



UNIVERSIDAD DEL
AZUAY

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

LOS CONTRATOS EN MASA COMO NUEVA FORMA DE CONTRATACION
MERCANTIL.

TRABAJO DE GRADUACION PREVIO A LA OBTENCION DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

AUTOR: MÓNICA KAROLINA SANTACRUZ VÁSQUEZ

DIRECTOR: DR. REMIGIO ANTONIO AUQUILLA LUCERO

CUENCA, ECUADOR

2015

Dedicatoria

A la memoria de mi padre Ricardo Santacruz Arce, mi ejemplo a seguir y mi fuente de inspiración.

Agradecimientos

A mi madre Raquel, mi esposo Wilson, a Elena y Federico por su amor incondicional.

Al director del presente trabajo Dr. Remigio Auquilla por su tiempo y paciencia.

A Rocío por todo el apoyo brindado a lo largo de este proceso.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Dedicatoria	ii
Agradecimientos	iii
ÍNDICE DE CONTENIDOS	iv
RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	3
LA APARICIÓN DE LOS CONTRATOS COMERCIALES EN EL DERECHO	3
1.1 Evolución histórica de los contratos	3
1. 2 Concepto clásico de contrato	6
1.2.1. Funciones de los Contratos	8
1.3 Elementos del contrato civil	8
1.3.1 La Capacidad	9
1.3.2 El Consentimiento	10
1.3.3 El objeto lícito	11
1.3.4 Las formalidades	12
1.3.5 La Causa Lícita	12
1.4 Concepto de Contrato Comercial	12
1.5 Elementos del Contrato Comercial	14
1.6 Diferencias entre Contratos Civiles y Mercantiles	16
1.6.1 La Costumbre	16
1.6.2 Las Formalidades	17
1.6.3 El ánimo de lucro	17
1.6.4 Actos celebrados con un comerciante	18
1.6.5 Doctrina objetivista	19
1.6.6 El perfeccionamiento	19
1.6.7 La oferta	20
1.6.8 Gracia y Cortesía	20
1.6.9. La Exigibilidad	20
1.6.10 La mora	21

CAPÍTULO II	23
LA CONTRATACIÓN MASIVA	23
2.1. ¿Cómo surge el contrato en masa?	23
2.2 Modalidades de la contratación masiva	25
2.3 Contrato Estándar	27
2. 4 Contrato formulario o contrato tipo	28
2.5 Contrato con cláusulas predispuestas	30
2.5.1. Características de las cláusulas predispuestas	32
2.6 Condiciones Generales de Contratación	32
2. 7 Contratos de Adhesión.	35
2.7.1 Diferencia entre los contratos de adhesión y los contratos tipo	38
2.7.2 Algunos problemas que genera el contrato por adhesión.	39
2.8 Algunos problemas que genera la contratación en masa.	40
2.8.1 Cláusulas abusivas	41
2.9 La autonomía de la Voluntad.	42
CAPÍTULO III	45
PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR	45
3.1. Protección al consumidor en la Constitución Política de la República del Ecuador	45
3.2 Protección al consumidor consagrada en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.	48
CAPÍTULO IV	54
ANÁLISIS DE CASOS PRÁCTICOS	54
4.1 Descripción de un Caso de Conflicto en Contrato de Adhesión	54
4.2 Análisis del caso.	56
4.3 Caso de Consulta de Constitucionalidad.	59
4.4 Análisis del Caso	61
CONCLUSIONES	67
BIBLIOGRAFÍA	70

RESUMEN

El gran incremento de las relaciones comerciales en los últimos años ha generado que los clásicos contratos sean insuficientes para regular el intercambio de bienes y servicios. Así van apareciendo nuevas formas de contratación dirigidas hacia una gran cantidad de consumidores o usuarios. Surgen de esta manera los contratos en masa.

En la contratación masiva las cláusulas del contrato están previamente establecidas; sin que haya mediado acuerdo o discusión entre productores de bienes o prestadores de servicios y el consumidor o usuario de los mismos.

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de este tipo de contratos, puesto que, al no existir un acuerdo de voluntades respecto de las cláusulas del mismo se podría afirmar que no son verdaderos contratos. Sin embargo, dado la celeridad que ameritan las relaciones comerciales la voluntad del usuario o consumidor solo se refleja al momento de aceptar el contrato con las condiciones previamente establecidas.

En nuestro ordenamiento jurídico la Constitución Política de la República y la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor contemplan una serie de disposiciones con la finalidad de proteger al consumidor de los posibles abusos que podría sufrir por parte de los productores o prestadores de bienes y servicios.

ABSTRACT

ABSTRACT

Traditional contracts have become insufficient to regulate the exchange of goods and services due to the large increase in trade relations in recent years. Therefore, new ways of contracting directed towards a large number of consumers or users have emerged; as a result, mass contracts arise.

Much has been discussed about the nature of these types of contracts; because, in the absence of concurrence of wills regarding its clauses, it could be said that they are not true contracts. However, due to the promptness trade relations need, the user or consumer's will is only reflected when accepting the contract with previously-agreed conditions.

In our legal system, the Constitution of the Republic and the Organic Law on Consumer Protection contain a number of provisions in order to protect consumers from possible abuses that could come from producers or providers of goods and services.




Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo trataremos de analizar la contratación masiva y la manera en que este tipo de contratos han ido surgiendo a través del tiempo, con el auge de las relaciones comerciales y las crecientes necesidades que aparecen a medida en que el intercambio de bienes y servicios se vuelve cada día más grande.

Haremos un análisis sobre los aspectos más importantes de este tipo de contratos enfatizando en los elementos que lo conforman, especialmente en la autonomía de la voluntad, para determinar si en verdad ésta se ve afectada o disminuida en este tipo de relación comercial. También trataremos de hacer un breve estudio y comparación de la forma de contratación masiva y el clásico concepto de contrato conocido comúnmente para establecer hasta qué punto comparten características y cuáles son las diferencias que no permiten encasillar a la contratación masiva en una clásica forma de contratación.

En el primer capítulo estudiaremos la evolución histórica de los contratos desde su aparición hasta llegar a las nuevas formas de contratación modernas. Analizaremos algunas definiciones de contrato, sus características, elementos y funciones para comprender de mejor manera como han ido cambiando a través del tiempo.

En el segundo capítulo del presente estudio nos enfocaremos en analizar cómo surge el contrato en masa y cuáles son sus principales modalidades. Profundizaremos en los contratos de adhesión mediante los cuales se realizan día a día intercambio de bienes y servicios. Pondremos principal atención en la autonomía de la voluntad que es uno de los temas más controversiales referentes a este tipo de contratación.

En el tercer capítulo analizaremos las disposiciones contenidas en la Constitución Política del Ecuador y en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y la forma en

la que las mismas han ido evolucionando a lo largo del tiempo. Analizaremos nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de conocer las normas que regulan la contratación masiva y la manera en que éstas protegen los derechos de las dos partes; enfocándose en dar mayor protección a la parte considerada como débil en la relación comercial.

En el cuarto capítulo analizaremos algunos casos prácticos en los que los contratos de adhesión han generado controversia. Veremos también cómo se han resuelto los conflictos y la forma en la que la Constitución y las leyes dan protección a los usuarios y consumidores.

CAPÍTULO I

LA APARICIÓN DE LOS CONTRATOS COMERCIALES EN EL DERECHO

1.1 Evolución histórica de los contratos.

Desde épocas inmemoriales el intercambio de bienes y/o servicios ha estado presente en la vida de los seres humanos. Desde la aparición del trueque ya existía un intercambio de bienes en el que se daba a los mismos un valor y se exigía por ellos un bien que se consideraba de igual valor. Hasta la aparición de la moneda y todas las nuevas formas de pago que van evolucionando día con día. Es conocido que entre los primeros pueblos que se dedicaron al comercio están los asirios y los fenicios quienes transportaban por las rutas marítimas varios productos y materias primas de un extremo a otro del Mediterráneo aunque no existe suficiente evidencia documentada de la manera en que el intercambio comercial se llevaba a cabo. De acuerdo con algunos investigadores un punto determinante para la aparición de los contratos fue la aparición de la escritura, específicamente la llamada escritura cuneiforme de los sumerios. Se dice también que el Código de Hammurabi ya se presentaba elementos del contrato de arrendamiento.

En el imperio romano si bien es cierto no se llegó a dar una definición de contrato si podemos hablar de una especie de contratos como es el caso de la *stipulatio* en la cual una persona se comprometía a la realización de un acto jurando ante la divinidad, y, aunque el cumplimiento no podía ser exigido por el beneficiario y dependía exclusivamente de la buena fe de quien se comprometía, el incumplimiento si se consideraba una falta de carácter religioso. Existían también contratos escritos que se formalizaban con la inscripción en un registro; y, los contratos consensuales en los que

el solo acuerdo de voluntades era capaz de generar obligaciones. En el Digesto ya se definía al contrato como una convención que ya era civilmente obligatoria. En Las Instituciones de Justiniano ya se dedica un título al tema de las obligaciones y se las clasifica según su nacimiento que puede ser de un contrato, de un cuasicontrato, de un delito o de un cuasidelito.

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) sumando así los llamados contratos innominados que tenían la condición de acuerdo de voluntades pero que no se encasillaban en las formas conocidas en esa época. Si bien no podemos hablar de un Derecho Comercial o Mercantil como tal, ni mucho menos de una clasificación de contratos comerciales propiamente dicha, si podemos decir que el *ius civile* se adaptaba a ciertas necesidades del tráfico comercial

A decir de Víctor Cevallos Vásquez se puede considerar que en la edad media hubo una Espiritualización del concepto de contrato ya como un acuerdo de voluntades individuales cuya convergencia conllevaba su perfeccionamiento. El auge de las relaciones comerciales hizo que en la edad media el Derecho Civil no fuera suficiente para regular las nuevas formas que iban surgiendo a medida que se incrementaba el intercambio de bienes y servicios. Es por esta razón que surge el Derecho Mercantil o Derecho Comercial como una rama el derecho autónoma y diferente al Derecho Civil. Es así que a decir de Carlos Ramírez en su obra “Curso de Legislación Mercantil” se adopta una corriente subjetiva en la cual se concibe al derecho mercantil como “Un sistema jurídico de carácter profesional, exclusivamente aplicable a los comerciantes creado por ellos mismos a través de la costumbre en las transacciones...” (Ramírez, 2006 pág. 12). Posteriormente se evoluciona a una corriente objetiva sustentando al Derecho Mercantil en el acto o CONTRATO DE COMERCIO, sin considerar a las personas que lo realizan. Aunque estas dos corrientes no han podido mantenerse por sí solas han desembocado en una corriente ecléctica que adopta elementos de cada una de ellas, en dicha corriente se acepta que existen actos mercantiles que pueden ser considerados como tales sin que sean realizados por un comerciante. Pero también se

establecen y regulan los requisitos para el ejercicio del comercio. Aunque se han establecido múltiples teorías para la concepción del derecho mercantil y no se han llegado a unificar, son la base de lo que hoy conocemos como Derecho Mercantil o Derecho Comercial.

Volviendo al tema materia de nuestro estudio en un mundo globalizado como el nuestro es innegable que las necesidades de los seres humanos van creciendo y el intercambio de bienes y servicios se hace cada día más grande. Llegando incluso a aparecer ciertas necesidades que las sociedades tradicionales no tenían como por ejemplo las necesidades tecnológicas que hoy en día se llegan a considerar como básicas para la sociedad en la que vivimos.

Por estas razones el clásico concepto de contrato como lo conocemos en el Derecho Civil se va quedando corto, por decirlo de alguna manera, para regular todas las formas que van surgiendo día con día, Así aparece la figura del contrato comercial que como ya estudiaremos más adelante, se diferencia del contrato civil especialmente en la celeridad y facilidad de su celebración. Es así que todos los días, tratando de satisfacer nuestras necesidades, los seres humanos celebramos cientos o miles de contratos comerciales sin que a veces ni siquiera nos pongamos a pensar en ello.

La intención del Derecho Mercantil es precisamente facilitar las relaciones comerciales, tratando de cierta manera de excluir o al menos de reducir el número de formalidades que conlleva el contrato civil. Con la finalidad de que el intercambio de bienes y servicios se haga de una forma más rápida y eficiente.

1. 2 Concepto clásico de contrato.

De acuerdo con Víctor Cevallos con los aportes de Locke y Rousseau se llega a formular el concepto de contrato como un acuerdo de voluntades, y es mediante este acuerdo que las partes contratantes se obligan.

Para facilitar la comprensión de este tema comenzaremos dando una definición de contrato como lo hace la Real Academia de la Lengua Española: Se define al contrato como: “Pacto oral o escrito entre partes, por el que éstas contraen obligaciones sobre un asunto determinado”. Etimológicamente la palabra contrato proviene del vocablo latín *contractus* que significa unir, pactar, contraer, entender, convenir.

Es así que Víctor Cevallos se refiere al contrato como: “el resultado del acuerdo de voluntades, en base a la autonomía de la voluntad, ajustada a la ley, que genera obligaciones por lo tanto la voluntad de las partes a su vez constituye fuente de las obligaciones contractuales” (Cevallos, 2005, pág. 53). Evidentemente el enfoque primordial del acuerdo de voluntades como condición indispensable para configurar un contrato está presente en todas o casi todas las definiciones del mismo.

El diccionario Jurídico de Cabanellas define al contrato como: “Una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones” y naturalmente define a la convención como el “acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico”.

Nuestro Código Civil en su Artículo 1454 define al contrato de la siguiente manera:

Art. 1454: Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte pueden ser una muchas personas.

Comparando esta definición con las de las legislaciones Latinoamericanas encontramos que el Código Civil Chileno comparte exactamente la misma definición, así el Artículo 1438 establece:

Art. 1438. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa cada parte puede ser una o muchas personas.

El código civil argentino por su parte establece en su Artículo 1137 la siguiente definición de contrato:

Art.1137.- Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.

Como podemos observar tanto en nuestro Código Civil como en el Código Civil Chileno se habla de obligaciones, mientras que en el Código Civil argentino se hace referencia más a la reglamentación de derechos y sobre todo se enfatiza en el acuerdo de las partes.

