



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

CARRERA DE DERECHO

LA CONTRATACIÓN MERCANTIL EN MASA Y LA TUTELA A LOS

DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

TRABAJO DE GRADUACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE

ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

AUTOR: PAÚL GEOVANNY ORDÓÑEZ CABRERA

DIRECTOR: ABG. SANTIAGO ANDRÉS VEGA MALO

CUENCA, ECUADOR

2019

## **DEDICATORIA**

Este trabajo va dedicado a mis padres; Giovanni y Bertha que en cada etapa de mi vida han estado a mi lado brindándome su apoyo incondicional.

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco a mis Padres, por su constante ayuda y ejemplo a lo largo de mi formación académica.

A mi novia María Paz, por ser mi apoyo y motivación a lo largo de mi carrera.

Al director del presente trabajo, el Abg. Santiago Vega Malo por su tiempo y paciencia, al igual que a todo el personal docente y administrativo que han hecho posible la culminación de mi carrera universitaria.

## INDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTOS.....	iii
INDICE DE CONTENIDOS.....	iv
RESUMEN:.....	1
INTRODUCCIÓN:.....	2
CAPITULO I.....	4
GENERALIDADES DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL .....	4
1.1. Evolución histórica del Derecho Mercantil. ....	4
1.2. Concepto clásico de contrato. ....	10
1.3. Elementos del contrato Civil.....	14
1.3.1. Los elementos de la naturaleza de un contrato. ....	14
1.3.2. Los elementos accidentales de un contrato.....	14
1.3.3. Elementos de la esencia de un contrato. ....	15
1.4. Criterios sobre el contenido del Derecho Comercial. ....	23
1.5. Concepto de Derecho Comercial y de Contrato Mercantil. ....	35
1.6. Función económica y social de los contratos comerciales.....	42
1.7. Elementos del contrato Mercantil. ....	43
1.8. Diferencias del contrato Civil y Mercantil.....	44

a)	Por la magnitud de los contratos .....	45
b)	La periodicidad.....	46
c)	De la presencia de los contratantes .....	46
d)	La costumbre .....	46
e)	El ánimo de lucro. ....	47
f)	Las formalidades. ....	47
CAPITULO II .....		49
LA TUTELA A LOS DERECHO DEL CONSUMIDOR .....		49
2.1.	Origen y evolución de los Derechos de los Consumidores.....	49
2.2.	Los Derechos del Consumidor en la Constitución de la República del Ecuador....	51
2.3.	Los derechos del consumidor y su tutela jurídica. ....	54
2.4.	Ámbito de aplicación y finalidad de la Ley Orgánica de defensa del consumidor. 54	
2.4.1.	El Consumidor o Usuario y el Proveedor de bienes y servicios.....	55
2.4.2.	Las personas jurídicas como consumidores.....	59
2.4.3.	Derechos de los consumidores. ....	60
2.5.	Procedimiento para el juzgamiento de las infracciones a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.....	66
2.6.	Rol de la Defensoría del Pueblo y Órganos competentes para el juzgamiento. ....	68
2.6.1.	El Defensor del Pueblo. ....	68

2.6.2. Ante quien su pueden presentar las acciones de tutela a los derechos del consumidor contempladas en la Ley.....	69
2.6.3. Del procedimiento. ....	70
2.6.4. La nueva Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo. ....	75
2.6.5. La solidaridad y el derecho de repetición.....	77
2.6.6. Prescripción de acciones.....	78
CAPITULO III.....	79
LA CONTRATACIÓN MERCANTIL EN MASA Y SU PROBLEMÁTICA.....	79
3.1. Aparición de la contratación mercantil en masa. ....	79
3.2. Diversas formas de contratación Mercantil en masa. ....	83
3.2.1. Contrato Estándar o Tipo.....	84
3.2.2. Contrato de Cláusulas Predispuestas. ....	85
3.2.3. Condiciones Generales de Contratación.....	86
3.2.4. Contrato de Adhesión. ....	89
3.3. Desarrollo de las cláusulas abusivas.....	93
3.3.1. Concepto de Cláusulas Abusivas.....	95
3.3.2. Características de las Cláusulas Abusivas. ....	95
3.4. La problemática en las formas de contratación actual. ....	98
3.4.1. El consentimiento en el contrato comercial.....	98
3.5. Análisis de casos prácticos.....	100

3.5.1. Caso resuelto en sede Administrativa.....	100
3.5.2. Caso Resuelto en sede Judicial.....	105
IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	112
BIBLIOGRAFIA: .....	116

**RESUMEN:**

El presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis del contrato mercantil en masa, un estudio que nos permita evidenciar la evolución del mercado, llegaremos a comprender como las más primitivas formas de adquirir bienes y servicios han cambiado, ya que en la actualidad encontramos las más variadas y complejas formas de hacerlo, las circunstancias negociales actuales, han llevado a que la contratación mercantil asuma procedimientos más ágiles, los cuales se alejan de las características del contrato civil, como la autonomía de la voluntad, analizaremos el contenido y los elementos del contrato civil y mercantil, posteriormente realizaremos un análisis de los preceptos destinados a proteger los derechos de los consumidores, para finalmente analizar el contrato mercantil en masa, desarrollaremos la problemática en cuanto a la autonomía de la voluntad, a través de casos prácticos, en donde el consentimiento característico de la teoría clásica, en la práctica se equipara a un acto de simple adhesión.

## ABSTRACT

The purpose of this work is to carry out an analysis of the mass commercial contract to show the evolution of the market and understand how the most primitive ways of acquiring goods and services have changed, because there are more varied and complex forms of acquisition. Current business circumstances have led to commercial contracting to take on more agile procedures that depart from the characteristics of the civil contract, such as the autonomy of will. The content and elements of the civil and commercial contract were analyzed. Subsequently, an analysis of the precepts aimed at protecting the rights of consumers was carried out to finally analyze the mass commercial contract. The problem regarding the autonomy of will was analyzed through practical cases where the characteristic consent of classical theory is equated to an act of simple adherence in practice.

## **INTRODUCCIÓN:**

En el presente trabajo analizaremos el contrato Mercantil celebrado en masa, en la actualidad las relaciones comerciales de la empresa, lejos de asumir los clásico procedimientos negociales de la legislación civil, en la cual la manifestación del consentimiento involucra la negociación del contenido integral del contrato, opta por establecer condiciones generales de contratación a la hora de ofertar bienes y servicios en el mercado, las mismas que les aseguren celeridad y seguridad en sus relaciones comerciales, esta relación de supremacía con la cual cuenta la gran empresa, coloca a los consumidores en una posición de vulnerabilidad con respecto a sus derechos, pero por motivos de necesidad, el consumidor se ve obligado de aceptar las condiciones establecidas por el oferente, el hombre se encuentra en un punto de la historia en donde la actividad del día a día se traduce en el consumismo, por eso resulta necesario por parte del Estado establecer la normativa que regule la actividad del tráfico Mercantil con el objetivo proteger al consumidor final de bienes y servicios.

El primer Capítulo será destinado a analizar la teoría del contrato Civil clásico y el contrato Mercantil, partiremos desde la evolución histórica de la contratación, hasta llegar al estudio de sus elementos característicos los cuales nos ayuden a encontrar su contenido y conceptualización.

El segundo capítulo del presente trabajo lo dedicaremos a analizar los distintos preceptos doctrinarios y la normativa jurídica en protección del consumidor contemplada en nuestra legislación, analizaremos lo establecido en la Constitución de la Republica, hasta la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que estable los derechos de los consumidores y los procedimientos a seguir para su tutela.

El tercer capítulo será destinado al desarrollo de la contratación mercantil en masa, como esta surge en el mundo moderno, las diversas modalidades a través de las cuales esta se materializa, analizaremos el tema de la autonomía de la voluntad en este tipo de procedimientos contractuales celebrados en masa y finalmente desarrollaremos un caso práctico en el cual se haya discutido la vulneración de derechos del consumidor.

## CAPITULO I

### GENERALIDADES DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL

#### 1.1. Evolución histórica del Derecho Mercantil.

El Derecho Mercantil, surge como un Derecho especial frente a lo que conocemos como el histórico Derecho Civil, ya que desde la antigüedad, los distintos pueblos, específicamente en Roma, utilizaron el ius Civil, para regular sus relaciones, derecho que constituye la base de nuestra actual legislación, fue con el paso del tiempo y debido al incremento de la actividad comercial, que las distintas sociedades requirieron una legislación que resulte idónea para regular toda la actividad comercial.

Pont y Martínez en su obra Manual de Derecho Mercantil manifiestan:

*Constituye una categoría histórica, lo cual se comprende por varias razones. En primer lugar, porque el Derecho Mercantil como disciplina autónoma no ha existido siempre, sino que, por el contrario, su aparición se produce en un momento histórico determinado. En segundo lugar,*

*porque nace como rama del Derecho privado al lado del Derecho Civil, por circunstancias y exigencias históricas. Y, finalmente, porque su transformación hasta alcanzar su contenido actual es el resultado de una serie de factores económicos, políticos y sociales de gran relevancia. (Pont & Martínez Sanz, 2018, pág. 42)*

El Derecho Mercantil nace como un Derecho especial, con la finalidad de satisfacer las exigencias económicas de un lugar y tiempo determinado, las mismas que no encontraron respuesta en la legislación Civil.

Los autores citados anteriormente señalan que la conexión que existe entre el Derecho Mercantil y factores económicos, políticos y sociales de cada momento histórico explica porque el contenido del Derecho Mercantil resulta tan relativo, la evolución de los factores establecidos según la época, explican la evolución del contenido de la materia, el Derecho Mercantil actual, no concuerda de manera exacta con las etapas de su evolución, este problema lo podemos evidenciar si observamos la realidad actual en la cual se desenvuelve el Derecho Mercantil y el comercio en general, comparado con nuestro desactualizado código de comercio.

Para una mayor comprensión resulta necesario analizar a breves rasgos la evolución histórica del contenido de la materia:

Según la Biblioteca Jurídica virtual de la UNAM, el comercio, como un sistema de intercambio de bienes, tiene su origen en el trueque, en la antigüedad las sociedades se establecieron de forma que pudieron satisfacer necesidades básicas, se hizo posible que las distintas sociedades intercambien bienes entre sí, esta práctica fue el resultado de la división del trabajo, la cual permitió que los distintos miembros de una sociedad se especializaran en la producción de bienes determinados, los cuales en lo posterior podrían ser intercambiados con otras personas.

En principio el intercambio de bienes y servicios estaba destinado al consumo personal, pero con el paso del tiempo, la única motivación ya no era satisfacer necesidades básicas, sino, obtener una ganancia o un rédito económico, en este punto fue necesaria la creación de una unidad común de intercambio, como la moneda, la cual transformó la forma y el volumen en la cual se llevaban a cabo las relaciones comerciales. (UNAM, 2002)

En la antigua Roma ya existieron determinadas normas elaboradas específicamente para el comercio, si bien es cierto, no se trataba de un Derecho Comercial pleno con leyes propias, Roma ya era considerada un punto importante para en el desarrollo del comercio mundial, en Roma se alcanzó un importante desarrollo en la economía y en el tráfico mercantil, se llegó a contar con profesionales que ya se dedicaban exclusivamente al comercio ya sea marítimo o terrestre, estas prácticas implicaban el surgimiento de nuevas normas jurídicas o en su defecto acoplar las normas civiles preexistentes a las necesidades del mercado.

Según Manuel Broseta Pont y Fernando Martínez *“No surge un derecho especial para el comercio, distinto y separado del ius civile, precisamente por las características del Derecho Romano hicieron innecesaria la aparición de un Derecho especial para el comercio. Estas características fueron fundamentalmente: su naturaleza dinámica y sus extraordinarias condiciones de acomodación y de flexibilidad ante las nuevas exigencias sociales”*. (Broseta, Pont & Martínez, Sanz, 2019, pág. 43)

La evolución de las figuras contractuales Mercantiles como es lógico, corre paralela a la del Derecho Mercantil, a diferencia de las figuras civiles, se debió a las distintas realidades históricas por las que se origina, el derecho Mercantil nace en la Edad Media, desde este punto se avanza

hacia una jurisdicción y legislación propia, que sea adecuada para regular las distintas conductas y necesidades sociales.

Según Morales Hernández en su obra Manual de Derecho Mercantil:

*Se ha dicho que los romanos miraban con menosprecio al comercio y que esa es la razón para no haber intentado construir un cuerpo de leyes aparte para el mismo, la razón más comúnmente aceptada para explicar la ausencia de un Derecho Mercantil al lado del ius civile<sup>1</sup> y del ius gentium<sup>2</sup> es que los romanos habían elaborado un Derecho Civil universal y flexible, con una técnica muy perfecta que permitía al pretor ampliar su aplicación, con procedimientos judiciales ágiles, todo lo cual hizo innecesario pensar en un derecho y una jurisdicción para el comercio y los comerciantes y en la necesidad de efectuar la preferencia de los romanos por la abstracción y la generalización, lo cual permitía disponer de normas jurídicas dentro de las cuales cabían perfectamente las peculiaridades de la praxis mercantil. (Morales Hernandez, 2007, pág. 14)*

Sin embargo, en la antigüedad ya existieron ciertas disposiciones sobre materia Mercantil en la historia de pueblos, entre los antecedentes de mayor trascendencia encontramos: El Código Hammurabi, la carta de Olerón, la tabla Amalfitana, el Consulado del Mar, las leyes de Wibusy, las ordenanzas de Colbert, estas entre otras disposiciones son las que se encargaron en la antigüedad de llevar a cabo los intentos de codificación que se extendieron por el mundo occidental, las principales referencias son el Código de Comercio Francés y el Español.

---

<sup>1</sup> Ius Civile: El conjunto de normas, que en la antigua Roma se utilizaron para regular las relaciones entre ciudadanos Romanos.

<sup>2</sup> Ius Gentium: También conocido como Derecho de gentes, era la normativa destinada a regular la situación de los extranjeros que mantenían relaciones con el pueblo de Roma.

De lo manifestado se colige que, para la existencia de un Derecho Mercantil en estricto sentido, no solo era necesaria una actividad económica fuerte, además se necesitaba que el derecho común resulte insuficiente para regular las exigencias del mercado.

Según la Biblioteca Jurídica de la UNAM, la Edad Media inicia con la caída del imperio Romano, esta época se caracterizó por la inseguridad y violencia, Europa quedó fragmentada como resultado de invasión de los bárbaros, frente a esto nace el feudalismo como un sistema político y económico, en donde la producción estaba destinada al autoconsumo, más adelante, se produjeron una serie de factores económicos, políticos y sociales de forma gradual, es por esto que a la Edad Media se la ha dividido en dos etapas, la alta Edad Media en un periodo comprendido entre el siglo V hasta el siglo X, y la baja Edad Media entre los siglos XI y XV, a esta última época se le atribuye el nacimiento del Derecho Mercantil por la presencia de factores, como por ejemplo las cruzadas<sup>3</sup>, que fueron determinantes para el comercio ya que provocaron el movimiento de personas desde occidente a oriente, esto produjo el surgimiento de grandes ciudades, en donde se comercializaban especies provenientes de oriente, lo cual dio origen a una nueva clase social de los comerciantes, en este punto surgió una economía distinta a la del feudalismo<sup>4</sup> fundamentalmente agraria, como resultado de la figura del comerciante que opera en base al crédito en el ejercicio de su profesión, los comerciantes medievales se organizaban en gremios según el ámbito de su industria, ellos se encargaban de dictar sus propios estatutos en base a los usos de su propia actividad, en un inicio los estatutos se aplicaban únicamente a los gremios, posteriormente con la evolución del comercio, las relaciones comerciales no solo se realizaban entre comerciantes, sino también con no

---

<sup>3</sup> Las Cruzadas: Fueron expediciones guerreras que emprendieron los cristianos de Europa Occidental entre los siglos XI Y XIII, para recuperar de manos de los musulmanes, los lugares santos en donde vivió Jesús.

<sup>4</sup> El Feudalismo: Fue un sistema económico y político y social de la Edad Media, en donde feudo era el nombre que se le daba a los territorios del rey, que eran entregados a sus habitantes a cambio de su servicio.

comerciantes, lo cual provoco que se ampliara el ámbito de aplicación de los estatutos y los tribunales extendieran su jurisdicción a personas que sin ser comerciantes entablen relaciones jurídicas con comerciantes, el crecimiento del comercio en la Edad Media, propicio la aparición de un nuevo Derecho capaz de regular las relaciones entre los comerciantes, este derecho lo conocemos como *ius Mercatorum*<sup>5</sup>. (UNAM, 2002)

Según Broseta y Martínez (2019) geográficamente el Derecho Mercantil en la Edad Media se situó en las ciudades del Norte de Italia, hasta llegar al norte de Europa, se considera que el primitivo *ius Mercatorum*, un Derecho propio de los Comerciantes y enfocado a las necesidades de su profesión, este derecho goza de autonomía tanto en sus fuentes de producción como en su jurisdicción, el primero en cuanto a que son los propios comerciantes los creadores del derecho a través de sus usos y costumbres lo cual se conocía como Derecho estatutario<sup>6</sup>, los distintos usos y costumbres en el futuro fueron utilizados por las primeras recopilaciones como por ejemplo los Roles de Olerón o las Leyes de Wisby, en cuanto a la autonomía jurisdiccional, esta se refería a la competencia los tribunales que conocían los conflictos en los que intervengan comerciantes matriculados e inscritos en las respectivas corporaciones.

Ya en la Edad Moderna con la formación de los Estados y la consolidación de la soberanía del monarca se produjeron diferentes cambios en la estructura del Derecho Mercantil. Los grupos sociales que tenían cierta autonomía en el desempeño de sus funciones tuvieron que someterse al poder Estatal, la autonomía desde el punto de vista de las fuentes ya no únicamente era de producción a través de usos y costumbres, sino también toma fuerza la ley como una forma de

---

<sup>5</sup>Ius Mercatorum: Término que hace alusión al Derecho creado por los propios Mercaderes según sus usos y costumbres.

<sup>6</sup>Derecho Estatutario: Proviene de doctrinas Estatutarias, que son determinados criterios o fundamentos a seguir, para resolver conflictos a través de las normas Estatutarias emanadas por los distintos Estados de la Europa Medieval.

manifestación de la voluntad soberana, la pérdida de la autonomía también es evidente en el plano jurisdiccional, ya que si bien los tribunales consulares subsisten e incluso se amplía su competencia, esta se ve limitada a la jurisdicción del Rey, el contenido del Derecho Mercantil en la Edad Moderna se encuentra abordado a más de las distintas figuras que surgieron en épocas anteriores, también por figuras que surgen como las del sector financiero y la de las compañías. Broseta y Martínez (2012)

Durante la Edad Moderna, el Derecho Mercantil sufrió una transformación, ya que se dejó de lado la idea de que el Derecho Mercantil rige a una clase social, sino más bien se planteó al Derecho Mercantil como un sistema de normas que rigen la actividad comercial, en este punto se evidencia la transformación del criterio subjetivo del Derecho Mercantil al objetivo, en donde se dio inicio a la elaboración de las distintas codificaciones sobre la materia. (UNAM, 2002)

Consecuentemente, llegamos a la conclusión que el Derecho Mercantil es una ciencia que se encuentra en constante evolución, por lo mismo las figuras contractuales civiles en un tiempo dado resultaron obsoletas tomando en cuenta las ambiciosas necesidades del Mercado, frente a esto, fue necesario la aparición de una ciencia autónoma capaz de satisfacer el tráfico Mercantil, de esta manera aparece el derecho mercantil con el objetivo de traer facilidad y celeridad a la hora de realizar negociaciones.

## **1.2. Concepto clásico de contrato.**

*“El concepto de contrato, a pesar de ser tan añejo, no se ha logrado cristalizar una definición precisa”* (Narvaez, 1990, pág. 30).

Previo al desarrollo del concepto de esta materia, nos remitiremos a la etimología del término contrato, al respecto, la Enciclopedia Jurídica OMEBA manifiesta: “*Proviene del latín contractus, que significa contraer, estrechar, unir, contrato, pacto. Y esta voz deriva de contralto, que, entre otras acepciones tiene la de juntar o reunir*” (Enciclopedia Jurídica OMEBA, 1954)

Frente a esto es preciso iniciar realizando un análisis del concepto que nos trae nuestro Código Civil Ecuatoriano en su artículo 1454, al respecto:

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 o muchas personas*” (Codigo Civil, 2016, art. 1454)

Del mismo modo, a forma de comparación el Código Civil Chileno en su artículo 1438 establece una definición similar:

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 pueden ser una o muchas personas*” (Bello, 1857, art. 1438)

El Código Civil de Napoleón en su art. 1101 lo definió como la convención por la cual una o varias personas se obligan hacia otra u otras a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Por otra parte el Código Civil Argentino en su artículo 1137 establece:

Art. 1137. “*Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos*” (Vélez, 1871, art. 1137)

Ya desarrollados los conceptos establecidos por las distintas legislaciones podemos destacar que el código Civil Ecuatoriano, el Chileno y el código de Napoleón en el intento de dar un

concepto de contrato, más bien lo que conceptualizan es la obligación, mas no el contrato en estricto sentido, mientras que el código Civil Argentino pone mayor énfasis en el acuerdo de voluntades que debe ser manifestado entre las partes contratantes, concepto con el cual la mayoría de la doctrina concuerda al ser el acuerdo de voluntades el elemento de mayor trascendencia en un contrato.

