

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

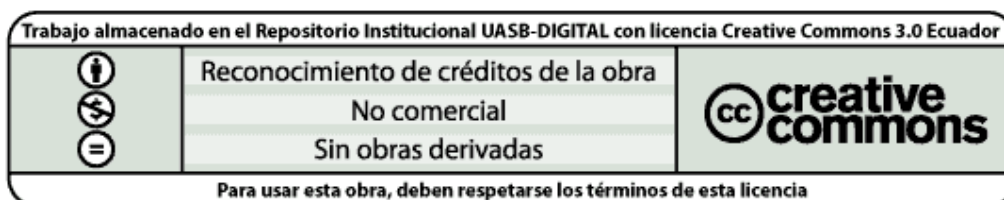
Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros

Reglas de interpretación de los contratos de adhesión con consumidores en Ecuador

Mirian Raquel Borja Borja

Quito, 2016



CLAUSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACION DE TESIS

Yo, Mirian Borja, autora de la tesis intitulada “Reglas de interpretación de los contratos de adhesión con consumidores en Ecuador”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha.

Firma:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO FINANCIERO BURSÁTIL Y DE SEGUROS

**REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN CON
CONSUMIDORES EN ECUADOR**

MIRIAN RAQUEL BORJA BORJA

TUTOR: DRA. MARIA ELENA JARA VASQUEZ

QUITO- ECUADOR

2016

RESUMEN

La necesidad de establecer reglas de interpretación de los contratos de consumo realizados por adhesión y cláusulas generales de contratación en el Ecuador, es de vital importancia para la labor interpretativa, puesto que dadas las actuales características de la economía y el mercado, los contratos negociados no han logrado canalizar las crecientes necesidades económicas de velocidad y masificación del consumo, siendo necesario la implementación de contratos de adhesión y cláusulas generales de la contratación que por sus características específicas de configuración, únicamente la parte proponente u oferente tiene el poder de redacción unilateral, en tanto que a la otra parte solo le queda la opción de adherirse o no al contrato.

Los objetivos de esta investigación se han orientado a determinar las características generales de los contratos de adhesión. Establecer las reglas de interpretación aplicada a los contratos de adhesión en el contexto jurídico ecuatoriano; y, determinar los vacíos que se presentan a la luz de la doctrina y la legislación comparada. La legislación comparada expresamente regula y establece disposiciones para la interpretación de los contratos de adhesión y de las cláusulas generales de contratación, en tanto que en el Ecuador no se establecen reglas específicas de interpretación de este tipo de contratos.

La labor interpretativa se convierte en una exigencia lógica y normativa necesaria para poder determinar el verdadero alcance de las cláusulas contractuales. Desde esta perspectiva lo que busca este trabajo es establecer las falencias que existe en la Ley Orgánica de Defensa del consumidor y proponer que se incluya normativa relacionada con la interpretación contractual.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por haberme dado la vida.

A mi familia por acompañarme.

A mi tutora Dra. María Elena Jara, por su apoyo, guía profesional e incondicional en la realización de este trabajo investigativo

DEDICATORIA

Este proyecto lo dedico a mi esposo Milton, a mi hijo Nicolás y a mi hermano Efrén, quienes fueron mi inspiración y el motivo para seguir y no detenerme en la escarpada.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPITULO I.....	10
SITUACIÓN ACTUAL DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN CON CONSUMIDORES Y CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN.....	10
1. NOCIONES INTRODUCTORIAS.....	10
a) NOCIÓN DE CONTRATO DE ADHESIÓN.....	10
b) NOCIÓN DE CONSUMIDOR.....	11
2. DE LA TEORÍA LIBERAL DEL CONTRATO AL CONTRATO DE ADHESIÓN.....	12
3. DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.....	19
4. DEL VALOR JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN.....	21
5. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CONSUMIDORES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA CON RELACIÓN A LA FORMACIÓN DE CONTRATOS DE ADHESIÓN.....	25
CAPITULO II.....	35
REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y LOS VACÍOS QUE PRESENTA LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	35
1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS SOBRE LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS.....	35
2. ASPECTOS ESPECÍFICOS DE LA INTERPRETACIÓN EN CONTRATOS DE ADHESIÓN CON CONSUMIDORES.....	41
2.1. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA.....	41

2.1.1 REGLA DE PREVALENCIA.....	44
2.1.2 REGLA DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA.....	47
2.1.3 REGLA DE LA CLÁUSULA MÁS RELEVANTE.....	49
2.2. INTERPRETACIÓN CONTRA PROFERENTEM.....	50
2.2.1 LA REGLA CONTRA PROFERENTEM E INTERPRETACIÓN A FAVOR DEL CONSUMIDOR.....	52
2.3 CONSERVACIÓN DEL CONTRATO E INTERPRETACIÓN A FAVOR DEL CONSUMIDOR.....	55
2.4 HACIA LA INCORPORACIÓN DE REGLAS ESPECIALES DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN CON CONSUMIDORES.....	57
CONCLUSIONES.....	62

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de los contratos de adhesión y de condiciones generales de la contratación se encuentra profundamente arraigado en nuestro trajín diario, tan es así que, se ha convertido en un acto mecánico, ya que al realizar un contrato en estas circunstancias no reparamos en el análisis de su contenido ni se sus consecuencias jurídicas.

