



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

La nulidad de los Contratos De Adhesión por falta
de consentimiento

TRABAJO DE GRADUACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR

Mónica Mishel Flores Vanegas

Director: Dr. Jorge Enrique Morales Álvarez

Cuenca – Ecuador

Año

2023-2024

DEDICATORIA

Este trabajo va dedicado a mis padres; Antonio y Mónica que han sido apoyo y soporte en toda mi carrera universitaria; a mis abuelitos Julio Coello y Gladys Cruz, que han sido guía, ejemplo y muchísimas veces padres para mí; a mis hermanas, compañeras de juegos, aventuras y protectoras; y por último a Karen, gracias por llegar en el momento preciso a ser luz, apoyo e inspiración.

1 AGRADECIMIENTO

Agradezco a mis Padres, por ser un apoyo a lo largo de mi formación académica.

A los amigos que me dio la universidad, que se han convertido en una familia, en un apoyo y compañía.

Al Doctor Jorgito Morales, que es director del presente trabajo, gracias por su paciencia, por su tiempo, por las enseñanzas y por convertirse en un amigo y ejemplo.

Y gracias a todo el personal docente, al personal administrativo que han aportado y hecho posible para que culmine con mi carrera universitaria.

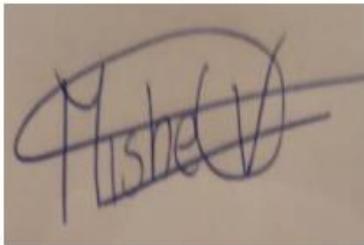
2 RESUMEN

Los negocios jurídicos por adhesión constituyen una institución que, en la sociedad ecuatoriana, provoca en disímiles ocasiones, afectaciones a la naturaleza jurídica del acto legal en sí. Ya que, se trata de que la voluntad del consumidor se encuentra restringida y no queda otra forma que someterse al imperio de las cláusulas y preceptos que el proveedor ha establecido, produciendo ausencia de consentimiento como elemento esencial del negocio jurídico. Por todo lo expuesto, el presente trabajo de titulación busca determinar si el consumidor podría demandar la nulidad del negocio jurídico de adhesión por la falta de consentimiento dentro del mismo, a fin de visualizar, si dichos contratos guardan armonía jurídica con los preceptos normativos que rigen el marco jurídico contractual.

3 ABSTRACT

Legal businesses by adhesion constitute an institution that, among Ecuadorian society, provoke in dissimilar occasions, affections to the legal nature of the legal act itself, given that the consumer's will is restricted and there is no other choice but to submit to the ruling of the clauses and precepts that the supplier has established, producing absence of consent as an essential element of the legal business. Based on the exposed, the present thesis paper sought to determine if the consumer could sue the nullity of the legal business by adhesion due to the lack of consent within the business, in order to visualize if such contracts keep legal harmony with the normative precepts that rule within the contractual legal framework.

Translated by



Mónica Mishel Flores Vanegas



ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	I
AGRADECIMIENTO	II
RESUMEN	III
ABSTRACT	IV
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1	2
1. NOCIONES GENERALES DEL NEGOCIO JURÍDICO	2
1.1. Diferencias conceptuales entre acto y hecho jurídico	2
1.2. El Negocio Jurídico	5
1.3. Elementos del contrato	6
1.3.1. Elementos de la naturaleza:	6
1.3.2. Los elementos accidentales de un contrato	7
1.3.3. Elementos de la esencia de un contrato.	7
1.4. Clases de Contratos	7
1.4.1. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS EN RAZON DE	8
1.4.1.1. LAS PARTES QUE SE OBLIGAN:	8
1.4.1.2. POR UTILIDAD QUE PRESTAN:	8
1.4.1.3. POR EQUIVALENCIA DE LAS PRESTACIONES:	8
1.4.1.4. POR LA MANERA COMO EXISTEN:	8
1.4.1.5. POR SU FORMACION Y PERFECCIONAMIENTO:	8
1.4.1.6. POR SU DENOMINACION:	8
1.4.1.7. SI SE DISCUTEN O NO SUS CLAUSULAS POR LOS CONTRATANTES	8
1.4.1.8. POR LA FORMA DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN:	9
1.5. Elementos esenciales del Negocio Jurídico	9
1.5.1. Capacidad	10

1.5.2.	Consentimiento	10
1.6.	Principio de autonomía de la Voluntad	11
1.7.	El consentimiento	12
1.7.1.	LOS DOS MOMENTOS DEL CONSENTIMIENTO	13
1.7.1.1.	La Oferta:	13
1.7.1.2.	La Aceptación:	13
1.8.	Cláusulas abusivas conceptos	16
1.8.1.	Características de las cláusulas abusivas	17
CAPITULO 2		17
2.	EL CONTRATO POR ADHESION EN LA LEGISLACION NACIONAL E INTERNACIONAL	17
2.1.	Concepto	17
2.2.	Naturaleza y Características	19
2.3.	Beneficios del contrato de Adhesión	20
2.4.	Perjuicios del contrato de Adhesión	21
2.5.	Legislación Ecuatoriana	22
2.6.	Derecho comparado	28
2.6.1.	Argentina	28
2.6.2.	Venezuela	29
CAPITULO 3		30
3.	LOS CONTRATOS DE ADHESION FRENTE A LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL NEGOCIO JURIDICO	30
3.1.	El contrato de adhesión y los elementos esenciales del contrato	30
3.1.1.	Capacidad	30
3.1.1.1.	Clases de Capacidad:	31
3.1.2.	Objeto	32
3.1.3.	Causa licita	33
3.2.	Conclusión y Posibles Soluciones	34

5 INTRODUCCIÓN

El avance de la sociedad y de sus necesidades en las últimas décadas, ha provocado que los negocios implementen el uso del contrato de adhesión, ya que al evidenciar que es alta la cantidad de consumidores que necesitan adquirir cierto servicio o producto debido al uso diario de los mismos, siendo estos ofertados por medio de los negocios jurídicos de adhesión, contratos que son redactados por una sola de las partes que usualmente son los proveedores de un servicio o producto, donde el consumidor es el que acepta este contrato sin tener la oportunidad de negociar el antes mencionado. La referida situación provoca que, los individuos que no están de acuerdo con determinada cláusula contractual, no puedan adquirir los productos o servicios ofertados debido a que, las disposiciones contractuales ya se encuentran preestablecidas, produciendo que sea imposible, según los oferentes, modificarlos, generando que se ponga en tela de duda el consentimiento, siendo este como este un elemento esencial del negocio jurídico.

El primer capítulo lo dedicaremos a revisar varios conceptos de diferentes doctrinarios para tener una idea más clara entre la diferencia de acto jurídico y hecho jurídico, para poder entender la esencia misma de lo que es el negocio jurídico con los elementos esenciales del mencionado, distinguiendo la necesidad de cada uno.

El segundo capítulo será destinado a analizar precisamente al contrato de adhesión, basándonos en su concepto y a partir de este determinar los beneficios y perjuicios de este contrato, considerando a las diferentes leyes, tales como la Constitución de la República, hasta la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor donde están estipulados los derechos de los consumidores y los procedimientos a seguir para su tutela y de esta forma hacer una comparación con legislaciones de otros países.

El tercer capítulo será precisamente para analizar los elementos esenciales del contrato, para lo cual se ha tomado en cuenta, conceptos de varios doctrinarios sobre cada uno de estos elementos, para de esta forma evidenciar la importancia de la presencia de cada uno de estos dentro del contrato de adhesión, para finalmente llegar a una conclusión y a posibles soluciones a el inconveniente que existe por falta de consentimiento de una de las partes dentro de este contrato.

6 **CAPÍTULO 1**

1. **NOCIONES GENERALES DEL NEGOCIO JURÍDICO**

1.1. **Diferencias conceptuales entre acto y hecho jurídico**

Es necesario mencionar que, sabemos que todo contrato constituye sin lugar a dudas un acto jurídico y un negocio jurídico, pero no todo acto jurídico es un contrato. Por esta razón en esta parte realizare brevemente un análisis de los términos acto y negocio jurídico, así como la ubicación de estos dentro del contrato, para el jurista Bonnecasse (1945) se trata de: Un acontecimiento engendrado por la actividad humana o puramente material que, fundada en Derecho, genera situaciones o efectos jurídicos, aun cuando el sujeto de este acontecimiento no haya tenido, ni podido tener el deseo de colocarse bajo el imperio del Derecho. (pág. 165).

Teniendo en cuenta lo expuesto por Bonnecasse, debemos mencionar que un acto jurídico es un acontecimiento, pero lo que se debe entender que no todo acontecimiento constituye un hecho o acto jurídico, pues solo aquellos en los que la ley reconoce que se producen resultados jurídicos, serán considerados acontecimientos jurídicos.

El mencionado jurista al exponer su concepto esboza una deficiencia, pues expone que dicho acontecimiento surge como consecuencia de la voluntad humana o de un hecho puramente material, o sea, en el que no interviene el deseo del sujeto. Por lo que comete una confusión al identificar como mínimo, en el orden semántico, un acto jurídico, con un hecho jurídico. Mientras que el hecho jurídico es: (...) un acontecimiento natural o del hombre que está previsto en la norma de derecho, como supuesto para producir una o varias consecuencias de creación, transmisión, modificación o extinción de derechos, obligaciones o sanciones (...). (Rojina Villegas, 1979, pág. 72

El acto jurídico es: (...) una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, y cuya manifestación se encuentra prevista en la norma jurídica como supuesto capaz de producir tales consecuencias. (Rojina Villegas, 1979, pág. 72)

Teniendo en cuenta lo antes mencionado, podemos concluir que estos dos conceptos son totalmente diferentes, por lo que él solo pensar en unificar posturas en cuanto a entenderlos como sinónimos, constituye sin lugar a dudar un error que en Derecho de Contratos no es aceptable, por lo que, retornando a lo expuesto por Bonnecasse, podemos intuir que este comete un error al considerar que aquellos actos donde es nula la voluntad humana, puedan ser considerados como actos jurídicos.