Al respecto la definición que nos trae nuestro código Civil Ecuatoriano ha sido criticado por el Dr. Hernán Coello García, quien en su obra denominada Obligaciones manifiesta *“Es evidente, como se desprende del texto transcrito, que lo que la norma define, como hemos advertido, es la obligación, es decir, el género, aunque se refiera a la especie, el contrato”* (Coello, 2010, pág. 28). Según explica el citado autor si bien el contrato constituye la fuente más importante de generar obligaciones, también podemos decir que no todas las obligaciones tienen como fuente los contratos.

El Dr. José Ignacio Narváez, critica el mismo concepto ya que manifiesta que prescinde del acuerdo entre las partes, aspecto que resulta fundamental en el derecho Romano y que en las legislaciones modernas se menciona cuando se define al contrato, ya que de otro modo resultaría imposible concebirlo si falta el concurso de voluntades, las personas son las que se ponen de acuerdo sobre un objeto jurídico, ya sean obligaciones o derechos que sean susceptibles de crearse, modificarse o extinguirse. No obstante concluye el citado autor que *“el vacío de tal definición se resuelve con el precepto del consentimiento como un elemento indispensable para la validez de los contratos”* (Narvaez, 1990, pág. 31).

Por otra parte la norma comete un error al tratar al contrato y a la convención como sinónimos, ya que el contrato es una especie, mientras la convención es el género. Existen obligaciones que

tienen por objeto dar, hacer o no hacer alguna cosa, sin que necesariamente hablemos de un contrato.

Una vez ya explicada la deficiencia del concepto legal que nos trae el Código Civil, intentaremos traer una noción más adecuada para conceptualizar a esta fuente de obligaciones, partiendo de la idea que es todo acuerdo bilateral de voluntades que tiene por objeto crear, modificar o extinguir obligaciones.

La Real Academia de la Lengua Española define al contrato como: “*Pacto oral o escrito entre partes, por el que estas contraen obligaciones sobre un objeto determinado*” (Real Academia de la Lengua, 1780).

Ignacio Galindo Garfias manifiesta que: “*Es el acto jurídico típico del derecho privado y se caracteriza por que las declaraciones de voluntad de las partes que lo celebran son concurrentes, convienen en crear entre si relaciones jurídicas; forman un acuerdo de voluntades o consentimiento, lo que constituye propiamente, el elemento esencial del contrato*” (Galindo, 1996, pág. 67)

Miguel Acosta Romero nos dice que contrato es: “*Un acto jurídico bilateral y multilateral, es decir, un acuerdo de voluntades que produce consecuencias de derecho, que a través de la historia ha ido evolucionando*” (Acosta, 2002, pág. 131).

De los conceptos doctrinarios recopilados, concluimos que, el contrato siempre parte de un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, el cual tiene por objeto generar efectos jurídicos entre las mismas.

### **1.3. Elementos del contrato Civil.**

Nuestro ordenamiento jurídico a través del Código Civil contempla 3 tipos de elementos de los contratos, los cuales los determinaremos a continuación:

#### **1.3.1. Los elementos de la naturaleza de un contrato.**

Son los que, no siendo esenciales en él, se entienden incorporadas sin necesidad de una cláusula especial.

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

#### **1.3.2. Los elementos accidentales de un contrato.**

Son aquellos que no les pertenece ni por su esencia, ni por su naturaleza y se le agregan mediante cláusulas especiales, las mismas que no sean contrarias a la ley, la moral, las buenas costumbres o el orden público. Por ejemplo: el plazo, la condición, el modo, la solidaridad, la indivisibilidad, o la representación.

Estos elementos se incorporan al contrato en virtud del ejercicio de la libertad de la voluntad, los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes.

### **1.3.3. Elementos de la esencia de un contrato.**

Que son aquellos requisitos de existencia y validez de los contratos, el Código Civil los define como aquellos elementos sin los cuales el contrato no surte efecto alguno, o degenera en un contrato diferente, estos son:

- a) La capacidad
- b) El consentimiento
- c) El objeto
- d) La causa
- e) En algunos ordenamientos jurídicos, entre ellos el nuestro se exige como requisito la forma.

#### **1.3.3.1. La Capacidad.**

Es un elemento considerado de la esencia, pues como sabemos el contrato se forma mediante el concurso de voluntades de las partes para ser eficaz, por lo tanto debe emanar de quien tenga la capacidad para emitirla.

El Código Civil en el art, 1461 la define como “*la capacidad legal consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra*” (Codigo Civil, 2016, art. 1461)

### **Clases de Capacidad:**

La capacidad puede ser adquisitiva o de goce y de ejercicio.

### **Capacidad Adquisitiva o de Goce.**

Es la aptitud legal de la cual gozan los seres humanos para adquirir derechos, ser titular de los mismos y contraer obligaciones.

### **Capacidad de Ejercicio.**

Es la aptitud legal de una persona para ejercer personalmente los derechos que le competen.

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

Toda persona es capaz de adquirir derechos, pero no todas son capaces de ejercerlos debidamente, ya sea en razón de su edad, de su falta de discernimiento o por otras consideraciones.

### **De la incapacidad.**

Partimos de la premisa de que toda persona es legalmente capaz, con excepción de las personas que la ley declara incapaces, es por esto que debemos remitirnos al artículo 1463 que establece los distintos tipos de incapacidad:

En primer lugar, se refiere a los incapaces absolutos, dementes, impúberes y la persona sordomuda que no puede darse a entender de manera verbal, por escrito o lenguaje de señas. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales y no admiten caución.

Por otra parte, se refiere a los incapaces relativos, entre ellos los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar bienes y las personas jurídicas. La incapacidad de este tipo de personas no es absoluta y los actos que realicen pueden tener valor en determinadas circunstancias determinadas por las leyes.

A más de estas incapacidades existen ciertas prohibiciones que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

### **1.3.3.2.El Consentimiento.**

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

El Consentimiento, es la base de todo contrato, se puede decir que es la piedra angular sobre la cual está construido el edificio jurídico denominado contrato. Esto es el acuerdo de voluntades entre dos o más personas sobre un objeto jurídico, es un requisito general para todo contrato sin importar su naturaleza pues sin el acuerdo de voluntades no podemos hablar de contrato.

### **Manifestación del consentimiento.**

En palabras de Rodríguez, la comunicación de las partes puede establecerse de manera expresa o tácita. La expresa consiste en manifestarse por la palabra, por la escritura o por signos inequívocos. La expresión tácita del consentimiento se exterioriza por una conducta que nos lleve

a entender de ella la voluntad de negociar, la intención de contratar, el consentimiento tácito es el que proviene no de una declaración por medio del lenguaje de un signo inequívoco, sino de una actitud o conducta que revela la intención de contratar. (Rodríguez, 1998)

### **El Silencio.**

El silencio no es manifestación de voluntad, ni tampoco podría interpretarse del mismo, una propuesta o aceptación de contrato, el consentimiento necesariamente debe demostrarse.

Cuando ante una propuesta, existe silencio, no puede decirse que se ha aceptado y por tanto no hay contrato. Sin embargo, hay determinadas situaciones en que el acto parece integrarse por efectos del silencio, pero en ellas no es el silencio, sino los hechos que lo acompañan, que demuestran la voluntad de negociar.

### **Vicios del consentimiento.**

En los contratos se requiere que las personas como sujetos de derecho manifiesten su consentimiento el cual en todos los casos debe estar exento de vicios, ya que tales circunstancias invalidan el contrato y producen la nulidad del mismo.

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

### **El Error.**

Nuestro Código Civil establece 2 tipos de error:

El error de derecho el cual en ningún caso vicia el consentimiento de las personas, el art 6 del Código Civil manifiesta lo siguiente:

*Art6: “La ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces” (Código Civil, 2016, art.6).* El artículo precedente se refiere a la ficción de conocimiento de la ley, la cual se entiende conocida por todos y su ignorancia no excusa a persona alguna.

Por lo tanto, el error de Derecho no vicia el consentimiento de las partes en ningún caso, debido a que se presume que todos los ciudadanos conocen la ley.

En cuanto al error de hecho, este tipo de error si vicia el consentimiento de las partes, podemos manifestar que consiste en el desconocimiento, la ignorancia, o el conocimiento erróneo de la realidad de las cosas, nuestra legislación manifiesta que para que el error pueda considerarse como vicio del consentimiento y por lo tanto producir la nulidad del contrato, debe recaer sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de las partes contratantes.

*La relación que existe entre el dolo y el error como vicios del consentimiento, es una relación de causa-efecto, ya que el que actúa de forma dolosa, provoca en la otra parte que preste su consentimiento de forma errónea, basándose en una visión de la realidad equivocada por el engaño. (Morales, 2013, pág. 11)*

## **La Fuerza.**

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

Nuestro Código Civil hace referencia a la fuerza como uno de los vicios del consentimiento y nos indica que esta vicia el consentimiento cuando esta es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición, es todo acto que infunda real temor a una persona de verse expuesta a un peligro ya sea sí misma, ya sea su cónyuge o algún ascendiente o descendiente a un mal de consecuencias graves.

A más de esto el código advierte que el temor debe ser frente a un peligro real, ya que el temor reverencial no es suficiente para que vicie el consentimiento.

La fuerza para que vicie el consentimiento no es un requisito que venga emanada por parte de quien es el beneficiario, sino basta que la fuerza haya sido empleada por cualquier persona para de esta manera obtener el consentimiento. Código Civil (2016)

### **El Dolo.**

Podemos manifestar que dolo es todo conjunto de maniobras de mala fe que realiza una de las partes contratantes para obtener una ventaja, un beneficio económico, o de otra naturaleza de la otra parte de la contratación

El Código Civil Ecuatoriano al respecto establece que, el dolo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes contratantes y además cuando resulta evidente que sin él no se hubiese

llegado a contratar, en los demás casos solo habrá lugar para ejercer la acción de perjuicios contra quien haya empleado dolo en sus acciones.

El código hace una diferenciación y nos dice que si quien emplea dolo es una de las partes contratantes, habilita a ejercer acción por el valor total de los perjuicios, mientras que si el dolo lo ha empleado un tercero tendrá acción para reclamar hasta el valor del provecho que ha obtenido producto del dolo.

### **1.3.3.3.El Objeto.**

Para determinar el objeto de un contrato, es necesario distinguir si nos encontramos ante una obligación de dar, hacer o no hacer.

Las condiciones que debe cumplir el objeto son:

- Real
- Determinado
- Lícito

El objeto debe ser real: Es necesario que el objeto exista, o se trate de una cosa futura que llegará a tener existencia, aquí estamos regulando las declaraciones de voluntad no solo de lo que existe, sino lo que se producirá en el futuro, por ejemplo, la cosecha.

El objeto debe ser determinado, pues solo mediante la determinación del objeto va a poder localizarse el acuerdo de voluntades, sin la determinación del contrato no podría haber jamás un consentimiento.

Si el objeto se trata de un hecho, será necesario que sea física y moralmente posible, es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, contrario a las buenas costumbres o el orden público.

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

#### **1.3.3.4.La Causa.**

Analizaremos a continuación el cuarto elemento para la celebración de un contrato, la causa que es el fundamento u origen de una cosa.

El Código Civil manifiesta que no es posible la existencia de una obligación sin una causa real y lícita, la cual en ningún caso es necesario expresarla.

La causa es el móvil que induce a las partes a la celebración del contrato, mientras que causa ilícita es aquella prohibida por la ley, contraria a las buenas costumbres o el orden público, de esta manera manifiesta el código que así: la promesa de dar algo en pago de una deuda que en realidad no existe, carece de causa y la promesa de dar algo a cambio de la comisión de un delito tiene una causa ilícita.

### **1.3.3.5.La Forma.**

Es el último elemento de la esencia de los contratos y de todo acto jurídico pues es del conocimiento que en ocasiones se requieren de ciertas solemnidades para que se tenga existencia o validez de determinados actos jurídicos, en algunos contratos es posible que se exija una forma específica de celebración, por ejemplo, puede ser necesaria la existencia de una escritura pública, la firma ante notario o ante la presencia de testigos, según sea el caso.

## **1.4. Criterios sobre el contenido del Derecho Comercial.**

Juan M Farina señala *“Dar un concepto de esta disciplina exige señalar cuál es su contenido; ello no es fácil porque lo que aún se discute a su respecto es, precisamente, su contenido como ámbito de aplicación de la normativa Mercantil”* (Farina J. , 2005, pág. 11). De lo dicho existen varios criterios que plantean el problema:

### **a) Criterio Subjetivo**

Este criterio pone énfasis en la calidad del comerciante propiamente dicho, considerando que tanto la persona y su actividad deben ser regulados por un estatuto especial como lo es el Mercantil.

El antecedente Histórico lo encontramos en la Edad Media, debido a que era el derecho aplicable en la jurisdicción consular a las transacciones comerciales que se ocupaban del tráfico

de mercancías, siempre que las personas intervinientes sean comerciantes, miembros de la corporación respectiva, en el futuro su aplicación se extendió a comerciantes que no únicamente pertenecían a las corporaciones específicas de la época.

Por lo manifestado, al Derecho Mercantil se lo consideraba fundamentalmente como el derecho de los comerciantes, destinado a regular las relaciones que provienen del tráfico Mercantil, el comercio se refería básicamente a la mediación de la oferta y la demanda de mercancías con ánimo de lucro, junto con estas actividades se fueron acoplando actividades auxiliares del comercio, como lo era el transporte, la letra de cambio, el pagaré por lo cual a estas actividades se las considera actos de comercio, este fue en la antigüedad el concepto subjetivo del Derecho Mercantil.

El Derecho Mercantil es aplicable a todas las personas que ejerzan actividad comercial, por lo tanto, la calidad de sujeto mercantil recae sobre todo aquel que realice un acto de comercio, sin embargo, es necesario diferenciar entre aquellos que realizan el comercio de forma ocasional, de quienes lo realizan de forma habitual, siendo los segundos en quien recae verdaderamente la calidad de comerciante. La persona que de manera esporádica compra un dulce en una tienda no se le puede considerar comerciante, ya que únicamente se encuentra adquiriendo una mercancía, a diferencia de la persona que vende como su actividad profesional, siendo esta su forma de subsistencia, por lo tanto comerciante es la persona que ejerce el comercio dentro de los términos que establece la ley mercantil, el mismo que interviene en el mercado en calidad de productor o distribuidor de mercancías. Candelas (2002)

El Código de Comercio Ecuatoriano en su Art.1 establece “*El Código de Comercio rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones Mercantiles, y los actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes*” (Codigo de Comercio, 1960, art. 1).

Por su parte el Art.2 nos brinda un concepto de comerciante y establece lo siguiente: “*Son comerciantes, los que teniendo la capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual*” (Codigo de Comercio, 1960, art. 2).

El Código de Comercio (1960), además, establece quienes pueden ser considerados comerciantes y establece que se consideran comerciantes a las personas naturales o jurídicas, nacionales y extranjeras domiciliadas en el Ecuador, que intervengan en el comercio de bienes ya sean muebles o inmuebles, que además realicen actividades relacionadas al comercio y que, teniendo capacidad para contratar, hagan del comercio su profesión habitual y que actúen con un capital en giro propio y ajeno.

Si bien el nuevo Código de Comercio, aun no se encuentra debidamente aprobado y por lo tanto, no se encuentra publicado en el Registro Oficial, es necesario referirnos a las disposiciones que contempla el mismo, ya que en lo posterior será el cuerpo normativo que va a regir la actividad Mercantil:

El nuevo Código de comercio en su artículo primero establece algo similar al Código vigente y establece lo siguiente: “*El Código de Comercio rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones Mercantiles, y los actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes*” (Codigo de Comercio, 2017, art. 1).

Por su parte el nuevo Código de Comercio establece las personas que ostentan la calidad de comerciante:

Son comerciantes;

1. Las personas, que teniendo la capacidad legal para contratar, hacen del comercio su profesión habitual:

2. Las sociedades construidas con arreglo a las leyes mercantiles y;

3. Las sociedades extranjeras o las agencias sucursales de estas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio;

Se adquiere la calidad de comerciante aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona. (Codigo de Comercio, 2017, art. 2)

El proyecto de Código de Comercio a partir del artículo 11 establece que se consideran comerciantes: Los comerciantes o empresarios, definidos como tales bajo los términos del Código, las sociedades controladas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguro y por la Superintendencia de Bancos, las unidades económicas o entes dotados o no de personalidad jurídica, que según la legislación tributaria, se consideren contribuyentes y que desarrollen actividades mercantiles y las personas naturales que realizan actividades agropecuarias y se encuentran obligados a presentar estados financieros.

De lo manifestado podemos manifestar que el Derecho Mercantil es la ciencia encargada de reglar la actividad de los comerciantes, pero no unicamente de aquellos denominados comerciantes en estricto sentido de la palabra en los términos del Codigo de Comercio, es decir, las personas que teniendo capacidad<sup>7</sup> para contratar, hace del comercio su profesión habitul, sino ademas regula

---

<sup>7</sup> Capacidad: La capacidad para contratar a la que se refiere el código, es aquella regulada a través de la legislación civil.

toda la actividad por parte de quien tenga por objeto realizar una actividad Mercantil, incluso el nuevo Código de Comercio amplía los parámetros para determinar lo que se debe entender por comerciante, de esta manera se regula de mejor manera la actividad mercantil.

## **b) Criterio Objetivo**

El criterio objetivo es aquel adoptado por el Código de Comercio Francés de 1807, según este criterio el contenido del derecho comercial se encuentra abarcado por el acto de comercio, sin tomar en cuenta si quien lo ejecuta es o no comerciante, el carácter de comercial lo reviste el acto como tal y por lo tanto se encuentra sujeto a la ley Mercantil.

Juan M Farina manifiesta *“Los autores hallan el antecedente del criterio objetivo a partir de la Revolución Francesa de 1789 pues desde entonces se abrió camino la idea de que no era posible aceptar un derecho de una clase (la de los comerciantes) ya que resultaba violatorio al principio de igualdad ante la ley”* (Farina J. , 2005, pág. 12) . En este punto encontramos el origen del criterio objetivo, el cual no es el derecho de los comerciantes, sino el de los actos de comercio.

De este criterio surgió la necesidad de enumerar los actos de comercio, el Código de Comercio en su Art.3 establece de forma literal: *“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. Pertenecen 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”  
(Codigo de Comercio, 2014, art. 3)

Por su parte el proyecto de Código de Comercio en su artículo 8 acerca de la actividad Mercantil manifiesta:

*Se entiende por actividades Mercantiles a todos los actos u operaciones que implican necesariamente el desarrollo continuado o habitual de una actividad organizada de producción, intercambio de bienes o prestación de servicios en un determinado mercado, ejecutados con sentido económico, aludidos en el código; así como los actos en los que intervienen empresarios o comerciantes, cuando el propósito con el que intervenga por lo menos uno de los sujetos mencionados sea el de generar un beneficio económico. (Codigo de Comercio, 2017, art. 8)*

El nuevo Código también establece los actos de comercio y a más de los contemplados en la ley vigente, establece los siguientes:

-La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas, o la negociación a título oneroso de las acciones o participaciones sociales.

- La producción, transformación, manufactura y circulación de bienes.
- Las operaciones descritas por el Código Orgánico Monetario y Financiero.
- Actividades de representación, prestada por terceros a través de los cuales se colocan bienes o servicios en el mercado.
- Las operaciones de crédito.

Se tendrán así mismo como actos de comercio todos los relacionados con actividades o empresas de comercio, y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de las obligaciones comerciales. (Codigo de Comercio, 2017)

Cabe recalcar que los actos que la ley establece como comerciales, no son taxativos, esta enumeración es una forma de ejemplificación, pues existen muchos otros actos de comercio, que a pesar de no encontrarse enumerados, son considerados actos de comercio.

Broseta y Martínez manifiestan: *“El Derecho Mercantil fue desde sus orígenes y durante siglos, un derecho predominantemente profesional y subjetivo, la situación cambiara en el siglo XIX. Tras la Revolución Francesa surge un orden nuevo de considerable influencia en la concepción positiva”* (Broseta, Pont & Martínez, Sanz, 2019, pág. 46).

La transformación que sufrió el Derecho Mercantil de la época se debe a una serie de factores económicos, políticos y filosóficos, a manera de ejemplo podemos citar la Revolución Francesa, considerada como una revolución ideológica, la cual condujo a la abolición de gremios y corporaciones profesionales, en el plano económico la transformación se produce con la llegada del capitalismo industrial y financiero, dejando de lado el capitalismo comercial, el siglo XIX en lo que corresponde al Derecho Mercantil fue considerado el derecho de los códigos, los cuales

constituían una técnica legislativa que se veía como necesaria tomando en cuenta los acontecimientos de la época.