Bajo este contexto y tomando en cuenta la importancia y trascendencia de esta institución jurídica, este estudio lo hemos dividido en dos capítulos:

El primer capítulo pretende abordar la situación actual de los contratos de adhesión con consumidores y cláusulas generales de contratación, partiendo de las nociones de contrato de adhesión y de consumidor, pasando por el análisis de la teoría liberal del contrato al contrato de adhesión, especificando la conceptualización y características específicas de las condiciones generales de contratación, estableciendo el valor jurídico de los contratos de adhesión para finalmente abordar la temática relacionada con los derechos y obligaciones de los consumidores en la legislación ecuatoriana con relación a la formación de los contratos de adhesión.

El segundo capítulo se refiere a las reglas de interpretación de los contratos de adhesión y los vacíos que se presentan en la legislación ecuatoriana, para lo cual fue necesario partir de los aspectos introductorios sobre las reglas de interpretación de los contratos para pasar a analizar los aspectos específicos de la interpretación en contratos de consumo con consumidores, para seguidamente analizar la Interpretación sistemática presentada en sus tres reglas de interpretación que son: la regla de la prevalencia, la regla de la condición más beneficiosa, la regla de la cláusula más relevante. También analizamos la interpretación contra proferentem y la regla contra proferentem e interpretación a favor del consumidor. Y finalmente la conservación del contrato e interpretación a favor del consumidor. Como último punto se aborda la incorporación de reglas especiales de interpretación de los contratos de adhesión con consumidores.

Finalmente exponemos las conclusiones a las cuales nos ha permitido llegar el trabajo investigativo.

CAPÍTULO I

SITUACIÓN ACTUAL DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN CON CONSUMIDORES Y CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN

1. Nociones introductorias

a) Noción de contrato de adhesión

Con el fin de entender a los contratos de adhesión, es importante trasladar las definiciones de autores como Luis Diez-Picazo, quien manifiesta: “[...] denominamos contratos de adhesión o contratos por adhesión a todos aquellos en que existe una previa prerredacción unilateral del contrato que es obra de una de las partes contratantes, por medio de formularios, impresos, pólizas o modelos preestablecidos y a la otra solo le es permitido declarar su aceptación o eventualmente su rechazo”¹.

Por su parte, Arturo Alessandri indica que “contrato de adhesión es el que se forma sin discusión previa, mediante la aceptación lisa y llana que una de las partes hace de las condiciones señaladas por la otra”.²

El jurista Jorge López Santamaría, le atribuye caracteres distintivos a los contratos de adhesión frente a los otros tipos contractuales y son:

- 1.- Generalidad. La oferta está destinada a toda una colectividad de contratantes eventuales.
- 2.- Permanencia. La oferta permanece en vigor mientras no es modificada por su autor.
- 3.- Minuciosidad. La oferta es detallada; todos los aspectos de la convención, en los más hipotéticos, son reglamentados por ella.³

El Tribunal Supremo Español, en su sentencia de 28 de noviembre de 1997, ha calificado como adhesión al contrato que:

Su esencia y sus cláusulas han sido predisuestas por una parte contratante e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no; en éste se mantiene la libertad de contratar, esto es, la libertad de

¹ Luis Diez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 131.

² Arturo Alessandri Rodríguez, *De los contratos*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 40

³ Jorge López Santamaría, *Los Contratos, Parte General*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986), 107.

celebrar o no el contrato, pero no la libertad contractual, es decir, la libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente.⁴

También el Código Civil Peruano, en su artículo 1390, dispone que: “el contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar”⁵.

A su vez la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, define al contrato de adhesión manifestando que: “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”.

Los contratos de adhesión se han difundido ampliamente hasta constituir una de las formas de contratación más comunes y prácticas de los exigentes fines del mercado, pues como bien se ha explicado “...la producción en masa tiene como consecuencia lógica la contratación en masa”⁶.

b) Noción de consumidor

El consumidor, “es considerado como una categoría eminentemente económica y sociológica que identifica al sujeto como destinatario de los productos o servicios distribuidos por las empresas”⁷.

Adicionalmente se menciona que “el consumidor en el campo económico opera como destinatario de bienes y servicios, y en el campo sociológico, donde es entendido como contraparte débil, como un sujeto que por lo común no está informado sobre las operaciones que realiza, ni sobre las características de los productos y servicios, y que no está provisto de poder de negociación, sino únicamente dotado de la facultad de

⁴ Durán Rivacoba, *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, en Revista de Derecho Privado, Madrid, 2000, febrero, p 119, citado por José Leyva Saavedra, La contratación en masa y sus reglas de interpretación, Universidad Nacional de Cajamarca, Lima, 2001, tomo 90.