A pesar de ello, otro de los temas interesantes que expone este autor, es lo relacionado con el hecho de dicho acontecimiento, ya que tiene obligatoriamente que encontrar respuesta o fundamento en el ordenamiento jurídico. Esto quiere decir, que el acto derivado de la voluntad humana, u otro, de cualquier naturaleza, tienen que estar regulado en la legislación, esta situación será la que le otorgará la naturaleza legal. Es más que necesario realizar la distinción entre acto jurídico y negocio jurídico, porque como fórmula Domínguez Martínez (2000), “(...) la mención del acto jurídico es constante, ya se refiera a actos jurídicos en general, a actos jurídicos en sentido estricto o a negocios” (pág. 518), razón por lo que existe en doctrina, una similitud de categorías, lo que indudablemente tiende a la confusión. Por lo que ante este hecho se hace necesario distinguir adecuadamente cada categoría. Para Magallón Ibarra (1987), se trata de “(...) manifestación externa de la voluntad – no interna, porque si no se manifiesta no producirá resultados- que tiene por objeto crear, transferir o transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones” (pág. 195).

Teniendo en cuenta lo presentado por este autor, siendo concordante con las principales y la mayoría de posturas sobre lo que es acto jurídico, se trata de la manifestación exteriorizada de la voluntad, siendo esta particularidad de gran importancia, pues como ya expone el autor, si es que existe el deseo de realizar una acción determinada, y aunque estén regulados en la ley, estos deseos no se materializan al exterior y salen de la parte interna del sujeto para que de esta forma sea conocido por los demás, estos no producirán los resultados aspirados por su autor.

Por esta razón, es más que necesario, para que se dé la existencia del acto jurídico, que los deseos del o los intervinientes, no solo deseen adoptar o ejecutar, de la forma en que se encuentra estipulado en la Ley, sino que es necesario que esos deseos se hagan realidad, mediante la formalidad que establece y es admitida por la norma. De igual forma el doctrinario que mencionaremos a continuación, expone: Aguilar Guerra (2006), son

aquellos en los que “(...) interviene la voluntad humana, con la intención de producir los efectos previstos en las normas jurídicas y es considerado el género, siendo el contrato la especie” (pág. 6). Por lo cual en primera instancia se trata de un acto humano, donde el individuo genera el comportamiento dirigido por su voluntad, un deseo de conseguir el resultado previsto en la norma jurídica para dicho comportamiento. Considerando lo que dice este autor, es irrefutable que la consecuencia de la conducta que voluntariamente apadrina el sujeto, tiene que encontrar respaldo en la legislación y, por consiguiente, ser primero a dicho comportamiento, por lo que consiguientemente sus efectos ya estén comprendidos como una posible consecuencia de dicho acto.

Es importante la distinción que hace el autor, considerando que el acto jurídico es el género, y el contrato es la especie. Por otra parte, con respecto al negocio jurídico, han sido diversas las definiciones aportadas por la doctrina. Por esta razón el investigador Branca expone que: (...) es una expresión de voluntad (expresión de la propia autonomía, llamada negocial, del hombre) destinada a un fin práctico que por virtud de la ley o más o menos cabal realización: lo que equivale a decir que el ordenamiento jurídico, en vista de la legitimidad del fin, al que corresponde una función (la causa del negocio) y que, por esa razón, dada su fisonomía es digna de tutela, le otorga las consecuencias jurídicas más adecuadas para realizarlo. (Branca, 1978, pág. 51) Considerando lo que expone este autor, en primer lugar, dice que es una materialización o que se exterioriza la voluntad o el deseo de un individuo, que se da de forma deliberada y sin presiones, este decide adoptar un comportamiento determinado, según lo dicta su autonomía que debe estar presente.

Otro de los elementos importantes es que dicha voluntad o deseo, esta se encuentre dentro de los parámetros para obtener los resultados que la Ley establece. Según este autor, es más que necesario que el Derecho indique, cuáles son las consecuencias legales que producen los actos realizados, así como aquellos que provocan dichas consecuencias. Por su parte Cabanellas y Alcalá Zamora y Castillo lo definen como un: (...) acto integrado por una o por varias declaraciones de voluntad privada dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece. (Cabanellas & Alcalá Zamora y Castillo, 1979, pág. 535) Estos autores concuerdan en que se trata de un acto y consecuentemente, una expresión de voluntad o comportamiento del ser humano, en donde la conciencia juega un

importante papel.

El segundo aspecto importante que nos da esta definición, es que se compone de una o varias manifestaciones de deseos, de voluntades y se da un comportamiento dentro de la ley y para el cual están dentro de determinados efectos legales. Estos autores nos dan a entender que esa declaración de voluntad, constituyen, la base del derecho objetivo, es decir, que esa manifestación de adoptar o actuar con determinada conducta, la cual se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico, de esta forma constituyendo el pilar fundamental sobre el que se sustenta los resultados jurídicos que se provocan. Una vez que hemos obtenido ciertas consideraciones doctrinales sobre acto jurídico, negocio jurídico y contrato, es necesario establecer la relación entre ellos. Indudablemente debemos reconocer que, entre los conceptos de acto jurídico, negocio jurídico y contrato, existe una relación de dependencia y subordinación, pues como presentábamos con anterioridad según lo que expresaba Aguilar Guerra, y es la relación manifiesta de género-especie.

Dentro de estas tres instituciones se encuentra el acto jurídico, como el comportamiento realizado por el ser humano, este se encuentra previsto en la Ley y su intención es provocar los efectos jurídicos establecidos por el ordenamiento jurídico; mientras que el negocio jurídico es, aquel acto jurídico, destinado a la exteriorización de la voluntad de los intervinientes, en concordancia con lo estipulado en la Ley, para lograr los objetivos especiales, particulares, previsto en la Ley para ese exclusivo acto. Mientras el contrato, es aquel acto típico jurídico y negocio jurídico, que logra, provocar consecuencias legales únicas, debido a la exteriorización de la voluntad dirigida a lograrlo. Y el hecho jurídico es el que produce, extingue o modifica relaciones o situaciones jurídicas que se dan de forma natural sin que necesariamente intervenga la voluntad.

1.2. El Negocio Jurídico

Para dar inicio a esta parte del trabajo la pregunta clave que nos debemos hacer es: ¿Qué es un Negocio Jurídico? Hernán Coello García, nos dice que “La raíz latina del sustantivo negocio, que proviene de “negotium”, es la actividad o la actuación que lleva a cabo quien subsume su conducta al derecho. Por esta razón debe desvincularse del concepto de negocio jurídico todo acto que sea contrario al Derecho, aunque este acto

tenga, un contenido jurídico, como se da en los delitos. Que es nada menos que uno de los pilares fundamentales de todo el Derecho Penal que se consagra al estudio de la trilogía del delito, delincuente y efectos del delito y aunque provoque, además, la obligación civil de la reparación de los perjuicios económicos causados por la conducta reprochable que ha sido motivo de juzgamiento y sanción.” (Coello García, 2006, p. 22). Lo que debemos resaltar de lo que nos dice el doctor Coello es donde nos dice “no es más que la actividad o actuación que lleva a cabo quien ajusta su conducta a derecho”, lo cual es obvio que para que exista un contrato, un negocio, las partes intervinientes deben expresar su voluntad libremente.

Por otra parte, distinto doctrinario dice; Negocio Jurídico: Acto de autonomía privada que reglamenta para sus autores una determinada relación o una determinada situación jurídica. El efecto inmediato de todo negocio jurídico consiste en constituir, modificar o extinguir entre las partes una relación o una situación jurídica y establecer la regla de conducta o el precepto por el cual deben regirse los recíprocos derechos y obligaciones que en virtud de esta relación recaen sobre las partes. (Díez-Picazo, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Cuarta Edición, 1993).

Arturo Díaz Bravo al respecto manifiesta “el acuerdo de dos o más voluntades de naturaleza mercantil en la cual existe en una de las partes la presencia de un comerciante ya que su fin es la industria o el comercio o el carácter mercantil del objeto sobre el que recae, es decir, es un negocio jurídico bilateral que tiene por objeto actos de comercialización” (Díaz, 1983, pág. 34) Como se puede evidenciar existen varios conceptos que se refieren a esta materia, por lo que los doctrinarios, o los profesionales del derecho continuaran en sus esfuerzos, intentando adecuar las normas a la realidad y a los principios generales del derecho.

1.3. Elementos del contrato

Dentro del Código Civil Ecuatoriano se contempla 3 tipos de elementos de los contratos, los cuales los determinaremos a continuación:

1.3.1. Elementos de la naturaleza:

Los elementos de la naturaleza de un contrato son aquellos que, aunque no sean esenciales dentro del contrato, se entienden incorporados sin necesidad de incorporar en

una cláusula especial. No son indispensables estipularlos o mencionarlos, pues por mandato de la ley se entienden incorporados en el negocio jurídico, por ejemplo, es de la naturaleza del contrato de compraventa la obligación del vendedor sanear la cosa vendida, que comprende la evicción y responder de los efectos ocultos de la misma, sin necesidad de un pacto expreso al respecto pues se subentiende por el hecho mismo de celebrarse el contrato. (Miranda,1998, pág.27).

1.3.2. Los elementos accidentales de un contrato

Estos elementos no pertenecen al contrato ni por su esencia, ni por su naturaleza, sino que estos se adhieren al contrato mediante cláusulas especiales, pero debemos tener en cuenta que estos no son contrarios a la ley, a las buenas costumbres, a la moral ni al orden público. Por ejemplo: Plazo, condición, solidaridad, indivisibilidad, modo o la representación. Siendo como tal que estos elementos se incorporan al contrato gracias a la libre voluntad de los participantes en el contrato.

1.3.3. Elementos de la esencia de un contrato.

Estos requisitos son los que dan la existencia y validez a los contratos, siendo como tal que el Código Civil Ecuatoriano los define como aquellos elementos sin los cuales el contrato no surte efecto alguno, o degenera en un contrato diferente, estos son:

- Capacidad
- Consentimiento
- Objeto
- Causa

En algunos ordenamientos jurídicos, como en el nuestro, también se incluye la forma.

Los elementos esenciales son aquellos que “(...) constituyen requisitos de existencia del acto, sea desde un punto de vista general para que surja a la vida del derecho, o bien considerados en relación con un acto jurídico determinado” (León Hurtado, 1991, pág. 11); y están conformados por los sujetos, el consentimiento, el objeto, la causa y la forma.