Cabe mencionar que la definición de contrato establecida en nuestro Código Civil ha sido bastante criticada debido a que trata las palabras contrato y convención como sinónimos y, como anteriormente habíamos estudiado la convención es el acuerdo de voluntades y el contrato sería una especie a través de la cual una parte se obliga con otra para dar, hacer o no hacer alguna cosa. También se manifiesta que la definición de contrato es un tanto inconsistente puesto que se establece que una parte se obliga con otra para dar, hacer o no hace; y con ellos se está manifestando que la prestación es el objeto del contrato cuando en realidad la prestación es el objeto de la obligación. Es decir el contrato genera obligaciones y estas obligaciones tienen por objeto las prestaciones es decir dar, hacer o no hacer.

Tratando de dar una definición propia de lo que sería un contrato lo consideramos como un acuerdo de voluntades en el que dos o más personas convienen en realizar, no realizar o entregar un bien o servicio. Este acuerdo de voluntad tiene connotaciones jurídicas y genera obligaciones recíprocas para cada una de las partes intervinien

1.2.1. Funciones de los Contratos.

Evidentemente la función básica de un contrato es crear obligaciones para las partes intervinientes en el mismo; pero a más de esta función derivada incluso de su propio concepto un contrato tiene funciones económicas y sociales a las cuales haremos una breve referencia. Los contratos juegan un papel muy importante en la vida económica dado que, a través de ellos se facilita la circulación de la riqueza, cada una de las partes encuentra satisfacción a sus requerimientos y el intercambio bienes y servicios se hace posible.

Se dice también que otra de las funciones importantes de un contrato es la función social, pues a través de los contratos se regulan las condiciones de una obligación o de la prestación de un servicio evitando así los abusos por parte de uno de los intervinientes, lo que no sucedía en épocas pasadas en las que no existía ni siquiera un contrato mucho menos leyes que protegieran a la parte que pudiera sentirse vulnerada en sus derechos.

Se manifiesta también que el contrato tiene una función ética pues conlleva el cumplimiento de la palabra, lo cual se ha vuelto muy difícil en la sociedad actual. Puesto que, cada día son más los casos en los que vemos personas incumplir sus obligaciones sin darle ni la más mínima importancia a los acuerdos que hubieren realizado en el pasado.

1.3 Elementos del contrato civil.

Cabe mencionar que existen, según nuestra legislación varios elementos tanto de existencia como de validez de los contratos. Haremos una breve mención a cada uno de ellos.

1.3.1. Elementos de existencia validez de un contrato

Nuestro código civil hace referencia a tres tipos de elementos de un contrato:

- 1.- Los elementos de esencia que son aquellos sin los cuales el contrato no surte efecto alguno.
- 2.- Los elementos de la naturaleza del contrato, los mismos que, no siendo esenciales, se entienden pertenecerle.
- 3.- Y los elementos accidentales aquellos que se le agregan por medio de cláusulas especiales por ejemplo la condición y el modo.

Según la doctrina los elementos necesarios para que un contrato exista son: el consentimiento, el objeto lícito y las formalidades en el caso de ser necesarias. Nuestro ordenamiento jurídico agrega también el requisito de causa lícita.

Vamos a hacer un breve análisis de cada uno de los elementos de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico.

1.3.1 La Capacidad

La capacidad: la palabra capacidad proviene del latín *capacitas*. En materia jurídica se la puede entender como la aptitud que tiene un individuo para ejercer la titularidad de obligaciones y derecho. Tenemos que hacer una importante distinción entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. La capacidad de goce es un atributo de toda persona humana que la hace apta para ser titular de derecho. Por otra parte la capacidad de ejercicio es la facultad de ejercer y hacer valer los derechos antes mencionados, por sí mismo.

Nuestro Código Civil vigente define en su Artículo 1461 a la capacidad legal de la siguiente manera:

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra

También cabe resaltar que nuestro Código Civil se refiere a la incapacidad en el artículo 1463 recientemente reformado.

Así el Artículo 1463 del mencionado cuerpo legal establece lo siguiente:

Art.1463.- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

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

1.3.2 El Consentimiento

El consentimiento: se podría decir que es uno, o tal vez el más importante de todos los requisitos. La Voluntad o el consentimiento, es decir que cada una de las partes intervinientes haya manifestado libremente su voluntad y acuerdo en realizar dicho acto jurídico. Este consentimiento debe estar libre de vicios; es decir debe estar libre de error, fuerza o dolo (nos referiremos a este requisito más adelante de forma más amplia). La manifestación de la voluntad siempre debe estar presente en cada una de las partes que concurren a la celebración del acto.

Los vicios del consentimiento en nuestro ordenamiento jurídico son: el error, la fuerza y el dolo.

El error: nuestro código civil muy claramente establece que el error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o

celebra. No se refiere al error de derecho puesto que la ley se entiende conocida por todos y su ignorancia no excusa a persona alguna.

La fuerza: entendiéndose como tal amenazas o violencia física que pongan o puedan poner el peligro la vida, la libertad o la salud de una de las partes o de su familia. Nuestro Código Civil establece que la fuerza vicia el consentimiento cuando es capaz de producir una impresión fuerte a una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición.

En cuanto al dolo que es el tercer vicio del consentimiento establecido en el Código Civil, se manifiesta que el mismo no vicia el consentimiento son cuando es obra de una de las partes y también es necesario que aparezca que sin él no se hubiera llevado a cabo el contrato.

1.3.3 El objeto lícito

El objeto lícito: nuestro Código civil no da un concepto de lo que se considera objeto lícito pero si se refiere a que existe objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano. Es decir se puede pactar sobre todo lo que no contraviene a la moral, a la Ley, a las buenas costumbres o al orden público, entendiéndose éste último como un estado de normalidad en el que los ciudadanos respetan y obedecen las normas impuestas por una autoridad. A decir de José Ignacio Narváez el orden público “tiene relación íntima y directa con las normas adoptadas por el Estado para garantizar el mantenimiento de las estructuras y superestructuras instituidas por las ideas políticas, sociales y económicas que predominan en determinado momento de su discurrir histórico”. (NARVÁEZ, 1990, pág. 9)

1.3.4 Las formalidades

Las formalidades: que se refiere al cumplimiento exacto y puntual de ciertas condiciones preestablecidas en la Ley. El ejemplo más claro de una formalidad está en la compra-venta de bienes raíces la misma que tiene que hacerse a través de Escritura Publica la misma que debe inscribirse en el Registro de la Propiedad del Cantón en el que dicho bien se encuentre.

1.3.5 La Causa Lícita

En cuanto a la causa lícita: la causa ha generado un gran debate en cuanto a ser considerada o no un elemento del contrato, puesto que, es muy difícil de distinguir. Algunos autores manifiestan que no puede existir una obligación sin causa. Sin embargo existen otras corrientes que la causa es un elemento que no tiene importancia y que simplemente el contrato tiene un objeto que es conjuntamente con la capacidad y el consentimiento los únicos elementos de un contrato. Nuestro código Civil exige a existencia de una cusa lícita pero no exige que se a expresada

1.4 Concepto de Contrato Comercial.

Comenzaremos manifestando que nuestro Código de Comercio vigente no establece una definición de lo que son contratos comerciales o mercantiles simplemente se limita a manifestar que dicho cuerpo legal rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles y los actos y CONTRATOS DE COMERCIO , aunque sean ejecutados por no comerciantes. (Artículo 1. Código de Comercio).

Al no existir una definición concreta de lo que es un Contrato Mercantil debemos remitirnos a la definición que nos trae el Código Civil en su artículo 1454.

Art. 1454: Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte pueden ser una muchas personas.

En la doctrina se establece que se pueden considerar como contratos comerciales aquellos que se encuentran regidos por una rama especial del derecho que sería el Derecho Mercantil; pero, tampoco se establece un criterio para determinar cuáles son este tipo de contratos que deberían estar regidos por el Derecho Mercantil. También se ha manifestado que los contratos mercantiles deben entenderse como tales cuando reúnen las características establecidas en la ley de cada país; pero, como hemos visto anteriormente nuestro ordenamiento jurídico tampoco tiene el criterio para diferenciar de esta manera un contrato civil de un contrato mercantil.

Algunos ordenamientos jurídicos establecen un criterio para diferenciar a los contratos civiles de los mercantiles, considerando mercantiles los contratos que se realizan entre comerciantes; mientras que en otros países se realiza esta diferenciación basándose en el objeto del contrato es decir en el ánimo de lucro.

Haremos una breve referencia a otras legislaciones. Así el código de comercio Colombiano a diferencia del nuestro si contiene una definición de contrato dentro del antes mencionado cuerpo legal es así que el Art 864 establece lo siguiente:

Art. 864. Definición. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta. (Art. 864 Código de Comercio Colombiano). Como podemos observar esta definición incluye pluralidad de sujetos y establece una obligación de carácter patrimonial.

El Código de Comercio Argentino dedica su libro segundo a los contratos de comercio, sin embargo no los define específicamente, simplemente se limita a remitir las materias y negocios comerciales al derecho civil. También se establece la manera de justificar los contratos comerciales como podremos observar en los siguientes artículos:

Artículo 207.- El derecho civil, en cuanto no esté modificado por este Código, es aplicable a las materias y negocios comerciales.

Artículo 208.- Los contratos comerciales pueden justificarse: 1. Por instrumentos públicos; 2. Por las notas de los corredores, y certificaciones extraídas de sus libros; 3. Por documentos privados, firmados por los contratantes o algún testigo, a su ruego y en su nombre; 4. Por la correspondencia epistolar y telegráfica; 5. Por los libros de los comerciantes y las facturas aceptadas; 6. Por confesión de parte y por juramento; 7. Por testigos. Son también admisibles las presunciones, conforme a las reglas establecidas en el presente título. (Código de Comercio Argentino).

Tratando de dar una definición podríamos concebir al contrato comercial o mercantil como un negocio jurídico de carácter jurídico-mercantil, que para ser considerado como tal debe versar sobre un acto de comercio. Más adelante estudiaremos las características de los actos de comercio que si están regulados en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

1.5 Elementos del Contrato Comercial.

Tenemos que empezar este tema manifestando que el propio Código de Comercio se remite al Código Civil para los temas que no estén expresamente contenidos en el mismo. Es por esto que nos permitimos expresar que los requisitos para la validez y existencia de un contrato mercantil son los mismos que para un contrato civil así como los habíamos estudiado anteriormente. Siendo éstos la capacidad. El consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita. En cuanto a la capacidad es necesario hacer una pequeña aclaración; puesto que la capacidad de ejercicio de las personas en materia mercantil es más amplia que en materia civil así se establece en el Código de Comercio Los menores autorizados para comerciar se reputan mayores en el uso que hagan de esta autorización, y pueden comparecer en juicio por si e hipotecar sus bienes inmuebles por los negocios de su comercio...(Art. 10 Código de Comercio) Pero a más de estos elementos antes mencionados para poder considerar a un contrato como mercantil

debemos hacer referencia expresamente a los actos de comercio, los mismos que le dan un carácter mercantil a un contrato. Nos permitiremos citar el Artículo 3 de nuestro Código de comercio el mismo que establece lo siguiente:

Art. 3 Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente: 1.- La compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas. Pertencen también a la jurisdicción mercantil las acciones contra los agricultores y criadores, por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, más no las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieren comprado para su uso y consumo particular, o para el de sus familias; 2.- La compra y la venta de un establecimiento de comercio, y de las acciones de una sociedad mercantil; 3.- La comisión o mandato comercial; 4.- Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes; 5.- El transporte por tierra, ríos o canales navegables, de mercaderías o de personas que ejerzan el comercio o viajen por alguna operación de tráfico; 6.- El depósito de mercaderías, las agencias de negocios mercantiles y las empresas de martillo; 7.- El seguro; 8.- Todo lo concerniente a letras de cambio o pagarés a la orden, aún entre no comerciantes; las remesas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a libranzas entre comerciantes solamente, o por actos de comercio de parte del que suscribe la libranza; 9.- Las operaciones de banco; 10.- Las operaciones de correduría; 11.- Las operaciones de bolsa; 12.- Las operaciones de construcción y carena de naves, y la compra o venta de naves o de aparejos y vituallas; 13.- Las asociaciones de armadores; 14.- Las expediciones, transportes, depósitos o consignaciones marítimas; 15.- Los fletamentos, préstamos a la gruesa y más contratos concernientes al comercio marítimo; y, 16.- Los hechos que producen obligación en los casos de averías, naufragios y salvamento.

Durante mucho tiempo se pensaba que esta enumeración hecha por el código de comercio era taxativa y que solamente se reputaban como actos de comercio los que expresamente constaban en esta enumeración, lo cual limitaría muchísimo no solo a los contratos comerciales sino también a la materia regida por las normas del Derecho

Mercantil. Sin embargo, hoy podemos decir que esta enumeración tiene únicamente el carácter de ejemplificativa y que existen muchas otras figuras que si bien es cierto no están contenidas dentro de esta enumeración están reguladas en el mismo Código de Comercio. Así podemos mencionar la cesión de derechos y la prenda que sí están reguladas en el mismo cuerpo legal. Otras que no constan en éste pero que implican una connotación mercantil como son el fideicomiso mercantil, el arrendamiento mercantil, la venta con reserva de dominio, entre otras.

Según Víctor Cevallos “la razón de ser de los contratos mercantiles con un régimen distinto al de los civiles, es el mandato o voluntad del legislador plasmada en el Código de Comercio y demás leyes mercantiles especiales, como la de compañías por ejemplo, que de cualquier manera es una consideración meramente legalista. (CEVALLOS, 2005, pág. 71).

1.6 Diferencias entre Contratos Civiles y Mercantiles.

1.6.1 La Costumbre

Como una de las diferencias podemos referirnos a la Costumbre que en el caso de la ley civil y por ende de los contratos civiles no constituye derecho sino solo en los casos en que la Ley se remite a ella. No así en materia mercantil y contratos mercantiles en los cuales las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, es así que el Código de Comercio establece la costumbre suple el silencio de la ley cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por más de diez años. (Art. 5 Código de Comercio).

1.6.2 Las Formalidades

Otra diferencia entre los contratos civiles y los mercantiles son las formalidades entendidas como las formas que deben observarse para la celebración de los actos jurídicos. En los contratos civiles las formalidades son mucho más amplias lo cual conlleva mucho más tiempo para su celebración y perfeccionamiento. En el caso de los contratos mercantiles las formalidades son mucho menores dado que los contratos mercantil son predominantemente consensuales, y en muchos casos ni siquiera son negociados como es el caso de los contratos de adhesión que serán materia de nuestro estudio en capítulos posteriores. Todo esto se hace con la finalidad de dar celeridad a tráfico mercantil.