⁵ Durán Rivacoba, *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, en Revista de Derecho Privado, Madrid, 2000, febrero, p 119, citado por José Leyva Saavedra, La contratación en masa y sus reglas de interpretación, Universidad Nacional de Cajamarca, Lima, 2001, tomo 90.

⁶ José Antonio BALLESTEROS, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de voluntad* (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999).

⁷ Alejandro Duque Pérez, “Una revisión del concepto clásico de contrato. Aproximación al contrato de consumo”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol 38, Nro. 108, Medellín-Colombia (julio a diciembre 2008): 473.

decisión entre productos, entre servicios, entre ofertas negociales que a menudo son idénticas entre sí”⁸.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor ecuatoriano, define al consumidor al manifestar que 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”.

2. De la teoría liberal del contrato al contrato de adhesión

El contrato en términos generales fue concebido como el resultado de la unión libre de las voluntades, fundamentado en un principio del derecho privado que es la autonomía de la voluntad. Como lo expresa Francisco Segura Riveiro “el contrato es el medio o continente de las voluntades, que dirigidas a la satisfacción de necesidades, se unen en un sentir común o consentimiento”⁹.

Para René Abeliuk, en materia contractual, la autonomía de la voluntad se manifiesta en que “los individuos son libres para regular sus relaciones jurídicas sin la intervención del legislador, sin otra limitación que no pueden ir contra la ley imperativa o prohibitiva, el orden público y las buenas costumbres”¹⁰.

El reflejo de esta concepción está expresado en el artículo 1561 del Código Civil ecuatoriano que manifiesta: “todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Para llegar a la teoría del contrato, que se fundamenta en el acuerdo de voluntades, fue necesaria la confluencia de diversas corrientes del pensamiento.

La primera de estas corrientes de pensamiento puede encontrarse en la doctrina del Derecho Canónico. La doctrina canónica confirió un valor fundamental al consenso, imponiendo a las personas el deber de la fidelidad a la palabra empeñada y el deber de veracidad en todas sus relaciones. “El faltar a una promesa es un engaño, una mentira y, por consiguiente un pecado”.¹¹

⁸ Alejandro Duque Pérez, *Una revisión del concepto clásico de contrato. Aproximación al contrato de consumo*, 473.

⁹ Francisco Segura Riveiro, *Temas de contratos, Algunas cuestiones actuales en torno a la oferta y la aceptación* (Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho), 23.

¹⁰ René Abeliuk, *Las obligaciones* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001), 113.

¹¹ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (Madrid: Editorial Civitas, 1996), 120.

La segunda línea del pensamiento que contribuyó al desarrollo del concepto moderno de contrato fue el voluntarismo jurídico. Para esta corriente jurídica, “cualquier persona que deseara obligarse, lo hacía por su sola voluntad”¹².

Otra corriente de pensamiento fue la escuela del derecho natural, desarrollada en los siglos XVII y XVIII, donde por primera vez se sancionó el aforismo jurídico: *solus consensus obligat*¹³.

Estos aportes teóricos configuraron el concepto moderno del contrato: “contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan”¹⁴. Bajo esta concepción de contrato la libertad de contratar está determinada por el acuerdo de voluntades.

Por lo tanto, “[...] al ponerse ambas partes de acuerdo, por propia y libre voluntad, sobre determinadas prestaciones y obligaciones, resultará que ninguna depende del arbitrio de la otra, y ambas están en situación de velar por su propio interés”¹⁵.

Dichos presupuestos están inmersos en el liberalismo que partía del supuesto de que las personas son libres e iguales, no sólo como aspiración garantista de la sociedad, sino como un dogma inquebrantable, a partir del cual se edificó la teoría general del contrato.

Este esquema contractual, como lo menciona Pothier¹⁶, suponía un contrato personalizado, en el que intervenían ambas partes en su formación. El punto de partida de esta teoría del contrato fue la igualdad jurídica, el consensualismo, la autonomía de la voluntad de las partes, la fuerza de ley de lo acordado; y, por lo tanto, lo pactado constituía fuerza imperativa otorgada por la libertad para autodeterminarse, de tal forma que el libre consentimiento prestado estaba libre de vicios como error, fuerza, dolo y

¹² *Ibíd.*, 121.

¹³ “El *solus consensus obligat* significa que la voluntad todopoderosa y autosuficiente basta para ser fuente y medida de los derechos y obligaciones contractuales. En virtud del principio del consensualismo, excepcionalmente la validez del acuerdo se encontrará condicionada a la utilización de ciertas formas exigidas por la ley o por el mismo acuerdo entre las partes cuando ellas así lo disponga. En este sentido, en principio, ningún requisito específico es requerido para la formación del consentimiento del contrato”. Jorge López Santa María. *Los contratos. Parte general* (Santiago: Editorial Jurídica Chile, 2005), 252.