1.4. Clases de Contratos

Debido a la importancia de este trabajo de titulación, he revisado apuntes tomados de clases en mis primeros años como estudiante de derecho, en los cuales, e considerado que para funciones didácticas y sin ir contrario a la legislación de Ecuador los contratos se dividen en:

1.4.1. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS EN RAZON DE

1.4.1.1. LAS PARTES QUE SE OBLIGAN:

- Son bilaterales
- Unilaterales

1.4.1.2. POR UTILIDAD QUE PRESTAN:

- Son gratuitos
- Onerosos

1.4.1.3. POR EQUIVALENCIA DE LAS PRESTACIONES:

- Conmutativos
- Aleatorios

1.4.1.4. POR LA MANERA COMO EXISTEN:

- Principales
- Accesorios
- Dependientes (Los dependientes no los define la ley sino la doctrina)

1.4.1.5. POR SU FORMACION Y PERFECCIONAMIENTO:

- Reales
- Solemnes
- Consensuales

1.4.1.6. POR SU DENOMINACION:

- Nominados
- Innominados

1.4.1.7. SI SE DISCUTEN O NO SUS CLAUSULAS POR LOS CONTRATANTES

Para el tema de este trabajo de titulación, son estos contratos a los que les vamos a dar mayor importancia y procederé a explicarlos

- Libre discusión: Las cláusulas del contrato se acuerdan por los propios contratantes (la mayor parte de contratos).
- Adhesión: Las cláusulas de los contratos están previamente establecidas, quien quiere celebrar un contrato de esta clase debe adherirse a los que se halla previamente redactado (tarjeta de crédito, planes de celular, contratación de un servicio, entre otros). Hoy en día se habla de los contratos con cláusulas predispuestas (para ganar tiempo a toda costa, sus textos se hallan previamente redactados, son contratos tipo formulario). La ley en defensa del consumidor dispone que las cláusulas redactadas utilizando una letra muy pequeña diferente a la empleada en el resto del contrato, o no surten efecto alguno o deben interpretarse en contra de quien las redactó.

1.4.1.8. POR LA FORMA DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN:

- Simultáneos
- De tracto sucesivo

1.5. Elementos esenciales del Negocio Jurídico

A consideración de Robert Pothier (1839), son tres los elementos que conceden validez al contrato, los que llamó elementos esenciales o que conforman la esencia misma del acto jurídico en sí y son aquellos “(...) sin lo cual este no puede subsistir, o forma el negocio otra especie de contrato (...)” (pág. 13); los elementos naturales, como el propio autor refiere de la naturaleza del acto exponiendo que son “(...) aquellas que sin constituir su esencia, hacen no obstante parte del él, aunque las partes nada hayan dicho (...)” (pág. 14); y aquellos elementos accidentales refiriendo que son “(...) aquellas que no siendo de su naturaleza, vienen comprendidas en él a causa de una cláusulas particular (...)” (pág. 15).

Los elementos esenciales son aquellos que “(...) constituyen requisitos de existencia del acto, sea desde un punto de vista general para que surja a la vida del derecho, o bien considerados en relación con un acto jurídico determinado” (León Hurtado, 1991, pág. 11)

Estos dos autores son muy claros al decir que sin estos elementos esenciales el contrato no tomaría vida o cumpliría su objetivo con el que las personas lo realicen, faltando uno de estos elementos, este puede llegar a ser nulo o degenerarse en otro tipo de contrato. Siendo como tal en nuestra legislación los elementos esenciales para el contrato son:

1.5.1. **Capacidad**

El Código Civil en el art, 1461 establece “la capacidad legal consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra” (Código Civil, 2016, art. 1461). Esta es una expresión ambivalente porque significa la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones

1.5.2. **Consentimiento**

Según Víctor Cevallos Vásquez en su obra “Contratos Civiles y Mercantiles” en la época post clásica fue “Gayo quien conceptúa que antes de la buena fe es el consentimiento el elemento fundamental de la noción de contrato” (CEVALLOS, 2005 pág. 50). Siendo el consentimiento uno de los elementos esenciales del contrato como lo menciona Cevallos, basándose en lo que Gayo cito, motivo por el cual en la edad media ya se entendía al concepto de contrato como un acuerdo de voluntades individuales cuya concurrencia conllevaba su perfeccionamiento. Debido a que este término es esencial para el contrato y para el objetivo de este trabajo de titulación, procederemos a retomar este término, más adelante con mayor profundidad.

- **Objeto**

Es aquello necesario para que se determine cuál es el objeto de un contrato distinguir si nos hallamos ante una obligación de dar, hacer o no hacer.

Las condiciones que debe cumplir el objeto son:

- Real

El objeto debe existir y pues si bien este no existe, debe tratarse de una cosa futura que va a llegar a existir, por ejemplo, la cosecha de un sembrío

- Determinado

Se tiene que saber cuál es el objeto específicamente para que exista el acuerdo de voluntades, sin saber esto, no podría darse el consentimiento de las partes y no se podría llegar a un acuerdo. Si es que el objeto es un hecho, este debe ser física y moralmente posible conforme a la ley y a las buenas costumbres o el orden público.

- Lícito

El código civil manifiesta que hay objeto lícito en todo lo que no contravenga al Derecho Público Ecuatoriano.

- Causa

El Código Civil dice que no es posible que existencia una obligación sin que haya una causa real y lícita, pero en ningún caso es necesario expresarla, la causa es el otro elemento esencial que influye en la validez del negocio jurídico. Para Barros Errazuris (1930) se trata del “(...) motivo que induce al acto o contrato” (pág. 137), este doctrinario hace referencia a lo fundamental que es la causa, ya que esta es la declaración y exteriorización de la voluntad de los intervinientes para de esta forma conseguir los resultados con su concertación del negocio, siempre y cuando estos estén dentro de la ley. Este elemento es el último de la esencia de los contratos, como es bien sabido que ciertos contratos requieren a veces de ciertas, celebraciones, formalidades o solemnidades para su existencia o validez, por lo que podemos decir que ciertos contratos pueden requerir cierta forma. Por ejemplo, dependiendo de las circunstancias, se puede exigir la existencia de una escritura pública, de una firma ante un notario o solicitar la presencia de testigos.

1.6. Principio de autonomía de la Voluntad

Expresión con la que los juristas tratan de resaltar que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares un amplio poder de autorregulación de sus relaciones patrimoniales. La manifestación suprema de esta autonomía es el contrato. (Aguilar Guerra, 2006). Han sido diversos los investigadores que se han pronunciado al respecto. Para Hinestrosa (2014) la autonomía implica el “(...) poder de darse a sí mismo normas” (pág. 10)

El término autonomía de la voluntad está demostrando que la norma de derecho faculta al sujeto, bien para que, por su sola voluntad, o de acuerdo con otra, pueda crear obligaciones y, por consiguiente, derechos subjetivos. Es decir, pueda engendrar la relación jurídica, y entonces tenemos, como particulares, una potestad indiscutible; la potestad de crear derechos. (págs. 94- 95).

Para resumir esta idea, es indiscutible que la autonomía de la voluntad es uno de los ejes centrales sobre el que se rige la actuación de las personas que intervienen en un contrato ya sea para adquirir un bien o un servicio, sin que su voluntad se encuentre viciada de ninguna forma, dando así paso que los contratos nazcan y tengan vida en el mundo cotidiano sin que corran peligro de que pueda demandarse su nulidad.

1.7. El consentimiento

Ospina Fernández (1994) manifiesta que el consentimiento es el precitado acuerdo o concurso de las voluntades individuales de quienes intervienen en la celebración de las convenciones (y de los actos unipersonales complejos) es lo que específicamente se denomina en el léxico jurídico con la expresión consentimiento (...) que no solamente denota la pluralidad de las manifestaciones individuales de la voluntad de los agentes, sino también la concurrencia y unificación de ellas en un solo querer (...). (págs. 144-145). Es este elemento esencial para el fin de este trabajo de titulación, por lo que podríamos decir que Ospina se refiera a este elemento como el más importante y controversial, ya que el consentimiento o voluntad es la manifestación de la voluntad de las partes, ya que por medio de este se expresa la aceptación de los términos, condiciones y naturaleza del contrato, por lo que esto implica que se tiene conocimiento de la legitimidad del acto y las consecuencias del mismo.

El Diccionario Jurídico OMEBA, define al consentimiento como “La palabra consentimiento deriva del latín *consensua*, deriva a su vez de *cum* (con) y *sentire* (sentir) y significa, por consiguiente, el acuerdo de dos o más voluntades sobre una misma cuestión” (Enciclopedia Jurídica OMEBA, 1954).

Morales Álvarez (1995): Dentro del Derecho, el consentimiento se define como el acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo objeto jurídico. Se integra por dos actos sucesivos y siempre copulativos: la oferta y la aceptación. Decíamos que la voluntad dentro de los actos jurídicos bilaterales que producen obligaciones y donde existe

manifestación de las partes llegando a un acuerdo, es reconocida con el nombre de consentimiento.

1.7.1. LOS DOS MOMENTOS DEL CONSENTIMIENTO

1.7.1.1. La Oferta:

Es un acto jurídico en virtud del cual una de las partes propone a la otra la celebración de un contrato. (En los contratos consensuales se perfeccionan solo por el consentimiento, en los contratos reales y los solemnes a más del consentimiento se requieren la entrega de la cosa y para los otros la observancia de formalidades).

La oferta puede ser indeterminada, es decir que esta se hace al público en general, pero al momento de realizar el contrato, la persona pasa a ser determinada; Puede ser oferta determinada, esta se guía a personas determinadas; Además hay oferta tácita, el claro ejemplo de esta es en un bar de escuela donde se exhibe los productos con el precio y por último la oferta expresa, esta contiene explícitamente la intención del que va dirigida la oferta) manifiesta expresa o tácitamente su conformidad con ella.

1.7.1.2. La Aceptación:

Es un acto jurídico por el cual una persona (a la que va dirigida la oferta) manifiesta expresa o tácitamente su conformidad con ella.

De igual forma la aceptación puede ser expresa y esto se da cuando existen términos explícitos y formales y esto puede ser por medio de un mandato o de manera personal; y la aceptación tácita se entiende cuando hay ciertos actos que expresan o manifiestan la intención de aceptar. Entonces se puede deducir que para que exista un contrato, es más que necesario que concurra la voluntad del aceptante con la voluntad del que propone el contrato. Según Rodríguez, la comunicación de las partes puede establecerse de manera expresa o tácita. La expresa consiste en manifestarse por la palabra, por la escritura o por signos inequívocos. La expresión tácita del consentimiento se exterioriza por una conducta que nos lleve a entender de ella la voluntad de negociar, la intención de contratar, el consentimiento tácito es el que proviene no de una declaración por medio del lenguaje de un signo inequívoco, sino de una actitud o conducta que revela la intención de contratar. (Rodríguez, 1998).