Cabe mencionar que el Código de Comercio se refiere de manera especial a las formalidades de la siguiente manera:

Art. 165 Cuando las leyes de comercio exigen como requisito de forma del contrato, que conste por escrito, ninguna otra prueba es admisible; y a falta de escritura, el contrato se tiene como no celebrado.

Art. 166 Si no se exige la escritura como requisito de forma, se observarán las disposiciones del Código Civil sobre la prueba de las obligaciones, a menos que en el presente Código se disponga otra cosa en el caso.

1.6.3 El ánimo de lucro

Otro criterio establece también que una gran diferencia entre contratos civiles y mercantiles es el ánimo de lucro que no está presente en los primeros pero sí en los segundos. Entendiéndose como ánimo de lucro la búsqueda de una ganancia individual

o de un provecho o una ventaja. También se puede definir como ánimo de lucro a la intención que tiene una persona de incrementar su patrimonio mediante un acto jurídico.

Nuestro Código de Comercio se refiere expresamente al ánimo de lucro en el antes mencionado Artículo 3 en el que se refiere a los actos de comercio y en el numeral 1 expresa que se considera como acto de comercio:

1.- La compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas. Pertenece también a la jurisdicción mercantil las acciones contra los agricultores y criadores, por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, más no las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieren comprado para su uso y consumo particular, o para el de sus familias. (Código de Comercio, Art. 3 numeral 1).

A pesar de esa distinción muchas veces se vuelve difícil distinguir la connotación mercantil de un acto, puesto que muchas veces adquirimos un producto a una persona que no es comerciante este producto lo tenemos para uso personal y posteriormente decidimos venderlo, incluso en la actualidad existen portales de Internet e los cuales muchas personas pueden ofrecer sus artículos usados a otra persona que desea adquirirlos y posteriormente ésta puede dejar de necesitarlo y decidir venderlo nuevamente.

1.6.4 Actos celebrados con un comerciante.

Este aspecto se enfoca en un criterio subjetivo para distinguir un contrato civil de un contrato mercantil. Mediante este criterio se considera como mercantil cualquier acto celebrado con un comerciante matriculado. Este concepto llega a ser demasiado amplio

dado que, no todos los actos celebrados por un comerciante matriculado conllevan la categoría de mercantiles; es así que si un comerciante adquiere un producto para su uso personal, no se trataría precisamente de un contrato mercantil. A decir de Víctor Cevallos el carácter de mercantil se debe entender cuando un comerciante realiza un determinado contrato pero dentro del giro de su negocio.

1.6.5 Doctrina objetivista

En la doctrina objetivista se cataloga a un acto o contrato como mercantil cuando lo es por el simple mandato del legislador sin importar que las partes intervinientes tengan o no la calidad de comerciantes.

Es así que el numeral 2 del Art. 3 del Código de Comercio establece considera también como acto de comercio:

2.- La compra y la venta de un establecimiento de comercio, y de las acciones de una sociedad mercantil. (Código de Comercio Art. 3).

1.6.6 El perfeccionamiento

Esta es otra de las diferencias entre un contrato civil y un contrato mercantil es precisamente el momento en que los mismos se reputan como perfectos, puesto que, en los contratos mercantiles precisamente por la celeridad con la que se llevan a cabo las operaciones comerciales los contratos son perfectos desde el momento en que se da el consentimiento o aceptación de las partes, esto los vuelve sencillos y rápidos. No así los contratos comerciales que para entenderse como perfectos necesitan del cumplimiento de ciertas formalidades que evidentemente alargan el tiempo para su perfeccionamiento.

1.6.7 La oferta

En el ámbito civil es decir en los contratos civiles se puede elegir con más rigor a los contratantes, mientras que en el ámbito mercantil la oferta no se dirige a un contratante en específico sino a un gran número de consumidores a través de la publicidad entendida como tal la forma de comunicación comercial que pretende incrementar el consumo de un producto o servicio a través de los medios de comunicación. También a este respecto debemos decir que en materia civil la publicidad es utilizada de manera poco frecuente.

1.6.8 Gracia y Cortesía

En el ámbito de la contratación civil el juez puede conceder un término de gracia cuando se pueda deducir que ésta ha sido la voluntad del acreedor, más no así en la contratación mercantil en la cual la gracia y cortesía no se reconocen así como tampoco se reconocen los usos que difieran el cumplimiento de las obligaciones más allá del plazo que señale la convención o la Ley

1.6.9. La Exigibilidad.

Es pertinente referirnos a este punto dado que en el campo civil las obligaciones que producen efectos sin ninguna limitación desde el momento en que se las contrae, es decir las obligaciones puras, son exigibles inmediatamente. En cuanto a los contratos comerciales se hace una salvedad dado que se considera que un comerciante opera en base al crédito. Es por esto que en el caso de las obligaciones puras se da un plazo de diez días para el cumplimiento.

1.6.10 La mora

En materia civil se considera al deudor en mora cuando el retraso es culpable y por ende se lo puede imputar al deudor. Joaquín Garríguez citado por Víctor Cevallos establece como requisitos para que la mora en materia civil se configure a las siguientes: el vencimiento de la obligación, la falta de prestación por parte del deudor y la interpelación por parte del acreedor. (Cevallos, 2005, pág. 82).

En la contratación mercantil no se contempla el requisito de la reclamación hecha por el acreedor en el caso de que existiera un contrato con un día señalado para su cumplimiento, se puede considerar que si el deudor no lo cumplió hasta ese día se encuentra en mora desde el día siguiente del vencimiento de ese contrato y los efectos jurídicos de la mora comienzan desde ese día.

Como hemos podido observar existen varias diferencias sustanciales en cuanto a la contratación civil y la contratación mercantil. Sin embargo es evidente que los contratos mercantiles tienen su origen en los contratos civiles y son una nueva forma que surgió por las crecientes necesidades del tráfico comercial.

A lo largo de este capítulo hemos podido observar que los contratos han estado presentes desde las épocas más antiguas, y aunque desde el principio no estuvieron considerados como una figura jurídica ni regulados en el ordenamiento jurídico han sido una constante en la historia de la humanidad. Hemos podido enfocarnos también en lo que específicamente los contratos comerciales que fueron apareciendo a medida que pasaba el tiempo y se observaba que los contratos civiles se volvían insuficientes para satisfacer todas las necesidades del tráfico mercantil en una sociedad cada día más avanzada.

En el siguiente capítulo nos centraremos en una nueva forma de contratación comercial que es precisamente el tema de investigación de este trabajo, la contratación masiva una forma que día a día va adquiriendo mayor relevancia y se a haciendo más común dentro de las relaciones comerciales.

CAPÍTULO II

LA CONTRATACIÓN MASIVA

2.1. ¿Cómo surge el contrato en masa?

Antes de entrar concretamente en el tema cabe hacer una pequeña referencia a las diversas doctrinas sobre el concepto de derecho mercantil, con el objeto de observar la importancia que la contratación masiva ha tenido dentro de esta rama del Derecho. Es así que existen para definir al derecho mercantil varias corrientes como son: la corriente subjetiva a la que ya nos habíamos referido con anterioridad, la misma que considera que el derecho mercantil simplemente se aplica a las personas que tienen la calidad de comerciantes. La doctrina objetiva, por su parte, otorga mayor importancia al acto de comercio, independientemente de la persona que lo realice. La corriente mixta, que por cierto es la que recoge nuestro Código de Comercio, en la que el Derecho Mercantil regula los actos realizados por comerciantes y también por quienes no lo son pero realizan un acto de comercio.

Se llegó también a definir al Derecho mercantil como un derecho de la empresa. Esta corriente se basa en los actos que realiza la empresa, considerando a la misma como “la organización de los factores de producción, principalmente capital y trabajo para operar y obtener utilidades” (Ramírez, 2006, pág. 13). Se consideraba también al Derecho Mercantil como el derecho de los negocios, dado que, el derecho mercantil regula los mismos, dentro del campo económico. Pero la corriente que más nos interesa dentro de nuestro tema es aquella que Define al Derecho Mercantil como el derecho de los actos en masa, considerando como criterio determinante para la mercantilidad

de un acto su repetición, se establece también que por la celeridad con la que se realizan la normas deben ser más flexibles y con menos formalidades.

Siguiendo a Farina manifestamos que en un mundo globalizado y en constante cambio como el nuestro, el hombre busca satisfacer sus necesidades materiales, espirituales, científicas, entre otras. Para lo cual recurre a contratos ofrecidos por las empresas productoras de bienes y servicios, que ponen a nuestra disposición un sinnúmero de opciones en cuanto a tecnología, salud, entretenimiento, las mismas que, contribuyen a elevar nuestra calidad de vida.

La masificación de la producción y el consumo, en un mundo globalizado como el nuestro, han determinado muchos cambios en la manera de contratar. Por la agilidad que amerita el comercio actual se requieren también formas de contratación acordes con estas necesidades propias de una actividad económica en masa. Es por estas necesidades de adaptación a la celeridad del tráfico mercantil que los contratos mercantiles van adquiriendo nuevas características que los hacen especiales y diferentes. Características que los hacen diferenciarse cada día más de los contratos civiles que comúnmente conocemos.

Este nuevo tipo de contratación denominado masivo o en masa se realizan mediante el uso de formularios que contienen cláusulas predispuestas las mismas que no son negociables. A decir de Farina en su obra “Contratos Comerciales Modernos” “las grandes empresas mercantiles e industriales que celebran contratos en masa, imponen a sus clientes un contrato tipo previamente redactado; pero ocurre que a su vez el Estado suele establecer ciertos límites e incluso llega a predisponer cláusulas al amparo del público” (FARINA, 2005, pág. 153).

En este tipo de contratos el usuario o adquirente de bienes y servicios se encuentra sometido a lo que disponga el empresario, sin la posibilidad de que se dé una negociación de las condiciones en las que se llevará a cabo dicho contrato y por supuesto no existe la posibilidad de que se den ofertas y contraofertas, cambios de

posturas o regateo, que son características propias de una contratación como comúnmente la conocemos.

Siguiendo nuevamente a Farina diremos que la razón de ser de este tipo de contratos la encontramos principalmente en la celeridad que requieren las operaciones mercantiles, dado que, no sería posible ni lógico que una empresa sea grande o pequeña, que ofrece determinado bien o servicio, se pusiera a discutir con cada uno de sus clientes de manera individual a forma en la que se llevará a cabo la prestación de un servicio. Resultaría absolutamente difícil que cada usuario discutiera las cláusulas de su contrato, puesto que los demás usuarios podrían sentirse afectados si otra persona consiguió un privilegio o una mejora en sus condiciones. Resultaría también ilógico pensar que una empresa tuviera que prestar un mismo servicio de formas diferentes dependiendo de la voluntad de cada cliente.

El punto que más polémica ha causado con respecto a este tema es la autonomía de la voluntad. Muchos autores consideran que la autonomía de la voluntad en este tipo de contratación se ve afectada grandemente, dado que, el usuario no tiene la facultad de negociar las condiciones en las que se llevará a cabo dicho contrato. Por lo tanto, se está vulnerando uno de los elementos indispensables para la existencia y validez de un contrato, tal como lo estudiamos en el primer capítulo del presente trabajo. Por otro lado existen autores que defienden la tesis de que la autonomía de la voluntad está presente también en este tipo de contratos, dado que, el usuario puede escoger según su libre albedrío si desea o no desea contratar, con lo cual se cumple con el requisito de autonomía de la voluntad para la existencia de un contrato. Más adelante volveremos a estudiar con mayor profundidad este aspecto.

2.2 Modalidades de la contratación masiva.

Generalmente cuando aparece una nueva figura jurídica lo que hacemos la mayoría de las veces es tratar de encasillarla o enmarcarla dentro de los parámetros de una figura jurídica ya existente, sin tomar en cuenta sus características propias; pero, en esta

nueva forma de contratación que se da de manera masiva o en serie podemos ver un sinnúmero de características diferentes y únicas que le otorgan importancia y la diferencian de las formas clásicas de contratación. Nos atrevemos a decir que la contratación masiva o en serie cumple varias funciones entre ellas funciones económicas y sociales. Podíamos decir que cumple con una función económica puesto que, al no necesitar mayor número de formalidades ni tiempo para celebrarlos reduce los costos que tendría un contrato celebrado de la forma clásica. Podemos decir también que los contratos en serie cumplen con una función social pues permiten el eficiente tráfico de bienes y servicios a todas las personas sin distinción alguna.

Vale la pena en este punto resaltar que es tan grande la importancia que ha llegado a tener este tipo de contratación que existe toda una teoría que concibe al Derecho Mercantil o Derecho Comercial como el derecho de los actos en masa. Es así que Carlos Ramírez al conceptualizar al Derecho Mercantil expone la corriente que considera como habíamos mencionado anteriormente al Derecho Comercial como el derecho de los actos en masa, siendo la reiteración de dichos actos la característica determinante para otorgarles la condición de mercantiles. Manifestando también que dichos actos requieren normas jurídicas menos rígidas y menos formales. (Ramírez,2006, pág. 13).

Así también Farina concibe al Derecho Mercantil fundamentalmente como el derecho de los actos en masa “...por lo común sobre la base de cláusulas predispuestas y de condiciones generales de contratación impuestas por el empresario” (FARINA, 2005, 155).

Como habíamos señalado anteriormente la aparición de estas nuevas modalidades surge de la propia forma de conducirse de los mercados, trayendo como consecuencia que algunas formas jurídicas quedaran en desuso para dar paso a estos nuevos modelos que se imponen con mayor fuerza cada día. Los contratos comerciales se pueden clasificar dentro de la categoría de contratos no negociados dado que, como ya habíamos manifestado en reiteradas ocasiones las cláusulas del mismo no están sujetas a discusión entre productor y consumidor. La gran mayoría de los contratos

comerciales se celebran bajo alguna de las siguientes modalidades: contratos de formulario o llamados también contratos tipo, condiciones generales de contratación, contratos de adhesión, contratos normados, contratos de ventanilla, entre otros. Cabe recalcar que un mismo contrato puede estar dentro de una o varias de estas modalidades y usando varios medios como los contratos publicitados por medio de carteles y anuncios, pantallas de televisión, volantes, altavoces, catálogos, circulares o prospectos y a través de la misma envoltura del producto.

