

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

La tipificación de la falta de conmutatividad para efectos de la prestación irrisoria en el Código de Comercio

David Francisco Delgado del Hierro

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de
abogado

Quito, 20 de noviembre de 2020

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: David Francisco Delgado del Hierro

Código: 00130835

Cédula de identidad: 1725026502

Lugar y fecha: Quito, 18 de diciembre de 2020

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

**La tipificación de la falta de conmutatividad para efectos de la prestación irrisoria en el
Código de Comercio.**

***The Absence of Commutativity in Prestación Irrisoria's figure in the Ecuadorian Commerce
Code¹.***

David F. Delgado

ddelgadodh@gmail.com

RESUMEN

El ordenamiento jurídico ecuatoriano incorporó una nueva figura en el régimen mercantil: la prestación irrisoria. Su objetivo es proteger a la parte débil de la relación contractual comercial cuando el equilibrio de las prestaciones se ha quebrantado. Sin embargo, su estándar para determinar la ausencia de conmutatividad queda a la sana crítica del juzgador, quien dispone de nueva normativa, sin el auxilio de jurisprudencia nacional en el tema. Para comprender la ausencia de conmutatividad estudiamos la clasificación de los contratos, el sinalagma contractual en sus distintos momentos y, mediante el análisis comparado, la forma en que otras jurisdicciones la han desarrollado. Delimitamos el campo de aplicación de la prestación irrisoria de forma armónica con nuestro ordenamiento. Finalmente, proponemos factores para determinar el quebrantamiento del equilibrio contractual durante el proceso de configuración de la prestación irrisoria.

ABSTRACT

The Ecuadorian Commercial Code enshrines the prestación irrisoria, an institution that seeks the protection of the weaker contractual party in commercial contracts. Prestación irrisoria requires an "absence of commutativity". However, the law does not set forth guidance as to what must be construed as an absence of commutativity. In order to understand that requirement, we studied the classification of contracts, the contractual balance on its different moments and, through a comparative analysis, how other jurisdictions have developed that concept. We defined the scope of prestación irrisoria harmonically and according to the legal system, with its norms and principles. We proposed a series of useful elements applied by different jurisdictions to be taken into account by Ecuadorian judges when determining the absence of commutativity for purposes of applying the prestación irrisoria.

©Derechos de Autor: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

PALABRAS CLAVE: Prestación irrisoria; equilibrio contractual; ventaja; desproporción; estado de debilidad.

KEY WORDS: *Prestación Irrisoria; contractual balance; advantage; disproportion; state of weakness.*

SUMARIO: 1.INTRODUCCIÓN.-2.CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS.-3.LA AUSENCIA DE CONMUTATIVIDAD.-4.-CONCLUSION

Fecha de Lectura: 18 de diciembre, 2020.

Fecha de Publicación: 18 de diciembre, 2020.

1. Introducción

La prestación irrisoria entró a regir en el Ecuador en mayo del 2019, con la publicación del nuevo Código de Comercio (C.Co.) en el Registro Oficial. Dicha figura nace como una de las excepciones al principio *pacta sunt servanda*², en cuanto permite que las obligaciones contraídas no se cumplan sobre la base del quebrantamiento del equilibrio contractual que debe existir en todos los contratos conmutativos. La incorporación de la prestación irrisoria resulta novedosa en nuestro sistema, sin embargo, no lo es para la comunidad jurídica internacional. En Europa; la misma ha sido regulada en los Principios UNIDROIT (PICC³), como excesiva desproporción o *gross disparity*; en Estados Unidos (EUA), como la doctrina de lo inconcebible o *unconscionability doctrine*; y en algunos países latinos ha existido un acercamiento en cuanto al precio irrisorio y la figura de lesión.

La metodología para el estudio de la ausencia de conmutatividad en la figura es un análisis comparado entre jurisdicciones de Latinoamérica y Europa, junto al Common Law británico y estadounidense. Al ser la prestación irrisoria una figura incipiente en nuestro ordenamiento, la legislación de distintas jurisdicciones, así como su jurisprudencia y doctrina, son de vital importancia para comprender su naturaleza y direccionarla de acuerdo a los preceptos de nuestro sistema de forma armónica e integral. Se realiza un análisis del proceso de configuración de la prestación irrisoria y las formas de identificar sus elementos objetivo como subjetivo para

² Código Civil. Artículo 1561. Registro Oficial Suplemento 46 del 24 de junio de 2005. Ecuador.

³ Por sus siglas en inglés: *Principles of International Commercial Contracts*.

determinar la ausencia de conmutatividad, proponiendo factores a considerar por los jueces al momento de enfrentarse ante un caso del artículo 217 del C.Co.

1.1 Antecedentes

La figura de lesión, según Elsa Manrique, aparece históricamente en dos corrientes doctrinarias distintas a partir del siglo XIX. La primera hace referencia a la lesión objetiva que “se configura en los actos bilaterales onerosos cuando existe una significativa desproporción entre las prestaciones”⁴, ignorando actitudes de aprovechamiento o situaciones de inferioridad. La segunda, en la que recae nuestra figura de estudio, se refiere a la lesión subjetiva, que, para la configuración del vicio, además de requerir la desproporción entre las prestaciones, exige la presencia de un elemento subjetivo dual: una situación de inferioridad de la parte lesionada y el aprovechamiento por el lesionante⁵.

La prestación irrisoria adoptó las disposiciones de los *PICC* en cuanto al análisis de sus factores para determinar la ausencia de conmutatividad. Es decir, el estándar de la nueva figura introducida tiene como principal antecedente una fuente de *soft law* europeo. El comentario oficial de 1994 de los *PICC* consideraba fundamental la desproporción entre las prestaciones de un contrato si la misma superaba el 50% del valor. Sin embargo, después de 10 años, el nuevo comentario oficial expresa que la alteración fundamental del equilibrio en el contrato depende de las circunstancias de cada caso, abandonándose así el estándar objetivo anterior⁶.

La Corte Suprema de Justicia ha dictado que “no siempre lo libremente convenido es lo justo”⁷; y en referencia al precepto del C.C. de que “los contratos deben ejecutarse de buena fe”⁸, ha dicho que este artículo “confiere al juez la responsabilidad de desempeñar el papel de guardián de equidad de los contratos, y establece pautas de limitación a la autonomía de la voluntad, - entre cuyas limitaciones se halla la ley”⁹.

⁴ Ver. Manrique, Elsa. 2015. “Algunos comentarios a la figura de la lesión en el nuevo Código Unificado”, *Revista IN IURE, Ciencias jurídicas y notariales*. Año 5: volumen 2. Páginas 29-45

⁵ *Ibid.*

⁶ Ver. Vogenauer, Stefan. “Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)”, Oxford University Press. 2009. Página 452.

⁷ Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 204, publicada en el Registro Oficial No. 364 de 9 de julio de 2001.

⁸ Código Civil. Artículo 1562.

⁹ Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 204.

El legislador ecuatoriano comparte, junto a Rivera, el pensamiento de Flour y Aubert, en tanto considera que la conmutatividad de las prestaciones debe ser un principio superior al de libertad contractual, sin embargo discrepa en cuanto a que la única forma de consolidarlo sea mediante la lesión objetiva, justificando así la incorporación de la prestación irrisoria en nuestro sistema¹⁰.

La prestación irrisoria guarda armonía con el ordenamiento jurídico, pues el Código Civil (C.C.) prescribe que ningún contrato puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo de las partes o por causas legales¹¹. El artículo 217 del C.Co. prescribe el régimen de la prestación irrisoria como una causa legal, constituyéndose así una nueva excepción al *pacta sunt servanda*. Para comprender su régimen procedemos a estudiar los distintos tipos de contratos en los que resulta aplicable.

2. Clasificación de los contratos.

El C.Co., en su artículo 217, prescribe que el juez debe considerar, entre otros factores, “la naturaleza y fin” del contrato para aplicar la prestación irrisoria a un caso concreto. Dicha figura actúa en determinado tipo de contratos cuando la equivalencia entre las prestaciones ha sido quebrantada por estados de debilidad, desproporción entre las prestaciones y/o el conocimiento. Es por ello que recurrir a la clasificación de los contratos nos permitirá comprender en qué supuesto podría demandársela. A continuación abordaremos los (2.1) contratos unilaterales/bilaterales y gratuitos/onerosos; los (2.2.) contratos aleatorios y conmutativos; y el (2.3.) alcance de la prestación irrisoria.

2.1. Contratos unilaterales/bilaterales y gratuitos/onerosos

En cuanto a la clasificación de los negocios jurídicos, se utilizará como referencia la doctrina alemana del siglo XIX la cual mira al negocio jurídico como una “manifestación de voluntad encaminada a producir consecuencias jurídicas”¹², diferenciándola de los actos y hechos jurídicos.

¹⁰ Ver. Rivera Farber, Octavio. 1993. “La lesión en los contratos civiles”. Revista de Derecho Notarial Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, núm. 103. Página 181.

¹¹ Accatino, Daniela. 2015. “La teoría clásica del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial”. *Revista chilena de derecho*. Vol.42 no.1. Código Civil. Artículo 1561.

¹² Castañeda, Jorge Eugenio. 1972. “Negocio Jurídico”. *Instituto Pacífico: Revista de Derecho y Ciencias Políticas del Perú*. Página 37. .

Castañeda explica que a pesar de que en la legislación peruana no existe la denominación de “negocio jurídico”, resulta evidente que queda comprendido en el concepto de acto jurídico. Lo mismo sucede con nuestro Código Civil al apegarnos a la doctrina alemana.