Morales Álvarez (1995) que cita Claro Solar dice: “las voluntades puestas en presencia una de otra debe consentir en la misma cosa”, pues el Doctor Morales nos dice

que, si esta propuesta es aceptada pura y simple, pues existe un concurso real de las voluntades de las dos partes; pero en caso de que esta propuesta no sea aceptada pura y simplemente, el consentimiento no se forma.

El silencio

El silencio no es ni puede ser interpretado como una expresión de voluntad, por lo que es necesario para aceptar el contrato, documentar el consentimiento, pero existe ocasiones en que el acto se puede integrar por los efectos que desencadena este silencio, pero en ellos no interviene en si el propio silencio, sino el hecho que viene con este en demostrar disposición para negociar.

Vicios del Consentimiento

Tanto el consentimiento como la voluntad pueden viciarse por las mismas causas. Los vicios del consentimiento son: Error, fuerza y dolo. Los vicios del consentimiento y de la voluntad son los mismos pero sus efectos son diferentes. La ley no ha hecho una distinción entre VICIOS del consentimiento y AUSENCIA del consentimiento. (No es lo mismo que en un contrato de compraventa una de las partes incurra en error respecto al precio, a que la una parte celebre compraventa y la otra piense que es una donación).

Nuestro Código Civil establece que son 3 los vicios del consentimiento: error, fuerza y dolo

- **Error**

Nuestro Código Civil establece dos clases de errores.

- **Error de Derecho**

El art 6 del Código Civil manifiesta lo siguiente: Art6: “La ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces” (Código Civil, 2016, art.6). Con el arreglo de la presunción de conocimiento del derecho dispuesto en el código civil no debería haber el error de derecho, pues se entiende que la ley es conocida por todos. Hay casos en que la propia ley se refiere a errores de derecho (el poseedor puede haber entrado en posesión de un bien determinado en base a un error de derecho). El contribuyente que por error a pagado un impuesto sin saber que dicho impuesto ha sido derogado. Por lo que este error no vicia el consentimiento.

- **Error de Hecho**

La relación que existe entre el dolo y el error como vicios del consentimiento, es una relación de causa-efecto, ya que el que actúa de forma dolosa, provoca en la otra parte que preste su consentimiento de forma errónea, basándose en una visión de la realidad equivocada por el engaño. (Morales, 2013, pág. 11). Este error si vicia el consentimiento de las partes, ya que es el desconocimiento o el conocimiento erróneo de la realidad de algo, nuestra legislación manifiesta que para que el error pueda considerarse como vicio del consentimiento y por lo tanto producir la nulidad del contrato, debe recaer sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de las partes contratantes.

- **Fuerza**

“Es la presión física o moral, hecha sobre una persona para decidirla a realizar un acto que sin concurrencia de esta circunstancia no la realizaría” (Rodríguez, Lecturas seleccionadas y casos de derecho civil IV., 1998, pág. 35).

Es el segundo de los vicios del consentimiento, en los negocios jurídicos entre vivos, esta da lugar a la rescisión del contrato. La fuerza es la presión física o moral que se ejerce a una persona con el fin de obligarla a prestar su consentimiento o voluntad sobre un objeto determinado o de impedirle expresar su consentimiento o voluntad.

CLASIFICACION DE LA FUERZA

1) Física: Si se emplean procedimientos materiales de violencia para obligar a una persona a consentir o expresar su voluntad.

2) Moral: Se lleva a cabo de amenazas, coacciones; mediante ellas se busca obligar a una persona a consentir o imponer una declaración de voluntad.

Dolo

Este es el conjunto de acciones o incluso maniobras que cualquiera de las partes las realiza con malas intenciones o mala fe, para obtener un beneficio económico a su favor, o una ventaja, distinta a la intención de la otra parte.

El Código Civil Ecuatoriano dice, el dolo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes contratantes y además cuando resulta evidente que sin él no se hubiese llegado a contratar, en los demás casos solo habrá lugar para ejercer la acción de

perjuicios contra quien haya empleado dolo en sus acciones.

1.8. Cláusulas abusivas conceptos

“Toda cláusula que entrañe en ventaja exclusiva del empresario, un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, siempre que lo sea en contrato de adhesión concluido entre un empresario y un consumidor, unilateralmente pre redactado por el primero”. (Stiglitz, 1994, pag. 233).

A consideración de Arana (2010) expone que estas cláusulas son abusivas cuando “(...) se da en el perjuicio que el proveedor produce a la otra parte, quien acepta la cláusula sin haberla redactado” (pág. 63), mientras que Soto (2002) expone que: (...) se considerarán abusivas todas las cláusulas o condiciones de los contratos predispuestos que atribuyan al predisponente derechos y facultades exorbitantes o introduzcan limitaciones o restricciones en los derechos y facultades de los adherentes. Igualmente, serán abusivas las cláusulas que supriman o reduzcan las obligaciones y responsabilidades del predisponente o cuando aumenten las obligaciones y cargas del adherente, trayendo como consecuencia una desnaturalización o desequilibrio en la relación jurídica creada por el contrato. (pág. 237)

Según expone Laguado Giraldo (2003) “Las cláusulas abusivas resisten todo el reproche del derecho pues violan la equidad natural y generan un desequilibrio manifiesto entre las obligaciones, cargas y derechos de las partes” (pág. 245). Considerando estas definiciones, entendemos que las cláusulas abusivas constituyen sin lugar a dudas, preceptos dentro del contrato, que igualmente ha sido celebrado de manera unilateral por el oferente, que se aprovecha de la condición de ventaja con respecto al particular, para incluirlas

Son varios doctrinarios que concuerdan en el concepto de este término por lo que, ante esta realidad, es necesario que el estado intervenga, haciendo leyes que garanticen la nulidad de cualquier acto que se le considere un abuso, de esta forma se crea una protección para los bienes de los consumidores y para estos mismos.

1.8.1. Características de las cláusulas abusivas

- La ausencia de negociación individual
- La ausencia del consumidor en la redacción de las cláusulas
- Que no cumpla con las exigencias de la buena fe
- Perjuicio al consumidor

7 **CAPITULO 2**

2. **EL CONTRATO POR ADHESION EN LA LEGISLACION NACIONAL E INTERNACIONAL**

2.1. **Concepto**

La ley orgánica de defensa del consumidor en el artículo 2 inciso tercero dice:
 Contrato de Adhesión. - “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”. (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, art. 2)

López Santa María citando a Saleilles, quien es el primer autor que reveló a la sociedad que existían estos tipos de contratos, dice que se trata de aquellos: “(...) en los cuales hay predominio exclusivo de una sola voluntad que actúa como voluntad unilateral, que dicta su ley no ya a un individuo, sino que, a una colectividad indeterminada, obligándose por anticipado, unilateralmente, a la espera de la adhesión de los que querrás aceptar la ley del contrato, apoderándose de este compromiso ya creado sobre él mismo”. (Saleilles, 2001, pág. 142)

Juan M Farina en su obra Contratos comerciales modernos, cita a Messineo, quien manifiesta: “El contrato de adhesión existe debido a una situación inicial de disparidad entre las partes, determinada por la presencia de una que, dotada de una particular fuerza contractual, impone su esquema a la otra, en el sentido de lo tomas o lo dejas, sin otra posibilidad para ésta que aceptarlo o rechazarlo”. (Farina J., 2005, pag. 97)

Francesco Messineo, en su obra Doctrina General del Contrato, dice que Adhesion procede del término francés contrat d’adhésion, estableciendo la definición que la

mayoría de doctrinarios exponen. Este autor dice que el tema más controversial de este contrato, es la ausencia de negociación, de tal forma que se desnaturaliza las concepciones tradicionales del contrato. Agrega que esta manifestación contractual “(...) supone una situación económica de monopolio legal o de hecho en la que el monopolista (productor del bien o del servicio, materia del contrato) impone su esquema contractual al consumidor” (Messineo, Doctrina general del Contrato, 1952, pág. 383).

Rubén Stiglitz, según expone en su obra El contrato por adhesión en el Proyecto de Código Civil y Comercial, el contrato por adhesión constituye sin lugar a dudas una “(...) restricción al principio de libertad de contratación (...)” (Stiglitz R. , 2015, pág. 56). Este contrato se caracteriza por la unilateralidad, rigidez, el no poder negociar las partes involucradas de igual a igual. Este autor dice que el ordenamiento jurídico debería ser el que regule estas situaciones, sobre todo aquello que tiene que ver con las cláusulas abusivas.

Son varios los autores que se refieren al concepto de Adhesión, pero uno más reciente dice que es: Aquel en el cual no se discute de forma previa, con la participación de las partes, las características del contrato, sino que una de ellas, acepta lisa y llanamente, las condiciones señaladas por la otra. (Pardo Gaona, 2013)

Podemos decir que todos estos autores, siendo de épocas diferentes, incluso muy distantes, se refieren a este tipo de contrato con un concepto muy parecido y coincidiendo que en estos contratos no existe una discusión o acuerdo entre las partes, en donde son contratos ya establecidos, en el cual la otra parte pasa solo a adherirse a lo ya preestablecido, siendo injusto y desigual, siendo el oferente el único que establece los términos y condiciones dentro del cuerpo del contrato, de esta forma haciendo que dichos términos no admitan reforma, siendo la otra parte obligado a aceptar tal como se encuentra dicho contrato o rechazándolo y no poder recibir el bien o servicio por el cual se hizo este contrato.

2.2. Naturaleza y Características

La naturaleza de los contratos civiles y de los contratos mercantiles tuvieron su origen en el Derecho Civil, pero evidentemente con el tiempo, cada uno de estos fue

tomando una dirección diferente, adquiriendo características específicas en su área, de esta manera se los distingue uno de otro. Pero una vez ya expuesto y analizado algunos de la gran cantidad de conceptos que existen sobre este tipo de contrato, es necesario observar el origen, de estos contratos de adhesión, ya que su naturaleza dependerá del tipo de negocio jurídico que se esté realizando, teniendo en cuenta si son de orden mercantil o civil.

