo de tiempo. No puede ser declarada de oficio por juez. Debe ser solicitada a petición de parte por quien ha sido reconocido por la ley como beneficiario, por cesionarios y herederos (Código Civil, arts. 1698, 1700). El contrato puede ser saneado por medio de la convalidación de la nulidad; esto es, que la obligación contractual subsistirá sin la cláusula que al ser independiente de las demás, incurre en el vicio, pero no es esencial al acto (Alzate, 2009, pp. 290, 292).

Asimismo, la nulidad relativa está regulada de forma expresa en materia mercantil de seguros, verbigracia el “Art. 14 (722.14).- El solicitante del seguro está obligado a declarar [...] el estado de riesgo, [...] la falsedad [...] que, conocidas por el asegurador, lo hubieren hecho desistir de la celebración del contrato, [...] vician de nulidad relativa el contrato [...]” (Código de Comercio, art. 14).

En fin, cuando un acto jurídico es considerado válido desde su inicio porque cumple con todos los requisitos esenciales y formales; pero, posteriormente con la calificación jurídica se produce la nulidad relativa, en razón de que lo perseguido por las partes no corresponde al contenido del contrato, es viable

una recalificación del mismo para la conversión o transformación de otro tipo de vínculo jurídico con diferentes efectos (Alzate, 2009, p. 303) así como lo dispuesto en el “Art. 1038.- Toda donación o promesa que no se haga perfecta e irrevocable sino por la muerte del donante o promisor, es testamento y debe sujetarse a las mismas solemnidades que el testamento. [...]” (Código Civil, art. 1038).

## **2.12. Métodos alternativos de solución de conflictos**

Son mecanismos que con base al principio de autonomía de la voluntad de las partes, permiten encontrar vías alternativas de solución a diversos tipos de discrepancia en lugar de acudir al sistema judicial.

Desde el análisis económico del derecho, lo que se busca con la aplicación de estas alternativas para la solución eficiente de conflictos es: a) Tutelar derechos al menor costo posible, y con el beneficio de que las resoluciones emitidas sean ejecutadas; y, b) Anticipar resultados iguales a los que se obtendrían a través de procesos judiciales (Ramírez, 2011, p. 170).

En la realidad ecuatoriana, existen las Cámaras de Comercio como instituciones privadas que cuentan con un centro de arbitraje y mediación de manera particular para sus asociados; de ahí, que por el principio de confidencialidad y la falta de una política que permita a los estudiantes acceder a las estadísticas respecto del volumen de controversias contractuales mercantiles presentadas, aceptadas y resueltas, no ha sido posible determinar para esta investigación, si en la argumentación de sus resoluciones para tutelar los derechos en conflicto, aplican el análisis económico del derecho.

### **2.12.1. Objetivos**

Los métodos alternativos de solución de conflictos dirigen sus esfuerzos en: a) Reducir la intensidad de un litigio en afinidad con el principio de economía

procesal; b) Ampliar el acceso a la justicia de los sectores más vulnerables; c) Ayudar a formas democráticas y participativas; y, d) Alcanzar resoluciones de mayor legitimidad (Ramírez, 2011, p. 168).

Según la doctrina jurídica, los medios para alcanzar estos objetivos se dividen por criterios como por ejemplo el tipo de sujetos que intervienen en la resolución del conflicto; y, el carácter vinculante de la resolución acogida.

### **2.12.2. Clasificación**

En busca de una solución que ponga fin a controversias no solucionadas por la vía del diálogo directo entre las partes contractuales, será necesario acudir a: (Ramírez, 2011, p. 168)

1. Formas autocompositivas: en las cuales participan las partes en la construcción de la solución, pero con la participación de un tercero imparcial como por ejemplo la negociación, la mediación y la conciliación (Ramírez, 2011, p. 169).

La negociación: es un procedimiento a través del cual las partes en conflicto o por medio de terceras personas que pueden ser profesionales en derecho o negociadores profesionales se acercan, para encontrar una solución.

La mediación: es un mecanismo que goza de confidencialidad y por el cual las partes encuentran solución a su controversia a través de un mediador imparcial que facilita el acuerdo absteniéndose de dar recomendaciones. El resultado final es un acta de transacción (contrato a través del cual las partes llegan a un acuerdo extrajudicial). Esta forma puede ser intrajudicial durante la substanciación del proceso, o extrajudicial en apego a las etapas procesales, pudiendo ser antes o después de la interposición de la demanda.

La conciliación: es un medio similar a la mediación, pero con libertad para que el tercero formule alternativas de solución.

Es de señalar, que cuando estos métodos alternativos de solución de conflictos no son capaces de vaticinar resultados mutuamente beneficiosos para las partes en conflicto debido a la complejidad del caso, la posibilidad de llegar a un acuerdo exitoso se pulveriza y en consecuencia sólo se estaría añadiendo más costos al proceso (Ramírez, 2011, p. 177).

2. Formas heterocompositivas: en las cuales las partes conceden a un tercero ajeno e imparcial la potestad de decidir sobre la controversia a través de una resolución como por ejemplo el arbitraje, y el proceso judicial (Ramírez, 2011, pp. 172-173).

El arbitraje: es un procedimiento en que la resolución dictada por el tercero denominado árbitro se la conoce como laudo con carácter de vinculante. Puede ser privado o público, y resuelto de estricto derecho (el árbitro decide en apego a la legislación sustantiva) o de equidad (las partes deciden conforme los principios de la equidad y la buena fe aunque se aparte de la normativa).

Cuando este mecanismo es acordado por las partes en el contrato ex ante, se crean mejores incentivos para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, a fin de evitar, que un conflicto ineficiente llegue a ser sometido a deliberación, más aún, cuando no existe un sistema judicial funcional y transparente que se beneficie con una menor carga litigiosa; por otro lado, el arbitraje ex post también disminuirá, pero no por la ausencia del oportunismo de una de las partes, sino porque habrán más contratos con arbitraje ex ante (Ramírez, 2011, p. 174).

Los costos de arbitraje son elevados, pero se compensan con el ahorro en costos de tiempo, al ser una alternativa más rápida y eficiente porque los beneficios esperados pueden llegar a ser mayores a los del proceso judicial. Verbigracia, en un sistema judicial disfuncional que genera conductas oportunistas, el riesgo de incumplimientos contractuales será mayor; por

ende, el acreedor tendrá que contratar protegiéndose con contraprestaciones más costosas, para compensar el incumplimiento.

El proceso judicial: como vía para la solución de litigios tiene costos bajos y se activa cuando durante la contratación, debido a la existencia de información asimétrica, una de las partes contratantes, por lo general el acreedor, ha realizado una selección adversa, verbigracia, cuando el deudor oportunista tiene incentivos así como el de un sistema judicial no funcional, para entrar en un pleito que sabe se alargará y por el cual podrá retardar el cumplimiento de su obligación.

En fin, de cara al proceso judicial mercantil y con el análisis económico del derecho, para aquellos procesos de menor trascendencia social y económica aunque en la práctica sean muchos en cantidad, estos métodos alternativos de solución de conflictos podrían tener una de las siguientes funciones: a) Complementario, cuando el objetivo es incrementar el acceso a las formas autocompositivas, para impulsar la revelación de la información, verbigracia, la mediación; y, b) Sustituto, si lo que se busca es reducir procesos judiciales, verbigracia, el arbitraje (Ramírez, 2011, pp. 171-172).

En el análisis económico del derecho, los métodos alternativos de solución de conflictos son de alto interés jurídico porque al no ser el derecho la única vía para resolver controversias, permiten tutelar derechos extrajudicialmente al menor costo posible, reducir la litigiosidad en el sistema judicial favoreciendo a la economía procesal, y obtener resultados eficientes y mutuamente beneficiosos para las partes.

### **2.13. Cláusulas**

La decisión de elegir las cláusulas que conformarán el contrato orientados a producir vínculos con efectos legales, nace del ordenamiento jurídico positivo cuando concede eficacia jurídica a la iniciativa de los contratantes a través de la

autonomía de la voluntad privada; sin embargo, esta facultad tiene limitaciones que deben acatarse.

Es importante tener en cuenta las diferencias existentes entre el Código Civil y el Código de Comercio, ya que en el ámbito de las relaciones mercantiles contractuales, por vacíos en la norma mercantil tanto las normas civiles como las normas mercantiles, podrían ser aplicadas indistintamente al ser exhortadas en las cláusulas contractuales; de ahí, que las normas civiles podrían prevalecer sobre la costumbre mercantil para el tema de los efectos jurídicos.

Siendo las transacciones el núcleo de sus propios costos, éstas deben: a) Gobernarse desde el marco normativo hasta el consentimiento libre y voluntario de las partes, plasmado en el inventario de todo lo negociado; b) Diseñarse de forma clara y adecuada la redacción de los términos contractuales, para incentivar el comportamiento eficiente de las partes; y, c) Ejecutarse de tal modo que minimicen conflictos; para que observadas desde la práctica mercantil puedan plasmarse en el contrato con un enfoque de prevención y ahorro en costos de transacción.

Al margen de caer en el error de estipular cláusulas con contenido implícito por falta de precisión, lo importante será configurar estipulaciones que contengan reglas supletorias de responsabilidad, para que el contrato como fuente de derecho cumpla su función de manera eficiente.

Finalmente, de lo expuesto en el presente capítulo sobre el alcance y efectos de la legislación mercantil y civil nacional en materia contractual, a manera de conclusiones previas se pueden citar las siguientes:

1. El análisis económico del derecho permite la aplicación de la teoría general del contrato con una comprensión económica de sus efectos en una perspectiva adicional al conocimiento del Derecho, una vez que en materia contractual esta institución está enfocada mayormente en regulaciones colectivas y no individuales, para la maximización del bienestar social.

2. Al razonar sobre el costo de oportunidad en la resolución de conflictos, las partes contractuales que opten por cualesquiera de los métodos alternativos, podrán identificar la posibilidad de celebrar un acta transaccional mutuamente beneficiosa y sin costos excesivos, por ende eficiente, antes de activar el sistema judicial cuyo costo tendrá que ser asumido por los contratantes litigantes y por toda la sociedad ajena al interés individual en el uso del bien público.
3. En la institución de los contratos, respecto al momento de su perfección es importante identificar la naturaleza de las cláusulas que han de estipular los contratantes de forma libre y en apego a la ley mercantil o subsidiaria, para evitar omisiones o inclusiones que den origen a un litigio; y, no menos importante es el hecho de negociar con base a funciones económicas que también buscan eliminar o minimizar conflictos contractuales potenciales ex ante y reales ex post.

Como se ha destacado en el desarrollo de este capítulo, en materia contractual, el rol de la autonomía de la voluntad es substancial a pesar de no ser independiente ni soberana, ya que necesita ser facultada por el ordenamiento jurídico cuando se trata de negocios patrimoniales; de ahí, que tanto en la sociedad como en el mercado de cara al análisis económico del derecho, ningún individuo puede ser privado de su patrimonio en contra de su voluntad, pero todos los agentes económicos sí pueden crear, regular o extinguir relaciones jurídicas merecedoras de tutela según la normativa jurídica a través de los contratos típicos, y según la costumbre además de las normas imperativas generales y supletorias por medio de los contratos atípicos.

### **3. CORPUS DE CONOCIMIENTO DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**

En el presente capítulo, el trabajo de titulación plantea una breve revisión de algunas teorías que permitirán explicar las estructuras específicas de disciplinas relacionadas con el análisis económico del derecho, desde la conceptualización de sus principios, características y objetivos hasta su aplicación en el Derecho Mercantil, y específicamente su incidencia en los contratos atípicos que se celebran en el ámbito empresarial privado ecuatoriano.

#### **3.1. Teoría microeconómica**

##### **3.1.1. Definición**

La teoría de los precios o microeconomía analiza el establecimiento de los precios relativos a bienes de consumo final con énfasis en la economía del bienestar y la asignación de recursos (Parkin, 2001, p. 7).

En otras palabras, la teoría de los precios es un instrumento utilizado para predecir y explicar el comportamiento económico de las personas en general, analizado desde la teoría de la elección individual racional voluntaria, para buscar soluciones al problema de escasez que todos los agentes económicos enfrenta sobre el cómo, qué, para quién producir y cómo sostener el sistema; de manera que, los resultados en observaciones jurídicas tengan un corolario lógico de utilizar concepciones económicas como por ejemplo mercados, equilibrio, precios, sustitución, marginalidad, excedentes (Salvatore, 2009, p. 1).

Para ilustrar la aplicación de esta definición económica en derecho, se pone como ejemplo el “Art. 142.- Incurren en contravención grave de primera clase y serán sancionados con multa [...] y reducción de 6 puntos [...] a) El conductor que [...] no respete [...] semáforos [...]” (Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial, art. 142); la cual, es equitativa porque da una orden, es válida porque es creada por autoridad competente y es ineficaz porque

cuando alguien se pasa el semáforo en rojo y no hay una cámara que tome la foto, el producto consumido que viene a ser la contravención no tendrá precio, es decir, no deberá pagar la multa.

### **3.1.2. Maximización de la utilidad**

Se refiere a la diferencia entre el costo de un bien y el precio alternativo del mismo. Será alcanzada por el individuo que tenga en cuenta la restricción de su ingreso limitado en el momento de elegir bienes o conductas que le signifiquen una tasa de intercambio igual a la tasa de los precios de mercado de esos mismos bienes; por consiguiente, las elecciones óptimas del individuo para obtener un máximo con restricción dependerá de los precios de mercado, de su presupuesto y de sus preferencias (Nicholson, 2007, pp. 94, 114).

El objetivo de un sistema económico eficiente es maximizar la utilidad extra o los excedentes totales (diferencia entre el valor pagado voluntariamente en exceso y el valor que debía pagarse) de los consumidores que compran un bien por encima del precio de mercado antes que renunciar a él, y de los productores que reciben el excedente a cambio de no realizar transacciones con ese bien. La conceptualización de los excedentes de cara a un mayor beneficio, permite medir cuantitativamente el valor económico que le dan los individuos afectados por el cambio en los precios y en las cantidades de los bienes cuando expresan su disposición para pagar o aceptar el pago. Por ende, técnicamente esta maximización dependerá del tipo de bien, el cual podrá ser inferior, normal o superior, y del ingreso o presupuesto del consumidor (Nicholson, 2007, pp. 149, 152-153).

En suma, la maximización no se refiere a la utilidad pecuniaria porque ésta debe analizarse de frente a los diferentes tipos de costos que existen como por ejemplo marginales, hundidos, de oportunidad, de transacción, entre otros.

### **3.1.3. Análisis marginal**

Es el estudio a través del cual, partiendo de la satisfacción o utilidad total que alcanza un agente económico por cada unidad adicional que consume o negocia por unidades de tiempo, permite inferir, una satisfacción o utilidad marginal negativa cuando el individuo se abstiene de consumir más; dicho de otro modo, a medida que un individuo consume más, la utilidad total recibida aumenta, pero la utilidad marginal disminuye (Salvatore, 2009, p. 71).

En este orden de ideas, para que exista un intercambio recíprocamente provechoso, en una economía sencilla deben existir dos elementos: individuos y bienes, donde la tasa marginal de sustitución (TMS: cantidad del bien a la que un individuo renuncia con el fin de ganar una unidad adicional de otro) de la una parte sea diferente a la TMS de la otra; de manera, que durante esta dinámica los valores de la TMS para los dos individuos se igualen antes de poder concluir con la transacción eficientemente (Salvatore, 2009, pp. 68, 71).

### **3.1.4. Eficiencia económica**

Una vez que se haya logrado entender la aplicación de conceptos como costos, beneficios y riesgos, se podrá obtener como resultado la eficiencia económica, la cual se obtiene luego de asignar los bienes a sus valores más altos de uso; dicho de otra manera, se alcanza la eficiencia económica cuando hay una completa correlación entre la asignación eficiente de recursos y los precios competitivos de dichos recursos (Nicholson, 2007, p. 357).

El resultado de una eficiente asignación de recursos en la Economía del Bienestar (estudia condiciones para afirmar si es óptima la solución de un modelo de equilibrio general) con el Teorema de Pareto, se obtendrá de precios competitivos; o sea, cuando no sea posible que la posición de un individuo mejore sin inducir a que la del otro empeore. Empleando el criterio de Pareto que se basa en la elección individual, se podrá identificar asignaciones ineficientes

de recursos posibles de mejorarlas, sin que se tenga que hacer símiles de la utilidad entre los individuos, en razón de que las mejoras son precisadas por los mismos agentes económicos (Nicholson, 2007, pp. 357, 374).

A decir de la doctrina económica, el concepto amplio de Pareto se basa en juicios de valor como por ejemplo que cada individuo es responsable de su bienestar, que el bienestar social depende del bienestar individual, y que cualquier mejora en el bienestar de un individuo sin afectar el bienestar de otro contribuye al bienestar social (Veljanovski, 2007, p. 32).

Dentro de este marco, Kaldor-Hicks introducen en el análisis de la eficiencia el concepto de la indemnización, consistente en el principio de que quien gana en la asignación de recursos puede compensar a quien ha sido perjudicado y aun así mantenerse en mejor situación porque los beneficios superan a los costos (Querol y López, 2014, p. 18).

Con este enfoque adicional, aparece la teoría sobre el análisis costo-beneficio; el cual, se basa en la separación e interrelación que se da entre la eficiencia económica de Pareto que no alcanza a mejorar el bienestar económico de la sociedad, y la distribución de la riqueza de Kaldor-Hicks sobre la cual se apoyan las transacciones del mercado o los cálculos de costo-beneficio, para generar diferentes patrones de demanda, oferta, precios, entre otros (Veljanovski, 2007, p. 33).

De modo, que así como existen productos de marca por una distribución desigual de la riqueza, también existen instituciones jurídicas como los contratos atípicos de franquicia que permiten obtener excesivas regalías por el uso de una marca y la aplicación de conocimientos (Veljanovski, 2007, p. 34).

## **3.2. Teoría económica del contrato**

### **3.2.1. Definición**

La teoría económica del contrato explica el conjunto de normas jurídicas mercantiles y civiles desde la óptica económica a través de la metodología del análisis económico del derecho (Coloma, 2001, p. 13).

En el análisis económico del derecho, el intercambio de prestaciones jurídicas es condición ineludible para que exista la posibilidad de avizorar un punto óptimo; en el cual, las partes contractuales mutuamente puedan maximizar su beneficio derivado del vínculo jurídico, en caso contrario, sin aquel intercambio no será viable la utilización de dicho análisis, para advertir el punto óptimo donde se maximice el bienestar para la sociedad.

Cuando el cuerpo legal civil proporciona la definición de contrato no hace mención explícita al carácter patrimonial de los contratos cuando crean un derecho pecuniario, verbigracia, contrato de compra venta, ni al carácter extra patrimonial de los contratos cuando se refiere a la posición del sujeto en la familia, verbigracia, contrato de matrimonio, sobre la relación jurídica implicada con los efectos legales resultantes del contrato; aun cuando, la mayoría de las prestaciones conlleva un contenido económico directo aunque el interés del otro sea afectivo, moral, entre otros.

En fin, quizás ésta es una de las razones por las cuales en la jurisprudencia mercantil ecuatoriana no se evidencia en la argumentación de las resoluciones, la aplicación del análisis económico del derecho; a pesar, de que las modalidades de nuevos contratos avanzan al mismo ritmo que lo hacen los negocios mercantiles.

### 3.2.2. Sistema económico

Desde el análisis económico del derecho, las normas jurídicas constitucionales definen el sistema económico (modos en que una sociedad se organiza) dentro del cual la sociedad debe actuar, verbigracia lo regulado en el artículo 283 de la Constitución de la República del Ecuador citado en el capítulo I del presente trabajo; por tanto, respecto a la asignación de recursos la norma divide al sistema, según: a) La propiedad privada de los medios de producción utilizando mercados y formalmente regulada por normas generales; y, b) La propiedad pública de los medios de producción utilizando un mecanismo centralizado de planificación y formalmente regulada por normas especiales (Coloma, 2001, pp. 15-16).