Para empezar el estudio de las diversas modalidades de los contratos en masa debemos empezar analizando lo que varios autores consideran como el contrato la base de los demás contratos que es el contrato estándar o uniforme del cual se derivan otras variantes como son las cláusulas predispuestas las mismas que son establecidas por parte del empresario con anterioridad a la celebración del contrato. El empresario en algunos casos por cuestiones de celeridad puede hacer uso también de los contratos de formulario o llamados también contratos tipo. Las cláusulas predispuestas mencionadas anteriormente pueden adquirir la categoría de condiciones generales de contratación lo cual las vuelve inmodificables, llegando así al concepto de contrato de adhesión. Todas estas modalidades serán analizadas en el presente capítulo.

2.3 Contrato Estándar.

Debemos comenzar manifestando que la palabra estándar tiene su origen en el vocablo de la lengua inglesa *standard* que significa que sigue un modelo o patrón. Con este antecedente podemos empezar a entender a los contratos estándar como aquellos que siguen un modelo o patrón prefijado.

El contrato estándar llamado también contrato uniforme responde a las crecientes necesidades del tráfico mercantil, estableciendo un esquema contractual uniforme para todas las operaciones que tienen por objeto los bienes y servicios que se ofrecen de

manera masiva, se caracteriza por la uniformidad de su contenido, es diseñado por la empresa sin distinción de quien sea la otra parte contratante.

A decir del Doctor Remigio Auquilla en la revista de la Universidad de Azuay, este tipo de contrato es el considerado como el “contrato madre del cual se derivan las demás formas de contratación...” (Auquilla, 2007, 178).

Citando a Juan M Farina podemos expresar lo siguiente “el contenido del contrato estándar está determinado por las cláusulas predispuestas, llamadas así porque son establecidas de antemano por el empresario. Pude suceder que, en algunos casos, el empresario recurra a los contratos de formulario por comodidad, pero no como esquema contractual ineludible. También es posible que las cláusulas predispuestas asuman el rol de condiciones generales de contratación, en cuyo caso tales cláusulas predispuestas por voluntad del empresario predisponente se tornan inmodificables, lo que nos conduce al contrato por adhesión”. (FARINA, 2005, pag.79). Pasaremos a estudiar todas estas nuevas formas de contratación que como vimos anteriormente tienen su base en el contrato estándar o uniforme.

2. 4 Contrato formulario o contrato tipo

Se presenta como una de las variantes del contrato estándar que hemos estudiado anteriormente. Citando a José Ignacio Narváez en su obra “Obligaciones y Contratos Mercantiles. “ Su contenido es uniforme y los contratantes solo agregan sus firmas. En raras ocasiones suelen ser adicionados o modificados por la libre deliberación en paridad de condiciones de las partes. Es lo que acontece en el esquema contractual que se utiliza en las ventas de mercancías cuyo precio debe pagarse total o parcialmente a plazos, garantizando el pago con prenda sin tenencia de lo vendido o con pacto de

reserva del dominio o con formularios de contratos utilizados por los bancos con su clientela,” (NARVÁEZ, 2005, pág. 45).

Este tipo de contratos son muy comunes en la contratación mercantil, como habíamos mencionado anteriormente el usuario o consumidor únicamente pone su firma como señal de aceptación de todas condiciones que fueron previamente establecidas por el empresario, considerado por muchos como la parte fuerte de la relación comercial. Cabe mencionar en este punto que se considera al usuario o consumidor de cierta manera como la parte débil de la relación comercial, dado que, como ya lo hemos dicho en reiteradas ocasiones su voluntad se ve limitada únicamente a decidir si quiere o no contratar, mas no a discutir cada una de las cláusulas, aunque se sienta afectado por un o varias de ellas. Por otra parte se considera al empresario como la parte fuerte y poderosa de la relación comercial. Esto por obvias razones, una empresa sí tiene la potestad de estudiar y analizar todas y cada una de las cláusulas que redactar en los formularios que ofrecerá al público, de esta manera es evidente que velará por sus intereses y conveniencia dentro de la relación comercial. Es por este criterio que el Estado ha buscado de cierta forma protege la considerada parte débil de la relación comercial para de cierta manera equiparar la desigualdad que se produce al momento de contratar. A estas regulaciones nos referiremos en los siguientes capítulos del presente trabajo.

Los contratos formulario o contratos tipo son muy utilizados en el tráfico mercantil dada la rapidez con la que son celebrados, puesto que la parte usuaria o consumidora solamente tiene que suscribirlos y con eso se entiende que ha aceptado todas las condiciones establecidas en el mismo. En muchas ocasiones debido a la celeridad con la que se da el tráfico de bienes y servicios las personas se limitan a suscribir un formulario, sin siquiera haber leído completamente todas las condiciones en él contenidas. Esto conlleva a que en el momento de reclamar algún punto que con el tiempo el usuario se da cuenta de que no es de su conveniencia, esto no es posible pues al suscribir el mencionado formulario el usuario acepta que ha leído y comprendido y sobre todo que está de acuerdo con las cláusulas contenidas en el mismo.

Muchos autores conocen a los contratos tipo o contratos formulario también con el nombre de contratos normativos, pues se manifiesta que existen cláusulas fijadas para un sector de la actividad económica o para ciertas empresas. Tal es el caso de los bancos que generalmente utilizan este tipo de contratos. Así si una persona necesita los servicios bancarios no tiene otra opción que suscribir los formularios que para la institución bancaria son inalterables.

De acuerdo a lo manifestado por José Ignacio Narváez los contratos tipo tienen ciertas particularidades, específicamente lo que el autor denomina como la “pre redacción” del contrato y su empleo para una inmensa cantidad de casos sin tomar en consideración quien o quienes vayan a ser la otra parte contratante. El mismo autor manifiesta que este tipo de contratos constan generalmente de una versión impresa en la cual la parte que requiere el bien o el servicio se limita a llenar los espacios en blanco y a suscribirlo. El mismo autor manifiesta que se pueden considerar como contratos formulario o contratos tipo a aquellos que tienen cláusulas y estructura de un contrato estándar pero que se combinan con cláusulas discutidas y redactadas por las partes. Como ejemplo de esto José Ignacio Narváez nos trae las cláusulas Incoterms.

2.5 Contrato con cláusulas predispuestas.

Empezaremos diciendo que estas cláusulas nacen en respuesta a la necesidad de uniformar el contenido de ciertos contratos que se ofrecen al público abiertamente; es decir a un número ilimitado de personas sin consideración específica a cada una de ellas. Evidentemente constituyen una característica muy común en la contratación masiva, en la cual, como hemos venido estudiando a lo largo del presente trabajo, se ofrece una múltiple variedad de bienes y servicios al público en general sin tomar en cuenta individualmente a ninguno de los contratantes. Cabe manifestar que estas cláusulas pueden estar insertas en el mismo documento del contrato, o también pueden hallarse contenidas en otro documento o por lo general en un anexo. Otra forma en la

que se pueden presentar las cláusulas predispuestas es a través de carteles, de avisos o incluso de anuncios verbales.

Los principales requisitos de las cláusulas predispuestas es que deben ser conocibles por parte de los destinatarios y deben ser inteligibles; es decir, que sus alcances y connotaciones deben ser factibles de ser entendidas por cualquier persona dotada de una capacidad intelectual normal. Entendiéndose que se deben evitar términos que puedan ser de difícil comprensión o puedan inducir a un error o confusión en cuanto a las condiciones del contrato. El predisponente, que es generalmente el empresario, a través de las cláusulas predispuestas asegura por una parte la contratación en serie; pero por otra parte es su obligación velar porque estas cláusulas cumplan con las dos características antes mencionadas; es decir, que sean conocibles e inteligibles, con esto se asegura de que en caso de que exista conflicto la parte usuaria o consumidora no pueda alegar su desconocimiento.

Las llamadas cláusulas predispuestas constituyen un modo de expresar las condiciones generales de contratación, a las cuales nos referiremos en los siguientes puntos. Estas cláusulas pueden encontrarse tanto en los contratos formulario o contratos tipo, como también en los contratos de adhesión, estudiados anteriormente.

Como es evidente las cláusulas predispuestas como su nombre lo indica son elaboradas por una de las partes, generalmente el empresario, y tampoco existe posibilidad de discusión alguna sobre cada una de ellas. Así lo expresa Juan M Farina en su obra “Contratos comerciales Modernos” quien al citar a Messineo manifiesta que: “si la cláusula predispuesta fuera la obra de ambas partes, sería el resultado de un acuerdo (lo cual es extraño a esta modalidad de contratación) y se transformaría, entonces, en el procedimiento típico de formación del contrato clásico y de las cláusulas particulares”. (FARINA, 2005, pág. 80).

2.5.1. Características de las cláusulas predispuestas.

Como primera característica podemos mencionar que las cláusulas predispuestas son el resultado de la actividad de un predisponente que es el empresario. Aquí se manifiesta la autonomía privada del predisponente. Las cláusulas predispuestas también tienen un carácter de generales, es decir, como ya lo habíamos manifestado anteriormente se realizan con la finalidad de asegurar la contratación en serie, es por esta razón que no hacen distinción en cuanto a la persona con la que se contrata ni se toman en consideración sus características individuales, esto las vuelve también uniformes dado que se aplican de la misma manera para todos los casos en los que el bien o servicio materia del contrato sea requerido. Se ha manifestado también que estas cláusulas tienen el carácter de inderogables sin embargo al pertenecer al ámbito de la autonomía privada su modificación es posible al igual que su derogación. Otra característica que podemos encontrar es que en cuanto a su conocimiento, cuando la cláusula está incluida dentro del texto del contrato la parte usuaria o consumidora no podrá alegar su desconocimiento; pero, si no se halla inserta dentro del contrato o se remite a otro documento la parte usuaria puede alegar su desconocimiento pero será necesario probarlo.

2.6 Condiciones Generales de Contratación.

Las condiciones generales de contratación aparecieron primero en el transporte marítimo y en la actividad aseguradora, luego se ampliaron al transporte de mercaderías por ferrocarril y por carretera y posteriormente al transporte de mercaderías por vía aérea. Hoy en día podemos decir que estas condiciones son una constante en todas las actividades de producción de bienes y prestación de servicios a gran escala. Como ejemplo podemos citar los contratos de transporte marítimo, los contratos bancarios, los de publicidad; entre otros.

Las condiciones generales de contratación son una de las partes más importantes de los contratos mercantiles dado que resultan muy necesarias para el correcto funcionamiento de las operaciones en masa. Estas condiciones se repiten en una serie indefinida de contratos iguales, facilitando así el desenvolvimiento del comercio. Farina citando a Santos Briz manifiesta: “las condiciones generales de contratación representan una manifestación de la vida económica y social de nuestro siglo, que, a diferencia de la del siglo XIX, ha pasado de la producción artesanal, destinada a la necesidad individual, al contrato en masa”. (FARINA, 2005, pág. 83).

Algunos autores consideran a las condiciones generales de contratación como la “columna vertebral” del contrato que determina el contenido normativo del consentimiento de las partes. Generalmente son cláusulas que determinan plazos, condiciones de pago, solución de diferencias, garantías, desplazamiento de riesgos, etc. Como habíamos mencionado anteriormente no se aplican para un contrato en específico, sino para la contratación masiva o en serie. Estas cláusulas son redactadas por el empresario y no hay la posibilidad de que los clientes o usuarios las negocien o modifiquen. Estas cláusulas prevén todos los aspectos entre productores o prestadores de servicios y clientes o usuarios.

Siguiendo nuevamente a Farina encontramos una definición muy concreta de lo que debe entenderse por condiciones generales de contratación así: “Condición general, condiciones negociales generales, o condición general de contratación, es la cláusula o conjunto de ellas preformuladas e impuestas por el estipulante si previa negociación particular, concebidas con caracteres de generalidad, abstracción y uniformidad para ser aplicables a un número indeterminado de relaciones contractuales. No tiene importancia su extensión, ni el modo de expresarlas, ni la ubicación de su texto (en el cuerpo del contrato o fuera de él) para ser tenidas como tales”. (FARINA, 2005, pág.84).

Como lo mencionamos anteriormente estas condiciones se caracterizan por ser como su nombre lo indica generales, como ya lo hemos manifestado en varias ocasiones no se establecen para un contrato o en específico ni para un cliente o consumidor individual, sino que se aplican uniformemente para todas las personas que puedan llegar a requerir esos bienes o servicios producidos o prestados por una empresa. Con la aplicación de las condiciones generales de contratación se logra celeridad en las contrataciones, pues simplifican la formación y conclusión de los contratos; facilitan la racionalización de la empresa, dan seguridad jurídica, se logra también una regulación pormenorizada de las relaciones contractuales con especificación de las prestaciones y contraprestaciones. La aplicación de las condiciones generales posibilita también el ahorro de costos, posibilita y facilita los cálculos, contribuye también a la unificación del derecho cuando se utilizan en el comercio internacional; y, otorga sensación de trato igualitario a la clientela. También se dice que las condiciones generales de contratación concretan las generalizaciones de la ley, dado que las relaciones contractuales se regulan dentro de la equidad, teniendo en cuenta la naturaleza del producto o servicio sobre el que versa la contratación.

Las condiciones generales pueden surgir unilateralmente y entonces podemos llamarlas condiciones generales en particular, y si son adoptadas por un conjunto de empresarios podemos llamarlas condiciones generales de grupo. Estas condiciones también pueden surgir bilateralmente “cuando las cláusulas del contrato normativo entre dos clases o categorías de interesados en la relación contractual son obligatorias o indicativas en los contratos que se celebren entre los miembros de ambas”. (NARVÁEZ, pág. 49). Cabe también mencionar que existen condiciones sometidas a aprobación oficial o autorización previa de un organismo del Estado para que puedan ser incorporadas al contrato.

En este punto cabe hacer una aclaración sobre las diferencias entre las cláusulas predispuestas, que estudiamos anteriormente, y las condiciones generales de contratación. Debemos manifestar que resulta difícil diferenciarlas dado que en la mayoría de los casos las condiciones generales de contratación se manifiestan a través de las cláusulas predispuestas por el empresario. Pues las cláusulas predispuestas son

el modo de exteriorizar las condiciones generales de contratación. Sin embargo Farina citando a Messineo manifiesta que: “Mientras la cláusula predispuesta es siempre un acto de voluntad del empresario predisponente (dentro del marco legal), las condiciones generales también pueden ser establecidas por la autoridad administrativa (caso de las pólizas de seguro), aun prescindiendo de la voluntad del empresario”. (FARINA, 2005, pág. 87).