El tratadista y catedrático Del Derecho Societario José Ignacio Narváez en su libro, *Obligaciones y contratos mercantiles*, señala las diferencias que existen entre contratos civiles y contratos mercantiles, donde indica que los contratos civiles se celebran de manera esporádica, son los contratos de carácter mercantil que se celebran en gran cantidad e incluso ininterrumpidamente. Otra diferencia entre ambos contratos, es, que, en los contratos civiles, las partes involucradas lo suscriben acordando sus condiciones, mientras que en los contratos mercantiles se lo hace firmando un contrato que ya tenía condiciones preestablecidas por una de las partes que es el oferente; estos contratos mercantiles dan paso a que se den operaciones sucesivas y vinculantes sin importar que las partes involucradas se encuentren presentes ya que se los puede realizar vía telefónica o internet. (Narvaez.pag. 35 y ss)

Rakoff (1983), investigador y ex juez norteamericano, explica que “ para estar en presencia de un contrato de adhesión debe existir un conjunto de siete circunstancias o condiciones. ” El autor nos manifiesta que como primer punto este debe tratarse de un documento, donde su efectividad y legitimidad se encuentra en entredicho, es decir, que ha sido impugnada, y que este contenga categorías y términos cuya finalidad es ser considerado como un contrato. El segundo elemento que considera este autor, es que el contenido del documento, haya sido redactado por solo uno de los concertantes. Por lo que la otra parte, que sin duda sería el impugnante, no participó en esta parte del negocio jurídico.

El tercer elemento, es que la parte que redacta el documento, lo hace frecuentemente es. decir, lo realiza en su mayor parte, por no decir en su totalidad. Es importante plantear que cada uno de los términos y condiciones establecidos en el contrato, son inmutables, o sea, no admiten reformas, por lo que la parte a la que se le presente, tendrá que aceptarlas o no.

Por otra parte, Stiglitz (1994), nos expresa que “ existe un conjunto de elementos

que caracterizan al contrato de adhesión, como la unilateralidad, la cual es establecida por la unilateralidad de la voluntad plasmada en el texto; la rigidez, pues, la parte quien es destinatario del contrato, no podrá realizar modificaciones ni negociar, ya que de forma anterior ha sido establecida. ``

2.3. Beneficios del contrato de Adhesión

En el libro, Enfoque económico del Derecho, Soncco Mendoza (1994) manifiesta que `` mediante la implementación de los contratos de adhesión, el beneficio más transcendental, es la reducción de los costos de transacción para los consumidores, esto desencadenando en una reducción de costos en todos los elementos necesarios que implicaría una negociación conforme a las posturas de la Teoría Clásica del Contrato. ``

Por otra parte, el jurista y Ex ministro de Justicia y Derechos humanos Arias-Schreiber (2000) plantea que `` una de las ventajas incuestionables de este tipo de contratación está en la celeridad, ya que, al no ser necesario, la negociación y discusión de términos y condiciones, esto hace q se disminuya el tiempo entre la exposición del contrato y la firma del mismo. Además, dice que al no haber regateo con respecto al precio y la naturaleza de los deberes que nacen para el que se adhiere al contrato, hace que el contrato con sus diferentes clausulas, sean inmutables, por lo que es imposible que este intente obtener mayores beneficios de los ya establecidos con anterioridad por el sujeto que ostenta el poder. ``

Debemos considerar que el inicio del comercio entre las personas, las negociaciones, acuerdos, o contratos se daban utilizando el trueque, en donde los intervinientes realizaban intercambios de objetos, cosas o bienes de interés para cada una de las partes; sin embargo, con el transcurso del tiempo, empezó la utilización de la moneda, por lo que por esta razón tuvo que surgir un contrato donde se plasmaba el acuerdo de los intervinientes , en el que una de las partes paga un valor determinado por cierta cosa y la otra se obligaba a entregar la cosa determinada. Pero en la actualidad con el avance de la sociedad y consigo la necesidad de las personas, han surgido nuevas modalidades de contratos y al existir un crecimiento abrupto de comercio, se han creado modalidades que agilitan el comercio, dando paso a los contratos de adhesión, el cual es una modalidad que se usa en gran cantidad para evitar mayor gasto al momento de

celebrar dichos contratos, es decir bajar los costos ya que se celebran de forma cotidiana y masiva.

2.4. Perjuicios del contrato de Adhesión

Uno de los perjuicios de estos contratos de adhesión es que se queda eliminada totalmente la etapa de negociación, ya que la parte que ofrece el servicio o el bien, tiene elaborado este contrato ya con todo su contenido, es decir que todas las cláusulas de este son plasmadas con una voluntad unilateral sin que intervenga la voluntad del otro sujeto, dejándola desplazada completamente.

En su obra el Dr. Hernán Coello García, nos manifiesta que el Art. 1461 del Código Civil, se refiere a los “contratos y declaraciones de voluntad”, siendo los que dan nacimiento a la, modificación o extinción de una relación de derecho, por lo que el autor expone que estas actuaciones deben ser realizadas de manera voluntaria y lícita por las partes intervinientes, dando como resultado el nacimiento de un negocio jurídico. Claramente la autonomía de la voluntad de una de las partes queda restringida ya que no existe ninguna posibilidad de que la parte contratante pueda negociar este contrato, se queda sin expresar sus deseos.

Otro de los perjuicios que desata este contrato, es que solamente permite a la parte que desea o necesita el servicio, el hecho de aceptar o no todo el contenido que se encuentra en el contrato, dejándole así en un punto de inferioridad, ya que, al no poder negociar los términos de este, no existe una igualdad entre el oferente y el contratante. Se debe tener claro que, una vez firmado el contrato, el contratante no puede modificar ninguna de las cláusulas y está totalmente obligado a someterse a la voluntad a lo estipulado en dicho contrato por el sujeto activo de la relación, de esta forma evidentemente queda desfavorecido el principio de igualdad que debería imperar en este tipo de negocios

El riesgo paritario que se incluyan cláusulas abusivas es otro de los perjuicios que pueden causar estos contratos de adhesión. Como fue analizado desde el concepto de estos contratos, se puede decir que en estos se imponen cláusulas de forma arbitral, dejando vulnerable a la otra parte.

Tal y como se analizó en su momento, este tipo de disposiciones suponen la imposición de preceptos dentro del texto contractual, que presumen sin lugar a dudas una arbitrariedad, injusticia que provee de un desamparo total al sujeto que recibe el servicio o el bien, entendiendo que por el simple hecho de que el que solo acepta el contrato de adhesión no pueda negociar el mismo, teniendo que sujetarse a lo establecido por el oferente, estaría indudablemente, sometiéndose a un contrato vulnerando de esta manera su consentimiento, y si es que analizamos que este es un elemento esencial para el negocio jurídico y al no existir tal, se puede decir que la ausencia de este acarrearía a la nulidad del contrato.

2.5. Legislación Ecuatoriana

Ecuador al igual que otros países, se manifiesta con respecto a esta figura contractual en varios de sus cuerpos normativos, como por ejemplo en la Ley orgánica de Defensa del Consumidor, norma expedida en el 10 de julio del 2000, en sus artículos 41, 42, 43 y 44, lo relacionado con las formalidades de un contrato, los términos que provocan la nulidad del mismo, lo relacionado con la terminación anticipada y otras. Su reglamento establece en los artículos 30, 40, y 49, lo relacionado con ciertas formalidades en los contratos por adhesión, la obligación de que los usuarios que mediante los citados contratos adquieran bienes o servicios se sometan al arbitraje y mediación si hubiere conflictos, así como las cláusulas que provocan indefensión y nulidad. De igual forma en la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, el Reglamento para la Admisibilidad y Trámite de casos de Competencia de la Defensoría del Pueblo y Por su parte el Código Civil, en sus artículos 1453, 1454, 1460 y 1461, hacer referencia a la bilateralidad en la voluntad que debe imperar en la contratación, definiendo qué entender por contrato, cuáles son sus elementos esenciales y los requisitos para su validez. Dentro de la constitución de la república vigente desde el 2008, la normativa que se refiere a los derechos de los consumidores, se encuentra en el art 52 y subsiguientes, donde se establece que las personas tienen el derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad, teniendo la oportunidad de elegirlos libremente sin ninguna intervención y que la información de estos no sea engañosa.

La Constitución consta de los medios necesarios para controlar la calidad y cuáles

son los procedimientos aptos para la defensa de los consumidores, además señala las sanciones para las infracciones y cuál es la reparación en caso de que exista algún tipo de daño, deficiencia o calidad mala de los servicios ofertados y bienes. Se debe tener en cuenta que los consumidores son considerados como la parte débil del negocio jurídico, por esta razón, la constitución ubica a estos en la sección novena capítulo tercero, donde se encuentran los grupos de atención prioritaria.

El Art 54 de la Constitución establece que “ Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore. Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas. ” (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008, art. 54).

De esta forma el Estado determina que estos entes prestadores de servicios públicos o de consumo, incluyan medios de reparación y atención, además que el Estado debe responder civilmente por daños y perjuicios ocasionados por negligencia en los servicios públicos que están dentro de su mando incluyendo si existe deficiencia cuando los servicios son pagados, asimismo , La Constitución establece que los usuarios y consumidores tienen la facultad de asociarse para defender sus derechos, de forma individual o colectiva, de forma libre y directa, pudiendo obtener apoyo de asociaciones para que de esta forma puedan acudir ante las autoridades permanentes ya sean colectivas o administrativas de defensa del consumidor. Por otro lado, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, es una ley especial que tiene por objetivo de regular la adquisición de bienes y servicios, velando por los derechos de la parte más débil.

El artículo 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, contiene las siguientes definiciones, dentro del contexto del contrato protegido por esta ley (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, art. 2).

Anunciante. - Aquel proveedor de bienes o de servicios que ha encargado la

difusión pública de un mensaje publicitario o de cualquier tipo de información referida a sus productos o servicios.

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

Contrato de Adhesión. - 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.

Derecho de devolución, cambio o suspensión. - Facultad del consumidor para devolver o cambiar un bien, o para suspender, cambiar o modificar un servicio, cuando no se encuentra satisfecho o no cumple sus expectativas. Este derecho se ejercerá en los plazos previstos en esta Ley, independientemente del medio o forma de adquisición del bien o servicio.

Especulación.- Practica comercial ilícita que consiste en el aprovechamiento de una necesidad del mercado para elevar artificiosamente los precios, sea mediante el ocultamiento de bienes o servicios, o acuerdos de restricción de ventas entre proveedores, o la renuncia de los proveedores a atender los pedidos de los consumidores pese a haber existencias que permiten hacerlo, o la elevación de los precios de los productos por sobre los índices oficiales de inflación, de precios al productor o de precios al consumidor.

Información Básica Comercial. - Consiste en los datos, instructivos, antecedentes, indicaciones o contraindicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al consumidor, al momento de efectuar la oferta del bien o prestación del servicio.