El mercado como mecanismo de asignación de recursos se basa en normas generales que definen los derechos de propiedad de quienes participan voluntariamente en aquel, por lo que incluyen una regulación jurídica para celebrar contratos y adquirir obligaciones, a fin de viabilizar el intercambio de los derechos de propiedad y la utilización de recursos disponibles por parte de los interesados, sin omitir las responsabilidades inherentes al riesgo que conlleva un negocio jurídico. En cambio, las normas especiales se contienen en la regulación económica, es decir que por la intervención del Estado éstas normas son una limitación para las normas generales (Coloma, 2001, pp. 18-19).

Al aterrizar en el enfoque económico positivo se evidencia que a los economistas les interesa analizar, en primer lugar los motivos que tienen las partes para contraer obligaciones, y en segundo lugar los contratos como instrumentos que les permite a los agentes económicos beneficiar el intercambio de quien menos valora un bien hacia el que más lo valora, transferir riesgos con base a las actitudes de cada parte, y resolver problemas de eficiencia provenientes de información asimétrica y/o externalidades (Querol y López, 2014, p. 77).

Finalmente, desde el análisis normativo los economistas estudian la capacidad que tiene el derecho de contratos para reducir los costos de transacción,

asegurar intercambios eficientes, y dar solución a incumplimientos eficientes; considerando que el cumplir o no cumplir con las prestaciones contractuales, dependerá del beneficio que pueda reportar a cada parte (Querol y López, 2014, p. 77).

### **3.2.3. Titularidad**

En cuanto a la titularidad se debe inicialmente advertir que cuando de negocios jurídicos se trata, la existencia del derecho de propiedad en un sistema de mercado y conforme al criterio de Pareto debe ser claramente definido para que otros no ostenten el mismo derecho y pueda ser transferible con base a incentivos de mayor utilidad.

El derecho de propiedad como derecho subjetivo es indiscutible en los contratos particularmente en la compraventa mercantil, mediante el cual se transfieren derechos o se generan obligaciones, puntualmente porque el contrato siendo bilateral (obligaciones recíprocas) y conmutativo (obligaciones equivalentes) viene a ser el título, mientras que la tradición el modo, para transferir la cosa y perfeccionar el contrato, conforme lo regulado en el artículo 603 del Código Civil (Cevallos, 2011, pp. 197-199).

En este orden de cosas, la teoría del intercambio de titularidades cuyo autor es el profesor William Evers, dentro del análisis económico del derecho respecto al proceso contractual, concibe los siguientes sistema de intercambio: a) El de derechos con titularidad; y, b) El de cosas sin titularidad; para sostener, que el incumplimiento es relevante sólo si la obligación contractual transfiere titularidad o derechos subjetivos porque entonces es un escenario de Pareto ineficiente; esto es, que la situación de quien incumple mejora a costa del desmedro de la otra, en lugar de que la situación del que no cumple mejore más de lo que el otro pierde para que justifique un incumplimiento eficiente (Gherzi, 2009, p. 5).

Desde la óptica económica la intervención del sistema legal queda justificada únicamente en obligaciones contractuales que transfieren titularidades; de modo,

que ante un incumplimiento y conforme a la responsabilidad contractual estipulada se pueda exigir a través del sistema legal el cumplimiento de la prestación contractual y/o el pago de indemnización. En caso contrario, cuando no hay un intercambio de titularidades el incumplimiento no produce ineficiencia ni eficiencia, da lo mismo, no produce ningún efecto (Gherzi, 2009, pp. 6-7).

Se toma como ejemplo el contrato de compraventa porque al intercambiar el derecho de propiedad de la cosa sobre el derecho de propiedad del precio se evidencia la transferencia de titularidades (cosa y precio); por ende, si una de las partes incumple con la prestación contractual transgrede el principio de Pareto; ya que al quedarse con la cosa sin realizar el pago, es decir, con la titularidad de la otra parte, se estaría aprovechando o beneficiando a costa de la parte que empeora su situación, o lo que es igual a estar cometiendo un delito en lugar de un negocio jurídico (Gherzi, 2009, p. 5).

En términos prácticos cuando se produce una donación simple, el único que puede transferir es aquel que promete; por tanto, no se justifica que se active el sistema jurídico para que le obligue al donante a cumplir, además tampoco se viola el criterio de Pareto porque nadie se beneficia a costa de otro.

Desde la visión del derecho, el sistema jurídico ha instituido figuras jurídicas bastante utilizadas en la actualidad, orientadas a crear intercambio de titularidades precisamente donde no existen, denominadas cláusulas penales, fianzas, arras, a modo de garantías; con el propósito, de convertir una obligación contractual sin transferencia de titularidades en una que sí contenga transferencia de titularidades, para que pueda concurrir la responsabilidad contractual resultante por el incumplimiento de la prestación contractual y una situación de Pareto eficiente; esto es, evitar vínculos jurídicos ineficientes que coexisten en sistemas también ineficientes, provocados por la transgresión del principio de Pareto (Gherzi, 2009, pp. 7-8).

Con lo analizado desde la reflexión del análisis económico del derecho sólo para contratos con intercambio de titularidades, en su tesis sobre el previsor racional,

excluye la culpa asociada a cualesquiera de los contratantes cuando sostiene que quien debe responder por el incumplimiento es la parte que tuvo el costo de previsión más bajo en cualquiera de las etapas precontractuales, pero que no actuó para evitar el incumplimiento, pudiendo ser ésta la víctima y no precisamente el culpable. En resumen, si no hay intercambio de titularidades no hay responsabilidad civil (Gherzi, 2009, p. 9).

En el derecho mercantil, esta situación jurídica se puede ilustrar a través de un contrato de compraventa de materia prima a crédito y sin una cláusula sancionadora, donde el intercambio de derechos de este acto jurídico está dado por el derecho de propiedad sobre la titularidad de la cosa a cambio de una precio, pero luego de transcurridos tres meses de retraso en el pago por parte del fabricante, éste justifica su incumplimiento con la presentación de una póliza de acumulación a vencer en tres meses más, que le reconoce el 6% de interés anual. Es evidente, que en este escenario se está violando el criterio de Pareto porque el comprador se está beneficiando financieramente a costa del proveedor.

### **3.2.3.1 Formas de propiedad**

Las diferentes formas de propiedad según la doctrina económica que defiende el análisis económico del derecho pueden ser clasificadas en: (Querol y López, 2014, p. 34)

1. La titularidad: puede ser pública, privada, mixta, comunal, entre otras. Así mismo, la titularidad privada se subclasifica en individual, familiar, cooperativas, entre otras.
2. El contenido de la titularidad: es respecto a si puede o no ser enajenado, embargado, entre otras disponibilidades.

Dentro de este marco, la norma constitucional se expresa de la siguiente manera en el "Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 26. El derecho a la

propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. [...]”; y, en el “Art.321.- El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, [...] y que deberá cumplir su función social y ambiental” (Constitución, arts. 66, 321).

Al respecto, en el Ecuador existen limitaciones expresamente señaladas en el artículo 747 sobre el contenido de la titularidad; siendo éstas, en virtud de una determinada condición, gravamen de habitación, uso o usufructo, patrimonio familiar, y servidumbres (Código Civil, art. 747).

### **3.2.3.2 Criterios eficientes**

Los criterios para definir los derechos de propiedad eficientes, son: (Querol y López, 2014, p. 36)

1. La asignación voluntaria de la titularidad: aplicada en bienes privados, siempre que el intercambio sea voluntario, los costos de transacción sean mínimos o no existan para promover el intercambio, y el objetivo o eficiencia se alcance; con el fin, de que los bienes sean de quien más los valore, o sea, de quien más paga.
2. La asignación legal: es la autoridad competente a través de la ley la que designa la titularidad, para quien de haberse dado el intercambio voluntario se lo hubiera asignado o más valore el bien, a cambio del pago que se hubiera acordado de haberse dado el intercambio voluntario.

Por último, la responsabilidad desde el análisis económico del derecho también está relacionada con la noción de titularidades; sin embargo, al ser comparada con el Derecho Civil se revela como el momento en el cual se produce el incumplimiento contractual, marca una gran diferencia entre estas dos disciplinas.

### 3.2.4. Incumplimiento contractual

En torno al incumplimiento contractual se puede anotar que las partes contractuales con base a sus circunstancias particulares del momento, susceptibles de variación con el tiempo, llegan a establecer sus propias reglas en ciertos casos hasta abusivas; se observa, que las reglas generales se vuelven ineficaces en especial para los contratos atípicos porque las razones que justifican un cumplimiento forzado no son de tipo económico sino moral, por la expectativa creada del acreedor y la promesa dada del deudor (Gherzi, 2009, p. 3).

Los contratos tendrán fuerza obligatoria sólo si la norma los reconoce como un estado de hecho (acontecimiento natural o humano) generador de derecho, para que sólo entonces se active la protección de derechos ante la violación de los términos contractuales, y se de paso a las respectivas indemnizaciones legales (Alzate, 2009, pp. 61-62).

Empero, la existencia de este principio no debería desplazar el análisis económico del derecho cuando de incumplimientos se trata; por cuanto, económicamente puede ser la opción más viable en determinadas situaciones o puede permitir asignar responsabilidad a la parte contractual que obtiene un beneficio a costa de la otra, que bien podría ser la parte que aparece como víctima (Gherzi, 2009, p. 14).

En temas de incumplimiento, la responsabilidad civil en el análisis económico del derecho contrario al enfoque del derecho civil que prioriza la culpa, se apoya en la tesis del previsor racional; la cual, consiste en que la parte (culpable o víctima) que se abstuvo de evitar el incumplimiento a pesar de tener el costo de previsión más bajo al momento de la negociación debe asumir la responsabilidad del incumplimiento, por beneficiarse de su propia imprevisión al haber transgredido el criterio paretiano (Gherzi, 2009, p. 9).

En suma, las obligaciones contractuales desde la teoría económica deben cumplirse no por razones de tipo moral como por ejemplo la promesa dada por el deudor o la expectativa creada en el acreedor, sino por razones económicas, verbigracia, el precio porque si éste es mayor que el precio de mercado la responsabilidad (riesgo del contrato) recae sobre el vendedor y si es menor recae sobre el comprador, en razón de que el precio conlleva implícita la información asimétrica existente al momento de la negociación (Ghersi, 2009, pp. 3, 12).

La posición explicada sobre el cumplimiento se justifica desde la denominada Teoría del incumplimiento eficiente (el beneficio que se recibe por incumplir alcanza para cubrir la indemnización del afectado) que en materia contractual básicamente se enfoca en el intercambio de derechos con titularidad, para concluir en un beneficio mutuo, pero sin perturbar la seguridad jurídica mercantil.

### **3.2.5. Reglas de compensación**

De acuerdo al criterio de eficiencia económica, la responsabilidad por los daños causados debe ser atribuida al dueño o custodio del bien, bajo la presunción de que su costo de cuidado es menor; mientras que según el Derecho Civil no interesa el costo, sino el efecto que puedan tener las reglas de responsabilidad sobre la conducta y el significado del daño en la sociedad y no en el individuo respecto a su caso en particular, debido a que el legislador regula para todos (Kluger, 2006, p. 10).

Ahora bien, con la lógica de que los daños y perjuicios, que sufre una parte por el incumplimiento de prestaciones contractuales, deben ser compensados con los beneficios que recibe la parte que decide incumplir, la doctrina económica propone las siguientes reglas de compensación: (Querol y López, 2014, p. 78)

1. De daños y perjuicios: quien incumple indemniza al otro en cantidad igual al valor que él mismo otorgó a la prestación.

2. De daños en sentido estricto: quien incumple compensa al otro con el importe del precio pagado más los gastos incurridos.
3. Restitutoria: quien incumple devuelve al otro el importe del precio pagado.

Para el derecho el incumplimiento de los contratos se solventa con el pago de una indemnización, pero sin diferenciar el por qué, del comportamiento de la parte que incumple; por el contrario, para la economía el incumplimiento se resuelve con las precauciones adoptadas de quien pretende incumplir debido al incentivo provocado, para disuasión ex ante e indemnización ex post, con el pago de compensaciones (todas las ganancias esperadas), indemnizaciones (gastos realizados ante la expectativa) y devoluciones (anticipos) (Weigel, 2008, p. 81).

### **3.2.6. Externalidades**

Las externalidades sobrevienen cuando los agentes económicos producen efectos directos en el bienestar de otros agentes económicos, sin que puedan ser reflejados en las transacciones del mercado, verbigracia, el ruido de los aviones que perturba la paz de una población.

Por tal razón: a) Los precios de mercado no dejan ver con exactitud los costos sociales reales; b) La información imprecisa de los precios de mercado conducen a una asignación de recursos ineficiente; y, c) La carga de algunos costos impuesta a terceros genera una distorsión del mercado al mostrar una actividad más barata de lo que en realidad es (Nicholson, 2007, p. 587).

Este desajuste entre los costos/ganancias privadas y los costos/ganancias sociales influye en las decisiones individuales y en la eficiencia económica del bienestar social máximo (equilibrio que maximiza el bienestar dado por la sociedad cuando la asignación de la producción es eficiente y el intercambio es con la mayor utilidad) aunque el mercado en el que se presenta esta falla actúe en competencia perfecta porque la estructura de costos del agente económico

que provoca la externalidad no refleja el total de los costos/beneficios sociales de su actividad; de modo, que para minimizar las externalidades el establecimiento de indemnizaciones ex post opera como un mecanismo disuasivo frente a las pérdidas producidas por conductas negligentes (Veljanovski, 2007, p. 39).

En particular, si el costo marginal privado de un agente económico que contamina un río es menor al costo social correspondiente al bienestar de los campesinos aledaños, entonces aquel provocará mucha contaminación; pero, en general, si los individuos son más educados, verbigracia, sobre temas ambientales, los beneficios marginales sociales serán mayores al beneficio marginal privado (Salvatore, 2009, p. 318).

La doctrina económica clasifica a las externalidades en: (Veljanovski, 2007, p. 39)

1. Externalidades tecnológicas: son accesorias a cualquier otra forma de actividad. Afectan a la utilidad de un tercero. No se las puede estimar. Pueden imputar pérdidas como lo hace la contaminación o beneficios como las abejas polinizadoras.
2. Externalidades pecuniarias: son transferencias de riqueza naturales dadas por las relaciones entre mercados interdependientes, y producidas por los cambios de precio más no por reducciones en la utilidad individual o en la productividad de la economía, verbigracia, la colocación de un pedido muy grande en el mercado de manzanas por parte de un individuo hará que el precio se incremente, afectando negativamente al bienestar de los demás individuos y positivamente a la ganancia de los productores.

La riqueza creada por las externalidades se produce cuando la pérdida de una parte se ve compensada con la ganancia equivalente de la otra, contraria a la pérdida de excedentes de productores y consumidores que se produce con el costo de oportunidad.

Ahora bien, en un escenario de búsqueda cuando se asignan recursos para ofrecer o adquirir información, un mercado puede actuar de manera imperfecta y los agentes económicos pueden equivocarse, todo por la presencia de información asimétrica (necesita incentivos para que sea revelada), dando origen a la incertidumbre cuando de tomar acciones o decisiones se trata, ya que los individuos no podrían conocer con precisión las consecuencias de sus decisiones; mientras que cuando la información revelada es completa, veraz y oportuna, los agentes económicos podrían disminuir la incertidumbre, advertir los efectos de la selección adversa o del riesgo moral, y alcanzar niveles altos de utilidad (Nicholson, 2007, p. 565).

En el ámbito del Derecho Mercantil, los efectos jurídicos que afectan a terceros que intervienen directa o indirectamente en determinado acto jurídico están reconocidos legalmente, verbigracia el artículo 137 del Código de Comercio respecto a la revocatoria de un poder; y, el artículo innumerado (202.8) del mismo cuerpo legal sobre cosas adquiridas con reserva de dominio (Código de Comercio, arts. 137, innumerado (202.8)); por el contrario, en la práctica mercantil los efectos económicos que perjudican a terceros no son reflejados en las transacciones mercantiles, verbigracia, en la prenda agrícola de ganado cuando éste destruye los sembríos del lote vecino, la póliza de seguro con cobertura para el bien prendado y el acreedor, generalmente no se extiende al vecino afectado porque no se advierten externalidades.

### **3.2.7. Información asimétrica**

Este tipo de información está presente cuando en una transacción una de las partes posee más información que la otra sobre las características generales y específicas de la situación contractual, llevando a los agentes económicos a actuar en un ambiente de mayor incertidumbre (Coloma, 2001, pp. 57-58).

Las señales de un mercado que puedan detectarse ayudan a prevenir y evitar el problema de selección adversa (no es posible distinguir a que categoría de riesgo se está enfrentando) suscitado en una transacción debido a la existencia de

información asimétrica; en la cual, una de las partes posee información privilegiada sobre las características del bien sobre el cual se está pactando, al tiempo que la otra parte no, cuyo resultado será el desplazamiento de la mejor opción por otra de menores características al haber basado su elección sólo en valores promedio (matemáticamente es la suma de las cantidades dividida para el número de las cantidades), verbigracia, en la concesión de licencias para establecer la duración del contrato, en la fijación de primas de seguros para determinar los deducibles, en los bienes usados para fijar el precio y la calidad, entre otros (Salvatore, 2009, p. 337).

El problema del riesgo moral que se produce cuando la conducta de una parte debe ser modificada para que deje de influir sobre el nivel de riesgo es un ejemplo claro en el ámbito de la información asimétrica que debe ser tomado en cuenta, para evitar que la pérdida correspondiente a los costos de la parte que negocia con mayor información sea trasladada a la otra parte a través de una selección adversa (Salvatore, 2009, p. 339). Entonces, resulta que el riesgo moral existe cuando no se puede determinar con precisión la conducta de la otra parte en una transacción que conlleva información asimétrica y por ende gastos relacionados, particularmente en los contratos mercantiles donde se pueden presentar fraudes y costos de cumplimiento muy altos o en el campo de los seguros cuando las personas que tienen cobertura actúan con menor cautela (Nicholson, 2007, p. 580).

Con las nociones anteriores se puede comprender la asimetría de información antes, durante o después del proceso contractual como una prerrogativa negativa en materia contractual porque genera altos costos de transacción, estimula la distribución de recursos ineficiente, acrecienta el riesgo, y fomenta un incremento en el volumen de litigios por incumplimientos; en efecto, en la compraventa de un camión se pacta un precio a ser cubierto por el comprador en seis cuotas iguales, pero al momento de recibir el segundo pago, el vendedor solicita al comprador le permita retirar la cabina posterior aduciendo que ésta no

consta en los términos del contrato porque no le pertenece, pues sólo lo arrendaba a su legítimo propietario.

### **3.2.8. Riesgo**

En una situación de incertidumbre, el riesgo es la posibilidad de que ocurra una contingencia luego de perfeccionado un negocio jurídico mediante un contrato, siempre y cuando, el evento no haya sido contemplado por las partes contractuales en el momento de la negociación (Veljanovski, 2007, p. 30).

El contrato como mecanismo para resolver el problema de riesgo moral generado cuando la parte contractual principal queda expuesta al doble riesgo (endógeno y exógeno) por la actividad comercial que ha de ser desarrollada por la otra parte, permite la transferencia del riesgo de mutuo acuerdo, para que todo el riesgo sea absorbido por la parte contractual que tiene mayor control sobre las acciones que influyen en la disminución o incremento de los beneficios esperados, verbigracia, en el contrato de franquicia; el franquiciado como obligado a desarrollar la actividad comercial es el que asume todo el riesgo, mientras que el franquiciante recibe pagos en dinero al inicio de la transacción y también periódicamente (Coloma, 2001, pp. 126-129).