También es prudente en este punto referirnos a la forma en la que se interpretan las condiciones generales de contratación, así se establecen dos reglas básicas, primero el tenor literal de las palabras, atendiéndose al lenguaje usual y a las circunstancias que la parte contratante conoce o se espera racionalmente que conozca. Un punto muy importante a tener en cuenta es la finalidad del negocio, los intereses que se encuentran en juego y la conexión de estos negocios con otros negocios o con otros partícipes del mismo convenio. También se debe tomar en cuenta que para interpretar las condiciones generales pueden no ser suficientes los principios comunes que rigen para la interpretación de las estipulaciones particulares, debido a que las condiciones generales no rigen para un caso concreto por lo cual no son relevantes las condiciones particulares de cada caso. Lo que se debe hacer es recurrir a criterios objetivos que sean determinantes para todos los casos en general. Lo más importante es que exista la posibilidad de comprensión por parte del cliente o el usuario, de cualidades intelectuales medias.

2. 7 Contratos de Adhesión.

Aunque mucho se ha discutido sobre este tipo de contratos en cuanto al tema principal de enfoque que es la autonomía de la voluntad, nos atrevemos a manifestar que es otra nueva forma en la que se manifiesta la libertad de contratar que tenemos las personas. Farina citando a Díez-Picazo manifiesta “la expresión contrato de adhesión fue propuesta por Saleilles, a principios del siglo xx y aceptada posteriormente por la

doctrina francesa y la de otros países". (FARINA, 2005, pág. 96). Saleilles los define de esta forma: "Se refiere a aquel negocio en cuya celebración las cláusulas previamente determinadas por una de las partes no admiten ser discutidas por la otra, que no tiene la posibilidad de introducir modificaciones; si no quiere aceptarlas debe abstenerse de celebrar el contrato, pues las propias circunstancias y las características de éste impiden cualquier negociación." En este tipo de contratos las empresas que realizan contrataciones en masa elaboran un contrato bajo ciertas condiciones. Este contrato se aplicará para todas las negociaciones de ese tipo que se lleven a cabo con dichas empresas. El co-contratante solo se limita a aceptar o adherirse al contenido del mencionado contrato.

Nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor define a los contratos de adhesión de la siguiente manera: "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". Art. 2)

A decir de José Ignacio Narváez en su obra "Obligaciones y Contratos Mercantiles" a pesar de que no hay discusión e todas y cada una de las cláusulas, esto no descarta que se lo pueda considerar como un contrato por las siguientes razones: "La oferta tiene carácter general y permanente; la oferta se presenta bajo la fórmula de un contrato cuyas cláusulas no admiten discusión; y, las estipulaciones son concebidas teniendo en cuenta especialmente el interés de quien las impone". (NARVÁEZ, 1990, pág. 43).

Aunque no existe una discusión ni un acuerdo previo a cerca de las condiciones en las que se llevará a cabo el contrato el usuario o consumidor por la necesidad de adquirir un bien o un servicio, se ve en la obligación por decirlo de alguna manera, de aceptar las condiciones preestablecidas por el productor o empresario. Si no lo hace simplemente no podrá tener acceso a determinados servicios, los cuales generalmente

no se puede renunciar, dadas las crecientes necesidades que se dan día con día, ya sean estas de carácter laboral, social o de entretenimiento.

Es evidente que los contratos de suministro que satisfacen las necesidades básicas como agua o luz, que dicho sea de paso, también son contratos de adhesión, son completamente indispensables para nuestra vida; pero existen otro tipo de necesidades que se van volviendo básicas con el transcurso del tiempo. Como un ejemplo claro podemos citar el caso que estudiaremos en el presente trabajo. Un contrato de internet móvil ofrecido por una de las operadoras de telefonía móvil más reconocidas en América Latina. En el antes mencionado contrato fue la operadora quien se encargó de elaborar el contrato y sus anexos, y se lo publicitó a través de volantes. El usuario únicamente se limita a aceptar o a rechazar dicho contrato; pero, al tratarse de un servicio tan importante en nuestra época, como lo es el servicio de Internet móvil simplemente no existe la posibilidad de negarse. Muchos usuarios preferimos aceptar un contrato previamente redactado, con todas las implicaciones que eso conlleva, a tener que permanecer sin un servicio tan indispensable para nuestro trabajo y vida cotidiana. Al ser la operadora una de las pocas que ofrece el servicio de internet móvil, se encuentra también en un nivel de superioridad ante el consumidor, puesto que las otras empresas, que dicho sea de paso son muy pocas, que ofrecen el mismo servicio generalmente tiene para ofrecer un contrato de similares características. Aquí nos encontramos con el dilema, como lo habíamos expresado anteriormente de aceptar sus condiciones o simplemente abstenernos de utilizar el servicio, lo segundo se vuelve cada día más difícil en la sociedad en la que vivimos.

Según lo afirman varios autores, la existencia de este tipo de contratos dan asidero a la imposición de cláusulas que se pueden considerar como inequitativas o perjudiciales para la parte usuaria o consumidora, también se da lugar a cláusulas eximentes de responsabilidad para el productor o empresario y por supuesto a cláusulas que permiten alteraciones unilaterales del contenido del contrato por hechos sobrevinientes a la celebración de dicho contrato. Es por esta razón que el estado debe jugar un papel preponderante en la regulación de este tipo de contratos, precisamente para precautelar que las grandes empresas no impongan condiciones demasiado inequitativas o

desfavorables para la parte considerada como la más débil que es en este caso la parte usuaria o consumidora. A este tema específicamente nos referiremos en el siguiente capítulo del presente trabajo, cuando estudiemos la forma en la que nuestro Ordenamiento Jurídico protege al consumidor de bienes y servicios.

Un punto muy importante que cabe recalcar es que los contratos de adhesión no son un tipo de contratos por si solos sino son una forma nueva en la que se llevan a cabo varios tipos de contratos dado el acelerado tráfico de bienes y servicios. Es así que un contrato de televisión por cable, un contrato de telefonía fija, un contrato de telefonía móvil o un contrato de servicio de internet son considerados dentro del tipo de contratos de adhesión dada la forma en la que se llevan a cabo.

Debemos también manifestar que una parte de la doctrina se niega a considerar este tipo de negociación como un contrato propiamente dicho así Néstor de Buen Lozano citado por Arturo Diaz e su obra “Teoría General de los contratos Mercantiles” manifiesta que: “No es posible seguir considerando tales actos jurídicos como contratos, por estimar que no media en su celebración ninguna autonomía de la voluntad, a lo menos de uno de los otorgantes el que, además, tampoco disfruta de la libertad de elección”. (DÍAZ, 1989). Por otra parte existe parte de la doctrina que manifiesta que la libertad siempre está presente y el consentimiento se manifiesta al momento de decidir si tomar o dejar determinada oferta.

2.7.1 Diferencia entre los contratos de adhesión y los contratos tipo.

Se considera que los contratos formulario o contratos tipo son una especie de contratos de adhesión, pero existen algunas semejanzas y diferencias.

Tomando en cuenta un primer criterio hablaríamos de una diferencia funcional, ya que, se recurre a un contrato tipo cuando los contratantes son ambos parte de categorías organizadas o contrapuestas. Por su parte se recurre a los contratos de adhesión cuando

falta la organización de una de las partes interesadas, así la disposición no puede ser más que una obra de parte que sí estaba organizada.

La segunda diferencia sería de carácter estructural o formal, pues en el contrato tipo existe la posibilidad de que las condiciones se redacten en condiciones de igualdad para dos partes a través de la intervención de representantes de dos categorías de futuros interesados en contratar. En cambio en el caso de un contrato de adhesión el esquema siempre es elaborado por una de las partes, generalmente por la parte que se considera fuerte dentro de la relación comercial.

Existen otras dos características que las señala José Ignacio Narvárez citando a Messineo. En las cuales se establece que el contrato de adhesión puede ser estipulado verbalmente, en cambio el contrato tipo presupone el empleo de un formulario. También se manifiesta que “El contrato de adhesión se caracteriza porque la parte más débil adhiere a unas cláusulas preestablecidas. Su eficacia se subordina al conocimiento de las mismas. En cambio, en el contrato tipo las cláusulas están dispuestas en módulos o formularios, de ordinario impresos o mecanografiados; y como casi siempre se agregan cláusulas manuscritas, éstas prevalecen sobre las cláusulas impresas, aun cuando esas últimas no hayan sido tachadas”. (NARVÁEZ, 47).

2.7.2 Algunos problemas que genera el contrato por adhesión.

De acuerdo con Farina existen dos problemas fundamentales a la hora de hablar de este tipo de contratos. El primer problema es saber determinar hasta qué punto el usuario o consumidor conoce las características del contrato al cual se está adhiriendo, para determinar hasta qué grado existe un verdadero consentimiento de su parte, para determinar si es un verdadero contrato o no lo es, puesto que es muy común que el

usuario simplemente se limite a firmar el contrato sin leerlo. Esto pasa también y principalmente por la celeridad con la que se realizan este tipo de negocios, dado que cuando el consumidor llega a contratar, el oferente se limita a explicar los aspectos básicos del contrato y a entregarle un sinnúmero de papeles por firmar, que muchas veces el usuario ni siquiera se detiene a leer o no le dan el tiempo para hacerlo.

Otro de los problemas que se presentan en cuanto a los contratos de adhesión es según Farina el otro problema está en encontrar los medios que permitan evitar que quien se encuentra en condición de superioridad, por decirlo de alguna manera, que evidentemente sería la empresa productora o prestadora de bienes y servicios, abusen de la parte usuaria o consumidora. Así Farina manifiesta que se deben prohibir aquellas cláusulas consideradas exorbitantes, estableciéndose para ciertas actividades la intervención del poder público sometiendo determinadas condiciones de este tipo de contratos a la aprobación de un organismo administrativo que pueda tutelar los intereses de la considerada parte débil de la contratación. ”. (FARINA, 2005, 100-101).

Expresa también Farina, entre otras cosas, que la forma de controlar los abusos que podrían presentarse en este tipo de contratos es por vía jurisprudencial interpretando los principios generales del derecho y la buena fe, que impiden el abuso y el autoritarismo por parte de las empresas oferentes de bienes y servicios.

2.8 Algunos problemas que genera la contratación en masa.

Si bien la contratación masiva ha sido de gran utilidad para el correcto desenvolvimiento de las relaciones comerciales, y aún más es inevitable en un mundo globalizado en el cual el intercambio de bienes y servicios es cada día más grande. Tan grande que las clásicas formas de los contratos civiles se han quedado insuficientes

para regular las crecientes necesidades del tráfico mercantil. También ha generado controversia el hecho de que sea una sola de las partes la que se encargue de fijar todas las condiciones en las cuales se llevará a cabo el contrato, puesto que al no haber posibilidad de discusión es evidente que la parte encargada de elaborar dichas cláusulas buscará de alguna manera sacar ventaja u obtener un beneficio, en perjuicio de la otra parte que únicamente se ve limitada a aceptar o rechazar las condiciones previamente establecidas.

Es así que haciendo uso de esta especie de ventaja o privilegio que tienen los empresarios productores o prestadores de bienes o servicios, al ser considerados la parte fuerte de la relación comercial, en ocasiones redactan cláusulas poco favorables para la otra parte, considerada la parte débil que nada puede hacer para discutir éstas cláusulas y solo decide si aceptarlas o rechazarlas. Lo que conlleva también aceptar o rechazar el producto o servicio materia del contrato. Es así que estas cláusulas según José Ignacio Narváez pueden ser: “Ilegales cuando pugnen directa o indirectamente con alguna regla de derecho; serán abusivas cuando, a pesar de amoldarse a los términos de la ley, desvíen su prístino sentido y contraríen la equidad; y serán excesivas cuando ostenten la apariencia de legítimas pero se traduzcan en menoscabo de algún derecho ajeno”. (NARVÁEZ, pág. 49). A las cláusulas abusivas nos referiremos a continuación.

2.8.1 Cláusulas abusivas.

A la cláusula abusiva se la conoce también con el nombre de cláusula gravosa, onerosa, leonina o vejatoria. Este tipo de cláusulas van contra el principio de buena fe causando un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes perjudicando, por supuesto, a la parte menos favorecida de la relación comercial que es el usuario o consumidor. Juan M Farina manifiesta que: “constituyen cláusulas abusivas, que merecen ser revisadas por los tribunales, las que colocan a la otra parte a merced del

empresario predisponente, como ocurre, por ejemplo, con las que prácticamente dejan sin efecto las normas sobre garantía por vicios en las cosas; las que hacen asumir al cliente los riesgos de transporte, las que liberan al empresario de toda responsabilidad por culpa, o establecen a su cargo, en concepto de indemnización por responsabilidad, sumas inferiores a las que puedan corresponder, en tanto que las penalidades para el cliente son impuestas con criterio riguroso y desproporcionado a sus derechos...””’”. (FARINA, 2005, pág. 192).

De acuerdo a lo expresado por la doctrina existe un sinnúmero de cláusulas que pueden ser establecidas por los empresarios, productores o prestadores de un servicio; pero, se llegan a resumir todas esas posibilidades de la siguiente manera:

- 1.- Aquellas cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- 2.- Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- 3.- Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del usuario o consumidor.

A las regulaciones respecto a este tema, que se encuentran contenidas en nuestra Ley Orgánica de Protección al consumidor, nos referiremos en el siguiente capítulo del presente trabajo.

2.9 La autonomía de la Voluntad.

Podríamos decir que éste es el tema más controversial en cuanto a la contratación masiva, mucho se ha dicho al respecto sin que hasta el momento se lleguen a unificar los criterios. Una gran parte de la doctrina manifiesta que las formas de contratación

masiva no son realmente contratos en su sentido estricto, puesto que, no se encuentra presente el elemento fundamental para la existencia de un contrato que es la autonomía de la voluntad de las dos partes contratantes. Autonomía que se manifiesta en la posibilidad de discutir todas y cada una de las cláusulas de un contrato y poder modificarlas hasta que estén de acuerdo a la conveniencia de las partes intervinientes. En la contratación masiva o en serie como hemos visto a lo largo del presente estudio la autonomía de la voluntad de una de las partes, considerada la parte fuerte de la relación comercial, que es el empresario, productor o consumidor, está plenamente desarrollada al ser él quien redacta las cláusulas del contrato que posteriormente será celebrado con un gran número de usuarios o consumidores. Mientras que la voluntad del usuario o consumidor se ve restringida con la única posibilidad de aceptar o rechazar la oferta propuesta por el empresario.

