



UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS
Laureate International Universities®

FACULTAD DE DERECHO

**“LEGALIDAD DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN
VERSUS LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD”**

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

Profesor Guía:

Ab. Álvaro Pólit García

Autora:

Martha Estefanía Burbano Albornoz

2012

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el 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.”

Álvaro Pólit García

Abogado

C.I.: 170778248-6

DECLARACIÓN DE AUTORIA DEL 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”.

Martha Estefanía Burbano Albornoz

C.I.: 171262298-2

AGRADECIMIENTO

A Dios por las oportunidades que día a día me ofrece; a Álvaro, mi tutor, quien supo guiarme durante este largo trabajo; a mis padres quienes están conmigo en todo momento; a mis hermanas, quienes siempre están listas a apoyarme; a José por su apoyo y comprensión; y, a mis amigos con quienes compartí los 5 años de una hermosa carrera.

DEDICATORIA

A toda mi familia con quienes comparto día a día cada uno de mis triunfos y alegrías. Milton, Mónica, Alex, Mónik, Chris, Pablo y Joaquín. En especial a mi ángel protector, Hugo Albornoz Rojas. Les quiero.

RESUMEN

La presente tesis tiene como propósito analizar la vigencia de un principio contractual de suma importancia como lo es el principio de la autonomía de la voluntad. Este principio no solamente se manifiesta en la contratación, sino que constituye un pilar esencial de todo el ordenamiento social, en especial en las relaciones de comercio existentes. Este trabajo busca exaltar la correspondencia existente entre la autonomía de la voluntad como principio general, y la libertad contractual como manifestación del ámbito jurídico.

La investigación realizada parte del análisis teórico de lo que son las condiciones generales de los contratos como fuente de las obligaciones, así como también se lleva a cabo un razonamiento en forma prolija sobre las regulaciones constitucionales y legales de la aplicación de éstos en el Ecuador. Posteriormente, se expone el contenido del contrato de adhesión, las condiciones generales de éste, su naturaleza, las cláusulas predispuestas que suelen ser al mismo tiempo abusivas y que afectan a una de las partes suscriptoras de este contrato. Se analiza cómo las cláusulas del contrato de adhesión se constituyen en un medio de abuso, partiendo de la proposición que en estos contratos el proveedor afecta los intereses del consumidor, al imponerle su voluntad a través de la redacción unilateral del contrato para la adquisición de productos y la prestación de servicios. Así, se evidencia cómo esta dicotomía entre desiguales impide la apropiada aplicación del principio de autonomía de la voluntad, ya que una de las partes ejerce un poder sobre la otra.

Como conclusión principal se sostiene que la necesidad de mantenerse involucrado en la vida económica de la sociedad, misma que se podría considerar actualmente como consumista, todo ser humano se ve influenciado de diferentes formas para adquirir bienes y servicios, los cuales tienen como medio contractual la suscripción de contratos de adhesión que limitan la voluntad inherente de cada persona.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the validity of a contractual principle of utmost importance as is the principle of autonomy. This principle has gone through several stages of evolution. This principle is manifested not only in recruitment but is an essential pillar of the entire social order, but above all in the current economic trends. Therefore, this paper seeks to exalt the correspondence between the autonomy as a general principle, and the right of freedom in contractual matters as an expression of juridical order.

At the first part, we present a complete description of what are the general conditions of contracts as a source of obligations, and also a neatly reasoning on constitutional and legal regulations according to civil law system applied to contractual matters in Ecuador. Subsequently, we discuss the contents of adhesion contracts, its general conditions and contents, their nature, biased and unfair clauses affecting one of the parties, between others. We analyze how the adhesion contract clauses constitute a mean of abuse. For this we base the discussion on the proposition that in these contracts, the provider affects consumer interests by imposing his will. This imposition is caused as a result of the provider drafting the contract for the sale-and-purchase of goods and services. This evidence how the dichotomy between unequal parties prevents proper application of the principle of autonomy, as one party exercises power over another.

The main conclusion argues that the need to stay involved in economic life, considered now as consumerist, every human being is influenced in different ways to acquire goods and services, by the contractual means of signing adhesion contracts that have not negotiated clauses that are against the will of one party.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
EL CONTRATO COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES	4
1.1. Concepto de contrato	4
1.2. Requisitos de existencia y validez de los contratos	6
1.2.1. Elementos	6
1.2.1.1. Esencia	6
1.2.1.2. Naturaleza	6
1.2.1.3. Accidentales	7
1.2.2. Partes del contrato	7
1.2.3. Capacidad	8
1.2.3.1. Clases de capacidad	8
1.2.3.1.1. Capacidad de goce o adquisitiva	8
1.2.3.1.2. Capacidad de ejercicio	9
1.2.3.2. Clases de incapacidad	9
1.2.3.2.1. Incapacidad absoluta	9
1.2.3.2.2. Incapacidad relativa	11
1.2.3.2.3. Incapacidad particular o especial	13
1.2.4. Consentimiento o voluntad.	13
1.2.4.1. Voluntad seria	15
1.2.4.2. Exteriorización de la voluntad.	15
1.2.4.3. Formas de manifestación de la voluntad	15
1.2.4.3.1. Voluntad expresa	16
1.2.4.3.2. Voluntad tácita	16

1.2.4.4.	Vicios del consentimiento	17
1.2.4.4.1.	Error	17
1.2.4.4.2.	Fuerza	19
1.2.4.4.3.	Dolo	20
1.2.5.	Objeto lícito	20
1.2.6.	Causa lícita	21
1.3.	Formación del contrato.	22
1.3.1.	Oferta	23
1.3.1.1.	Tipos de oferta	24
1.3.1.1.1	Oferta expresa o tácita	24
1.3.1.1.2	Oferta a persona determinada o Indeterminada	24
1.3.1.1.3.	Oferta con reservas	24
1.3.1.2.	Formas de extinción de la oferta	25
1.3.2.	Aceptación	25
1.3.2.1.	Requisitos de la aceptación	25
1.3.2.1.1.	Persistencia de la oferta	25
1.3.2.1.2.	Oportunidad de la aceptación	25
1.3.2.1.3.	Carácter de la aceptación	26
1.3.2.2.	Tipos de aceptación	26
1.3.2.2.1.	Aceptación expresa o tácita	26
1.3.2.2.2.	Aceptación pura y simple, y aceptación condicional	26
1.4.	Características actuales del contrato	27
1.5.	Efectos del contrato	28
1.5.1.	Efectos entre las partes contratantes	28
1.5.2.	Efectos ante terceros	29
1.5.2.1.	Terceros absolutos	29
1.5.2.2.	Terceros relativos	29
1.6.	El contrato como fuente de las obligaciones	30
1.7.	El contrato en la legislación ecuatoriana	30

CAPITULO II

EL CONTRATO DE ADHESIÓN 32

2.1. Concepto	32
2.2. Inicios de la legislación a nivel mundial	35
2.3. Características	36
2.3.1. Redacción anticipada y unilateral del contrato	36
2.3.2. Supremacía económica y jurídica del oferente	37
2.3.3. Múltiples destinatarios	38
2.4. Elementos	39
2.4.1. Partes	39
2.4.1.1. Proveedor o predisponente	39
2.4.1.2. Consumidor	40
2.5. Naturaleza jurídica	41
2.6. Cláusulas del contrato	47
2.6.1. Cláusulas legales	47
2.6.2. Cláusulas abusivas	47
2.7. Principios que rigen el contrato de adhesión	48
2.7.1. Principio pacta sunt servanda	49
2.7.2. Principio de buena fe	49
2.7.3. Principio de reciprocidad en el trato	50
2.7.4. Principio de la libertad de contratación	50
2.7.5. Principio de la igualdad de los contratantes	51
2.7.6. Principio de la fuerza obligatoria de los contratos	51
2.8. Incidencia del contrato de adhesión en la legislación Ecuatoriana	51

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD 56

3.1. Concepto	56
3.1.1. Autonomía	56
3.1.2. Voluntad	56
3.1.3. Autonomía de la voluntad	57
3.2. Autonomía de la voluntad en la historia y su evolución.	58
3.3. Consecuencias y fundamentos de la autonomía de la voluntad.	62
3.4. Límites de la autonomía de la voluntad.	62
3.5. La aplicación del principio de autonomía de la voluntad en lo contractual.	63
3.6. La autonomía de la voluntad en la legislación ecuatoriana.	65
3.6.1. Constitución de la República del Ecuador	65

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 67

4.1. Conclusiones	67
4.2. Recomendaciones	71

REFERENCIAS 73

INTRODUCCIÓN

Como efecto del advenimiento de la era capitalista, nace un sistema de consumo en el cual existe la relación entre proveedor y consumidor; siendo el primero el encargado de producir bienes y servicios, que como consecuencia de la globalización ahora deben ser masificados y además estandarizar su expendio. Por su parte, el consumidor, por necesidades reales o creadas adquiere los bienes y servicios que se encuentran a su disposición, y por lo general los requiere con rapidez y pormenorizando las condiciones a las que se vea sujeto. De esta manera, los cambios sociales, el avance tecnológico y la conformación de mercados integrados han producido un nuevo modelo de intercambio de mercaderías, que induce también a un cambio en la forma de vida de las personas que conviven en un mundo posmoderno; instituyendo de esa forma un sistema de consumo masificado.

A partir de la producción masificada y estandarización de los bienes; los negocios jurídicos entre proveedores y consumidores se plasman en un contrato, por el cual las partes acuerdan la adquisición de bienes o servicios, a cambio del pago de un determinado valor monetario. Por una derivación de esa circunstancia, se han creado los contratos de adhesión, instrumentos que consisten comúnmente en simples formularios en donde constan cláusulas predispuestas, elaboradas previamente por el proveedor, que son suscritos entre las partes; sin que esas condiciones se hayan discutido previamente o puedan ser modificadas por la parte adherente. La relación que el contrato de adhesión genera entre el proveedor y el consumidor es regulada por legislaciones específicas aplicadas a esta relación de consumo. En el Ecuador las regulaciones contractuales se originan a partir de las normas constitucionales que establecen los derechos fundamentales del consumidor; en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor; y, otros cuerpos legales que se relacionan con la materia y buscan en conjunto viabilizar la relación contractual entre proveedores y consumidores.

Por la característica teórica de la presente tesis, las fuentes de consulta han sido de tipo bibliográfico, de las cuales se ha hecho un trabajo de procesamiento de datos, comparación y análisis crítico. De esta manera, el estudio se inicia con la fundamentación teórica de lo que son las condiciones generales de los contratos como fuente de las obligaciones, así como también se lleva a cabo un razonamiento en forma prolija sobre las regulaciones constitucionales y legales de la aplicación de éstos en el Ecuador. Posteriormente, se trata sobre cómo se ha superado la negociación individual y detallada entre proveedores y consumidores por los cambios producidos en el ordenamiento social y económico y el por qué estos necesitan de técnicas de contratación masiva que respondan a los principios económicos de racionalidad y eficiencia empresarial. Se llega a la conclusión de que surge el contrato por adhesión como una técnica económica y jurídica para responder a las demandas del comercio masivo. Se continúa con una descripción del contrato de adhesión y las condiciones generales de éste, su naturaleza, las cláusulas predispuestas y las abusivas que afectan a una de las partes y que constituyen un medio de poder.

Para el análisis de los fundamentos teóricos se partió de la proposición que en los contratos de adhesión el proveedor afecta los intereses del consumidor al imponerle su poder de decisión a través de la redacción unilateral de las cláusulas del contrato para la adquisición de productos y la prestación de servicios. De esta forma, se impide la apropiada aplicación del principio de autonomía de la voluntad, por las condiciones desiguales de los actores: proveedor y consumidor. En el presente trabajo se analiza la evolución que el concepto y la aplicación de este principio han experimentado, alterando la naturaleza de los contratos, las relaciones comerciales y, consecuentemente las relaciones sociales.

A manera de conclusión, respondiendo a la interrogante planteada para esta investigación, se sostiene que dada la existencia de la cultura del consumismo, que origina la masificación de la producción y estandarización de la

contratación se afecta el principio de autonomía de voluntad, pues éste no está siendo respetado al momento que el consumidor pierde la posibilidad de negociación del contenido del contrato por el cual adquiere el bien o servicio y se somete a la ley de un contrato que puede ser abusivo y en perjuicio de sus derechos y legítimos intereses.

CAPÍTULO I

EL CONTRATO COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

1.1. Concepto de contrato

El concepto de contrato tiene sus inicios en el derecho Justiniano después de la evolución de las transacciones económicas sobre bienes y servicios de aquella época, así como también de sus distintos elementos, uso, goce, afectación o gravamen; estas transacciones se conocieron como “contratos”. En ese entonces existían los contratos clasificados en “*do ut fatias*” cuya traducción es “doy para que me des”, “*fatío ut des*” cuyo significado es “hago para que me des algo a cambio” y, “*fatío ut fatias*” que es “hago para que tú hagas algo.”(Villegas C, 2005, p.45)

Además se decía que el contrato no era considerado como todo acuerdo de voluntades, sino solo aquellas relaciones a las que la ley atribuía el efecto de generar obligaciones civilmente exigibles. Es así que se definía al contrato como el “acuerdo de voluntades capaz de constituir a una persona en deudora de otra, incluyendo como tales a toda clase de negocio que tuviera por fin la creación, modificación o extinción de cualquier relación jurídica.” (Peña Guzmán y Arguello, 1962, p. 261)

La legislación y ciertos autores consideran que el término contrato va de la mano con el término convención, por lo que es importante indicar que la convención es “un acuerdo de voluntades sobre un objeto de interés jurídico que podrá consistir en crear o extinguir derechos; la tradición, el pago, son convenciones.” (Morales Alvares, 1995, p. 21). Según Arturo Alessandri Rodríguez, “la convención es el género y el contrato la especie, el primero es todo acuerdo de voluntades, sean estas para crear, modificar, conservar,

transferir o extinguir un derecho; mientras que el segundo, es una convención creadora de obligaciones.” (Alessandri Rodríguez, 1995, p.4)

La misma opinión la tiene Ospina Fernández quién indica que “las convenciones se suelen definir diciendo que son los acuerdos de las voluntades de dos o más agentes encaminados en crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Pertenecen a este género todos los contratos, que son la fuente principal de las relaciones obligatorias.” (Ospina Fernández y Ospina Acosta, 2005, p.43)

Según lo antes citado, cabe señalar que al ser el contrato la principal forma de convención, se sobre entenderá, al hablar de convención o contrato, que estos son el medio para llevar a cabo una relación jurídica entre dos partes, las cuales crean obligaciones mutuas que deben cumplirse desde el momento de la suscripción del documento que generan.

Se debe considerar que en la actualidad el concepto de contrato ha pasado de un fenómeno privado e individual a un fenómeno social, pues este se lo concibe no solo como un instrumento jurídico, sino también, por medio del cual se lleva a cabo una circulación y distribución de riquezas, siendo así que ahora su existencia y efectos es de interés de la sociedad y no solo de las partes que lo suscriben, y por tal razón es importante que el Estado, siendo el órgano director de la economía intervenga para moderar y regular los efectos que estos conllevan dentro de los grupos económicos.

José Puig Brutau afirma que el contrato más en derecho mercantil que en el civil, por hundir su raíces en la vida económica, ha perdido importancia como fuente de derecho, porque la voluntad de los contratantes ya carece de la soberanía que se le reconoció en los códigos promulgados en el siglo XIX. Indica además que el contrato no es sino un producto del arte de los juristas para tratar de encauzar y solucionar ciertos conflictos de intereses. (Puig Brutau J., 1954, p.8)

1.2. Requisitos de existencia y validez de los contratos

Los contratos y las personas quienes contratan deben cumplir ciertas características para que la suscripción de estos instrumentos sean válidos y puedan surtir efectos jurídicos.