En la práctica mercantil se puede evidenciar este concepto a través del siguiente ejemplo: el dueño de una cafetería se obliga contractualmente con un pastelero, para adquirirle quince pasteles diarios; transcurrido el tiempo el comprador observa que cada día le sobran en promedio tres pasteles, por tanto conversa con el pastelero para que le venda sólo doce, pero éste no acepta. En síntesis, con el enfoque civilista quien corre con todo el riesgo es el comprador; en cambio, desde el análisis económico del derecho se puede negociar para que ambas partes asuman el riesgo, obligándose el comprador a adquirir doce pasteles diarios y el vendedor a entregar tres pasteles adicionales en consignación.

Por último, hay que tener presente la importancia del riesgo cuando se trata de decidir cuál de los contratantes dejará de cumplir con las prestaciones ante la

ocurrencia de un caso fortuito (hecho extraño, imprevisible e irresistible a la voluntad); incumplimiento que a más de provocar la extinción de la obligación por imposible, también dejará la inquietud sobre lo que pasará con las obligaciones correlativas de la otra parte (Ospina y Ospina, 2014, p. 60).

### **3.2.8.1 Probabilidad de ocurrencia**

Ante una probabilidad de incumplimiento y habiendo las partes contratado voluntariamente, el análisis económico del derecho ex ante, contrario al derecho que se centra en la reparación integral ex post, busca determinar aquellas situaciones de incertidumbre que no son mutuamente beneficiosas para los contratantes, a fin de que éstos tomen niveles de precaución, teniendo en cuenta los costos asociados con los daños causados y los costos asociados con medidas de autoprotección y niveles de actividad de las partes, para enfrentar la responsabilidad civil (Coloma, 2001, p. 148).

La situación de incertidumbre se refiere a contingencias imprevistas en las que acontece un fenómeno exógeno que altera el contexto en el que se celebra un contrato y que puede incentivar a una de las partes a ser oportunista. Además, implica el uso de recursos que no benefician a ninguna de las partes contractuales.

En materia económica, la probabilidad de ocurrencia del riesgo, puede ser: (Coloma, 2001, p. 54)

1. Probabilidad objetiva: dependerá del conocimiento cierto de las condiciones asociadas a la incertidumbre. Verbigracia, la probabilidad de que al lanzar una moneda se obtenga sello es de  $1/2$  porque se sabe de antemano el número de caras que tiene una moneda.
2. Probabilidad subjetiva: dependerá de las creencias que las partes tengan sobre la posibilidad de que ocurra. Verbigracia, la probabilidad de que suba o baje el precio de un bien.

Toda decisión a ser tomada por las partes contractuales y cuyo resultado es incierto conlleva cierto nivel de riesgo; de modo, que los individuos al actuar racionalmente ante información fortuita deben crear expectativas sobre futuros resultados con la asignación de probabilidades a fin de maximizar la utilidad (Veljanovski, 2007, p. 30).

En resumen, para encontrar la probabilidad de que una ley objetada socialmente sea aprobada, la posible respuesta debe basarse objetivamente en el conocimiento previo al proceso como es el número de asambleístas que deben votar, o subjetivamente en los datos observados como es el compromiso de asambleístas gobiernistas que podrían abstenerse de votar.

### **3.2.8.2 Tipos de riesgo**

Considerando las potenciales actitudes que pueden revelar los individuos antes de una decisión riesgosa, habrá quienes por ser reacios estén dispuestos a asumir una cierta cantidad de dinero como prima de riesgo a cambio de una suma mayor, y quienes por ser partidarios del riesgo sencillamente esperen adjudicarse los efectos después de la decisión tomada.

La doctrina económica en función de su origen, clasifica a los riesgos en: (Coloma, 2001, pp. 53, 126)

1. Riesgos endógenos: cuando la incertidumbre nace en las decisiones de las partes que participan en la negociación. Verbigracia, cuando el agente principal entrega la facultad a otro agente económico para que ejecute una determinada actividad que él no puede controlar.
2. Riesgos exógenos: cuando la incertidumbre no surge de las acciones de los contratantes. Verbigracia, la sequía que es un fenómeno meteorológico, sobre el cual el individuo no tiene influencia.

En circunstancias razonables y sin dejar de considerar los distintos grados de riesgo, niveles de aversión al riesgo y percepciones del riesgo, que tiene cada agente económico, siempre se buscará eliminar o por lo menos disminuir el riesgo endógeno cuando las partes contractuales durante la fase de negociación, decidan concretar el negocio jurídico por considerarlo mutuamente beneficioso; sin embargo, si persiste una situación de incertidumbre sobre contingencias ineludibles con mayor o menor probabilidad de ocurrencia, tendrá que repartirse el riesgo exógeno en función de los incentivos que cada parte reciba, a fin de que permanezcan en mejor posición para enfrentarla (Coloma, 2001, pp. 119-120).

La importancia de la noción de riesgo en la práctica mercantil ecuatoriana puede darse cuando una pequeña empresa especializada en limpieza de oficinas, por haber sido adjudicada para prestar sus servicios al Ministerio del Interior, invierte una fuerte suma de dinero en la adquisición de equipos modernos previendo que el contrato será renovado con base en la seguridad que tiene sobre la relación precio-calidad que ofrece en el mercado; sin embargo, por los ajustes en el presupuesto del Estado, existe la posibilidad de que el contrato no sea renovado.

En fin, para el análisis económico del derecho las opciones de elección entre alternativas riesgosas deben ser evaluadas de cara a la información imperfecta ex ante o de frente al grado de aversión al riesgo de cada una de las partes contratantes ex post, por lo que es necesario crear incentivos correctos y eficientes para disuadir la conducta censurada que está vinculada a la incertidumbre del cumplimiento de la sanción porque en la vida real no todos los transgresores de la ley son sancionados (Veljanovski, 2007, p. 31).

### **3.2.9. Incentivos**

Los incentivos se basan en la elección racional que demuestran las partes contractuales cuando se trata de celebrar o de cumplir sus obligaciones contractuales frente a cambios en los beneficios y costos de las opciones que

confrontan; de ahí que, los riesgos inherentes, precios, costos y sanciones jurídicas son apreciados como creadores de incentivos, provenientes de la protección legal y tendientes al uso eficiente de los recursos que influyen en la conducta de los individuos y en el resultado de sus acciones (Veljanovski, 2007, p. 22).

Con el propósito de ejemplificar esta definición en la realidad ecuatoriana, la norma que restringe el límite de velocidad era inobservada con mayor frecuencia por la mayoría de los individuos porque independientemente de otro tipo de consecuencias, las sanciones eran tolerables por los infractores; sin embargo, hoy en día el índice de infracciones ha disminuido por el sustancial incremento económico de las sanciones disuasivas; no obstante, hay otros ámbitos menos sensible en los que no se producen los mismos efectos, verbigracia, el incremento de impuesto a las bebidas alcohólicas cuya demanda es inelástica porque sólo se reduce mínimamente.

Por lo general y dependiendo del mercado, la elasticidad como medida cuantitativa de los efectos que producen los incentivos en el ámbito legal se determina por los cambios producidos en la sanción. Entonces, la elasticidad en el ejemplo de la velocidad al ser mayor a 1 porque aumenta la sanción y disminuye más que proporcional la infracción, hace que la demanda sea elástica; por consiguiente, ante una elasticidad más alta, mayor será la capacidad de respuesta (Veljanovski, 2007, p. 23).

Entre los principios del derecho contractual que plantea Cooter y Ulen, como guía de las relaciones contractuales, se citan: (Coloma, 2001, pp. 190-191, 194-195)

1. El aseguramiento de un nivel óptimo de cumplimiento: a través de las siguientes funciones: si el costo del deudor por cumplir es menor que el beneficio del acreedor entonces es eficiente cumplir, pero si es mayor entonces es eficiente incumplir.

2. El procurar mecanismos para la interpretación de lagunas: por medio de las siguientes funciones: si el costo de asignar un riesgo es mayor que el de asignar una pérdida entonces es preferible dejar la laguna contractual, pero si es menor entonces se debe llenar.
3. La corrección de las fallas de mercado: mediante cláusulas contractuales que regulen el poder de mercado con normas de defensa al consumidor; las externalidades con normas del derecho de propiedad; y, la información asimétrica con causales de nulidad.

El análisis económico del derecho trata de garantizar que a través del derecho contractual se acuerden solo contratos cuyo valor se espera maximizar, para que luego de perfeccionados se incumplan sólo si se maximiza el valor; siempre y cuando, las partes hayan considerado las pérdidas esperadas de sus acciones y que la responsabilidad civil sea absorbida por la parte que mejor pueda minimizar o evitar las pérdidas resultantes (Veljanovski, 2007, p. 120).

Finalmente, independientemente de si los incentivos son calificados como benéficos o perversos (alianzas que causan pérdidas), las reacciones de las partes contractuales expresadas a través de su comportamiento durante las etapas del proceso contractual como por ejemplo reducción, abstención, incremento o neutralidad, dependerán de su grado de sensibilidad ante situaciones de incertidumbre y capacidad de negociar, con el propósito de lograr contratos válidos y a la vez lo más completos posibles (contratos eficientes).

Concluido el presente capítulo, en el cual se ha planteado la sinergia entre la teoría microeconómica y la teoría económica del derecho para identificar y explicar a través del análisis económico del derecho su incidencia en los contratos mercantiles atípicos que se celebran en el sector privado ecuatoriano, se esbozan las siguientes conclusiones preliminares:

1. En la búsqueda de información, para evitar errores de negociación costosos o para saber cómo se podría alterar la conducta de las partes contractuales,

es inevitable considerar su costo; el cual, debería ser erogado sólo hasta que el costo marginal sea igual al beneficio marginal de la búsqueda, a fin de mantener el equilibrio en función de precauciones óptimas que permitan reducir y distribuir riesgos potenciales.

2. En materia contractual, el problema del riesgo moral debe ser advertido antes, durante o después del acto jurídico, por la imposibilidad de poder precisar la conducta de la otra parte, para así evitar que la pérdida por costos de transacción sea trasladada mediante la selección adversa; la cual, es causada por información asimétrica cuando hace desplazar a la mejor opción por otra de menores características.
3. El conocimiento sobre microeconomía, permite precisar si la norma jurídica en materia contractual provoca o no el efecto jurídico o conductual esperado de los agentes económicos, verbigracia, si el incremento de sanciones pecuniarias consigue disminuir o no el nivel de incumplimientos, o si la fijación de precios oficiales logra frenar o no la especulación en determinado mercado, sopesando costos y beneficios o ponderando valores sociales en conflicto.
4. Los argumentos más relevantes de los detractores del análisis económico del derecho son, que:
  - a. Los problemas jurídicos pueden ser resueltos desde la monodisciplina porque siendo que el Derecho abarca todos los aspectos sociales, políticos, económicos y hasta religiosos de la sociedad, es autosuficiente.
  - b. No todas las conductas jurídicas de los individuos están determinadas por factores pecuniarios o deben ser juzgadas desde un enfoque económico.

- c. La eficiencia en lugar de la eficacia sea entendida como el eje del Derecho y de la Economía para analizar y desarrollar políticas jurídico-económicas.
- d. Es un tema de moda pasajero.

## **4. SISTEMATIZACIÓN DE UN CONTRATO MERCANTIL ATÍPICO TIPO CON BASE AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**

### **4.1. Contrato mercantil atípico**

#### **4.1.1. Definición**

En el presente capítulo se intenta una aproximación de un contrato mercantil atípico eficiente aplicando la metodología del análisis económico del derecho; para lo cual, primero se desarrollan los siguientes temas relacionados:

La doctrina jurídica señala que los contratos atípicos son aquellos que: a) Existen y tienen nombre, pero no están reglamentados por la autoridad legislativa; por tanto, carecen de un régimen jurídico propio; b) Son celebrados con prestaciones equitativas cuya fuerza obligatoria recae en la ejecución de lo pactado por una de las partes contratantes, más no en la acción para reclamar el cumplimiento; c) Por medio de la auto regulación de las partes, éstas desarrollan combinaciones entre varios tipos de contratos legales para obtener un contrato acorde a la naturaleza de los nuevos negocios jurídicos; y, d) Están presididos por la costumbre y los usos (Alzate, 2009, pp. 37, 331-332).

#### **4.1.2. Clasificación**

La teoría jurídica mercantil propone una clasificación de este tipo de contratos en consideración a las funciones económicas o sociales de los mismos, verbigracia, el contrato de franquicia; el cual, ha sido clasificado por el ciclo económico que cumple como un contrato de colaboración, por el uso y goce a cambio de dinero como un contrato de transferencia del uso, y por la adquisición de derechos de goce transitorio como un contrato de prestación de servicios (Alzate, 2009, pp. 80-81).

Sin duda, este tipo de contratos por ser atípicos, están regidos por la voluntad de las partes dentro de los límites de las normas generales, y por el régimen

jurídico. Correspondiendo a este último, las normas imperativas y normas supletorias relativas a obligaciones y contratos, y las disposiciones de contratos típicos afines y relacionadas con la finalidad del contrato atípico (Alzate, 2009, p. 333).

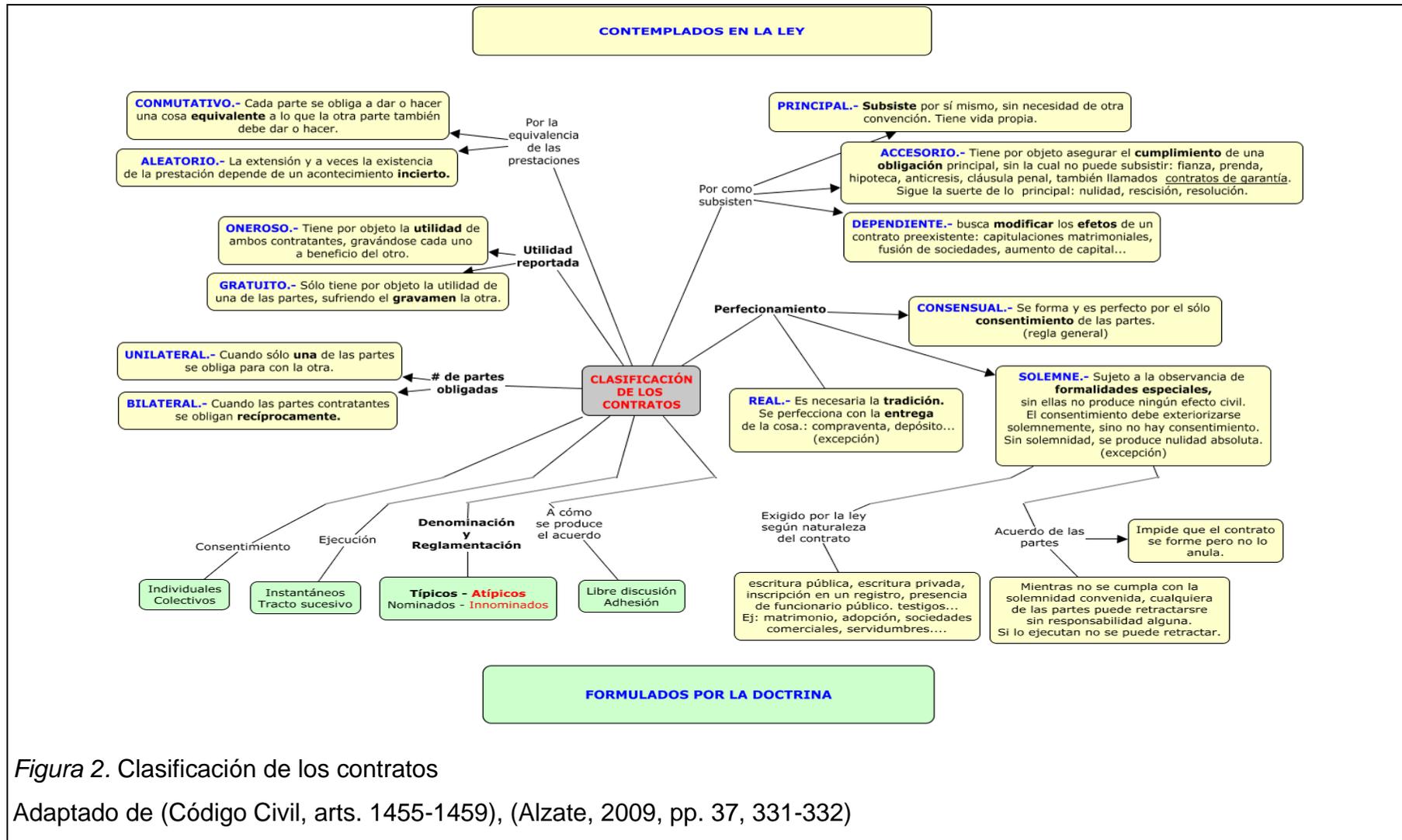


Figura 2. Clasificación de los contratos

Adaptado de (Código Civil, arts. 1455-1459), (Alzate, 2009, pp. 37, 331-332)

### 4.1.3. Reglas jurídicas

Para todo tipo de contrato en materia mercantil o civil, las reglas jurídicas son de suma importancia; de ahí, que entre las teorías que la doctrina jurídica ha desarrollado sobre este tema específicamente para los contratos atípicos, están: (Alzate, 2009, pp. 334-335)

1. Absorción: consiste en identificar tanto en el contrato atípico como en el contrato típico un elemento preponderante que tenga relación directa entre los dos tipos de contratos, para que por absorción se aplique la normativa del contrato típico en el contrato atípico, pero cuidando no afectar la finalidad del acto jurídico, verbigracia, el elemento preponderante en un contrato de franquicia es la obligación de hacer, por el cual, se aplicará por absorción la normativa civil.
2. Combinación: radica en la combinación de elementos correspondientes a diferentes contratos típicos, siempre y cuando en los contratos atípicos coexistan prestaciones y elementos de aquellos contratos diferentes, para su aplicación.
3. Extensión analógica: se fundamenta en la aplicación de normas generales en los contratos atípicos, y por analogía las del contrato típico más parecido. Se excluyen las excepciones y sanciones, ya que por analogía no deben aplicarse.

En fin, hay otros estudiosos del proceso contractual que no están de acuerdo con este enfoque; por tanto, creen que el orden de preferencia de la normativa en los contratos atípicos debe ser el que a continuación se cita:

“1º) las leyes imperativas; 2º) las cláusulas libremente redactadas o estipuladas por los agentes económicos; 3º) las reglas generales de los actos jurídicos y de los contratos, según el caso; 4º) las reglas

propias del contrato típico más próximo o semejante, y 5º) la doctrina constitucional y los principios generales de derecho.” (Ospina y Ospina, 2014, p. 51).



#### 4.1.4. Formato

Para el diseño contractual es indispensable tener claro cuáles son los objetivos que los agentes económicos persiguen, basándose en su actuar dentro del sistema en el que se mueven y aplicando una metodología cualitativa que visibilice sus preferencias para maximizar su utilidad y sus elecciones racionales, a fin de anticipar los efectos que la normativa provoca en la conducta de aquellos.

El contorno que limita la autonomía de la voluntad en un contrato mercantil atípico, para plasmar todo lo acordado durante un negocio jurídico en su primera y última parte, por asignar un espacio, es inalterable y común a todo contrato porque sus elementos están preestablecidos normativamente para la existencia o perfeccionamiento del contrato, pero en sus partes intermedias, mientras se

cumpla con la máxima del derecho privado respecto a que es posible hacer todo salvo lo expresamente prohibido por la ley, es adaptable a los negocios mercantiles atípicos para el desarrollo de estipulaciones particulares que conforman el cuerpo del contrato.