Al ser los contratos mercantiles negocios jurídicos bilaterales que crean obligaciones¹³ y constituir el presupuesto de la prestación irrisoria, debemos referirnos a su clasificación. Los contratos se clasifican en unilaterales o bilaterales, en tanto creen obligaciones solo para una de las partes o para las dos, respectivamente¹⁴; clasificación semejante a otra que el mismo C.C. propone: los contratos pueden ser gratuitos u onerosos, siendo los primeros los que “sólo tiene[n] por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra gravamen”¹⁵ y los segundos, “tiene[n] por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”¹⁶.

En el sistema ecuatoriano las clasificaciones entre contratos unilaterales/bilaterales y onerosos/gratuitos vienen a ser muy similares pues la onerosidad se mide por el peso del negocio en el patrimonio de la persona, distinguiéndose de la gratuidad por el elemento objetivo del precio¹⁷, aunque otros autores se apegan al elemento subjetivo de utilidad¹⁸. Sin embargo, existen contratos unilaterales onerosos, como el mutuo con interés, lo que diferencia y brinda autonomía a cada clasificación. Cuando existe una obligación y un gravamen que recaen únicamente en una de las partes estamos frente a un contrato unilateral/gratuito, más si existen obligaciones y gravámenes para las dos partes será bilateral/oneroso. La prestación irrisoria es aplicable a contratos mercantiles en los que ambas prestaciones deban ser correlativas¹⁹, por ende, su supuesto trabaja en contratos bilaterales; del mismo modo, resulta aplicable ante contratos mercantiles onerosos, en tanto requiere de ausencia de conmutatividad entre las prestaciones. Dado que, como veremos más adelante, salvo el contrato de seguros, la prestación irrisoria resulta aplicable solo ante contratos mercantiles bilaterales onerosos es menester continuar con la clasificación de los contratos onerosos en aleatorios y conmutativos.

¹³ Código Civil. Artículo 1454.

¹⁴ *Ibid.* Artículo 1455

¹⁵ *Ibid.* Artículo 1456

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ver.* Leitaó, Francisca. 2015. “Los conceptos de onerosidad y gratuidad en el Código Civil Chileno”. *Revista de Derecho Valparaíso*: Chile. Vol. XLV: 85-98.

Francisca hace una referencia a la onerosidad tomando el criterio de Guzmán Brito en su ensayo “De las donaciones entre vivos, conceptos y tipos”.

Guzmán Brito, A. Est., sobre legados., cit. (n. 21), pp. 28-43; El Mismo, De las donaciones entre vivos, conceptos y tipos (cit. (n. 3), pp. 41-42

¹⁸ *Ver.* Abeliuk, René et al. 2005. “Tratado de derecho civil”. Páginas 25, 27 y 78.

¹⁹ Código de Comercio. Artículo 217.

2.1. Contratos aleatorios y conmutativos

Los contratos onerosos se clasifican en aleatorios y conmutativos conforme nuestro C.C. En los primeros, una de las prestaciones se encuentra determinada mientras que la otra está por determinarse pues se encuentra sujeta al *alea*, sin existir equivalencia como requisito²⁰. Los contratos aleatorios tienen como equivalencia “una contingencia incierta de ganancia o pérdida”²¹, sin embargo algo es equivalente cuando es “[d]e similar valor o efecto”²², y claramente una contingencia no puede ser considerada de similar valor o efecto dado que aún ni siquiera ha sido determinada, salvo en su *exceptio probat regulam*.

Rosa Barceló critica esta clasificación afirmando que la aleatoriedad puede estar presente tanto en contratos conmutativos como aleatorios, de tal forma que podría verificarse lesión en ambos. Afirma que la aleatoriedad puede no centrarse exclusivamente en la “existencia física o jurídica, sino también en la existencia de determinadas condiciones, fundamentalmente jurídicas, que influyen en su determinación y respecto de las cuales descansa la especificación del precio”²³. Por lo que, si en una prestación de contingencia existe la posibilidad de valorar el riesgo y la proporcionalidad, podría llegar a ser determinable, y por ende estudiarse su equivalencia, abriendo la puerta a la posibilidad de la existencia de lesión²⁴; ampliando por excepción el campo de aplicación de la prestación irrisoria a los contratos mercantiles aleatorios²⁵.

Por otro lado, los contratos onerosos son conmutativos cuando, además de tener prestaciones determinadas, se miran como equivalentes entre sí²⁶. Además, la justicia conmutativa demanda una equivalencia de las prestaciones en los contratos onerosos, también conocida como sinalagma contractual²⁷. El mismo puede quebrantarse en diferentes momentos, y esta distinción, al ser de gran relevancia, nos conduce a analizarla para determinar en cuál debe enfocarse la prestación irrisoria.

²⁰ Código Civil. Artículo 2163.

²¹ *Ibid.* Artículo 1457

²² Diccionario panhispánico del español jurídico. 2020. Última fecha de acceso: 28 de septiembre de 2020. <https://dpej.rae.es/lema/equivalente>

²³ Barceló Compte, Rosa. 2018. “Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato”. *Universitat de Barcelona Facultat de Dret: Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política*. Páginas 152-155

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Código Civil. Artículo 1457.

²⁷ *Ver.* Barceló Compte, Rosa. Página 97.

2.1.1. Sinalagma genético y funcional

Para comprender la aplicabilidad de la prestación irrisoria es imprescindible entender que el equilibrio se puede quebrantar al momento de la celebración del contrato o durante su ejecución. Entonces tenemos por un lado la teoría del sinalagma genético²⁸, que se refiere al equilibrio al momento de contratar y, por otro, la del sinalagma funcional²⁹, que se refiere al equilibrio durante la ejecución de las prestaciones.

La teoría del sinalagma genético tiene un enfoque estático, en tanto exige que al momento de celebrar el contrato las obligaciones sean recíprocas. Carranza identifica el quebrantamiento del sinalagma genético en el momento mismo del nacimiento del contrato, “nunca después, pues si lo contrario fuera, estaríamos ante la presencia de la excesiva onerosidad – o Hardship- la cual es producida por sucesos que aparecen con posterioridad al acuerdo”³⁰.

La teoría del sinalagma funcional es de naturaleza dinámica, “pues se verifica durante la ejecución del contrato”³¹, por lo que “habrá que ver qué suerte corre la relación jurídica cuando una de las obligaciones se ve afectada por un hecho sobreviniente a su nacimiento”³². El equilibrio funcional, según Félix Chamie, se quebranta “si la causa del contrato desaparece como consecuencia de un evento posterior a su génesis, requiriendo así la tutela al contratante frente a un riesgo imprevisto de alteración del valor de la prestación”³³.

En nuestro sistema la teoría del sinalagma genético se expresa en la figura de lesión enorme cuando el C.C. prescribe que “el justo precio se refiere al tiempo del contrato”³⁴, es decir, al momento de la celebración.

²⁸ Ver. Rodríguez Rosado, Bruno. 2013. “Resolución y sinalagma contractual”. *Revista chilena de derecho privado*. No.24. Marcial Pons. Página 329. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722015000100014

²⁹ *Ibid.* Página 11.

³⁰ Carranza Álvarez, César. 2004. *International Law: Revista Colombiana de derecho internacional*. “Apuntes sobre la excesiva desproporción”. Página 22.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ Félix Chamie, José. 2012. “El principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual”. *Revista de Derecho Privado*: 219-276.

³⁴ Código Civil. Artículo 1829.

La teoría del sinalagma funcional se ve reflejada en la “cláusula tácita inherente a todo contrato de larga duración: [...] *rebus sic stantibus*”³⁵, puesto que permite “(...) la modificación o resolución judicial de un contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias que se tomaron en cuenta en el momento de su celebración”³⁶. A pesar de que dicha cláusula no está reconocida por nuestra legislación, las partes podrían pactarla de acuerdo al principio de autonomía de la voluntad³⁷.

En el caso de la prestación irrisoria, el juez debe estudiar si existe una afectación al sinalagma genético y no al funcional, pues el aprovechamiento injustificado versa sobre una circunstancia pre existente a la celebración del contrato. El C.Co. es claro en cuanto a que la prestación irrisoria puede darse en “la totalidad del contrato o una o más de sus cláusulas”³⁸, es decir, el momento a estudiar es en el que se pactan los términos del contrato. Del mismo modo, los remedios propuestos se enfocan en la nulidad del contrato o cláusula, la resolución del contrato o la adaptabilidad de los términos, indicándonos que el vicio existió al momento de la celebración.

Si la prestación pierde la conmutatividad durante la ejecución del contrato, la normativa aplicable sería la referente a la de caso fortuito o fuerza mayor³⁹; o a la de la cláusula *rebus sic stantibus*; o incluso podríamos hablar de la teoría de frustración, dependiendo de cada caso, mas no de la figura de prestación irrisoria. De esta manera, después de comprender el momento en el que la conmutatividad debe estudiarse en la presente figura, procedemos a analizar su alcance.

2.2. Alcance de la prestación irrisoria

La prestación irrisoria actúa cuando se rompe el equilibrio entre las prestaciones del contrato. Sin embargo existe otra figura que puede aplicar en el mismo presupuesto: la lesión enorme. Para comprender la distinción entre ambas figuras se estudia el alcance de cada una.

³⁵ Jurisprudencia de Tercera Instancia de la Gaceta Judicial. Año LXXXII. Serie XIII, No. 13 pág. 3077 de 11 de noviembre de 1981.