¹⁴ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 121.

¹⁵ Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985), 43.

¹⁶ Para Joseph Pothier “El contrato encierra el concurso de voluntades de dos personas, de las cuales, una promete alguna cosa a la otra, y la otra acepta la promesa que se le ha hecho”, por lo tanto los contratos son promesas obligatorias, donde uno o ambos se obligan frente a la otra parte contratante. (J. Pothier, *Tratado de las obligaciones* (Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1978), 13.

violencia, lo que hacía que los contratos celebrados con dichas solemnidades fueran irrevocables y debían ser honrados y respetados¹⁷.

Es decir, de conformidad con lo expresado, si los particulares decidían contratar de manera voluntaria y libre, el resultado debía ser un acuerdo justo. Bajo estas circunstancias, el mejor defensor de sus intereses era el propio contratante, quien queda vinculado a lo pactado en mérito de que las partes han querido vincularse y han considerado justas sus condiciones. Desde esta perspectiva ningún contratante puede aceptar un contrato injusto o desequilibrado para sus intereses y si muy a pesar de ello se celebra el contrato, éste es válido, en razón de que al momento de celebrar el contrato tuvo la oportunidad de leer, comprender y modificar el clausulado.

El principio *pacta sunt servanda* fue elevado a la categoría de dogma; es decir, el contrato podía extinguirse únicamente por causas como el mutuo acuerdo o aquellas eminentemente legales.

Se buscaba eliminar la inseguridad y asegurar el cumplimiento contractual. Si una persona libremente daba su consentimiento era imposible que se niegue a cumplir con sus obligaciones. En este contexto el papel del Estado como ente regulador, se limitó a dar eficacia a los acuerdos adoptados por las partes y respaldar el cumplimiento de los mismos:

Para Díez-Picazo, el contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan. El contrato así concebido se convertirá en la institución central, en la piedra angular, no solo del Derecho Civil, sino de todo ordenamiento jurídico. El Derecho es el reino del contrato, de manera que donde acaba el contrato acaba también el Derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y de la fuerza. Las limitaciones a la libertad de contratar serán consideradas como atentados a la libertad de la persona¹⁸.

¹⁷ Francesco Messineo, con respecto a la evolución del contrato moderno, menciona que el contrato es un pacto, un acuerdo de voluntades, capaz de dar vida a una obligación. Y agrega: “Este resultado aparece ya clarísimo en el jurista francés Pothier; a través de él pasa al Código Civil francés y, después, al Código italiano de 1865”. Messineo Francesco, *Doctrina general del contrato* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986), 51.

Con respecto a la autonomía de la voluntad, Díez-Picazo manifiesta: “La autonomía de la voluntad en el campo contractual es, ante todo, libertad de contratación, lo que significa la libre opción del individuo entre contratar y no contratar, es decir, significa la libertad de constitución de las relaciones contractuales, con libertad, por tanto, de elección del otro contratante. Significa, además, la libertad de elección del tipo contractual. Los individuos no necesitan acogerse a los tipos contractuales regulados por las leyes, sino que pueden construir libremente otros distintos. Significa, por último, la posibilidad de modificar, también libremente, en los contratos regulados por la Ley, el contenido legal de estos contratos, sustituyéndolo por otro distinto”.

¹⁸ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 121.

Las exigencias del mercado, la industrialización, la concentración de capitales, de medios de producción, la producción en masa y el consumo masificado, entre otros, pusieron de manifiesto el debilitamiento de aquellos principios antes irrefutables, evidenciándose que habitualmente las personas no eran tan libres, ni se relacionaban siempre en un plano de igualdad económica al momento de contratar.

La aparente igualdad mencionada, concuerda con lo planteado por Guillermo A. Borda, cuando manifiesta que “la libertad y la igualdad de las partes, pilares fundamentales de la teoría liberal del contrato, subsisten hoy en el plano jurídico, pero tienden a desaparecer en el económico”¹⁹.

El desarrollo de la economía mundial hizo inminente la búsqueda de nuevos mecanismos que favorezcan una comercialización rápida, masificada y de costos reducidos. La finalidad de las empresas es llegar con sus servicios y productos a un amplio número de usuarios o consumidores en el menor tiempo posible y optimizando al máximo sus gastos. Por estas circunstancias se torna imposible una negociación interpersonal en cada relación contractual.

La producción a gran escala y las nuevas técnicas de distribución, cambio y consumo que fuerzan a comercializar los bienes producidos de manera masificada, en cierta forma imponen a vez la adquisición de dichos bienes. Esta dinámica fomenta y crea en el consumidor la necesidad o conveniencia de adquirir nuevos bienes o servicios utilizando técnicas que generan un mayor distanciamiento entre el empresario y el consumidor, separados por cadenas interminables de intermediarios.