En la práctica se observa que existen formatos estándar cuya ventaja radica en el ahorro de los costos de transacción y su desventaja consiste en la monopolización de los clientes respecto a los servicios de mantenimiento, repuestos, asesorías, entre otros, posteriores a la venta. Por lo que ni la eficiencia en la asignación de costos ni la mejora del bienestar individual y social se puede garantizar de forma automática.

## **4.2. Contrato mercantil incompleto**

Independientemente de que todo contrato siempre puede ser considerado como incompleto más no simple, para fines interpretativos, de justificación y ejecución debe contener incentivos disuasivos disímiles ex ante para poder economizar los costos de transacción por indemnizaciones ex post, mediante una estructura orientada a la naturaleza de la actividad comercial; en efecto, si se trata de una franquicia es necesario identificar si es de tipo industrial (fabricación de producto final con proceso y fórmula patentada), de distribución (manejo de la marca y mercaderías) o de servicios (transferencia de conocimientos).

Características de la conducta humana relacionadas con las limitaciones de la racionalidad y el oportunismo son las que le dan al contrato el perfil de incompleto, porque no es posible prever exhaustivamente la totalidad de situaciones futuras.

### **4.2.1. Definición**

Todo contrato será descrito como incompleto o imperfecto cuando en su contexto no figuren todas las contingencias posibles en la relación jurídica que regula

debido a: la complejidad del negocio jurídico, imprecisiones de redacción, vacíos contractuales, costos altos, incentivos opuestos, períodos de duración, entre otros motivos que nacen de los límites racionales que tienen las partes en situaciones de incertidumbre y de las conductas estratégicas.

#### **4.2.2. Interpretación**

Desde la ley contractual en la interpretación de un contrato se busca establecer los efectos jurídicos de una actividad mercantil de conformidad a la normativa vigente, siendo necesario primero establecer el alcance y sentido del contenido de las cláusulas de cara a una situación concreta cuando las partes no lo han previsto en ninguna de las etapas del contrato, para finalmente instaurar la intención y finalidad de las partes (Alzate, 2009, p. 391).

Así, esta forma de interpretación jurídica se la hace con base a elementos externos y de cumplimiento; es decir, que la evaluación se enfoca en el instante en que se produce el incumplimiento contractual.

En cambio, desde el análisis económico del derecho se busca interpretar en función de referentes internos; y, para el incumplimiento se enfoca en el momento en que tuvo lugar la negociación jurídica, para así determinar si una de las partes contractuales se benefició a costa de la otra (Gherzi, 2009, p. 8).

Así pues, los términos de un contrato deben ser redactados de forma clara, específica y completa, para no dar lugar a la interpretación que podría incluso crear ambigüedad sobre hechos claramente establecidos en las respectivas y subsiguientes cláusulas.

Para el derecho mercantil en el contexto del país, para la solución de controversias en materia mercantil, una vez identificada objetivamente la naturaleza del acto jurídico, las interpretaciones se argumentan en concepciones jurídicas legales como la equidad o la costumbre, sin considerar la racionalidad

económica para tutelar una asignación eficiente de recursos que permita cumplir la función de utilidad que les asiste a ambas partes en coherencia con el contenido real del contrato.

#### **4.2.3. Vacíos contractuales**

Como regla general alternativa, el derecho contractual llena los vacíos contractuales con definiciones uniformes e implícitas, para cuando los contratantes tratando de evitar costos de precaución altos deciden negociar en torno a la ley y dejar a la autoridad legal (juez o árbitro) la tarea de atribuir los riesgos contractuales implícitos en su negociación particular, independientemente de un análisis sobre si quien debe asumir la responsabilidad pudo evitarlo al menor costo o estuvo en condiciones de poder soportarlo en ese nivel.

Pese a que el contrato pudo ser perfeccionado con costos de transacción mínimos, éstos se incrementarán cuando las partes enfrenten una controversia; la cual, pudo haberse evitado de haberse asumido costos tendientes a minimizar o eliminar la mayoría de los riesgos, para maximizar la riqueza de los contratantes y por ende de la sociedad (Veljanovski, 2007, p. 122).

En derecho, para resolver eficientemente los vacíos contractuales reflejados en el incumplimiento total o parcial de las obligaciones, las condiciones generales deberían superponerse a la autonomía de las partes contractuales; para que, sólo cuando los beneficios esperados del cambio sean mayores a los costos se considere necesaria la aplicación de reglas contractuales privadas, verbigracia, la teoría de la imprevisión para cuando las condiciones de las prestaciones contratadas originalmente han cambiado sustancialmente (Garrido, 2006, p. 149).

Cuando en un contrato se ha establecido tácitamente que por desavenencias futuras sobre temas no contemplados inicialmente en el mismo, las partes contractuales acudirán ante el sistema judicial para resolver, se producirá un

ahorro mutuo en los costos de transacción, pero se mantendrá la incertidumbre de que la situación económica de las partes cambie, que una o ambas partes hayan actuado de mala fe, o que en el marco regulatorio las normas especiales limiten la aplicación de las normas complementarias previstas en materia civil (Coloma, 2001, p. 293).

En suma, activar el sistema jurídico puede ser más costoso que el daño reclamado cuando el juzgador debe suplir las lagunas del contrato atendiendo al criterio e intención que habrían tenido las partes; mientras que si durante el proceso contractual se identifican y aplican incentivos alternativos para evitar la selección adversa como por ejemplo garantías voluntarias (reparación, sustitución, devolución), garantías obligatorias (kilómetros, años, porque también lo ofrece la competencia), garantías legales (semáforo, certificaciones de calidad), se optimizarán los recursos destinados a alcanzar los mismos objetivos (Castellano, 2006, pp. 169-170).

A nivel de la práctica comercial del Ecuador, cuando los agentes económicos dejan al sistema judicial la potestad para atribuir responsabilidades ante vacíos contractuales, omiten el hecho de que también existen vacíos normativos sobre todo para la regulación de contratos atípicos; de ahí, que aplicando el análisis económico del derecho se minimizarán los costos relacionados con la administración de justicia que ante un litigio se ve afectada por costos directos (honorarios de peritos, abogados, material, instalaciones) y costos indirectos derivados de errores (condena de inocentes); los cuales, finalmente son financiados por las partes en conflicto que ven incrementados sus costos de transacción y también por los contribuyentes ajenos a los intereses individuales de los contratantes.

#### **4.2.4. Nivel de conflictividad**

Independientemente de que según la teoría clásica de los contratos, éstos sean fuente de obligaciones, sólo con incluir en un contrato las posibles contingencias y la asignación de riesgos, no se evitan o solucionan conflictos; ya que éstos

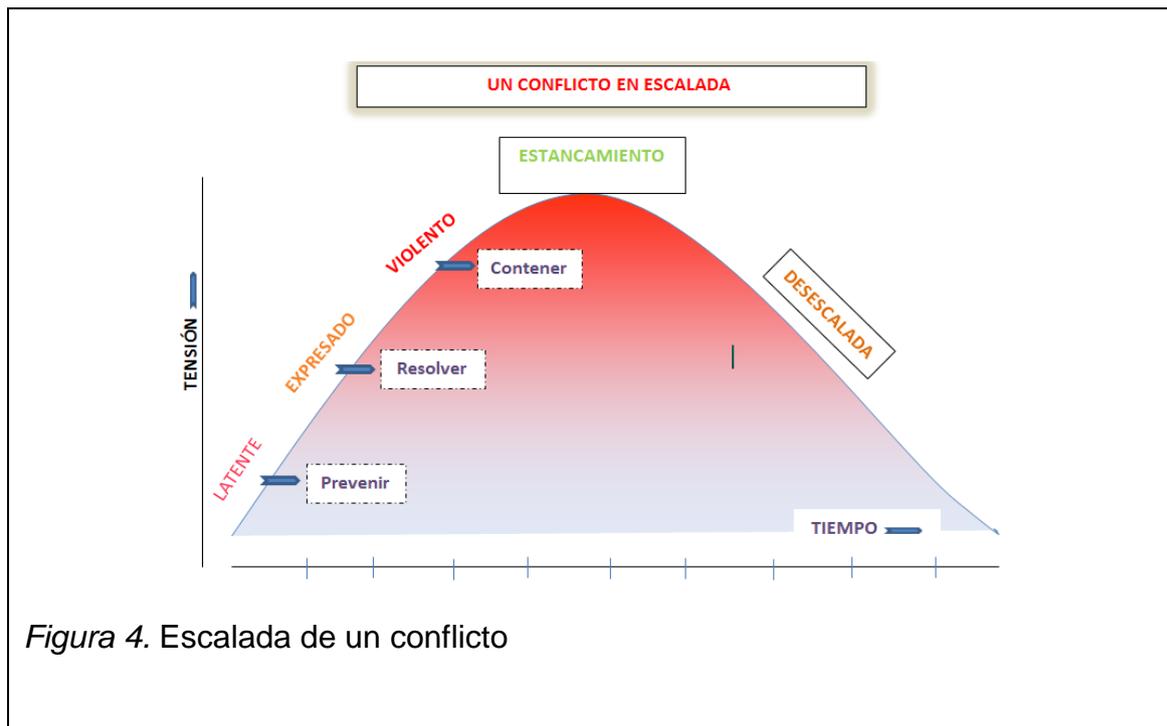
pueden escalar en su intensidad en función de las características e intereses propios de las partes contractuales.

Por esta razón, en la práctica comercial, pese a existir un contrato válido jurídicamente se pueden originar diferentes niveles de conflictividad ante obstáculos que los contratantes deben ser capaces de prever como por ejemplo la comprobación de los hechos alegados, la obligación de hacer cumplir a la parte que no desea hacerlo, y la interpretación de lo acordado que reducirán en lugar de maximizar la riqueza de las partes contractuales y por ende de la sociedad.

En general, los conflictos están inmersos en toda negociación, más aún, cuando los problemas son la voz de las relaciones interpersonales durante un proceso enfocado a establecer y reconocer los intereses económicos del adversario, siendo éstos, desde las percepciones y el sentir de cada una de las partes contractuales, la razón principal de toda tensión.

Los problemas podrán visibilizarse cuando cualquiera de las partes impugne la ejecución de la prestación especificada en la obligación contractual, o cuando uno de los obligados contractuales exprese su negativa para cumplir con su prestación y/o con las sanciones estipuladas.

Entonces, con el propósito de resolver el conflicto e independientemente de la intensidad a la que pueda escalar, que puede ser de leve a grave en determinada situación, es importante en primer lugar comprender las necesidades de la otra parte, controlar los miedos propios y promover la cooperación entre las partes, para luego identificar claramente los beneficios que conducirán a las partes nuevamente al bienestar.



### 4.3. Contrato mercantil eficiente

El contrato completo como criterio de perfección resulta ser muy caro; por tanto, debe buscarse el contrato eficiente, el cual, sin ser completo da los mismos resultados cuando se actúa racionalmente, se negocia con información simétrica relevante, se distribuye el riesgo, se internalizan las externalidades, se regula claramente temas importantes, y se negocia de buena fe porque cuando se minimizan estos costos que también son componentes de los costos de transacción se reducen sus efectos al menor costo total posible.

El análisis económico del derecho parte de la noción de que las partes contractuales son racionales; por tanto, cuando eligen, a más de buscar la eficiencia en la asignación de los recursos según sus preferencias, lo hacen esperando maximizar su bienestar individual; lo que a decir de los economistas permite predecir su comportamiento frente a cambios o vacíos en la normativa del ordenamiento jurídico (Kluger, 2006, p. 9).

Dentro de este marco, para que un contrato sea eficiente debe maximizar el bienestar de todas y cada una de las partes contratantes, pero siempre considerando: (Querol y López, 2014, p. 87)

1. La racionalidad del individuo: mediante decisiones aplicadas bajo los supuestos de: a) Preferencias estables y jerarquizadas; b) Restricciones que limita el logro de todos los fines porque se alcanzan sólo ciertos fines; y, c) Maximización en la negociación. En caso contrario, su inobservancia producirá el incumplimiento o cumplimiento parcial del contrato.
2. El entorno del contrato: a) Evitando efectos negativos para terceros que podrían impugnar la eficacia del acto; b) Teniendo información completa, veraz y oportuna; c) Mirando si existen otros mercados alternativos; y, d) Eliminando costos de transacción.

Finalmente, al considerar que muchas veces en derecho, la relación costos–beneficios totales produce más daños pensando generar beneficios superiores; es necesario, que las partes contractuales como individuos racionales lleven a cabo sus actos jurídicos considerando planes de previsión para evitar externalidades por la información asimétrica con la que se obligan, de modo que eviten ineficiencias, por ser la opción más viable en el corto plazo hasta que la autoridad legislativa pueda deducir reglas que promuevan la eficiencia en la utilización de los recursos (Kluger, 2006, pp. 10-11).

#### **4.4. Modelo de sistematización**

Consiste en la sistematización de un contrato mercantil atípico a través de la separación en sus subsistemas componentes (estructuras contractuales compuestas por cláusulas), estableciendo su variedad y atributos que son los que lo mantienen unidos y vinculados.

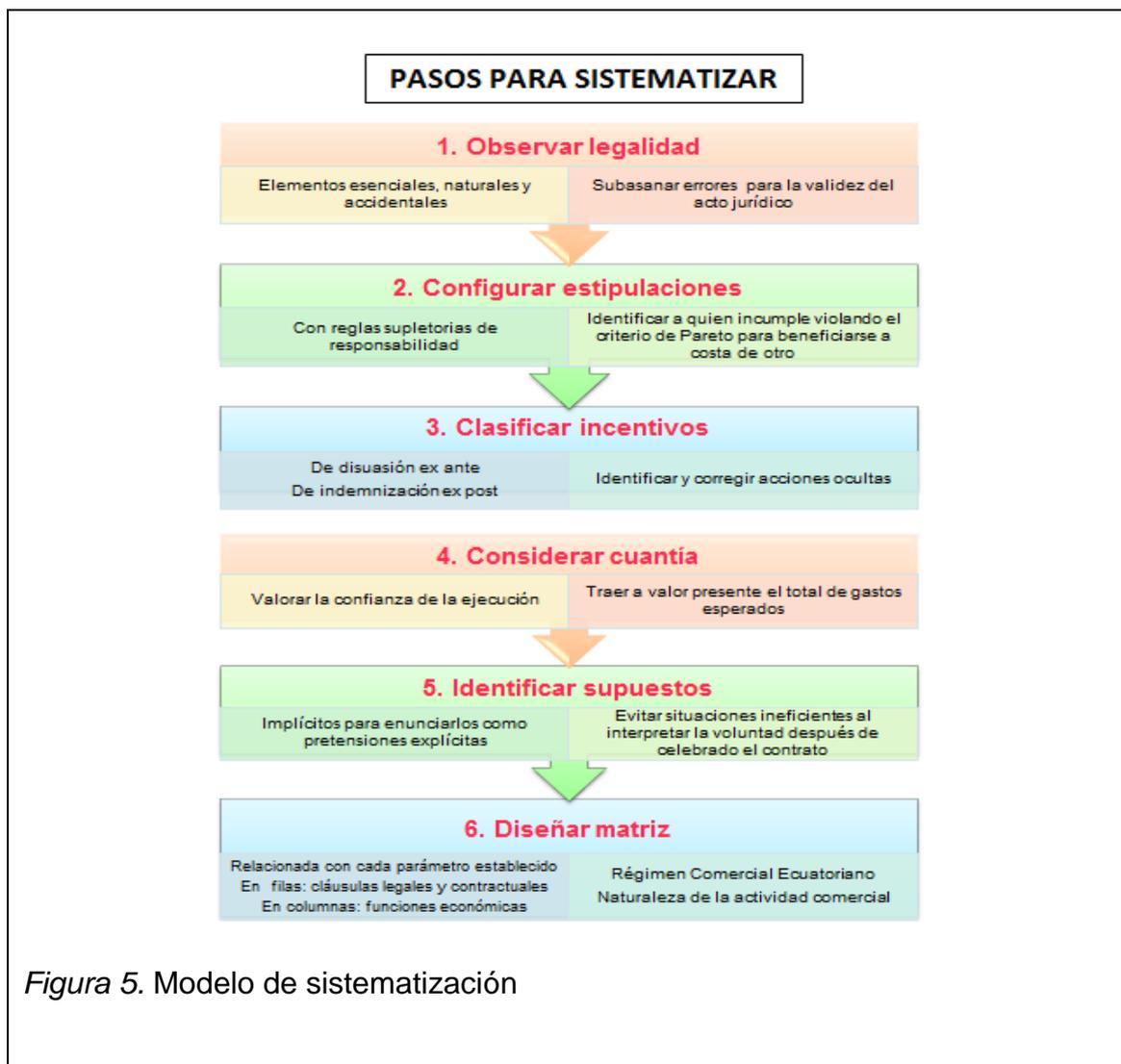
#### **4.4.1. Objetivos**

1. Buscar la sostenibilidad de la metodología, para que su aplicación sea generalizada y susceptible de mejora.
2. Promover el empoderamiento de las partes contractuales, para que dejen de ser agentes económicos pasivos y negocien en apego al teorema de Coase.
3. Suscitar la auto dependencia de los contratantes, para minimizar los costos de transacción, redistribuir los riesgos ex ante y maximizar su utilidad, pero manteniendo correlación de fuerzas que permitan el equilibrio contractual.
4. Contribuir a la cooperación y entendimiento mutuo entre las partes durante todas las etapas del proceso de contratación, para prevenir daños provenientes de actividades riesgosas y obtener un resultado común de eficiencia.
5. Asistir al juez o árbitro con un contrato cuyo contenido por sí mismo le permita interpretar con certeza la intención original de las partes en conflicto.
6. Aportar a la sociedad civil productora de actividades mercantiles atípicas a través del uso eficiente de los recursos.

#### **4.4.2. Pasos para sistematizar**

Luego de levantado un inventario de datos considerando todas las partes peculiares que a través de la metodología planteada, puede contener un contrato mercantil atípico a largo plazo y con la acotación de que no puede existir una predicción perfecta sobre contingencias, se procede a estandarizar la información de forma consistente con la teoría general de los contratos, la teoría microeconómica y los usos mercantiles, con el propósito de establecer una vía económica que provoque la ejecución y evite un litigio contractual:

1. Observar la legalidad de los elementos esenciales, naturales y accidentales; en caso contrario, aplicar la institución jurídica correspondiente, para subsanar el error que consienta la validez del acto jurídico.
2. Configurar estipulaciones que contengan reglas supletorias de responsabilidad, para identificar a la parte contractual que viola el criterio de Pareto a través del incumplimiento a fin de beneficiarse a costa de la otra parte.
3. Clasificar los incentivos de disuasión ex ante y de indemnización ex post, para identificar, revelar y corregir acciones ocultas que podrían resultar del oportunismo.
4. Considerar la cuantía de la actividad, para valorar la confianza de la ejecución, trayendo a valor presente el total de los gastos esperados.
5. Identificar supuestos implícitos para enunciarlos como pretensiones explícitas, a fin de evitar situaciones ineficientes que podrían presentarse al tratar de interpretar la voluntad preliminar de las partes después de celebrado el contrato.
6. Diseñar una matriz relacionada con cada uno de los parámetros establecidos, ubicando en las filas los tipos de cláusulas que han de ir en el contrato, como por ejemplo las legales asociadas con la validez, responsabilidad, modos de extinción, y las contractuales asociadas con el nivel de desempeño, eficiencia de dependencia, entre otras, en concordancia con el Régimen Comercial Ecuatoriano; y, en las columnas los criterios de función económica con sus respectivas referencias de evaluación.



#### 4.5. Funciones económicas relacionadas con la eficiencia del contrato

Todas las acciones estipuladas a través de las respectivas cláusulas contractuales para convertir un contrato incompleto en un contrato eficiente deben ser evaluadas a través de sus referencias, para determinar si cumplen con por lo menos una de las funciones económicas que surgen de la necesidad de eficiencia económica como por ejemplo minimización de costos de transacción, minimización de costos de información, incumplimiento eficiente, dependencia eficiente, redistribución del riesgo, e internalización de externalidades (Veljanovski, 2007, pp. 125-126).