³⁶ Gallegos, Juan Carlos. 2020. “Caso fortuito, fuerza mayor y cláusula *Rebus sic Stantibus* en incumplimiento de contratos por causa del COVID-19”. *Gallegos Valdivieso y Neira*. (Último acceso el 24 de septiembre de 2020). [https://gvn.com.ec/2020/03/24/fuerza-mayor-covid/#:~:text=En%20cuanto%20a%20la%20cl%C3%A1usula,que%3A%20a\)%20esas%20nuevas%20circunstancias](https://gvn.com.ec/2020/03/24/fuerza-mayor-covid/#:~:text=En%20cuanto%20a%20la%20cl%C3%A1usula,que%3A%20a)%20esas%20nuevas%20circunstancias)

³⁷ Constitución del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 66.16.

³⁸ Código de Comercio. Artículo 217.

³⁹ *Ibid.* Artículo 30.

La lesión enorme se encuentra prescrita en el Título XXII “De la compraventa”⁴⁰ del C.C. y por remisión expresa del C.Co.⁴¹, a diferencia de la prestación irrisoria que rige para todas las obligaciones y contratos mercantiles⁴². La lesión enorme no puede ser aplicada en “*ventas de bienes muebles, ni en las que se hubieren hecho por ministerio de la justicia*”⁴³ y el C.Co. prescribe que “*las obligaciones mercantiles no se rescinden por lesión*”⁴⁴, con excepción de la venta de bienes inmuebles, prohibiciones ausentes en el régimen de la prestación irrisoria.

Una vez evidenciado que la prestación irrisoria aplica a cualquier contrato mercantil, debemos determinar si procede ante contratos que versan sobre bienes muebles o inmuebles. Para ello recurriremos a la clasificación de los objetos, prescrita en el artículo 584 del C.C. y ampliada por Parraguez en base al primer criterio de Clemente de Diego: viendo a los bienes “aisladamente considerados”⁴⁵. Observamos que la prestación irrisoria aplica tanto a contratos mercantiles que versan sobre bienes muebles como inmuebles, puesto que no hay prohibición expresa para su aplicación, cabiendo perfectamente en ambos supuestos⁴⁶. Sin embargo, se considera que la prestación irrisoria no debería actuar en una compraventa comercial de bienes inmuebles, puesto que ya existe una figura exclusiva en el régimen comercial que, conforme el artículo 373 del C.Co.⁴⁷, protege a la compraventa mercantil inmobiliaria. El hecho de aceptar la doble protección muy probablemente provocaría inseguridad jurídica al medir una misma situación con dos varas distintas, además de que el principio de autonomía de la voluntad no puede ser fundamento para aplicar una regla de orden público extensivamente. El ordenamiento jurídico debe ser armónico, y no puede leerse un artículo de forma aislada, pues de acuerdo con los criterios de interpretación

⁴⁰ Código Civil. Libro IV, Título XXII.

⁴¹ Código de Comercio. Artículo 311.

⁴² Código de Comercio. Capítulo Quinto, Libro Cuarto.

⁴³ Código Civil. Artículo 1829.

⁴⁴ Código de Comercio. Artículo 311.

⁴⁵ Parraguéz Ruíz, Luis. 2015. “El régimen jurídico de los bienes”. *Iuris Dictio*. Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito. Página 56.

⁴⁶ Ver. Núñez, María Gabriela. 2018. “Trabajo de Titulación: Las limitaciones a la Autonomía de la Voluntad”. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas. Página 5. 31 de agosto de 2018.

Constitución del Ecuador. Artículo 66.16.

⁴⁷ Código de Comercio. Artículo 373.

del C.C., norma supletoria al C.Co.⁴⁸, “el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”⁴⁹, de tal forma que “[l]os pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”. Al versar sobre el mismo asunto y de acuerdo a los criterios enunciados, se ilustra el sentido del artículo 217 del C.Co., concluyendo que su aplicación queda restringida a los contratos mercantiles bilaterales onerosos, excepto el de compraventa inmobiliaria. El C.Co. tiene sus propias normas de interpretación de los contratos, sin embargo, su artículo 216 prescribe que “los principios y reglas generales del derecho civil [...] son aplicables a los actos y contratos mercantiles [...]”, remitiéndonos directamente al C.C. para comprender la naturaleza de la prestación irrisoria.

Ante esto nos surge la duda: ¿Por qué el legislador ha decidido crear una nueva protección para contratos mercantiles y no lo ha hecho para con los civiles? Ese es otro tema que debe ser analizado y reformado, o al menos justificado.

El C.Co. regula la prestación irrisoria en relación a “las obligaciones y contratos mercantiles en general”, excluyendo tácitamente a los contratos civiles, del mismo modo la prestación irrisoria no está regulada en el C.C.; constituyendo una figura exclusiva y única para el derecho comercial, abarcando contratos como el de compraventa mobiliaria, distribución, arrendamiento comercial e incluso contratos innominados⁵⁰.

El C.Co. hace referencia a la existencia de la prestación irrisoria en cuanto al monto del contrato⁵¹. Cabe preguntarse: ¿a qué se refiere el legislador cuando se habla de monto? Existen dos tesis al respecto: (1) considerar al monto de forma restrictiva como “precio”; o (2) considerar al monto de forma extensiva como “prestación”. Se considera que conforme al Código Orgánico de la Función Judicial⁵² y el C.C.⁵³ debe darse una interpretación extensiva al término “monto”, entendiéndolo como prestación. Reflejaría desconocimiento del sistema legal ecuatoriano realizar

⁴⁸ Código de Comercio. Artículo 216: “Los principios y reglas generales del derecho civil, referentes a las obligaciones y los contratos, su formación, perfeccionamiento, formas de extinguir, entre otros, son aplicables a los actos y contratos mercantiles, en todo en cuanto no se opongan a lo prescrito en el presente Código”.

⁴⁹ Código Civil. Artículo 18.4.

⁵⁰ Ibid. Artículo 295.

⁵¹ Ibid. Artículo 217.

⁵² Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 28.

⁵³ Código Civil. Artículo 18.

la interpretación restrictiva de la palabra monto como si se refiriera únicamente al precio, pues es elemento esencial de determinados contratos como el de compraventa. Con una interpretación restrictiva no podría existir prestación irrisoria en contratos como la permuta, cayendo en contradicción con el C.C. en cuanto “[l]as disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permuta en todo lo que no se opongan a la naturaleza de este contrato”⁵⁴. Recordemos que la intención del legislador ha sido que sea aplicable a cualquier tipo de contrato mercantil y no solo a aquellos que tienen como elemento esencial el precio, de acuerdo al título del libro del C.Co. que la regula.

De forma análoga y excepcional, en relación a la lesión enorme, la jurisprudencia y la ley han extendido su aplicación a varios casos más como el contrato de permuta⁵⁵, la figura de cláusula penal⁵⁶ y situaciones jurídicas como la aceptación de una herencia⁵⁷ y la partición de bienes⁵⁸.

Por lo tanto, interpretar la palabra monto como referencia única al precio del contrato va contra la intención del legislador y la armonía con el resto del ordenamiento jurídico⁵⁹. *Ergo*, la prestación irrisoria es aplicable a cualquier tipo de contrato mercantil, excepto la compraventa inmobiliaria. Una vez que comprendemos el alcance de la prestación irrisoria procedemos a analizarla ausencia de conmutatividad.

3. La ausencia de conmutatividad.

En la presente sección abordaremos, (3.1) la ausencia de conmutatividad en otras jurisdicciones y (3.2) la ausencia de conmutatividad en la prestación irrisoria del Ecuador.

3.1. Ausencia de conmutatividad en otras jurisdicciones

3.1.1. La lesión en Latinoamérica y Europa

En Perú, la conmutatividad es tratada mediante la acción rescisoria por lesión, la cual procede cuando se cumple con dos elementos: uno objetivo cuantificado, consistente en una desproporción de las prestaciones al momento de contratar “mayor a las 2/5 partes”⁶⁰, y el subjetivo, en “que tal

⁵⁴ *Ibid.* Artículo 1840.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.* Artículo 1560.

⁵⁷ *Ibid.* Artículo 1257.

⁵⁸ *Ibid.* Artículo 1364.

⁵⁹ *Ibid.* Artículo 18.4.

⁶⁰ Código Civil de Perú. Artículo 1447. 1984. Decreto Legislativo No. 295.

desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro”⁶¹.

En Bolivia, el estándar propuesto por el legislador consiste en dos elementos semejantes a los de Perú:

“[1]manifiestamente desproporcionada la diferencia entre la prestación de dicha parte y la contraprestación de la otra (...) la acción rescisoria sólo será admisible si la lesión excede a la mitad del valor de la prestación ejecutada o prometida, [2] siempre que resultare de haberse explotado las necesidades apremiantes, la ligereza o la ignorancia de la parte perjudicada”⁶².

En México, Devoto asegura que es de naturaleza mixta⁶³, pues se requiere un elemento objetivo no cuantificado y un subjetivo, los mismos que serán determinados bajo la sana crítica del juzgador. El estándar mexicano prescribe como estándar de la lesión dos elementos: (1) “cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo” y (2) “que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga”⁶⁴.

En Paraguay sucede lo mismo que en México, el elemento objetivo no se encuentra cuantificado, y el subjetivo conserva el elemento de inexperiencia, pero reemplaza la ignorancia y miseria por necesidad y ligereza⁶⁵.

En Argentina, su Código Civil se refiere exactamente al mismo elemento subjetivo paraguayo con las mismas ejemplificaciones: inexperiencia y necesidad, pero adiciona la debilidad síquica. Por otro lado, la determinación del elemento objetivo queda a libertad del juzgador al no encontrarse cuantificado⁶⁶.

En Colombia, la figura de lesión prescrita en su Código Civil cumple con un estándar idéntico al de lesión enorme en Ecuador⁶⁷, sin embargo en su Código de Comercio encontramos una figura, distinta a la lesión clásica, reflejada en el presente apartado: “cuando la prestación de una de las

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² Código Civil de Bolivia. Artículo 561. 1975. Decreto Legislativo 12760.