Con respecto a este mismo tema Arturo Diaz citando a De Buen Lozano al referirse a la contratación en masa manifiesta “no es posible seguir considerando tales actos jurídicos como contratos, por estimar que o media en su celebración ninguna autonomía de la voluntad, a lo menos de uno de los otorgantes, el que, además, tampoco disfruta de libertad de elección. (DÍAZ, pág. 14 y 15). Para este autor no hay posibilidad de hablar de autonomía de la voluntad, puesto que la parte consumidora o usuaria simplemente por la necesidad de obtener el servicio se ve forzada a aceptar todas las condiciones preestablecidas por el empresario, aun en perjuicio de sus propios derechos.

Por otra parte existen muchos tratadistas que manifiestan que si bien la autonomía de la voluntad no tiene una connotación tan amplia como en los clásico contratos civiles de todas maneras está presente en la contratación masiva, dado que al aceptar contratar la parte usuaria o consumidora está manifestando su voluntad y ejerciendo el derecho a decidir. Así lo manifiesta Juan M Farina al decir que en todo contrato y aun en estos existe la autonomía de la voluntad y citando a Galgano expresa “siempre es necesario un acto de adhesión al contrato en serie, y si bien el consentimiento del individuo es superfluo para la determinación de contenido del contrato, pero es indispensable para la conclusión de este” (FARINA, 2005, pág. 154). A decir de estos autores si no

existiera la voluntad de la parte usuaria o consumidora de adherirse a ese contrato, aunque sus cláusulas ya estén establecidas, el contrato simplemente no existiría.

Sea de ello lo que fuere el hecho innegable es que en el mundo globalizado en el que vivimos, el tráfico de mercaderías que va haciendo más grande día a día; y, por supuesto las necesidades de los individuos son cada vez más grandes. En este estado de las cosas nos vamos a encontrar con este tipo de contratos todos los días y será un tema que irá en aumento conforme el paso del tiempo. Es por esto que la corriente predominante tiende ahora ya no a discutir los aspectos doctrinales sino más bien a buscar una protección adecuada para la llamada “parte débil de la relación” estableciendo normas de protección a consumidores que serán objeto de nuestro estudio en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO III

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

3.1. Protección al consumidor en la Constitución Política de la República del Ecuador.

Al considerar al consumidor, como ya lo habíamos mencionado anteriormente, la parte vulnerable de la relación comercial, la Constitución y la ley han establecido mecanismos para la protección de la parte usuaria o consumidora, la misma que podría ser afectada en sus derechos. Así ha limitado la libertad de la parte productora o prestadora de bienes o servicios con el afán de evitar los abusos que pudieran llegar a darse por parte de uno de los intervinientes en la relación comercial.

Comenzaremos este estudio analizando las dos últimas Constituciones del Ecuador la de 1998 y la de 2008, que está vigente hasta la presente fecha. Observáremos como los derechos del consumidor han ido ampliándose y su protección se ha regulado con mayor énfasis en la nueva Carta Política.

En la Constitución de 1998 los derechos de los consumidores estaban consagrados en la sección tercera del capítulo quinto dentro de los llamados Derechos Colectivos, así el Artículo 92 establecía lo siguiente: Art. 92.-“ La ley establecerá los mecanismos de control de calidad, los procedimientos de defensa del consumidor, la reparación e indemnización por deficiencias, daños y mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos no ocasionados por catástrofes, caso fortuito o

fuerza mayor, y las sanciones por la violación de estos derechos. Las personas que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la prestación del servicio, así como por las condiciones del producto que ofrezcan, de acuerdo con la publicidad efectuada y la descripción de su etiqueta. El Estado auspiciará la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, y adoptará medidas para el cumplimiento de sus objetivos. El Estado y las entidades seccionales autónomas responderán civilmente por los daños y perjuicios causados a los habitantes, por su negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo y por la carencia de servicios que hayan sido pagados”. (Constitución política de la República del Ecuador, 1998, Art. 92)

Como podemos observar en la Constitución de 1998 se establecía un mecanismo de defensa al consumidor ante la deficiencia o mala calidad de los bienes o servicios y se remitía para estos casos a la ley. También se establecían responsabilidades civiles y penales por la mala prestación de un servicio o las malas condiciones de un producto de acuerdo con la publicidad que se le haya hecho al mismo, así como también de acuerdo a la información contenida en su etiqueta.

La constitución de año 2008 hizo un avance en cuanto a la protección de los derechos del consumidor al considerar a las personas usuarias consumidoras como uno de los grupos de atención prioritaria así en la sección novena del Capítulo Tercero dedicado a las personas y grupos de atención prioritaria se establece lo siguiente: Art. 52 “Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor”. (Constitución Política del Ecuador, Artículo 52).

Aquí podemos ver ya consagrado el derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad lo que no se establecía en la Constitución anterior, también se hace hincapié en el derecho de elegirlos con libertad y en lo que se refiere a la publicidad engañosa se establece el derecho a ser informados correctamente sobre el contenido y características de un producto o servicio. Se incluye por supuesto las regulaciones que ya estaban contenidas en la Constitución anterior al respecto de las sanciones incluyendo aquellas por vulneración de los derechos antes mencionados y la reparación e indemnización por daños o mala calidad de los bienes o servicios.

Existe también un nuevo avance en cuanto a la medición de la satisfacción de los usuarios o consumidores a cerca del bien o servicio que hayan adquirido así el Artículo 53 de la Constitución establece lo siguiente: Art. 53.- “Las empresas, instituciones y organismos que presten servicios públicos deberán incorporar sistemas de medición de satisfacción de las personas usuarias y consumidoras, y poner en práctica sistemas de atención y reparación. El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados” (Constitución Política del Ecuador, Registro Oficial N 449, 20 de octubre de 2008, Artículo 53).

Las responsabilidades civiles y penales para las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan bienes de consumo también están consagradas en la Constitución. A diferencia de la Constitución de 1998, aquí se amplían y describen las condiciones por las cuales los productores de bienes o prestadores de servicios serán civil y penalmente responsables y también se incorpora la mala práctica en el ejercicio de una profesión lo que no estaba considerado en la Constitución anterior. Así el Artículo 54 establece lo siguiente Art. 54.- “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 Política del Ecuador, Artículo 54).

La Constitución 2008 también establece otro derecho que anteriormente no estaba consagrado y es el que tenemos todas las personas usuarias o consumidoras a asociarnos en pro de conocer nuestros derechos y defenderlos así el Artículo 54 de nuestra Carta Política establece lo siguiente: Art. 55.- “Las personas usuarias y consumidoras podrán constituir asociaciones que promuevan la información y educación sobre sus derechos, y las representen y defiendan ante las autoridades judiciales o administrativas. Para el ejercicio de este u otros derechos, nadie será obligado a asociarse”. Constitución Política del Ecuador, Registro Oficial N 449, 20 de octubre de 2008, Artículo 55).

3.2 Protección al consumidor consagrada en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Para empezar el análisis de los derechos consagrados en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor empezaremos diciendo que el mencionado cuerpo legal consagra los derechos de las personas tanto naturales como jurídicas que adquiramos un bien o un servicio, consagra también las obligaciones que tienen quienes prestan un servicio u ofrecen un bien. El objetivo de esta Ley es principalmente proteger los derechos del consumidor en caso de que sean vulnerados por parte del proveedor bienes o servicios.

Hemos estado hablando, dentro del presente estudio, de consumidor y proveedor, y es necesario que demos los conceptos de estas dos palabras de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Así el Artículo 2 del mencionado cuerpo legal a definir los términos contempla como consumidor a: “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”. Así también el mencionado artículo define a proveedor como: “Toda persona natural o jurídica de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución, alquiler o comercialización de bienes, así como prestación de servicios a consumidores, por lo que se cobre precio o tarifa. Esta definición incluye a quienes adquieran bienes o servicios para integrarlos a procesos de producción o transformación, así como a quienes presten servicios públicos por delegación o concesión”. (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, R.O. 280, 8-III-2001, Artículo 2).

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor también establece los derechos fundamentales que tiene el consumidor los cuales se pueden resumir diciendo que tenemos derecho como consumidores a recibir productos y servicios de óptima calidad y a escogerlos libremente, garantizando la vida, la salud y la seguridad en el consumo, también se establece el derecho a recibir un trato transparente y equitativo y obtener información adecuada, completa y sin engaños sobre el bien o servicio que estamos recibiendo. Así lo establece el Artículo 4 al manifestar lo siguiente: “Son derechos fundamentales del consumidor, a más de los establecidos en la Constitución Política de la República, tratados o convenios internacionales, legislación interna, principios generales del derecho y costumbre mercantil, los siguientes:

1. Derecho a la protección de la vida, salud y seguridad en el consumo de bienes y servicios, así como a la satisfacción de las necesidades fundamentales y el acceso a los servicios básicos;
2. Derecho a que proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y a elegirlos con libertad;
3. Derecho a recibir servicios básicos de óptima calidad;
4. Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características,

calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren prestar;

5. Derecho a un trato transparente, equitativo y no discriminatorio o abusivo por parte de los proveedores de bienes o servicios, especialmente en lo referido a las condiciones óptimas de calidad, cantidad, precio, peso y medida;

6. Derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales;

7. Derecho a la educación del consumidor, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada de sus derechos;

8. Derecho a la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios;

9. Derecho a recibir el auspicio del Estado para la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, cuyo criterio será consultado al momento de elaborar o reformar una norma jurídica o disposición que afecte al consumidor;

10. Derecho a acceder a mecanismos efectivos para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a la adecuada prevención, sanción y oportuna reparación de los mismos;

11. Derecho a seguir las acciones administrativas y/o judiciales que correspondan; y,

12. Derecho a que en las empresas o establecimientos se mantenga un libro de reclamos que estará a disposición del consumidor, en el que se podrá anotar el reclamo correspondiente, lo cual será debidamente reglamentado". (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, R.O. 280, 8-III-2001, Art. 4).

La ley más de establecer derechos para los consumidores también establece, aunque en menor número, ciertas obligaciones de los mismos así tenemos que un consumidor debe propiciar y ejercer de manera racional y responsable el consumo de bienes y servicios; también debe ocuparse de no afectar el medioambiente evitando consumir bienes que pongan en peligro al mismo, también debe evitar el riesgo para su salud y su vida ocasionados por el consumo de bienes o servicios y una obligación muy importante es la de informarse responsablemente de las condiciones de uso de los

bienes servicios que va a consumir. Todo esto se encuentra establecido en el Art. 5 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Por otra parte también se establecen obligaciones del proveedor de bienes y servicios entre las que se establece la obligación de entregar información clara, veraz suficiente sobre los bienes o servicios que brinda; se establece también la obligación de entregar el bien o prestar el servicio ofrecido de forma oportuna y eficaz, de acuerdo con las condiciones establecidas. Los proveedores de bienes o servicios también tienen la obligación de dar conocimiento a los consumidores sobre el precio final de los bienes y servicios ofrecidos y entregar factura que compruebe la negociación realizada.

La ley también contempla la posibilidad que tiene el consumidor para optar por la rescisión del contrato o pedir una disminución del precio o en su defecto una indemnización en caso de que el producto o el servicio tuviera defectos o vicios ocultos y a la obligación que tienen los productores de mantener siempre disposición de los consumidores los repuestos necesarios para mantener un bien en óptimas condiciones. Todo esto se halla establecido a partir del Artículo 19 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Artículos 19 y siguientes.)

En cuanto al tema que ha venido siendo objeto de nuestro estudio la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor define al contrato de Adhesión como ya lo habíamos mencionado anteriormente, de la siguiente manera: 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, R.O. 280, 8-III-2001, Artículo 2).

Adicionalmente en el capítulo VII dedicado a la protección contractual expresa entre otras cosas que el contrato de adhesión debe estar redactado con caracteres legibles, en términos claros y comprensibles. A más de esto se establece que el tamaño de fuente no debe ser menor a 10 puntos, es así que cuando exista un texto escrito con caracteres

más pequeños esta parte se entenderá como no escrita y no producirá ningún efecto jurídico para ninguna de las partes contratantes. Se establece del mismo modo que los contratos no podrán remitirse a documentos que no sean de conocimiento público o en su defecto que no hayan sido debidamente entregados para el conocimiento del usuario. También existe la obligación del proveedor de bienes o servicios de entregar al usuario o consumidor una copia del contrato suscrito y de todos sus anexos. También se establece la obligación de que los contratos de adhesión sean escritos e idioma castellano, haciendo la salvedad de alguna palabras que siendo de un idioma extranjero han sido incorporadas a nuestro léxico. Esto lo podemos encontrar establecido en los Artículos 41 y 42 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Vale la pena mencionar que el Artículo 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor con el afán de proteger precisamente a los usuarios que pudieran ver menoscabados sus derechos ante los abusos que pudieran llegar a presentarse por parte de los productores, establece ciertas cláusulas que sean prohibidas en este tipo de contratos, las mismas que encontrándose incorporadas en un contrato no producirán efecto alguno así tenemos: “Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que: Eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados; Impliquen renuncia a los derechos que esta ley reconoce a los consumidores o de alguna manera limiten su ejercicio; Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento; Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato; Autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, excepto cuando tal resolución o modificación esté condicionada al incumplimiento imputable al consumidor; Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato, o sean ilegibles; Impliquen renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en esta ley, sin perjuicio de los casos especiales previstos en el Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Ley de Arbitraje y Mediación y demás leyes conexas; y, Cualquier otra cláusula o estipulación que cause indefensión al

consumidor o sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres. Lo determinado en el presente artículo incluye a los servicios que prestan las Instituciones del Sistema Financiero”. (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, R.O. 280, 8-III-2001, Artículo 43).

En cuanto a los contratos de adhesión también encontramos que la Ley establece que en los casos de prestación de servicios como telefonía celular, medicina prepagada, televisión satelital o por cable y en otros similares el consumidor tiene el derecho de dar por terminado el contrato de forma unilateral, solamente cumpliendo el requisito de notificar por escrito a la otra parte con al menos 15 días antes de que finalice el periodo en curso, sin que el consumidor tenga q recibir sanciones o recargos ni pagar multas. Sin embargo si se establece la obligación de que el consumidor cancele los saldos que tenga con el proveedor por los servicios que ha recibido hasta la fecha en la que se da la terminación del contrato. Así también se establece la obligación del consumidor de cancelar al proveedor los valores que adeude por los bienes que hubieren sido necesarios para la prestación del servicio.