Principal referencia merece el Código de Comercio Francés de 1807, ya que posterior a la Revolución Francesa, se inicia un nuevo ciclo dentro de la legislación Mercantil, en donde el comerciante y su actividad comercial deja de ser el punto principal, para convertirse en un Derecho que regula los actos de comercio objetivos como tal, sin poner importancia en la condición de la persona que lo realiza, en todos los casos el contenido del Derecho Mercantil dependerá del criterio que se adopte.

En la actualidad este criterio objetivo del Derecho Mercantil ha sido muy criticado, debido a que el criterio de los actos de comercio objetivos no pueden explicar la realidad Mercantil en la que vive el mundo moderno, por otro lado resulta difícil asegurar que existe un criterio único de lo que podemos entender por actos de comercio, debido a la diversidad de criterios que encontramos en la doctrina, en la actualidad ninguno de los códigos que adoptaron el criterio objetivo del Derecho Mercantil se reservan únicamente para regular los denominados actos de comercio, sino además regulan normas destinadas a los comerciantes, como es el caso de nuestro Código de Comercio, por lo tanto ha sido imposible evitar referirse a los comerciantes, quien es el protagonista de las disposiciones positivas. Broseta y Martínez (2019)

*“El verdadero significado de esta generalización de una parte del derecho Mercantil tradicional y el error en que había incurrido el sistema objetivo, fueron plenamente intuitos por el Código Alemán de 1897 y por el Código Civil Italiano de 1942”* (Broseta, Pont & Martínez, Sanz, 2019, pág. 51). En estos códigos se abandona la concepción objetivista del Derecho Comercial, para pasar a regular a los profesionales que se dedican a realizar actividades de índole

Mercantil, podemos manifestar que estos códigos constituyen el punto de partida de un derecho destinado hacia los sujetos y hacia la actividad que ellos realizan.

A manera de conclusión Juan M Farina (2005) manifiesta que frente al estrecho contenido que presenta el sistema objetivo de los actos de comercio, resulta necesario ampliar la concepción del Derecho Comercial, otorgándole un significado de acuerdo a nuestra realidad económica y social, poniendo al comerciante como eje principal, al ser este quien ejerce la actividad Mercantil.

### **Realidad económica del derecho mercantil en la actualidad.**

En la actualidad, previo a comprender el concepto de derecho mercantil, es necesario desarrollar el criterio del derecho mercantil de la empresa y el criterio del derecho mercantil en masa.

En palabras de Broseta y Martínez (2019), en la época posterior a la promulgación del código Francés de 1807, se vivió una gran transformación económica, la cual se ha reflejado en el concepto y el contenido del derecho mercantil, desde el siglo XIX hasta la actualidad, el tráfico mercantil se ha caracterizado por la producción industrial en masa, la actividad económica de las empresas en la actualidad se rige por la especialización, el avance de la tecnología ha permitido a las grandes empresas una actividad de producción e intermediación de bienes y servicios en masa, por lo cual podemos hablar de dos nuevos sectores importantes dentro de la economía: la producción en masa y la empresa.

#### **c) Criterio del derecho de la empresa.**

En la actualidad se manifiesta que el derecho comercial es el derecho de la empresa.

*Cuando hablamos de la empresa lo hacemos conscientes de que ésta no es sujeto de derecho, sino que sujeto es el empresario, es decir, su titular. No obstante, hay una importante corriente que, tomando a la empresa como estructura y como actividad organizada, considera que es la base del derecho mercantil.* (Farina J. , 2005, pag. 15)

Broseta Pont y Martínez. (2019), al igual que Farina atribuyen el mérito de la formulación de la teoría de la empresa a WIELAND, la teoría de la empresa parte de la constatación de que el tránsito que se ha producido en la realidad economía, del comercio a la industria, produce en el derecho mercantil un contenido más amplio, mientras más crezca la especialización de la industria, más se separa del precepto clásico de comercio, el citado autor manifiesta que a medida que se concentra el capitalismo, con el empleo del capital y el trabajo con riesgo de ganancia o pérdida, el derecho mercantil experimenta una mutación del derecho comercial al derecho de la empresa, a partir de esto, se busca determinar la conexión que existe entre el derecho mercantil y la materia que regula, la misma que radica en la empresa<sup>8</sup> como una forma organizada que permite explicar la evolución que ha sufrido el derecho comercial hasta la actualidad, en síntesis se llega a la conclusión de que derecho mercantil es aquel destinado a regular el derecho de la empresa.

En palabras de Broseta Pont y Martínez. (2019), quienes reconocen el acierto de esta doctrina de la empresa, sin embargo, realizan ciertas puntualizaciones al respecto, y manifiestan que si

---

<sup>8</sup> Empresa: Entidad en la que intervienen el capital y el trabajo como factores de producción de actividades industriales o mercantiles o para la prestación de servicios.

bien desde el punto de vista económico, la empresa como un ente de organización de capital y de trabajo destinada a la producción y mediación de bienes o servicios, la cual se encuentra integrada por el capital y el trabajo como factores de producción, pero el derecho mercantil no regula uno de los factores elementales de la empresa como lo es el trabajo, cuyo régimen corresponde al derecho laboral, no puede afirmarse que el derecho mercantil es el derecho de la empresa, para lo cual resultaría necesario que fueran mercantiles todas las disposiciones que traten sobre la empresa, esto no ocurre debido a que el derecho mercantil no incide en la estructura interna de la empresa, por lo tanto resultaría más correcto afirmar que el derecho mercantil es aquel que regula la actividad externa de la empresa.

Broseta concluye que no puede afirmarse que el derecho mercantil es el derecho de la empresa, debido a que la regulación de esta corresponde a otras ramas del derecho, esto no significa que la empresa no sea importante para el derecho mercantil, sino más bien resulta esencial.

**d) Criterio del derecho mercantil como derecho de los actos jurídicos en masa.**

La contratación mercantil en masa es el nombre que se ha utilizado para determinar la actividad de las empresas, las cuales, producto de la industrialización especializada y uniforme de bienes, se dirigen a una generalidad de consumidores, bajo técnicas de negociación que les brinden seguridad y beneficios a la hora de negociar.

Continuando la corriente anti objetivista de los criterios para definir lo que debemos entender por derecho comercial, surge otro enfoque a comienzos del siglo XX que se relaciona en cierta forma con el del derecho de la empresa, y considera al derecho mercantil como el derecho de

una economía en masa, el criterio como ya lo dijimos no es contrario al de la empresa, sino, más bien lo complementa ya que la economía en masa presupone la existencia de una empresa que actúe dentro del tráfico mercantil.

Broseta Pont manifiesta que lo que caracteriza al sector de la actividad económica sometida al derecho mercantil es la repetición en serie de actos jurídicos, el nacimiento de exigencias e instituciones que corresponde regular al derecho mercantil, debido a la insuficiencia del derecho civil para hacerlo, al desconocer las instituciones que las actividades comerciales suponen. Por lo tanto el derecho mercantil es el propio de la actividad profesional, ya que la repetición en masa de las actividades de comercio, suponen la profesionalidad del autor. Broseta y Martínez. (2019)

En conclusión, lo que el criterio de los actos jurídicos en masa supone, es que el derecho comercial se encuentra abordado por la propia actividad de los comerciantes, ya que la producción actual requiere de ciertos estándares de calidad, la repetición de los actos jurídicos de las empresas requiere especialidad por parte de quien oferta dentro del mercado.

### **1.5. Concepto de Derecho Comercial y de Contrato Mercantil.**

Previo al desarrollo del concepto de contrato mercantil, definiremos lo que debemos entender por derecho comercial, una vez abordados los distintos criterios históricos acerca de su contenido.

Históricamente se ha concebido al comercio como la intermediación y el tráfico de mercaderías con ánimo de lucro, el origen etimológico de la palabra comercio proviene de merx que significa mercadería, de tal forma que el derecho mercantil se refería únicamente al tráfico de mercaderías y demás actividades accesorias.

Desde la Revolución Industrial, se ha observado una preponderancia de la actividad industrial frente a la de intermediación y el comercio, si bien ambos sectores se encuentran abordados por el derecho mercantil, los dos sectores han sufrido una evolución en donde en la actualidad la producción industrial ocupa el primer lugar en cuanto a la importancia, por lo cual merece mayor regulación en cuanto a las legislaciones, consecuentemente lo primordial para la mayoría de los juristas en la actualidad se ha concentrado en temas relacionados a la producción de bienes, en las empresas prestadoras de servicios y en los problemas que giran en torno a su actividad económica, en este punto es en donde se vuelve primordial el estudio de la empresa en donde su actividad resulta primordial en el mercado actual, si bien la clásica actividad mercantil consiste en el tráfico de mercaderías, podemos también manifestar que este también depende de la empresa ya que son las encargadas de ofertar en el mercado. Farina. (2005)

En la actualidad, varias legislaciones mantienen un concepto de lo que se debe entender por derecho mercantil que no es concordante con la realidad actual que caracteriza el tráfico mercantil y lo que este abarca, varias son las legislaciones que posterior a la época de la revolución Francesa adoptaron el criterio objetivo del derecho mercantil, el principal antecedente es el código Francés de 1807, el cual fue el punto de partida para que las demás legislaciones adopten el criterio de los actos de comercio.

En la actualidad es precisa señalar que el antiguo criterio de los actos de comercio presente en varias legislaciones, en la actualidad resulta obsoleto ya que no logra englobar todo lo que abarca la actividad comercial, las legislaciones modernas deben hacer un esfuerzo en actualizar lo referente al derecho comercial tomando como punto esencial la actividad del comerciante y de la empresa tomando en cuenta que en la actualidad las misma se traduce en operaciones en masa.

Dar un concepto de derecho mercantil resulta difícil, pero en el intento, es necesario formular un concepto en el cual se encuentre presente tanto el empresario<sup>9</sup>, la empresa y la actividad producto de estos elementos, según Broseta Pont, la empresa no es únicamente el ámbito que delimita el ámbito del derecho mercantil, debido a que su regulación no depende únicamente de esta disciplina, por lo cual es necesario tomar como principal punto de partida al empresario y su actividad.

Los autores Broseta y Martínez manifiestan que por derecho mercantil se debe entender que es: *“El ordenamiento privado propio de los empresarios y de su estatuto, así como de la actividad externa que estos realizan por medio de una empresa”* (Broseta, Pont & Martínez, Sanz, 2019, pag. 58)

De lo dicho, se desprende que el derecho privado regula la actividad económica de los empresarios en el tráfico mercantil, es decir empresarios y consumidores que contratan entre si, es por esto que se considera que tanto empresarios y consumidores son los sujetos mas importantes en el ambito del derecho mercantil, por ser ellos quienes actuan en el mercado, el concepto anteriormente abordado acepta los criterios de la contratación en masa y el criterio de los actos de la empresa, al ser los mismos concordantes con la realidad actual, los cuales afirman que el derecho mercantil es un conjunto de actos y actividades profesionales que requieren especialidad como fue en realidad considerado el derecho mercantil en sus orígenes, si bien en la actualidad la aplicación incluye a la empresa y la protección a los consumidores, esto forma parte de la actividad de los empresarios dentro del mercado.

---

<sup>9</sup>Pont y Martínez: Empresario es la persona física o jurídica que en nombre propio o por medio de otra persona, ejercita, organizada y profesionalmente una actividad económica dirigida a la producción o a la mediación de bienes o servicios en el mercado. (2019)

El nuevo proyecto de Código de Comercio ecuatoriano (2019), lejos de asumir la corriente objetivista de a inicios de la Revolución Francesa, en su artículo noveno, enumera los actos de comercio pero además manifiesta que se tendrán como actos de comercio todos los relacionados con actividades o empresas de comercio, y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales, por otra parte el mérito del proyecto de esta ley consideramos que es el esfuerzo de regular la empresa, el comerciante o empresario y la actividad mercantil.

### **Concepto de Contrato Mercantil.**

Raúl Aníbal Etcheberry manifiesta: *“Los actos jurídicos y los contratos Mercantiles nacen de costumbres negociales, las cuales se tipifican en la Edad Media”* (Etcheberry, 2005, pág. 65). Se establece que el origen de los contratos mercantiles no fueron como se advierte al estudiar su historia, de que se trata de una fracturación del derecho civil, sino que más bien se trata de un orden paralelo a las estructuras civiles Romanas, después de la revolución industrial, y la era tecnológica, todo se realiza de tal forma que cambia y se adecua al propio derecho Civil, se juntan sus normas y modalidades y florece un orden contractual nuevo.

En la actualidad resulta poco útil determinar si nos encontramos ante un contrato civil o comercial, ya que en la mayoría de casos abarcan ambos sistemas contractuales, todas las personas aunque necesiten alguna vez celebrar un contrato individual, diariamente concluyen en los contratos en masa o en serie, en muchos de los casos sin darse cuenta de que están contratando, a manera de ejemplo encontramos el contrato de transporte en el cual quienes contratan desconocen que el simple acto que realizaron se inscribe dentro de una institución jurídica.

José Ignacio Narváez en su obra manifiesta: *“Ha sido difícil sentar pautas para distinguir los contratos civiles de los mercantiles, esa dificultad se ha patentizado en las discrepancias doctrinarias”* (Narvaez, 1990, pág. 35). A continuación, nos referiremos a distintos conceptos del contrato Mercantil.

El Código de Comercio Ecuatoriano vigente, no establece una definición de lo que debemos entender por contratos comerciales, el mentado cuerpo legal se limita a determinar las obligaciones de los comerciantes, los actos y los contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes

Al no encontrar una definición legal de contrato de comercio debemos remitirnos al concepto que nos trae el Código Civil, debido a que el mismo artículo 5 del código de comercio establece que aquello que no esté especialmente resuelto por este código, se aplicaran las disposiciones del código civil.

Si bien ya citamos anteriormente, conocemos que el Código Civil en su artículo 1454 manifiesta que 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 o muchas personas.

El Código de Comercio Argentino en su artículo 207 establece algo parecido a lo que se establece en nuestra legislación vigente: *“El derecho civil, en cuanto no esté modificado por este código, es aplicable a las materias y negocios comerciales”* (Vélez, 1871, art. 207).

El proyecto del nuevo Código de Comercio a diferencia del código vigente si establece un concepto de lo que debemos entender por contrato Mercantil, el artículo 215 establece: *“Los principios y reglas generales del Derecho Civil, referentes a las obligaciones y los contratos, su formación y perfeccionamiento, formas de extinguir, son aplicables a los actos y contratos*

*mercantiles, en todo en cuanto no se oponga a lo prescrito en este código” (Codigo de Comercio, 2017, art. 215)*

El artículo 223 establece que el contrato es el acuerdo de voluntades entre las partes por el cual surgen Derechos y obligaciones. Mientras que el artículo 310 de Código establece el concepto de contrato Mercantil:

*Son contratos mercantiles los que se tratan en este libro; sin perjuicio de que deberán ser analizadas e interpretadas bajo los criterios de este código otras formas contractuales en las que estén presentes elementos que determinen la naturaleza Mercantil de los actos, lo que no excluye los contratos innominados que puedan llegar a celebrarse. (Codigo de Comercio, 2017, art.310)*

El Código de Comercio Colombiano, trae una definición de contrato, en su artículo 864 establece:

*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 este reciba la aceptación de la propuesta. (Codigo de Comercio Colombiano, 1971, art. 864)*

Langle señala que: *“Los contratos Mercantiles son tales por su objeto, por prescripción de la ley, por el lugar de su celebración, por la clase de tráfico a que pertenecen o por accesoriedad”* (Langle, 2005, pág. 75)

Por su parte Cervantes señala que contrato Mercantil es:

*El conjunto coordinado de estructuras ideales pertenecientes al ordenamiento jurídico generales y destinadas a realizarse o actualizarse principalmente en la actividad de la producción*

*o de la intermediación en el cambio de bienes o servicio destinados al mercado en general. Se aclara en esta definición que se integra el ordenamiento jurídico mercantil normas, sujetos, cosas empresas, títulos de crédito, mercancías.* (Cervantes, 1988, pág. 40)

Garrigues manifiesta que contrato Mercantil es el que se produce en ejercicio de una empresa Mercantil (Garrigues, 1976). Criterio que ha sido muy criticado ya que existen contratos Mercantiles sin que sea necesario la existencia de una empresa u organización económica de por medio.

Arturo Díaz Bravo al respecto manifiesta “*el acuerdo de dos o más voluntades de naturaleza mercantil en la cual existe en una de las partes la presencia de un comerciante ya que su fin es la industria o el comercio o el carácter mercantil del objeto sobre el que recae, es decir, es un negocio jurídico bilateral que tiene por objeto actos de comercialización*” (Díaz, 1983, pág. 34)

Como se ha logrado evidenciar existen múltiples conceptos referentes a esta materia, los profesionales del derecho continuaran en sus esfuerzos de integración, intentando armonizar los desórdenes, adecuar las normas a la realidad y a los principios generales del derecho.

La mayor parte de la materia comercial ha venido a formar parte de tal derecho porque éste tiende a comprender instituciones y negocios económicos, que se van recogiendo y regulando, el Derecho Mercantil históricamente se ha desarrollado con los sistemas económicos mismos, ya que primeramente, fue sólo el derecho de los comerciantes y de los actos realizados por ellos, entre sí, después, se calificó y distinguió con los actos que se denominaran de comercio, por eso se dice que en la actualidad esta rama del derecho tiende a ser el derecho de la negociación o empresa. Candelas (2002)

A medida que el tráfico Mercantil crece, las clásicas conceptualizaciones del contrato quedan obsoletas, en la actualidad nos referimos a la contratación Mercantil en Masa la cual la desarrollaremos con precisión en acápite posteriores.

### **1.6. Función económica y social de los contratos comerciales.**

La principal función que cumplen los contratos dentro del ámbito jurídico es la de crear obligaciones entre las partes contratantes, a más de esta, a continuación haremos referencia a las funciones económicas y sociales que cumplen los contratos comerciales:

El hombre a lo largo de su vida necesita de un modo u otro recurrir a los contratos comerciales, según Juan M Farina “*El contrato constituye el instrumento a través del cual el hombre dentro del tráfico Mercantil procura satisfacer sus necesidades materiales, espirituales y de esparcimiento*” (Farina J. , 1988, pág. 5). Resulta fundamental dentro del tráfico Mercantil la presencia de empresas productoras o distribuidoras de bienes y servicios para el cumplimiento de dicho fin.

En una sociedad moderna muchos de los servicios como los bancarios, de bolsa, o incluso agentes de viajes resultaban innecesarios en sociedades tradicionales, servicios que aparecen cuando la economía se vuelve compleja, las necesidades cada vez se vuelven más sofisticadas y las grandes empresas se ocupan en producir artículos y servicios especializados para saciar necesidades biológicas y psicológicas básicas que en sociedades primitivas se satisfacían con mayor facilidad.

La empresa es el instrumento encargado de producir y distribuir ese conjunto de bienes y servicios ajustándose a las necesidades del mercado las cuales se encuentran constantemente cambiando sus hábitos, los gustos y criterios de los consumidores, todo lo cual se evidencia a través de la celebración de los contratos comerciales.

En cuanto a la función social que cumplen los contratos comerciales se traduce en analizar las etapas que corresponden a su celebración, interpretación y ejecución, como consecuencia de ello se debe recurrir a la legislación específica, aplicarse principios generales que rigen la materia contractual, así como tener en cuenta los usos y prácticas mercantiles como fuentes de integración e interpretación de los contratos, así como la costumbre reguladora del contenido de contratos innominados.

### **1.7. Elementos del contrato Mercantil.**

Para el desarrollo de este punto debemos remitirnos nuevamente al artículo 5 del Código de Comercio, el cual manifiesta que aquello que no esté especialmente resuelto por este código, se aplicara las disposiciones del código civil.

Los elementos del contrato Mercantil son los mismos del contrato civil, mismos que ya fueron abarcados con anterioridad cuando nos referimos al contrato civil, estos son: La capacidad, el Consentimiento, el objeto, la causa lícita y las formalidades.

Frente a esto es necesario realizar algunas puntualizaciones que son específicas del contrato Mercantil, como es el caso de la capacidad y las formalidades.

En cuanto a las formalidades, el artículo 165 y 166 del Código de Comercio establece que 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.

Por otra parte, el artículo 166 establece que, 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.

En materia Mercantil lo que prima es el principio de libertad de forma en los actos y contratos comerciales celebrados, el código hace una puntualización en los artículos citados en donde exceptúa de esta libertad de la que gozan en su generalidad los actos y contratos Mercantiles a aquellos contratos que deban reducirse a escritura pública o requieran formas o solemnidades específicas para su eficacia.

En cuanto a la capacidad, para desarrollar este elemento es preciso remitirnos al artículo 10 del código del comercio, el cual demuestra que la capacidad de ejercicio es más amplia en lo que respecta a materia Mercantil, dada la realidad y la necesidad que vivimos, se establece lo siguiente *“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”* (Codigo de Comercio, 2014, art. 10). Criterio similar es el establecido en el nuevo proyecto de Código de Comercio en el artículo 46.