⁶³ *Ver.* Devoto, Carolina. S.f. “Lesión Enorme Legislación Comparada”. Universidad Gabriela Mistral. Santiago de Chile. Página 16.

⁶⁴ Código Civil Federal de México. Artículo 17. 1928. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.

⁶⁵ Código Civil de Paraguay. Artículo 671. 1985. Ley No. 1183/85.

⁶⁶ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Artículo 332. 2014. Ley 26.994. Decreto 1795/2014.

⁶⁷ Código Civil de Colombia. Artículos 1946 y 1947. 1887. Ley 57.

partes sea irrisoria, no habrá contrato conmutativo”⁶⁸. Esta nueva figura no ha tenido gran desarrollo, en tanto el código colombiano solamente menciona que “el precio irrisorio se tendrá por no pactado”⁶⁹. Esta figura lleva la misma denominación que la ecuatoriana, y se asemejan en cuanto “la excesiva desproporción no existe en el derecho colombiano como vicio de validez del contrato; sin embargo, existe similitud con la figura de la lesión enorme, con la prestación irrisoria y con el imprevisto económico”⁷⁰, como vicios de validez. Su jurisprudencia ha llegado a identificar la “falta de seriedad”⁷¹ del precio de la compraventa como elemento de lo que vendría a ser un precio irrisorio. Así mismo, su Corte Suprema de Justicia analiza el estatuto mercantil y afirma que si el precio irrisorio se tiene por no pactado⁷², al ser este un elemento esencial de la compraventa⁷³ no existiría tal contrato⁷⁴. Valentina Candamil rescata dos elementos para identificar un precio irrisorio en Colombia: (1) Cuando el mismo “aparece a simple vista como ridículo”⁷⁵, por ejemplo, cuando “el precio del bien ni siquiera alcanza el costo de fabricación o de importación del producto”; y (2) que haya una manifiesta desproporción en las obligaciones de las partes. Así mismo la jurista reconoce que “el precio irrisorio en las relaciones de consumo no se puede determinar de forma objetiva, como si sucede con la lesión enorme” siendo “necesario que el juez determine que en el caso particular existe una desproporción de las obligaciones y que dicho precio resulte ridículo a simple vista”⁷⁶.

En Alemania, su *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) prescribe como elementos de la lesión: (1) explotar “la desgracia, la ligereza o inexperiencia de otro” obteniendo “para él o para un tercero

⁶⁸ Código de Comercio de Colombia. Artículo 872. 1971. Decreto No. 410. Diario Oficial No. 33.339.

⁶⁹ *Ibid.* Artículo 920.

⁷⁰ Pérez, Yaneth. Universidad de la Sabana. 2007. “Análisis económico de los vicios del consentimiento en el Régimen Colombiano y en los principios sobre los contratos comerciales internacionales UNIDROIT”. Chía, Cundinamarca, Colombia. DIKAION, Página 188. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6497/1/T2792-MDEM-Urquizo-La%20problematica.pdf>

⁷¹ *Ibid.* Página 13

⁷² Código de Comercio de Colombia. Artículo 920.

⁷³ *Ibid.* Artículo 828 y 905.

⁷⁴ *Ver.* Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, Colombia, SC4428-2018; 12/10/2018), Radicación n 11001-31-03-0005-2004-00076-01

⁷⁵ Pérez Vives, Álvaro. “Compraventa y Permuta en Derecho Colombiano”. Editorial: Universidad Nacional de Colombia. Sección de extensión cultural. Bogotá. 1951. Página: 144. 13

⁷⁶ Candamil Buriticá, Valentina. 2016. “Abuso del derecho por parte del consumidor, ante situaciones donde el precio publicado es irrisorio”. Pontificia Universidad Javierana de Cali, Colombia. Página 14.

(...) ventajas patrimoniales que excedan de tal modo el valor de la prestación”⁷⁷ (2) desproporción notable. En tanto el elemento subjetivo adiciona como ejemplificación “la desgracia”, el elemento objetivo tampoco se encuentra cuantificado.

En Italia, su C.C. prescribe un estándar con el elemento objetivo cuantificado idéntico al boliviano, y en cuanto a su elemento subjetivo ejemplifica el “estado de necesidad”⁷⁸ como una de las circunstancias para tomar ventaja. Sin embargo, su legislación identifica un elemento clave que otras no lo hacen cuando prescribe el *contratto concluso in istato di pericolo*: en él identifica que existe lesión cuando se contrata asumiendo obligaciones injustas, debido al estado de necesidad, *nota alla controparte*, es decir, siendo estas conocidas por la contraparte⁷⁹.

En España y Francia, el estándar propuesto por su C.C. es de naturaleza objetiva y solo requiere un elemento para identificar la existencia de lesión: sufrir lesión “en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos”⁸⁰, y resultar lesionado “en más de siete doceavas partes en el precio de un inmueble”⁸¹, respectivamente.

Con todo lo anterior, podemos afirmar que el estándar latinoamericano/europeo determina la ausencia de conmutatividad mediante un elemento objetivo de desproporción, cuantificada o no, y, en ciertos casos, uno subjetivo consistente en la verificación del aprovechamiento por la parte beneficiada de circunstancias de la parte perjudicada.

3.1.2. La Unconscionability Doctrine y la Bargaining Power Doctrine

En los EUA la doctrina de lo inconcebible se encuentra prescrita en la Sección §2-302 del *Uniform Commerce Code (UCC)* y reconocida en la opinión mayoritaria reflejada en la sección §208 del *Restatement (Second) of Contracts (RSC)*⁸². Paul Bennet proporciona la definición al citar el caso inglés de *Earl of Chseterfield v. Janssen*, afirmando que esta doctrina era aplicable a “contratos que, por un lado, ningún hombre en todos sus sentidos y sin engaño alguno celebraría, y por otro; ningún hombre honesto y justo aceptaría”⁸³. Desde la perspectiva judicial, esta doctrina

⁷⁷ Código Civil de Alemania. Artículo 138. 1900.

⁷⁸ Código Civil de Italia. Artículo 1448. 1942.

⁷⁹ *Ibid.* Artículo 1447.

⁸⁰ Código Civil de España. Artículo 1291. 1889.

⁸¹ Código Civil de Francia. Artículo 1674. 1804.

⁸² Restatement (Second) of Contracts 1981. Section 208 “Unconscionable term or clause”.

⁸³ *Earl of Chesterfield v. Janssen*, 28 Eng. Rep. 82, 100 (Ch. 1750)

se refiere a que un contrato puede abandonar el principio del *pacta sunt servanda* (en el caso americano el supuesto escaparía del *Statute of Frauds*⁸⁴), perdiendo su fuerza de ley para las partes, si hacerlo efectivo resultara inconcebible ante la conciencia de la corte⁸⁵.

El *UCC* prescribe que cuando un contrato o una cláusula resulten inconcebibles al parecer del juzgador, este deberá ofrecer una oportunidad razonable para que las partes presenten evidencia al respecto antes de tomar una decisión final⁸⁶. El *RSC* prescribe que la doctrina estudia el rompimiento del sinalagma genético (“*at the time the contract is made*”⁸⁷) y propone los remedios que el juzgador podría emplear junto a un test a realizarse para determinar la ausencia de conmutatividad.

Dicha opinión sostiene que para proceder a aplicar la doctrina de lo inconcebible deben existir tanto elementos sustantivos como procedimentales de lo “inconcebible”⁸⁸ y junto al caso *Williams v. Walker Thomas Furniture Co.*⁸⁹ propone un *Test*. Los elementos sustantivos son los que “configuran el instituto lesivo a diferencia de los requisitos procesales, que hacen a los recaudos, forma y manera de poder esgrimir, meritar y reajustar o en su caso anular, en sede judicial dicho acto”⁹⁰. Los mismos vienen determinados por la “noción de beneficio excesivo que acaba por traducirse en un desequilibrio notorio entre las prestaciones de las partes”⁹¹, mientras que los elementos procedimentales se resumen en el estado potencial de debilidad de la parte perjudicada⁹².

En lo “inconcebible” procedimental se propone que se estudien elementos como la existencia de una falta de elección significativa o ausencia total en una de las partes al momento de celebrar el contrato, poder de negociación exorbitante, desigualdad exorbitante entre las partes,

Bennet Marrow, Paul, Contractual Unconscionability: Identifying and Understanding Its Potential Elements, February 2000, Journal, University of Columbia.

⁸⁴ Ver. U.C.C., Statute of Frauds, §2-201. Formal Requirements.

⁸⁵ Ver. Charles L. Knapp et al. *Problems in Contracts Law*, Chapter 7: Avoiding Enforcement, Page 623. N.d. . Published by Wolters Kluwer in New York. (traducción no oficial)

⁸⁶ U.C.C., Statute of Frauds, §2-302. Unconscionable contract or Clause.

⁸⁷ Restatement (Second) of Contracts. Sections 208.

⁸⁸ *Substantive and Procedural Unconscionability* (traducción no oficial)

⁸⁹ Ver. *Williams v. Walker Thomas Furniture, Co.* 350 F.2d 445, (D.C. Cir. 1965).

⁹⁰ Miguel Julio Rodríguez Villafañe. S.f. “El instituto de la lesión en el Derecho argentino”. *Revista Notarial* N° 825. Año 81. Páginas 207 a 222. La Plata.

⁹¹ Barceló Compte, Rosa. Página 95.

⁹² *Ibid.* Página 92-97.

la forma en la que las partes brindaron su consentimiento y los procesos alrededor de su formación⁹³. Así mismo, la jurisprudencia menciona que los elementos clave para identificar lo “inconcebible” son muestras de opresión o sorpresa⁹⁴.