#### **4.5.1. Costos de transacción**

Considerando que éstos afectan a cada una de las partes contratantes porque incluyen contingencias desde el principio de la negociación, éstos se verán reflejados en el precio con igual proporción al daño o perjuicio esperado; es decir, a mayor riesgo mayor beneficio o a menor riesgo menor beneficio. Tan importante es este elemento que estipulaciones por exclusión de responsabilidad han incrementado el mercado de los seguros aunque persista el riesgo de que este tipo de términos contractuales no sean aceptados judicialmente.

#### **4.5.2. Costos de información**

En razón de que son costosos, éstos deben equilibrarse con las ganancias, pues a mejor información mejor toma de decisiones. El problema económico se centra en el impacto que la divulgación de la información tiene sobre los incentivos para producir y buscar información relevante. La ley debería concentrarse tanto en la forma de difusión como en los incentivos que ésta tiene sobre la voluntad de los contratantes, para producir información.

#### **4.5.3. Incumplimiento eficiente**

Contraria a la normativa civil, con esta función no existe obligación de ejecutar sino de desalentar incumplimientos que no sean eficientes, para equilibrar los costos de incumplimiento ineficaz con aquellos de rendimiento excesivo, viabilizando el flujo de los recursos hacia sus usos de mayor valor.

#### **4.5.4. Dependencia eficiente**

Teniendo en cuenta que las promesas inducen a realizar otros gastos relacionados con base a probabilidades realistas para aumentar el valor económico, esta dependencia que implica el uso de recursos reales puede dar lugar al oportunismo posterior a la celebración del contrato; por tanto, debe ser

controlada para que no se redistribuya la riqueza subjetivamente, evitando que quien promete mantenga cautiva a la parte que espera la ejecución.

#### **4.5.5. Redistribución del riesgo**

Permite la participación del riesgo a través de incentivos encaminados a disminuir la probabilidad de pérdidas, sin dejar de considerar las pérdidas residuales las mismas que se asignarían a la parte con mayor tolerancia y riqueza; de manera que se tomen precauciones óptimas y se alcancen niveles eficientes de difusión de riesgos.

#### **4.5.6. Internalización de externalidades**

Está orientada a identificar a la parte que puede evitar el riesgo o que puede contratar un seguro al menor costo posible, para que sea ésta la que asuma la responsabilidad de cancelar el costo total por daños y perjuicios originados a un tercero, independientemente del grado de participación en el evento.

#### **4.6. Metodología para convertir un contrato incompleto en eficiente**

La metodología propuesta consiste en añadir, eliminar o modificar cláusulas del contrato mercantil atípico incompleto con otras estipulaciones que se basan en el análisis económico del derecho, para que satisfagan las funciones económicas de manera que el contrato se convierta en eficiente.

Debido a que en el Ecuador la aplicación del análisis económico del derecho no es notoriamente difundido, los postulados expuestos a continuación para resolver el problema jurídico metodológico planteado en el presente trabajo de titulación nacen de la experiencia empresarial a nivel gerencial.

Se proponen las siguientes acciones que pueden ser traducidas en términos del contrato mercantil atípico, sujetas a la respectiva evaluación en la práctica mercantil contractual del sector privado.

#### **4.6.1. Negociar con estrategia**

En general, en la dinámica de llegar a un acuerdo o evitar y resolver conflictos con fines éticos y de utilidad social, se plantea un previo análisis que permita a cada una de las partes contractuales identificar elementos como por ejemplo destreza en relaciones interpersonales, habilidad para persuadir, estrategias posibles, claridad de objetivos, márgenes de negociación, afectación a terceros, reputación y número de negociadores, contexto de información recabada, riesgos posibles, rendimiento mínimo eficiente, garantías, entre otros; con el propósito, de lograr una transacción jurídica mutuamente beneficiosa y un vínculo comercial continuo.

Ahora bien, considerando que el proceso de negociación bajo la teoría de Coase busca maximizar la utilidad y al ser uno de los objetivos de este capítulo, se propone interactuar en el análisis económico del derecho con la teoría de juegos que describe matemáticamente un proceso natural donde las partes contractuales pueden negociar a través de la conjetura de diferentes estrategias sobre el cumplimiento o no de todas y cada una de las obligaciones.

Tener presente que sólo en un mercado perfecto donde los agentes económicos están totalmente informados, éstos no tienen opción para actuar estratégicamente debido a la ausencia de costos de transacción y externalidades.

Cuando las partes contractuales que interactúan estratégicamente durante cada juego productivo no tienen más opciones para maximizar su utilidad, se ubican en el equilibrio de Nash bajo la perspectiva de que durante cada juego no participó la información asimétrica; lo que significa, que cada una de las partes ha llegado a una estrategia en la cual si se cambia desmejora.

Así pues, entre los datos posibles de recabar con la teoría de juegos necesarios para la toma de cada una de las decisiones, está el riesgo de que un evento

ocurra con la probabilidad de que ese evento suceda; incertidumbre que podrá ser minimizada en función de la información que tenga cada uno de los jugadores sobre conductas anteriores de la otra parte.

Entre las características específicas que un negociador debería tener, están:

1. Visualizar la actitud frente al riesgo que tiene cada una de las partes, para prevenir un incumplimiento, más aún, cuando el comportamiento humano es instintivo. Lo ideal será negociar entre individuos neutrales al riesgo.
2. Verificar que las partes estén plenamente informadas y familiarizadas con los riesgos particulares de la actividad.
3. Presumir que las partes son solventes para asumir niveles altos de compensación.
4. Suponer la minimización de costos sociales por problemas litigiosos y económicos del daño.
5. Tomar precauciones para la ejecución, a fin de que los contratos se ejecuten sin conflicto; o sea, apegados al criterio de eficiencia de Pareto.



#### 4.6.2. Identificar titularidades

Cuando de contratos mercantiles atípicos se trata, si no está identificada claramente la titularidad, las externalidades relacionadas con ésta pueden convertirse en una fuente de contingencias. Esta precisión sirve para internalizar las externalidades, minimizar los costos de transacción, y alcanzar una eficiente solución aún en casos donde las partes contractuales no colaboran.

#### 4.6.3. Analizar el riesgo

Las empresas del sector privado al ser consideradas como el centro de múltiples relaciones contractuales de carácter económico porque especifican derechos y obligaciones con una diversidad de agentes económicos, al momento de tomar decisiones deberán enfocarse en la disminución del riesgo al menor costo posible, pues tienen la responsabilidad de administrar eficientemente todos los recursos necesarios para la continuidad de las operaciones.

Con el propósito de determinar las particularidades de los términos contractuales como prioritarias de entre una posible gama finita de opciones, los contratantes, abogados o conjuntamente, podrían seguir el siguiente proceso para minimizar la pérdida o maximizar el beneficio, teniendo en cuenta que el riesgo ya está implícito en el costo total de la transacción correspondiente a la relación contractual que se busca.

En el presente trabajo de titulación se plantea el siguiente procedimiento para analizar el riesgo:

1. Elaborar una tabla con las siguientes columnas: R, P, Q y C.

Dónde:

R = riesgo del que depende la operación.

P = probabilidad de que el evento ocurra.

Q = pérdida o beneficio esperado en caso de que el evento ocurra.

C = costo del evento esperado.

CMA = costo de la mejora alternativa de solución.

PA = probabilidad ajustada.

CAE = costo ajustado del evento esperado.

TIMR = total inversión para minimizar el riesgo.

AE = ahorro eficiente

Respecto a las filas, éstas serán tantas como escenarios posibles de contingencias riesgosas puedan visualizarse racionalmente.

2. Luego de haber llenado cada uno de los campos de la tabla con los datos correspondientes, multiplicar  $Q \times P$ , para ubicar este resultado en la columna C.
3. Calcular el costo de las mejores alternativas de solución como por ejemplo los sustitutos, complementarios, oportunidad, para colocar en la columna CMA el valor de la alternativa más viable.

4. Considerando el CMA, establecer una nueva probabilidad, para multiplicar  $Q \times PA$ , cuyo resultado se ubicará en la columna CAE.
5. Para conocer el valor de la columna TIMR que representa el valor total de minimizar el riesgo y maximizar la utilidad debe sumarse las columnas CMA y CAE.
6. Calcular el valor de AE mediante la resta entre C y TIMR, a fin de establecer si es posible lograr un ahorro eficiente.
7. Finalmente, ordenar los datos con base a las columnas AE y PA con un criterio de mayor a menor, para enfocarse fácilmente sólo en los beneficios o en las pérdidas más representativas a ser estipuladas en el contrato.

Además, esbozar las siguientes alternativas, para evitar o minimizar el riesgo:

1. Solicitar a cada una de las partes contractuales un detalle con todos los riesgos posibles más influyentes en el contexto de la negociación, para luego convocarlos y analizar conjuntamente los datos recopilados, y finalmente negociar la distribución del riesgo a costos de transacción aceptables.
2. Sondear con diferentes opciones la probabilidad de que el evento ocurra; es decir, ir subiendo y bajando los valores, para ver si se puede lograr un cambio favorable.
3. Buscar alternativas eficientes que permitan bajar el costo de las pérdidas en caso de que el evento ocurra.
4. Finalmente, toda esta información compilada por las partes a manera de inventario deberá ser incluida en el contrato a través de cada una de sus cláusulas en concordancia con lo acordado durante las sesiones de negociación.



#### 4.6.4. Redistribuir riesgos

Identificar cuáles son los vacíos contractuales de alto riesgo que podrían ser solventados, según las siguientes funciones de costo:

Costo riesgo  $>$  Costo pérdida  $\times$  Probabilidad de la pérdida = es preferible dejar el vacío

Costo riesgo  $<$  Costo pérdida  $\times$  Probabilidad de la pérdida = es preferible llenar el vacío

Suponiendo que siempre permanecerá latente el riesgo residual de un evento que no se podrá evitar así se haya tomado el máximo de precaución.

En otras palabras, analizar los costos de previsión, para decidir cuándo actuar si ex ante o ex post, si se desembolsan o no, identificar a quien podría incumplir por el beneficio económico que espera obtener, según las siguientes funciones de costo:

Costo de previsión  $>$  Ocurrencia del riesgo  $\times$  Probabilidad que ocurra = no incurrir en este costo.

Costo de previsión  $<$  Ocurrencia del riesgo  $\times$  Probabilidad que ocurra = se debe incurrir en este costo

La parte contractual que tenga que incurrir en este costo porque le sale más barato lo tendrá que hacer, para que una vez ocurrido el riesgo no tenga que pagar la indemnización, más aún, si además puede llegar a ser la víctima porque no se considera quién es el culpable sino quién tiene la responsabilidad de contratar al menor costo.

#### **4.6.5. Establecer precauciones**

Estas medidas se toman estableciendo a costos razonables reglas contractuales que viabilicen el resultado de un contrato eficiente a través de las siguientes precisiones: qué derechos podrían ser cedidos, cuáles condiciones podrían llenar los vacíos, qué conductas serían sancionadas, cómo hacer frente a contingencias no estipuladas, entre otras.

#### **4.6.6. Prever acciones oportunistas**

Para advertir acciones oportunistas, establecer reglas que impidan que una de las partes contractuales como consecuencia de la dependencia del cumplimiento de la otra parte pueda ser mantenida cautiva y presionada a modificar los términos estipulados inicialmente para su propio beneficio.

En contratos a largo plazo, el comportamiento de proveedores no monopolistas, pero sí difíciles de ser sustituidos en el mercado, al final del contrato tienden a ser oportunista en el sentido de que intenta obtener mayores beneficios durante el período de finalización del contrato. Verbigracia, un proveedor de aleación de metales que una vez que ha creado la dependencia del manufacturero intenta renegociar el precio bajo una falsa amenaza, creando así una escasez ficticia.

Por otro lado, si la escasez es verdadera, la interrelación entre la oferta y demanda será la que regule automáticamente el mercado.

#### **4.6.7. Establecer reglas por defecto**

Este tipo de reglas por defecto (a la falta de) tienen como propósito llenar vacíos contractuales. Por acuerdo de las partes podrían ser modificadas en función de los elementos del contrato. Respecto a la indemnización, se debería evitar responsabilizar por contingencias que no se pueden prever.

Sobre los plazos de pago, la autonomía de la voluntad de las partes permite que el pago se adapte a las circunstancias del negocio jurídico; esto quiere decir, que cuando la ley mercantil, para ilustrar, en el artículo 193 (Código de Comercio, art. 193) reconoce la forma de pago a plazos pero no especifica los períodos para el pago, éstos serán determinados a través de la regla por defecto.

Considerando la relevancia económica que tiene el incumplimiento contractual por los efectos que éste produce, es necesario destacar el componente denominado precio, por la información que transmite sobre la responsabilidad durante la búsqueda de la parte que logró el beneficio por el incumplimiento a costa de la otra, como una opción para mejorar un contrato mercantil atípico.

De ahí, que acogiendo el criterio del juez Richard A. Posner, en el momento de la negociación, el precio superior o inferior en relación al mercado bien puede direccionar la responsabilidad hacia la parte que habiendo convenido una prestación recíproca con intercambio de titularidades omitió estipular una cláusula específica sobre la causa del conflicto.

Sin embargo, cuando el precio convenido es igual al mercado o el mercado no dispone de este precio, habría que recurrir a las reglas supletorias de responsabilidad contractual asociadas con el precio, y derivadas de las funciones económicas como por ejemplo el previsor o asegurador más barato, y el tomador de mayor riesgo.

#### 4.6.8. Asignar responsabilidades

Con la expectativa de minimizar los costos de transacción en la asignación de responsabilidades que permitan resolver ex post, Wolfgang Weigel ofrece una clasificación de sus posibles fuentes a través de los siguientes tipos de costo con su respectiva asignación como reglas supletorias para reducir costos:

1. Costos primarios: lo conforman los costos que dependen del rigor y frecuencia de los incidentes, y los costos de medidas preventivas. Se asignan al que lo puede evitar al menor costo; es decir, a la parte contractual que tiene mayor capacidad para tratar con las pérdidas al mínimo costo.
2. Costos secundarios: corresponden a los costos de indemnizaciones o compensación que pueden ser difundidos a través de seguros de riesgo. Se asignan a la parte que puede asegurar más barato; o sea, a la parte contractual que puede tratar con las potenciales víctimas y manejar de manera más razonable los reclamos, observando la actitud que cada parte contractual manifieste respecto al riesgo (renuente, neutral, adepto).
3. Costos terciarios: relacionados con acciones de investigación para identificar responsables y causas de las pérdidas. Se asignan a la parte que puede tomar e indagar más barato por estar en mejor posición; esto es, a la parte contractual que puede aclarar los hechos y forzar el cumplimiento al mínimo, toda vez que por ser la parte que mayor riqueza tiene su costo de oportunidad es menor a la de la otra parte contractual (Weigel, 2008, p. 75).

En ésta dinámica se perfeccionan contratos válidos pero incompletos debido a la relación costo-beneficio que se da en el análisis exhaustivo de situaciones que posiblemente no se lleguen a dar; entonces, lo óptimo será llegar a un nivel eficiente de vacío contractual donde las partes acuerden lo mejor con los costos de transacción que tienen al momento de celebrar el contrato, esperando resolver el vacío con el tiempo y a un menor costo.

Si por enfrentar un contingente cuya probabilidad de ocurrencia es del 15%, hay que gastar USD500,00 dólares americanos por honorarios profesionales, para cubrir la responsabilidad cuyo valor sería de USD50.000,00 dólares americanos, lo óptimo será cubrir la pérdida esperada para evitar un costo de USD7.500,00 ( $0,15 \times 50.000$ ); en caso contrario, la negociación no será rentable mutuamente para las partes.

Por el contrario, podría ocurrir que las partes no contemplan todas las posibles contingencias contractuales a sabiendas del alto costo de previsión por los riesgos de ejecución que conlleva su acto jurídico; de manera que al momento de activar el sistema judicial, el costo para solucionar su conflicto lo asuma la sociedad.

Así, el sistema jurídico debería conducir a los individuos hacia el punto óptimo, para que logren una correcta asignación de recursos y para que pueda ser percibido, desarrollado y asociado con la eficiencia económica y con la equidad. Respecto a la conducta, en el análisis ex post, la responsabilidad civil debe asumir el causante del daño; sin embargo, se debe considerar también el comportamiento negligente por falta del debido cuidado.

La responsabilidad subjetiva (civil) está relacionada con la negligencia en la actividad, más no, con la frecuencia de ésta que produce daños y perjuicios por incumplimiento. Desde esta regla, hay que considerar que a las posibles víctimas se les inducirá a un nivel de cuidado óptimo; por tanto, la prueba de causalidad tendrá costos bajos. Por el contrario, la responsabilidad objetiva está ligada a la frecuencia y al riesgo de la actividad reflejada en el costo total de causar daños y perjuicios por no cumplir con las prestaciones. Desde esta consideración, deberá tenerse en cuenta que implícitamente se otorga una exoneración de cuidado para las potenciales víctimas; por ende, la prueba de causalidad tendrá costos altos.

Por otro lado, los incentivos al estar relacionados con la responsabilidad subjetiva pueden generar una negligencia contributiva (ambas partes son

culpables), verbigracia, las señales de advertencia poco visibles para operar una máquina industrial añadida a la negligencia del operador que se encuentre en estado étílico. Dependerá de cada negociación, para determinar con cual consideración de responsabilidad se relacionan los incentivos de cumplimiento o incumplimiento eficiente.

Por consiguiente, las reglas de negligencia a ser estipuladas en el contrato no sólo deben observar el riesgo de la actividad sino también la frecuencia, para asignar la responsabilidad por el nivel óptimo de cuidado que se debió tener.

Para que los efectos adversos pueden ser evitados deberían enfocarse desde la disuasión general, donde hay que ser consciente de la actividad que provoca este tipo de efectos, para mantener bajos los costos sociales; y, desde la disuasión específica, donde hay que considerar que toda actividad conlleva algún tipo de costo por acciones negligentes que violan derechos de propiedad e ignoran responsabilidades.

#### **4.6.9. Establecer sanciones**

Las sanciones disuasivas deben: a) Establecerse con base a la economía de la información (efecto sobre decisiones); b) Acordarse previa identificación de las fuentes de costos primarios, secundarios y terciarios; y, c) Evitarse, asegurarse y forzarse de la forma más barata, pero evitando causar el debilitamiento de los incentivos.

Entre las medidas posibles estarían la compensación de todas las ganancias esperadas del contrato, la indemnización por los gastos realizados ante la expectativa de la ejecución del contrato, la devolución de lo desembolsado para que todo vuelva a su estado original, entre otras. Pero, para que las partes puedan pactar libremente según la naturaleza del negocio jurídico deben necesariamente apegarse a los límites legales.

Analizar si las condiciones para la ejecución de las prestaciones recíprocas han cambiado, según las siguientes funciones de costo:

Costo de cumplir  $>$  Beneficio = es eficiente incumplir

Costo de cumplir  $<$  Beneficio = es eficiente cumplir

Considerando siempre, que la responsabilidad civil ligada al cumplimiento de las cláusulas contractuales tiene influencia en la decisión de las partes, para celebrar y/o cumplir o no el contrato.