En el próximo capítulo analizaremos un contrato de adhesión específicamente uno de telefonía e internet móvil en el cual observaremos todos los requisitos que la ley impone par la validez de estos contratos, así como también analizaremos sus elementos y la forma en las que se presenta.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE CASOS PRÁCTICOS

4.1 Descripción de un Caso de Conflicto en Contrato de Adhesión

En este caso la denuncia fue presentada ante Juzgado Único de Contravenciones del cantón Cuenca. Comparecen en el mismo por una parte el señor BETC quien manifiesta que con fecha 10 de noviembre del año 2011 en busca de una capacitación en el área de computación informática se acercó a una de las empresas que ofrecían este servicio para consultar sobre las tutorías. El mencionado accionante expresa que habló con un representante de la empresa quien le supo manifestar que el costo del curso por tres meses era de \$1000 los mismos que podían ser financiados en tres cuotas de \$500 la primera y de 250 dólares las dos restantes. Manifiesta también el accionante que el representante de la empresa le entregó una hoja volante utilizada como publicidad de la empresa en la cual se detallaban específicamente las condiciones en las cuales el servicio se prestaría. En la mencionada hoja de información se especificaba que el curso tenía una duración de tres meses divididos en cinco horas por semana con los horarios a escoger dependiendo de la disponibilidad del tiempo del usuario o del cliente, el mismo que solo debía comunicar por vía telefónica su disponibilidad de tiempo para reservar el laboratorio de computación y coordinar con el horario del tutor. Manifiesta también el accionante que precisamente la flexibilidad en el horario fue la que le llevó a aceptar suscribir el contrato, dado que, por el trabajo que mantiene no tiene disponibilidad a la misma hora todos los días. El señor BETC expresa también en su reclamación que el representante de la empresa le explicó que en caso de no poder tomar el curso podía transferir los derechos del mismo a otra persona para que hiciera uso de los mismos.

El actor en su reclamación expresa que al momento de la suscripción le entregaron un contrato previamente redactado con una letra de tamaño muy pequeño en el cual el representante de la empresa únicamente se limitó a llenar con el nombre del usuario y solicitarle que firmara el mismo. El accionante expresa también que al cancelar los primeros quinientos dólares le entregaron un recibo y a su vez le pidieron que firmara una letra de cambio por el valor de los 500 dólares restantes que debían ser cancelados en cuotas de 250 dólares.

Manifiesta el actor en su reclamación que se comunicó por vía telefónica con el instituto para reservar el laboratorio de informática y la tutoría y le manifestaron que no podían ofrecerla porque estaba fuera del horario en la que estaban disponibles los tutores y que laboratorio se encontraba ocupado, esto sucedió por varias ocasiones. Debido a que no podía conseguir las tutorías en los horarios que solicitaba el accionante trató de transferir los derechos del curso a otra persona; pero, en el instituto le explicaron que en ninguna parte del contrato se especificaba que se podía transferir los derechos. También le manifestaron que en el CD que le habían entregado como material didáctico se encontraban tutorías virtuales con las cuales podía aprender y que “con esas tutorías era suficiente y ni necesitaba acudir al instituto”. El accionante trató de hablar con los directivos del instituto para dejar sin efecto el contrato; pero le manifestaron que él ya había firmado y recibido el material y que si no quería continuar perdía el dinero que había cancelado. El actor solicita la declaración de nulidad o inexistencia del contrato dado que lo considera lesivo sus intereses y violatorio completamente a los derechos del consumidor y a las reglas básicas de contratación pues al ser un contrato de adhesión cuyas cláusulas se encuentran redactadas previamente el tamaño de la letra debió haber sido superior a 10 puntos conforme lo establece el artículo 41 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, así como también solicita la devolución de lo pagado y las honorarios y costas procesales de acuerdo con lo establecido en el Artículo 87 del antes mencionado cuerpo legal.

4.2 Análisis del caso

Empezaremos diciendo que estamos frente un típico contrato de adhesión en el que las cláusulas no han sido discutidas con el cliente, sino que ya estaban preestablecidas en un formulario. El vendedor se limitó a llenar los datos únicamente el nombre del cliente, las fechas y forma de pago. Consideramos que es un contrato de adhesión dado que cumple con lo establecido en el Art. 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, anteriormente transcrito, es decir, es un contrato que consta de un formulario, con cláusulas predispuestas por el proveedor.

Una vez identificado como contrato de adhesión, analicemos el proceso. Dentro de la sustanciación del mismo el denunciante presenta como prueba a su favor el contrato original suscrito por un representante del Instituto de informática y el accionante. también presenta un recibo firmado por el representante de la empresa por el valor de \$500 que fueron cancelados al momento de la suscripción del contrato, así como también presenta como prueba una hoja volante que le fue entregada el día que solicitó información la misma que contiene la publicidad del Instituto de informática. En la misma se ofrecen cursos de computación en una disponibilidad de horarios de acuerdo a la comodidad del usuario. El denunciante solicita como prueba a su favor que se exhiban las letras de cambio que mantiene el demandado en su poder por el valor de \$250 cada una, las mismas que el demandante se comprometió a pagar en la en el transcurso del curso de computación. Se lleva a cabo la audiencia oral a la cual no comparece el demandado entonces se lo juzga en rebeldía de acuerdo lo dispone el Artículo 84 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

El juez analiza la prueba constatando que efectivamente se trata de un contrato de adhesión que se ha suscrito entre las partes por cuanto las cláusulas estaban preestablecidas y no ha existido consenso entre las dos partes en cuanto a las cláusulas del mismo. Se puede constatar también que el texto está escrito en letra inferior a 10 puntos contraviniendo si las disposiciones de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. El Juez para dictar sentencia toma en consideración los artículos 84 de la Ley Orgánica de Defensa del consumidor y 1 de la Constitución de la República del

Ecuador en los cuales se establece que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia; y, a su vez se consagra también el derecho a la seguridad jurídica que se basa en el respeto a la Constitución y a las normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. Toma también en consideración que el más alto deber del Estado es el respeto los derechos fundamentales que consagra la constitución siendo uno de ellos el de los consumidores que tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad. Así como también se considera que el Estado impone los mecanismos de control de calidad los procedimientos para la defensa de los consumidores y las sanciones por violación de estos derechos. De acuerdo con esto se infiere la protección especial de la que gozan los consumidores para no ser víctimas de abuso por parte de los proveedores de bienes o servicios. También se considera el Artículo 1 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en la cual se establece el ámbito de la misma y se precisa que su objeto es normar las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores buscando, por supuesto, equidad y la seguridad jurídica.

El juez puede constatar en el presente caso que el denunciante B. E.C. T ha firmado un contrato de adhesión con la empresa proveedora de un servicio en este caso un curso de computación e informática. Se pudo constatar también que a pesar de que en la publicidad de la empresa y en la información que le fue entregada al usuario se establecía que los horarios se podían escoger, en la letra pequeña del contrato se establecía la obligación del contratante de cancelar aunque no asistiera a las tutorías en el horario establecido: es decir, se indujo al engaño y al error.

El juez se basa también en la artículo 4 de la Ley Orgánica Defensa del Consumidor en la cual en forma clara y expresa se manifiesta que son derechos fundamentales del consumidor a más de los establecidos en la Constitución y los tratados y convenios internacionales el derecho a que los proveedores públicos o privados oferten bienes y servicios competitivos y de óptima calidad y a elegirlos con libertad. También el derecho a la información adecuada, verás, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado así como sus precios y características. Se establece

de igual manera el derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva así como a la reparación indemnización por daños y perjuicios por deficiencia o mala calidad de los bienes o servicios y el derecho acceder a los mecanismos efectivos para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses.

Por lo expuesto anteriormente el Juez declara con lugar la demanda propuesta en contra de la empresa por haber incumplido las disposiciones de la Ley Orgánica Defensa del Consumidor, principalmente el artículo 6 del mencionado cuerpo legal en lo que se refiere a la publicidad engañosa y el artículo 17 en la cual se cumplen las obligaciones del proveedor que se manifiesten el mismo que es obligación de todo proveedor entregar al consumidor información veraz suficiente clara completa y oportuna de los bienes y servicios ofrecidos de tal modo que se pueda realizar una elección adecuada y razonable de conformidad con este artículo y con el artículo 70 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor se condena al demandado a devolver al denunciante el valor de \$500 que fueron cancelados al inicio así como también los intereses que se generen hasta la fecha de la resolución así como también las costas procesales y los honorarios del abogado defensor.

Del análisis del presente caso podemos manifestar que resulta sorprendente y a la vez lamentable que existan todavía empresas que se aprovechen de la necesidad de los consumidores para inducir a los mismos al error y engañarlos de la forma en la que hemos visto en este caso. Por otra parte cabe también mencionar que los consumidores también tenemos nuestra parte de culpa en todo esto, puesto que, por la celeridad con la que pretendemos llevar a cabo todas nuestras actividades diarias no nos tomamos un tiempo para poder leer correctamente lo que estamos firmando y analizar detenidamente cada una de las cláusulas del contrato que estamos suscribiendo. En este caso el demandante simplemente estuvo confiado en lo que decía la publicidad de la empresa y en las explicaciones que le ofrecieron los representantes de la misma, pero no se detuvo a analizar cada cláusula del contrato. La sentencia dictada por el juez es absolutamente lógica y fundamentada dado que, la empresa pretendió aprovecharse del cliente violando no solo los preceptos de la ley sino también los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución.

4.3 Caso de Consulta de Constitucionalidad.

El presente caso es una consulta de constitucionalidad que hemos creído pertinente analizar por qué se trata precisamente de un contrato de adhesión en el cual un juez hace una consulta a la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de los artículos 55 del Código Civil y 45 del Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que es la que hemos estado estudiando en el presente trabajo.

Este caso viene derivado como dijimos anteriormente de un contrato de adhesión específicamente de un pagaré firmado por una persona a favor de una empresa de electrodomésticos. En el caso concreto el señor ESG como representante y gerente de la empresa de electrodomésticos XX comparece ante la Corte Provincial de Justicia del Azuay en la ciudad de Cuenca proponiendo una demanda ejecutiva en contra del ciudadano PCT. La acción luego de ser sorteada le corresponde al Juez Primero de lo Civil de Cuenca; con la demanda el actor adjunta un pagaré el cual se encuentra suscrito por el demandado en el mismo que se puede ver que si el deudor si bien tiene su domicilio en la Ciudad de Santo Domingo se compromete a pagar la deuda contraída en ese cantón o en cualquier lugar en el que fuere reconvenido lo que implica una renuncia al domicilio.

El juez primero de los civil de Cuenca en el proceso judicial mediante un auto señala que basándose en el artículo 76 numeral 7 literal k y relacionándolo con los artículos 424, 425 y 426 de la Constitución se observa que la parte demandada tiene su domicilio del cantón Santo Domingo por lo tanto el juez considera que él no es el competente para conocer y resolver la causa, por lo tanto dispone que se devuelva la documentación y su archivo. Al conocer esta providencia el actor manifiesta que el deudor renunció de forma expresa a su domicilio y se comprometió a cancelar la deuda en el lugar en el que fuere reconvenido por lo que solicita al juez que califique la demanda.

Ante esta situación el Juez Primero de lo Civil de Cuenca mediante otro auto expresa que de acuerdo con el artículo 424 de la Constitución, que por supuesto es norma suprema y prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, se establece como una garantía del debido proceso ser juzgado por un juez o jueza independiente, imparcial y sobretodo competente. Evoca también la Declaración Universal de los Derechos humanos en su artículo 10 en la cual se establece también este mismo derecho. El juez manifiesta que el artículo 55 del Código Civil establece que se podrá en un contrato establecer de común acuerdo un domicilio civil especial para los actos judiciales o extrajudiciales a que diera lugar dicho contrato, decir se refiere a lo que se conoce como domicilio contractual. Manifiesta también el juez en el pagaré que se acompañó a la demanda que él conoció el demandado fue obligado a renunciar al domicilio natural para litigar en una parte distinta es decir se permitió que la parte fuerte se aprovechara de la parte débil lo que considera el juez que sucede comúnmente en los contratos de adhesión

El Juez también expresa que el artículo 11 en sus numerales 3 y 4 de la Constitución establece que para ejercer los derechos y garantías constitucionales no se exigen condiciones o requisitos no previstos en la Constitución o la ley y que ninguna norma jurídica puede restringir el contenido de los derechos y garantías constitucionales. El juez manifiesta también que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor resalta que los contratos de adhesión implican una restricción a la libertad contractual y que se caracterizan por contener una oferta o propuesta preparada por una de las partes a la que la otra se adhiere y es un mecanismo usado en la suscripción de letras de cambio y pagarés como en el caso que estamos estudiando que son redactados unilateralmente sin que la otra parte tenga la oportunidad de discutir su contenido; y, que es usual que se exija renunciar al domicilio para el supuesto de un eventual juicio originado por dicho contrato. Por todo esto considera el juez que el artículo 55 del Código Civil es contrario a la Constitución y que cuando se observa en la cláusula un documento contractual sea letra de cambio o pagaré una estipulación de domicilio contractual se debe entender como no escrita, también manifiesta que el artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor restringe los derechos de los ciudadanos al establecer en los contratos pagarés y letras de cambio cláusulas de

sujeción por parte del obligado al domicilio de la parte accionante sometiéndolos a una jurisdicción distinta y obligándolo a renunciar a su domicilio por esto el juez fórmula la consulta de constitucionalidad acerca de los artículos 55 del Código Civil y 45 del Reglamento de la Ley Orgánica Defensa del Consumidor los cuales nos permitimos transcribir:

Artículo 55 del Código Civil: “se podrá en un contrato establecer de común acuerdo un domicilio civil especial para los actos judiciales o extrajudiciales a que diera lugar el mismo contrato”.

Artículo 45 Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor: “De conformidad con el artículo 43 de la ley en los contratos de adhesión serán nulas las cláusulas y estipulaciones prohibidas en los números del uno al nueve dicho artículo sin embargo estas disposiciones no se interpretarán como una limitación a la autonomía privada en los contratos mercantiles y civiles en los cuales no intervengan consumidores finales o en aquellos contratos que por su naturaleza las partes tengan la posibilidad de negociar y acordar su alcance y contenido”.