Por otro lado, para identificar lo “inconcebible” sustantivo, el *test* propone estudiar los términos del contrato y ver si se encontraban irrazonablemente en favor de la otra parte. El *case law* también propone otros factores a considerar: saber si el vendedor creía o conocía que su comprador muy probablemente no iba a poder cumplir con la obligación, falta de educación, el uso constante de esa forma de contratación por la parte beneficiada, el uso de términos incomprensibles y más⁹⁵. Los jueces americanos han llegado incluso a aplicar la doctrina a un contrato con cláusula arbitral mediante el *test* antes referido⁹⁶, encontrando elementos de sorpresa contra la parte perjudicada y evidenciando términos parcializados debido al lenguaje utilizado.

Por otro lado, y siguiendo la misma corriente, la *Bargaining Power Doctrine* del Reino Unido, conocida también como la doctrina del poder de negociación, presenta factores para determinar la ausencia de conmutatividad. Esta doctrina no se encuentra reconocida como tal en la legislación británica, mas sí podemos ver expresiones de la misma en su *Unfair Contract Terms Act* (UCTA) de 1977, donde el poder de negociación de las partes es un factor relevante a ser considerado por las cortes en determinados casos⁹⁷.

En su *case law*, en el caso *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd*, Lord Wilberforce decidió que las partes en el contrato son libres de distribuir el riesgo como les parezca y extendió este pensamiento como la intención del Parlamento en cuanto al UCTA. Sin embargo, en el caso de *George Mitchell Ltd v. Finney Lock Seeds Ltd* la *House of Lords* decidieron que aunque por lo general las partes en un contrato de comercio estén en pie de igualdad, el punto del

⁹³ *Ibid.* (traducción no oficial) *The court can study if there was enough time for the parties to think about it or to consult with an attorney, if the contract was signed in a neutral place or somewhere else, see why it was signed there.* La opinión *Williams v. Walker Thomas Furniture Co.* da más ejemplos en cuanto a cómo examinar los procesos utilizados durante la formación del contrato.

⁹⁴ *Ver.* *A & M Produce Co. v. FMC Corp.* 135 Cal. App. 3d 473, 486 {186 Cal. Rptr. 114, 38 A.L.R.4th 1} (1982)

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ver.* *Higgins v. Superior Court of Los Angeles County.* 140 Cal. App. 4th 1238 {45 Cal. Rptr. 3d 293} (2006)

⁹⁷ *Ver.* Siti Aliza Alias and Zuhairah Ariff Abdul Ghadas. “Inequality of Bargaining Power and the Doctrine of Unconscionability: Towards Substantive Fairness in Commercial Contracts”. *Australian Journal of Basic and Applied Sciences*, 6(11): 331-341, 2012 (traducción no oficial)

UCTA es verificar el poder de negociación en cada caso particular. Así mismo Lord Diplock⁹⁸ se refirió a la doctrina trazando una distinción entre los casos en los que el poder de negociación es bastante equitativo entre las partes y en los cuales el contrato ha sido negociado con términos parcializados de tal forma que fueron dictados por una de las partes en las que su poder de negociación les permite decir “tómalo o déjalo”⁹⁹.

Existen corrientes que afirman que esta doctrina está reconocida de forma general para todos los casos correspondientes con la materia, y se apoyan en varios casos resueltos por la *House of Lords*¹⁰⁰, sin embargo esta opinión tiene menos peso que el verídico y actual reconocimiento de la doctrina de lo inconcebible por EUA, en tanto la misma está prescrita en el UCC, instrumento vinculante utilizado por todos los estados. Así mismo el *common law* británico no ha construido un estándar jurisprudencial como sí lo ha hecho el americano, sin embargo el primero sí nos indica unas pautas de qué elementos son importantes para identificar un poder de negociación suficiente como para quebrantar el equilibrio genético que nos interesa en el presente artículo.

Siti y Zuhairah afirman además que Lord Denning, en su resolución del caso *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, formula una excepción a la regla general en la que, según él, el contrato se mantiene mientras no exista ninguna negociación distinta al resultado de la interacción de las fuerzas ordinarias. Su excepción afirma que cuando las partes no han pactado en igualdad de condiciones, y una es demasiado fuerte mientras la otra muy débil, que como cuestión de justicia común, no está bien que la parte fuerte pueda empujar a la débil¹⁰¹.

Finalmente, los *PICC* prescriben la figura de la excesiva desproporción en cuanto al quebrantamiento del equilibrio contractual. Esta figura resulta aplicable cuando al momento de la celebración del contrato, sus cláusulas o el mismo otorga una ventaja excesiva a una de las partes. Así mismo, para determinar esta ausencia de conmutatividad el instrumento propone tomar en cuenta dos factores, entre otros:

⁹⁸ Ver. House of Lords in the case of Schroeder Music Publishing Co Ltd v Macaulay [1974] 1 WLR 1308

⁹⁹ Siti Aliza Alias and Zuhairah Ariff Abdul Ghadas. 331-341. (traducción no oficial)

¹⁰⁰ *Ibid.* Página 332.

¹⁰¹ *Ibid.*

“(a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y (b) la naturaleza y finalidad del contrato”¹⁰².

Estos factores son exactamente iguales a los prescritos por nuestro C.Co.¹⁰³ para la prestación irrisoria, sin embargo resulta curioso que nuestro sistema no haya incorporado esta figura como tal, sino que la denomina de una forma distinta y solo toma como ejemplificación los factores propuestos.

Después de ver cómo se ha desarrollado la ausencia de conmutatividad en otras jurisdicciones es hora de analizarla en la figura de prestación irrisoria de nuestro sistema.

3.2. Ausencia de conmutatividad en la prestación irrisoria en el Ecuador

El legislador ecuatoriano es claro al tipificar la ausencia de conmutatividad al prescribir que cuando la prestación es irrisoria “no habrá contrato conmutativo o de prestaciones correlativas”; *contrario sensu*, en un contrato en el que la equivalencia es parte de su naturaleza y fin, de no ser el mismo “conmutativo o de prestaciones correlativas”¹⁰⁴ por los factores prescritos, estamos ante una prestación irrisoria. Este requisito es claro, concreto y específico. Sin embargo el legislador no es claro, por no decir ausente, en cuanto a cómo determinar que las prestaciones de este tipo de contratos no son conmutativas.

Leyendo el artículo en su conjunto comprendemos que los factores propuestos para identificar la existencia de una prestación irrisoria no son más que pautas para el juzgador al momento de determinar el único y principal requisito de la misma: la ausencia de conmutatividad entre las prestaciones del contrato.

El legislador ha prescrito un estándar de dos factores a considerar para determinar si el supuesto “se trata de una prestación irrisoria”¹⁰⁵: (1) El aprovechamiento injustificado de un estado de debilidad de la parte perjudicada y (2) la naturaleza y finalidad del contrato. Sin embargo estos no

¹⁰² Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. 2010. Artículo 3.2.7. “Excesiva Desproporción”.

¹⁰³ Código de Comercio. Artículo 217.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

son *numerus clausus*, puesto que el artículo coloca el enunciado de apertura “entre otros” en la numeración¹⁰⁶. Se considera que el legislador ha preferido dejar ese trabajo a la jurisprudencia.

El estándar existente en la prestación irrisoria ecuatoriana es idéntico al prescrito en los *PICC* con la figura de la excesiva desproporción. Sin embargo, ambos omiten elementos clave que deben ser también analizados para poder aplicar la figura a un caso determinado. Por lo que, una vez analizadas figuras semejantes a la que se pretende aplicar en Ecuador, procedemos a hacer un análisis comparativo de los elementos que podrían servir a los juzgadores nacionales para identificar los factores durante el proceso de configuración de la prestación irrisoria y así alcanzar el estándar determinado por la ley.

Para comprenderlos nos enfocaremos en el proceso que debe existir para que tenga lugar la prestación irrisoria. Empezando por la configuración del elemento subjetivo mediante el (A) conocimiento, (B) la circunstancia existente y (C) las formas de tomar ventaja de esta circunstancia, y terminando por la configuración del elemento objetivo: (D) la desproporción entre prestaciones.

Se propone la metodología anterior siguiendo el criterio de Rodríguez Villafañe, en la cual se identifica al elemento subjetivo integrado por dos partes constitutivas: los literales B y C propiamente. Así lo identifica el autor afirmando que “Una situación es la ‘Explotación por parte del lesionante de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la víctima’ y otra muy distinta, ‘El estado de necesidad, ligereza o inexperiencia del lesionado’”¹⁰⁷.

3.2.1. Conocimiento

Antes de analizar el primer factor propuesto por nuestro C.Co., es necesario detenernos en el elemento del conocimiento, que tácitamente se encuentra en el estándar de la prestación irrisoria. La única legislación entre Latinoamérica y Europa que recoge de forma expresa el elemento de conocimiento en la figura de lesión es la italiana, pues su C.C. prescribe al elemento subjetivo como la ventaja por aprovechamiento de algún estado de debilidad **conocido** por la contraparte¹⁰⁸. Ahora, para que una de las partes del contrato pueda tomar ventaja de la circunstancia existente,

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ Rodríguez Villafañe, Miguel. Página 4.

¹⁰⁸ Código Civil de Italia. Artículo 1448.

es menester que la conozca. Por lo que ahora nos preguntamos, ¿Qué pasaría si el elemento del conocimiento no está presente?