### **1.8. Diferencias del contrato Civil y Mercantil.**

Resulta difícil sentar pautas para distinguir los contratos civiles de los mercantiles, esa dificultad se ha evidenciado en las discrepancias doctrinarias. (Narvaez, 1990)

José Ignacio Narváez en su obra *Obligaciones y contratos Mercantiles* enuncia varios criterios de los cuales los distintos doctrinarios han tomado para diferenciar los contratos civiles de los mercantiles, entre ellos tenemos el criterio de las modalidades especiales, en el cual explica el mentado autor que serán las distintas peculiaridades las que incidirán en la calificación de civil o mercantil de los contratos. Otros autores consideran que el principal rasgo distintivo es la onerosidad, ya que la gratuidad y el desinterés, resulta contrario a las actividades mercantiles cuyo interés primordial es el ánimo de lucro en las negociaciones. También hay quienes aseguran que la diferencia radica en la calidad de las personas que lo celebran y la finalidad que persiguen al momento de contratar.

Cualquiera que sea la posición doctrinaria que se adopte, la contratación Mercantil ostenta distintas aristas que pueden ser de orden económico o jurídico que se diferencian de la contratación regulada por el derecho civil, al respecto las siguientes puntualizaciones:

**a) Por la magnitud de los contratos**

Los contratos civiles en la mayoría de casos se celebran de modo esporádico y aislado, mientras que los contratos mercantiles de una misma especie se llevan a cabo en serie, de manera continua y sucesiva, como lo que ocurre con las compraventas en establecimientos comerciales, transportes terrestres, fluviales, marítimos y aéreos.

## **b) La periodicidad**

Lo que ocurre con la reiteración de los contratos similares, la velocidad con la que se llevan a cabo las transacciones mercantiles y la conveniencia de estipular cláusulas y soluciones claras, han provocado la necesidad de adaptarse a fórmulas preestablecidas, que se miran uniformes para cada contrato, los cuales constan generalmente en documentos impresos previamente, en donde aparecen espacios en blanco para completarlos con las particularidades del caso, generalmente son redactados por una de las partes contratantes, mientras la otra tiene la posibilidad de adherirse o no al contrato.

## **c) De la presencia de los contratantes**

La contratación Civil se lleva a cabo entre presentes, es decir, personas que se encuentran en un mismo país o una ciudad, en algunos casos los contratos civiles son Intuitu Personae<sup>10</sup> ya que depende mucho de la calidad de la persona con la que se contrata, a diferencia de los contratos mercantiles los cuales suelen celebrarse a distancia, con personas que se encuentran en diferentes lugares, las partes no se conocen y es posible que ni si quiera hablen el mismo idioma.

## **d) La costumbre**

---

<sup>10</sup> Intuitu Personae: Es una locución latina que significa en función de la persona, es un contrato que se celebra teniendo en cuenta la calidad, profesión o la pericia del otro contratante.

La costumbre como fuente del Derecho, cumple roles diferentes cuando se trata de legislación civil frente a la Mercantil.

La costumbre en derecho Civil no constituye derecho, sino solo en los casos en que la ley se remite a ella. Todo lo opuesto ocurre cuando nos referimos a materia Mercantil puesto que el precepto básico es que la costumbre suple el silencio de la ley, el art 4 del Código de Comercio manifiesta “*Las costumbres Mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que la constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por más de diez años*” (Codigo de Comercio, 1960, art. 4). Es decir, la costumbre es un elemento fundamental a la hora de tratar contratos Mercantiles, el proyecto del Código de Comercio en su artículo 7 del mismo modo hace principal énfasis en la costumbre Mercantil.

**e) El ánimo de lucro.**

El ánimo de lucro el cual se encuentra presente en los contratos Mercantiles, mas no así en los Civiles, entendemos el ánimo de lucro como la intención o voluntad de obtener ganancia, provecho o utilidad de una cosa, o intención de obtener una ventaja patrimonial directa como correlato del apoderamiento de las cosas ajenas.

**f) Las formalidades.**

Las formalidades son distintas cuando nos encontramos frente a contratos Civiles y Mercantiles para lograr su perfeccionamiento. Los contratos civiles se caracterizan por ser mucho más formales, mientras que los contratos Mercantiles las formalidades son menores ya que estos se caracterizan por ser consensuales, el Código de Comercio hace mención a las formalidades y manifiesta:

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”

Como hemos logrado evidenciar, varias son las diferencias existentes entre el contrato Civil y Mercantil, el contrato Mercantil tiene su origen en el contrato Civil y se crea para satisfacer las crecientes necesidades del mundo comercial, las cuales cada vez se miran más exigentes.

Por esta razón es necesario adaptar las estructuras contractuales a la realidad del mundo moderno, como es el caso de los contratos celebrados en masa, los mismos que serán desarrollados más adelante.

## **CAPITULO II**

### **LA TUTELA A LOS DERECHO DEL CONSUMIDOR**

#### **2.1. Origen y evolución de los Derechos de los Consumidores.**

Los Derechos del Consumidor, como una rama del Derecho propiamente dicha, la cual regula las relaciones entre consumidores y proveedores de bienes y servicios, se reconocieron a mitad del siglo XX, en la antigüedad estos derechos se derivaban de los contratos celebrados entre consumidores y proveedores, pero en base al Código de Comercio o al Código Civil, pero no se hablaba de una legislación específica capaz de proteger de forma idónea a los consumidores, las negociaciones se basaban en la idea de la autonomía de la voluntad o libertad de estipulación, los consumidores que contaban con una escasa información acerca de las características de los bienes y servicios ofertados y sobre sus derechos y obligaciones, se veían en la necesidad de entablar una relación contractual, sin la más mínima garantía de protección de sus intereses. Ovalle. 2000

Varias son las personas que atribuyen el origen del Derecho de los consumidores al ex presidente de los Estados Unidos, John F Kennedy, quien el 15 de marzo de 1962 por primera vez y ante el Congreso de su país se refiere al Derecho de los Consumidores y el rol que los mismos cumplen en la economía, de esta forma propuso 4 derechos básicos de los consumidores entre los cuales: el derecho a la información, a la seguridad, el derecho a escoger y el derecho a ser escuchado, años después la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró el 15 de marzo como el Día Mundial de los Derechos del Consumidor, pero en realidad, es en la actualidad en donde este derecho, a diferencia de otras épocas de la historia ha tomado mayor fuerza e importancia, debido a que el consumidor en las relaciones comerciales es considerado la parte débil de la relación contractual, por lo cual se requiere mayor protección en una sociedad de consumo; para ser más exactos, fue en la década de los sesenta en donde los derechos del consumidor toman importancia, a raíz de la sociedad industrial.

Este Derecho surgió como un estatuto personal en protección de los Derechos del consumidor, en un inicio el concepto de consumidor estaba relacionado con la adquisición de productos alimenticios y farmacéuticos, con el tiempo se llegó a una concepción más amplia tomando en cuenta al consumidor frente a la empresa en calidad de consumidor final de bienes y servicios para uso privado, por lo tanto, en la actualidad el concepto de consumidor engloba a toda persona ya sea física o jurídica que adquiera bienes o servicios en calidad de destinatario final, es decir, sin tener la intención de colocar los productos nuevamente en el mercado.

Si bien es cierto, siempre ha existido mercado y por lo tanto consumidores, pero la necesidad de brindar protección surgió en la sociedad de consumo, específicamente esto sucedió en la época posterior a la segunda guerra mundial, debido a la amplia demanda de bienes y servicios, dada la escases que existía, las personas adquirirían cualquier producto que fuere necesario sin exigir que

estos sean necesariamente de alta calidad, no se producía pensando en las necesidades y beneficios de los consumidores, los empresarios nada más pensaban en optimizar sus beneficios económicos, lo cual derivó en abusos sobre los consumidores. Ovalle. (2000)

En la actualidad, el tráfico mercantil, se traduce en operaciones celebradas en masa, en este sentido los preceptos básicos de la contratación tradicional, se ven alejados, de los contratos denominados de consumo, en donde las cláusulas predisuestas por la parte más fuerte de la relación contractual y la oferta dirigida hacia un gran número de consumidores constituye la regla general.

Frente a esto, la necesidad de crear una rama del Derecho especializada en tutelar de forma especial y exclusiva los derechos de los consumidores, en el Ecuador la protección a los derechos del consumidor se fundamenta tanto en la Constitución de la República, como en la Ley Orgánica de defensa del Consumidor, las mismas que serán desarrolladas a continuación.

## **2.2. Los Derechos del Consumidor en la Constitución de la República del Ecuador.**

Los derechos del consumidor gozan de rango constitucional, por lo tanto, la Constitución de la República del Ecuador constituye la base normativa de los derechos del consumidor.

Previo a realizar un análisis de la Constitución de la República 2008, a manera de antecedente de los derechos del consumidor podemos citar: la Constitución Política del Ecuador, que se publicó en el Registro Oficial No 1 de agosto del 1998, como otro antecedente tenemos la Ley de Defensa

del Consumidor que se promulgó el 12 de septiembre de 1990 y se publicó en el Registro Oficial No. 520, el Reglamento a la Ley de Defensa del Consumidor el 19 de febrero de 1991 en el Registro Oficial No 625, en la actualidad la normativa que rige los derechos del consumidor son: la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor publicada el 10 de julio del 2000, la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo y el Reglamento para la Admisibilidad y Trámite de casos de Competencia de la Defensoría del Pueblo.

En cuanto a la Constitución de la República vigente, la normativa trata sobre el Derecho de los consumidores o usuarios en el artículo 52 y subsiguientes, en donde se establece el derecho de las personas a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos en total libertad, así como a obtener información precisa y no engañosa sobre su contenido y las características de los productos que se ofertan en el mercado.

La ley se encarga de establecer mecanismos que resulten idóneos para el control de calidad y los procedimientos necesarios para la defensa de los consumidores o usuarios y la implementación de sanciones correspondientes por el cometimiento de infracciones, la reparación por deficiencia, daños o mala calidad en bienes y servicios ofertados.

Como respuesta a la vulneración histórica de la cual han formado parte los consumidores y usuarios, la Constitución realiza un importante avance y los ubica en la sección novena, capítulo tercero reservado para tratar a los grupos de atención prioritaria.

Por otra parte el estado obliga a las empresas, instituciones y organismos que presten servicios públicos a incorporar sistemas de medición de satisfacción de los consumidores y poner en práctica sistemas de atención y reparación, así como se establece la obligación del Estado Ecuatoriano de responder civilmente por los daños y perjuicios ocasionados a personas por negligencia en la

atención de los servicios públicos a su cargo y por la deficiencia de servicios que hayan sido pagados.

La responsabilidad Civil y Penal para las personas o entidades que presten servicios públicos también ha sido un tema abarcado por la Constitución, en donde se especifica cuando los productores de bienes o prestadores de servicios deben responder por daños ocasionados, a más de ellos se establece la responsabilidad por mala práctica en el ejercicio de sus funciones, lo cual constituye una implementación de la Constitución del 2008, de esta manera el Art 54 establece:

*Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore.*

*Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas.*  
(Constitución de la Republica del Ecuador, 2008, art. 54).

La Constitución también establece el derecho de los consumidores y usuarios para asociarse y defender sus derechos de forma libre y directa, ya sea individual o colectivamente, mediante el apoyo de asociaciones para acudir ante autoridades judiciales o administrativas de defensa del consumidor.

### **2.3. Los derechos del consumidor y su tutela jurídica.**

### **2.4. Ámbito de aplicación y finalidad de la Ley Orgánica de defensa del consumidor.**

La ley Orgánica de Defensa del consumidor, se origina con el objetivo de regular el impacto que se produce en la adquisición de bienes y servicios en el mercado a consecuencia del mundo globalizado.

Víctor Ceballos Vásquez en su obra Libre competencia Derecho de Consumo y Contratos manifiesta:

*La razón de ser o justificación de la promulgación de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, radica que ante la globalización del mercado, diversificación de productos, impacto de la publicidad, la vigencia de monopolios y la consiguiente pérdida en la libertad de elección de los consumidores y usuarios de bienes y servicios ofertados y la antigua Ley de Defensa del Consumidor, no ha protegido satisfactoriamente los intereses o derechos de los consumidores, circunstancia que hizo necesaria la expedición de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.*  
(Vásquez, 2014, pág. 98)

El Art 1 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece el principio indubio pro consumidor o también conocido como favor debitoris o favor debilis, derivados del Derecho Romano, el cual significa que los operadores de justicia, deben interpretar las normas en el sentido que más favorezca a los deudores, o consumidores por ser la parte más débil de la relación,

*Las disposiciones de la presente Ley son de orden público de interés social, sus normas por tratarse de una Ley de carácter orgánico, prevalecerán sobre las disposiciones contenidas en leyes ordinarias. En caso de duda en la interpretación de esta Ley, se la aplicará en el sentido más favorable al consumidor. El objeto de esta Ley es normar las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en dichas relaciones entre las partes. (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, art. 1)*

De lo establecido, se desprende que la ley pretende tutelar los derechos de las personas de toda relación que tenga como origen un acto de consumo, por lo tanto, el objetivo de la ley es tutelar los derechos de la parte más débil de la relación contractual quienes son los consumidores o usuarios, en palabras de Víctor Ceballos Vásquez:

*El ámbito de aplicación territorial es el Ecuador, desde el punto de vista subjetivo es preciso que la aplicación de dicha ley la invoque el consumidor afectado, desde el punto de vista objetivo para la aplicación de la ley es preciso que el acto sea de consumo, sin importar la calidad del bien o servicio. (Vásquez, 2014, pág. 93)*

#### **2.4.1. El Consumidor o Usuario y el Proveedor de bienes y servicios.**

Previo a continuar con el desarrollo del presente capítulo resulta fundamental analizar el concepto de consumidor o usuario y proveedor de bienes y servicios.

La palabra consumidor tienen su origen en la ciencia económica, el consumidor es considerado como el último eslabón del proceso productivo, históricamente el consumidor no se sitúa en una situación privilegiada, al contrario, su posición constituye la más vulnerable dentro del proceso productivo, la descrita situación constituye la necesidad de desarrollar una legislación capaz de proteger a los consumidores que pueden ser el blanco de una eventual vulneración de derechos.

Diversas legislaciones definen lo que debemos entender por consumidores y proveedores, al respecto:

La Ley de Defensa del Consumidor Argentina No. 24.240 del 15 de octubre de 1993 en su artículo 1 establece: *“La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de grupo familiar o social”* (Defensa del Consumidor, Ley 24.240, Reglamentación de la ley 24.240, 1998, art. 1).

Es preciso manifestar que este concepto fue bastante criticado por la Doctrina Argentina al resultar restrictivo, ya que limitaba el concepto de consumidor únicamente al ámbito contractual, imposibilitando acceder a la tutela por la mera introducción de productos al mercado, o por actos de publicidad desleal, entre otros.

En el artículo 2 encontramos lo que debemos entender por proveedores: *“Proveedores de cosas o servicios. Quedan obligadas al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios”* (Defensa del Consumidor, Ley 24.240, Reglamentación de la ley 24.240, 1998, art. 2).

En Chile la Ley No 19.496 sobre normas de protección de los Derechos de los Consumidores, publicada en el diario oficial del 7 de marzo de 1997 en su artículo 1, numerales 1 y 2 manifiesta:

*La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable.*

*Consumidores: son las personas naturales o jurídicas, que en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales de bienes o servicios.*

*Proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o prestación de servicios a consumidores, por las que cobre precio o tarifa. (Ley No 19.496 sobre normas de protección de los Derechos del Consumidor, 1997, art. 1).*

En cuanto a la legislación ecuatoriana, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor al respecto manifiesta:

*Artículo 2: “Consumidor es 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” (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, art. 2).*

Al respecto, Juan M Farina en su obra Defensa del Consumidor y del Usuario manifiesta:

*La palabra consumidor se refiere en forma muy amplia a todo aquel que adquiere un bien o un derecho en general para su consumo o uso; en tanto que usuario, es quien utiliza el servicio sin*

*ser adquirente de bienes. Puede darse que el servicio implique además de la venta o locación de alguna cosa necesaria para ello, y a la inversa. (Farina J. , 1988, pág. 42)*

De lo expuesto, se desprende que cuando la ley emplea la expresión consumidor, no se refiere exclusivamente a quien compra algo para su uso, sino también la persona que utiliza el servicio que brinda la otra parte.

El inciso noveno del artículo 2 sobre el concepto de Proveedor al respecto manifiesta:

*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 los 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 quienes presten servicios públicos por delegación o concesión. (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, art. 2)*

Al respecto la citada Ley Orgánica de Defensa del Consumidor presenta algunas falencias, Víctor Ceballos Vásquez al respecto manifiesta:

*Nuestra ley no impone límites respecto a las cosas usadas contratadas entre consumidores como lo hace la ley argentina, en la cuantía de los contratos que gozan de su protección como la española que excluye a los contratos en los que la prestación sea inferior a 8.000 pesetas, adicionalmente no se enuncia en el discurso de la ley quienes no son consumidores. (Vásquez, 2014, pág. 98).*

En cuanto al hecho que la ley no manifiesta quienes no son consumidores, de la propia ley se colige que no son consumidores las personas que adquieran bienes o servicios para integrarlos

nuevamente en procesos productivos o comerciales, debido a que ya no tendrían la calidad de consumidores finales en los términos que establece el artículo 2 de la Ley Orgánica de Defensa del consumidor, en donde establece consumidor es toda persona que como destinatario final adquiera bienes o servicios en el mercado.

#### **2.4.2. Las personas jurídicas como consumidores.**

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor Ecuatoriana, cuando define el concepto de consumidor y la misma en concordancia con la Doctrina, acepta la posibilidad de que las personas jurídicas sean consideradas consumidores y al no establecerse ningún requisito se entiende que pueden ser consideradas como consumidoras tanto las sociedades anónimas, las compañías de responsabilidad limitada, sociedades civiles y demás, Juan M Farina al respecto manifiesta:

*Se advierte por parte de la doctrina que hay personas jurídicas que son destinatarios finales de bienes o servicios adquiridos y por lo tanto no procede excluirlas de la tutela. Entendemos que hay que exigir que concurran los mismos requisitos y circunstancias que debe reunir el consumidor o usuario persona física. (Farina J. , 1988, pág. 68).*

El único requisito que deben cumplir según nuestra Ley y la Doctrina en general las personas Jurídicas para tener la calidad de consumidores como tal, es que los bienes adquiridos no deben ser objeto de actividades productivas o de comercialización, es decir, no debe existir ánimo de lucro, los bienes adquiridos pueden ser adquiridos para sus trabajadores o en cualquier caso que resulten como destinatarios finales del bien adquirido.

A manera de ejemplo el citado autor Juan Farina de manera textual establece: “*Cuando la persona jurídica es una mutual que adquiere bienes o servicios para que sean utilizados o consumidos por sus asociados se genera entre estos y la mutual una relación jurídica ajena al mercado; por ello si bien aquí existen unos consumidores finales, que son esas personas físicas (asociados), no podrán los mismo invocar la calidad de consumidor frente a la mutual, por no ser esta quien los vuelve al mercado; tampoco podrán invocarla frente al proveedor de la mutual por no haber tenido trato con el*” (Farina J. , 1988).

Del citado ejemplo encontramos a la mutual como consumidor final de bienes o servicios adquiridos, al ser los mismos destinados al uso exclusivo de sus asociados, cumpliendo con el requisito de no poner los bienes adquiridos nuevamente en circulación del mercado.

### **2.4.3. Derechos de los consumidores.**

La ley Orgánica de defensa del Consumidor describe los derechos de los consumidores:

*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;*

*5. Derecho a un trato transparente, equitativo y no discriminatorio o abusivo por parte de los proveedores de bienes o servicios;*

*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;*

*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 su lesión;*

*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.* (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, art. 4)

Del mismo modo la ley en su artículo 5, establece obligaciones que debe cumplir el consumidor al momento de adquirir bienes y servicios, se establece la obligación de propiciar y ejercer el consumo racional y responsable de bienes y servicios, preocuparse de no afectar el medio ambiente mediante el consumo de bienes y servicios, evitar cualquier riesgo que pueda afectar a su vida o la de los demás por el consumo de bienes y servicios, informarse responsablemente de las condiciones de uso que establezcan los diferentes productos o servicios adquiridos en el mercado.

En cuanto a los proveedores los mismos mantienen obligaciones frente a los servicios prestados a los consumidores, estas obligaciones se encuentran establecidas en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2000), de manera resumida encontramos que los proveedores están obligados a brindar información veraz, clara, oportuna y completa de bienes y servicios ofrecidos en el mercado, entregar el bien en óptimas condiciones, de conformidad a lo pactado con el consumidor, indicar el precio final al público de bienes y servicios ofertados, entregar facturas a los consumidores, responder por deterioros existentes en los productos, prestar servicio técnico a los consumidores por un tiempo razonable en relación al tiempo de vida útil del producto, así como el deber de los profesionales de atender a sus clientes de acuerdo a la ética profesional y la ley de su profesión.