Oferta. - Practica comercial consistente en el ofrecimiento de bienes o servicios que efectúan el proveedor al consumidor.

Proveedor. - 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.

Publicidad. - La comunicación comercial o propaganda que el proveedor dirige al consumidor por cualquier medio idóneo, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio. Para el efecto la información deberá respetar los valores de

identidad nacional y los principios fundamentales sobre seguridad personal y colectiva.

Publicidad Abusiva. - Toda modalidad de información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, alterar la paz y el orden público o inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva,

Se considera también publicidad abusiva toda modalidad de información o comunicación comercial que incluya mensajes subliminales.

Publicidad Engañosa. - Toda modalidad de información o comunicación de carácter comercial, cuyo contenido sea total o parcialmente contrario a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos o que utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor.

Servicios Públicos Domiciliarios. - Se entienden por servicios domiciliarios los prestados directamente en los domicilios de los consumidores, ya sea por proveedores públicos o privados tales como servicio de energía eléctrica, telefonía convencional, agua potable u otros similares.

Distribuidores o Comerciantes. - Las personas naturales o jurídicas que de manera habitual venden o proveen al por mayor o al detal, bienes destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.

Productores o Fabricantes. - Las personas naturales o jurídicas que extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.

Importadores. - Las personas naturales o jurídicas que de manera habitual importan bienes para su venta o provisión en otra forma al interior del territorio nacional.

Prestadores. - Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual prestan servicios a los consumidores.

El doctrinario Víctor Cevallos Vásquez en su obra Libre competencia Derecho de Consumo y Contratos expresa “ La razón de ser o justificación de la promulgación de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, radica que ante la globalización del mercado, diversificación de productos, impacto de la publicidad, la vigencia de monopolios y la consiguiente pérdida en la libertad de elección de los consumidores y usuarios de bienes

y servicios ofertados y la antigua Ley de Defensa del Consumidor, no ha protegido satisfactoriamente los intereses o derechos de los consumidores, circunstancia que hizo necesaria la expedición de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.’’ (Vásquez, 2014, pág. 98)

El objeto de esta Ley es regular las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en dichas relaciones entre las partes. (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, art. 1). Deduciendo que el objetivo de esta ley es velar por los derechos del consumidor, la parte más débil de la relación contractual.

Por esta razón la ley previamente mencionada en su artículo 2, párrafo tercero, plantea la definición de contrato de adhesión como, “Aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor haya discutido su contenido” (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, art. 2).

Lo que expresa esta norma es que las mismas son cláusulas que han sido redactadas de forma unilateral, y esto fundamenta lo que la doctrina ha manifestado sobre estos tipos de contratos, además resulta de suma importancia plantear que la norma denota que la declaración unilateral de voluntad, debe constar por escrito, mediante la forma impresa o de formulario, de forma tal que el consumidor de dicho bien o servicio, haya participado en la discusión de su contenido.

Es preciso tener en cuenta también que, dentro del párrafo sexto, se considera que el proveedor deberá de forma obligatoria, brindar los datos, instructivos, antecedentes, indicaciones o contraindicaciones, al momento de la oferta del bien o el servicio. Esto siendo un aporte legal que impacta de forma positiva en el daño provocado por el contrato de adhesión. Pero a pesar de tener esta posibilidad, no existe un control de si se cumple o no en nuestro país.

En el artículo 41 de esta ley, mediante disposiciones nos expresa como debe darse el contrato de adhesión. Como por ejemplo la escritura deberá ser legible y de tamaño de al menos diez caracteres, en términos comprensibles para el usuario; no podrá remitirse una cláusula a otros textos sin conocimiento del consumidor, mientras que el artículo 42

se refiere a que las estipulaciones deberán escribirse en idioma castellano. Se podrá agregar condiciones particulares, siempre que las acepte el adherente, y que las condiciones de la oferta se entienden siempre incorporadas al contrato, por lo que deben ser conocidas por el adherente, caso contrario son nulas, sin embargo, el artículo 43 hace referencia a las cláusulas que provocan la nulidad en los contratos y el artículo 44 regula sobre la terminación anticipada. (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor Ley 21, 2000).

Otro cuerpo normativo especial que tiene como objetivo regular los negocios jurídicos y por ende proteger a los consumidores, es el Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, esta norma establece en su artículo 30 refiriéndose a las normas internacionales, el contrato de adhesión, deberá tener un tamaño de fuente igual o mayor a 10 puntos. Mientras que en el artículo 40 estipula la obligación que en los contratos deberán contener la voluntad del consumidor de someterse a los procedimientos de arbitraje y mediación; en el artículo 41 establece que las cláusulas que pongan en una posición de indefensión, serán las que imposibiliten al consumidor a que acceda a las acciones o mecanismos de defensa que se encuentran establecidos en la Ley principal; y por último en el Artículo 49 se refiere a lo relacionado con la nulidad de cláusulas. (Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000)

Evidentemente en el Ecuador existe una legislación vinculada y coherente con la doctrina, a comparación de otras legislaciones de Latinoamérica, Ecuador se encuentra en iguales condiciones que muchos países vecinos, pero al momento de aplicar estas leyes, Ecuador queda muy rezagado en el aparato judicial ya sea por la demora al cumplir los términos pactados , así como en el espíritu forjado en la ley, lo que evidentemente a provocado desigualdad entre los intervinientes de un negocio jurídico, dejando malestar y sensación de falta de justicia.

2.6. Derecho comparado

Para poder entender la realidad de nuestro país, de una forma adecuada y real, es necesario que observemos a fin de comparar nuestra legislación con otras, en la forma que se presentan y maneja, todo lo que tiene que ver con el negocio jurídico, y por ende al contrato de adhesión. Con el propósito de comparar nuestra legislación, hemos tomado

en cuenta a la legislación de la república de argentina y la legislación venezolana, con el fin de analizar y ver si existe conexión alguna con nuestra legislación.

2.6.1. **Argentina**

En Argentina, existen dos cuerpos normativos de gran importancia que hacen referencia a la protección del consumidor, siendo el caso del Código Civil y el Código Comercial de la Nación, este del año 2014, el cual desde el artículo 984, estipula todo sobre los contratos de adhesión, indicando la definición del mismo; los requisitos que deben tener estas cláusulas predispuestas, el concepto o lo que debemos entender por cláusulas particulares, de igual forma lo que se refiere a las cláusulas ambiguas, a las cláusulas abusivas, cuando estas cláusulas están dentro de lo que es una cláusula abusiva y el efecto de las mismas; y el control judicial pertinente. (Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, 2014).

Otro cuerpo normativo que se pronuncia con respecto a los contratos, es la Ley de Defensa del Consumidor, la cual en el artículo 37 se refiere a cuando las cláusulas son abusivas o ineficaces, indicando que son aquellas que totalmente desnaturalizan las obligaciones o simplemente limitan la responsabilidad por los daños que pueden causarse, de esta forma restringiendo los derechos del consumidor o ampliando los derechos de la otra parte, también son consideradas abusivas las que contengan preceptos que impongan la inversión de la prueba en perjuicio del consumidor mientras que en el artículo siguiente, el artículo 38, establece que la autoridad será la encargada de cuidar, proteger, velar, para que estos contratos no contengan cláusulas abusivas o ineficaces, remitiéndose al artículo que le precede. (Ley de Defensa del Consumidor Argentina. Ley No. 24.240. Normas de Protección y Defensa de los Consumidores, 1993)

2.6.2. **Venezuela**

La República Bolivariana de Venezuela, tiene como cuerpo normativo la Ley de Protección al Consumidor. El Título III, Capítulo I, está destinado al contrato de adhesión. El artículo 81 define lo que legalmente debe entenderse por contrato de adhesión, estipulando que es “(...) aquel cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad

competente o establecida unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar substancialmente su contenido al momento de contratar. (...)”. (Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, 2004)

El artículo 82 Se pronuncia que obligatoriamente las cláusulas deben encontrarse accesibles al público, que debe existir claridad, legibilidad y la utilización de términos entendibles para cualquier miembro de la sociedad. Mientras que el artículo 83 dice que, una vez que haya sido firmado este tipo de contrato, será absolutamente imposible modificar lo pactado de forma unilateral en las cuestiones relacionadas con precio, calidad y/o suministro de un bien o servicios. En este sentido si el contrato dura determinado tiempo, en el cual los precios, variaren, de forma tal que hicieren menester incrementarlos, el consumidor tendrá el derecho de continuar con el servicio en las condiciones nuevas, o rescindirlo.

Algo verdaderamente curioso dentro de esta legislación, lo encontramos en el artículo 84, donde se estipula acerca del derecho de retractación que posee el consumidor. Regula la posibilidad dentro del término de siete días de concertado el contrato, o recibido el producto o servicio, si existiere justa causa y no hubiere hecho uso del mismo, podrá retractarse de la concertación de la relación jurídica, debiéndosele devolver al consumidor la totalidad de lo abonado por dicho concepto, restándole los gastos en que hubiere incurrido el prestador no asociadas directamente al pago del bien o el servicio. Esta cláusula es novedosa y en cierto punto podría resultar beneficioso para el consumidor si es que el contrato del bien o del servicio no es lo que el deseaba en su totalidad.

Por último, en el artículo 87 de esta misma ley, indica de forma taxativa, los elementos que en el caso de que se los incluya dentro del contrato, desencadenarían a que este se lo pueda declarar nulo. Se trata de aquellos elementos de carácter abusivo que indiscutiblemente provocan una exagerada disparidad en la igualdad (art. 87).

2 CAPITULO 3

3. LOS CONTRATOS DE ADHESION FRENTE A LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL NEGOCIO JURIDICO

3.1. El contrato de adhesión y los elementos esenciales del contrato

Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales (Código Civil, 2005).

3.1.1. Capacidad

El Código Civil en el art, 1461 establece “la capacidad legal consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra” (Código Civil, 2016, art. 1461) .La palabra capacidad proviene del latín capacitas, lo cual en materia jurídica se la puede entender como la aptitud que tiene un individuo para ejercer la titularidad de obligaciones y derechos, como ya lo habíamos mencionado en un capítulo anterior, capacidad es una expresión ambivalente porque significa la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones.

3.1.1.1. Clases de Capacidad:

Adquisitiva o de goce: Esta es un atributo de la personalidad, siendo la aptitud legal de la cual gozan los seres humanos para adquirir derechos, ser titular de los mismos y contraer obligaciones

Ejercicio

Según Planiol “es la aptitud de una persona para ejecutar actos jurídicos válidos.