Empezaremos por el más sencillo supuesto. La parte beneficiada conocía de la existencia de esta circunstancia de debilidad previamente o durante la celebración del contrato, y también sabía que utilizándola adecuadamente a su favor podría tomar ventaja. Una vez que la parte conoce el estado de debilidad y comprende que tiene la posibilidad de tomar ventaja por las mismas, tiene la libertad de elección entre hacerlo o no. Si decide libremente tomar ventaja, el elemento subjetivo de aprovechamiento del estándar de la prestación irrisoria se cumple y el ordenamiento permitirá su aplicación.

Cuando una de las partes conoce la circunstancia y decide tomar ventaja de la misma, se configura el aprovechamiento intencional; o a su vez, si no conocía y toma ventaja, lo hace de forma inintencional. Este aprovechamiento es analizado por varios autores como dolo o culpa, respectivamente. Sin embargo, para comprender el elemento intencional de la prestación irrisoria nos acogemos al criterio de Pizarro:

“sin duda que en los actos lesivos existe dolo del lesionante pero ese dolo, que consiste en el aprovechamiento de la inferioridad en que se encuentra la víctima, no debe confundirse con el dolo vicio de la voluntad”¹⁰⁹

diferenciándose así el aprovechamiento intencional o inintencional, del dolo o culpa que constituyen un vicio del consentimiento.

En México, Rivera yerra al compartir el pensamiento de Flour y Aubert en cuanto mira a la lesión como un vicio del consentimiento, pues junto a Pizarro se considera que en la figura de lesión la parte afectada actúa con “perfecta voluntariedad”¹¹⁰. Lo mismo sucede con los doctrinarios argentinos, pues se encuentran divididos en cuanto a si se requiere dolo como vicio del consentimiento o simplemente la intención genérica de perjudicar en el elemento subjetivo de aprovechamiento. Sin embargo, en nuestro sistema la intención genérica de dañar difiere

¹⁰⁹ Pizarro Gallardo, Claudio. 2016. “Aspectos de la lesión”. Facultad de Derecho de la Universidad de Finis Terrae. Página 10.

X Jornada de derecho civil pág 342 Valparaiso 2014

¹¹⁰ Rivera Farber, Octavio. 1993. Página 181-184.

Ibíd.

totalmente del dolo que vicia el consentimiento, por lo que requerir el último para la configuración de la prestación irrisoria significaría confundir un vicio del consentimiento con una hipótesis de ineficacia, además de brindar a la persona perjudicada dos acciones distintas que acarrearán distintas soluciones en un mismo supuesto¹¹¹. Es por ello que el elemento subjetivo de aprovechamiento en la prestación irrisoria no precisa de dolo como vicio del consentimiento, sino simplemente de la intención genérica de perjudicar o, inclusive, del simple aprovechamiento inintencional.

Por otro lado, Vogenauer expresa su preocupación al reconocer que los *PICC* no requieren que el demandado que obtuvo el beneficio excesivo conozca o haya debido conocer sobre la debilidad del perjudicado, pues algunos demandados podrían tener protección indirecta al alegar que al no tener conocimiento actual o constructivo de la debilidad, su aprovechamiento no es injustificado, y por ende tampoco lo es su beneficio excesivo¹¹².

Nos surge la misma preocupación cuando la parte beneficiada no conocía de la circunstancia de debilidad de su contraparte. ¿El supuesto será una más de las fuerzas ordinarias que rigen normalmente el negocio jurídico en cuestión exista o no ventaja? ¿O, tal vez, el juzgador podrá darle más peso al elemento de desproporción de las prestaciones ante la ausencia de conocimiento y aplicar la figura? ¿Sería la falta de conocimiento una especie de eximente de responsabilidad ante la prestación irrisoria? ¿Qué hacer ante el supuesto de un aprovechamiento inintencional? ¿Podría el juzgador introducir un “deber de conocer” en determinados casos? ¿El aprovechamiento inconsciente estaría justificado?

Es por todo lo anterior que el factor de conocimiento del estado de debilidad que llevó a contratar a la parte afectada debe ser un elemento a considerar por el juzgador en la prestación irrisoria, pues su forma de analizar el mismo podría llevar a distintos resultados.

3.2.2. Estados de debilidad

El primer factor prescrito por nuestro C.Co. se compone tanto por el aprovechamiento, como por la circunstancia objeto del aprovechamiento, traducida en los estados de debilidad. El C.Co. los ejemplifica los como la única circunstancia de la que la parte beneficiada se aprovecha

¹¹¹Ver. Papayannis, Diego Martín. 2005. “La lesión subjetiva-objetiva en el derecho argentino”. Instituto investigaciones jurídicas de la UNAM. Página 97.

¹¹²Ver. Vogenauer, Stefan. Página 453 y 454. (traducción no oficial)

injustificadamente. Sin embargo, mediante el análisis comparado con otras jurisdicciones identificamos que hay más circunstancias de las que la parte beneficiada podría aprovecharse y que existen más estados de debilidad que los prescritos por el C.Co.

En conexión con lo anterior, nuestro C.Co. prescribe que “entre otros”, deben tomarse en consideración factores como los estados de debilidad, sin embargo no es claro si dicho enunciado hace referencia a otros estados de debilidad aparte de los prescritos. De esta manera nos encontramos frente a dos tesis: por un lado habrá quien interprete de forma restrictiva el enunciado considerando que los estados de debilidad son únicamente los prescritos; y por otro, hay quienes consideramos que dicho enunciado debe ser interpretado de forma extensiva, incluyendo otros estados de debilidad no prescritos en el literal a) del artículo 217.

En Argentina la interpretación ha sido bastante restringida en cuanto afirman que “la enumeración de los posibles estados de la víctima del acto lesivo hecha por el artículo 954, es taxativa y no indicativa (...)”¹¹³, y con justa razón, pues su código no prescribe el enunciado de apertura “entre otros”, como sí lo hace el nuestro. Sin embargo, según Papayannis, los fallos jurisprudenciales enunciados más adelante reflejan una situación distinta, pues la interpretación de los mismos ha sido tan amplia que se ha llegado a considerar distintos estados de debilidad dentro de los tres prescritos en la legislación argentina¹¹⁴.

Con esta interpretación extensiva damos inicio al análisis de la primera circunstancia identificada por nuestro C.Co.: el estado de debilidad, ejemplificado como “dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación”¹¹⁵. Otras jurisdicciones presentan estados de debilidad no prescritos en nuestro C.Co., pero que se consideran igualmente aplicables a nuestro sistema por el simple hecho de que no son *números clausus* y que el C.Co. permite al juez considerar otros factores. La comparación normativa latinoamericana y europea nos proporciona

¹¹³ Rodríguez Villafañe, Miguel. Página 8.

¹¹⁴ Ver. Papayannis. Página 92.

¹¹⁵ Código de Comercio. Artículo 217.

estados de debilidad innovadores: la extrema miseria¹¹⁶, la ligereza¹¹⁷ y la desgracia¹¹⁸. En cuanto a los ya contenidos en nuestra legislación: ignorancia e inexperiencia, la legislación mexicana los califica, presentando un estándar mucho más alto, exigiendo “suma ignorancia” y “notaria inexperiencia”, y agrega el estado de miseria, calificándolo como “extrema miseria” marcando una gran diferencia con nuestro C.Co.

Del mismo modo, la doctrina argentina define a la ligereza prescrita en su legislación como “[e]l estado de debilidad síquica e intelectual, en que se encuentran determinadas personas, propensas por tanto a otorgar actos desventajosos para sus personas y patrimonio”, identificándola en situaciones como la prodigalidad, la debilidad mental y la toxicomanía¹¹⁹. Sobre la necesidad, Rodríguez Villafañe afirma que no se refiere tan solo a “situaciones económicas o materiales angustiosas”, sino también a situaciones como la desesperación moral o espiritual y amplía el alcance de la misma indicando que esta podría ser sufrida por “el lesionado como sus allegados íntimos”¹²⁰. En cuanto a la inexperiencia afirma que este estado es propio de personas jóvenes o de escasa cultura, debido a la imposibilidad “de acceder a determinados conocimientos que da la práctica, el estudio, la vida”, pudiendo ser sorprendidos en sus transacciones¹²¹.

La jurisprudencia argentina en repetidos fallos desarrolla el estado de necesidad calificándola como la

“falta de las cosas que son menester para la vida; falta continuada de alimentos que hace desfallecer; peligro que se padece y en que se necesita pronto auxilio, o si se prefiere, la causa de un peligro para la vida, la salud, el honor o la libertad”¹²² o como la “falta o carencia de las cosas, principalmente hablando de lo que es preciso para la vida, comprendiendo un estado carencial que puede ser material y también espiritual, traducido en situación de angustia o agobio”¹²³.

¹¹⁶ Código Civil Federal de México. Artículo 17.

¹¹⁷ Código Civil de Paraguay. Artículo 671
Código Civil de Alemania. Artículo 138.
Código Civil de Bolivia. Artículo 561

¹¹⁸ *Ibíd.*

¹¹⁹ *Ver.* Rodríguez Villafañe, Miguel. Página 6.

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ *Ibíd.* Página 7.

¹²² Corte Nacional Civil, Sala B. 27 de diciembre de 1991. “Paretti, Luis A. v Colmenga SA”. LL 1992-ED-276.

¹²³ Corte de Apelaciones. Junio. 14 de octubre de 1976. “Ojeda Justo A. v. Ojeda, Raúl F. y otro”, ED 74-348.

aclarando que su interpretación es “bastante amplia”¹²⁴. El estado de necesidad argentino viene a ser lo que nuestro C.Co. denomina “necesidades apremiantes”. Sin embargo, la jurisprudencia argentina ha delimitado su espectro en tanto “las obligaciones que no se demuestran llevadas al extremo de la desesperación sino que son producto de malas gestiones y que pueden irse resolviendo (...) no pueden considerarse configurativos del elemento subjetivo (...)”¹²⁵.