En los casos en los que el proveedor contravenga las normas de calidad previstas para los productos, cuando los mismos tengan defectos o vicios ocultos, la ley establece mecanismos idóneos para su protección:

Art. 20. Defectos y Vicios Ocultos: *“El consumidor podrá optar por la rescisión del contrato, la reposición del bien o la reducción del precio, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios, cuando la cosa objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que la hagan inadecuada o disminuyan de tal modo su calidad o la posibilidad del uso al que habitualmente se le destine, que, de haberlos conocido el consumidor, no la habría adquirido o hubiera dado un menor precio por ella”* (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, art. 20)

Pese a que los contratos de adhesión serán abordados posteriormente desde un punto de vista más doctrinario, al ser los mismos desarrollados por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en este momento haremos una breve referencia de lo que la ley nos trae acerca de este contrato, el Art. 2 inciso tercero lo define como:

Contrato de Adhesión. - *“Es aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido”*. (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, art. 2)

La ley Orgánica de defensa del consumidor, contempla el contrato de adhesión y lo regula de amplia manera, la citada ley lo contempla desde el Art 41 y siguientes, empezando por las siguientes especificaciones:

La ley establece que el contrato de adhesión debe ser redactado con caracteres legibles, con un tamaño de fuente no menor de diez puntos, de acuerdo a las normas informáticas internacionales, en términos claros, comprensibles y no podrá tener remisiones a textos o documentos que no sean de conocimiento público, o no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato, además cuando se establezcan textos escritos con número de letra que resulte significativamente más pequeña, los mismos se entenderán como si no se hubiesen escrito en el contenido del contrato, las partes tienen derecho de que se les entregue copias debidamente suscritas y sumilladas de los contratos celebrados junto con todos sus anexos, en los casos en que resulte imposible realizar la entrega en el acto, los proveedores deberán entregar una copia con la constancia de ser una fiel copia del original y tendrá los mismos efectos legales, por otra parte la ley establece que los contratos de adhesión deben ser redactados en idioma Castellano, salvo palabras de otro idioma que se consideren como incorporadas al léxico, en caso de contravención a los requisitos el contrato no producirá ningún efecto en relación al consumidor, la ley como medida tutelar establece que en contratos formularios las cláusulas redactadas por las partes, siempre que exista el consentimiento del consumidor prevalecen sobre aquellas que se redactaron de forma unilateral o preestablecida en el contrato.

La ley en busca de precautar los intereses de los consumidores también habla de la terminación anticipada la cual puede hacer efectiva el consumidor en aquellos servicios por ejemplo de internet, telefonía prepagada, televisión por cable, podrá darse por terminado unilateralmente con quince días de aviso previo a la finalización del periodo en curso, los contratos no podrán incluir recargos ni sanciones por motivo de terminación anticipada, pero en todos los casos los consumidores deberán pagar lo correspondiente por la prestación de servicios efectivamente prestados hasta la fecha de la terminación unilateral. Ley de Defensa del Consumidor (2000).

La finalidad del artículo 41 y subsiguientes de la ley es regular las características por las cuales los oferentes de bienes y servicios elaboran los contratos de adhesión, si bien es cierto ellos son quienes elaboran la totalidad de las cláusulas, en la mayoría de casos en busca de su principal beneficio, frente a esto encontramos la ley de defensa del consumidor que regula y establece los términos mínimos bajo los cuales deben ser redactados los contratos buscando precautelar los derechos de los consumidores o usuarios. por otra parte, la ley establece cláusulas denominadas prohibidas las cuales no se pueden incluir por mandato legal en el texto de los contratos de adhesión, el código establece que son nulas de pleno derecho y no producen ningún efecto aquellas que:

1. Eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados
2. Impliquen renuncia a los derechos que esta ley reconoce a los consumidores o de alguna manera limiten su ejercicio;
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
4. Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento;
5. Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato;
6. Autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, excepto cuando tal resolución o modificación esté condicionada al incumplimiento imputable al consumidor;

7. Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o utilizados antes de que se suscriba el contrato, o sean ilegibles;

8. Impliquen renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en esta Ley.

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

Esto se encuentra establecido en el artículo 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

## **2.5. Procedimiento para el juzgamiento de las infracciones a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.**

Durante este capítulo, hemos desarrollado los derechos de los consumidores, lo cuales pueden ser vulnerados por acciones u omisiones por parte de los proveedores de bienes y servicios en el mercado, lo cual deriva en un daño hacia el patrimonio y los intereses de los consumidores, por lo cual nuestra legislación mediante la Ley Orgánica de Defensa del consumidor ha previsto sanciones, entre ellas tenemos:

**La sanción general**, que consisten en una sanción pecuniaria que va desde los cien a los mil dólares de los Estados Unidos de América, o de ser el caso el comiso de bienes o, la suspensión de

ejercer actividades en el campo de la prestación del servicio o publicidad, todo aquello sin perjuicio de las demás sanciones a las que hubiere lugar.

Por otra parte, la ley establece sanciones denominadas específicas, por lo tanto, queda claro que la sanción general descrita en el párrafo anterior, tiene lugar únicamente cuando la Ley no establezca una sanción especial como por ejemplo: sanción por venta de bienes defectuosos, sanción por servicios defectuosos, sanción por suspensión injustificada de servicios, sanción por reincidencia, cada una tratada de forma específica en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece normas adjetivas, las cuales sean capaces de establecer los procedimientos para juzgar las infracciones, por los cuales los consumidores vulnerados en sus derechos puedan acudir a la vía judicial o administrativa para imponer las sanciones correspondientes.

*Todo el edificio del derecho del consumo sería una especie de hipocresía si los consumidores no dispusieran de cauces adecuados para hacer valer sus derechos que las múltiples normas vigentes lo irrogan. En efecto, en los últimos años hemos visto incrementarse notablemente las normas de diverso rango en las que el principal bien jurídico protegido son los derechos del consumidor. (Vásquez, 2014, pág. 589)*

Consecuentemente los consumidores o usuarios que hayan sufrido menoscabo por parte de proveedores pueden iniciar las acciones que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor prevé e incluso aquellos delitos tipificados en la ley penal, el artículo 88 de la Ley manifiesta que se concede acción popular para la denuncia de las infracciones a la referida ley.

Por otra parte la ley garantiza el derecho que tienen las colectividades y las asociaciones de consumidores, y prevé la posibilidad de que los consumidores puedan conducir sus reclamos a

través de estas Asociaciones, el Artículo 63 de la Ley en el numeral 3 establece los objetivos que tienen estas asociaciones: “*Representar los intereses individuales y colectivos de los consumidores ante las autoridades judiciales o administrativas; así como, ante los proveedores, mediante el ejercicio de acciones, recursos, trámites o gestiones a que esta ley se refiere, cuando esto sea expresamente solicitado por los consumidores*” (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, art. 63)

## **2.6. Rol de la Defensoría del Pueblo y Órganos competentes para el juzgamiento.**

### **2.6.1. El Defensor del Pueblo.**

La Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (1997), es la normativa encargada de establecer las regulaciones sobre las atribuciones del Defensor del Pueblo:

La defensoría del Pueblo, es un organismo público, con autonomía funcional, económica, administrativa y con jurisdicción nacional, con sede en la Capital de la Republica, cuyo titular es el Defensor del Pueblo, quien ejerce sus funciones durante un periodo de 5 años.

En cada provincia existe una representación del Defensor del Pueblo, a cargo de un comisionado, quienes en sus respectivas circunscripciones territoriales y por delegación del Defensor, tendrá las funciones y atribuciones encomendadas por el titular.

Según la mentada Ley en su artículo segundo establece que a la Defensoría del Pueblo le corresponde:

- Promover y patrocinar acciones referentes a recursos de Habeas Data, Habeas Corpus y de amparo de las personas que lo requieran.
- Defender de oficio o a petición de parte, en los casos en que proceda, la observancia de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República y los demás establecidos en la ley. (Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, 1997)

### **2.6.2. Ante quien se pueden presentar las acciones de tutela a los derechos del consumidor contempladas en la Ley.**

El Reglamento de Admisibilidad y Trámite de casos de Competencia de la Defensoría del Pueblo, es la normativa que regula el procedimiento de casos de competencia de la Defensoría del Pueblo ya sean de oficio o a petición de parte.

Se establece, que son competentes para recibir peticiones, el Defensor del Pueblo, o los funcionarios que laboren en las distintas Delegaciones Provinciales, Coordinaciones Generales Defensoriales, Direcciones Nacionales que tengan competencia para atención de casos.

Las peticiones pueden presentarse en cualquier día, hora y lugar ante los servidores de la defensoría del Pueblo, quienes están en la obligación de tomar las medidas urgentes que amerite el caso, siempre que estén dentro de sus funciones y atribuciones.

En cuanto a la legitimación, el mentado reglamento establece que cualquier persona en forma individual o colectiva con interés legítimo puede plantear una petición verbal o escrita ante el Defensor del Pueblo, sin que sea necesario cumplir con ningún requisito de forma, son gratuitas y no necesitan patrocinio legal de un profesional del derecho.

Las peticiones escritas deben contener los generales de ley del peticionario, datos de identificación del presunto responsable o participe del hecho que se presenta, la relación circunstanciada de los hechos mediante los cuales se vulnera el derecho, determinación del derecho del que se reclama la tutela, los medios por los cuales se pretende que se repare el derecho vulnerado, medios probatorios en caso de disponer de ellos y la indicación de la forma en la que se van a recibir futuras notificaciones.

### **2.6.3. Del procedimiento.**

El procedimiento a seguir, para la tutela de los derechos de los consumidores es el establecido en el artículo 45 capítulo IV de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, denominado Sumario de Usuarios y Consumidores, el mismo que establece ser un proceso ágil y simplificado, que tiene por objeto tutelar los derechos de los consumidores garantizados en la Constitución de la República, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y demás normativa relacionada.

Se considera usuaria a la persona natural o jurídica que reciba un servicio público domiciliario, garantizado por el Estado y prestado en un domicilio como destinatario final, la prestación puede ser a través de empresas públicas o privadas.

Consumidor es toda persona natural o jurídica que como destinatario final adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios o reciba oferta para ello.

El artículo 47 del Reglamento de Admisibilidad manifiesta que el procedimiento del trámite sumario de consumidores y usuarios inicia con la fase de admisibilidad.

En la providencia de admisibilidad, se puede solicitar información complementaria o aclaratoria, ya sea al peticionario o al proveedor de bienes y servicios, se debe señalar día y hora para llevar a cabo audiencia pública, también podrán realizarse visitas in situ y demás actuaciones defensoriales que se consideren necesarias previa a la audiencia todo ello se debe realizar en un término no mayor a doce días.

En audiencia pública, de forma excepcional y justificada, cuando el peticionario requiera tiempo adicional para obtener información, podrá solicitar el diferimiento de la audiencia hasta un término no mayor a 8 días, en caso de no comparecer una o ambas partes a la audiencia, se sienta razón de la falta de comparecencia y se convoca a una nueva audiencia en un término no mayor a 8 días, en caso de inasistencia del peticionario el efecto es el abandono de la causa y en caso de falta de comparecencia de la persona requerida se elabora un informe y la providencia del archivo que será notificada a las partes y a la autoridad de control competente, el procedimiento sumario en ningún caso puede superar el término de cincuenta días. (Resolución No. 056. Reglamento de Admisibilidad y Trámite de casos de Competencia de la Defensoría del Pueblo, 2017)

Por su parte, la ley de defensa de Consumidor en el capítulo XIV, también establece la competencia y el procedimiento desde el artículo 81 y siguientes, en primer lugar describe el rol que cumple la Defensoría del Pueblo y manifiesta que es facultad de la Defensoría, conocer y pronunciarse de forma motivada acerca de reclamos y quejas, que pueda presentar cualquier consumidor ya sea nacional o extranjero, que sea residente o se encuentre temporalmente en el país y que considere que ha sido vulnerado de forma directa o indirecta en sus derechos como consumidor, los cuales se encuentran establecidos en la Constitución de la República del Ecuador.

Del procedimiento descrito, la Defensoría del Pueblo además tendrá la facultad de promover la utilización de medios alternativos de solución de conflictos, como la mediación, excepto cuando se trate de infracciones penales, sin embargo, en cualquier momento el consumidor podrá acudir a la instancia judicial o administrativa que corresponda.

La Ley Orgánica de defensa del Consumidor manifiesta que en los casos que resulte imposible llegar a un acuerdo entre las partes, la Defensoría del Pueblo deberá elaborar un informe motivado mediante el cual solicitará a las autoridades competentes que se dé inicio a un proceso investigativo del cual se podrá imponer las sanciones establecidas en la presente Ley, así como exigir la obligación pendiente, el informe que emite la Defensoría del Pueblo será apreciado por el juez de acuerdo a su sana crítica.

El defensor del pueblo, además en cualquier caso podrá acudir ante el Juez de Contravenciones a fin de que se inicie el respectivo proceso.

En cualquier momento de la investigación de la Defensoría en la que se llegue a determinar de forma objetiva la vulneración de un derecho, la investigación puede suspenderse y proceder con los trámites defensoriales pertinentes o con la interposición de garantías jurisdiccionales, en casos de que en la investigación se encuentre indicios del cometimiento de un delito tipificado en el Código Orgánico Integral Penal se debe remitir el expediente a Fiscalía con copia certificada del expediente. Realizadas las diligencias pertinentes y cuando se cuente con los elementos suficientes que confirme la vulneración de un derecho se emite una resolución defensorial debidamente motivada con lo cual concluye el proceso administrativo.

### **Procedimiento Judicial previsto para tutelar los Derechos del Consumidor**

En cuanto a la competencia para el juzgamiento de las infracciones, se encuentra regulado en el artículo 84 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en donde se establece que la competencia para conocer y resolver sobre las infracciones a las normas contenidas en la ley, recae en el juez de contravenciones de la jurisdicción respectiva y en caso de apelación, la competencia recae sobre el juez de lo penal, el juzgamiento de las infracciones que establece la ley se inicia mediante acusación particular, denuncia o excitativa fiscal, en la actualidad el órgano jurisdiccional competente es el juez de la Unidad Judicial Penal.

Cuando se ha iniciado la denuncia, y una vez realizada la citación correspondiente, el juez competente debe señalar día y hora para la audiencia oral de juzgamiento, la cual se debe llevar a cabo en un plazo de diez días contados a partir de la fecha de la notificación, la audiencia inicia con la contestación del acusado, a esta audiencia la partes deben concurrir con todas las pruebas de las que se crean asistidos bajo prevención de declararlos en rebeldía.

Una vez presentadas las pruebas, se dictará sentencia en la misma audiencia cuando sea posible, caso contrario en el plazo de tres días.

En el caso de que resulte necesaria la presencia de peritos con el objetivo de esclarecer hechos controvertidos, se suspenderá la audiencia y se concede el plazo de 15 días para la presentación de los mismos, en caso de que el peritaje deba realizarse en el exterior el plazo es de treinta días, una vez vencido el plazo, se debe señalar día y hora para la reanudación de la audiencia.

De la sentencia emitida por el juez de contravenciones, se podrá interponer recurso de apelación en el término de 3 días, a partir de la fecha en que se ha notificado el fallo, el recurso se interpone ante el juez de contravenciones, quien lo remitirá al juez de la Unidad Judicial Penal, la sentencia

emitida por el juez penal causará ejecutoria. Ley Orgánica de Defensa de Consumidor, art 84. (2000)

Como conclusión del procedimiento para tutelar los Derechos de consumidores y usuarios y del estudio de los casos prácticos que expondremos más adelante, podemos manifestar que la mayoría de los casos tramitados en sede administrativa ante la Defensoría del Pueblo, encuentran solución a través de los medios alternativos de solución de conflictos, a pesar de ello, los casos en los que resulte imposible llegar a un acuerdo ya sea por falta de comparecencia a las diligencias dispuestas por la Defensoría del Pueblo o por falta de acuerdo, el peticionario en cualquier momento podrá acudir ante el Juez de la Unidad Judicial Penal para iniciar del respectivo proceso judicial.

Es preciso remitirnos a lo que manifiesta Edgar Salas en su artículo, La importancia de los Derechos del Consumidor en el Ecuador (2015), en donde se pone de manifiesto que si bien el fenómeno de la globalización facilita y agiliza los procesos educativos, es necesario que las personas estén conscientes de los acontecimientos que se presentan a su alrededor, en la sociedad actual resulta vital que la población tenga conocimiento de las normas jurídicas para garantizar el cumplimiento de sus derechos y obligaciones, en el Ecuador un gran porcentaje de sus ingresos económicos se debe al comercio, por lo tanto no solo es necesario que se formulen leyes en protección de los derechos de los consumidores, sino también, que estas sean de conocimiento de la población, en el Ecuador la normativa sobre el consumidor es poco difundida, lo cual explica que dentro de las relaciones comerciales los más perjudicados son los consumidores. Salas & Kuri. (2015)

La conciencia y el conocimiento que requiere el mercado sobre los derechos del consumidor, no únicamente debe ser por parte de los consumidores para ejecutarlos y ponerlos en práctica, sino

también, los productores y proveedores de bienes y servicios que en el ámbito de sus funciones, deben cooperar para crear una cultura de consumo que permita relaciones comerciales más justas y equitativas, frente a esto el estado a más de la obligación de crear un ordenamiento jurídico dirigido al consumidor, debe garantizar los medios a través de los cuales el pueblo se encuentre al tanto de los derechos y acciones de las que dispone, si la población no conoce sus propios derechos como consumidores, mucho menos puede estar al tanto de las obligaciones que tiene la empresa frente al consumidor.

#### **2.6.4. La nueva Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.**

El 11 de abril del 2019, con un total de 106 votos, en el pleno de la Asamblea Nacional, se acogieron las mociones propuestas por el asambleísta Héctor Yépez, al proyecto de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, el asambleísta manifestó tras la aprobación que es un momento histórico para los derechos humanos en el Ecuador, ya que la nueva ley contiene menos tramites, respetando así, la autonomía y estándares internacionales, el objetivo de la ley es potenciar el trabajo de la Defensoría del Pueblo en la garantía y protección de los derechos humanos.

La Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo<sup>11</sup>, fue aprobada por unanimidad en la asamblea luego de que se resolvieron las objeciones parciales del Presidente de la República, la ley entra en vigencia el seis de mayo del 2019 al ser publicada en el Registro Oficial, es claro que la nueva ley

---

<sup>11</sup> Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Quito, Registro Oficial No. 481, 6-mayo-2019.

busca incluir los principios de Paris, que son recomendaciones definidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas para la constitución y funcionamiento de las INDH, por su parte la Corte Constitucional en su dictamen No 002-19-DOP-CC9 enfatiza que las recomendaciones deben ser respetadas por el estado ecuatoriano y deben ser incluidas en virtud de del principio de libertad de configuración legislativa.

Está claro que el objetivo de la presente ley, es que la Defensoría del Pueblo sea reconocida como autoridad pública con la finalidad de cumplir con su rol de institución Nacional de Derechos Humanos, con entera autonomía para potenciar el ejercicio y vigencia de los DDHH en el Ecuador.

La nueva Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, reduce varios trámites que contenía la anterior ley, entre ellos el artículo cuarenta y cinco del trámite sumario de consumidores, la nueva ley vigente en su disposición derogatoria tercera, deja sin efecto los artículos 82, 83 y 84 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, los mismos que se encontraban destinados a regir el procedimiento administrativo ante el defensor del pueblo, sin embargo, la ley en su disposición reformativa primera, reforma el artículo 81 de la Ley de Defensa del Consumidor y manifiesta lo siguiente:

**Artículo 81.- Facultad de la Defensoría del Pueblo.-** Es facultad de la Defensoría del Pueblo, conocer y pronunciarse motivadamente sobre los reclamos y las quejas, que presente cualquier consumidor, nacional o extranjero, que resida o esté de paso en el país y que considere que ha sido directa o indirectamente afectado por la violación o inobservancia de los derechos fundamentales del consumidor, establecidos en la Constitución Política de la República, los tratados o convenios internacionales de los cuales forme parte nuestro país, la presente ley, así como las demás leyes conexas.

En el procedimiento señalado en el inciso anterior, la Defensoría del Pueblo podrá promover la utilización de mecanismos alternativos para la solución de conflictos, como la mediación, siempre que dicho conflicto no se refiera a una infracción penal.

Dichos procedimientos deberán observar el principio de celeridad.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, el consumidor podrá acudir, en cualquier tiempo, a la instancia judicial o administrativa que corresponda.

#### **2.6.5. La solidaridad y el derecho de repetición.**

La solidaridad se encuentra establecida en el artículo 28 de la Ley Orgánica de Defensa del consumidor, en donde se establece que son solidariamente responsables por indemnizaciones civiles ocasionados por daños o vicios de bienes o servicios prestados, los productores, fabricantes, distribuidores que hayan puesto su marca en la cosa o servicio, la responsabilidad es solidaria, esto sin perjuicio de las acciones de repetición que existan por devolución de valores pagados, la acción únicamente puede iniciarse por el vendedor final.