Es importante distinguir en cada contrato las partes que son de *esencia*, las que son de su *naturaleza*, y las puramente *accidentales*. (Alessandri Rodríguez A., 1995, p. 8)

1.2.1. Elementos

1.2.1.1. Esencia

“Las cosas de la esencia pueden ser comunes a todo contrato o particulares a una determinada especie de contrato”, es decir todo lo que permite a un contrato surtir efecto y no permitir que este se convierta en uno diferente o se extinga. (Alessandri Rodríguez A., 1995, p.8)

Lo esencial de un contrato permite que éste exista, pues interviene en su fondo y en su configuración.

1.2.1.2. Naturaleza

“Son cosas de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él, se entiende pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial.” (Alessandri Rodríguez A., 1995, p.9)

Estas especificaciones no alteran la existencia del contrato, pues estas se encuentran determinadas por la ley; las cláusulas de naturaleza son aquellas que determinan o clasifican unos contratos de otros.

1.2.1.3. Accidentales

“Son cosas accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales” (Alessandri Rodríguez A., 1995, p.9)

Estas estipulaciones son aquellas que se determinan y acuerdan de manera voluntaria entre las partes que suscriben el documento.

1.2.2. Partes del contrato

Cabe señalar que el principal requisito para la formación de un contrato es la existencia de dos o más partes, naturales o jurídicas, quienes quieran llevar a cabo un negocio jurídico o contrato, a quienes se las conoce como “partes contratantes”.

“Las relaciones jurídicas se establecen exclusivamente entre ‘personas’, por lo que el contrato requiere la existencia de por los menos dos personas” (Villegas C., 2005, p108) quienes tengan como finalidad el producir efectos jurídicos.

En la antigüedad, y de acuerdo a lo que indica nuestro Código Civil, “la existencia y validez de los contratos estaban subordinados, en la teoría clásica a la presencia de elementos considerados esenciales, a saber: capacidad, consentimiento, objeto y causa” los cuales analizaremos a continuación. Sin embargo, vale reconocer que “en una concepción más moderna podría decirse que existencia, validez y oponibilidad son requisitos de eficacia de los actos jurídicos.” (Rodríguez Azuero S., 2000, p.91)

El Código Civil ecuatoriano en su artículo 1461 señala que los siguientes son los requisitos para que una persona se obligue con otra por un acto o declaración de voluntad:

- Que sea legalmente capaz;
- Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

- Que recaiga sobre un objeto lícito; y,
- Que tenga una causa lícita.

En tal razón, se desarrollará a continuación cada uno de los requisitos anteriormente citados para una mejor comprensión y especificación.

1.2.3. Capacidad

“La capacidad es la aptitud de una persona para adquirir derechos civiles y poder ejercerlos por sí misma” (Alessandri Rodríguez A. 1995, p.45)

“La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra” (Código Civil ecuatoriano)

Este requisito va enfocado directamente a las partes que suscriben el contrato y es la aptitud que cada individuo tiene para poder llevar a cabo una obligación o contraprestación; y de la misma forma exigir lo que le corresponde de la otra parte involucrada. Esta aptitud es, en el contrato, un requisito esencial para que el documento sea válido y pueda surtir efectos.

1.2.3.1. Clases de capacidad

De acuerdo a lo que indica Alessandri Rodríguez, podemos distinguir dos tipos de capacidades:

1.2.3.1.1. Capacidad de goce o adquisitiva

Esta capacidad es “la aptitud legal para adquirir derechos, para ser titular”; es decir, es aquella que por mandato de la ley tienen todos, tanto ciudadanos como extranjeros que cumplan con ciertas condiciones,. (Alessandri Rodríguez A., 1995, p.45)

1.2.3.1.2. Capacidad de ejercicio

“La capacidad de ejercicio es la aptitud legal de una persona para ejercer personalmente los derechos que le competen” (Alessandri Rodríguez A., 1995, p.46). Esta capacidad es aquella que se adquiere para poder ejecutar actos jurídicos.

“La capacidad de ejercicio supone necesariamente la de goce; no puede ejercer un derecho quien no sea su titular. La capacidad de goce, en cambio, puede existir sin la de ejercicio, ya que ésta sólo mira a la manera de ejercer los derechos de que se está investido.” (Alessandri Rodríguez A., 1995, p. 46) Lo citado nos indica que un individuo debe ser el principal interesado para aplicar su capacidad de ejercicio, sin embargo para la capacidad de goce se debe estar facultado para llevar a cabo el acto jurídico, negocio o contrato.

1.2.3.2. Clases de incapacidad

El artículo 1462 del Código Civil ecuatoriano, en el libro cuarto que habla sobre las obligaciones en general y los contratos, e indica que: “toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”, por tal razón una persona es incapaz siempre y cuando encaje dentro de las características descritas a continuación.

Dentro de nuestra legislación, en el artículo 1463 ibídem se diferencian los siguientes tipos de incapacidades:

1.2.3.2.1. Incapacidad absoluta

“Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.
Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.”

Se entiende que esta incapacidad se da por las circunstancias físicas que una persona pueda tener o llegar a tener afectando así la voluntad real de las mismas.

- **Dementes**

Se entiende por demente, de acuerdo al diccionario de la real academia de la lengua española que es aquel “loco, falto de juicio, que padece demencia, se entiende como demencia el deterioro de las facultades mentales” (Diccionario de la Real academia de la lengua española)

Similar definición indica Guillermo Cabanellas, quien define a demente como: “loco, carente de razón, privado de juicio, enajenado mental” (Cabanellas de las Cuevas G., 1997, p.117)

El autor Luís Claro Solar indica que forman parte de esta categoría aquellas personas que celebraron actos jurídicos “en completo estado de ebriedad o de sonambulismo, el hipnotizado, el que por una fiebre muy elevada ha perdido la razón” (Claro Solar L., 1936, p.28). Sin embargo, otros autores consideran que no es un estado de demencia como tal, y por lo mismo no se puede considerar como una incapacidad, sino como ausencia de consentimiento momentánea.

- **Impúberes**

De acuerdo al diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas de las Cuevas, se entiende como impúber “quien no ha alcanzado la edad de la pubertad, aquella en que se adquiere la capacidad o facultad de procrear o concebir, presunta a los doce años en las hembras y a los catorce en los varones” (Cabanellas de las Cuevas G. p.196). Misma característica indica el Código Civil ecuatoriano en el artículo 21, el cual dice “llamase infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o

simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos” (el subrayado me pertenece).

- **Sordomudos que no pueden darse a entender por escrito**

Esta incapacidad es reflejada por la “imposibilidad física de estas personas para expresar su voluntad”, pues el principal inconveniente es que estas personas no pueden expresar su verdadera voluntad aún cuando puedan comunicarse mediante gestos o por el lenguaje de señas. (Alessandri Rodríguez, 1995, p. 52)

En caso de que una persona tenga estas limitantes físicas y por tal motivo no pueda generar un documento el cual en caso de un conflicto sea su respaldo ante las autoridades, y suscriba un acto jurídico, este será nulo y no surtirá efecto alguno.

1.2.3.2.2. Incapacidad relativa

“Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de este tipo de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.” (Código Civil ecuatoriano)

Esta incapacidad se la conoce también como *incapacidad legal*, ya que “no se funda en un estado impuesto por la naturaleza, sino que es una creación arbitraria del legislador, quien la ha establecido principalmente como una medida protectora de determinados individuos o patrimonios.” (Alessandri Rodríguez A., 1995, p. 32)

Quienes se encuentran dentro de esta categoría de incapacidad pueden celebrar actos jurídicos por si mismos; sin embargo para que surta un

verdadero efecto y sea legal el acto que celebren las partes, estas deben obtener una autorización de quien ejerce o tiene su representación legal.

- **Menores adultos.**

Los menores adultos son aquellos que han dejado de ser impúberes pero aún no cuentan con la mayoría de edad. En el Ecuador una persona deja de ser menor adulto y pasa a mayor de edad cuando cumple 18 años, edad en la que se adquiere la calidad de ciudadano y por lo mismo se puede exigir derechos y cumplir obligaciones frente al Estado ecuatoriano. (Código Civil ecuatoriano, art.21)

Los actos de un menor adulto, para ser válidos, “deben ser autorizados por su padre, madre o curador, según el caso, y cumplir con las demás formalidades legales” para que de esta manera puedan surtir efectos y ser exigibles dentro del contrato celebrado. (Alessandri Rodríguez A., 1995, p. 53)

- **Disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar sus bienes.**

Se entiende por disipador aquel que comete el acto de disipación; es decir, aquel “proceder o conducta de quien malgasta sus bienes o se entrega exclusivamente a diversiones más o menos honestas.” (Cabenellas de las Cuevas G., 1997, p. 132)

Para que una persona sea determinada como disipadora, sus consanguíneos deben llevarse a cabo un proceso judicial ante un juez de lo civil quien mediante sentencia determine el estado de “disipador” o “dilapidador” de una persona.

• Personas jurídicas

El Código Civil ecuatoriano en su artículo 564 indica que “{s}e llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”.

Las personas jurídicas tienen incapacidad relativa ya que al ser un ente ficticio que real y únicamente existe en papeles, en los cuales se recopila el acuerdo entre las personas naturales que decidieron llevar a cabo su constitución, siempre va a requerir de una persona natural para que la represente y se la reconozca ante terceros lo que está previamente detallado y acordado, pues así las obligaciones que deben cumplir o las que adquieren puedan surtir efectos, ya que existe quien pueda emitirlos o representarlos.

1.2.3.2.3. Incapacidad particular o especial

“Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.” Estas incapacidades están determinadas en cada una de las leyes, es decir para ciertos actos, por ejemplo en el Código de Comercio, en el artículo 7, se indica que “{n}o pueden comerciar:

- 1.- Las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y los clérigos;
- 2.- Los funcionarios públicos a quienes está prohibido ejercer el comercio por el Art. 242 del Código Penal, salvo las excepciones establecidas en el mismo artículo; y,
- 3.- Los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación.”

1.2.4. Consentimiento o voluntad.

“El consentimiento es el acuerdo de las voluntades de dos o más personas sobre un objeto jurídico. Es este acuerdo el que constituye el contrato.” (Alessandri Rodríguez A..1995, p. 66), y además “resulta no sólo del concurso

de las voluntades, sino de su “integración” o “complementación”. (Villegas C., 2005, p 114)

Un contrato, como ya se ha indicado, es el acuerdo de voluntades. Por lo que para que un contrato se cree o adquiera estructura, tanto de fondo como de forma, dichas voluntades deben ocurrir simultáneamente y de cierta manera deben ser relacionadas de acuerdo a las necesidades e intereses de cada una de las partes contratantes; y de esta manera integrarse recíprocamente y complementarse entre sí.

El consentimiento o voluntad es otro requisito esencial para que un contrato tenga plena validez. Nuestro Código Civil no da una clara definición de esta, por lo que es importante considerar lo que la doctrina nos dice.

En el diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas de las Cuevas, entre sus definiciones menciona que el consentimiento es la “acción y efecto de consentir; del latín *consentiré, de cum, con, y sentire, sentir; compartir el sentimiento, el parecer. Permitir una cosa o condescender a que se haga. Es la manifestación de la voluntad conforme entre la oferta y la aceptación, y uno de los requisitos esenciales exigidos por los códigos para los contratos.”*

(Guillermo Cabanellas de las Cuevas A., 1997, p. 87) Voluntad es la “{p}otencia o facultad del alma que lleva a obrar o a abstenerse; carácter, energía psíquica capaz de mantener o imponer el propio criterio y la resolución adoptada frente a la oposición y los obstáculos” (Cabanellas de las Cuevas, 1997, p.412)

En tal virtud, podemos aseverar que el consentimiento va ligado a la voluntad la cual es la expresión del deseo que cada individuo o parte contratante tiene para poder celebrar el contrato. Dicha autodeterminación, o independencia debe ser exteriorizada y plasmada en la redacción del documento y en la aceptación de la obligación que éste acarrea.

En un contrato, la voluntad de las partes debe cumplir los siguientes requisitos:

“1º que sea seria, es decir, emitida con la intención de crear un vínculo jurídico obligatorio; y,

2º que se exteriorice, o sea, que se dé a conocer por cualquier medio externo.”

1.2.4.1. Voluntad seria

“La voluntad es seria si persigue un fin jurídico. El contrato sólo se forma si ambas partes han obrado *animo negotii contrahendi*, con la intención de producir un vínculo obligatorio, de crear derechos y obligaciones jurídicamente exigibles.” (Alessandri Rodríguez A., 1995, p. 68)

Este tipo de voluntad se crea cuando las partes que suscriben un contrato buscan adquirir de la otra parte una contraprestación, generando así un negocio o vínculo jurídico que ambas partes deben cumplir, no solo por el contrato que suscriben sino también por lo que van a recibir a cambio.

1.2.4.2. Exteriorización de la voluntad.

Con la mera intención de llevar a cabo un acto jurídico o contrato, la voluntad no estaría perfeccionada, pues es necesario que esta sea expresada y expuesta ante aquella persona con la que se pretende suscribir un contrato. “Esta exteriorización o manifestación externa es lo que se denomina *declaración de la voluntad*”. (Alessandri Rodríguez A., 1995, p. 69).

Cabe señalar, como dice Ospina Fernández, que “al derecho solamente le interesan las actuaciones de aquellos que trascienden su fuero interno y repercuten en la vida social”, pues si esta se mantiene dentro de cada individuo, se mantiene como algo para sí, no generará efecto alguno, y esto es lo que al derecho no le interesa. (Ospina Fernández G., 2005, p.28)

1.2.4.3. Formas de manifestación de la voluntad

“La voluntad, que hemos llamado consentimiento en el caso de los contratos, se manifiesta en cada contratante por signos externos que pueden ser expresos, como las palabras, los escritos, etc., o tácitos, es decir, conductas las cuales pueden inferirse inequívocamente una determinada manifestación de voluntad.” (Rodríguez Azuero S., 2000, p. 92)

1.2.4.3.1. Voluntad expresa

Es aquella que se “manifiesta mediante el lenguaje hablado, escrito o mímico” (Alessandri Rodríguez A., 1995, p.73), es aquel que se emite verbalmente o por escrito, entendiendo estos signos como inequívocos.

Esta manifestación se ve reflejada al celebrar un contrato y que las condiciones del mismo queden determinadas claramente y que las partes suscriptoras las conozcan de manera clara e inequívoca, pues no solo consiste en la redacción de un documento, sino se entiende como voluntad expresa el momento en que las personas que quieren llevar un negocio durante una reunión dejan claro lo que se va a llevar a cabo de acuerdo a sus necesidades. Además se puede decir que una voluntad expresada es aquella que se demuestra con un “apretón de manos”, con el movimiento positivo o negativo de la cabeza.

1.2.4.3.2. Voluntad tácita

Es aquella que “se induce de hecho o actos que la manifiesten o permitan suponerla de un modo inequívoco”. (Alessandri Rodríguez A., 1995, p.73)

La voluntad tácita es aquella sobreentendida por las partes, es decir que las partes la cumplen de acuerdo a lo que acordado anteriormente. Una vez que ya se suscribió un documento o que se establecieron obligaciones y derechos entre las partes, cada una de estas ya sabe el medio, la forma y los mecanismos que deben ser empleados para llevar a cabo lo acordado.

“El consentimiento es necesario entonces, tanto para la conclusión del contrato como para la precisión sobre su contenido” y por tal razón, “para que el consentimiento tenga eficacia jurídica, es preciso que se exprese, no sólo con pleno conocimiento, sino con voluntad libre, esto es, que dicho consentimiento no adolezca de vicios.” (Rodríguez Azuero S., 2000, p. 92)

La voluntad de las partes es la manera más específica por la que pueden generar un acto jurídico o contrato y que esta voluntad sea apegada a la ley,

buenas costumbres y buena fe de cada una de las partes que llevarán a cabo el contrato.