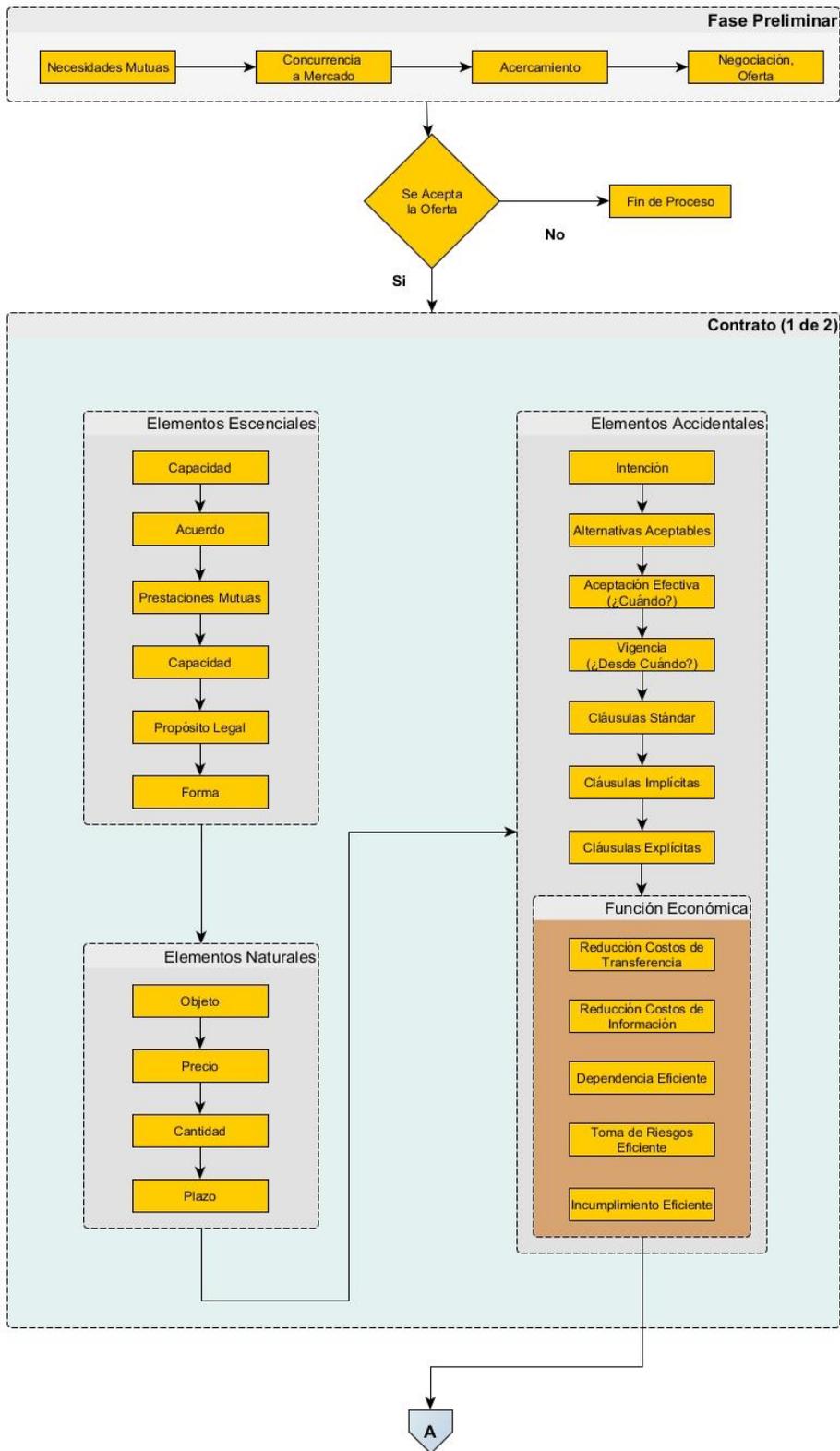
#### **4.7. Matriz relacional de estipulaciones versus función económica**

Tiene por objeto establecer la base económica para armar un contrato atípico. Sólo por fines de ejemplificación de la metodología propuesta se ha seleccionado al contrato de franquicia comercial.

#### **4.8. Flujo del contrato atípico con análisis económico del derecho**

Para sistematizar el fenómeno natural de un contrato mercantil se considera necesario dividir a éste en una secuencia de pasos independientes pero relacionados entre sí; por tanto, se bosqueja el siguiente diagrama de flujo, para finalmente, con base a éste proponer la aplicación del modelo.

## FLUJO DEL CONTRATO ATÍPICO CON ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO



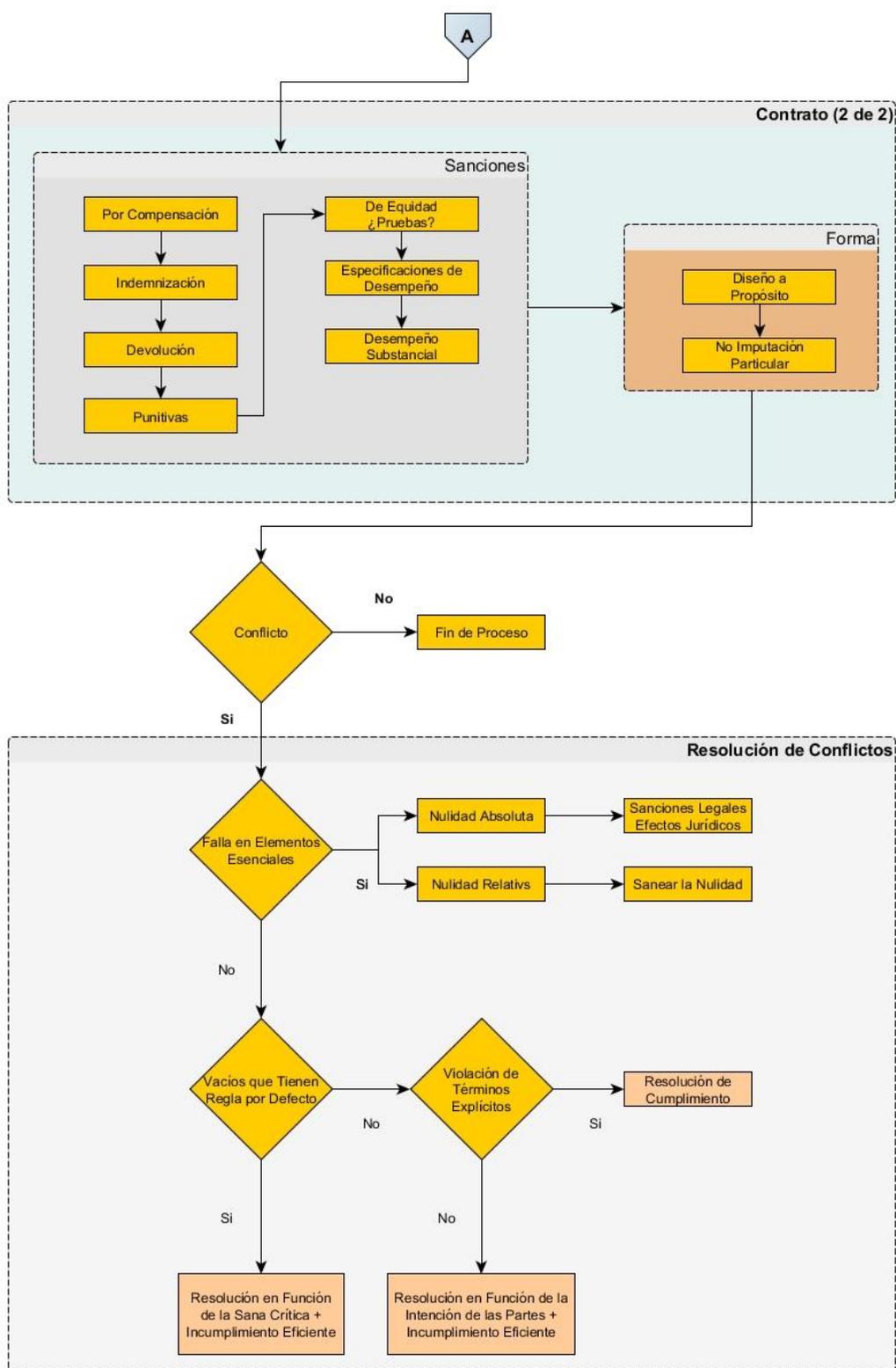


Figura 8. Flujo del contrato atípico con análisis económico del derecho

#### **4.9. Aplicación de la metodología a un contrato mercantil atípico**

Con el fin de ejemplificar la aplicación de la metodología propuesta se ha seleccionado de entre los contratos mercantiles atípicos al de franquicia comercial, por ser uno de los contratos cuyas estipulaciones por lo general se inclinan más a favor de la franquiciante, quien considerando la limitante de administrar directamente el negocio, busca expandirse estratégicamente en el mercado de su conocimiento, sin afectar sus niveles de calidad, eficiencia, rentabilidad; mientras que el franquiciado con frecuencia no tiene poder de negociación pudiendo quedar expuesto a actos jurídicos imprevistos como la declaración judicial de rescisión o a que no se le renueve el contrato, pese a los altos rubros de inversión que este tipo de actividad comercial soporta.

Además, por motivos económicos y sociales no parece viable establecer una legislación específica para este tipo de contratos; por lo que se considera más factible equilibrar las fuerzas de los negociadores mediante cláusulas relacionadas con el análisis económico del derecho que satisfagan una o más de las funciones económicas del contrato, según la metodología propuesta, para con base a un costo alternativo de solución se consiga identificar que contingencias deben o no quedar reguladas en el instrumento contractual, sin perjuicio de los efectos jurídicos que por la naturaleza de la relación contractual le pertenece.

En el siguiente modelo de contrato de franquicia comercial que ha sido adaptado (Ediciones Legales, 2015, Modelos) con el fin de visualizar la aplicación de lo descrito en el punto 4.6. Metodología para convertir un contrato incompleto en eficiente, se observarán los siguientes semáforos: 1) Acciones complementarias previas se desarrollan y presentan entre paréntesis con las siglas AED al inicio del párrafo; 2) Cláusulas provenientes del análisis económico del derecho son identificadas entre paréntesis con las siglas AED al final del párrafo; 3) Estipulaciones que están fuera de contexto o no cumplen ninguna función económica se identifican entre paréntesis con la palabra Eliminar al final del párrafo; y, 4) El contenido sobre generales de ley no tiene ninguna señal explicativa.

A continuación el: MODELO DE CONTRATO DE FRANQUICIA COMERCIAL EFICIENTE SOBRE LA BASE DE UN CONTRATO INCOMPLETO

(AED: Negociación estratégica: Para ingresar a negociar una franquicia comercial relacionada con el manejo y procesamiento de alimentos perecibles para consumo humano, las partes deben tener un conocimiento técnico previo sobre este mercado, adquirido por sí mismos o por medio del asesoramiento de profesionales especializados, a fin de, minimizar riesgos, disminuir externalidades y/o costos de transacción, maximizar utilidades, prevenir incumplimientos, negociar con información simétrica, para lograr una relación jurídica mutuamente beneficiosa que permita una ejecución sin conflicto. Los costos de esta actividad por estar relacionados con medidas preventivas son primarios; por tanto, deberán ser asumidos por la parte que pueda evitar eventualidades al menor costo posible, que para este caso será la franquiciante)

En el Distrito Metropolitano de Quito (D.M.Q.), cantón Quito, provincia de Pichincha, República del Ecuador, a los catorce días del mes de diciembre del año 2015, comparecen a la celebración del presente CONTRATO DE FRANQUICIA COMERCIAL, por una parte: a) El señor XXX, de estado civil soltero, de cuarenta años de edad, de nacionalidad ecuatoriana, de profesión ingeniero de alimentos, con cédula de ciudadanía número 170123000-5 y domiciliado en el D.M.Q., calles Veintemilla E1-18 y Reina Victoria, quien en calidad de Vicepresidente Comercial conforme lo demuestra el nombramiento inscrito en el Registro Mercantil del cantón Quito de conformidad con el artículo décimo de los Estatutos de la Compañía legalizados en la Escritura Pública otorgada el 15 de enero del año 2005 ante la Notaría Tercera del cantón Quito, doctora ACN, inscrita el 15 de junio del año 2006 en el Registro Mercantil del cantón Quito, con atribuciones y deberes suficientes para celebrar el presente acto jurídico, interviene en nombre y representación legal de la compañía XYZ S.A., domiciliada en el D.M.Q., calles Juan González E6-21 y Corea, con registro único de contribuyentes número 1700300000001 e inscrita en el Registro Mercantil del cantón Quito, en lo sucesivo denominada LA FRANQUICIANTE; y,

por otra parte: b) El señor YYY, de estado civil divorciado, de cincuenta años de edad, de nacionalidad ecuatoriana, de profesión ingeniero comercial, con registro único de contribuyente número 1705000002001 y domiciliado en el D.M.Q., calles Carrión N5-11 y Versalles, quien interviene en el presente acto jurídico por cuenta y en nombre propio, en lo sucesivo denominada EL FRANQUICIADO.

Ambas partes se reconocen mutuamente la capacidad jurídica absoluta de obrar necesaria, para contratar y obligarse mediante la firma del presente contrato de franquicia comercial; por lo cual, puestos previamente de acuerdo.

#### DECLARAN

- a) LA FRANQUICIANTE es una compañía que ha alcanzado un evidente prestigio comercial a nivel nacional en el manejo y procesamiento de ensaladas vegetales, dado que sus clientes asocian su servicio gastronómico con calidad y profesionales altamente cualificados y calificado. Es propietaria de la marca Frescura & Salud con Título de Propiedad No. 450-10 de fecha 21 de marzo del año 2010, como Nombre Comercial, cuyos expedientes reposan en el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI) del D.M.Q., en lo sucesivo comprendidos en la expresión EL NOMBRE COMERCIAL. (AED: Titularidad)
- b) LA FRANQUICIANTE ostenta la titularidad de cuatro recetas para preparar el aderezo a ser utilizado en las ensaladas frías con sabores y texturas únicos, según Registro Sanitario No.6321-ALN-0810 Quito-Ecuador. (AED: Titularidad)
- c) LA FRANQUICIANTE ha perfeccionado un método específico de preparación, comercialización, diseño de puntos de venta y gestión de los establecimientos, que en conjunto constituye un saber-hacer (know how) comercial particular, logrado a través de inversión económica en

investigación así como en virtud de la larga experiencia en el mercado gastronómico; todo lo cual, ha condensado en el Manual F&SMG001 que en lo sucesivo será llamado EL MANUAL, cuya titularidad además le corresponde por ser el autor material e intelectual. (AED: Titularidad)

- d) EL FRANQUICIADO expresa que el capital de USD 100.000,00 (cien mil 00/100 dólares americanos) del que dispone para cancelar el canon inicial de la franquicia comercial que se le concede, forma parte de su patrimonio y es de procedencia lícita; por ende, no proviene de actividades tipificadas como ilícitas, autorizando a LA FRANQUICIANTE a realizar las verificaciones que considere pertinentes e informar a las autoridades competentes en caso de investigación. (AED: Titularidad)
  
- e) EL FRANQUICIADO es titular de un local comercial ubicado en el D.M.Q., calle Ñaquito N5-11 y Villalengua, según escritura pública de compraventa otorgada por el señor AAA a favor del señor YYY el 26 de mayo del año 2000 ante el doctor BBB de la Notaría Novena del D.M.Q.; el mencionado local, cuenta con 280 m<sup>2</sup> de construcción de los cuales: 80 m<sup>2</sup> son asignados para la recepción, almacenamiento, control de calidad y despacho de productos, 25 m<sup>2</sup> para tocador y baños y 175 m<sup>2</sup> para 20 mesas de cuatro puestos cada una. Los planos han sido revisados y aprobados por LA FRANQUICIANTE, aclarando que posteriormente no podrán ser modificados a menos que exista consentimiento escrito por parte de LA FRANQUICIANTE. (AED: Titularidad)
  
- f) EL FRANQUICIADO es un comerciante ecuatoriano que luego de un proceso de selección ha sido calificado por LA FRANQUICIANTE para formar parte de su red comercial; siendo que aquel, después de haber recibido información suficiente de LA FRANQUICIANTE, desea libre y voluntariamente formar parte de la misma y ser adiestrado y asistido en el ejercicio de EL MANUAL, para preparar en su totalidad todo tipo de ensaladas frías en presencia del cliente, previa selección de ingredientes frescos por parte de éste, para finalmente rematar con el aderezo y servir en la proporción requerida por el

cliente. (Eliminar: esta cláusula se excluye porque está fuera del contexto de la declaración de titularidades. Es parte del objeto considerado en el punto 1 de la cláusula primera)

- g) EL FRANQUICIADO reconoce y admite la importancia que para LA FRANQUICIANTE tiene el sostener las características especiales del negocio descrito a fin de que la imagen de los establecimientos F&S no se vea deteriorada respecto al público. (Eliminar: esta cláusula se excluye porque está fuera del contexto de la declaración de titularidades)

En consecuencia, considerando las premisas y convenios mutuos aquí convenidos, ambas partes acuerdan llevar a efecto el presente contrato de franquicia comercial mediante las siguientes estipulaciones:

PRIMERA.- OBJETO: LA FRANQUICIANTE luego de un proceso de selección y calificación, concede por el presente documento a EL FRANQUICIADO, quien a su vez acepta en forma libre y voluntaria, una franquicia comercial de EL NOMBRE COMERCIAL según los siguientes términos que consisten en:

1. La autorización, para comercializar todo tipo de ensaladas vegetales frías preparadas en presencia del cliente, previa selección de ingredientes frescos por parte de éste, con EL NOMBRE COMERCIAL; para utilizar el conocimiento técnico, comercial y administrativo sobre la preparación, propiamente detallado en EL MANUAL; y, para finalmente sazonar con cualquiera de los cuatro aderezos diseñados exclusivamente por LA FRANQUICIANTE.
2. El uso de los signos distintivos, consistentes en EL NOMBRE COMERCIAL difundido a través del rótulo con medidas de 5 metros de largo por 2,5 metros de ancho y 5 centímetros de espesor en material de metal corrugado con la leyenda: Servicio gastronómico Frescura & Salud en letras de varios tonos de color verde con fondo de color café claro, provisto sólo por LA FRANQUICIANTE.

3. La prestación de asistencia técnica, comercial, administrativa y supervisión; y, la provisión de mecanismos y materiales de mercadotecnia, durante la vigencia del presente contrato de franquicia comercial.
4. La franquicia comercial otorgada por el presente contrato de franquicia comercial se configura como negocio propio de EL FRANQUICIADO, quien administrará a su propio riesgo y asumirá los resultados del mismo.