La ley también establece el derecho de repetición del Estado, y manifiesta que en los casos en los que el Estado Ecuatoriano sea condenado al pago de sumas de dinero por violación de derechos establecidos en la ley por parte de funcionarios públicos, el Estado tiene el derecho de repetir lo pagado en contra del funcionario.

### **2.6.6. Prescripción de acciones.**

El plazo para la prescripción de las acciones que concede la ley a consumidores y usuarios por el cometimiento de infracciones a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, según el artículo 31, es de 12 meses, contados a partir de la fecha en que se recibió el bien o se ha terminado de prestar el servicio, sin embargo, existe una excepción a este plazo es cuando se ha otorgado como garantía un plazo mayor, en ese caso hay que atenerse al tiempo establecido en la garantía.

## **CAPITULO III**

### **LA CONTRATACIÓN MERCANTIL EN MASA Y SU PROBLEMÁTICA**

#### **3.1. Aparición de la contratación mercantil en masa.**

En la actualidad, el ser humano se encuentra atravesando un profundo cambio, que constituye un reto a lo que se tenía como ya establecido, la metodología, las formas de pensar y hacer las cosas, ya no se adecúan a las necesidades actuales, las cuales nos llevan a una constante creatividad en el ámbito contractual, para enfrentar a las condiciones cada vez más dinámicas y exigentes del mercado, la actividad del hombre se traduce en estándares y en fenómenos estadísticos, trabajamos, vivimos y compramos en masa. (Farina 2005)

Alfredo Bullard G en su obra, Contratación en masa manifiesta:

*“El diseño liberal del contrato, en el que constituye una clara perspectiva voluntarista del Derecho Privado, aparece como sugestivo. Un concepto que permite unir el egoísmo (sinónimo de eficiencia y racionalismo jurídico) con la libertad individual parecería merecer todo tipo de elogios”* (Bullard, 1989, pag. 48)

El citado autor se refiere al diseño liberal del contrato, el cual es producto de la ideología liberal que imperaba entre finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, en donde destacan 3 ideas fundamentales: la autonomía de la voluntad, la igualdad entre las partes y la obligatoriedad del acuerdo, este diseño entró en crisis con el desarrollo económico y tecnológico del presente siglo.

El autor Alfredo Bullard explica que el diseño de contrato liberal al cual aludimos, fue diseñado para responder a un liberalismo meramente artesanal que se vivía en la época, si bien es cierto, la producción de bienes era uniforme, el legislador jamás llegó a imaginar cuáles serían los efectos y las necesidades producto del capitalismo, el ritmo acelerado que caracteriza el tráfico mercantil, conlleva a que los costos externos producto de la negociación, impliquen una disminución en los beneficios y en la eficiencia de los resultados esperados del mercado.

En este mundo moderno, el tráfico Mercantil y contractual, evidencia que la contratación llevada a cabo con ausencia de un acuerdo de voluntades negociado ha cobrado protagonismo, en la actualidad en los contratos de seguros, de apertura de crédito, de transporte, de tarjeta de crédito, entre otros, la facultad de discutir y negociar el contenido de un contrato o algunas de sus cláusulas se reservan exclusivamente para una de las partes dentro de la contratación.

Las modalidades de la contratación en masa han generado distintas tendencias negociales, como el denominado formulario, que son contratos con cláusulas predispuestas, redactadas por una de

las partes. Varios autores coinciden en que se trata de una alteración de la teoría clásica del contrato, mas no se podría decir que la misma ha desaparecido o se ha extinguido.

Partiendo de un criterio de organización de empresa, con el objetivo de obtener celeridad y seguridad en las negociaciones, conduce a las empresas a establecer contratos denominados tipo, impresos o previamente redactados, los cuales son impuestos a los clientes, lo que trae como consecuencia que la autonomía de la voluntad se encuentre disminuida, en donde el cliente puede adherirse o aceptar lo previamente establecido en el contrato, sin la posibilidad de discutir ninguna de las cláusulas impuestas.

En la contratación Mercantil en masa no existe el presupuesto de igualdad entre las partes, la cual se desprende del Código Civil, debido a que claramente aquí, existe una condición de disparidad entre las partes dada la jerarquía que tiene una de ellas.

En el mundo moderno, en la mayoría de las relaciones comerciales a gran escala se ha sustituido el contrato que se basaba en un acuerdo común de voluntades, por aquel redactado en serie o en masa, si bien es cierto que el estado a través de las normas de protección al consumidor establece ciertos lineamientos que deben cumplir, esto no garantiza que los empresarios no utilicen el contenido de los contratos en su beneficio, si bien para el perfeccionamiento de un contrato tipo es necesario la existencia de un acto de adhesión, en esta clase de contratos hablamos de un consentimiento en su mínima expresión.

De lo manifestado, se desprende que el comercio actual, se traduce en contratos celebrados en masa, a los mismos que resulta difícil identificarlos dentro de la estructura de los contratos que prevé el Código Civil, normativa que resulta aplicable también a los contratos Mercantiles, la

mencionada estructura resulta útil cuando nos referimos a relaciones jurídicas en las cuales el regateo y la discusión de cláusulas es posible, en donde ambas partes de forma libre y voluntaria acuerdan el contenido de las obligaciones, y no únicamente dependa de la voluntad de una de ellas.

Consecuentemente el derecho comercial se reduce a la contratación en masa sobre la base de contratos de adhesión, cláusulas predispuestas, y condiciones generales de contratación establecidas por la parte dominante de la relación, Raúl Aníbal Etcheverry manifiesta: *“El contrato en masa se ha convertido en una operación repetida, impuesta por la realidad al empresario y por el empresario al consumidor. Este tiene opción de tomarlo o dejarlo, pero en ocasiones debe aceptarlo, con lo cual se lesiona también su libertad interna”* (Etcheverry, 2005). Es decir con normalidad el negocio se consolida con la firma en un documento formulario, o mediante el uso de aparatos electrónicos que subministran de forma automática bienes o servicios, todo este conjunto de características propias del actual contrato mercantil celebrado en masa lo caracteriza y diferencia del clásico concepto de contrato.

En la actualidad, tomando en cuenta que el contrato Mercantil surge de usos y costumbres Mercantiles, es necesario tener una visión más amplia del concepto, en donde el contrato de adhesión constituye la regla en el derecho comercial.

Todos estos cambios mediáticos, establecen a los operadores de justicia, la obligación de buscar las soluciones adecuadas que garanticen justicia y seguridad jurídica dentro del derecho comercial.

La principal razón por la cual en el mundo moderno se celebran contratos de forma acelerada no es la demanda de bienes o servicios, la razón recae en la producción empresarial, es decir, un conjunto de habilidades comerciales que incluye las más variadas técnicas publicitarias y de

productos innovadores, mediante las cuales se induce al consumidor a verse en la necesidad de adquirir los productos ofertados.

### **3.2. Diversas formas de contratación Mercantil en masa.**

El dinamismo imperante en el mercado, al cual hemos hecho alusión, requiere que las técnicas contractuales resulten ágiles, uniformes y que brinden seguridad en la actividad económica, estos requisitos han logrado una nueva caracterización del contrato, el cual cada vez se mira más alejado de la clásica estructura del contrato civil negociado, en general los contratos en masa se caracterizan por la jerarquía de la que goza el empresario, frente al consumidor y por otra parte a los lineamientos que establecen las distintas legislaciones para con los empresarios en busca de equiparar las relaciones comerciales, los contratos llevados a cabo entre empresario y consumidores en muy pocas ocasiones permiten modificaciones a las bases ya fijadas por el primero, las cuales responden a políticas de expansión comercial y financiera dentro del mercado. (Etcheverry, 2005)

En este punto haremos referencia a varios de los contratos, los cuales se encuentran establecidos en la doctrina y en la actualidad han tomado importancia en virtud de su utilidad, por lo tanto, es mediante estos contratos que las operaciones en masa se materializan, esto no quiere decir que las distintas formas de contratación en masa constituyen modalidades especiales de contratos, sino que son producto de la libertad de la que gozan las personas para contratar según sus necesidades.

### 3.2.1. Contrato Estándar o Tipo.

El contrato estándar es aquel en el cual, el empresario realiza un esquema contractual uniforme para todas las negociaciones que tengan por fin colocar bienes o servicios en el mercado, su contenido principalmente responde a las cláusulas predispuestas, su nombre responde al hecho de que el empresario es quien establece las cláusulas de forma anticipada.

El autor Raúl Aníbal Etcheberry, manifiesta: *“Los contratos tipo o formularios, tienden a uniformar el negocio, a posibilitar su repetición ilimitada, a permitir que la serie de contratos prevista pueda realizarse ágilmente, sin pérdida de tiempo”* (Etcheberry, 2005, pag. 174)

La denominación contrato tipo o formulario, en realidad no responde a contratos autónomos, sino, más bien se refieren a varios contratos típicos como por ejemplo el de compraventa o el de transporte.

En algunos casos el empresario puede recurrir a contratos formulario, los cuales son contratos previamente impresos, en los que el contenido de las obligaciones ya se encuentra establecido y únicamente se encuentran espacios en blanco para identificar a las partes que se obligan, o también puede ser que se recurra a contratos de cláusulas predispuestas por voluntad del empresario, las cuales toman el papel de condiciones generales de contratación y se vuelven inmodificables

En general, el contrato denominado estándar se manifiesta o materializa a través de cláusulas predispuestas, condiciones generales de contratación o contratos formulario.

### **3.2.2. Contrato de Cláusulas Predispuestas.**

Los contratos celebrados en masa, se caracterizan principalmente por contener cláusulas predispuestas, ya que es la forma más sencilla de dotar de uniformidad a la generalidad de los contratos que se ofrecen al público, estas pueden encontrarse ya sea en el documento principal del contrato, en anexos, en remisiones del contrato, en carteleras o en general cualquier anuncio en donde se ofertan bienes o servicios, el requisito es que las mismas deben ser de conocimiento de los destinatarios, se caracterizan por su elaboración que es obra del empresario quien fija de forma unilateral el contenido del contrato, eliminando la posibilidad de negociación de la otra parte, ya que si la elaboración resulta de la obra de ambas partes estaríamos frente a la elaboración del contrato clásico mas no de esta modalidad de contratación en masa.

El autor Juan M Farina en su obra Contratos comerciales Modernos (2005), menciona características que estos contratos deben cumplir, manifiesta que las cláusulas son resultado del poder que tiene el predisponente frente al adquirente o consumidor de bienes y servicios.

Las cláusulas predispuestas se caracterizan:

Por su generalidad, la misma que podría traducirse en inderogabilidad, pero al tratarse de derecho privado, lo que prima es la autonomía de la voluntad, por lo tanto es posible la modificación de cláusulas aunque esto constituya simplemente una excepción.

Las Cláusulas predispuestas se caracterizan también por manifestar las condiciones generales de contratación de las operaciones mercantiles.

Por la necesidad de su conocimiento, las cláusulas generalmente son formuladas por escrito, ya sea en el texto del contrato o en remisiones, pero para su plena eficacia debe ser conocida por los destinatarios.

Cuando las cláusulas se encuentren en el texto del contrato, el predisponente queda exento de probar el conocimiento de la otra parte contratante, pero cuando las cláusulas se encuentren en anexos o remisiones que no estén a disposición de la contraparte, esta podrá alegar desconocimiento, y consecuentemente no se entenderán vinculantes.

### **3.2.3. Condiciones Generales de Contratación.**

A las Condiciones Generales de Contratación se las considera como uno de los puntos más relevantes de la contratación Mercantil, las condiciones generales resultan primordiales para el desarrollo de la contratación mercantil, ya que por motivos de celeridad y seguridad jurídica, implica establecer por parte del empresario un esquema contractual previamente definido, el cual tiene por objeto su repetición de manera uniforme para la elaboración de contratos iguales.

Según Carlos Cárdenas Quiroz: *“Las cláusulas generales de contratación, son disposiciones predispuestas, generales y abstractas que integran la oferta de una serie indefinida de contratos individuales y que adquirirán fuerza vinculante solo una vez celebrados los correspondientes contratos”* (Quiroz, 2000)

Juan M Farina (2005), manifiesta que las condiciones generales de contratación son muy propias de este siglo, en donde la producción artesanal, destinada a la necesidad individual de los consumidores es ya del siglo pasado, y resulta obsoleta frente a la magnitud con la que se llevan a cabo las relaciones comerciales.

Santos Briz al respecto manifiesta:

*“Una Corriente doctrinal en forma demasiado absoluta opina que las condiciones generales de contratación son una prueba de la decadencia del derecho Civil, en lugar de la voluntad individual, interviene la voluntad colectiva de la gran empresa, a la que ha de inclinarse el particular, dejando sin sentido los principios de libertad contractual y libertad de competencia, básicas en la economía liberal”* (Briz, 1963)

Generalmente cada una de las empresas impone sus propias condiciones generales, pero puede darse el caso de que varias empresas utilicen las mismas condiciones generales para sus futuras relaciones contractuales.

Las condiciones generales se caracterizan por su generalidad, ya que no se predisponen para un determinado contratante, sino, para la generalidad de contratos que se puedan llegar a celebrar en el futuro sobre bienes o servicios, las condiciones generales tienen por objeto simplificar los esfuerzos de las empresas y el tráfico mercantil, por ejemplo, se impone el mismo plazo de entrega, las condiciones de pago y en general las cláusulas que establezcan las obligaciones.

Resulta difícil establecer una diferencia de lo que debemos entender por cláusulas predisuestas y condiciones generales de contratación, generalmente las condiciones generales se manifiestan a través de cláusulas predisuestas impuestas por parte del empresario, sin embargo, el autor Farina manifiesta que las cláusulas predisuestas siempre son un acto de voluntad del empresario,

mientras que las condiciones generales pueden también ser establecidas por autoridades administrativas, aun sin que exista la voluntad del empresario, consiguientemente las condiciones generales de contratación son más amplias que las cláusulas predispuestas. Farina (2005)

Está claro que las condiciones generales no son contratos, sino son textos que contienen preceptos de índole general, los mismos que se aplican a distintas situaciones y no únicamente a contratos, las condiciones generales constituyen normas generales, pero no derecho objetivo.

El autor Raúl Aníbal Etcheverry en su obra *Obligaciones y Contratos comerciales* (2005), explica las ventajas y desventajas del uso de las condiciones generales de contratación, manifiesta que resultan beneficiosas por determinar específicamente las prestaciones que deben cumplir las partes, determinación exacta de derechos y obligaciones, eliminación de etapas contractuales, uniformidad del contenido del contrato, al contrario, resulta inconveniente, por ser redactado unilateralmente, facilitando la posibilidad de establecer puntos oscuros o ambiguos en perjuicio del consumidor que deriven en abusos y fraudes, por otra parte facilita acuerdos monopólicos entre empresas.

En conclusión, podemos manifestar que el uso de las condiciones generales de contratación es positivo, ya que es una forma de contratación adoptada por los países desarrollados en vista de las facilidades que presenta, sin embargo, es necesaria la adopción de una legislación específica que la regule.

No hay que confundir a las condiciones generales de contratación, con las condiciones particulares o específicas de contratación, si bien ya las primeras fueron abordadas, debemos manifestar que las condiciones particulares son aquellas que nos permiten individualizar un

contrato en conformidad con la finalidad de las partes, la identidad, el objeto, duración y en general el contenido del contrato.

#### **3.2.4. Contrato de Adhesión.**

Recordando la concepción clásica del contrato, podemos manifestar que es aquel en el cual, el consentimiento se consolidaba con el acuerdo de voluntades de dos o más personas sobre un mismo objeto, luego de haber discutido el contenido del contrato, en la actualidad, al enfrentarnos a una sociedad industrializada en donde se consolida la producción masiva, el consentimiento se asimila a la aprobación de las partes a las condiciones del negocio, al ser las condiciones establecidas por parte del predisponente, la otra se limita a aceptarlas sin oportunidad de discutir las o modificarlas, en este tipo de contratos el consentimiento se manifiesta por la adhesión de una parte al contrato ofertado de manera uniforme a la generalidad de los consumidores.

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

La Ley Orgánica de defensa del consumidor ecuatoriana define al contrato de adhesión como: *“Contrato de adhesión, es aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el*

*proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido”.* (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, art. 2)

De lo descrito se desprende que una de las partes, por lo general el empresario establece un contenido prefijado para todos los contratos en el ejercicio de su actividad empresarial Mercantil, en donde la celebración no va precedida de ninguna negociación entre las partes, consecuentemente el consumidor o destinatario de bienes o servicios ofertados tiene dos opciones que son: la primera aceptar las condiciones establecidas, o abstenerse de adquirir lo ofertado, desde luego las necesidades de los consumidores de adquirir bienes o servicios necesarios, en algunos casos, obliga a los consumidores a entablar la relación contractual, este conjunto de necesidades que se producen en los consumidores llevan a los empresarios o proveedores a colocarse en una posición de supremacía con respecto a los destinatarios finales de bienes o servicios, motivo por el cual se destruye el equilibrio entre los contratantes, frente a esta situación el acto de adhesión a la oferta, se torna como similar a lo que conocemos como autonomía de la voluntad.

En la actualidad, la necesidad de los consumidores de adquirir los servicios ofertados en el mercado, es el principal motivo para que estos se adhieran a las condiciones que establecen las empresas, que en muchos casos establecen condiciones que no se miran del todo favorables para sus intereses, pero la necesidad de adquirir los productos ofertadas, se impone frente al hecho de negociar bajo condiciones previamente establecidas, a manera de ejemplo tenemos los contratos de suministro que satisfacen las más importantes necesidades básicas como el agua o la luz eléctrica, en donde los consumidores por obvios motivos de supervivencia, se ven en la obligación de contratar asumiendo las condiciones impuestas por la empresa aunque no se esté de acuerdo con ellas, con el paso del tiempo, la influencia del mercado, las estrategias publicitarias que emanan de los proveedores, producen en los consumidores cada vez necesidades más sofisticadas

que se adaptan y se miran como básicas, en donde el Estado debe jugar un papel primordial para intentar equipar las relaciones contractuales.

Podemos hablar de un símil entre lo que debemos entender por contrato de adhesión y condiciones generales de contratación, la presencia de estas últimas, implica que nos encontremos frente a un contrato de adhesión ya que este se celebra bajo condiciones previamente redactadas por el predisponente y es a estas condiciones a las que se adhiere la otra parte al momento de contratar.

Las condiciones generales se caracterizan como bien lo explicamos antes, por ser uniformes para un número indefinido de futuros contratantes y de ser abstractas ya que no se refieren a uno o más sujetos individuales, sino, a la generalidad de consumidores de los cuales se espera adquieran bienes y servicios en forma masiva, por lo tanto, los clientes deben someterse a las cláusulas predispuestas que contienen las condiciones generales de contratación de una empresa, lo cual implica celebrar un contrato de adhesión.

El autor Farina en su obra *Contratos Comerciales Modernos*, explica un criterio restringido de los contratos de adhesión, y manifiesta que un sector de la doctrina concuerda que para ser denominados contratos de adhesión en estricto sentido, es necesario que el predisponente goce de un monopolio o un oligopolio, lo cual en realidad privaría al consumidor de su derecho a elegir libremente, de acuerdo a este criterio, si el consumidor tiene la opción de recurrir a otros comercios en donde se oferten bienes o servicios de similares características, nos encontraríamos frente a un contrato de cláusulas predispuestas, mas no, ante un contrato de adhesión en estricto sentido, el citado autor Farina, no concuerda con el criterio descrito, debido a que; el hecho de que el consumidor tenga la posibilidad de contratar con otra marca, no deja de encontrarse obligado a

someterse a las condiciones generales que establecen los contratos de las empresas proveedoras de bienes o servicios, en donde no existe posibilidad alguna de discutirlos o modificarlos, a este último criterio es al que me adhiero ya que encontrarse frente a un contrato de adhesión no significa no tener otras opciones de proveedores, sino, más bien se refiere a la imposibilidad de negociar, las cláusulas previamente impuestas, en donde las opciones se traducen en aceptar o rechazar lo establecido.

### **Problemas que presenta la celebración de contratos de adhesión:**

Según el autor Farina (2005), la celebración de contratos de adhesión genera dos problemas:

En primer lugar el problema se traduce en determinar hasta qué punto es cierto que quien establece la relación contractual con la empresa, tiene conocimiento de la totalidad de las condiciones establecidas en el contrato y por lo tanto una manifestación verdadera de consentimiento del contenido del contrato, esto debido a que en la mayoría de los casos los consumidores se limitan a firmar el contrato sin haber leído la totalidad de las cláusulas incluidas en el o en sus anexos, de lo cual podría derivarse una posible vulneración de derechos.