4.4 Análisis del Caso

Antes de dar una resolución la Corte Constitucional considera necesario primeramente antes de resolver sobre el fondo de la causa sistematizar los argumentos planteados por el Juez Primero de lo Civil de Cuenca a fin de verificar si las normas consultadas transgreden de alguna manera la Constitución o vulneran los derechos consagrados en ella. Considera como principales los siguientes problemas jurídicos: 1.-Los contratos de adhesión su naturaleza y consecuencias; 2.- La competencia de los jueces ante quienes se proponen las demandas; 3.- Al proponerse la demanda contra el ciudadano PCT ante el Juez de Cuenca se vulnera sus derechos; y,4.- si las normas impugnadas vulneran derechos constitucionales. A partir del planteamiento de estos problemas la Corte Constitucional analiza de la siguiente manera:

Al referirse al primer tema; es decir, a los contratos de adhesión y su naturaleza jurídica la Corte Constitucional estima que en el caso sometido a su conocimiento la obligación jurídica del demandado deriva de los denominados contratos de adhesión que es lo que principalmente hemos estado estudiando en el presente trabajo. El contrato de adhesión se encuentra acreditado mediante un pagaré que cumple con las características de un contrato de adhesión por ser redactado unilateralmente y sin que la parte obligada tenga la oportunidad de discutir el contenido como ya lo habíamos venido manifestando a lo largo del presente trabajo.

La Corte considera también que al ser definido el contrato de adhesión como aquel en que las cláusulas son dispuestas por uno de los futuros contratantes sin que el otro pueda modificarlas sino simplemente aceptar o rechazar las mismas sin que haya participado de manera alguna en la formación del contenido contractual simplemente quedándose su perfeccionamiento al acto de aceptación o adhesión al esquema predeterminado. También la Corte considera que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en su Artículo 2 define al contrato de adhesión como aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos en formularios sin que el consumidor para celebrarlo haya discutido el contenido. Considera la Corte que estos contratos de adhesión han generado varios problemas jurídicos; pero, que han hecho surgir también varias formas de soluciones. La Corte manifiesta que por lo general se admite su validez y aquí cualquier otra opción provocaría la paralización del mercado considerando que el contrato de adhesión es una necesidad: pero, por supuesto, se mantiene y se tiene en cuenta la especial debilidad del consumidor al cual, por supuesto, se le protege por otras vías sea legal o jurisprudencial dentro de las cuales está la prohibición de cláusulas abusivas y la vigilancia la actuación de las de las empresas que prestan bienes y servicios.

La Corte también expresa que el artículo 41 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece los requisitos que debe contener un contrato de adhesión para su plena validez, el mismo que ya lo hemos transcrito anteriormente y también se refiere al artículo 43 del mismo cuerpo legal en el que se establecen las cláusulas que son prohibidas en estos contratos a las cuales las considera como nulas de pleno

derecho las mismas que son como ya lo habíamos estudiado anteriormente las que eximan atenúe o limite la libertad de los proveedores, impliquen renuncia de derechos que la misma ley reconoce los consumidores, el caso de que invierte la carga de la prueba o imponga la utilización obligatoria de un arbitraje y mediación, permitan al proveedor la variación unilateral del precio, autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato a suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, a los que también incluyen espacios en blanco que no hayan sido llenados; o impliquen renuncia por parte del consumidor de los derechos consagrados en la ley sin perjuicio de los casos especiales establecidos en el Código de Procedimiento Civil; Código de Comercio; Ley de Arbitraje y Mediación y las leyes conexas; y, también cualquier otra cláusula estipulación que cause indefensión al consumidor o sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres.

En el presente caso la Corte considera que en el pagaré suscrito por el accionado que es un formulario impreso unilateralmente por la empresa de electrodomésticos no se advierte que exista contravención al artículo 41 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor; por lo tanto, la obligación deriva de un contrato jurídicamente válido.

En cuanto a la competencia que fue una consulta del también del juez que es el segundo punto que la Corte se propuso resolver se establece que el Código de Procedimiento Civil en la en la sección segunda del título uno del libro primero artículos 24 a 31 establece las reglas de la competencia que deben ser observadas por los jueces y por las partes litigantes a fin de garantizar el debido proceso entre ellas a ser juzgado por un juez competente. La Corte considera que si bien por regla general toda persona debe ser demandada ante el juez de su domicilio el Código de Procedimiento Civil establece la posibilidad de proponer acciones judiciales ante jueces que no son del domicilio del demandado así el artículo 29 del mismo cuerpo legal establece que además del juez del domicilio pueden ser competente el juez del lugar en donde debe hacerse el pago o cumplirse la obligación, el del lugar donde se celebró el contrato, la jueza o juez al cual el demandado se haya sometido expresamente, el del lugar en que estuviere la cosa raíz materia del pleito, el del lugar

donde fueron causados los baños; y, el del lugar en que se hubiera administrado bienes ajenos cuando la demanda versa sobre cuentas de administración. Asimismo la corte considera que el Artículo 55 del Código Civil cuya constitucionalidad cuestiona el juez establece que se podrán un contrato establecer de común acuerdo un domicilio civil especial para actos judiciales o actos extrajudiciales a que diera lugar el mismo contrato de ello considera la Corte que se infiere que las partes al estipular de manera voluntaria obligaciones contractuales basadas en la autonomía de la voluntad de cada parte bien pueden fijar un domicilio para efectos de acciones judiciales que puede surgir como consecuencia por lo tanto en este evento es evidente que será competente el juez del lugar convenido por las partes contratantes.

En cuanto al tercer punto que la Corte decidió resolver, es decir, saber que si al proponerse la demanda contra el ciudadano PCT se vulnera alguno sus derechos constitucionales, la Corte lo analiza de la siguiente manera: el juez primero de lo civil de Cuenca declara no tener competencia y resolver la acción propuesta ya que la accionado PCT tiene su domicilio en Santo Domingo justifica la preocupación del juez primero en cuanto garantizar que el demandado será juzgado por un juez imparcial independiente y sobretodo competente conforme el artículo 76 número 7 literal k de la Constitución de la República.

De la revisión del referido proceso consta que el demandado PCT en el pagaré suscrito favor de la empresa de electrodomésticos renunció al domicilio correspondiendo analizar cuál es la consecuencia jurídica de tal renuncia a fin de determinar si el juez consultante tiene una competencia para conocer la demanda propuesta por el Gerente representante legal de la empresa de electrodomésticos. La renuncia del domicilio se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico en el artículo 30 del Código de Procedimiento Civil caso en el cual la consecuencia jurídica es que el denunciante pueda ser demandado donde se lo encuentre salvo lo que dispongan al respecto las leyes especiales. Sin embargo, el actor en el juicio ejecutivo que propone ante juez de lo civil de Cuenca solicita que se cite al demandado en su domicilio proporcionando para ello la dirección exacta del mismo; incluso pide deprecatorio al Juez de lo Civil de Santo de Santo Domingo.

De ello la corte infiere que el actor sabe perfectamente en qué lugar se encuentra el accionado que es solamente el cantón Santo Domingo lugar de su domicilio y de ninguna manera la ciudad de Cuenca pues no existe prueba de que se encuentra en dicha ciudad. Consecuentemente la corte considera que es acertada la posición del Juez Primero de lo Civil de Cuenca al declararse sin competencia para conocer el caso dado que, de hacerlo estaría vulnerando las normas del debido proceso sobre todo la de ser juzgado por un juez competente.

En cuanto el cuarto punto de que si las normas impugnadas vulneran o no los derechos constitucionales es decir el artículo 55 del Código Civil y el Artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en cuanto primer artículo al establecer la posibilidad de que las partes contratantes de común acuerdo puedan establecer un domicilio civil para los actos judiciales extrajudiciales y es precisamente partir de esas estipulaciones se puede determinar cuál es el juez competente para conocer y resolver alguna acción judicial derivada de la relación no contraviene a ninguna disposición constitucional. Así como tampoco el artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor al establecer que los contratos de adhesión serán nulas las estipulaciones y cláusulas contenidas en el Artículo 43 de la ley lo que garantiza la protección de los derechos del consumidor sin que se entienda como limitación a la autonomía privada en los contratos civiles o mercantiles en los que intervengan los consumidores finales, o en los contratos que por su naturaleza las partes tengan la posibilidad de negociar y acordar su alcance.

Considera la Corte que es evidente que en una relación contractual las partes tienen la facultad de acordar libremente las estipulaciones que estimen convenientes a sus intereses. Teniendo presente que las mismas no pueden ser contrarias a la moral a las buenas costumbres y que tampoco contradigan los mandatos constitucionales. En las normas que el juez consulta se garantiza la protección de los derechos de los consumidores precisamente considerando como nulas las estipulaciones contractuales lesivas. Por lo tanto, la corte decide que el contenido de los artículos 55 del Código Civil y 45 del Reglamento la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor no contradicen

ningún precepto constitucional ni los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el Ecuador.

CONCLUSIONES

Desde pocas muy antiguas el intercambio de bienes y servicios ha sido una constante en la vida del hombre. Desde las formas más básicas y primitivas hasta llegar a las modernas formas de contratación el intercambio comercial ha ido evolucionando. Si bien antiguamente no se podía hablar de un derecho mercantil en sí mismo si encontrábamos en el derecho civil ciertas disposiciones que se adaptaban al tráfico de mercaderías. A partir de la edad media ya se conceptúa al contrato como un acuerdo de voluntades las mismas que daban perfeccionamiento del contrato. Con el creciente aumento de las relaciones comerciales ya fue necesario una rama diferente del derecho que se encarga únicamente del tráfico de mercaderías así nace el derecho mercantil como rama conocida en la actualidad.

Diversas son las teorías acerca del concepto del derecho mercantil pero siempre estará relacionado con el derecho de las del tráfico de mercaderías y de los comerciantes. A lo largo del presente estudio hemos podido ver cómo fue evolucionando desde el típico y clásico concepto de contrato civil como el pacto oral o escrito entre las partes por el que se contraen obligaciones hasta llegar a las modernas formas de contratación que conocemos actualmente

Hemos analizado como han ido cambiando la estructura de los contratos abandonando un poco el concepto clásico para llegar a lo que son los contratos comerciales diferenciándose de los clásicos contratos civiles principalmente por la celeridad con la que se realizan, por el menor número de formalidades, por el menor número de requisitos para su celebración y perfeccionamiento y por las diversas formas en los que se llevan a cabo hemos podido ver que los clásicos contratos civiles han ido perdiendo protagonismo y en sido reemplazados por las nuevas figuras de contratación mercantil.

También podemos concluir manifestando que la contratación masiva es una nueva forma en la que evolucionan los contratos mercantiles. Dada la celeridad de las operaciones mercantiles resulta imposible que cada una de las empresas prestadoras de servicios o productoras de bienes se pusieran en la labor de discutir con cada uno de sus usuarios o consumidores las cláusulas mediante las cuales se realizará el contrato. Es por eso que utilizando cláusulas predispuestas las empresas productoras de bienes o servicios ofrecen a sus consumidores sus productos con la única solemnidad o requisito de que la voluntad del consumidor o usuario se exprese en el momento de la celebración del contrato con la sola aceptación de las cláusulas previamente establecidas sin que medie la posibilidad de discutir las.

Es perfectamente lógico y razonable que un mundo globalizado como el nuestro las necesidades vayan creciendo y las normas jurídicas vayan adaptándose a las nuevas situaciones que van surgiendo a través del tiempo. Es así que hemos ido evolucionando desde cuando no existían normas que regularan el tráfico de mercaderías, pasando por la sujeción al derecho civil para posteriormente derivar en las normas de Derecho Mercantil las cuales también van evolucionando con el transcurso del tiempo y el cambio en las relaciones comerciales. Es así que nuestra Constitución Política ha logrado un gran avance al considerar a los usuarios y consumidores como un grupo de atención prioritaria con la finalidad de dar mayor tutela a sus derechos.

Por su parte la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, al considerar al usuario como la parte menos favorecida de la relación comercial, consagra una serie de disposiciones destinadas a evitar que los derechos de los consumidores se venan vulnerados por un posible abuso de las empresas que al tener cierta ventaja redactando las cláusulas de los contratos podrían favorecer únicamente sus intereses en menoscabo de los derechos de la parte usuaria.

Es importante hacer constar que a pesar de los esfuerzos que se han hecho para evitar los abusos por parte de las grandes empresas éstas continúan haciendo uso de sus privilegios en desmedro de los derechos de los consumidores. Sin embargo, la

responsabilidad es compartida, puesto que, un gran número de usuarios o consumidores se limitan a firmar el contrato sin siquiera leerlo. Sin conocer al menos las condiciones básicas mediante las cuales se ha contratado mal podríamos hacer valer nuestros derechos. Es absolutamente necesario que todos nos informemos sobre la ley que nos protege y que podamos ser conscientes de que a pesar de necesitar los servicios no debemos permitir que nuestros derechos sean vulnerados.

BIBLIOGRAFÍA

- AUQUILLA. Remigio. (2007, Diciembre 1). Modalidades de contratación moderna. *Revista Universidad Verdad Hernan Coelllo García*.
- CABANELLAS, Guillermo. (s.a). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. (21st ed., Vol. II). Buenos Aires: Heliasta.
- CEVALLOS. Víctor. (2013). *Manual de Derecho Mercantil* (Quinta ed., Vol. 1). Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- CEVALLOS. Víctor. (2005). *Contratos Civiles y Mercantiles* (Primera ed.). Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- DIAZ BRAVO. Arturo. (1989). *Contratos Mercantiles* (Tercera ed.). México D.F: Harla.
- FARINA. Juan. (2005). *Contratos Comerciales Modernos* (Tercera ed.). Buenos Aires: Astrea.
- GARRIGUEZ. Joaquín. (n.d.). *Curso de derecho mercantil* (Vol. 1). México D.F: Porrúa.
- MACÍAS. Miguel. (1988). *Instituciones de Derecho Mercantil Ecuatoriano* (Vol. II). Quito: Ediciones del Banco Central del Ecuador.
- NARVÁEZ. José. (1990). *Obligaciones y Contratos Mercantiles*. Bogotá: Temis.
- PINZÓN. Jorge. (1994) *Condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas*.
- RAMIREZ. Carlos. (2006). *Curso de legislación Mercantil*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Constitución Política del Ecuador, Registro Oficial N 449, 20 de octubre de 2008.
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, R.O. 280, 8-III-2001
- Reglamento de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor
- Código Civil
- Código de Comercio