(AED: Análisis de riesgo: La matriz de riesgo para esta negociación permite identificar en que riesgo se ha de invertir para minimizarlo y por ende maximizar el beneficio; resultado que debe ser plasmado en la respectiva cláusula por cumplir con una función económica)

Tabla 2. Matriz de riesgo

| MATRIZ DE RIESGO |                                     |                                      |                              |                                      |   |                                 |                                    |                                       |                  |
|------------------|-------------------------------------|--------------------------------------|------------------------------|--------------------------------------|---|---------------------------------|------------------------------------|---------------------------------------|------------------|
| No.              | RIESGO DEL QUE DEPENDE LA OPERACIÓN | PROBABILIDAD DE QUE EL EVENTO OCURRA | PÉRDIDA o BENEFICIO ESPERADO | COSTO PRELIMINAR DEL EVENTO ESPERADO | COSTO MEJOR ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN (*) | PROBABILIDAD DE RIESGO AJUSTADA | COSTO AJUSTADO DEL EVENTO ESPERADO | TOTAL INVERSIÓN PARA MINIMIZAR RIESGO | AHORRO EFICIENTE |
|                  | R                                   | P                                    | Q                            | C                                    | CMA                                     | PA                              | CAE                                | TIMR                                  | AE               |
| 1                | Quiebra de franquiciado             | 0,08                                 | 500.000,00                   | 40.000,00                            | 20.000,00                               | 0,03                            | 15.000,00                          | 35.000,00                             | 5.000,00         |
| 2                | Erupción de volcán                  | 0,95                                 | 45.000,00                    | 42.750,00                            | 4.000,00                                | 0,80                            | 36.000,00                          | 40.000,00                             | 2.750,00         |
| 3                | Contaminación física                | 0,12                                 | 25.000,00                    | 3.000,00                             | 500,00                                  | 0,04                            | 1.000,00                           | 1.500,00                              | 1.500,00         |
| 4                | Clausura del establecimiento        | 0,02                                 | 150.000,00                   | 3.000,00                             | 500,00                                  | 0,01                            | 1.500,00                           | 2.000,00                              | 1.000,00         |
| 5                | Entoxicación                        | 0,12                                 | 30.000,00                    | 3.600,00                             | 2.500,00                                | 0,01                            | 300,00                             | 2.800,00                              | 800,00           |
| 6                | Abastecimiento de aderezo           | 0,05                                 | 50.000,00                    | 2.500,00                             | 1.500,00                                | 0,01                            | 500,00                             | 2.000,00                              | 500,00           |
| 7                | Remodelación no planificada         | 0,13                                 | 60.000,00                    | 7.800,00                             | 30.000,00                               | 0,06                            | 3.600,00                           | 33.600,00                             | -25.800,00       |
| 8                | Variación costos adhezerezo         | 0,15                                 | 150.000,00                   | 22.500,00                            | 50.000,00                               | 0,05                            | 7.500,00                           | 57.500,00                             | -35.000,00       |
| 9                | Alergias                            | 0,01                                 | 10.000,00                    | 100,00                               | 35.000,00                               | 0,01                            | 100,00                             | 35.100,00                             | -35.000,00       |
| 10               | Quiebra de franquiciante            | 0,03                                 | 500.000,00                   | 15.000,00                            | 100.000,00                              | 0,01                            | 5.000,00                           | 105.000,00                            | -90.000,00       |
| 11               | Reubicación de establecimiento      | 0,02                                 | 500.000,00                   | 10.000,00                            | 500.000,00                              | 0,01                            | 5.000,00                           | 505.000,00                            | -495.000,00      |

(\*) = Evitar competencia  
 Realizar campaña de evacuación  
 Realizar fumigaciones  
 Realizar pagos puntuales  
 Mantener proveedores calificados  
 Adquirir un contenedor frío adicional  
 Provisionar un fondo  
 Desarrollar nuevo adhezerezo  
 Realizar un estudio de alergias  
 Vender receta al franquiciado  
 Abrir otro establecimiento

(AED: Redistribución de riesgos: El riesgo se comparte entre las partes contractuales como medida de disuasión, al costo más bajo con base a la regla de la negligencia, por consiguiente se debe tener presente que es independiente a la responsabilidad objetiva)

Tabla 3. Redistribución de riesgos

| REDISTRIBUCIÓN DE RIESGO  |                                     |                                     |                  |               |               |                             |
|---|-------------------------------------|-------------------------------------|------------------|---------------|---------------|-----------------------------|
| No.   | RIESGO DEL QUE DEPENDE LA OPERACIÓN | COSTO MEJOR ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN | AHORRO EFICIENTE | TIPO DE COSTO | RESPONSABLE   | PRINCIPAL FUNCIÓN ECONÓMICA |
|   | R                                   | CMA                                 | AE               |               |               |                             |
| 1   | Quiebra de franquiciado             | 20.000,00                           | 5.000,00         | Terciario     | Franquiciante | Incumplimiento eficiente    |
| 2   | Erupción de volcán                  | 4.000,00                            | 2.750,00         | Primario      | Franquiciado  | Toma eficiente de riesgos   |
| 3   | Contaminación física                | 500,00                              | 1.500,00         | Primario      | Franquiciado  | Costos de información       |
| 4   | Clausura del establecimiento        | 500,00                              | 1.000,00         | Primario      | Franquiciado  | Incumplimiento eficiente    |
| 5   | Intoxicación                        | 2.500,00                            | 800,00           | Primario      | Franquiciado  | Toma eficiente de riesgos   |
| 6   | Abastecimiento de aderezo           | 1.500,00                            | 500,00           | Primario      | Franquiciante | Dependencia eficiente       |
| 7   | Remodelación no planificada         | 30.000,00                           | -25.800,00       | Primario      | Franquiciado  | Costos de transacción       |
| 8   | Variación costos adhezoz            | 50.000,00                           | -35.000,00       | Terciario     | Franquiciante | Dependencia eficiente       |
| 9   | Alergias                            | 35.000,00                           | -35.000,00       | Terciario     | Franquiciante | Costos de información       |
| 10  | Quiebra de franquiciante            | 100.000,00                          | -90.000,00       | Primario      | Franquiciante | Incumplimiento eficiente    |
| 11  | Reubicación de establecimiento      | 500.000,00                          | -495.000,00      | Terciario     | Franquiciante | Costos de transacción       |
| (*) = Evitar competencia<br>Realizar campaña de evacuación<br>Realizar fumigaciones<br>Realizar pagos puntuales<br>Mantener proveedores calificados<br>Adquirir un contenedor frío adicional<br>Provisionar un fondo<br>Desarrollar nuevo adhezoz<br>Realizar un estudio de alergias<br>Vender receta al franquiciado<br>Abrir otro establecimiento |                                     |                                     |                  |               |               |                             |

SEGUNDA.- OBLIGACIONES DE LA FRANQUICIANTE: Para cumplir con el objeto del presente contrato de franquicia comercial, LA FRANQUICIANTE se obliga a:

1. Garantizar la infraestructura necesaria y suficiente para abastecer diaria y puntualmente las necesidades previstas de EL FRANQUICIADO, evitando así el desabastecimiento. (AED: Matriz de riesgo por dependencia eficiente)
2. Proporcionar EL MANUAL con la sistematización de todos y cada uno de los pasos necesarios para un eficaz y eficiente desempeño; y, notificar por escrito con anticipación suficiente a EL FRANQUICIADO cada vez que aquel sea

modificado. (AED: Establecer precauciones sobre derechos cedidos. AED: Establecer reglas por defecto)

3. Mantener altos niveles de calidad, apariencia y servicio en el establecimiento que use EL NOMBRE COMERCIAL, para asegurar su posicionamiento en el mercado. (Eliminar: esta cláusula se excluye porque corresponde a las obligaciones y objetivos que se encuentran detallados en EL MANUAL)
4. Introducir cualquier modificación en EL MANUAL sin necesidad de contar con el consentimiento de EL FRANQUICIADO, siempre que no implique un cambio sustancial y/o una contradicción a lo estipulado en este contrato de franquicia comercial concedido. (AED: Prever acciones oportunistas)
5. Brindar asesoramiento en relación al reclutamiento, entrenamiento y gestión de personal dependiente de EL FRANQUICIADO; y, capacitar al personal que labora en el establecimiento de propiedad de EL FRANQUICIADO, mediante dos visitas anuales por parte del personal designado por LA FRANQUICIANTE, quien asumirá todos los gastos relacionados con esta obligación. (AED: Establecer precauciones sobre derechos cedidos)
6. Por ningún motivo, podrá otorgar ninguna otra franquicia comercial de EL NOMBRE COMERCIAL en todo el territorio comprendido en el D.M.Q., provincia de Pichincha, República del Ecuador, que ponga en riesgo la explotación de la franquicia comercial concedida a EL FRANQUICIADO. (AED: Función económica por incumplimiento eficiente)
7. Otorgar a EL FRANQUICIADO un crédito directo a tres años plazo y con un interés fijo anual del 2% (dos por ciento), por la provisión de todo el equipo e instrumental de cocina, de la vajilla diseñada con el logotipo de LA MARCA COMERCIAL a ser utilizada en el establecimiento F&S y de todos los servicios relacionadas con la explotación de la franquicia comercial concedida. (AED: Función económica por dependencia eficiente)

8. Restituir al costo de reposición el instrumental, la vajilla, letreros, entre otros enseres propios de LA MARCA COMERCIAL, cada vez que sea necesario luego de haber realizado el respectivo inventario e inspección física en el establecimiento F&S de EL FRANQUICIADO. (AED: Prever acciones oportunistas. AED: Establecer reglas por defecto)
9. Recibir de EL FRANQUICIADO todos los enseres provistos, cuando el presente contrato de franquicia comercial sea terminado, independientemente de la causa y/o tiempo de vigencia transcurrido. (Eliminar: esta cláusula se excluye porque los enseres no son de propiedad de LA FRANQUICIANTE)
10. Coordinar el mantenimiento de los equipos que podrá ser semestral o cuando EL FRANQUICIADO así lo solicite, acordando que los honorarios del servicio técnico correrán por cuenta de LA FRANQUICIANTE y, por cuenta de EL FRANQUICIADO los repuestos o reposiciones. (AED: Negligencia contributiva)
11. Compensar con el 4% (cuatro por ciento) de las ventas netas a EL FRANQUICIADO por la clientela desarrollada en el territorio asignado, durante los seis meses anteriores a la terminación del presente contrato de franquicia comercial en caso de no ser renovado. (AED: Función económica por dependencia eficiente. AED: Prever acciones oportunistas)
12. Asumir todos los gastos que conlleve el proceso de legalización del presente contrato de franquicia comercial. (AED: Función económica por costos de transacción. AED: Función económica por costos de información)

TERCERA.- OBLIGACIONES DE EL FRANQUICIADO: Para cumplir con el objeto del presente contrato de franquicia comercial, EL FRANQUICIADO se obliga a:

1. Cumplir con todos los procesos, uso de materiales y requerimientos de calidad que LA FRANQUICIANTE le exija de conformidad con los estándares contenidos en EL MANUAL. (AED: Establecer precauciones sobre derechos cedidos)
2. Cancelar dentro de los primeros quince días de cada mes todo lo facturado por LA FRANQUICIANTE por la provisión de los aderezos para las ensaladas. (AED: Prever acciones oportunistas)
3. Adquirir de por lo menos dos proveedores nacionales previamente calificados por LA FRANQUICIANTE todos los ingredientes necesarios para la preparación de las ensaladas, en cantidades que abastezcan máximo tres días de consumo. (AED: Matriz de riesgo por costos de información. AED: Función económica por dependencia eficiente)
4. Obtener el volumen mínimo de ventas con la máxima diligencia, para el primer año por USD 150.000,00 (ciento cincuenta mil 00/100 dólares americanos), ajustables anualmente con la suma fija de USD 10.000,00 (diez mil 00/100 dólares americanos) hasta llegar en el año dos mil veinte y cinco a USD 240.000,00 (doscientos cuarenta mil 00/100 dólares americanos). (AED: Función económica por costos de información. AED: Establecer reglas por defecto)
5. Sujetar toda publicidad a los parámetros dictados por LA FRANQUICIANTE durante la explotación de la franquicia comercial concedida, conforme las directrices de EL MANUAL, y participar semestralmente en las campañas de promoción dispuestas por LA FRANQUICIANTE, con un mínimo de inversión del 10% (diez por ciento) del volumen de ventas netas correspondientes al último semestre. (AED: Función económica por costos de transacción. AED:

Función económica por costos de información. AED: Prever acciones oportunistas)

6. Utilizar, en el ámbito de la franquicia comercial concedida, EL NOMBRE COMERCIAL sólo con los signos distintivos, medidas y colores aprobados y provistos por LA FRANQUICIANTE. (Eliminar: esta cláusula se excluye porque ya consta en el punto 2 de la cláusula primera)
7. No realizar modificación alguna en el local de su propiedad que alteren los planos aprobados por LA FRANQUICIANTE, sin que exista previo consentimiento escrito por parte de ésta. (Eliminar: esta cláusula se excluye porque es una obligación que debe constar en EL MANUAL)
8. Provisionar un fondo del 1% (uno por ciento) sobre las ventas netas mensuales, para remodelar el establecimiento F&S con sujeción estricta a las directrices contenidas en EL MANUAL de LA MARCA COMERCIAL y mediante un proveedor calificado por LA FRANQUICIANTE. (AED: Matriz de riesgo por costos de transacción. AED: Establecer reglas por defecto)
9. Mantener el establecimiento F&S, decoración, letrero, instrumental de cocina, vajilla, entre otros enseres, en perfecto estado de funcionamiento, conservación y limpieza de conformidad con los requerimientos de imagen de LA MARCA COMERCIAL descritos en la parte pertinente de EL MANUAL. (Eliminar: esta cláusula se excluye porque es una obligación que debe constar en EL MANUAL)
10. Devolver en el plazo de un mes todo lo recibido de LA FRANQUICIANTE y EL MANUAL con su documentación anexa cuando el presente contrato de franquicia comercial sea terminado, independiente de la causa y/o del tiempo de vigencia transcurrido; y, asumir el costo total del faltante y/o deteriorado. (Eliminar: esta cláusula se excluye porque es una obligación que debe constar en EL MANUAL)

11. Solicitar autorización escrita a LA FRANQUICIANTE, para abrir nuevos establecimientos F&S en todo el territorio comprendido en el D.M.Q., provincia de Pichincha, República del Ecuador, acompañada de la respectiva investigación de mercado, para su justificación. (Eliminar: esta cláusula se excluye porque ya consta en la cláusula décima cuarta)
12. Especificar en todas las contrataciones en que intervenga y que sobrepasen el monto de USD 30.000,00 (treinta mil 00/100 dólares americanos), que se encuentra bajo el régimen de franquicia comercial, y que el uso de EL NOMBRE COMERCIAL está limitado a la vigencia del presente contrato de franquicia comercial. (AED: Función económica por costos de información)
13. Abstenerse de presentarse como: socio, agente, representante de LA FRANQUICIANTE, de forma expresa o tácita para actuar en su nombre; en caso contrario, será el único responsable jurídicamente frente a terceros por tales actuaciones. (AED: Función económica por costos de transacción. AED: Función económica por costos de información. AED: Internalización de externalidades)
14. No ejercer un comercio similar al que es objeto de esta franquicia comercial durante un año después de la expiración del presente contrato de franquicia comercial en todo el territorio comprendido en el D.M.Q., provincia de Pichincha, República del Ecuador, donde haya explotado la franquicia de forma directa o indirecta a través de personas físicas o jurídicas interpuestas. (AED: Función económica por dependencia eficiente)
15. Obtener todo tipo de permisos de operación locales exigidos por entidades de control gubernamental, municipal o de cualquier otra índole con toda exactitud y puntualidad; y, cumplir con todas las obligaciones tributarias, laborales, comerciales y demás de carácter obligatorio, derivadas de la naturaleza de la actividad comercial. (Eliminar: esta cláusula se excluye porque no guarda relación con ninguna función económica)

16. Informar oportunamente AL FRANQUICIANTE toda infracción de derechos de LA MARCA COMERCIAL concedida, para que LA FRANQUICIANTE emprenda las acciones legales correspondientes contra los infractores, cuyos costos serán asumidos por LA FRANQUICIANTE. (AED: Establecer reglas de defecto. AED: Distribución eficiente de riesgos. AED: Establecer precauciones sobre derechos cedidos)

17. Contratar una póliza de todo riesgo subdividida en: incendio, roturas, fidelidad, robo, equipos, dinero y valores, y otra póliza de responsabilidad civil que cubra el giro del negocio y a terceros, por siniestros de caso fortuito o fuerza mayor, cuyo costo será asumido en partes iguales por LA FRANQUICIANTE y EL FRANQUICIADO. (AED: Asignación eficiente de riesgos. AED: Redistribución del riesgo. AED: Negligencia contributiva. AED: Internalización de externalidades)

CUARTA.- CONFIDENCIALIDAD: EL FRANQUICIADO debe guardar secreto de la información que como confidencial le sea suministrada por LA FRANQUICIANTE a través de EL MANUAL y de las capacitaciones; empleando medios legales y políticas administrativas adecuadas y suficientes, para asegurar que dicha información no sea revelada por terceras personas durante la vigencia de este contrato de franquicia comercial y luego de un período de tres años a partir de su terminación. (AED: Prever acciones oportunistas. AED: Establecer reglas por defecto)

QUINTA.- COMPETENCIA: EL FRANQUICIADO debe abstenerse de establecer sub franquicias comerciales y ejercer de forma directa o indirecta a través de personas físicas o jurídicas interpuestas, un comercio similar al que es objeto de la franquicia comercial concedida durante la vigencia del presente contrato de franquicia comercial y hasta por los tres años subsiguientes a la terminación del mismo. (AED: Función económica por costos de transacción. AED: Función económica por costos de información. AED: Establecer reglas por defecto)

SEXTA.- RECIPROCIDAD: EL FRANQUICIADO debe informar de manera oportuna y por escrito AL FRANQUICIANTE todo nuevo saber-hacer (know how) que resulte de la experiencia obtenida en el marco de la explotación de la franquicia comercial concedida. (AED: Establecer precauciones sobre derechos concedidos. AED: Establecer reglas por defecto.)

SÉPTIMA.- PERSONAS INTERPUESTAS: Para efectos de este contrato de franquicia comercial se considerarán personas interpuestas de LA FRANQUICIANTE o de EL FRANQUICIADO, a:

1. Personas físicas interpuestas: los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad en línea recta, ascendente o descendente, y hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad en línea colateral.
2. Personas jurídicas interpuestas: aquellas en las que según los grados antes descritos, ostenten separadamente un porcentaje superior al 50% del capital social, tenga invertidos de otro modo recursos que excedan de dicho porcentaje, tengan el poder o la facultad efectiva de dirigir los asuntos sociales.

OCTAVA.- RELACIÓN JURÍDICA: EL FRANQUICIADO reconoce y consiente en la singular relación con LA FRANQUICIANTE que en ningún caso crea un vínculo laboral y, en la dependencia de cada uno de ellos para el fiel cumplimiento de los términos y condiciones de este contrato de franquicia comercial no obstante la posición de empresarios independientes que exteriorizan. (AED: Función económica por toma eficiente de riesgos)

NOVENA.- PRECIO Y FORMA DE PAGO: EL FRANQUICIADO pagará a LA FRANQUICIANTE:

1. El canon inicial de esta franquicia comercial por una sola vez y al momento de la suscripción del presente contrato de franquicia comercial, por un importe de USD 100.000,00 (cien mil 00/100 dólares americanos), mediante

transferencia bancaria a la cuenta corriente del banco Bolivariano, número 123456-7 de la compañía XYZ S.A., cuya transacción una vez verificada su efectivización será medio de prueba.

2. El canon periódico de esta franquicia comercial será pagadero mensualmente a partir del primer mes de operaciones, por el valor de USD 8.000,00 (ocho mil 00/100 dólares americanos) que deberán ser ajustados con un punto adicional al índice de inflación publicado por el Banco Central del Ecuador, mediante transferencia bancaria a la cuenta corriente del banco Bolivariano, número 123456-7 de la compañía XYZ S.A., cuya transacción una vez verificada su efectivización será medio de prueba,
3. La regalía mensual fija del 2% (dos por ciento) de los ingresos netos originados en la venta de los productos que se realice en el local de EL FRANQUICIADO a partir del día de operaciones, mediante transferencia bancaria a la cuenta corriente del banco Bolivariano, número 123456-7 de la compañía XYZ S.A., cuya transacción una vez verificada su efectivización será medio de prueba.