1.2.4.4. Vicios del consentimiento

Es importante que en la suscripción de un contrato no solo se considere la existencia del consentimiento entre las partes, de acuerdo a lo anteriormente explicado, sino que éste sea libre y consciente, es decir que no haya existido circunstancia alguna que afecte su ocurrencia.

De acuerdo al artículo 1467 del Código Civil ecuatoriano “los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo.”

1.2.4.4.1. Error

Se entiende por error el “vicio del consentimiento causado por equivocación de buena fe, que anula el acto jurídico si afecta a lo esencial de él o de su objeto.”, definición aplicada a la ciencia del derecho. (Diccionario de la Real Academia Española)

Alessandri Rodríguez indica que error “es el concepto equivocado que se tiene de la ley, de una persona o de una cosa; es el falso concepto de la realidad.” (Alessandri Rodríguez A., 1995, p. 163). Por su parte, Ospina Fernández asevera que “el error se puede definir diciendo que es la falsa noción de la realidad”; indicándonos además que dentro del derecho se asimila que la ignorancia forma parte del término error, “especialmente cuando se trata de proteger la autonomía de la voluntad privada, porque ésta queda amenazada no solamente por las ideas falsas de los agentes, sino también por la ignorancia de estos”. (Ospina Fernández G., Ospina Acosta E., 2005, p. 181)

El error es aquel conocimiento equivocado o desconocimiento de la verdad sobre lo esencial en un acto jurídico o contrato. De esta manera, al aplicar el error en la voluntad o el consentimiento dentro de un contrato, éste no tiene

consistencia ya que una de las partes no tenía completo o adecuado conocimiento de lo que se trata. Es por eso que “la voluntad no se ha emitido con pleno conocimiento de causa, como debe serlo para que sea eficaz” (Alessandri Rodríguez A., 1995, p.163)

El Código Civil ecuatoriano determina la existencia de dos clases de error:

- **Error de derecho**

De acuerdo al artículo 1468 del Código Civil ecuatoriano, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

Este error es aquel sobre el incompleto, inadecuado o su equivocada interpretación sobre lo que manda la ley y lo que el legislador ha expresado en la redacción de la misma. Además existe error de derecho cuando se cree existente un precepto legal.

Al respecto, Ospina Fernández G. y Ospina Acosta E. indican que “quien consiente bajo el imperio de la ignorancia o de un falso concepto acerca de las normas jurídicas, probablemente dejaría de hacerlo si las conociera plena y cabalmente” de tal manera que por desconocimiento de la normativa que se aplica, se puede aducir error de derecho cuando existe disconformidad con el acto jurídico que se llevó a cabo.

- **Error de hecho**

El error de hecho, al contrario del error de derecho, “vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra (...); o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata. “ (Código Civil ecuatoriano, art. 1469)

Es por esto que se entiende que el error de hecho, es “el que versa sobre una situación real; el proveniente de un conocimiento imperfecto sobre las personas o las cosas, y acerca de si se ha producido, o no, un acontecimiento.” (Cabanellas de las Cuevas G., 1997, p.149). El error de hecho es aquel que se

enfoca en el desconocimiento que tienen las partes sobre el acto jurídico como tal.

El artículo 1470 ibídem indica que “el error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree”, en especial cuando “la calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido por la otra parte.”

Finalmente, el Código Civil nos indica que al haber error en la persona que suscribe el contrato, no se vicia el consentimiento siempre y cuando la persona con la que se firma el contrato no sea estricta y personalmente con quien se debe cumplir la obligación o contraprestación (Código Civil ecuatoriano, art. 1471).

1.2.4.4.2. Fuerza

La fuerza en derecho se entiende como “la presión ejercida sobre una persona por actos materiales o por amenazas para inducirla a consentir” (Alessandri Rodríguez A., 1995, p.183), estos actos materiales, fuerza física o agresión, o, amenazas, fuerza moral o afectación psicológica, pueden ser actuales o a futuro, pues al hacer uso de la fuerza por sufrimiento o temor la víctima no expresa su voluntad o consentimiento real.

El artículo 1472 del Código Civil ecuatoriano indica que “la fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave. El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.”

Se entiende que “para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza el que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona, con el fin de obtener el consentimiento.” (Código Civil ecuatoriano, art.1473)

El vicio del consentimiento mediante la fuerza se da por la inexistencia de la voluntad de manera libre y espontánea debido al miedo que es ejercido sobre quien debe emitir su voluntad.

1.2.4.4.3. Dolo

El dolo en derecho civil se entiende como la “voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de mentiras y sutilezas o de la ignorancia ajena; pero sin intervención ni de fuerza ni amenazas, constitutivas una y otra de otros vicios jurídicos.” (Cabanellas de las Cuevas G. 1997, p.134)

El artículo 1474 del Código Civil ecuatoriano indica que “el dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado.”

El artículo 1475 ibídem indica que “el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse.”

Entiéndase de lo anterior descrito que dolo es aquel acto malicioso por el que una de las partes busca afectar a la otra utilizando como beneficio el engaño o el leal saber de esta para que lleve a cabo un acto sin su completo conocimiento.

1.2.5. Objeto lícito

Se entiende por el objeto aquel bien o servicio por el cual se suscribe el contrato. El medio por el cual las partes expresan su voluntad de dar, hacer o no hacer, de acuerdo al artículo 1476 del Código Civil vale únicamente la declaración de voluntad sobre el mero uso o tenencia del objeto.

Cabe mencionar que el artículo 1477 ibidem, indica que “no sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciáveis, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género.

Lo que quiere decir nuestra legislación es que las partes que suscriben contratos pueden negociar bienes o servicios que se conoce que a futuro podrán existir o a su vez se podría condicionar si su existencia no llega a surgir. Por tal razón se deja expresamente delimitado y sobre todo que el objeto por el cual se lleva a cabo el acto jurídico, sea apegado a la ley.

“El objeto de los actos jurídicos se identifica con el contenido jurídico específico de ellos (objeto específico), o sea, con los efectos de dicha índole que están llamados a producirse, bien sea en razón de la voluntad de los agentes, o bien por ministerio de la ley” (Ospina Fernández G., Ospina Acosta E., 2005, p. 238) considerándose que el objeto es aquel que se lleva a cabo por la voluntad de cada parte, es decir aquello que de cierta manera une a las partes para la formación de un contrato.

Es necesario considerar la posibilidad que un contrato pueda tener un objeto ilícito que es “todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano” (Código Civil Ecuatoriano, artículo 1478), generando de esta manera que el acto jurídico no se lleve a cabo.

1.2.6. Causa lícita

Tanto nuestra legislación como la doctrina aseguran que todo acto jurídico debe contener una causa real y lícita, pues sin ésta no existiría obligación entre las partes o si ésta sería ilícita, conllevaría a las partes a un largo proceso para enmendarla o peor aún el contrato sería inválido y quedaría sin efecto.

El artículo 1483 de nuestro Código Civil indica que la causa es “el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.”

Por otra parte, y en complemento de lo que manda la legislación ecuatoriana, Ospina Fernández indica que “la causa de las obligaciones de cada una de las partes en los contratos sinalagmáticos no está constituida por las obligaciones a cargo de cada una de la otra parte, sino por el cumplimiento mismo de éstas.” (Ospina Fernández y Ospina Acosta, 2005, p.259)

A su vez, Rodríguez Azuero clasifica a la causa en dos modalidades, las cuales, para el desarrollo del presente trabajo serán utilizadas por su fácil comprensión y aplicabilidad. Estas modalidades son:

- Causa objetiva: aquella que se entienda como la causa de la obligación y se lleva a cabo antes que la causa del contrato. Esta modalidad la tiene cada parte, pues va relacionada con las obligaciones que la otra Parte asumirá.
- Causa subjetiva: es aquella impulsiva y determinante, la que induce a cada una de las partes a buscar la forma de llevar a cabo un contrato.

De lo antes dicho, podemos concluir que la causa del contrato es aquella que de cierta manera une a las partes que tiene por propósito celebrar un contrato en el cual cada una busca satisfacer cierta necesidad que la otra puede brindarle.

1.3. Formación del contrato.

“El contrato clásico se desarrolló sobre la base de que su negociación se iniciaba mediante una oferta que una parte realizaba a la otra y se complementaba con la aceptación incondicional del receptor de la oferta.” (Villegas C., 2005, p.116).

De esta manera, el contrato, además de cumplir con los requisitos antes descritos requiere que entre las partes capaces y con voluntad de suscribir un documento, exista una propuesta sobre una necesidad en común para que la otra parte apruebe o consienta llevar a cabo dicho acuerdo.

1.3.1. Oferta

La oferta es el “acto por el cual una persona propone a otra la celebración de un contrato sobre bases determinadas” (Alessandri Rogríguez A., 1995, p.88), es de esta manera con la que inicia la formación del contrato. Se entiende que este “acto jurídico es de naturaleza comercial dirigido a provocar una aceptación de parte del destinatario de la propuesta que presupone la voluntad del oferente de obligarse contractualmente.”(Villegas C., 2005, p.117)

Para que la oferta pueda llevar a cabo su objetivo de realizar un contrato, esta debe contener elementos y requisitos esenciales como: “*firmeza*, esto es la voluntad inequívoca de celebrar un contrato, si el destinatario la acepta”. Al mismo tiempo, ésta debe ser *completa*, es decir contar con los elementos esenciales de un contrato. Debe ser *formulada por el oferente o su representante, ha de estar dirigida a un destinatario* a quien se le debió dar a conocer la misma. *Debe ser definitiva* de tal manera esta puede ser analizada adecuadamente para ser aceptada o no. *Debe ser seria* es decir que exista el ánimo consciente y voluntario de obligarse. (Narváez J., 1990, p78)

De la misma manera, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en su artículo segundo en el que menciona ciertas definiciones indica que oferta es la “práctica comercial consistente en el ofrecimiento de bienes o servicios que efectúa el proveedor al consumidor”. Además menciona, en el Capítulo 7 la protección contractual, en su artículo 46 que “toda promoción u oferta especial deberá señalar, además del tiempo de duración de la misma, el precio anterior del bien o servicio y el nuevo precio o, en su defecto, el beneficio que obtendría el consumidor, en caso de aceptarla.”, con lo que podemos decir que las ofertas que se dan al público deben cumplir ciertas características que el artículo indica.

De la misma manera el artículo 55, en su numeral 5 ibídem indica que constituyen prácticas abusivas de mercado, y están absolutamente prohibidas al proveedor, el “colocar en el mercado productos u ofertar la prestación de servicios que no cumplan con las normas técnicas y de calidad expedidas por los órganos competentes.”

Finalmente cabe indicar que la ley, en su artículo 148 indica que “las ofertas públicas contenidas en circulares, catálogos, avisos publicitarios, proformas, obligan a quien las hace; salvo que en la misma oferta se señale un determinado plazo de validez de la misma o que las condiciones de la oferta original sean modificadas por una oferta posterior.”

1.3.1.1. Tipos de oferta

Para determinar las formas en las que una de las partes puede presentar la oferta sobre la necesidad que tiene se determinan las siguientes formas:

1.3.1.1.1. Oferta expresa o tácita

La oferta expresa es aquella que se manifiesta de manera verbal o escrita de manera personal o mediante un representante, mientras que la oferta tácita es aquella que se induce de los ciertos actos que permiten entender la voluntad de llevar a cabo un negocio.

1.3.1.1.2. Oferta a persona determinada o indeterminada

Aquella oferta que es dirigida de manera clara a una persona o personas se la conoce como oferta a determinada persona, y aquella que se presenta de forma general, es decir que no se establece a quien va dirigida, se conoce como oferta a persona indeterminada. (Alessandri A., 1995, p.89)

1.3.1.1.3. Oferta con reservas

Este tipo de oferta se enfoca en aquellas ofertas en las que se pretende entregar el objeto del contrato dentro de un plazo.

1.3.1.2. Formas de extinción de la oferta

La oferta puede extinguirse de tres formas, por *cumplimiento* de la misma, una vez que ha sido aceptada y se lleva a cabo el contrato correspondiente; por *caducidad*, esto es cuando cumplió su plazo de duración y no fue aceptada; y, por *retracción*, es decir cuando la misma persona que la propone la deja sin efecto antes de que esta sea aceptada por la otra parte.

1.3.2. Aceptación

“Es la expresión de voluntad de la persona que admite o aprueba lo que otra le ha ofrecido o propuesto” (Narváez J., 1990, p83), entiéndase como la respuesta afirmativa de conformidad a la oferta emitida, la cual de cierta manera concluye la formación de un contrato.

1.3.2.1. Requisitos de la aceptación

Para que la aceptación genere un contrato esta debe contener las siguientes características.

1.3.2.1.1. Persistencia de la oferta

Para que la aceptación surta efecto alguno esta debe manifestarse durante el tiempo o plazo que la oferta se encuentre vigente de no ser así, la aceptación será innecesaria pues no se podrá llevar a cabo un contrato.

1.3.2.1.2. Oportunidad de la aceptación

Es decir que se presente dentro del plazo que la oferta ha sido establecida para que pueda surtir efectos, antes de que esta se extinga o sea retractada.

1.3.2.1.3. Carácter de la aceptación

Al referirnos de carácter de la aceptación es que esta sea igual a la oferta recibida, es decir que no se modifique de ninguna manera, de tal forma se demuestra que las voluntades han concurrido con iguales condiciones y necesidades.

1.3.2.2. Tipos de aceptación

Al igual que la oferta, la aceptación puede tener sus formas con la cual se manifiesta y se da a entender para la persona que planteó la misma:

1.3.2.2.1. Aceptación expresa o tácita

La aceptación expresa es aquella que se deja manifestada en un documento escrito o que se exterioriza de manera oral; mientras que la aceptación tácita es aquella que se da a entender de manera inequívoca.

1.3.2.2.2. Aceptación pura y simple, y aceptación condicional

La aceptación pura y simple es “cuando el aceptante se adhiere a la oferta en los mismos términos en que ésta se hizo, cuando la aceptación coincide exactamente con ella.” (Alessandri A., 1995, p.92); es decir cuando las partes están plenamente de acuerdo y sus voluntades pueden conciliar un solo documento.

La aceptación es condicional cuando la persona que acepta lo hace con ciertas condiciones o modificando aquellas que forman parte de la oferta, de tal manera que la “aceptación condicional importa una nueva oferta” (Alessandri A., 1995, p 92), o mejor conocida como “contraoferta” o “contrapropuesta”.

1.4. Características actuales del contrato

Podemos decir que en la actualidad se está dejando de lado ciertas características relevantes dentro del análisis de lo que el contrato acarrea, pues únicamente se ha concentrado su estudio en aquellas indicadas anteriormente: el consentimiento, objeto, causa y los efectos del mismo.; En tal razón Alterini, indica que al limitar de esta manera su aplicación “la figura está ‘adelgazada’ porque se estudian unas pocas obligaciones esenciales”.

Además, el mencionado autor indica que la figura del contrato llega a un estado de “congelamiento” el momento en que esta “se perfila una vez y para siempre, desde que se perfecciona el consentimiento, permaneciendo inmutable frente a los cambios”

Así mismo indica que “está aislada”, puesto que es indiferente a lo que ocurre en el entorno, porque el mercado opera como presupuesto o circunstancia, sin que exista un enlazamiento entre lo público y lo privado.”