Sumándose a estos hechos la idea de que no siempre el mercado establece la demanda que los oferentes deben satisfacer, sino por el contrario, son éstos, que utilizando técnicas de marketing y estrategias de publicidad van creando las necesidades en la gran masa de consumidores.

Bajo estas circunstancias, el contrato de adhesión cumple un rol preponderante en la producción y comercialización de productos y servicios a gran escala, puesto que es la herramienta jurídica que mejor ha canalizado las crecientes necesidades económicas de velocidad y masificación del consumo.

El empresario produce u ofrece bienes y servicios análogos, por lo cual requiere distribuirlos mediante contratos análogos. Necesitan de un contrato único o una serie de

¹⁹ Guillermo Borda, *Manual de contratos* (Buenos Aires: Editorial Perrot, 1995), 15.

contratos redactados de antemano, que puedan ser utilizados para la generalidad de relaciones jurídicas en las que participe²⁰.

Por estas circunstancias, las empresas se ven motivadas de antemano a efectuar la reglamentación contractual, requieren de contratos preformulados, de forma tal que es imposible la contratación sin aquellos.

La redacción previa de cláusulas, es realizada únicamente por una parte, denominada predisponente, con ausencia total de la contraparte, denominada adherente, con lo cual se anula la posibilidad de modificarlas, negociarlas o presentar una contraoferta.

Por lo tanto, el adherente queda con la única opción de elegir entre contratar con las cláusulas que se le presentan o no contratar, en definitiva no obtener el bien o servicio motivo de la oferta.

“Las empresas mercantiles o industriales, mediante esos contratos en masa, imponen a sus clientes un clausulado previamente redactado, de suerte que la única posibilidad que a la otra parte le resta es la de prestar su adhesión o rehusar”.²¹

Bajo estas circunstancias, el esquema de contrato de la teoría clásica ha sido modificado. El contrato ya no es obra común de ambas partes y las normas del Derecho contractual tradicional son insuficientes.²² Adicionalmente, las relaciones comerciales sufren una despersonalización y mucho más si se trata de relaciones automatizadas. En el esquema anterior existían relaciones económicas entre personas perfectamente identificadas o que podían llegar a identificarse.

En la actualidad la cualidad fundamental es que las personas que forman parte de la relación negocial son anónimas.

La despersonalización de las relaciones contractuales y la masificación tanto de la producción como del consumo ha modificado ampliamente el contrato de negociación individual. Como se dijo se necesita vender con mayor rapidez; y, se hace vital la sustitución de la discusión por la predisposición unilateral.

El consentimiento de las partes es otro aspecto que ha sufrido modificaciones. La voluntad de la empresa se impone a través de las ofertas, las cuales se dirigen a la

²⁰ Luis Diez-Picazo, *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado* (Madrid: 1987).

²¹ Luis Diez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 131.

²² *Ibíd*, 157.

generalidad de consumidores y no a personas determinadas. La voluntad de los consumidores se manifiesta a través de la aceptación.

El artículo 148 del Código de Comercio ecuatoriano con respecto a las ofertas manifiesta: “Las ofertas públicas contenidas en circulares, catálogos, avisos publicitarios, proformas, obligan a quien las hace; salvo que en la misma oferta se señale un determinado plazo de validez de la misma o que las condiciones de la oferta original sean modificadas por una oferta posterior.”²³.

Bajo este contexto, se han modificado las formas de contratación. En el juego del mercado una de las partes está desprovista de poder de negociación; y, al suscribir el contrato, se puede verificar su debilidad económica y de conocimientos, que lo vuelve vulnerable porque entorpece su capacidad de elegir libremente. La falta de información coarta la posibilidad de tomar decisiones en igualdad de condiciones.

Dado que una sola parte establece las condiciones en los contratos de adhesión, se han presentado diversas teorías sobre su naturaleza:

- a) Las que niegan el carácter contractual y lo ven como una declaración unilateral de voluntad.

La arraigada práctica comercial de contratación bajo la modalidad de la adhesión ha cuestionado el principio civilista según el cual el contrato es ley para las partes²⁴, en el sentido tradicional de que las mismas son quienes intervienen directamente tanto en su formación como en su ejecución, no así en el contrato de adhesión, en el que el consumidor no interviene en su elaboración y sólo se limita a adherirse.

En este contexto, hay autores que han negado el carácter contractual de los contratos de adhesión, asimilándolo a una declaración unilateral de la voluntad, como Saleilles R, que manifiesta:

Hay pretendidos contratos que no tienen de contratos, sino el nombre y cuya construcción jurídica está por hacer (a los) que se les podría llamar contratos por adhesión... hay el predominio exclusivo de una sola voluntad o como voluntad unilateral, que dicta su ley, no ya a un solo individuo, sino a una colectividad indeterminada y que se obliga de antemano unilateralmente, sobre la adhesión de los que quisieron aceptar la ley del contrato y aprovecharse de esta obligación ya creada sobre sí mismo.²⁵

²³ Ecuador, *Código de Comercio*, en Registro Oficial, Suplemento, No. 1202 (22 de octubre de 2010, art. 148. En adelante se cita este código como C. de c.