DÉCIMA.- PRECIOS DE VENTA AL PÚBLICO: Serán fijados libremente por EL FRANQUICIADO, siempre que éstos no sean superiores a la lista de precios sugerida por LA FRANQUICIANTE, para mantener la reputación de LA MARCA COMERCIAL con relación precio-calidad. (AED: Función económica por dependencia eficiente)

DÉCIMA PRIMERA.- LIQUIDACIÓN DE CÁNONES: LA FRANQUICIANTE emitirá la respectiva factura comercial por concepto de cánones y regalías dentro de los primeros cinco días hábiles del mes siguiente del cierre contable mensual y hará llegar al EL FRANQUICIADO para que éste cancele dentro de los siguientes tres días hábiles de recibido el respectivo comprobante de venta. (AED: Prever acciones oportunistas)

DÉCIMA SEGUNDA.- IMPUESTOS y RETENCIONES: Todo ingreso o egreso que se origine de la explotación de la franquicia concedida será únicamente mediante la recepción o emisión del respectivo comprobante de venta o retención establecido legalmente por el régimen tributario ecuatoriano; por ende, los valores correspondientes al fisco no podrán ser considerados para la respectiva liquidación de regalías ni utilizados para otros fines. (AED: Matriz de riesgo por costos de transacción. AED: Prever acciones oportunistas)

DÉCIMA TERCERA.- INFORMES: EL FRANQUICIADO enviará a LA FRANQUICIANTE a más tardar hasta el décimo día hábil de cada mes, un informe gerencial detallado sobre su gestión acompañado de los respectivos estados financieros, reservándose LA FRANQUICIANTE el derecho de verificar la exactitud de la información contable que sustenta la liquidación de cánones, a través de auditorías e inspecciones, sin previo aviso en el establecimiento F&S de EL FRANQUICIADO y en horarios de trabajo. (AED: Función económica por costos de información)

DÉCIMA CUARTA.- TERRITORIO GEOGRÁFICO: EL FRANQUICIADO podrá explotar la franquicia comercial concedida en todo el territorio comprendido en el D.M.Q., provincia de Pichincha, República del Ecuador, previa adquisición de una nueva franquicia comercial que le conceda LA FRANQUICIANTE bajo las mismas estipulaciones del presente contrato de franquicia. (AED: Matriz de riesgo por costos de transacción, costos de información)

DÉCIMA QUINTA.- TERMINACIÓN: Sin perjuicio de las causas de terminación previstas en la normativa civil ecuatoriana vigente, se estipula en el presente contrato de franquicia comercial, además las siguientes, por: (AED: Incumplimiento eficiente):

1. La insolvencia, quiebra, expropiación o embargo de una parte sustancial de los activos en que se vea envuelta tanto LA FRANQUICIANTE como EL FRANQUICIADO, debidamente declarada por juez competente.

2. La divulgación de la información especificada en EL MANUAL y de los conocimientos adquiridos en las capacitaciones cedidos por LA FRANQUICIANTE.
3. El hecho de impugnar la titularidad o validez de cualquiera de los derechos de propiedad objeto de la franquicia comercial concedida.

DÉCIMA SEXTA.- CESIÓN: En caso de fallecimiento o incapacidad de EL FRANQUICIADO, sus derechos y obligaciones serán cedidos en partes iguales a sus legítimos herederos; por otra parte, LA FRANQUICIANTE podrá ceder sus derechos y obligaciones según su voluntad en cualquier momento durante la vigencia del presente contrato de franquicia comercial, sin facultad para que tanto LA FRANQUICIANTE como EL FRANQUICIADO puedan cambiar las estipulaciones acordadas en el mismo. (AED: Función económica por dependencia eficiente)

(AED: La sanción al buscar la eficiencia en la terminación del contrato debe ser estipulada en función del tipo de costo: primario, secundario, terciario; y, de la actitud frente al riesgo que las partes expresan durante la etapa de negociación, a fin de estipular condiciones para disuasiones ex ante e indemnizaciones ex post.)

DÉCIMA SÉPTIMA.- SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: Se estipula expresamente que ante el incumplimiento por cualquiera de los contratantes de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato de franquicia comercial, la parte que cumplió o que estuvo dispuesta a hacerlo, podrá dar por terminado el contrato de franquicia comercial y demandar las indemnizaciones a las que haya lugar por daño emergente y lucro cesante.

La mora que por más de tres veces consecutivas presente tanto EL FRANQUICIADO como LA FRANQUICIANTE en los respectivos pagos que deben realizar por cualquiera de los rubros estipulados en el presente contrato

de franquicia comercial, será sancionado con una compensación equivalente al costo de oportunidad esperado por la parte que debía recibir el pago, sin perjuicio de que además la parte que está en mora se ponga al día con sus obligaciones. (AED: Establecer reglas por defecto) Aplicable a cláusulas: segunda numeral 7; tercera numeral 2; novena.

La reincidencia por más de tres veces no consecutivas de conductas relacionadas con hasta el 51% (cincuenta y uno por ciento) de incumplimiento en el desempeño de las obligaciones que no producen la terminación del contrato tanto de EL FRANQUICIADO como de LA FRANQUICIENTE, será sancionado con la indemnización de todo lo invertido para la explotación de la franquicia comercial concedida contra la presentación de los respectivos comprobantes de venta. (AED: Función económica por costos de transacción) Aplicable a cláusulas: segunda numeral 1, 5, 8, 10; tercera numeral 3, 4, 5, 8, 12, 13, 16; sexta; décima; décima primera; décima tercera.

Se estipula expresamente que ante todo incumplimiento tanto de LA FRANQUICIENTE como de EL FRANQUICIADO que tenga como efecto la terminación del presente contrato de franquicia comercial, será sancionado con la devolución de todo lo invertido para la explotación de la franquicia comercial concedida contra la presentación de los respectivos comprobantes de venta, más todas las ganancias esperadas proyectadas en el flujo del proyecto aprobado por LA FRANQUICIENTE. (AED: Función económica por incumplimiento eficiente) Aplicable a cláusulas: primera; segunda numeral 2, 4, 6, 12, tercera numeral 1, 15, 17; cuarta; quinta; octava; décima segunda; décima cuarta.

DÉCIMA OCTAVA.- VIGENCIA: El presente contrato de franquicia comercial tendrá una vigencia de diez años contados desde la fecha de suscripción del mismo; y, sólo podrá ser renovado a partir de su vencimiento, por un tiempo igual o inferior, previa: a) Solicitud escrita de EL FRANQUICIADO manifestada con por lo menos seis meses de antelación a la fecha de vencimiento del plazo final del presente contrato de franquicia comercial y dirigida a LA FRANQUICIENTE; b) Análisis por parte de LA FRANQUICIENTE sobre incumplimientos

contractuales infringidos por EL FRANQUICIADO durante el tiempo de vigencia del presente contrato; y, c) Renegociación libre, voluntaria y acordada tanto por EL FRANQUICIADO como por LA FRANQUICIANTE sobre las estipulaciones existentes o futuras.

DÉCIMA NOVENA.- DOMICILIO Y CONTROVERSIAS: El presente contrato de franquicia comercial se rige por la legislación ecuatoriana y para el evento de suscitarse controversias generadas de las estipulaciones o por la ausencia de éstas en el presente contrato de franquicia comercial, las partes se someten al arbitraje de derecho especializado en la materia, cuyos árbitros y procedimiento de arbitraje se llevará a cabo de acuerdo con las reglas de la Asociación de Arbitraje de la Cámara de Comercio del D.M.Q.

Para constancia de todo lo estipulado y en fe de ello, las partes expresan su conformidad ratificando el contenido de todas y cada una de las cláusulas que anteceden, por así convenir a sus intereses, y formalizan firmando el presente contrato de franquicia comercial en original y dos copias del mismo tenor y efecto, en el D.M.Q., provincia de Pichincha, República del Ecuador, a los catorce días del mes de diciembre del año dos mil quince.

POR LA FRANQUICIANTE



Ingeniero XXX

C.C.: 170123000-5

EL FRANQUICIADO



Ingeniero YYY

C.C.: 170500000-2

Para finalizar, a manera de conclusiones previas se debe señalar que:

1. En el diseño contractual guiado por la naturaleza de la actividad comercial, para el desarrollo de estipulaciones particulares, es importante tener en cuenta el entorno sobre el cual las partes contractuales establecen sus objetivos, basándose en su actuar y aplicando una metodología cualitativa y cuantitativa que permita identificar sus preferencias y elecciones racionales

para maximizar su utilidad, a fin de, prever los efectos jurídicos que la norma provoca en su conducta.

2. En la práctica empresarial cotidiana, en su mayoría, se toman decisiones motivadas por incentivos que únicamente tienen efectos jurídicos, llegándose a perfeccionar contratos incompletos en lugar de contratos eficientes, precisamente porque los incentivos enfocados en funciones económicas no son visibilizados al interior de las empresas, a través de las cuales éstas podrían alcanzar un nivel eficiente en la toma y difusión de riesgos.
3. En el estudio específico de un producto instituido por la norma jurídica, como son los contratos mercantiles atípicos no siempre se juntan teorías contractuales mercantiles con teorías microeconómicas para ampliar la visión del análisis; en razón de que, la cultura jurídica contractual responde exclusivamente a la tradición positivista circunscrita únicamente al contenido de las cláusulas esenciales y a sus efectos jurídicos, sin considerar, el entorno en el que se perfecciona y ejecuta el acto jurídico, ni la estrategia de negociación articulada a la toma de decisiones eficientes; sin embargo, mediante la aplicación teórica referenciada a lo largo del presente trabajo de titulación en el ejercicio desarrollado en este último capítulo, queda justificado que sí es factible utilizar el análisis económico del derecho como herramienta de análisis contractual.

## 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 5.1. Conclusiones

Luego de concluido el presente trabajo de titulación sobre “EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO COMO HERRAMIENTA APLICADA A CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS DEL SECTOR PRIVADO EN EL ECUADOR” es necesario acotar las siguientes conclusiones:

En la práctica empresarial mercantil ecuatoriana, el diseño de contratos ha seguido una lógica convencional estandarizada, sin un análisis de las necesidades corporativas caso a caso, lo cual, no siempre produce resultados satisfactorios para las partes y eventualmente son causa de conflicto; por tanto, el análisis económico del derecho conceptualizado como metodología para transformar un contrato incompleto en eficiente que permita reducir niveles de conflictividad litigiosa contractual, se convierte en una herramienta de asesoría jurídica empresarial importante en el diseño de contratos mercantiles atípicos del sector privado en el Ecuador, por el hecho de negociar considerando la naturaleza jurídica de las cláusulas a ser estipuladas en apego a la ley mercantil o subsidiaria, y visibilizando conflictos potenciales ex ante y conflictos reales ex post, antes de activar el sistema judicial cuyo costo debe ser asumido por las partes litigantes y por toda la sociedad ajena al interés individual, en el uso del bien público.

Durante el desarrollo de los pasos para la sistematización de la metodología propuesta así como su aplicación en el modelo utilizado, se corrobora la primacía de la eficacia normativa, cuando en negocios patrimoniales la voluntad de las partes necesita ser facultada por el ordenamiento jurídico independientemente de que a partir del derecho consuetudinario se reconozca la autonomía de la voluntad, sobre la eficiencia económica en materia contractual, al momento en que se omiten reglas jurídicas generales y/o formalidades legales porque el efecto jurídico es poco eficaz, indistintamente de si el instrumento es o no

eficiente en la asignación de recursos y en los costos de transacción. Además, se identifican efectos pocos eficientes procedentes de normas jurídicas desactualizadas con respecto a la práctica mercantil que en el corto plazo desarrolla formas contractuales novedosas, para satisfacer necesidades de diversos negocios jurídicos atípicos.

Según la investigación realizada se concluye que en relación a la temporalidad del incumplimiento, el momento en que éste se produce marca la diferencia entre las teorías desarrolladas; de hecho, las reglas generales que regulan la propiedad privada se vuelven ineficaces para los contratos atípicos porque su cumplimiento forzado se basa en razones de tipo moral luego de sobrevenido el incumplimiento; mientras que económicamente el incumplimiento en determinadas circunstancias puede ser desde el inicio de la negociación porque conlleva implícita la información asimétrica existente en el momento de la negociación.

Se evidencia un contenido económico directo tanto en la bilateralidad contractual donde se originan las prestaciones como en el análisis económico del derecho donde las prestaciones son condición para advertir el punto óptimo en que las partes contractuales pueden maximizar mutuamente su beneficio derivado del vínculo jurídico, a pesar de que en la legislación nacional no sea explícita esta característica; así pues, en la práctica mercantil el cumplir o no con las prestaciones contractuales dependerá del beneficio que pueda reportar a cada una de las partes. Entonces, la utilización del análisis económico del derecho como una herramienta para desarrollar la matriz relacional de estipulaciones jurídicas versus las funciones económicas, permite: identificar titularidades, medir riesgos, crear incentivos, asignar responsabilidades, y establecer sanciones disuasivas.

Durante la presente investigación se concluye que el intercambio de titularidades del derecho es obligatorio tanto para el análisis económico del derecho como para la teoría de los contratos, a fin de distinguir claramente las obligaciones y

responsabilidades sobre el deber jurídico o económico a ser observado durante el proceso contractual. Sin embargo, la responsabilidad civil en el análisis económico del derecho tiene un enfoque diferente al del derecho civil que prioriza la culpa, porque: a) Se sustenta en la tesis del previsor racional, por la cual, la parte contractual que se abstiene de evitar el incumplimiento teniendo el costo de previsión más bajo, que puede ser la víctima y no precisamente el culpable, es la que debe asumir la responsabilidad del incumplimiento al haberse beneficiado de su propia imprevisión; y, b) Permite el incumplimiento siempre y cuando sea eficiente.

De acuerdo con la investigación realizada, el efecto que menoscaba los intereses de las partes contractuales puede ser identificado, valorado y estipulado por éstas con anticipación, mediante la utilización del análisis económico del derecho cuando se basa en la(s) función(es) económica(s) relacionada(s) con la naturaleza del acto jurídico; por otra parte, en Derecho la aplicación de la ley que hace el juez sobre el perjuicio contractual por daño emergente y lucro cesante para determinar la respectiva indemnización, es posterior al acto jurídico. Por tanto, el axioma de que quien daña paga puede ser refutado con el análisis económico del derecho, puesto que lo importante es determinar quién en verdad es el que daña, es decir, quién pudo evitar el daño al menor costo posible o negociar con mayor facilidad.

## **5.2. Recomendaciones**

Finalmente, se considera conveniente poner a consideración las siguientes recomendaciones:

Teniendo en cuenta que existe una brecha natural de tiempo entre la capacidad de reaccionar por parte del legislativo y la dinámica iniciativa, que impide un caminar paralelo entre la práctica mercantil y la ley; ante el vacío legal o contractual en materia mercantil, las partes deberían negociar y tomar decisiones sustentadas en el análisis económico del derecho, pero siempre en apego al

ordenamiento jurídico; de modo que se minimicen los conflictos y se maximicen eficientemente los beneficios de las partes en conflicto.

En vista de que en Ecuador existe libertad para negociar un convenio óptimo, basado en criterios de sensibilidad frente a cambios de la realidad mercantil privada, por la relación que existe entre la obligación contractual y las circunstancias que lo rodean; los profesionales en derecho público seguidores de ideas innovadoras y factibles, deberían acoger esta propuesta metodológica para adecuarla y aplicarla en otras ramas del derecho.

Considerando que la doctrina ecuatoriana sobre análisis económico del derecho es escasa, es necesario que los juristas ecuatorianos especializados en derecho mercantil lleguen a desarrollar y proponer en sus obras, herramientas de análisis con la visión jurídica y económica; para que influyan en las destrezas de los profesionales en derecho, quienes por su formación podrían ser excelentes asesores para la toma de decisiones gerenciales dentro y fuera del entorno contractual del sector privado, por ser precisamente el entorno una de las características más importantes del análisis económico del derecho.

En vista de que los abogados especializados en análisis económico del derecho que existen en Ecuador son escasos, la academia debería considerar la necesidad de incluir en los programas de estudio de pregrado y posgrado, la asignatura de análisis económico del derecho, de manera que se estudie e inquiera la problemática jurídica en las distintas materias del derecho con esta perspectiva adicional y se ofrezca al mercado laboral una mayor cantidad de abogados especializados en el tema.

Teniendo en cuenta que en la actualidad existe mayor interés por una educación interdisciplinaria, los estudiantes de derecho interesados en el análisis económico del derecho con conocimientos en sistemas informáticos, deberían luego de perfeccionar la metodología propuesta, desarrollar el respectivo software para obtener automáticamente los resultados de la matriz y distribución

del riesgo, íntimamente relacionados con las funciones económicas en el momento de estipular las cláusulas contractuales; pues, mientras más compleja es la negociación o solución de un conflicto en determinada actividad comercial mayor es el riesgo que existe para cometer errores humanos en el cálculo de los efectos económicos.

## REFERENCIAS

- Alzate, C. (2009). *Fundamentos del Contrato* (2da. ed.). Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Castellano, A. (2006). El análisis económico del derecho del consumidor. En V. Kluger, *Análisis económico del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.
- Cevallos, V. (2011). *Manual de Derecho Mercantil* (5ta. ed.). Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Código Civil. (2005). *Registro Oficial 46, Suplemento de 24 de junio de 2005*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código de Comercio. (1960). *Registro Oficial 1202 de 20 de julio de 1960, Suplemento de 20 de agosto de 1960 y Registro Oficial 68 de 30 de septiembre de 1963*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. Recuperado el 15 de 01 de 2015, de <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/03/C%C3%B3digo-de-Comercio.pdf>
- Coloma, G. (2001). *Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio*. Buenos Aires, Argentina: ABRN Producciones Gráficas SRL.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento de 13 de julio de 2011*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ediciones Legales. (2015). Régimen Comercial Ecuatoriano. *Modelo Contrato de Franquicia*. Quito, Pichincha, Ecuador: Impresores MYL. Recuperado el 11 de 2015

- Garrido, L. (2006). La negociación contractual y el análisis económico. En V. Kluger, *Análisis económico del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.
- Gherzi, E. (2009). *Teoría del intercambio de titularidades*. Recuperado el 29 de Noviembre de 2015, de <https://www.youtube.com/watch?v=jag184PRP-Q>
- Grijalva, A. (2012). *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Kluger, V. (2006). *Análisis económico del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.
- Ley Orgánica de Defensoría del Consumidor. (2000). Registro Oficial 116, Suplemento de 10 de julio de 2000. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. (2011). *Registro Oficial 555, Suplemeneto de 13 de octubre de 2011*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial. (1996). *Registro Oficial 1002 de agosto de 1996*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Mosset, J. (2007). *Contratos*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal y Asociados S.A.
- Nicholson, W. (2007). *Teoría Microeconómica* (9na. ed.). México, D.F., México: Cengag Learning Editores, S.A.
- Ospina, G., y Ospina, E. (2014). *Teoría General del Contrato, y del Negocio Jurídico* (7ma. ed.). Bogotá, Colombia: Nomos S.A.

- Paolantonio, M. (2006). El análisis económico del derecho y la estructura societaria. En V. Kluger, *Análisis económico del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.
- Parkin, M. (2001). *Microeconomía* (5ta. ed.). Naucalpan de Juárez, México: Pearson Educación.
- Posner, R. A. (2000). *El análisis económico del derecho*. Mexico, D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Querol, N., y López, N. (2014). *Análisis Económico del Derecho*. Madrid, España: Dykinson S.L. Recuperado el 23 de junio de 2014, de <https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosActa/PAG0281.pdf>
- Ramírez, R. (2011). *Derecho y economía de la transparencia judicial*. Recuperado el 01 de Noviembre de 2015, de <http://eprints.ucm.es/13297/1/T33079.pdf>
- Ramos, R. (1999). *De las Obligaciones*. Santiago de Chile, Chile: Jurídica de Chile.
- Ruiza, M. (2015). *Jeremy Bentham, John Stuart Mill, Ronald Coase*. Recuperado el 01 de septiembre de 2015, de <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/b/bentham.htm>
- Salvatore, D. (2009). *Microeconomía* (4ta. ed.). México, D.F., México: McGraw-Hill.
- Tavano, M. J. (2006). Coase: Un teorema para el derecho. En V. Kluger, *Análisis económico del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.
- Veljanovski, C. (2007). *Principios Económicos de la Ley*. Cambridge, New York, Estados Unidos de Norte América: Cambridge University Press.

Weigel, W. (2008). *Economía del Derecho*. New York, Estados Unidos de Norte América: Grupo Taylor y Francis.