El segundo problema que plantea es resolver cuales son los medios jurídico idóneos para equiparar y evitar posibles abusos que pueden dar lugar a una desigual posición entre partes y evitar la posibilidad que sea la empresa quien dicte la ley del contrato.

En los contratos de adhesión tanto como en las demás modalidades de contratación mercantil en masa, son evidentes los peligros a los que eventualmente se pueden enfrentar los consumidores

de bienes o servicios, es por esto que el Estado debe cumplir con su misión de equiparar las relaciones contractuales a través de distintos medios como por ejemplo la vía jurisprudencial, aplicación de principios generales del derecho, prohibición de aquellas cláusulas consideradas exorbitantes, la revisión y autorización de las condiciones generales o el contenido del contrato a fin de evitar posibles vulneraciones a los derechos de los consumidores.

### **3.3. Desarrollo de las cláusulas abusivas**

A las cláusulas abusivas, se las conoce también como: vejatoria, leonina, gravosa u onerosa, son aquellas estipulaciones que, por no ser negociadas individualmente, ni en concordancia con los principios de la buena fe, causen perjuicio a los consumidores o usuarios, provocando un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes de la cual deriva el contrato.

De las modalidades de contratación Mercantil en masa, encontramos que la dinámica actual en la que se desenvuelve el mercado, los consumidores de bienes y servicios adquieren lo ofertado por el empresario, y a su vez se someten a las condiciones de contratación que se imponen mediante cláusulas predispuestas, que generalmente la empresa aprovechando su posición dominante, emplea cláusulas abusivas, que son perjudiciales para los derechos de los consumidores, desde este punto de vista, por motivos de salvaguardar la buena fe y la seguridad jurídica de la contratación, la libertad de estructurar el contenido del contrato no es ilimitada y la validez de las condiciones generales y sus cláusulas predispuestas, dependerá, a más de verificar el apego a la buena fe y las buenas costumbres, que estas no sean vulneratorias de normas dispositivas. (Farina 2005)

Rubén S Stiglitz al respecto, manifiesta:

*“El poder de negociación generador del abuso, no resulta atributo exclusivo ni excluyente de la contratación predispuesta... sino que esta principalmente referido a la prevalencia técnica e informativa del personal y al conocimiento que el dispone sobre el alcance, en ocasiones enigmático, del contenido del contrato propuesto, que en la mayoría de casos es predispuesto al consumidor. (S Stiglitz, 1997, pag. 887)*

Por su parte, la doctrina se encuentra dividida, por lo mismo las distintas legislaciones no adoptan criterios uniformes, al respecto:

*“Una parte de la doctrina piensa que la protección no aplica solo a los contratos de adhesión sino también a los contratos que se negocian libremente entre las partes. Al contrario, en Derecho Alemán y en Quebec, la protección es otorgada solo cuando es un contrato de adhesión”.* (Lorroumet, 1998, pag. 174)

Por lo tanto, podemos manifestar que las cláusulas abusivas no son únicamente de los contratos redactados con cláusulas predispuestas, sino también, podemos encontrarlas en los contratos libremente negociados, en los cuales no existen condiciones generales.

Se ha manifestado que las cláusulas abusivas pueden encontrarse presentes tanto en contratos predispuestos, como en los libremente negociados, pero los contratos de adhesión por sus características de no negociabilidad, se miran como el escenario idóneo para su utilización.

Por lo tanto, el objetivo de incluir cláusulas abusivas en el contrato de adhesión, es consolidar la posición del predisponente sobre la del consumidor, logrando de este modo consolidar un desequilibrio entre las partes.

### **3.3.1. Concepto de Cláusulas Abusivas.**

Rubén S Stiglitz en su obra Derechos y defensa del consumidor, define lo que se debe entender por cláusulas abusivas:

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

Por su parte, Juan M Farina en su obra Contratos Comerciales Modernos al respecto manifiesta:

*“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 pueden corresponder, en tanto que las penalidades para el cliente son impuestas con criterio riguroso y desproporcionado a sus derechos”.* (Farina J. , 2005, pag. 192)

### **3.3.2. Características de las Cláusulas Abusivas.**

Si bien resulta difícil dar una definición de lo que debemos entender por cláusulas abusivas, igual dificultad presenta encontrar sus características, debido a que las cláusulas abusivas pueden aparecer en diversas circunstancias.

Entre las características encontramos:

**a) La ausencia de negociación individual:** Lo cual resulta muy propio de los contratos de adhesión, la empresa aprovechándose de su situación de superioridad establece cláusulas en beneficio propio.

**b) La ausencia del consumidor en la redacción de las cláusulas:** La característica principal de los contratos de adhesión es que se redactan previamente y se ofertan a la generalidad de los consumidores, por lo tanto, estos no tienen posibilidad de negociar el contenido del contrato.

**c) Que no cumpla con las exigencias de la buena fe:** La buena fe implica que no exista temeridad, intención de perjudicar o engañar, las partes deben actuar de buena fe en todas las etapas del contrato.

**d) Perjuicio al Consumidor:** Como resultado del desequilibrio de los derechos y obligaciones en las negociaciones, el consumidor se encuentra en una situación de vulnerabilidad frente a la empresa. (Palenque Dencker, 2000)

En la práctica existen múltiples cláusulas abusivas impuestas por los proveedores de bienes y servicios, dependiendo de la normativa de los países pueden ser declaradas nulas ya sea por vía judicial o administrativa, nuestra legislación regula las cláusulas abusivas a través de la Ley Orgánica de defensa del Consumidor, en donde establece que las cláusulas denominadas prohibidas, son aquellas que no se pueden incluir por mandato legal en el texto de los contratos de

adhesión, el código establece que son nulas de pleno derecho y no producen ningún efecto, las siguientes:

1. Eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados
2. Impliquen renuncia a los derechos que esta ley reconoce a los consumidores o de alguna manera limiten su ejercicio;
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
4. Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento;
5. Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato;
6. Autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, excepto cuando tal resolución o modificación esté condicionada al incumplimiento imputable al consumidor;
7. Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o utilizados antes de que se suscriba el contrato, o sean ilegibles;
8. Impliquen renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en esta Ley.
9. Cualesquiera otras cláusula o estipulación que cause indefensión al consumidor o sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres.

Esto se encuentra establecido en el artículo 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

El Código Civil corrobora lo anteriormente descrito y en su artículo 1698 establece:

*“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración de la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas”* (Codigo Civil, 2016, art. 1698)

De lo expuesta, se desprende que en los casos en los que en calidad de consumidores, nos encontremos frente a cláusulas abusivas impuestas por proveedores de bienes y servicios, el derecho positivo a través de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, establece los procedimientos idóneos para recurrir a la autoridad competente que declare nulas las estipulaciones, por resultar vulneratorias de derechos.

### **3.4. La problemática en las formas de contratación actual.**

En este punto, analizaremos los problemas de mayor relevancia que se suscitan dentro de la contratación mercantil en masa, específicamente los contratos no negociados, frente a los preceptos del Código Civil referentes a la autonomía de la voluntad.

#### **3.4.1. El consentimiento en el contrato comercial.**

El consentimiento, como bien lo indicamos al inicio del presente trabajo, constituye la piedra angular del contrato, el consentimiento nace en el interior de las personas, pero esto no es suficiente, debido a que para que surta efectos jurídicos es necesaria la manifestación.

En las relaciones contractuales es necesario la manifestación de la voluntad de ambas partes para que la relación produzca efectos jurídicos, independientemente de la forma en la que se lleve a cabo el contrato, debe existir, por una parte, la oferta y por la otra la aceptación de los bienes o servicios ofertados.

Raúl Aníbal Etcheverry manifiesta: *“En todo contrato existe el consentimiento, aun en los reales; también lo hay en los contratos de adhesión, en los predispuestos y en los concluidos empleando condiciones generales de contratación y hasta en el auto contrato”* (Etcheverry, 2005, pag. 209)

El consentimiento puede manifestarse de forma inmediata o manifestarse en un momento posterior luego de enfrentar un proceso de negociación que en la mayoría de ocasiones puede ser largo, pero sin lugar a duda ese concurso de voluntades que establece el Derecho Civil, debe perfeccionarse incluso en los contratos de adhesión, aunque el consentimiento en estos contratos sea diferente, el consentimiento en todos los casos debe ser claro y en caso de duda hay que probarlo.

El consentimiento en los contratos en los que está presente la negociación resulta de diversas tratativas que logran acordar intereses opuestos de las partes, lo contrario ocurre en los contratos no negociados, debido a que el acuerdo únicamente resulta aparente, principalmente cuando hablamos de contratos de adhesión, en los cuales, el consumidor pese a no estar de acuerdo con

las condiciones generales establecidas, no tiene otra opción que aceptar el contenido para satisfacer las necesidades que lo llevaron a contratar.

La actividad Mercantil se traduce en el consumo masivo, lo cual, al ser trasladado al mundo jurídico, al enfrentarnos a estructuras rígidas e inmodificables que establecen los contratos de adhesión, le quitan significado al común acuerdo de las partes en el Derecho Civil.

Por lo tanto, cuando nos referimos a contratos de adhesión, no podemos referirnos a un consentimiento en estricto sentido, en los términos que exige el principio de la autonomía de la voluntad, que se desprende de la libertad de contratar como ocurre en la generalidad de los contratos regidos por el derecho civil, por el contrario, en este caso si bien existe consentimiento, pero superfluo, un consentimiento en su mínima expresión, en donde el acto de mera adhesión a las condiciones de la oferta se toma como sinónimo de autonomía de la voluntad. (Farina. 2005)

Claro está que para equiparar la situación de disparidad descrita, producto de la contratación masiva, las distintas legislaciones incorporan la normativa pertinente para evitar abusos por parte de la empresa, por ejemplo los parámetros y lineamientos que establece la normativa de protección del consumidor que deben seguir los proveedores a la hora de redactar contratos de adhesión.

### **3.5. Análisis de casos prácticos.**

#### **3.5.1. Caso resuelto en sede Administrativa.**

1. Primer caso: Luis Rodríguez Marín contra telefónica claro, tramite No: 0888-2017.

El siguiente caso, se suscitó en la ciudad de Cuenca, el accionante acudió a la Defensoría del Pueblo, en donde a través del formulario de petición que establece la Defensoría del Pueblo para la generalidad de los casos, manifiesta lo siguiente:

Antecedentes del caso:

Como antecedente debemos manifestar que existió un contrato de adhesión para prestación de servicios de telefonía móvil, entre un consumidor y la empresa telefónica CLARO. Con fecha 18 de mayo del 2017 el accionante presenta una petición, en la cual manifiesta que en abril del 2017 a eso de las 18h00 le llega un mensaje de texto, en el cual le informaban que se encuentra adeudando una suma de \$680.84 a la empresa de telefonía CLARO, frente a esto, el accionante se acercó a las oficinas de la telefónica en donde le manifestaron que el accionante ha activado el servicio denominado ROAMING en el viaje que realizó a los Estados Unidos, frente a esto el accionante manifiesta no haber contratado el servicio y solicita una copia del contrato suscrito con la empresa, para de esta manera salir de dudas, los funcionarios al contrario de entregar inmediatamente el contenido del contrato, le dieron largas al asunto, por su parte el usuario, muestra su inconformidad con la empresa ya que se le cobran montos no establecidos en el contrato por lo cual se le estaría causando un daño.

Admisibilidad:

La defensoría del pueblo en cuanto a la admisibilidad de la petición manifiesta lo siguiente:

El Art 215 numeral 1 de la Constitución de la República que faculta a la Defensoría del Pueblo para tutelar y proteger los derechos de los habitantes del Ecuador y entre otras atribuciones le da competencia para patrocinar los reclamos por mala calidad o por indebida prestación de servicios públicos o privados.

Los artículos 52, 53 y 54 de la Constitución de la República establecen los derechos que tienen las personas usuarias y consumidoras como el derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y poder elegirlos con libertad, y de obtener información precisa y no engañosa sobre el contenido de los bienes o servicios que se adquieren en el mercado, del mismo modo la ley indica los mecanismos idóneos para la defensa de los consumidores, así como las sanciones por la vulneración de sus derechos.

El artículo 4 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece que son derechos fundamentales del consumidor a más de los establecidos en la Constitución de la República en su numeral 2 establece el derecho a que los proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios de óptima calidad, como resultado de obtener información veraz, adecuada, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofertados en el mercado, así como la totalidad de las características, calidad y condiciones de la contratación.

Por otra parte el artículo 18 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en cuanto a la entrega del bien o prestación de servicios señala que: *“Todo proveedor está en la obligación de entregar o prestar, oportuna y eficientemente el bien o servicio, de conformidad a las condiciones establecidas de mutuo acuerdo con el consumidor. Ninguna variación en cuanto al precio, tarifa, costo de reposición u otras ajenas a lo expresamente acordado entre las partes, será motivo de diferimiento”* (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000)

La Defensoría del Pueblo en base a los artículos 13 y 14 de la Ley Orgánica de la Defensoría del pueblo, así como también la resolución defensorial del 2015, por verificarse violación a los derechos de los consumidores, da inicio al trámite sumario de consumidores, y dispone:

- 1.- Admitir el trámite sumario de consumidores interpuesto por el señor Luis Rodríguez.

2.- Que se notifique, de conformidad con el artículo 25 de la resolución defensorial del 2015 a la empresa claro con el escrito de la petición, y que de contestación en el término de ocho días.

3.- Realizar de acuerdo con el art 25 de la resolución defensorial 058 del año 2015 una audiencia pública entre las partes, la cual se llevaría a cabo el 14 de julio del año 2017, en las oficinas de la Coordinación General Defensorial Zonal 6.

Llegado el día de la audiencia, a través de un acta de comparecencia, se verifica la presencia, del Coordinador Zonal 6, el abogado responsable del presente trámite, al igual que el peticionario y el requerido con sus respectivos abogados.

Dentro de la audiencia el abogado encargado del trámite, concede la palabra a las partes para buscar alternativas y llegar a un acuerdo satisfactorio entre las partes.

#### Acuerdo Mutuo de las Partes:

El abogado de la TELEFONICA CONECEL S.A CLARO, toma la palabra y manifiesta que el cliente al momento presenta dos facturas pendientes de pago una del 24 de abril 2017 por el valor de \$660.84 del cual se ha cancelado \$132.90, quedando un saldo pendiente de \$527.94 y la segunda factura que corresponde al 24 de mayo del 2017 por el valor de 435.98 pendiente de pago, la parte requerida manifiesta que con el objetivo de guardar las relaciones comerciales con el consumidor, se va a otorgar una nota de crédito a favor del requirente por el valor de \$622.43, el cual será ocupado para cancelar los valores pendientes de pago, quedando un saldo de \$58.81, los mismos que podrá retirar en cualquier centro de atención al cliente, sin embargo, la empresa telefónica CONECEL CLARO se compromete a realizar una verificación contable sobre el valor de \$177.34 que se debitó en abril del 2017 de la cuenta del cliente, todo ello conforme a lo expuesto en el artículo 52 de la Constitución, artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor,

lo expuesto es reconocido y aceptado por el peticionario LUIS RODRIGUEZ MARIN, quien se mantendrá como cliente de la operadora y no tendrá nada que reclamar en el futuro a la empresa CONECEL, para dejar constancia las partes firman el acta correspondiente.

### **Comentarios del caso:**

En el caso analizado previamente, nos encontramos ante un contrato de adhesión, los cuales se encuentran abordados por condiciones generales de contratación que se manifiestan a través de cláusulas predisuestas redactadas unilateralmente por la parte dominante de la relación contractual, en este caso, es la empresa, la encargada de redactar los contratos los cuales en lo posterior, únicamente serán firmados por el consumidor y en algunos casos por contener anexos o remisiones que el consumidor no tiene el conocimiento y por lo tanto no podemos hablar de un consentimiento en el estricto sentido de la palabra, puede derivarse en una posible vulneración a los derechos de los consumidores.

La contratación mercantil en masa en la actualidad por la velocidad y el monto de las transacciones, supone omitir procedimientos negociales con el fin de agilizar y dinamizar las transacciones, es por esto que las legislaciones a través de la normativa de protección al consumidor, centra sus esfuerzos para regular la forma en la cual se ofertan bienes y servicios en el mercado y limitar el contenido de los contratos.

En el caso práctico, la vulneración se materializa al momento en que la telefónica activa un servicio denominado ROAMING en el plan de datos del consumidor, el cual se activó cuando el consumidor salió del país, servicio del cual no se tenía conocimiento al no estar incorporado dentro del contrato, por lo tanto, se trata de una práctica arbitraria gravosa frente a los intereses de los

consumidores. Por lo tanto, el actuar de la empresa telefónica, constituye una vulneración a los derechos consagrados en la Constitución de la República, como el derechos a disponer de bienes y servicios de óptima calidad, de obtener información precisa y no engañosa del contenido de los bienes y servicios que se adquieren en el mercado, por otra parte la Ley de Defensa del Consumidor, establece la obligación de los proveedores a prestar oportuna y eficientemente el bien o servicio, de conformidad a las condiciones establecidas previamente de mutuo acuerdo con el consumidor, en el presente caso, la prueba fundamental ha sido el contrato, en el cual se establecen las condiciones del servicio prestado por la telefónica, del mismo modo la sede administrativa que constituye la Defensoría del Pueblo, ha sido el mecanismo capaz y suficiente para solventar la controversia.

### **3.5.2. Caso Resuelto en sede Judicial.**

#### **1. Análisis de caso:**

Tania Lorena Asanza Heredia contra Grupo Hino de Mavesa, proceso No. 01283-2016-03970

#### **Antecedentes del caso:**

Con fecha 29 de septiembre del 2016 la señora Tania Lorena Asanza presenta una petición en la que manifiesta que, a finales del año 2015, ingreso en los talleres HINO DE MAVESA, su vehículo marca peugeot para que revisen el sensor de oxígeno que no funcionaba correctamente y en Mavesa recurrieron a un lavado para solucionarlo.

En junio del 2016 los problemas de sensor persisten, por lo que llevaron nuevamente a Mavesa para que lo revisen, en esta ocasión se recurrió a un cambio de la sonda de oxígeno, por un valor de \$221,34.

Posterior a ello el vehículo seguía presentando problemas en los sensores, por lo cual se realizó cambio de aceite del vehículo con un valor de \$115,3.

El daño continuo, se ingresa nuevamente en los talleres Mavesa, se indica que hay que realizar cambio de la caja de mando con un valor de \$412,01.

EL 6 de septiembre al tratar de utilizar el vehículo se prende un sensor que indicaba baja presión en el aceite del motor y otra que indicaba STOP por lo cual se solicitó a Mavesa un mecánico para la revisión y el traslado a los talleres de Mavesa.

Luego de varios días en el taller le indican al propietario que el aceite del vehículo ha sido alterado por algún aditivo puesto en el motor, el valor a pagar era de \$287,50, de lo cual se contrató otro mecánico de confianza quien manifestó que el daño no se debe a un aditivo sino al no cambio de los aceites del vehículo, los propietarios reciben una llamada de Mavesa pidiendo autorización para reparar el motor del vehículo con los repuestos correspondientes por un valor de \$ 1.929.88.

El peticionario considera que sus derechos como consumidor han sido violados y la información proporcionada por los talleres Mavesa ha sido distorsionada, errónea y falsa, adicionalmente se me ha acusado de poner aditivos en el vehículo lo cual manifiesta que es falso, por lo cual solicita que se pida a los talleres Mavesa que se proceda a reparar el motor del vehículo en su totalidad y que asuma el costo del mismo ya que el daño se ha producido en sus talleres y bajo su responsabilidad.

### **Informe motivado de la Defensoría del Pueblo.**

La Defensoría del Pueblo emite un informe motivado dentro del trámite No. 1589-2016 en donde manifiesta:

Dentro de su análisis la Defensoría cita el artículo 52 de la Constitución de la Republica en donde manifiesta: Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad

y a elegirlos con libertad, así como una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

Por su parte, el artículo 4 numeral 4 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor señala: Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre 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 pudieran prestar.

El artículo 18 sobre la entrega del bien o prestación de servicio prescribe que: Todo proveedor está en la obligación de entregar o prestar, oportuna y eficientemente el bien o servicio, de conformidad a las condiciones establecidas de mutuo acuerdo con el consumidor. Ninguna variación en cuanto al precio, tarifa, costo de reposición u otras ajenas a lo expresamente acordado entre las partes, será motivo de diferimiento.

El artículo 22 en cuanto a la reparación defectuosa manifiesta: Cuando un bien objeto de reparación presente defectos relacionados con el servicio realizado e imputables al prestador del mismo, el consumidor tendrá derecho, dentro de los noventa días contados a partir de la recepción del bien, a que se le repare sin costo adicional o se reponga el bien en un plazo no superior a treinta días, sin perjuicio a la indemnización que corresponda, si se hubiere otorgado garantía por un plazo mayor, se estará a este último.

El artículo 23 respecto al deterioro de bienes señala: Cuando el bien objeto del servicio de acondicionamiento, reparación, limpieza u otro similar sufre menoscabo o deterioro que disminuya su valor o lo tome parcial o totalmente inapropiado para el uso normal al que está destinado, el prestador de servicio deberá restituir el valor del bien, declarado en la nota de ingreso, e indemnizar al consumidor por la pérdida ocasionada.