Por otro lado, las doctrinas de lo inconcebible y de poder de negociación no identifican los estados de necesidad como sí lo han hecho sistemas legales europeos y latinoamericanos, pero sí determinan las formas en que estos se manifiestan. Por ejemplo, la doctrina de la inconciencia es clara en cuanto a su jurisprudencia, en donde se entiende a la falta de educación como una manifestación clara del estado de debilidad de ignorancia¹²⁶.

Del mismo modo, Vogenauer, en relación a los *PICC*, que contienen el mismo estándar que nuestro C.Co., expresa que sus estados de debilidad se clasifican en: (1) estados de debilidad por circunstancias críticas como la dependencia, angustia económica y necesidades urgentes; y (2) estados de debilidad por falta de habilidad personal como la imprevisión, ignorancia, inexperiencia y falta de habilidad para negociar¹²⁷, ampliando así el espectro de los mismos y reconociendo que los *PICC* tan solo ejemplifican estados de debilidad por circunstancias críticas y por falta de habilidad personal; apoyando nuestra interpretación de que los mismos no son taxativos.

En Argentina, la doctrina considera que, además de los estados de debilidad, el juez debe tomar en cuenta “circunstancias de personas, tiempo, lugar, contexto económico, situación política”¹²⁸ y demás, al analizar cada caso. Se considera que todas las circunstancias mencionadas tendrán relevancia siempre y cuando se traduzcan en o causen un estado de debilidad para que tengan vigencia en nuestro ordenamiento.

El poder de negociación, recogido por la jurisprudencia inglesa como “excesivo poder de negociación” y por la americana como “poder de negociación exorbitante”, es otro elemento

¹²⁴ Papayannis. Página 93.

¹²⁵ Corte Nacional Civil. Sala C. 21 de diciembre de 1982. “Garbuglio, Luis M. v. Barreira, Manuel W.”. ED 104-581.

¹²⁶ Ver. A & M Produce Co. v. FMC Corp. 135 Cal. App. 3d 473, 486 {186 Cal. Rptr. 114, 38 A.L.R.4th 1} (1982)

¹²⁷ Ver. Vogenauer, Stefan. “Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)”, Oxford University Press. 2009. Página 452.

¹²⁸ Rodríguez Villafañe, Miguel. Página 5.

relacionado con nuestro estándar en estudio. Esta circunstancia no es un estado de debilidad, más bien podría llegar a ser la contraparte innata del mismo, pues en la prestación irrisoria la parte beneficiada podría aprovecharse de este excesivo poder de negociación frente al “carente o ausente de la contraparte”¹²⁹. Por lo que, analizarlo como un factor para determinar la ausencia de conmutatividad sería de gran ayuda para nuestros jueces siempre y cuando el mismo tenga como contrapartida un estado de debilidad.

La doctrina americana nos habla de la desigualdad exorbitante como un factor que podría existir al momento de contratar y claramente podría ser aprovechado por la parte beneficiada¹³⁰. La desigualdad exorbitante en nuestro ordenamiento puede ser considerada como un estado de debilidad o, a su vez, como su causa; cuando representa una desigualdad exorbitante en habilidades para negociar, por ejemplo: la ignorancia; o cuando se crea dependencia por su causa.

La doctrina británica del poder de negociación aporta con otro factor bastante genérico, pues menciona a la interacción de fuerzas distintas a las ordinarias en el negocio en cuestión como un factor para determinar la ausencia de conmutatividad¹³¹. La propone como una relación género-especie, en tanto el poder de negociación exorbitante, el estado de debilidad y la desigualdad excesiva forman parte de dichas fuerzas. Sin embargo, se considera que este factor propuesto es demasiado amplio para ser acogido por nuestro sistema, en tanto solo nos interesarían las fuerzas distintas a las ordinarias en el negocio en cuestión cuando causen o constituyan un estado de debilidad.

Por todo lo anterior, y por la interpretación extensiva que nos permite realizar el enunciado de apertura “entre otros”, se entiende que el juzgador ecuatoriano está facultado a considerar estados de debilidad no prescritos en el C.Co. como los ejemplificados en otras jurisdicciones. Sin embargo, factores como, el poder de negociación excesivo; la desigualdad exorbitante; las fuerzas distintas a las ordinarias en el negocio en cuestión; y las circunstancias de personas, tiempo, lugar, contexto económico y situación política, deben ser analizados por el juzgador ecuatoriano sólo si sirven para determinar el literal a) del artículo 217.

¹²⁹ Siti Aliza Alias and Zuhairah Ariff Abdul Ghadas. 331-334. (traducción no oficial)

¹³⁰ *Ver.* Williams v. Walker Thomas Furniture

¹³¹ *Ver.* Siti Aliza Alias and Zuhairah Ariff Abdul Ghadas. 331-334. (traducción no oficial)

3.2.3. Ventaja injustificada

El aprovechamiento del estado de debilidad siempre trae como consecuencia una ventaja, sin embargo esta debe ser injustificada para cumplir con el elemento subjetivo. La causa que normalmente justifica los negocios en que una prestación es mayor que otra es el propio ánimo de liberalidad o el riesgo propio del negocio jurídico¹³². Sin embargo la causa va a depender de la naturaleza y finalidad del contrato, conforme el literal b) del artículo 217 del C.Co..

Por ejemplo, en contratos aleatorios, en los cuales el alea del contrato es parte de su naturaleza y finalidad, la ventaja o aprovechamiento obtenido por una de las partes queda justificada en tanto la naturaleza del contrato no exige una conmutatividad entre las prestaciones, salvo la excepción del contrato de seguros. De esta manera, quien compre un boleto de lotería no podrá demandar prestación irrisoria si no se la gana, pues la naturaleza del contrato aleatorio, por regla general, envuelve un riesgo que es parte de las fuerzas ordinarias que actúan en el giro normal del negocio en cuestión. Lo mismo sucede en los contratos gratuitos, pues en ellos la conmutatividad tampoco es parte de su naturaleza y fin. A diferencia de los contratos onerosos conmutativos, en los cuales la ventaja es parte de la naturaleza y finalidad del contrato de comercio hasta un límite marcado: la conmutatividad. Es decir, en estos últimos, la ventaja se justifica siempre y cuando una de las prestaciones no llegue a ser ínfima, inequivalente o desequilibrada¹³³. Por lo tanto el riesgo existente en contratos conmutativos se mide de forma distinta al de contratos aleatorios, justamente por su naturaleza y finalidad.

El C.Co. nada dice en cuanto a cómo se puede tomar ventaja de los estados de debilidad, sin embargo exige su aprovechamiento injustificado. La mayoría de legislaciones latinoamericanas y europeas tampoco contribuye en esta temática, pues al contar con un estándar objetivo para identificar la desproporción entre las prestaciones, el aprovechamiento de una circunstancia no llega a ser analizado. Es decir en ciertas jurisdicciones el estándar objetivo presume de derecho el aprovechamiento por la excesiva desproporción entre las prestaciones. Este es el caso de Perú, Bolivia e Italia, países que manejan un sistema mixto en apariencia, pero objetivo en la práctica; a

¹³² Ver. Papayannis, Diego Martín. Página 92.

¹³³ Código de Comercio. Artículo 217.

diferencia de países como Colombia, Francia y España que manejan un estándar objetivo, en el cual ni si quiera está prescrito el elemento subjetivo.

Países como México, Paraguay, Argentina y Alemania tienen un estándar mixto, en tanto exigen un elemento objetivo no cuantificado y uno subjetivo para satisfacer el estándar. Sin embargo, tampoco contribuyen ejemplificando maneras de tomar ventaja, debido a que algunos contienen presunciones u órdenes jerárquicos de aplicación de cada factor, prefiriendo dar un mayor peso a la desproporción que al aprovechamiento injustificado.

Por otro lado la jurisprudencia americana como la británica han contribuido con ciertos elementos que sirven para identificar las formas en las que se puede tomar ventaja de los estados de debilidad. La doctrina americana de lo inconcebible, dentro de su *Test*, propone elementos procedimentales que sirven para identificar el aprovechamiento, entre ellos factores como la forma, los procedimientos, el lugar, el tiempo que las partes tuvieron para consultar con un abogado y en general, cualquiera que demuestre opresión o sorpresa¹³⁴ durante la celebración del contrato. También propone elementos sustantivos a considerar como los términos del contrato, en cuanto a si los mismos favorecen a una parte irrazonablemente o están parcializados; si el vendedor cree que su comprador muy probablemente no cumpla con su obligación; el uso constante de una determinada forma de contratación y demás que puedan ser identificados en el caso concreto.

La jurisprudencia de la doctrina británica del poder de negociación propone el famoso “Tómalo o déjalo”¹³⁵, relacionado a los términos del contrato en cuanto a si los mismos fueron redactados por la parte beneficiada, sin dejar paso a la negociación propia que debería existir; o si favorecen a la parte beneficiada de forma irracional. Dicha doctrina se ve reflejada en aspectos del Common Law como el “*unequal bargaining power*”¹³⁶, los cuales sirvieron para construir el artículo 3.10 de los *PICC*; norma que requiere el aprovechamiento, además de una desproporcionalidad considerable de las prestaciones, para su aplicación¹³⁷. Vogenauer expresa que la ventaja debe ser injustificada para que pueda aplicarse la norma, sin embargo, afirma que las formas de tomar

¹³⁴ *Ver.* A & M Produce Co. v. FMC Corp.