Sin embargo, en la actualidad “estos caracteres han cambiado. El contrato ha ‘ensanchado’ su contenido, ya que son pocos los vínculos en los que se estudian solamente las obligaciones nucleares, proliferando los deberes secundarios de conducta, obligaciones accesorias, precontractuales, pos contractuales, garantías y cargas. De hecho, la mayoría de los conflictos se basan en estos nuevos deberes, que si bien muestran una ‘accesoriedad típica’, presentan una ‘sustancialidad práctica’, lo que es puesto de relieve por la doctrina más actual.

El contrato se ha ‘descongelado’ y muestra una vitalidad enorme, desde que comienzan las tratativas hasta su extinción; el vínculo se reformula, se adapta, se prolonga en el tiempo dando lugar a los fenómenos de larga duración.”(Alterini, de los Mozos, Soto, 2000, p. 15-18)

De acuerdo a las características que se recopilan anteriormente podemos indicar que demuestran que el contrato ha ido evolucionando de acuerdo a las necesidades de la sociedad, pues su crecimiento en la actualidad no se basa

únicamente en la aplicación de la ley, en cumplir las restricciones que esta indica o en la celebración del mismo para beneficiar a la partes contrayentes, sino que ha tomado gran importancia debido a la falta de compromiso de las personas y la necesidad de la existencia de un documento en el cual las partes indican lo que requiere una de otra, a su vez influye económicamente ya la aplicación de otras normas, dependiendo la situación se puede solicitar la existencia física de contratos para verificar la existencia de un negocio o el traspaso de un bien.

1.5. Efectos del contrato

Para comprender de mejor manera es importante determinar que los contratos surten sus efectos desde antes de la suscripción del documento en el cual se determinan las prestaciones que cada parte contratante tiene con la otra.

Para su mejor comprensión analizaremos las siguientes formas en las que el contrato surte efectos:

1.5.1. Efectos entre las partes contratantes

Dentro de este subtema es preciso definir el concepto de “partes” como aquellas personas naturales o jurídicas que intervienen en la suscripción de un acto jurídico por su voluntad, intereses o determinación legal (Cabanellas de las Cuevas, 1997, pg. 294-295), en tal razón se entiende que son los comparecientes quienes tienen relación directa con el objeto del contrato y quienes tienen una responsabilidad mutua.

Ospina Fernández indique que “partes comprende, en primer término a quienes directamente y obrando por si mismos han intervenido en el otorgamiento de un acto” (Ospina Fernández y Ospina Acosta, 2005, p.125).

El mismo autor indica que, dentro del concepto de “partes” podemos considerar a aquellas personas que actúan en nombre de otras, cumpliendo los intereses del principal, esta forma de comparecencia se la conoce como *representación*.

A partir de lo expuesto , podemos indicar que el efecto que surge entre las partes que celebran el contrato, es mutuo, es decir una de las partes debe recibir una prestación, sea esto un bien o un servicio, ; mientras que la otra parte debe entregar el bien o el servicio y recibir a cambio una recompensa económica.

1.5.2. Efectos ante terceros

Se entiende por terceros, aquellas personas que no intervienen directamente en el contrato, es decir aquellos que sin ser las partes contratantes llegan a ser afectados o relacionarse de cierta manera con el mismo.

Existen dos tipos de categorías de aquellas personas conocidas como “terceros”:

1.5.2.1. Terceros absolutos

“Esta categoría está formada por todas aquellas personas ajenas al acto jurídico y que no tienen vinculación alguna con las partes”, es decir aquellas personas a las que “ni las obligan ni les confieren derechos”. (Ospina Fernández G., Ospina Acosta E., 2005, p. 357)

1.5.2.2. Terceros relativos

Existen terceras personas que de cierta manera tienen relación posterior a la suscripción de un contrato, a estos se los conoce como terceros relativos, dentro de esta categoría entran los asignatarios sucesorales forzoso, es decir aquellos que por una sucesión deben responder sobre un acto jurídico, y, los acreedores a quienes se los conoce como aquella persona que puede exigir el cumplimiento de obligaciones.

1.6. El contrato como fuente de las obligaciones

Según el Doctor Jorge Morales Álvarez, “el contrato como fuente de las obligaciones, es la más común y fecunda, pues hace referencia a los intereses patrimoniales y pecuniarios y no a los que pertenecen al régimen de familia.” (Morales Alvares J.1995. p.20)

Tanto la doctrina como la legislación nacional reconocen al contrato como una de las fuentes de las obligaciones, en las que el acreedor puede exigir del deudor la satisfacción de la deuda según lo pactado. En caso que exista incumplimiento por parte del deudor del objeto de la obligación, el acreedor puede demandar la indemnización de daños y perjuicios. Una vez que un contrato ha nacido válidamente, se convierte en irrenunciable, y las obligaciones originadas por el contrato válido no se pueden modificar unilateralmente.

1.7. El contrato en la legislación ecuatoriana

La celebración de contratos es importante para asegurar el cumplimiento de obligaciones a las que las partes acuerdan, creando así un vínculo entre las partes que formaliza el objeto del contrato y asegura tanto la prestación como la contraprestación reflejada en el contrato.

Se puede decir que el contrato es una garantía para las partes, para que así estas, por un lado, sean respaldadas para llevar a cabo su compromiso en el contrato, y, a su vez se vean obligadas a cumplir lo que les corresponde. Por tal razón y en virtud de que el contrato es un vínculo jurídico y económico entre las partes que repercute en la sociedad de un país, le corresponde al Estado, mediante la legislación, intervenir no solo en aquellos vínculos jurídicos públicos, sino también en aquellos privados, pues se considera beneficiosa su intervención a medida que la celebración de dichos contratos tiene gran importancia y repercusión en la economía general, ya que se concibe como un fenómeno social necesario para regular relaciones entre ciudadanos. Por esta razón, nuestra legislación ha recopilado la normativa necesaria para poder

regular este vínculo que se crea entre las partes y para evitar que entre estas se generen conflictos.

El Código Civil ecuatoriano, en su Libro IV que trata de las Obligaciones en general y de los contratos. En su artículo 1453 indica que los contratos son obligaciones que nacen del concurso real de voluntades de dos o más personas. Además, el artículo 1454 *ibídem* dice: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”

De lo citado, podemos confirmar que lo expresado por los autores anteriormente fue recopilado en nuestro código, indicando la relación que un contrato crea entre partes que mediante un objeto adquieren una prestación mutua, siendo dicho acuerdo un aspecto fundamental entre las partes que celebran un contrato, pues es la manera en la que estas se ponen de acuerdo para conseguir sus intereses que, entre estas, son opuestos u contradictorios pero complementarios. Distinguiendo a su vez la obligación de dar una de las partes y la obligación de hacer o no hacer, de la otra para así generar fiel cumplimiento al contrato que los comparecientes requieren llevar a cabo.

CAPITULO II

EL CONTRATO DE ADHESIÓN

2.1. Concepto

Para que se pueda generar un concepto de contrato de adhesión debemos considerar que éste surgió después de la Revolución Industrial, época en la que existió un aumento en la cantidad de bienes y servicios; y al mismo tiempo se disminuyó el tiempo en el que éstos se transaban, generando así la producción en serie.

Debido al aumento de producción de bienes y servicios, surgió la necesidad de que éstos sean rápidamente ubicados en el mercado, para que una mayor cantidad de personas accedan a ellos., por lo que fue necesario la creación de un contrato cuyo formato permita la rápida entrega de esta producción masiva y en serie; originando así la quiebra de la autonomía de la voluntad, pues este tipo de contrato ya no era la consecuencia de la libre voluntad de las partes en el marco de la igualdad jurídica. Este tipo de contratos contienen cláusulas predispuestas en las que los empresarios imponen las condiciones con las que se suscribe el contrato y, a las que el consumidor debe someterse si pretende tener acceso al producto o servicio. (Soto C., 2000, p.371)

Por estas consideraciones se generaron los contratos de adhesión en pleno auge de la Revolución Industrial. Saleilles, jurista francés, autor de la obra "*La declaración de voluntad*", contribución que aportó al estudio del acto jurídico en el Código Civil alemán de 1901, citado por el doctrinario Manuel García Amigo, indica: "Indudablemente hay contratos y contratos. Existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre, cuya construcción jurídica aún está por hacer...; se les podría llamar, a falta de otra denominación más adecuada, contratos de adhesión, en los cuales se da un predominio exclusivo de la voluntad de una de las partes contratantes, actuante como voluntad unilateral, la cual dicta su ley no ya solo a un individuo, sino a una colectividad

indeterminada, y que se vincula por anticipado, unilateralmente, salvo la adhesión de quienes deseen aceptarse *lex contractus* y entrar a formar parte de ese ya creado por el mismo” (García Amigo M., 1995, pg 211)

Para comprender de mejor manera la definición de contrato de adhesión, y una vez definido en el capítulo anterior lo que se entiende como contrato, es importante definir el término “adhesión”, el cual Cabanellas señala que es: “Aceptación de reglas contractuales impuestas por una de las partes, sin discutir las mismas.” (Cabanellas G., 1997, p. 26). Es decir, que el acto de adherirse se refiere a la incorporación y aprobación de las condiciones que otra persona las haga, sin poder modificarlas de alguna manera. De otra parte, “la adhesión es un sustantivo derivado del verbo 'adherir, que significa convenir en un recurso o dictamen utilizado por la parte contraria. Y a su turno, 'convenir' significa coincidencia de dos o más voluntades causando obligación. En suma, gramaticalmente, adherir importa coincidir con lo expresado por otro. Y ya en el plano jurídico la adhesión se instala en la formación del contrato, cuando su contenido es establecido por una persona que para ello toma la iniciativa, y es hecho propio por otra que limita su actividad a expresar su consentimiento en cuanto fue elaborado por la primera.” (Stiglitz R. 1985, p. 49)

En relación con lo antes dicho, podemos indicar que el contrato de adhesión es aquel “acto jurídico unilateral, en que el único y verdadero agente, generalmente una poderosa empresa, al emitir una ‘voluntad reglamentaria’, impone su decisión a otra persona que, por consiguiente, solo desempeña un papel pasivo en la operación.” (Ospina Fernández G., Ospira Acosta E., 2005, p.68). Como afirman Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz cuando se refieren a las técnicas modernas de contratación, indican que en el siglo XX se ha consolidado el tránsito de la producción artesanal y del contrato individual a la producción en masa y a la contratación en serie; generando así una limitación a la libertad contractual, de tal forma que dentro del desenvolvimiento capitalista actual aquellos contratos en los cuales existía libre discusión de su contenido son en la actualidad los que “han cedido espacio a favor de esquemas

uniformes rígidos y preformulados por una de las partes de la relación sin que a la otra le quepa más alternativa que aceptarlo tal como ha sido predispuesto a abdicar de la posibilidad de contratar.” (Stiglitz R. y Stiglitz G. 1985, p19)

En relación a lo anotado, se entiende también que este tipo de contratos son considerados como la excepción, ya que en estos no se da la “conurrencia de voluntades enderezada a producir ciertos efectos jurídicos entre las partes” (Alessandri Rodríguez A. 1995, p. 39), pues en estos no existe una amplia discusión y análisis específico de cada una de las cláusulas y de las consecuencias que estas acarrearán; sino que como ya se dijo, y como afirma Rodríguez Azuero, en estos contratos “no cabe más acción que aceptarlas *in integrum* o descartar el contrato”; y, por las exigencias de la vida moderna, en la que se ha impuesto la prestación de servicios en masa, la mejor opción es la redacción de un contrato general para someterlo a los consumidores.

Alessandri Rodríguez indica que “el contrato de adhesión es el que se forma sin discusión previa, mediante la aceptación lisa y llana que una de las partes hace de las condiciones señaladas por la otra” (Alessandri Rodríguez A. 1995, p. 40). Por lo tanto se afirma lo antes dicho ya que en este tipo de contratos las partes no discuten su contenido, sino que éste es impuesto unilateralmente por una de las partes, en cuya formación no media tratativas. Así también, cabe señalar que el acuerdo que emana de la voluntad de las partes en los contratos de adhesión crea derechos y obligaciones de contenido patrimonial.

Podemos, de la misma manera, relacionar la doctrina anteriormente citada con la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor del Ecuador, la cual en su artículo segundo presenta la definición del contrato de adhesión, indicando que este es: “aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido”, pues se demuestra que existe una parte dominante que redacta el contrato, mismo que no requerirá cambio alguno entre cada una de las partes adherentes.

2.2. Inicios de la legislación a nivel mundial

La regulación de las condiciones que se deben cumplir con respecto a los contratos de adhesión inició con la promulgación, en el año de 1942, del Código Civil italiano el cual fue “el que primero reguló este nuevo fenómeno, estableciendo algunas reglas que buscan proteger al contratante ‘débil’, es decir aquél que acoge las condiciones generales preestablecidas del contrato, con eso se dio inicio a un “gran movimiento doctrinario y legislativo sobre esta modalidad contractual y aparece toda una tendencia en defensa del contratante ‘débil’, con la finalidad de poner coto a los abusos que se cometían mediante la utilización de esta forma de contratación.” (Villegas C., 2005, p. 73)

Posterior al paso que dio Italia, “Alemania sancionó una ley especial en 1976, definiendo las condiciones generales de los contratos y estableciendo reglas de interpretación. Pero lo más importante de este ordenamiento fue la sanción de ciertas cláusulas como nulas –nulidad automática- y otras en las que se deriva al Juez la facultad de disponer o no su nulidad.” (Villegas C., 2005, p. 74), le siguió Inglaterra con una regulación completa.

En 1978 Francia emitió dos leyes con las cuales buscó la protección a los consumidores, una relativa a la “información y protección de los consumidores en el dominio de ciertas operaciones de crédito,” y la otra sobre “protección e información de los consumidores de productos y servicios”. De manera seguida Estados Unidos emitió el “*Uniform Commercial Code*” con el cual “regula la nulidad o modificación judicial de las cláusulas que sean ‘*unconscionable*’-irrazonable, injusta, excesiva, excesivamente onerosa-, regla sobre la cual los tribunales han desarrollado los principios generales inherentes a los servicios públicos (“*duty of public service*”) y a los supuestos de desequilibrio contractual” (“*iniquity of bargainin power*”). (Villegas C., 2005, p. 74).

En el Ecuador, el 10 de Julio de 2000 se publica en el Suplemento del Registro Oficial N°116, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en la cual se regulan, entre otras cosas, los contratos de adhesión de manera específica.

2.3. Características

“La moderna contratación comercial que ha recurrido a los contratos en serie o en masa, como mecanismo normal de contratación, ha generado los ya famosos ‘contratos predispuestos’ por adhesión a cláusulas generales preestablecidas o ‘contratos tipos’” (Villegas C., 2005, p.70), sin con ello decir que son menos válidos que los otros, pero que de todos requieren un enfoque particular, porque en ellos se advierte una evidente disminución de la autonomía de la voluntad, al menos de una de las partes contratantes.