²⁴ Ver art. 1561 del Código Civil ecuatoriano: “Todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

²⁵ Ruiz de Chavez, *La declaración de voluntad* (Librería General de Derecho y Jurisprudencia), 88-89.

En esta perspectiva se manifiesta que: “los contratos de adhesión suponen una restricción de la libertad de contratación, habida cuenta de que una de las partes, económicamente fuerte, predispone la cláusula que constituyen el contenido del acuerdo sin que la otra pueda discutir su contenido, quedándole solo la opción de aceptarlas o rechazarlas”²⁶.

Es decir, esta teoría niega el carácter contractual, en mérito de que las grandes empresas preredactan los formatos que incluyen de manera estandarizada en las operaciones jurídicas propias de cada tipo de empresa. Las partes se restringen únicamente a llenar unos espacios que de alguna manera individualizan la operación; y, no quepa la posibilidad para el aceptante de negociar u objetar alguna cláusula.

b) Las que admiten su carácter contractual.

Esta teoría admite que el contrato de adhesión, goza de las características formales de un contrato, puesto que con el solo hecho de aceptar el contrato se perfecciona el consentimiento.

Al respecto, la jurisprudencia colombiana lo ha reconocido como tal, al manifestar que el contrato de adhesión es un contrato, ya que la aceptación origina voluntad, que a su vez configura consentimiento traducido en la libertad que se tiene de aceptar o no, y a su vez de escoger a quien se adhiere, es decir con quien decide contratar.

A su vez la Corte Suprema de Justicia colombiana, en sentencia de Casación Civil del 15 de diciembre de 1970, expresa “no haber duda de que mediante la adhesión se configura un verdadero contrato, argumentando que en ninguna parte la ley exige la discusión previa entre las partes, respecto de las cuales basta la igualdad jurídica”²⁷.

Adicionalmente, es importante destacar también que la Corte Suprema de Justicia colombiana, en sentencia de Casación Civil del 29 de agosto de 1980, “precisó que por el hecho de que el contrato conste en formatos preimpresos no puede desconocerse a esa clase de convención su naturaleza contractual, pues mientras el cliente pueda rechazar su oferta su voluntad actúa a tal punto que al acogerla presta voluntariamente su consentimiento”²⁸.

²⁶ Jesús A. Aguila Real, *Las Condiciones Generales de la Contratación* (Madrid: Editorial Civitas, 1991), 63.

²⁷ Colombia, Corte Suprema de Justicia, [Sentencia de Casación Civil], 15 de diciembre de 1970.

²⁸ Colombia, Corte Suprema de Justicia, [Sentencia de Casación Civil], 29 de agosto de 1980.

En este sentido consideramos que las dudas con respecto a que sí el contrato de adhesión representa un verdadero contrato o únicamente un acto unilateral, se resuelve en el primer sentido, puesto que la libertad que tiene el adherente de escoger con quien decide contratar, de aceptar o no y a su vez de escoger a quién se adhiere constituye un acto de consentimiento. Por lo tanto se trata de contratos.

Además, es importante manifestar que la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana, en sentencia de Casación de 17 de diciembre de 2001, manifiesta que un contrato es consensual, cuando se perfecciona con el solo consentimiento²⁹.

3. De las condiciones generales de la contratación

Una vez determinado que los contratos de adhesión, son contratos que constituyen un mecanismo que permite a los empresarios canalizar de mejor manera la dinámica del mercado, tornándose de uso obligatorio en las relaciones comerciales, es importante analizar las denominadas *condiciones generales de la contratación*.

La legislación española en la Ley 7 de 1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación en su artículo 1, dispone: “Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, en su apariencia externa, de su extensión y de cualquier otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”³⁰.

El Código Civil peruano, en su artículo 1392, señala: “Las cláusulas generales de la contratación son aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos”³¹.

Con el fin de clarificar tanto los contratos de adhesión como las cláusulas generales de la contratación, es importante mencionar lo que analiza Rezzónico con respecto a esta temática al mencionar que los contratos de adhesión surgen gracias a lo que se conoce como la “operación adhesiva, que nace tras la aceptación de las condiciones

²⁹ Ecuador, Corte Suprema de Justicia, [Sentencia de Casación], 17 de diciembre de 2001.

³⁰ España; Ley 7 [1998], art. 1, citado por José Leyva Saavedra, “La contratación en masa y sus reglas de interpretación” (Lima: Universidad Nacional de Cajamarca, 2001).