### **Conclusiones del informe de la Defensoría del Pueblo.**

En el informe, cita el artículo 81 de la LODC que manifiesta que la defensoría está facultada para conocer y pronunciarse sobre reclamos y las quejas que presenten los consumidores, por lo tanto, es competente para emitir el presente informe motivado sobre la queja interpuesta en contra del GRUPO HINO DE MAVESA, el mismo que será apreciado por el juez de acuerdo a su sana crítica, según lo señalado en el segundo inciso del artículo 83.

En el presente caso, la Coordinación General Defensorial 6, una vez analizado el caso considera que presuntamente se están vulnerando los derechos del consumidor a una información clara, veraz, completa y oportuna y a acceder a bienes privados de calidad de conformidad a lo previsto en los artículos 52 y 66 numeral 25 de la Constitución de la República y los artículos 4 numeral 4, 18, 22 y 23 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, de conformidad a los dispuesto en el informe.

El presente informe por disposición del Defensor del Pueblo, se remitió al Juez de la Unidad Judicial Penal.

Con fecha 22 de noviembre del 2016 el juez de la Unidad Judicial Penal del Cantón Cuenca, el Dr. Alauís Franklin Barahona, avoca conocimiento de la causa

#### **Denuncia:**

Comparece la Sra. Tania Lorena Asanza y Mario Arturo Ugalde quienes denuncian al Sr. Klever Macleri Vaca, en su calidad de presidente del Directorio de la compañía Maquinarias y Vehículos S.A. MAVESA por los hechos anteriormente mencionados.

#### **Infracción Denunciada:**

La infracción denunciada es la establecida en el artículo 75 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

#### **Reparación integral:**

En conformidad a lo dispuesto en el artículo 75 de la LODC, la parte accionante solicita además de la indemnización de daños y perjuicios, se proceda a la reparación del vehículo ya que el daño se ocasionó en los talleres y bajo la responsabilidad de MAVESA.

**Prueba:**

Como medios de prueba la parte accionante adjunta:

- Facturas que demuestran los rubros pagados en MAVESA.
- Proformas en donde constan los valores que pretendía cobrar la empresa MAVESA por la reparación del vehículo.
- Que se recepten los testimonios de los señores Pedro Rosalio y Paul Pintado que son mecánicos, quienes darán fe del real estado del vehículo.
- Se solicita la designación de un perito para que determine la causa del daño.

**Alegatos:**

La parte actora manifiesta que tras acudir a los talleres mecánicos HINO DE MAVESA, los mismos manifestaron el problema se debía a problemas en el sensor de oxígeno el cual con un lavado se solucionaría, con fecha junio del 2016 el problema del vehículo persiste y tras los propietarios intentar ocupar el vehículo se enciende el sensor indicando baja presión en el aceite del motor, por lo cual llaman a los talleres de MAVESA para que se realice una visita a domicilio, en donde el técnico del taller indica que se va a llevar el vehículo rodando y que no es necesario contar con una wincha ya que el vehículo no sufre riesgo alguno de sufrir un daño, posterior a ello la accionante recibe un correo electrónico en donde se indica que el vehículo sufre un daño en el motor en razón de la aplicación de un aditivo y que es necesario la reparación del mismo más ciertos repuestos que se requerían para el funcionamiento, de lo manifestado, la parte accionante acude a un mecánico de confianza quien les manifiesta que el daño no se debe a la aplicación de un aditivo sino que el daño se debe a un sobrecalentamiento del motor, el cual se debe a un daño en el sistema de refrigeración y un bajo nivel de aceite, conclusión que comparte el perito designado dentro de esta causa, por lo tanto manifiestan que talleres MAVESA han prestado un servicio defectuoso ya que el vehículo estuvo en los talleres MAVESA en varias ocasiones sin que ellos pudieren encontrar el daño, y que de la imprudencia que cometió el técnico del taller al llevar

el vehículo rodando, se produjo un sobre calentamiento del motor, por lo cual pretenden que se les indemnice, en los términos que indica el artículo 75 de la LODC.

La parte accionada, como defensa manifiesta que la acción ha prescrito y se fundamentan en el artículo 22 de la LODC en donde se establece que por servicios defectuosos el plazo de prescripción es de 90 días, de lo cual la última actuación del taller se la realizo con fecha 6 de septiembre mientras que la denuncia se realiza en diciembre y la citación el 12 de enero.

Por otra, manifiestan que, en todas las ocasiones los propietarios del vehículo firmaron que recibieron satisfactoriamente el vehículo y por lo tanto no deben responder por nada.

### **Resolución Judicial:**

El juzgador, en la resolución manifiesta que la prescripción que alega la parte accionada carece de fundamento debido a que la parte accionada comparece a la Defensoría del Pueblo con fecha 28 de septiembre a presentar su reclamo por lo tanto no se cumplen los 90 días que indica la ley, por otra parte manifiesta que en cuanto al argumento en donde se indica se recibió satisfactoriamente el vehículo carece de valor, ya que la parte accionante no tiene ningún conocimiento sobre la materia y además se trata de un documento formulario impreso realizado por el propio prestador del servicio el cual no significa ninguna ventaja o garantía para el consumidor.

El juzgador, dentro de su análisis judicial cita el artículo 75 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que manifiesta: Servicios defectuosos, cuando los servicios prestados sean manifiestamente defectuosos, ineficaces, causes daño o no se ajusten a lo expresamente acordado, los consumidores tendrán derecho, además de lo correspondiente indemnización por daños y perjuicios, a que le sea restituido el valor cancelado, por lo cual el juzgador admite la denuncia planteada por los denunciantes y declara con lugar la acción, por lo tanto se manda a pagar por concepto de daños y perjuicios la cantidad de \$3.332 correspondiente a la reparación del vehículo, así como a una multa de doscientos dólares.

### **Consideraciones del caso:**

La contratación mercantil, constituye el punto de partida para posibles vulneraciones de derechos, la problemática gira alrededor de la posición vulnerable de los consumidores que no cuentan con la información suficiente ni verdadera de los bienes o servicios que contratan, en el presente caso, los derechos que se han vulnerado, son: brindar información engañosa y veraz acerca de los productos ofertados y la prestación de servicios defectuosos, a más de constituir derechos de los consumidores, constituyen obligaciones para los proveedores, derechos que se encuentran perfectamente descritos y abordados por la legislación vigente imponiendo sanciones a quien cometa las respectivas vulneraciones, en el presente caso, si bien la vulneración de derechos, no se origina de un contrato de adhesión que contiene condiciones generales de contratación previamente establecidas, los derechos de los consumidores pueden ser vulnerados de diversas formas y es así, debido a que en la mayoría de los escenarios el consumidor o usuario constituye la parte más débil de la relación contractual, quien impone las condiciones y mantiene una posición preponderante es la gran empresa, en un mundo globalizado e industrializado la brecha que encontramos entre consumidor y empresa cada vez es más grande.

En el caso analizado la vulneración de derechos la encontramos a partir de los engaños por parte la empresa al consumidor, se manifiesta que el daño en el motor proviene del uso de sustancias que el mismo consumidor utilizó en el vehículo, ocultando de mala fe, que en realidad el daño se produjo por la negligencia y la falta de cuidado de los mismos operadores de la empresa, desviando la responsabilidad hacia el consumidor, en muchos de los casos, por el costo que implica llevar a cabo un proceso judicial, los peritajes, gastos de patrocinio judicial, la falta de pruebas, y el tiempo que toma, son las principales causas para que este tipo de vulneraciones queden en la impunidad, por lo mismo, es necesario que la sociedad conozca la generalidad de los derechos con los que cuentan y a donde puede recurrir para ejercerlos, de esta manera, sentirse protegido frente a la imperante posición de la empresa.

## IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

La adquisición de bienes y servicios ha sido un tema de principal relevancia desde las sociedades primitivas, en la antigüedad los pueblos eran autosuficientes, es decir subsistían en base a lo que producían para su consumo propio, posterior a ello, llegó el trueque como un sistema de intercambio de bienes y servicios requeridos, desde el antiguo Derecho Romano se establecen las bases de la contratación, el acuerdo de voluntades constituía el punto de partida de las relaciones comerciales, claro está que los procedimientos contractuales fueron elaborados para regular las relaciones en el ámbito civil, sin tomar en cuenta que con el pasar de los años la producción tomaría un carácter industrial y los clásicos preceptos contractuales que se encuentran establecidos en la mayoría de Códigos Civiles contemporáneos resultarían obsoletos a las exigencias del tráfico Mercantil.

La legislación civil carece de reglas explícitas que regulen el tráfico en masa de bienes y servicios, en el cual de alguna forma se encuentra presente la gran empresa estableciendo pautas en la generalidad de actividades económicas, como un criterio de organización de empresa, nos ha llevado a la inevitable formación de contratos denominados tipo; las grandes empresas mercantiles las cuales celebran contratos en masa, imponen a sus consumidores contratos previamente establecidos, el Estado a su vez, establece ciertos lineamientos como una forma de proteger a los consumidores, esto trae como consecuencia que lo que conocemos como autonomía de la voluntad se vea restringida, ya no hablamos de una negociación en el completo sentido de la palabra, el cliente acepta o no lo ya establecido, afectando la igualdad de las partes como uno de los presupuestos en la legislación civil, puesto que una de ellas goza de una posición de supremacía con respecto a la otra.

En la actualidad, la contratación mercantil en masa es una forma evolucionada de los contratos mercantiles, tomando en cuenta la magnitud de las relaciones comerciales, resulta imposible la negociación individual de cada uno de los contratos, es por esto que la empresa a través de contratos de adhesión que contienen cláusulas previamente redactadas, se ofertan a la generalidad de consumidores en el mercado, el único requisito para la llevar a cabo la negociación es la aceptación por parte del consumidor de cada una de sus cláusulas y estipulaciones del contrato.

Surge de esta manera la principal preocupación dentro de la contratación mercantil en masa que son los consumidores, considerados la parte débil dentro de la relación jurídica, lo que conocemos como protección al consumidor en la actualidad se traduce en una protección al particular quien adquiere bienes o servicios en el mercado para su uso privado, esto ha generado una corriente a nivel mundial, se la ha llamado derecho del consumidor.

La protección al consumidor ha alcanzado gran importancia en los últimos tiempos, principalmente en el ámbito del derecho mercantil y demás relaciones comerciales que se asocian a la figura del consumidor, desde hace algún tiempo pueden encontrarse distintas normas en la legislación de nuestro país, las cuales pese a no encontrarse integradas en un solo cuerpo normativo, tienen la única finalidad de proteger a los consumidores y lograr equiparar la situación en la que se encuentran frente a la empresa.

A lo largo del presente trabajo se ha intentado desarrollar, la problemática que gira en torno a los derechos de los consumidores, producto de la industrialización, la producción masiva de bienes y servicios; y, a la posible vulneración de derechos a la que se pueden ver expuestos los consumidores de bienes y servicios, del mismo modo, se han abordado los objetivos que forman parte del presente trabajo, lo cuales han sido, desarrollar el contrato mercantil, su particularidades y su concepto clásico, el desarrollo de la normativa vigente para tutelar los derechos de los consumidores, esto es la Constitución de la República y demás leyes que tutelan los derechos de los consumidores, el estudio de casos prácticos, que nos ayuden a entender la problemática en cuanto al consentimiento en los contratos de adhesión y a conocer en la práctica como se tramitan las vulneraciones de derechos a los consumidores, tanto en sede administrativa, como en sede judicial.

A continuación, debemos responder la pregunta de investigación<sup>12</sup>del presente trabajo y manifestar que la normativa vigente prevista para garantizar y tutelar los derechos de los consumidores, la cual cuenta con un fundamento constitucional y legal, resulta suficiente para garantizar y tutelar los derechos de los consumidores al preveer una variedad de supuestos que se derivan de las relaciones comerciales, sin embargo, tomando en cuenta que el mercado evoluciona

---

<sup>12</sup> Pregunta de investigación: ¿La normativa legal vigente garantiza seguridad jurídica a los consumidores en sus relaciones comerciales?

a un ritmo acelerado, la legislación mercantil debe evolucionar y acoplarse para de esta manera garantizar una completa protección de los derechos.

Podemos concluir en este punto, que la vulneración de derechos de los consumidores históricamente, proviene por parte de la empresa, que valiéndose de su posición de supremacía impone sus condiciones a los consumidores, que por necesidad se ven obligados a aceptar los términos de la contratación, sin embargo, podemos manifestar que la responsabilidad también recae sobre los propios consumidores que al contrario de limitarse únicamente a firmar un documento redactado unilateralmente, deben conocer las condiciones básicas bajo las cuales se lleva a cabo la contratación, para de esta manera facilitar la protección y defensa de sus derechos.

En la actualidad la empresa crece a un ritmo acelerado, cada vez los procedimientos de negociación reúnen menos formalidades, por lo tanto, el derecho mercantil y el derecho del consumidor debe adaptarse a las necesidades y los cambios que surgen en el mercado.

Si bien se ha manifestado la suficiencia del ordenamiento jurídico para proteger los derechos de los consumidores, a manera de recomendación, las distintas legislaciones deben mantenerse alerta, de regular la actividad mercantil puesto a que se trata de una rama del Derecho en evolución constante, la empresa en la actualidad alejándose de las negociaciones comerciales individuales, la industrialización y la producción en masa, constituye el punto de partida para que se asuman diversas formas contractuales que se acoplen a las exigencias actuales de la oferta y la demanda dentro del mercado, en donde el Estado debe jugar un rol fundamental a la hora de garantizar seguridad jurídica en los distintos procedimientos de negociación a los que se ven expuestos en el mundo moderno.

Los esfuerzos no únicamente deben concentrarse en la creación del derecho positivo, es necesario que consumidores y usuarios tengan conocimiento de la normativa prevista para la protección de sus derechos, el simple acto de adhesión, conociendo mínimos detalles de la negociación, a la final pueden ser perjudiciales hacia sus intereses.

Por otra parte, en la actualidad, la industrialización ha llevado a que la empresa cada vez tome un rol mucho más importante y protagónico, la mayoría de bienes y servicios se ofertan a gran escala, se dirigen hacia múltiples destinatarios, por lo cual, resultaría de gran importancia dentro de una sociedad, llevar a cabo campañas de socialización de derechos, de esta manera los consumidores

y usuarios podrán manejar de mejor manera las negociaciones, teniendo conocimiento de las garantías con las que cuentan frente a una posible vulneración de derechos, campañas a través de radiodifusoras o cadenas televisivas que acompañen a los distintos anuncios publicitarios de bienes o servicios que se ofertan en el mercado, esto podría contribuir en primer lugar a que el consumidor se encuentre correctamente informado y del mismo modo ayuda a que la empresa tome conciencia de los intereses que existen de por medio y se oferten bienes y servicios de forma más responsable.

Con el objetivo de mejorar la forma de tutelar los derechos de los consumidores, se debe impulsar la función que realiza la Defensoría del Pueblo, la cual tiene la potestad de conocer y de pronunciarse de forma motivada acerca de reclamos y quejas que se presenten por parte de nacionales o extranjeros, facultad que se encuentra reconocida en la Constitución de la Republica, resulta de gran importancia el trabajo realizado por la Defensoría del Pueblo en favor de los intereses del consumidor, ya que en algunas ocasiones, por la cuantía de los procesos, por el costo que implica llevar a cabo un proceso judicial, los consumidores que han sido vulnerados en sus derechos quedan en completa indefensión, lo cual se traduce en impunidad, por lo cual insisto, resulta de vital importancia la promoción y el impulso en el servicio que presta la Defensoría del Pueblo en sede administrativa.

Del mismo modo, resultaría de gran ayuda que los consultorios jurídicos gratuitos, siempre que se cumplan los requisitos socio económicos requeridos, puedan llevar el patrocinio de causas en sede judicial, en los casos en los cuales por las circunstancias económicas de los usuarios no les permita acceder a un abogado privado, todo ellos con el objetivo de garantizar de mejor manera los derechos del consumidor, que si bien cuentan con la legislación suficiente para tutelar sus derechos, es necesario la promoción de los mismos y facilitar la forma de ejercerlos.

## BIBLIOGRAFIA:

Acosta, R. M. (2002). *Teoría general del acto jurídico y obligaciones*. Mexico: Purrua.

Bello, A. (1 de Enero de 1857). Código Civil Chileno.

Briz, S. (1963). *Derecho económico y derecho civil*. Revista de Derecho Privado.

Broseta, Pont, M., & Martínez, Sanz, F. (2019). *Manual de Derecho Mercantil*. tecnos.

Bullard, A. (1989). Contratación en masa.

Cervantes, A. R. (1988). Derecho Mercantil. 40. Mexico: Purrua.

Código Civil. (2016). Quito, Ecuador: CEP.

Código de Comercio. (30 de Enero de 2017). Quito: Asamblea Nacional.

Código de Comercio. (20 de Agosto de 1960). Registro oficial.

*Código de Comercio*. (1998). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Código de Comercio Colombiano. (27 de Marzo de 1971).

Coello, H. (2010). *Obligaciones*. Cuenca: Fundación Chico Peñaherrera.

*Constitución de la República del Ecuador*. (20 de octubre de 2008). Quito, Ecuador: Asamblea Nacional, Registro oficial No. 449.

*Defensa del Consumidor, Ley 24.240, Reglamentación de la ley 24.240.* (1998). Buenos Aires, Argentina: Estudio, S.A.

Díaz, B. A. (1983). *Contratos Mercantiles*. Mexico, Mexico: Harla.

*Enciclopedia Jurídica OMEBA.* (1954). Editorial Bibliográfica Buenos Aires.

*Enciclopedia Jurídica Online.* (febrero de 2018). Obtenido de <https://diccionario.leyderecho.org/solidaridad/>

Etcheverry, R. A. (2005). *Obligaciones y contratos comerciales parte general*. Buenos Aires: astrea.

Farina, J. (1988). *Defensa del Consumidor y del Usuario*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Farina, J. (2005). *Contratos Comerciales Modernos*. Buenos Aires, Argentina.

Galindo, G. I. (1996). *Teoría General de los contratos*. Mexico: Porrúa.

Garrigues, J. (1976). *Curso de derecho mercantil*. Madrid.

Langle, R. E. (2005). *Manual de derecho Mercantil*. Barcelona.

Ley de Defensa del Consumidor Argentina. (15 de octubre de 1993).

Ley No 19.496 sobre normas de protección de los Derechos del Consumidor. (7 de marzo de 1997). Chile.

*Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.* (2000). Quito, Ecuador: Registro Oficial suplemento 116.

Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo. (20 de Febrero de 1997). Ecuador.

Ley Orgánica de la Defensoria del Pueblo. (6 de mayo de 2019). Quito: Registro Oficial No. 481.

Lorroumet, C. (1998). *La proteccion de los consumidores contra las clausulas abusivas estipuladas en los contratos en derecho comunitario europeo y frances*. Biblioteca Millennium.

Messineo. (s.f.). *Contrato in genere*.

Miranda, A. O. (1998). *Guia para el estudio del Derecho Civil III Obligaciones*.

Morales Hernandez, A. (2007). *Curso de Derecho Mercantil, Introducción, La empresa, el empresario*. Caracas, Venezuela: Texto, C.A.

Morales, M. (2013). *El Error como Vicio del Consentimiento en los Contratos*.

Narvaez, J. I. (1990). *Obligaciones y contratos mercantiles*. Bogota: Temis.

Ovalle, F. J. (2000). *Derechos de consumidor*. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/56/tc.pdf>

Palenque Dencker, M. (2000). *Cláusulas Abusivas para el consumidor*. 50. Bolivia.

Pont, M. B., & Martinez Sanz, F. (2018). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, S.A.

Quiroz, C. C. (2000). *Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas*.

Real Academia de la Lengua. (1780).

Resolución No. 056. Reglamento de Admisibilidad y Trámite de casos de Competencia de la Defensoria del Pueblo. (2017).

Rodriguez, H. (1998). *Lecturas seleccionadas y Casos de Derecho Civil IV*. Guatemala, Guatemala: Editorial Estudiantil Fenix.

Rodriguez, H. (1998). *Lecturas seleccionadas y casos de derecho civil IV*. Guatemala: fenix.

S Stiglitz, R. (1997). *Contrato de Consumo y Cláusulas Abusivas*.

Salas, E., & Kuri, D. (noviembre de 2015). *La importancia de los Derechos del Consumidor en el Ecuador*. Obtenido de <http://www.eumed.net/rev/caribe/2015/11/consumidor.html>

Stiglitz, R. S. (1994). *Derechos y Defensa del Consumidor*. Buenos Aires.

UNAM. (2002). *Historia del Derecho Mercantil*. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3259/3.pdf>

Vásquez, V. C. (2014). *Libre competencia Derecho de Consumo y Contratos*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.

Vélez, D. (1 de Enero de 1871). *Código Civil Argentino*.