De tal forma, podemos mencionar que “desde la perspectiva económica las condiciones generales son una respuesta racionalizadora a la problemática que comporta el tráfico en masa. Su empleo permite simplificar y acelerar la celebración de los contratos, reduciendo los costes de negociación”. De tal forma se genera una “supremacía del poder contractual de una de las partes frente a los adherentes”. Podemos incluir, así mismo, que la redacción de cada una de las cláusulas de estos contratos “tratan de prever todas las vicisitudes del contrato, abarcando todo su desarrollo,(...) es también cierto que por medio de ellas los empresarios separadamente, o bien sus grupos o asociaciones, pueden cometer abusos, especialmente en cuanto procuran aligerar en lo posible su responsabilidad.” (Villegas C., 2005, p.72)

2.3.1. Redacción anticipada y unilateral del contrato

En el contrato de adhesión uno de los interesados establece de manera exclusiva en un formulario impreso más o menos rígido, en el cual se predeterminan aquellas condiciones que han de reglar sus relaciones futuras con el otro, siendo este último quien debe limitarse a aceptar en bloque las condiciones que se les ofrecen, o bien a rechazarlas en conjunto. (Narváez J., 1990, p.39)

Reiterando el concepto, Díez Picazo cita a Marty y Raynaud, quienes indican que “los contratos de adhesión se caracterizan por la precedente preformación

del contrato, que viene impuesto por medio de una prerredacción unilateral. Se llega con ello a una unificación y a una estandarización de las relaciones contractuales” (Díez Picazo L., 1993, p 139)

La desigualdad que se presenta en la elaboración, radica que una de la partes tiene todo el poder de determinar el contenido del mismo, de tal manera que la voluntad conjunta que debe existir en todo contrato, de acuerdo a lo dicho en el capítulo anterior la naturaleza del contrato es la declaración conjunta de una voluntad común de los contratantes, sin embargo, en el contrato de adhesión existe únicamente la voluntad de la parte que pre redacta las condiciones, pues la voluntad de la otra parte se la entiende como tal, sólo si acepta con absoluta obediencia lo predispuesto, dando así lugar a la celebración del contrato. Podemos decir que la única diferencia que existe entre cada uno de los contratos que los adherentes suscriben son “las particularidades referidas al bien o servicio que toma el cliente, en concreto, y a sus datos personales o sociales.” (Diez Picazo L., 1993, p139)

Con respecto a lo indicado podemos decir que esta redacción anticipada y unilateral del contrato se presentadebido a la oferta que emana de un contratante que tiene a su favor un monopolio de hecho o de derecho o al menos gran poder económico. Por tal razón se considera que cuenta con la potestad para generar este contrato o formulario en el cual lo único que modifica entre cada uno son los datos de los adherentes y el bien o servicio personalizado que cada adherente escoge.

2.3.2. Supremacía económica y jurídica del oferente

Al ser los productos o servicios en los que se enfoca este contrato aquellos de necesidad general y amplia adquisición, genera grandes ganancias. Por lo tanto, podemos indicar que “el particular o la empresa que formula una propuesta se coloca, de este modo, en un plano superior al adherente lo cual

viene a traducirse en abuso inconciliable con el clima de libertad jurídica que debe presidir todo contrato” (Diez Picazo L., 1993, p. 140). De tal forma la contratación por adhesión es el resultado de “la desigualdad económica que caracteriza la antagónica situación de las partes” (Diez Picazo L., 1993, p. 140), de esta manera podemos indicar que se crea una especie de monopolio el momento en que la actividad de una empresa o un individuo es una necesidad para otros y de esta manera se obliga a adquirir bajo cualquier condición el bien o servicio ofrecido.

El binomio "libertad económica - jurídica" ha sido expuesto, con especial claridad por Messineo, quien indica que al proceso creado de normas por los individuos sólo puede concebirse desarrollado en un ámbito de absoluta igualdad económica cuando existe la posibilidad de que ellos puedan influir "sobre la determinación o sobre la elección del contenido contractual (condición de paridad de la cual deriva que el contrato se pueda llamar paritético o paritario)".

Para mantener la relación contractual en toda su integridad, así como su validez, lo que importa conservar es el mínimo de igualdad jurídica capaz de permitir que los derechos dependientes del ordenamiento normativo, y actualizadas en el contrato, alcancen la eficacia necesaria para producir todos sus efectos, pues de ésta manera se evita que la supremacía económica y jurídica del oferente pueda afectar al consumidor.

2.3.3. Múltiples destinatarios

En los contratos clásicos, existe un solo contratante y un solo contratista; es decir, es específicamente una persona determinada a quien va dirigido el contrato, es con quien se han realizado las negociaciones previas, y pactado un acuerdo. En el contrato por adhesión, el destinatario no es un individuo determinado, sino una generalidad de personas, frente a las cuales se mantiene la oferta con independencia de que sea aceptada o no.

2.4. Elementos

Para que se produzcan los efectos jurídicos por los que se elabora un contrato de adhesión, éste debe reunir ciertos elementos esenciales para su estructura. Para lo cual es primordial señalar que debe existir un convenio entre las partes, es decir al suscribir un contrato de adhesión se formaliza una convención, aunque no se produzca una discusión y peor aún el consentimiento expreso del adherente. Cabe señalar que deben establecerse condiciones generales en donde se aplique el objeto, el plazo, el precio, y más estipulaciones contractuales.

2.4.1. Partes

En el contrato de adhesión intervienen dos partes contratantes. Una es aquella que genera las condiciones del contrato, denominada predisponente o proveedor y otra, que se adhiere a dichas condiciones, conocida como adherente o consumidor. De tal manera se genera este tipo de contratos, cabe señalar que cada una de las partes puede estar conformada por una o más personas; entre la cuales se establece obligaciones para las dos partes suscribientes, es decir son sinalagmáticos, porque por igual se obligan a cumplir cada uno sus obligaciones.

2.4.1.1. Proveedor o predisponente

“Quien propone el contrato es una empresa que goza de un monopolio de hecho o de derecho o, al menos de gran potencia económica.” (Alesandri Rodríguez A., 1995, p. 114). Para aseverar dicha definición podemos indicar que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, define a proveedor como “toda persona natural o jurídica de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución, alquiler o comercialización de bienes, así como prestación de servicios a consumidores, por lo que se cobre precio o tarifa. Esta definición incluye a

quienes adquieran bienes o servicios para integrarlos a procesos de producción o transformación, así como a quienes presten servicios públicos por delegación o concesión.”

Se entiende como proveedor a aquella parte que redacta las cláusulas de los contratos de adhesión, manifestando de cierta manera un poder sobre el consumidor. Entendiendo que este poder es el conocimiento sobre el producto o servicio, su organización interna y externa. Además el proveedor o empresario tiene un poder económico consolidado en el mercado, en especial sobre aquellos procesos de capitalización y privatización que incentivan a grandes empresas transnacionales a invertir en el país y ser parte de nuestro mercado interno o aquellas empresas que constituyen monopolios, oligopolios, posiciones dominantes, etc, y frente a las cuales el consumidor se siente disminuido.

2.4.1.2. Consumidor

La otra parte suscriptora de un contrato de adhesión es el consumidor, siendo éste el que “se limita a aceptar las condiciones contenidas en esos formularios sin poder eliminar ninguna y, a veces, sin siquiera conocerlas” (Alesandri Rodríguez A., 1995, p. 114). De la misma manera, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor indica, en su artículo segundo que consumidor es “toda persona natural o jurídica que como destinatario final adquiera utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello.”

Se entiende que el consumidor es aquel que adquiere bienes o servicios para satisfacer sus necesidades, mismo que por tal razón es considerado la parte débil dentro de la relación contractual, pues a pesar de que es quien permite la existencia del movimiento de mercado al escoger de cuál proveedor adquirir el bien o servicio y quien puede reclamar si su producto tiene algún defecto o si el servicio no es el ofrecido; no tiene la posibilidad de negociar las condiciones con las cuales va a adquirir el bien o servicio que requiere, pues la mayoría de

veces, por la necesidad del mismo, acepta las condiciones que el proveedor le impone. Caso contrario, no podrá acceder a éste, entendiéndose por tal razón que debe ser protegido de manera especial.

De acuerdo a lo dicho, se entiende, principalmente, al término consumidor dentro del área económica más que dentro de la jurídica, pues el intercambio de bienes y servicios se realiza mediante las reglas de la oferta y la demanda, lo cual genera en el mercado desequilibrios importantes entre consumidores y proveedores, sin embargo, no solo se habla del consumidor como operador económico del mercado sino también dentro de la concepción social gracias a la implementación de políticas y leyes de defensa y protección de los intereses del consumidor.

2.5. Naturaleza jurídica

Partiendo de las premisas del Código Civil sobre el contrato, se establece que éste es una convención de voluntades, en el cual existe una etapa previa de discusión y análisis de cada una de las partes, generando un acuerdo entre las partes involucradas; es decir, estuvo de por medio la expresión de voluntad de cada una de ellas. Sin embargo, como lo habíamos señalado anteriormente, además de aquellos contratos en los cuales las partes negocian las condiciones, existen otros contratos, que aunque tienen similares efectos, para su creación no existe negociación previa, pues las condiciones generales del contrato son elaboradas por una de las partes, es por ello que se les denomina contratos de adhesión, pues son creados estandarizadamente por efecto de la producción en masa de bienes y servicios cuya oferta se hace también en forma masificada, pues en las condiciones negociables de un contrato en la actualidad resulta muy complicado para la empresa discutirlos individualmente. De acuerdo a lo anteriormente indicado, dentro de los contratos de consumo el oferente es quien establece las condiciones generales y quien las impone al adherente. (Schvartz L. 2005, p. 95)

Varios autores consideran al contrato de adhesión como un contrato mercantil, mientras que otros lo categorizan dentro de los contratos civiles, es por eso que según lo señalado y de acuerdo a lo que indica la doctrina, existe una clara diferencia entre la naturaleza de los contratos civiles y la naturaleza de los contratos mercantiles mismos que inicialmente tuvieron su origen en el Derecho Civil, pero que evidentemente con el transcurso del tiempo se han caracterizado cada uno de ellos, especializándose en su área, pudiendo así ser fácilmente diferenciables.

Es importante analizar la procedencia de los contratos de adhesión por consumo, ya que su naturaleza obedece al tipo de negocio jurídico que se realice. Por ello, es necesario identificar sus características, sean estas de orden civil o de orden mercantil, según sea el caso.

Narváez García, en su obra “Obligaciones y Contratos Mercantiles”, identifica las principales diferencias entre los contratos civiles y mercantiles, de acuerdo al siguiente cuadro comparativo:

Tabla1. COMPARACIÓN ENTRE LOS CONTRATOS CIVIL Y LOS MERCANTILES

	CONTRATOS CIVILES	CONTRATOS MERCANTILES
TIPO DE CELEBRACIÓN	Se celebran de modo esporádico.	Se celebran de manera continua, sucesiva e ininterrumpida.
NEGOCIABILIDAD DE CONDICIONES	Se suscriben discutiendo sus condiciones.	Se lleva a cabo mediante condiciones preestablecidas.
FORMA DE OPERACIONES	Son operaciones aisladas	Dan lugar a operaciones sucesivas y vinculantes
FORMA DE CELEBRACIÓN	Se dan lugar entre personas presentes.	Pueden darse entre personas ausentes y realizar los negocios por

		simple cruce de comunicaciones
CONTRAPRESTACIÓN	Pueden ser a título oneroso o gratuito	Siempre son onerosos porque se busca el lucro;
MEDIOS DE PRUEBA	Son formales y generales.	Son específicos y uniformes
EXTINCIÓN DE ACCIONES O CADUCIDAD	Tienen diferentes plazos, mismos que normalmente son extensos.	Generalmente son más cortos.

Fuente: Narváez García J., 1990, p. 35.

Considerando específicamente el Derecho del Consumo, se debe analizar los contratos de adhesión, como aquella “relación contractual que nace por efecto de la adquisición de productos por parte del consumidor al proveedor que los ofrece en el mercado”. Sin embargo, por las características de orden social que comporta, aunque el origen de los contratos de adhesión por consumo es de orden mercantil, debemos entender que “su naturaleza es sui generis porque difiere principalmente en sus efectos, lo que hace aparecer como un tipo de contratos de naturaleza diferente a aquellos civiles y mercantiles, por su connotación social, situación que debe establecerse claramente.” (Lasarte Álvarez C. 2001, p. 135)

Para tratar la naturaleza jurídica del contrato de adhesión debemos considerar la existencia de dos posiciones que existe entre los tratadistas, una “concepción normativa” en la que se le considera al contrato de adhesión como una fuente del derecho objetivo; y, la “concepción contractual” en la que el contrato de adhesión forma parte de la categoría contrato entendida como fuente del derecho.(Villegas c., 2005, p.77)

Sánchez Calero indica que no se puede hablar de una nueva fuente de las obligaciones al hablar de los contratos de adhesión, aún cuando estos sean

comúnmente utilizados, este autor rechaza la “concepción normativista” ya que “el Derecho objetivo no surge de las condiciones generales en sí, sino de los usos normativos”, pues indica que “lo mismo sucede cuando una ley establece determinadas condiciones generales para la contratación, porque la fuente del Derecho está en la ley, no en las condiciones generales”, para el autor las condiciones generales “son declaraciones negociables que tiene la finalidad de disciplinar uniformemente situaciones contractuales susceptibles de repetición.” (Sánchez Calero F., 1997, p.135)

De la misma manera, el autor Rodrigo Úria indicaba que no era posible atribuir a lo dispuesto por aquella parte (fuerte) quien predisponía las condiciones de contratación como una nueva fuente de derecho, mal se haría “cubrir con el manto del derecho objetivo los posibles abusos del contratante más fuerte, no valdremos demasiado esas exigencias de la economía con que se vienen justificando hoy no pocas desviaciones” (Úria R., 1970, p. 21)

Alessandri Rodríguez indica que “Los contratos de adhesión son verdaderos contratos, por que hay en ellos consentimiento libre y espontáneo”; de la misma manera asevera que para la eficacia de un contrato, la ley no considera indispensable que exista una “libre discusión de los interesados, ni que ambas partes tengan igual intervención en su génesis; sólo exige que ambas consientan”. Supone que aquella parte que se adhiere a las condiciones de otra, “presta su consentimiento, puesto que es libre de aceptarlas o rechazarlas.” (Rodríguez A. 2002, p.115)

Otros doctrinarios como Federico De Castro y Bravo y García Amigo afirman que no es necesario que las partes lleven a cabo una negociación previa del contenido del contrato para que se consideren como tales. Es suficiente que una y otra parte manifiesten la voluntad de celebrar un contrato, incluyendo de esta manera la adhesión que existe por parte del consumidor dentro del contrato de adhesión. Así, se otorga el valor jurídico suficiente al acto de adhesión del contratante para formar el consentimiento y por ende, el contrato.

En el mismo sentido afirman, que ni la ausencia de negociación, ni la desigualdad económica entre las partes, ni la desigualdad de información se constituyen en causas legítimas para quitarle a la parte adherente el valor de su voluntad para formar el consentimiento, por más que dicha voluntad esté limitada.

Frente a las posturas normativas, el profesor De Castro y Bravo sostiene: "... que las condiciones generales carecen de los caracteres internos y externos de la norma de derecho objetivo, pues -apunta-, dictadas en provecho de una de las partes, les falta 'el motivo de la justicia' esencial para las reglas jurídicas..." (De Castro y Bravo, 1965, p. 28)

Por otro lado existen autores que consideran al contrato de adhesión como aquel normativista, entre quienes defienden esa posición tenemos a Raymond Saleilles, Leon Duguit, Garrigues y Hauriou entre los más conocidos. Quienes consideran que la ausencia de discusión entre las partes contratantes suprime el consentimiento, porque solo mediante la libre negociación se puede apreciar la voluntad real de los contratantes. Así, se minimiza la adhesión del contratante, quitándole los efectos jurídicos como para formar el consentimiento y por ende el contrato. Por tanto solo una de las partes manifiesta su voluntad de contratar y establece unilateralmente las condiciones para tal contrato, sin que exista la posibilidad de modificarlas sustancialmente en el momento de su celebración. (Guguit L., 1926, p. 119)

Stiglitz, en su obra "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor", le otorga carácter normativo al identificar entre sus caracteres la uniformidad en la aplicación de las mismas cláusulas a un sinnúmero de contratos, la generalidad en la aplicación de dichos contratos a muchas personas, y la rigidez en la imposibilidad de modificarlos sustancialmente en el momento de su celebración. (Stiglitz, 1985, p. 58)

El doctrinario Leon Duguit asevera la existencia de diferentes contratos entre los que existen nuevos actos jurídicos, por lo que "... los civilistas quieren a todo trance comprender, de grado o por fuerza, en el antiguo cuadro del contrato, pero que en realidad son actos absolutamente diferentes, que son, quizá, actos unilaterales"; coincide con la posición del profesor Garrigues, quien sostiene la tesis normativa cuando afirma que "... las condiciones generales de la contratación, por el dato de su obligatoriedad indiscutible para las partes y por su trascendencia al suplir las lagunas de la ley en sectores enteros del tráfico mercantil, singularmente en materia bancaria y de seguros, ofrecen un carácter muy semejante al de la ley". Mas adelante, señala que "{p}ara decidir sobre la naturaleza de estas condiciones generales de contratación habrá que considerar su grado de difusión y objetividad, y, cuando este sea muy amplio, dichas condiciones podrían asimilarse al uso mercantil normativo". (Garrigues J., 1997, p. 18)

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor no hace referencia a las condiciones generales, pues da a entender que en el contrato de adhesión, aquellas se encuentran ya incluidas. Por tal razón, dentro de la ley solo se habla de cláusulas predispuestas, mismas que el legislador buscó evitar que se constituyan abusos al consumidor.