“

Toda persona es capaz de adquirir derechos, pero no todas las personas son capaces de ejercerlos, es por esto que debemos remitirnos al artículo 1463 que establece quienes son los incapaces Absolutos y quienes los incapaces Relativos.

INCAPACIDAD

Siendo como tal que los incapaces absolutos están comprendidos los dementes, impúberes y la persona sordomuda que no puede darse a entender de manera verbal, por escrito o lenguaje de señas. Por lo que sus actos no producen ni aún obligaciones naturales y no admiten caución.

Por otra parte, están los incapaces relativos, que son los menores adultos, los que se encuentran en interdicción de administrar bienes y las personas jurídicas. Esta incapacidad no es absoluta y los actos que realicen pueden tener valía en determinadas situaciones determinadas por la ley.

Además de estas dos incapacidades, existen las incapacidades especiales, donde un sujeto que es totalmente capaz, se vuelve es incapaz para determinados actos en específico, es decir que se les impide que puedan celebrar ciertos actos jurídicos, como, por ejemplo, el sacerdote que presto asistencia al difunto, no podrá percibir la herencia del causante, o en el caso de los jueces que tienen capacidad de goce y ejercicio no pueden comprar los bienes que se subastan en su despacho). Como tal, se puede concluir que as dos primeras son incapacidades auténticas, mientras que la última realmente es una prohibición.

Para Cevallos Vásquez en su obra Contratos Civiles y mercantiles manifiesta que la capacidad no debería ser considerada un elemento esencial sino un presupuesto de valides de un contrato. (Cevallos, 2005, pág. 59)

3.1.2. Objeto

En el libro Teoría general de las obligaciones del Doctor Jorge Morales manifiesta que “la definición legal, lo que ha hecho es confundir el objeto del contrato con el objeto de la obligación, indicando que el objeto del contrato es la obligación u las obligaciones que genera el contrato, mientras el objeto de la obligación que nace de este contrato, puede

ser el dar, hacer o no hacer. ``

En las aulas aprendimos que para conocer cuál es el objeto de una obligación, debemos hacernos la pregunta: ¿Qué es lo que se debe? Y este puede ser una cosa presente, futura o un hecho. Por lo que, si este consiste en una cosa, la obligación sería de dar, pero si consiste en un hecho, habría que ver si este es positivo siendo su consecuencia el hacer y si es negativo su consecuencia sería no hacer.

Autores como Ortiz Urquidí (1982) se refiere a este como “(...) la producción de consecuencias jurídicas que consisten en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones” (pág. 287); mientras que para Galindo Garfias (1982) “(...) está constituido por el deber a cargo de los sujetos de ella, de observar un cierto comportamiento” (pág. 236). Por su parte, Ruggiero (1931) expone “(...) que una persona se obligue con respecto a otra a dar, hacer o no hacer algo, toda manifestación o forma de la actividad humana puede ser objeto de la obligación” (pág. 30).

Boffi Boggero citado por Cáceres (1965), dice que ``en materia de objeto del contrato hay que diferenciar dos puntos importantes, la primera hace referencia al fin inmediato que tiene el sujeto interviniente y este se traduce en un comportamiento de dar, hacer o no hacer r; y el otro punto, también importante es el contenido que se centraría en las cosas, hechos y derechos contenidos en dicho contrato. ``

Lo que nos manifiestan estos autores es concordante, dándonos como resultado que este objeto tiene ciertas características importantes tales como: El objeto obviamente debe ser lícito, o sea, que esté dentro de lo permitido por el ordenamiento jurídico, moralidad o incluso la convivencia, lo que debemos tener presente es que la ley prohíbe ciertos actos y si el objeto está dentro de estas prohibiciones, este sería ilícito o contrario a la ley produciendo la nulidad absoluta del acto o contrato, dejando sin acción para demandar el cumplimiento de esa obligación.

Otra característica que expresan, es que este debe ser posible, tal como lo mencioné previamente citando al Doctor Jorge Morales, en donde es importante distinguir si el objeto es un hecho o una cosa, si es que es un hecho, es decir, hay que dar una cosa, esta debe existir o se espera que la cosa vaya a existir; pero si el objeto es un hecho, esta debe ser física y moralmente posible. Y por último el tercer elemento que debe tener el objeto, es la determinación o determinabilidad, esto significa que, dentro de la

negociación y concertación del contrato, este objeto debe estar determinado con claridad, indicando cual es el género y cuál es la cantidad, es decir que puede ser una obligación de especie, cuerpo cierto o de obligaciones de género.

3.1.3. **Causa licita**

Nuestro código civil considera a la causa como un requisito previo y que es necesario para que se dé la validez de las obligaciones, tal es así que este código da paso al principio “No puede haber obligación sin una causa”

Debemos tener en cuenta que en nuestro código se reconoce a la causa como el motivo por el cual se da el contrato, al igual que en el concepto anterior, de lo aprendido en las aulas de la universidad, para saber cuál es la causa de un contrato, nos hacemos la pregunta ¿Por qué se debe? Y la que sea la respuesta a esta pregunta será la causa de la obligación adquirida.

Doctrinariamente existen dos posiciones contrarias con respecto a las causas del contrato, pues existen los defensores de las tesis causalistas los cuales defienden la idea de que es necesario definir y delimitar cuales son los orígenes del contrato, pues así se puede regularlos legalmente y consecuentemente dar protección a los que verdaderamente lo necesitan; por otro lado están los defensores de las tesis anti causalistas, que defiende la idea de que no es necesario establecer la causa que origina los negocios jurídicos, pues no consideran que este sea elemento esencial que genere los actos jurídicos del contrato (Aguilar Guerra, 2006)

De Castro (2002), la causa y su respeto en la teoría del contrato, posee una función caracterizadora porque “(...) permite distinguir: a) lo que merece la condición del contrato de lo que no la merece (contrato simulado, compromisos sociales, etcétera), y b) los contratos ilícitos de los que no lo son” (pág. 187) (Aguilar Guerra, 2006) (Díez-Picazo, 2007). Este autor también dice que la causa es una función justificadora de la atribución patrimonial, esto se da por la utilización del título de poseerla que tiene una persona, por lo que se obtiene la certeza de titularidad sobre un derecho.

Para Hinestrosa (2015) entre las varias tendencias subjetivas que analizan la causa del contrato, están aquellas que se refieren al antecedente inmediato generador; al motivo inductor, y a la causa impulsiva, a la razón personal, cambiante del negocio. También analiza esa tendencia preponderante en la doctrina italiana, donde dice que el contrato se da por una causa que tiene su inicio en la orientación social, por la función práctica que los mismos poseen, y termina de decir que existe una causa típica que es la función abstracta del negocio, y una causa concreta, que es la finalidad que persiguen los intervinientes.

Entonces podemos llegar a la conclusión de que la causa es el motivo que estimula al contrato, pero debemos tener claro que esto no se refiere a la razón psicológica de los sujetos que intervienen en el contrato, sino a la razón legal que motiva a las partes a obligarse, por ejemplo, en un contrato de compraventa de un vehículo, la causa que impulsa al vendedor es recibir el pago por la cosa y al comprador recibir la cosa por el pago realizado.

3.2. Conclusión y Posibles Soluciones

El adquirir bienes y servicios indudablemente es un acto que se ha desarrollado desde la existencia del hombre, pero desde que el hombre paso de nómada a sedentario, este empezó a producir y cazar lo necesario para su subsistencia, dando paso que empiecen a intercambiar, o trocar con otros grupos lo que estos no poseían. Al pasar los años el comercio creció, expandiéndose a un nivel internacional gracias a la navegación y por ende al descubrimiento de nuevas tierras, de esta forma construyendo las bases del contrato, indiscutiblemente a pesar de que fueron épocas donde no existían legislaciones o normas que regulen los intercambios, existía un acuerdo entre las partes por lo cual para que el contrato cumpla su objetivo, los intervinientes debían llegar a un acuerdo, evidenciando la existencia de la voluntad de estos para cumplir con su fin.

Con las bases sentadas en el Derecho Romano queda evidenciado que la voluntad era y es el elemento esencial que indiscutiblemente no puede faltar dentro de los contratos, ya que si no se ponían de acuerdo las partes, estas no obtenían lo que pretendían, pero con la evolución de la sociedad, los nuevos requerimientos de la misma y más que todo con la Revolución Industrial, el consumo de ciertos bienes o servicios se han vuelto masivos,

por lo que las grandes empresas mercantiles, con el objetivo de ahorrar tiempo y recursos han implementado el uso de los contratos de adhesión, los cuales son contratos previamente realizados por las grandes empresas, siendo la parte fuerte del mismo y estos contratos impuestos a los consumidores que llegan a ser la parte débil dentro del contrato ya que si no aceptan lo establecido en el contrato, estos corren el riesgo de no poder acceder al bien o al servicio que desean o necesitan.

En un gran número de países desde el siglo XIX se implementó el contrato de adhesión y Ecuador no se quedó atrás, siendo inevitable hacerlo por ya el gran número de personas que a diario adquiere productos o servicios en masa, siendo difícil que se dé una negociación, personal, individual en cada uno de los contratos, de esta forma se presentan los contratos con cláusulas ya establecidas por una de las partes, dejando al consumidor en la posición de aceptar o no, sometiéndose a contratos donde no pueden estar completamente de acuerdo, por lo tanto se termina vulnerando su derecho a negociar.

Ecuador dentro de su legislación, en varios cuerpos normativos, instaura ciertos lineamientos para proteger a los consumidores, teniendo como finalidad la protección a los consumidores, para de una u otra forma igualar la posición en la que está el consumidor con la empresa, pero hemos podido evidenciar que aun así existe una vulneración a la autonomía de la voluntad de una de las partes considerada la parte débil de esa relación jurídica.

Ahora al haber pasado por una pandemia, donde un gran número de personas pasaron por necesidad, quedo evidenciado la vulneración a los derechos de los consumidores que adquirieron productos o servicios por medio de estos contratos, ya que por las cláusulas que contenían estos contratos, las empresas ponían trabas para que no se pueda dar fin al contrato sin antes pagar una sanción.