³¹ Perú; Código Civil, art. 1392, citado por José Leyva Saavedra, “La contratación en masa y sus reglas de interpretación”.

generales (más las particulares, si las hubiera). Son dos aspectos del mismo fenómeno complejo”³².

Es decir, las cláusulas generales de la contratación surgen cuando la empresa prediseña el conjunto de cláusulas que quiere introducir en una serie de negocios, en tanto que el contrato nace con la aceptación de dichas cláusulas. Lo que nos lleva a afirmar que existe una intrínseca relación entre estos dos conceptos.

La sutil diferencia es bien entendida, en el sentido de que las condiciones generales, antes del acto de adhesión, no tienen naturaleza contractual, podría ser un contrato en nacimiento, pero no propiamente un contrato, como lo menciona Carlos Laguado, “tan solo adquieren la virtualidad obligacional, tras el consentimiento; antes, no son otra cosa que unas buenas intenciones del predisponente”³³.

Pero una vez celebrado el contrato de adhesión “lo predispuesto, las cláusulas prediseñadas adquieren el valor de cláusula contractual e integran, el todo o una parte, de un contrato de adhesión”³⁴.

Las condiciones generales de la contratación constituyen todas aquellas cláusulas que han sido redactadas por una de las partes contratantes sin negociación previa con la otra parte con la finalidad de añadirlas a un número indeterminado de contratos, cuyas características pueden ser las siguientes: predisposición, imposición, unilateralidad.

La predisposición es una de las características de los contratos de adhesión bajo condiciones generales. La predeterminación de su contenido se establece por una voluntad unilateral, que se impone a la otra parte del contrato, sin la mínima posibilidad de alterar, intervenir o influir en tal contenido. Al respecto se manifiesta que la “predisposición, que supone la redacción previa y unilateral por una persona o empresa, no necesariamente por el estipulante mismo, aunque éste asume la responsabilidad de la preformulación”³⁵.

³² Juan Carlos Rezzónico, *Contratos con cláusulas predispuestas*, (Buenos Aires: Atrea, 1987), 205, citado por Laguado Girado Carlos Andrés, “Condiciones Generales, Cláusulas Abusivas y el Principio de Buena Fe en el Contrato de Seguro” (México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM), 237.

³³ Carlos Andrés Laguado Girado, *Condiciones Generales, Cláusulas Abusivas y el Principio de Buena Fe en el Contrato de Seguro* (México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM), 237.

³⁴ Carlos Andrés Laguado Girado, *Condiciones Generales, Cláusulas Abusivas y el Principio de Buena Fe en el Contrato de Seguro*, 237.

³⁵ Alberto Bercovitz, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (Madrid: 1987), 189, citado por José Leyva Saavedra, *La contratación en masa y sus reglas de interpretación*, 7.

Otra característica de los contratos de adhesión bajo consideraciones generales es la denominada “generalidad o uniformidad, en cuanto las cláusulas generales se formulan para ser aplicadas a una pluralidad indefinida de contratos”³⁶.

La última característica es la abstracción, “...ya que las cláusulas generales son elaboradas sin pensar en una relación contractual en particular”³⁷.

4. Del valor jurídico de los contratos de adhesión

En forma previa a la aparición de los contratos de adhesión con condiciones generales, el derecho no se preocupaba por la justicia interna de los contratos, puesto que ésta se garantizaba con el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes. En este tipo de contratos, al quedar una parte excluida de poder ejercitar libremente su autonomía, se manifiesta que “el Estado se ha visto en la necesidad de regular ya no solo la libertad formal de las partes sino la justicia del contenido de las condiciones generales”³⁸.

La supuesta igualdad de las partes contratantes, en el estricto sentido de la palabra, es una fantasía propia del esquema clásico de las relaciones contractuales. La libertad contractual y el consentimiento del adherente solo pueden manifestarse en la libertad de conclusión del contrato. La libertad de fijación del contenido es obra del predisponente.

Mariano Alonso Pérez, menciona que ante el argumento de que en los contratos con condiciones generales las partes no actúan en un plano de relativa igualdad no habría más que contra argumentar que la igualdad entre las partes contratantes es una utopía que no ha existido³⁹, que lo que el derecho contractual persigue es la protección de la igualdad formal, y por ello centra su tutela en el proceso de formación del

³⁶ Luis Díez-Picazo, *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (Madrid: 1996), 29, citado por José Leyva Saavedra, *La contratación en masa y sus reglas de interpretación*, 7.

³⁷ Alberto Bercovitz, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (Madrid: 1987), 189, citado por José Leyva Saavedra, *La contratación en masa y sus reglas de interpretación*, 7.

³⁸ Iñigo de la Maza, *Contratos por Adhesión y Cláusulas Abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el Mercado?:* 33 [http://www.fundacionfueyo.cl/articulos/inigo_de_la_maza/contratos%20adhesion.pdf].