También es importante aclarar que al hablar de las condiciones generales en el contrato de adhesión, nos referimos a las cláusulas que establecen las condiciones contractuales; al contenido del contrato de adhesión. Las que, pese a no haber sido discutido por las partes, se entiende conocido por el adherente, de allí que la naturaleza jurídica de las condiciones generales por adhesión es contractual, pues resulta diferente si hablamos de condiciones generales de la contratación como aquellos requisitos precontractuales exigidos a las partes y no al contenido mismo del contrato que obliga a las partes una vez suscrito el documento. (Botana García G.y Ruiz Muños M., 2000, p. 164)

2.6. Cláusulas del contrato

Como todo contrato, el contrato de adhesión está redactado mediante la compilación de ciertas cláusulas en las cuales se determinan las características del contrato y las condiciones a las que las partes contratantes deben someterse. Dentro de este tipo de contrato, es indispensable distinguir dos tipos de cláusulas que pueden generarse.

La diferenciación entre las cláusulas que a continuación se enuncian, son consideradas principalmente en la aplicación y redacción de los contratos de adhesión; esto plenamente apegado a la pre redacción que tienen este tipo de contratos.

2.6.1. Cláusulas legales

Podemos considerar como cláusulas legales aquellas esenciales del contrato, siendo estas “obligatorias por haber sido las únicas que las partes aceptaron libre y conscientemente”, pues estas no alteran la esencia del contrato o son contrarias a la intención común de las partes o la buena fe. (Rodríguez A. 2002, p. 115)

2.6.2. Cláusulas abusivas

Es primordial definir a lo que se trata como “cláusula abusiva”, pues el doctrinario Christian Larroumet asevera que la principal característica de esta “es la falta de equivalencia entre las situaciones de las partes contratantes, una de las cuales se encuentra en una situación desventajosa frente a la otra. (Larroumet Christian, 2003, p. 175). De la misma manera, el ya citado jurista, Rubén Stiglitz asegura dice que "en la mayoría de las definiciones, se caracteriza como abusiva a toda cláusula o combinación de ellas que entrañen, en el contrato, un desequilibrio significativo y manifiesto de los derechos y obligaciones en perjuicio de los consumidores". (Stiglitz Rubén S, 1985, p. 887)

“La cláusula abusiva es conocida también –en distintos contextos- como vejatoria, leonina, gravosa, desleal, engañosa, sorpresiva o sumamente onerosa” (Moreno Rodríguez J., 1996, p. 131). “Son expresiones utilizadas para denotar la ruptura de la simetría, equilibrio, igualdad o equivalencia de las partes del negocio jurídico o del contrato, con una generalización y confusión lamentable e inconveniente.” (Namén Vargas W., 1995, p.171)

De acuerdo a Dhery Prieto Melgarejo, quien considera que los contratos de adhesión tienen como característica esencial el “contener cláusulas que las venimos a conocer en el Derecho como abusivas y que al ser concebidas por una de las partes, la otra simplemente manifiesta su adhesión al contrato, haciéndose ilusoria su libertad contractual” (Prieto Melgarejo D. p. 120). De esta manera “se dejan sentir las cláusulas abusivas como partes integrantes de los contratos de adhesión; aunque sean contrarias a la libertad contractual, aunque conviertan al consentimiento de la parte que adhiere en una simple ilusión, aunque no pueda reclamar el alcance de las cláusulas abusivas estipuladas generalmente en contra de sus intereses, se hallan vigentes en nuestras actividades diarias”. (Prieto Melgarejo D. p. 128)

Así mismo, se puede considerar la existencia de cláusulas ambiguas, mismas que pueden provenir de una falta de explicación que debió dar quien llevó a cabo el contrato. En tal caso será obligación de la autoridad competente “interpretar dicha cláusula a favor del aceptante”. Se considera también como cláusula ambigua aquella que el aceptante no conoció “al tiempo de contratar porque no figuraba en el texto del documento suscrito por él, porque formaba parte de un formulario o reglamento que se le entregó con posterioridad y al cual no se hizo ninguna alusión al celebrar el contrato”, razón por la cual estas cláusulas no podrán afectarle ya que no existía su consentimiento. (Rodríguez A. p. 116)

2.7. Principios que rigen el contrato de adhesión

El contrato de adhesión, al ser una figura regulada por la ciencia del Derecho, se rige bajo ciertos principios básicos para su cumplimiento y ejecución; mismos que se consideran en la legislación que se aplica para el mismo, así como también en la doctrina y jurisprudencia que se genera. Se especificará a continuación algunos de los principios:

2.7.1. Principio “pacta sunt servanda”

Este principio nació en el Derecho Romano, y es aquel que limita la intervención del Estado en las cuestiones privadas, reconociendo “la más amplia *independencia* al individuo” (Moisés B., 1964, p. 34), bajo este principio se entiende que el acuerdo que las partes generen será de mayor firmeza y se disminuirán los pleitos que la falta de voluntad generan.

Actualmente se ha incorporado entre los principios fundamentales del Derecho Internacional y del Derecho civil de cada Estado, para lograr seguridad jurídica. Significa que lo que acordaron las partes contratantes haciendo uso de la autonomía de su voluntad debe cumplirse entre ellas como si fuera una ley, y en caso de incumplimiento la parte perjudicada puede demandar judicialmente, ya sea su cumplimiento, o la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. Este principio, sin embargo, no es absoluto, la autonomía de la voluntad, y la buena fe, que sustentan este principio no se dan en casos civiles, donde una de las partes solo da su adhesión a la propuesta que otro le hace para lo cual se han dictado leyes en defensa del consumidor para evitar abusos provenientes de la ejecución de ese tipo de contratos.

2.7.2. Principio de buena fe

El principio de “buena fe debe prescindir todas las etapas de la negociación, de las relaciones interpersonales en la sociedad y en el mercado, iluminándolas como un acto potente” (Mosset Iturraspe J.), pues este principio es un “modelo

de conducta social, un estándar jurídico de ineludible observancia que exige honestidad y probidad en las transacciones, reflejado en una actitud de cooperación recíproca.” (Moreno Rodríguez J., 1996, p. 140)

Este principio exige de las partes contratantes al momento de acordar la celebración de un acto jurídico en el que ambas partes adquieren derechos y obligaciones “que las convenciones deben ser celebradas, cumplidas e interpretadas con probidad y buena fe” (Villegas C., 2005, p. 57); entendiéndose que van a cumplir y respetar lo acordado.

2.7.3. Principio de reciprocidad en el trato

Este principio se manifiesta principalmente para el proveedor del servicio o producto, pues tiene la obligación de aplicar este criterio a favor del consumidor. En caso de incumplirla “desnaturaliza” el acto, pudiendo ser éste declarado como ineficaz. Además el proveedor “puede aplicar algunas cláusulas de un modo legítimo, siempre que dé la misma oportunidad al consumidor” pues “es ineficaz el ejercicio de un derecho de retención de las cantidades abonadas por el consumidor en caso de renuncia a la celebración o cumplimiento del contrato, sin permitir el ejercicio de un derecho equivalente.” (Lorenzetti R. 1997, p. 90)

2.7.4. Principio de la libertad de contratación

Este principio puede ser considerado desde dos perspectivas. Aquella “libertad de contratar, entendida como la autodeterminación del hombre para contratar o para no contratar por voluntad propia; y como libertad contractual, entendida como la posibilidad libre, independiente y voluntaria de determinar el contenido del contrato.” (Lorenzetti R. 1997, p. 89). Entendemos esto como la facultad de las partes en decidir la forma de contratar y las condiciones con las que suscribirán el contrato, y también la libertad que tiene el consumidor, en el caso de un contrato de adhesión, a elegir el bien o servicio a adquirir.

2.7.5. Principio de la igualdad de los contratantes

Este principio se encuentra contemplado en la Constitución de la República del Ecuador, publicada y promulgada en el año 2008, la cual establece que la igualdad jurídica que debe existir entre las partes contratantes, sin considerar la posición en la que contratan, o a su vez su condición económica, social, política, religiosa o nacionalidad.

2.7.6. Principio de la fuerza obligatoria de los contratos

Este principio establece que los contratos son ley entre las partes. Sin embargo el Estado tiene la facultad y el deber de controlar los mismos estableciendo parámetros de cumplimiento, mismos que mediante la legislación que dicta protege a aquella parte débil, “in dubio pro consumidor”.

2.8. Incidencia del contrato de adhesión en la legislación ecuatoriana

Además de lo mencionado en el presente capítulo, vale recalcar que dentro de la legislación ecuatoriana, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (LODC) establece ciertas condiciones para que un contrato de adhesión cuente con los parámetros necesarios y de esta manera no afecte los derechos del consumidor. Podemos encontrar en el Capítulo 7 que trata de la Protección Contractual, lo siguiente:

“Artículo 41.- El contrato de adhesión deberá estar redactado con caracteres legibles, no menores a un tamaño de fuente de diez puntos, de acuerdo a las normas informáticas internacionales, en términos claros y comprensibles y no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato.

Cuando en un contrato de adhesión escrito con determinado tamaño de caracteres existiese además, textos escritos con letras o números

significativamente más pequeños, éstos se entenderán como no escritos. Las partes tienen derecho de que se les entregue copias debidamente suscritas y sumilladas de los contratos y todos sus anexos. Si no fuere posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, el proveedor entregará de inmediato una copia con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste; la copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado para todos los efectos legales.”

Considerando el artículo citado, podemos decir que éste demanda de las partes contratantes ciertas obligaciones; pues será el proveedor del bien o servicio quien genera el contrato de adhesión el que deba respetar estas condiciones y cumplirlas a cabalidad. De no ser así, la obligación se transfiere al consumidor quien al verificar el incumplimiento de las mismas deberá denunciar ante el organismo correspondiente; pues como adquirente de un bien o servicio está amparado para poder hacerlo.

Es importante tomar en cuenta, que tanto el proveedor como el consumidor, deben acatarse a lo que disponga el contrato, mismo que debe estar sumillado y suscrito por las partes y cuya copia igual tendrán cada una de las partes, será aquello que se entiende que el adherente aceptó y que por lo mismo serán las únicas condiciones que se deban cumplir.

De la misma manera, el **Artículo 42**, nos indica que *“Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente Ley, deberán estar escritos en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico.”*, esta determinación se la aplica ya que el idioma que manda la Constitución de la República del Ecuador de acuerdo al artículo 2 es el castellano, mismo que deberá aplicarse en todos los actos que se lleven a cabo por ciudadanos o extranjeros. Además, el mencionado artículo 42, nos indica que *“Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos, no producirán efecto alguno respecto del consumidor.”*

En concordancia al artículo citado podemos encontrar en el Reglamento para la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor publicada en el Registro Oficial 287 el 19 de marzo de 2001, lo siguiente:

“Artículo 39.- *Se entenderán incorporadas al léxico aquellas palabras que den a entender su significado como vocablos de uso frecuente y de general aceptación por parte de toda la comunidad, y no sólo por los entendidos en la materia de que se trate.”*

El **Artículo 43** del la LODC, indica que:

“Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que:

- 1. Eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados;*
- 2. Impliquen renuncia a los derechos que esta ley reconoce a los consumidores o de alguna manera limiten su ejercicio;*
- 3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;*
- 4. Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento;*
- 5. Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato;*
- 6. Autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, excepto cuando tal resolución o modificación esté condicionada al incumplimiento imputable al consumidor;*
- 7. Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o utilizados antes de que se suscriba el contrato, o sean ilegibles;*
- 8. Impliquen renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en esta Ley, sin perjuicio de los casos especiales previstos en el Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Ley de Arbitraje y Mediación y demás leyes conexas; y,*

9. *Cualesquiera otras cláusula o estipulación que cause indefensión al consumidor o sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres.*

Lo determinado en el presente artículo incluye a los servicios que prestan las Instituciones del Sistema Financiero.”

En caso de que alguna de las condiciones determinadas en este artículo sean predispuestas en las cláusulas de un contrato y por el incumplimiento del mismo o que se hayan dispuesto por beneficio del proveedor, dicho contrato no surtirá efecto alguno entre las partes y el consumidor tendrá derecho a demandar al proveedor por los daños y perjuicios que sufrió a causa de dicho contrato.

Vale señalar que la lista antes enumerada que indica cuales cláusulas pueden ser consideradas como abusivas, no es una lista taxativa, pues, el numeral 9 deja abierta la posibilidad, a la autoridad, de atribuir como abusiva a cualquier cláusula que perjudique al consumidor.

El reglamento indica en su **Artículo 40**, que en caso de existir una controversia por incumplimiento del contrato, o a su vez por la existencia de cláusulas abusivas que perjudiquen al consumidor, únicamente con “*el consentimiento expreso del consumidor de someterse a los procedimientos de arbitraje y mediación mediante una ratificación impresa debajo de la cual suscriba el consumidor*” se podrá llevar a cabo un trámite por dicha vía, caso contrario se deberá acudir a la denuncia por vía judicial. “*Sin perjuicio de lo indicado en el inciso anterior, los consumidores y proveedores podrán solucionar sus controversias acudiendo a la mediación, aunque no lo hubieren estipulado expresamente en el contrato.*”

El **Artículo 41** del reglamento señala que “*Las cláusulas que causen indefensión en los contratos de adhesión, serán aquellas que impliquen imposibilidad del consumidor de acceder a las acciones o mecanismos*

para la defensa de los derechos establecidos en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.”

De la misma manera el **Artículo 45** del reglamento indica la principal diferencia entre los contratos paritarios o negociados y los contratos de adhesión pues,

“en los contratos de adhesión serán nulas las cláusulas y estipulaciones prohibidas en los numerales del 1 al 9 de dicho artículo; sin embargo, estas disposiciones no se interpretarán como una limitación a la autonomía privada en los contratos mercantiles y civiles en los cuales no intervengan consumidores finales, o en aquellos contratos en que por su naturaleza, las partes tengan la posibilidad de negociar y acordar su alcance y contenido.”

Esta aclaración radica en la voluntad de cada parte contratante que se manifiesta en la negociación dentro de un contrato civil o mercantil, mientras que en un contrato de consumo al no existir dicha negociación, y por lo mismo la inexistencia de la voluntad del consumidor ya que es quien, por la necesidad de adquirir el bien o servicio que el proveedor expide, acepta las condiciones que se le imponen; siendo obligación de las autoridades competentes siempre velar por el más débil.

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

3.1. Concepto

Es primordial tener claros los términos a los que se hace referencia en este principio para así comprender la aplicación del mismo.