En la realización de este trabajo hemos desarrollado el concepto del contrato de adhesión y los elementos esenciales que deben existir en cada negocio jurídico, y se ha podido evidenciar que debido a la gran industrialización que se viene dando, por el requerimiento de la sociedad misma, existe una producción masiva por lo cual es necesario por motivos de costos y tiempos mantener los contratos de adhesión; de igual forma se ha observado los objetivos de este trabajo, donde hemos visto las nociones generales del negocio jurídico, hemos analizado el contrato de adhesión en nuestra legislación y legislación internacional, profundizando en los elementos esenciales del negocio jurídico, por lo cual he desarrollado un análisis de la ley vigente donde se tutelan los derechos de los consumidores.

En el presente trabajo se evidencio que el código civil tiene estrecha relación con la ley de defensa del consumidor en lo que se refiere, por ejemplo, a la nulidad y a la protección contractual. En efecto el artículo 2 de la ley de defensa del consumidor que se refiere a la publicidad engañosa se relaciona con los vicios del consentimiento contractual establecidos en el código civil, como causa de nulidad relativa; también el artículo 20 de la ley del consumidor que habla de la rescisión del contrato y de vicios ocultos se relaciona con los artículos 1505, 1668, 1777, 1797,1798 y 1800: del código civil, que disponen lo siguiente (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000).:

Art. 1505.- En los contratos bilaterales va envuelto la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

Art. 1668.- La remisión o condonación de una deuda no tiene valor, sino en cuanto el acreedor es hábil para disponer de la cosa que es objeto de ella.

Art. 1777.- La obligación de saneamiento comprende dos objetos: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, y responder de los defectos ocultos de ésta, llamados vicios redhibitorios.

Art. 1797.- Se llama acción redhibitoria la que tiene el comprador para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio, por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados redhibitorios

Art. 1798.- Son vicios redhibitorios los que reúnen las calidades siguientes:

1. Haber existido al tiempo de la venta;
2. Ser tales que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que, conociéndolos al comprador, no la hubiere comprado, o la hubiera comprado a mucho menos precio; y,
3. No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio.

Art. 1800.- Los vicios redhibitorios dan derecho al comprador para exigir o la rescisión de la venta o la rebaja del precio, según mejor le pareciere.

A continuación, procederé a responder la pregunta de investigación de este

trabajo, exponiendo que la normativa que se encuentra vigente que tiene como objetivo garantizar y tutelar que se respeten los derechos de los consumidores, no cumple con su objetivo, ya que debido a la evolución de la sociedad, de las necesidades de esta y la evolución del mercado, obliga a que las diferentes legislaciones avancen al mismo ritmo, para que se pueda garantizar que no existan vacíos legales y se pueda dar la protección necesaria a los derechos de las partes vulnerables; por lo que personalmente creo que existe una deficiencia en la legislación, evidenciado con mayor fuerza en la pandemia, por lo tanto se puede dar una nulidad en estos contratos de adhesión ya que no existe una libre voluntad de los consumidores al adherirse a dicho contrato, vulnerando su consentimiento y en caso de no aceptar el mencionado contrato, este no podría adquirir el servicio o bien requerido; en consecuencia los consumidores podrían solicitar la nulidad del contrato ya que obviamente no existe consentimiento de estos y prácticamente siendo obligados a aceptar o no adquirir lo deseado.

Al existir una vulneración para la parte débil del negocio jurídico, debido a la desigualdad, económica, de posición y oportunidad de establecer las cláusulas, es necesario establecer ciertas recomendaciones, para que, de esta forma, poner en iguales circunstancias a los intervinientes del contrato y más que todo evitar la vulneración a los derechos del consumidor.

En cuanto al orden académico, se podría hacer que los estudiantes que cursan sus prácticas preprofesionales en los distintos consultorios jurídicos gratuitos, en modo de campañas informativas, lleguen a los ciudadanos explicándoles los pros y contras de estos contratos, incluso siempre y cuando los usuarios cumplan con los niveles socioeconómicos que son requerimiento básicos de los consultorios jurídicos gratuitos, pasen a ser patrocinios, para poder representarlos en sede judicial, para de esta forma garantizar que no exista una vulneración a los derechos del consumidor.

Otra recomendación necesaria y más factible, sería que estos entes comerciales tengas varios tipos de contratos preestablecidos, en los cuales consten diferentes beneficios y obligaciones para los consumidores, de esta forma el consumidor puede aceptar el contrato que más le convenga sin que vulnere los derechos de las partes intervinientes.

Por último, la Defensoría del Pueblo al ser un ente público con la potestad de

saber, conocer y pronunciarse con respecto los reclamos que ante ellos lleguen, se debería impulsar que este ente realice un control permanente a las grandes empresas que hacen uso de estos contratos de adhesión, para que de esta manera se vea que los contratos tipo de los cuales hacen uso, se encuentren dentro de los lineamientos legales permitidos, además de esto, sancionar a las empresas, o entes que hagan uso de estos contratos, infrinjan la ley violentando los derechos de los consumidores.

2 **BIBLIOGRAFÍA**

- Acosta, R. M. (2002). Teoría general del acto jurídico y obligaciones. México: Purrua.
- Bello, A. (1 de Enero de 1857). Código Civil Chileno.
- Briz, S. (1963). Derecho económico y derecho civil. Revista de Derecho Privado.

- Broseta, Pont, M., & Martínez, Sanz, F. (2019). Manual de Derecho Mercantil. tecnos.
- Bullard, A. (1989). Contratación en masa.
- Cervantes, A. R. (1988). Derecho Mercantil. 40. Mexico: Purrua.
- Código Civil. (2016). Quito, Ecuador: CEP.
- Código de Comercio. (30 de enero de 2017). Quito: Asamblea Nacional.
- Código de Comercio. (20 de Agosto de 1960). Registro oficial.
- Código de Comercio. (1998). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Código de Comercio Colombiano. (27 de Marzo de 1971).
- Coello, H. (2010). Obligaciones. Cuenca: Fundación Chico Peñaherrera.
- Constitución de la República del Ecuador. (20 de octubre de 2008). Quito, Ecuador: Asamblea Nacional, Registro oficial No. 449.
- Defensa del Consumidor, Ley 24.240, Reglamentación de la ley 24.240. (1998). Buenos Aires, Argentina: Estudio, S.A.
- Díaz, B. A. (1983). Contratos Mercantiles. México, México: Harla.
- Enciclopedia Jurídica OMEBA. (1954). Editorial Bibliográfica Buenos Aires.
- Enciclopèdia Jurídica Online. (febrero de 2018). Obtenido de <https://diccionario.leyderecho.org/solidaridad/>
- Etcheverry, R. A. (2005). Obligaciones y contratos comerciales parte general. Buenos Aires: astrea.
- Farina, J. (1988). Defensa del Consumidor y del Usuario. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Farina, J. (2005). Contratos Comerciales Modernos. Buenos Aires, Argentina.
- Flores Polo, P. (2002). Diccionario Jurídico Fundamental. Segunda Edición. Lima. Editorial Grijley.
- Galindo, G. I. (1996). Teoria General de los contratos. Mexico: Purrua.
- Garrigues, J. (1976). Curso de derecho mercantil. Madrid.
- Hinestrosa, F. (2014). Función, Límites y Cargas de la Autonomía Privada. Bogota. Universidad Externado de Colombia.
- Langle, R. E. (2005). Manual de derecho Mercantil. Barcelona.
- Hinestrosa, F. (2015). Derecho Civil. Obligaciones. Tercera Edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Ley de Defensa del Consumidor Argentina. (15 de octubre de 1993).
- Ley No 19.496 sobre normas de protección de los Derechos del Consumidor. (7

de marzo de 1997). Chile.

- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. (2000). Quito, Ecuador: Registro Oficial suplemento 116.
- Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo. (20 de febrero de 1997). Ecuador.
- Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo. (6 de mayo de 2019). Quito: Registro Oficial No. 481.
- Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo. (6 de mayo de 2019). Quito: Registro Oficial No. 481.
- Lorroutet, C. (1998). La protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas estipuladas en los contratos en derecho comunitario europeo y francés. Biblioteca Millennium Magallón Ibarra, J. M. (1987). Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. México D.F. Editorial Porrúa S.A.
- Martínez, L. (2008). Manual de Sociología. Quito. Editorial Libresa S.A.
- Martín-Retortillo, L. (1975). La cláusula de orden público como límite impreciso y creciente al ejercicio de los derechos. Madrid. Editorial Civitas.
- Messineo. (s.f.). Contrato in genere.
- Messineo, F. (1979). Manual de Derecho Civil y Comercial: derecho de las obligaciones. Parte General. Tomo IV (traducción Santiago Sentis Melendo). Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Miranda, A. O. (1998). Guía para el estudio del Derecho Civil III Obligaciones.
- Morales Álvarez, J (1995). Teoría General de las Obligaciones. Quito: Pudeleco
- Morales Hernández, A. (2007). Curso de Derecho Mercantil, Introducción, La empresa, el empresario. Caracas, Venezuela: Texto, C.A.
- Morales, M. (2013). El Error como Vicio del Consentimiento en los Contratos.
- Narváez, J. I. (1990). Obligaciones y contratos mercantiles. Bogotá: Temis.
- Ovalle, F. J. (2000). Derechos de consumidor. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/56/tc.pdf>
- Palenque Dencker, M. (2000). Cláusulas Abusivas para el consumidor. 50. Bolivia.
- Pont, M. B., & Martínez Sanz, F. (2018). Manual de Derecho Mercantil. Madrid: Tecnos, S.A.
- Quiroz, C. C. (2000). Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas.
- Real Academia de la Lengua. (1780). Resolución No. 056. Reglamento de

Admisibilidad y Trámite de casos de Competencia de la Defensoría del Pueblo. (2017).

- Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. (10 de 07 de 2000). Quito. Registro Oficial Suplemento 116.
- Rodríguez, H. (1998). Lecturas seleccionadas y Casos de Derecho Civil IV. Guatemala, Guatemala: Editorial Estudiantil Fénix.
- Rodríguez, H. (1998). Lecturas seleccionadas y casos de derecho civil IV. Guatemala: fénix.
- S Stiglitz, R. (1997). Contrato de Consumo y Cláusulas Abusivas.
- Salas, E., & Kuri, D. (noviembre de 2015). La importancia de los Derechos del Consumidor en el Ecuador. Obtenido de <http://www.eumed.net/rev/caribe/2015/11/consumidor.html>
- Stiglitz, R. S. (1994). Derechos y Defensa del Consumidor. Buenos Aires.
- UNAM. (2002). Historia del Derecho Mercantil. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3259/3.pdf>
- Vásquez, V. C. (2014). Libre competencia Derecho de Consumo y Contratos. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Vélez, D. (1 de enero de 1871). Código Civil Argentino.