¹³⁵ Siti Aliza Alias and Zuhairah Ariff Abdul Ghadas. 331-334. *Take it or leave it* (traducción no oficial)

¹³⁶ Vogenauer, Stefan. “Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)”, Oxford University Press. 2009. Página 450.

¹³⁷ *Ibid.*

ventaja no necesitan estar siempre presentes para que el beneficio excesivo se considere injustificado, entonces es entendible esperar que el beneficio excesivo se haya dado por la existencia de un estado de debilidad¹³⁸.

3.2.4. Desproporción entre las prestaciones

Una vez que sabemos que la parte beneficiada conocía la circunstancia al momento de contratar; que esta era un estado de debilidad; y que la parte beneficiada se aprovechó de la misma para obtener ventaja en la contratación, se cumple en su totalidad el elemento subjetivo. Sin embargo, a pesar de haberse cumplido por completo el estándar, aún le falta al juzgador considerar el elemento objetivo para que haya lugar a la prestación irrisoria.

En nuestro C.Co. el factor de desproporción de las prestaciones se encuentra presente en la definición de prestación irrisoria como: “aquella que es ínfima, inequivalente o desequilibrada en relación a la contraprestación del otro contratante”¹³⁹. En consecuencia, debemos estudiar las prestaciones para verificar si alguna cumple con los adjetivos calificativos en relación a la otra.

El C.Co. prescribe que una prestación es irrisoria “en consideración a la contraprestación de la otra parte”¹⁴⁰, es decir, a través de una comparación. Y cuando es irrisoria, le atribuye el efecto: “no habrá contrato conmutativo o de prestaciones correlativas”¹⁴¹, por lo que, aunque el elemento objetivo de desproporción entre las prestaciones no se encuentre enlistado entre los factores, sirve para determinar la ausencia de conmutatividad. Lastimosamente aún no existe criterio jurisprudencial nacional alguno en referencia a cuándo una prestación irrisoria es ínfima, inequivalente o desequilibrada.

En relación al elemento objetivo, el código argentino fija dos directrices para poder aplicarlo: “I) ‘Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto’, y II) ‘La desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda’”¹⁴². Lo mismo sucede en nuestro C.Co., ya que la prestación irrisoria estudia el rompimiento del equilibrio genético, en consecuencia, todas las

¹³⁸ *Ibíd.* Página 452.

¹³⁹ Código de Comercio. Artículo 217.

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ *Ibíd.*

¹⁴² Miguel Julio Rodríguez Villafañe. Página 12.

pericias y cálculos deberán hacerse al momento de la celebración, cumpliéndose así, al igual que en el derecho argentino, con la primera directriz.

Nuestro C.Co. no es claro en cuanto a la segunda directriz, sin embargo al proponer los efectos de la figura prescribe que “el órgano jurisdiccional podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales de lealtad negocial”. A lo que nos nace la inquietud: ¿Cómo adaptará el contrato aparentemente viciado si al momento de la demanda y del litigio dicha desproporción ya no existe? Los jueces no pueden suspender ni denegar justicia por obscuridad o falta de ley y tienen el deber de fallar con arreglo al sistema jurídico, incluso valiéndose de principios y doctrina para delimitar el campo de aplicación del ordenamiento¹⁴³. “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”¹⁴⁴, por lo que demandar prestación irrisoria cuando ya no existe desproporción alguna entre las prestaciones carecería completamente de sentido legal, cumpliéndose así tácitamente con la segunda directriz mencionada.

En cuanto a la forma de calcular esta desproporción entre las prestaciones, Papayannis propone “adjuntar el instrumento en el que conste el monto pagado o recibido, para luego compararlo con el precio de mercado del bien o servicio en cuestión”¹⁴⁵. De igual forma el common law identifica la desproporción de las prestaciones mediante la comparación del precio acordado en el contrato con el *fair market value*, es decir, con el precio al que vendedores y compradores, con un conocimiento razonable sobre la cosa y sin compulsión alguna, estarían dispuestos a hacer negocios¹⁴⁶.

En nuestro país, al no existir una oficina estatal que determine el avalúo de los bienes muebles, el juzgador ecuatoriano deberá utilizar como referente el valor de mercado del bien al momento de la celebración del contrato conforme la pericia realizada para determinar la desproporcionalidad.

¹⁴³ Código Civil Artículo 18.

Código Orgánico de la función judicial. Artículo 28.

¹⁴⁴ *Ibíd.*

¹⁴⁵ Papayannis, Diego Martín. Páginas 97 y 98.

¹⁴⁶ FindLaw Legal Dictionary. 2020. “Fair market value”. Thomson Reuters. (Último acceso 15 de octubre de 2020). <https://dictionary.findlaw.com/definition/fair-market-value.html>

3.2.5. Ponderación de elementos

Después de analizar el proceso de formación de la prestación irrisoria y exponer sus factores, identificamos cómo deberían ser tratados los mismos en nuestro sistema de acuerdo a la redacción del C.Co.. Dicho cuerpo legal no contiene norma al respecto y tampoco existe jurisprudencia o doctrina ecuatoriana sobre esta nueva figura en cuanto al peso que debe darse a cada elemento.

El legislador ha dejado a la sana crítica del juez la ponderación de los factores que determinarán la ausencia de conmutatividad en la prestación irrisoria al permitirle “tener en consideración, entre otros, los siguientes factores”. El Código Orgánico General de Procesos prescribe que la prueba “deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica” y que el juzgador tiene la obligación de “expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión”¹⁴⁷. Por lo tanto, el peso que debe dársele a cada uno de los factores propuestos en el presente artículo dependerá de su sana crítica en cada caso.

En figuras relacionadas a la prestación irrisoria, el derecho argentino ha incorporado una presunción legal de explotación ante la existencia de una desproporción notable en las prestaciones¹⁴⁸; y una presunción jurisprudencial de hecho de la explotación por el mero conocimiento del estado de inferioridad de su contraparte¹⁴⁹. Su doctrina propone una presunción de explotación ante la existencia de un estado de inferioridad afirmando que “ambos conceptos son inescindibles”, por lo que “es imposible explotar en abstracto”¹⁵⁰ y por ende no cabría presumir el estado de inferioridad a partir de la explotación.

Por el contrario, Vogenauer expresa que los *PICC* en su artículo 3.10 no invierten la carga de la prueba porque es común que el Common Law no permita este tipo de presunciones en relaciones de naturaleza poco íntima como en el comercio internacional. Sin embargo, reconoce que sí las hay en relaciones de naturaleza más íntima. Vogenauer afirma que uno normalmente esperaría que un beneficio económico excesivo tuviera lugar cuando existiera como antecedente

¹⁴⁷ Código Orgánico de la función judicial. Artículo 164.

¹⁴⁸ Código Civil Argentina. Artículo 954.

¹⁴⁹ Ver. Papayannis. Página 97.

¹⁵⁰ *Ibíd.* Página 99.

un estado de debilidad¹⁵¹, proponiendo una especie de presunción de hecho de un estado de debilidad cuando existe desproporción excesiva.

México abandonó su estándar objetivo que exigía una desproporción cuantificada del 50% por el subjetivo¹⁵², debiendo existir “una relación de causa a efecto sobre la explotación y el lucro desproporcionado” para aplicar la figura de lesión, distanciándose así de las presunciones argentinas.

Estas propuestas son ajenas a nuestro ordenamiento, por lo que de acuerdo a la redacción del C.Co. nuestros jueces podrían dar el peso que consideren a cada factor en conformidad con la sana crítica y generar un estándar jurisprudencial para cada caso, hasta alcanzar fallos de triple reiteración sobre un mismo punto.

4. Conclusión

En el presente artículo se demostró que la prestación irrisoria en Ecuador debe actuar cuando el sinalagma genético se ha quebrantado, diferenciándose de otras figuras que actúan ante el quebrantamiento del sinalagma funcional. El análisis comparado con jurisdicciones del *Common Law*, Latinoamérica y Europa evidenció la necesidad de incorporar otros factores a ser analizados por el juez al momento de aplicar la prestación irrisoria, como el conocimiento, la desproporción de las prestaciones y estados de debilidad no prescritos por el C.Co..

Se demostró la forma en que otras jurisdicciones han determinado el aprovechamiento injustificado, la existencia de un estado de debilidad y la desproporción de las prestaciones, todos ellos con el único fin de probar ausencia de conmutatividad en el contrato. Se evidenció la necesidad de incorporar al régimen de la prestación irrisoria las dos directrices del derecho argentino en relación a la desproporcionalidad de las prestaciones. Se constató la inexistencia de jerarquía entre los factores para determinar la ausencia de conmutatividad, por lo que el legislador ha delegado esta tarea a la jurisprudencia confiando en su sana crítica.

Por todo lo anterior se recomienda al legislador reformar el artículo 217 del C.Co. incluyendo un inciso en que se acoja la teoría del sinalagma genético para la prestación irrisoria, tal como se hizo con el régimen de figura de la lesión enorme en el último inciso del artículo 1829 del C.C.; y

¹⁵¹ Ver. Vogenauer, Stefan. Página 452.

¹⁵² Ver. Rivera Farber, Octavio. Página 184.

otro en el que se reconozca de forma expresa las dos directrices del sistema argentino en relación a la desproporción de las prestaciones: los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto; y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. Así mismo, se recomienda incluir de forma expresa como literales c) y d) los factores: conocimiento y desproporción de prestaciones.

Finalmente, recomendamos a los juzgadores, que al momento de resolver un caso del artículo 217 del C.Co., interpreten de forma extensiva el enunciado “entre otros”, en referencia a otros factores y a otros estados de necesidad, y que tomen en cuenta formas de aprovechamiento y estados de debilidad identificados por otras jurisdicciones para mejor resolver.