3.1.1. Autonomía

Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico indica que es el “estado y condición del pueblo que goza de entera independencia, sin estar sujeto a otras leyes que a las dictadas por él y para él. En sentido figurado, condición de individuo que de nadie depende en ciertos aspectos.” Cabanellas, p.43

Entiéndase lo citado, como la facultad que cada individuo tiene para realizar todo tipo actos, solo basándose o guiado por sus propios valores o motivos, sin que alguien le imponga la forma, el tiempo y el espacio de llevar a cabo sus actividades.

3.1.2. Voluntad

“Potencia o facultad de alma que lleva a o a abstenerse. Carácter, energía psíquica capaz de mantener o imponer el propio criterio y la resolución adoptada frente a la oposición y los obstáculos.” Cabanellas, p.412

Se entiende como voluntad aquel impulso que los individuos tienen para llevar a cabo o no actos, mismos que están determinados por las circunstancias que se generan.

Para Kant “es una especie de causalidad de los seres vivos en cuanto que son racionales” (Moisá B., 1964, p. 89-90), pues el hombre al ser el único ser racional puede responder frente a sus similares por los actos que este lleve a cabo.

3.1.3. Autonomía de la voluntad

Guillermo Cabanellas indica como autonomía de la voluntad aquel “{p}rincipio fundamental para el Código Civil francés y los inspirados en él (o sea todos los redactados durante el curso del siglo pasado, excepción hecha del alemán) es la *autonomía de la voluntad*, que se enfrenta al de la declaración de ésta.”; de la misma manera indica que en el código civil argentino, en el artículo 1197 se entiende como “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. (Cabanellas G. 1997, p. 43)

En complemento de lo indicado por Cabanellas, el doctrinario Alessandri Rodríguez indica que “{l}a autonomía de la voluntad es la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido efectos y duración.”(Alessandri Rodríguez, A., 1997, p. 10). Afirmando que la autonomía de la voluntad es aquel principio que se aplica especialmente a cada una de las partes que participan dentro de las relaciones contractuales, pudiendo así cada una de éstas determinar las condiciones con las cuales llevar a cabo el contrato.

Podemos decir que la autonomía de la voluntad es un concepto procedente de la filosofía kantiana que indica que “la autonomía de la voluntad es la calidad de la voluntad en cuya virtud el hombre tiene la facultad de autodeterminarse y autorresponsabilizarse, conforme a los dictados de su conciencia, sin más límites que las idénticas y concurrentes facultades de otros hombres” (Moisés B., 1964,

p. 61-61). Así pues, ésta se refiere a la capacidad del individuo para dictarse sus propias normas morales, siendo en la actualidad un principio básico en el Derecho privado, que parte de la necesidad de que el ordenamiento jurídico capacite a los individuos para establecer relaciones jurídicas acorde a su libre

voluntad. Son los propios individuos los que dictan sus propias normas para regular sus relaciones privadas. De él se desprende que en el actuar de los particulares se podrá realizar todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido o que atente contra el orden público, las buenas costumbres y los derechos de terceros.

“Algunos autores, desde una óptica normativista, prefieren hablar de *autonomía* privada en lugar de *autonomía de la* voluntad para significar que la fuerza vinculante del *negocio* jurídico no deriva de la voluntad de las partes sino de la ley, como *precepto de autonomía* privada.”, entre esos podemos mencionar a Narváez García quien indica que la autonomía privada surge de la voluntad para negociar la cual se deriva del poder que el Estado da a los individuos para crear reglas de conducta, dentro de los límites legales, pues la autonomía privada “es un poder de crear normas jurídicas de naturaleza semejante a las del derecho objetivo” (Narváez García J, p.6), entendiéndose que ésta tiene la potestad de crear normas similares a las jurídicas, pues, “a través de la autonomía privada el hombre enajena su libertad natural, pero recibe en cambio la libertad jurídica” (Narváez García J, 1990, p.6).

3.2. Autonomía de la voluntad en la historia y su evolución.

“La noción de autonomía de la voluntad fue una construcción de la doctrina civilista francesa de los siglos XVIII y XIX, que se consideró como principio absoluto de la contratación, y por eso se denominó ‘dogma de la autonomía de la voluntad’. Por tal razón, y hasta la actualidad la autonomía de la voluntad fue considerada y actualmente sigue siendo considerada ‘en la práctica como la libertad de los particulares para celebrar los contratos que más convengan a sus intereses, sean o no reglados por la ley’”, logrando de esta manera un acuerdo de voluntades entre las partes que suscriben un contrato (Narváez García J, 1990, p.5).

En tiempos primitivos se consideraba al principio de la autonomía de la voluntad como un principio de derecho natural, afirmación que la hacía el profesor André Rouat indicando que lo era así “porque se basa en una regla de moral indiscutida. No podría existir derecho que pudiera prevalecer contra una regla de moral; y el deber del legislador es, por el contrario, inspirarse en él, y traducirlo jurídicamente, como lo ha hecho el Código Civil.” En aquella época y de igual manera que en la actualidad, los hombres tienen voluntades opuestas, que llevan a conflictos, mismos que antes eran solucionados por mano propia, predominando la ley del más fuerte, sin embargo, “el hombre evolucionó a formas más civilizadas de solución de conflictos hasta *la tercerización* de la administración de justicia en un poder central, pero en toda esta evolución estuvo siempre presente, aunque muchas veces en forma instintiva, la *autonomía de la voluntad*.” (Moisá B., 1964, p 26-27)

Posteriormente, en la antigüedad clásica, específicamente en Grecia, “encontramos los cimientos filosóficos de nuestra civilización occidental, y los fundamentos de toda ulterior concepción empírica o especulación racional del Derecho.”, y se consideraba extraño a la conciencia jurídica del pueblo griego la “idea de un derecho subjetivo entendido como la facultad para desarrollar la individualidad fuera e independientemente del Estado”. A esta época se la ha dividido en tres etapas, la primera, aquella denominada “pensamiento presocrático”, en la que poco a poco se fue generando “una referencia a la Justicia como una *relación aritmética*, una *relación de igualdad*”, posteriormente, “los sofistas se plantearon el problema de lo *justo por ley* (iuspositivismo) y de lo *justo por naturaleza* (iusnaturalismo), pronunciándose en general a favor de la primera tesis, por entender que si existiese una justicia por naturaleza todas las leyes serían iguales.” Por lo dicho, podemos decir que “{e}sta línea de pensamiento sin duda da un amplio margen a la *autonomía de la voluntad*, pero desconoce sus límites al negar la naturaleza social del hombre.”, pues se entendía que “el hombre tiene una naturaleza doble, *individual y social*, en la cual la autonomía de la voluntad reconoce sus *fundamentos y límites respectivamente*.” (Moisá B., 1964, p. 27-28)

La siguiente época es aquella conocida como “pensamiento de los grandes filósofos”, entre estos están Sócrates, quien sostenía “la existencia de una *justicia superior*, para cuya validez no es necesaria una sanción positiva ni una formulación escrita.” razón por la cual Del Vecchio lo consideraba como uno de los principales fundadores de la Ética.

Del mismo modo, en esta época se habla de Platón, para quien “la *autonomía de la voluntad* es reducida a su mínima expresión”, pues consideraba que el poder del Estado era ilimitado, pues “nada queda reservado al arbitrio de los ciudadanos, sino que todo cae bajo la competencia e intervención del Estado.”

Para Aristóteles “el Estado es una necesidad que encuentra su fundamento en la naturaleza misma del hombre, al que considera un *animal político*”, pues este filósofo “admite en homenaje a la *libertad contractual* que en las conmutaciones privadas pueda haber un *provecho*, una *pérdida* o que no haya *ni provecho ni pérdida*, sin que ello afecte a la *justicia correctiva*”, entiéndase la justicia correctiva como en la que existe una “*proporción asimétrica* en las transacciones o conmutaciones privadas, trátase de relaciones *voluntarias* o *involuntarias*” (Moisá B., 1964, p. 28-31)

Finalmente tenemos la etapa del “pensamiento post aristotélico” en la cual se destacan dos escuelas, la Estoica, siendo aquella que aseveraba la “{e}xistencia de una *ley natural* que vale universalmente pero que a su vez se refleja en la conciencia individual, de la que el hombre es partícipe por su propia naturaleza”; y, la escuela Epicúrea, para la cual “el único bien es el *placer*” concediendo una mayor importancia al *espíritu*, considerando a la *amistad* como el más grande de los placeres”, por tal razón Del Vecchio consideró como “la primera formulación concreta de la *teoría del contrato social*, que viene a contraponerse a las doctrinas platónicas y aristotélica, que fundan al Estado en la naturaleza misma del hombre.” (Moisá B., 1964, p. 31-32)

En el Derecho Romano, “la autonomía de la voluntad, en particular la contractual, tuvo dos alcances distintos, el primero en el “Derecho Romano

clásico” en el que “se reconoció la más amplia *independencia* al individuo y *autonomía de la voluntad*”, pues se establecía que el Estado no intervenga en los actos privados ya que “[l]a voluntad era fuente de todo derecho y obligación”; y, el segundo en el “Bajo Imperio”, en el que el Estado llegó a intervenir en todos los órdenes de la vida, pues éste “[i]nstauró una política de contralor sobre la producción y el comercio, vinculó a los individuos a sus ocupaciones y fijó precios máximos”. (Moisa B., 1964, p. 35-36)

En la Edad Media, se distingue el derecho canónico y el derecho laico, en el primero la iglesia le dio un tinte moralizador al Derecho y a su vez un “sustento espiritual al principio de la *autonomía de la voluntad* al consagrar la máxima “*pacta sunt servanda*” estableciendo de tal manera como pecado asimilable a la mentira y por lo tanto a no cumplir con lo pactado. En el derecho laico se continuó con la “tendencia intervencionista y dirigista del Bajo Imperio” pues en el sistema feudal que se encontraba vigente “en teoría el rey mantenía su supremacía, pero en la práctica el poder era ejercido por los señores feudales que sometían a sus vasallos hasta reducir a la mínima expresión sus libertades civiles.” (Moisa B., 1964, p. 42)

“La simbiosis armónica entre la labor unificadora de los romanistas en lo jurídico y el triunfo de las ideas liberales en lo filosófico hizo renacer el principio de la *autonomía de la voluntad* con todo su esplendor”, es por eso que en la modernidad podemos distinguir principalmente en la Revolución Francesa como el principio de igualdad y libetar que se promulgó en el preámbulo de la Constitución Francesa de 1791, en la que se estableció en el artículo 4 que “[l]a libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a los demás.”, de la misma manera en el artículo 5 se indicó que “La ley sólo puede prohibir las acciones perjudiciales para la sociedad.”, de esta manera “quedaba consagrado positivamente el principio de *autonomía de la voluntad* para los franceses, pues *libertad* e *igualdad* hacen a su esencia.” Debido a la Revolución Francesa y por la codificación del *Código Napoleónico* que fue fruto

de ésta, el principio se amplió a todas aquellas legislaciones del mundo que tomaron sus bases de este código.

Otro hecho relevante en la historia en el que podemos evidenciar el principio de autonomía de la voluntad es la “Revolución Industrial”, misma que, como se mencionó en el capítulo segundo de este trabajo, generó un desarrollo extraordinario del comercio y por lo mismo de consumo masivo lo que generó cambios tanto económicos como también sociales y políticos y como consecuencia de lo indicado se acentuó un “desequilibrio fáctico que no pudo ser previsto en las legislaciones decimonónicas”. (Moisá B., 1964, p. 53-54)

3.3. Consecuencias y fundamentos de la autonomía de la voluntad.

La consecuencia más relevante que acarrea el principio de autonomía de la voluntad es que “los particulares pueden pactar toda clase de contratos, sea o no de los especialmente reglados por la ley; combinar unos y otros entre sí, atribuir a los contratos que celebren efectos diferentes de los que les atribuye la ley y aún modificar su estructura” (Alessandri A. 1995, p.10). Esto siempre que se respete la redacción básica que se analizó en el primer capítulo de este trabajo, ya que se puede modificar aquellas cláusulas que no sean las esenciales del contrato. Así mismo no pueden ir en contra de la ley, el orden público o las buenas costumbres, pues dichas estipulaciones serían nulas de acuerdo a las circunstancias. (Alessandri, A. 1995, p. 10-11)

3.4. Límites de la autonomía de la voluntad.

Dentro del proceso de evolución, para llegar a una clara concepción del principio de “autonomía de la voluntad”, se determinó que este tiene varias limitaciones pues, “los contratantes no pueden alterar, modificar ni variar los elementos de la esencia del contrato que celebren” (Narváez García J, 1990, p.6), ya que de esta manera podrían dejar sin efecto al mismo o a su vez cambiar la figura a un nuevo tipo de contrato. “No pueden tampoco estipular

nada que vaya contra las *prohibiciones legales*, el *orden público* o las *buenas costumbres*; tales estipulaciones serían nulas absolutamente por ilicitud de objeto o de causa, según las circunstancias.” (Alessandri A., 1997, p. 11)

Otro limitante a la autonomía de la voluntad es la norma imperativa, pues a diferencia de las normas dispositivas que sirven para suplir la autonomía de la voluntad en aquellos sitios en donde la autonomía de la voluntad no haya establecido algo expresamente, la norma imperativa (impositiva), sin embargo, actúa en todo caso, como norma de obligado cumplimiento. Es un límite a la autonomía de la voluntad. Cabe señalar que en el Derecho público se pueden encontrar muchas más normas imperativas (sobre todo en el ámbito sancionador), siendo éstas más escasas en Derecho privado, pues existen casos en los que el Estado debe regular una forma de comportamiento que sea igual para todos. Es importante ver cómo juega el papel de la autonomía de la voluntad en el Derecho comercial, como el derecho a la rescisión de un contrato con base en el desacuerdo con el objeto. (Cano J. 1998, p.27)

3.5. La aplicación del principio de autonomía de la voluntad en lo contractual.

De acuerdo a lo analizado en los dos capítulos anteriores, podemos indicar que todo contrato, al ser libre es justo y viceversa. En tal virtud es importante considerar que “{e}n materia contractual la intervención legislativa debe reducirse al mínimo, porque siendo el contrato el resultado del libre acuerdo de las voluntades entre personas colocadas en un perfecto pie de igualdad jurídica, no puede ser fuente de abusos ni engendrar ninguna injusticia” (Alessandri A., 1995, p. 11).

El acuerdo de voluntades, esto es, el consentimiento, se constituye en el requisito primordial para la formación del contrato. Es un verdadero acto de volición que ha sido precedido por otras actos intelectivos, que al final dan

como resultado una toma de decisión que es la expresión del dar, hacer o no hacer de un contrato. (Alessandri A., 1995, p. 122). Teóricamente, este acuerdo deben manifestarlo las partes en pie de igualdad; es decir, situadas en un mismo nivel de condiciones, sin que una de ellas tenga primacía sobre la otra, “por lo menos desde el punto de vista jurídico”, como señala Messineo, ya que no siempre lo están desde el punto de vista económico”

Así mismo, aquella libertad jurídica o autonomía de la voluntad que se pregona en el Derecho de los Contratos, se expresa por las manifestaciones de los individuos que someten su comportamiento a las reglas de conducta en sus relaciones con los demás, que constituyen el principio rector en la formación, estructura y contenido de los negocios jurídicos, que implica:

- “1) *potestad de las personas de celebrar o no celebrar contratos;*
- 2) *posibilidad para los contratantes de discutir las cláusulas que integran el contenido del contrato, sin más restricciones que las impuestas por la ley, el orden público y las buenas costumbres;*
- 3) *facultad de elegir la ley aplicable, siempre que no se atente contra el orden público, o de invocar reglas uniformes que imperan en el tráfico mercantil internacional;*
- 4) *adoptar las formas más convenientes para expresar su voluntad, salvo las excepciones legales; y*
- 5) *atribuir a los contratos los efectos que acuerden, salvo también excepciones.”* (Narváez García, 1990, p.13)

En el contrato de adhesión no existe voluntad contractual, por lo menos de una de las partes, de la económica y jurídicamente débil, que solo otorga su aceptación sin hacer ingreso a discutir ninguna de las cláusulas del contrato, entre las que se hallan aquellas que atentan a sus intereses y que resultan ser abusivas. Además este tipo de contratos, son aquellos en los cuales por determinadas circunstancias, las partes no se hallan en igualdad de condiciones, registrándose la primacía de una de ellas que impone las

cláusulas del contrato conforme a sus intereses, mientras que la otra, sin tener libertad para discutir, actuando como débil jurídico en esta relación, simple y llanamente las acepta; adhiriéndose de este modo a las cláusulas que le han sido impuestas.

El contrato de adhesión se encuentra casi siempre ya redactado por la parte económica y jurídicamente fuerte que impone sus condiciones a la otra, que resulta ser el débil jurídico, registrándose de este modo un “abuso de la libertad contractual”, como dicen Ripert y Boulanger.

3.6. La autonomía de la voluntad en la legislación ecuatoriana

En la legislación ecuatoriana podemos apreciar que la norma magna afirma lo dicho en este capítulo.

3.6.1. Constitución de la República del Ecuador

En el Título II de la Constitución de la República del Ecuador que trata sobre los Derechos, específicamente el Capítulo sexto que trata de los derechos de libertad, el artículo 66, en el numeral 16 reconoce y garantiza a las personas *El derecho a la libertad de contratación.*”

Del artículo citado, podemos entender que el Estado nos garantiza y vela la independencia de cada ciudadano para escoger la posibilidad de ser parte contratante o a su vez contratada.

Además en el capítulo tercero, que trata de los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, en la sección novena que trata de las personas usuarias y consumidoras, el artículo 52 indica que “*Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.*”

Podemos ver como la norma magna protege a las personas que requieren consumir diferentes productos y servicios, mismos que deben cumplir ciertas características. De la misma manera indica que “*la ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.*”

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En razón de la investigación y del análisis efectuado, he logrado obtener las siguientes conclusiones y recomendaciones:

4.1. Conclusiones

4.1.1. En el ámbito contractual, de acuerdo a lo analizado, podemos decir que a consecuencia de la globalización existente en el mundo y el creciente consumismo de bienes y servicios por parte de los seres humanos, las sociedades comerciales, independientemente de su razón social o su vinculación a empresas de trazo transnacional o local, poco a poco han ido desarrollando modelos de contratos, los cuales tiene una serie de características que en estricto sentido de interpretación legal no cumplen con características inherentes a aquellas consideradas para un acuerdo de voluntades, con preceptos de índole legal o doctrinario, a estos, como lo hemos analizado a lo largo de este estudio, se los denomina contratos de adhesión. Estos contratos, dentro de un paradigma comercial, empresarial y corporativo, se los podría considerar como genéricos, pues, en la actualidad los que se negocian libremente son la excepción. Con un análisis más profundo, los contratos de adhesión son aquellos que desde un punto de vista legal y doctrinario cumplen con las características inherentes a los contratos como máxima expresión de la voluntad, siendo sus cualidades mas resaltables el cumplimiento de los preceptos señalados en la legislación ecuatoriana, más específicamente en el Código Civil, Código de Comercio y las normas secundarias complementarias. Ahora bien, es cierto que se debe considerar la aplicación de principios, como los son los de racionalidad y eficiencia empresarial; sin embargo, en la misma legislación nacional, como ya lo hemos analizado, para que los contratos de adhesión sean válidos deben cumplir con las formalidades establecidas en la ley. Esto nos lleva a uno de los temas

principales de reflexión, la necesidad por parte del consumidor en adquirir ciertos bienes o servicios sin la posibilidad de llevar a cabo una negociación conjunta de las cláusulas de estos contratos, mismas que muchas veces son oscuras. Lo que nos permite deducir que la problemática principal es la posible falta de expresión de voluntad del consumidor en cuanto a la negociación, pues, la vida cotidiana y la necesidad de adquisición de servicios como agua, gasolina, servicio telefónico, etc, y bienes y servicios de lujo como lo son la telefonía celular o el servicio de televisión pagada, nos hace entrar en la obligación de suscribirlos, por lo que no podemos decir que estos no cumplen con las disposiciones del Código Civil o la legislación mercantil,

Sería irracional emitir un criterio de negación sobre la validez legal de este tipo de contratos; sin embargo, no es descabellado criticar su problemática, más aún si, por ejemplo jurisprudencialmente, se considera que, aunque exista un contrato y una de las partes haya escrito de puño y letra una condición adicional a las establecidas en un formato, éste será de completa y absoluta validez, lo que abre la posibilidad a que el contrato de adhesión, siendo y cumpliendo con sus características, pueda romperse el paradigma de una imposición de toda la voluntad por parte del proveedor y entremos en una disyuntiva de lo que es o no es negociable en estos contratos.

4.1.2. Los contratos en general, de acuerdo a lo indicado en el primer capítulo de este trabajo, pueden ser viciados por ciertas causas, lo que deriva en la nulidad relativa o absoluta. De acuerdo al Código Civil, artículo 1697, “{e}s nulo todo acto o contrato que a falta de algún de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.”

El artículo 1472 del Código Civil asevera que “la fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo, condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor

de verse expuesto ella, su cónyuge o alguno de sus ascendentes o descendentes, a un mal irreparable y grave. El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar al consentimiento.”

Por lo tanto, si es que en la suscripción de un contrato, el consentimiento se encuentra viciado por fuerza, se entiende que no existe la voluntad de manera libre y espontánea debido al miedo que es ejercido sobre quién debe emitir su voluntad, de acuerdo al artículo 1473 del Código Civil, “[p]ara que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza el que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona, con el fin de obtener el consentimiento.”

Relacionando lo aquí indicado y según lo analizado en el segundo capítulo de esta disertación, se considera que muchas veces la suscripción de este tipo de contratos se lo hace por necesidad, entendiéndose éste término como aquel “{impulso irresistible que hace que las causas obren infaliblemente en cierto sentido” (Diccionario de la Real Academia Española), pues los servicios que se prestan y los productos que se adquieren por este tipo de contratos que son adquiridos por la influencia social y la necesidad que estos acarrear, pudiendo ser ésta entendida como fuerza que la sociedad en general ejerce para la adquisición de los bienes o servicios.

De esta manera, podemos cuestionarnos si esta necesidad de adquirir los productos y servicios que se comercializan con la aplicación de los contratos de adhesión verdaderamente puede entenderse como la fuerza que vicia el consentimiento.

Del análisis durante este trabajo, considero que la presión que ejerce la sociedad sí se podría considerar como fuerza, lo que genera en cada consumidor la necesidad de día a día adquirir cada uno de los productos y acceder a servicios no porque de verdad los necesita, sino por la imposición de la convivencia en sociedad.

4.1.3. El Derecho del Consumidor es una rama especializada de las ciencias jurídicas, interrelacionada con otras ramas de las ciencias sociales y

económicas, que tiene su origen en el Derecho Civil y en el Derecho Mercantil, con énfasis social, cuyo objeto es el de regular las relaciones contractuales que se generan por el consumo y de esta manera proteger los derechos que el consumidor puede acceder por la suscripción de los contratos de adhesión. De lo analizado podemos indicar que la utilización de estos contratos no legitima a los proveedores a insertar cláusulas abusivas, pues en el desarrollo de estas nuevas formas y mecanismos contractuales se ha acentuado una realidad que siempre ha estado presente: la desigualdad o desequilibrio económico y social de las partes del contrato de adhesión. Las modernas modalidades, por lo demás necesarias y positivas para el eficiente funcionamiento del comercio masivo de la actualidad, han tenido como resultado negativo en la acentuación de estas desigualdades.

4.1.4. La autonomía de la voluntad es un principio elemental, no sólo de la contratación, sino de las relaciones sociales en general, ya que se deriva de un principio mayor: la libertad humana. Este principio es el fundamento de la sociedad democrática, por ello su importancia en la contratación comercial. De lo expuesto en el tercer capítulo, este principio ha estado presente en todas las etapas de la evolución contractual, no obstante su mayor o menor incidencia. Pasó desde su gran apogeo en el contrato clásico, a su denominada crisis en el contrato moderno debido al dirigismo y predisposición contractual.

La predisposición contractual es un fenómeno actual que, si bien se configuró gracias a las libertades y facultades otorgadas por la autonomía de la voluntad, podemos aseverar que ha llegado a restringir dicho principio. Pues con la predisposición contractual, la autonomía de la voluntad se restringe, ya que solo una de las partes manifiesta sus condiciones en el contrato, lo que refleja la desigualdad negocial, económica y de status o condición de dichas partes en la contratación.

4.1.5. En el primer capítulo se dijo que el consentimiento es aquel acuerdo de las voluntades de dos o más personas sobre un objeto jurídico y, en el tercer capítulo se asevero que la autonomía de la voluntad es aquel principio que se

aplica especialmente a cada una de las partes que participan dentro de las relaciones contractuales, pudiendo así cada una de éstas determinar las condiciones con las cuales llevar a cabo el contrato; entendiéndose que dentro de un contrato el consentimiento es la relación entre las partes suscriptoras de éste, y que el principio de autonomía de la voluntad se aplica a cada una de las partes.

Por eso, es el principio de autonomía de la voluntad el que se ve afectado en la suscripción de los contratos de adhesión, pues, sin considerar la razón por la que el consumidor adquiere el bien o servicio, el simple hecho de acudir al proveedor y solicitar el bien o servicio, se entiende que expresa su consentimiento; sin embargo, al no poder negociar la forma de adquisición del bien o servicio, hace que su autonomía de la voluntad se vea afectada.

4.2. Recomendaciones

4.2.1. La excesiva libertad en la contratación traería como consecuencia la distorsión del comercio y la eliminación del libre comercio, premisas de las cuales se partió para impulsar las nuevas formas de contratación. Aunque parezca contradictorio, los nuevos mecanismos de comercio, que día a día se complejizan e incrementan en nombre del libre mercado, han generado una variedad de restricciones a éste. Dichos mecanismos, al limitar la competencia y distorsionar el libre mercado, limitan la libertad contractual.

No obstante, el excesivo uso de esta libertad podría generar desigualdades e inequidades mayores, de por sí ya existentes, en el ámbito del comercio internacional y tornar a esta actividad en una guerra entre los más fuertes por acaparar todos los espacios y las oportunidades que de dicha actividad emanan.

Para sobrellevar lo indicado, se requiere de un Estado regulador y reequilibrador de las relaciones, pues el desigual goce de la autonomía de la voluntad es muy frecuente; así, se puede evitar la existencia de una parte débil.

4.2.2. Se ha dicho que en los contratos, la autonomía de la voluntad, para ser tal, debe ser bilateral, lo que implica libertad e igualdad recíproca.

Para el efecto, el contrato debe ser justo, en el que primen principios como el bien común, la honestidad, la solidaridad y la equidad. Para alcanzarlo, la autonomía de la voluntad debe primar cuando las partes son iguales y la equidad debe hacer lo propio en el caso de partes desiguales. Una sociedad justa y moderna no puede permitir que un sujeto, para la consecución de sus objetivos, tenga que abusar o engañar al otro contratante.

4.2.3. Considero necesario que la Ley de Defensa del Consumidor, de la misma manera en la que evita que un proveedor redacte cláusulas abusivas en un contrato de adhesión, las cuales puedan perjudicar de manera directa a los consumidores debe velar el cumplimiento del principio de autonomía de la voluntad a favor del consumidor.

Una posible solución podría ser la incorporación de una cláusula en la que el consumidor, como parte débil en la suscripción del contrato de adhesión debido a que éste al adquirir el bien o servicio solo firma el contrato, pueda expresar su disconformidad con las cláusulas que no está de acuerdo. Esta posibilidad podría ayudar a la resolución de conflictos en caso de existir una denuncia ante la defensoría del pueblo, órgano encargado de llevar a cabo el trámite correspondiente para la solución de conflictos por contratos de adhesión.

REFERENCIAS

Libros

- **ALESSANDRI RODRIGUEZ**, De los Contratos, Editorial TEMIS (1995).
- **ALTERINI A., DE LOS MOZOS J., SOTO C.**, Contratación Contemporánea (2000), Editorial Temis S.A. Lima-Perú.
- **CABANELLAS DE LA CUEVA GUILLERMO**, Diccionario jurídico elemental,. Séptima Edición, 1997.
- **CLARO SOLAR LUIS**, Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. Editorial Nascimento. (1936), Santiago de Chile, Chile.
- **DE CASTRO Y BRAVO**, Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes, Ed. Civitas, 1965 y 1975, Madrid-España.
- **DÍEZ PICAZO LUIS**, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial Volumen I Teoría Del Contrato, 1993.
- **GARCÍA AMIGO MANUEL**, Teoría General de las Obligaciones y Contratos Editorial MacGraw-Hill, 1995, Buenos Aires, Argentina.
- **RUIZ Muños Miguel**, Curso sobre protección jurídica de los consumidores. Instituto Nacional de Consumo, 1999, Madrid España.
- **KAUNE ARTEAGA WALTER**, Curso de Derecho Civil, Volumen I, Editorial Jurídica "Zegada", 1992, La Paz, Bolivia.
- **LEON GUGUIT**, Las transformaciones generales desde el Código Napoleón, Ed. Madrid, 1926.
- **LORENZETTI R.** Contratos Parte *Especial* Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores . 1997, Buenos Aires, Argentina.
- **MORALES ALVARES J.**, (1995), *Teoría General de las Obligaciones*. Cuenca,Ecuador.
- **MORALES ALVARES J.**, Teoría General de las Obligaciones, Pudelco Editores S.A., 1995, Cuenca, Ecuador.
- **MELGAREJO DHERY PRIETO**, Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, Rubinzal Culzoni Editores, 1995.

- **MOSSET ITURRASPE, JORGE**, El principio de buena fe y las cláusulas contractuales abusivas, Universidad Nacional de Buenos Aires, Argentina.
- **NARVÁEZ GARCÍA. J.**, Obligaciones y Contratos Mercantiles, Editorial TEMIS S.A., 1990, Bogotá, Colombia.
- **OSPINA FERNÁNDEZ, G. Y OSPINA ACOSTA, E.**, Teoría general del contrato y del negocio jurídico (7ª ed.), Editorial S.A. 2005, Bogotá, Colombia.
- **PEÑA GUZMÁN L.; ARGUELLO, L.**, Derecho Romano, Editorial TEA, 1962.
- **PUIG BRUTAU J.**, Fundamentos de derecho civil, Casa Editorial Bosch, 1954, Barcelona, España.
- **RODRÍGUEZ AZUERO R.**, De los Contratos. Editorial jurídica de Chile, 2000.
- **RODRIGUEZ AZUERO R.**, Contratos Bancarios: su significado en América Latina, Editorial LEGIS, 2002, Bogota, Colombia.
- **SANCHEZ CALERO FERNANDO**, Instituciones de Derecho Mercantil, 20 a. edición, Editorial Mc GrawHill, 1997, Madrid, España.
- **SCHVARTZ LILIANA**, Defensa de los Derechos de los consumidores y usuarios. Editorial García Alonso, 2005.
- **SOTO CARLOS ALBERTO**, La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto, Palestra Editores, 2000, Lima, Perú.
- **STIGLITZ R. Y STIGLITZ G.**, (1985), Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor, Ediciones Depalma. 1985, Buenos Aires, Argentina.
- **URÍA RODRIGO**, Derecho Mercantil 7ª edición, Editorial España, 1970, Madrid-España.
- **VILLEGAS C.**, Contratos Mercantiles y Bancarios Tomo I, Contratos Mercantiles, Edición del autor, 2005, Buenos Aires, Argentina.

Diccionario:

Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición. Madrid, España.