³⁹ Mariano Alonso Pérez, “*Aproximaciones a la idea de contrato (Apoteosis y declive de la autonomía privada)*”, (Salamanca: Responsa Iurisperitorum Digesta, 2003); manifiesta que no existía igualdad por que no podía existir, era la burguesía liberal negociando con la clase obrera que aceptara el juego de la paz burguesa. Hoy día se alude a la desigualdad entre las partes contratantes como una consecuencia de las propias características de la configuración del mercado y contratación en masa, cuando en realidad el “mito” de la igualdad es un absurdo que no puede perseguir el derecho de las condiciones generales.

consentimiento contractual y no en su contenido⁴⁰, bajo éstos parámetros se justifica un control sobre la incorporación de las condiciones generales.

Adicionalmente la teoría contractualista “establece que solo adquieren fuerza obligatoria aquellas condiciones generales que pasen a formar parte del contenido contractual, solo son vinculantes por y para el contrato en particular y por sí solas no son nada, es decir que antes de formar parte del contenido del contrato, antes de haber concurrido la oferta y la aceptación, son solamente el contenido de una oferta contractual, una vez aceptadas se convierten en *lex contractus*, en auténticas normas jurídicas contractuales⁴¹.

Esta teoría expresa que se integran como parte del contenido contractual solamente aquellas que han sido agregadas al contrato conforme las normas legales instauradas. Esto denota la trascendencia del control de incorporación, que debe ser efectivo para garantizar que el contrato no lesione los intereses de los adherentes⁴².

Al establecerse este escenario, el Estado entra a proteger a un contratante frágil que nació del debilitamiento del principio de la autonomía de la voluntad. Los contratos de adhesión con cláusulas generales de contratación se caracterizan por no tener este principio como su lineamiento principal.

La actuación del Estado aparece como un limitante a la autonomía privada en el sentido de que, por ejemplo, a través de su poder legislativo puede crear normas que establezcan ciertos formalismos en las relaciones de los particulares.

El inciso segundo del artículo 52 de la Constitución de la República del Ecuador refleja claramente la intervención del Estado al expresar que la ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de los

⁴⁰ Sergio Cámara Lapuente, *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, p.76.

⁴¹ Manuel García Amigo, *Condiciones Generales de los Contratos* (Madrid: Revista de Derecho Privado 1969), 160.

⁴² Con respecto a lo anotado, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación española manifiesta: Las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. 7 LCGC. No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato...; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Pascual Martínez Espín, “El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* N°6 (2013), 78 [<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>].

consumidores/ras. Las sanciones por vulneración de estos derechos. La reparación e indemnización por daños, deficiencias o mala calidad de los bienes y servicios.

Manuel De la Puente y Lavalle indica que, “al existir una desigualdad económica, se generó un abuso de la contratación, por lo que el Estado ya no podía continuar concediendo a los particulares tanta libertad para regular entre ellos sus relaciones, decidiendo intervenir más de cerca en la relación contractual a fin de intentar equilibrar las posiciones de los contratantes, estrechando así el campo de la autonomía privada”⁴³.

En estas circunstancias se produce un límite a la autonomía privada, ya que el Estado interviene en las relaciones contractuales, modificando las cláusulas del contrato mediante la intervención legislativa, administrativa o judicial.

La parte proponente u oferente tiene el poder de redacción unilateral de un contrato usualmente extenso, que puede presentar injusticias para la parte que lo acepta desde diversas perspectivas.

Por ejemplo, la presencia de cláusulas abusivas⁴⁴ que se manifiestan en diversas modalidades como: cláusulas de limitación de la responsabilidad, obligaciones accesorias diferentes al objeto principal del contrato, limitaciones en el ejercicio de las acciones o derechos contractuales; y, asimetrías informativas.

Es decir, el problema que implican los contratos de adhesión y de cláusulas generales de la contratación reside en el riesgo de que se incluyan en estos contratos, cláusulas abusivas en perjuicio del contratante más débil de la relación contractual. “Una cláusula abusiva confiere a uno de los contratantes una ventaja desmesurada y, por consiguiente, implica un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes”⁴⁵.

Adicionalmente, es importante manifestar lo que expresa la legislación comparada basada en el artículo 3.1. de la Directiva Europea 93/13 que define a las cláusulas

⁴³ De la Puente y Lavalle, Manuel, *El contrato en general*, (Lima, 1993), 36, citado por Soto Coaguilla Carlos Alberto, “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos”, (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana), 570.

⁴⁴ La cláusula abusiva puede ser definida como aquella que es “notablemente desfavorable para el adherente”. J. Rezzónico, *Contratos con cláusulas predispuestas* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987), 57. Christian Larroumet, menciona que lo que caracteriza a las cláusulas abusivas es “la falta de equivalencia entre las situaciones de las partes contratantes, una de las cuales se encuentra en una situación desventajosa frente a la otra”. C. Larroumet, *Responsabilidad civil contractual. Algunos temas modernos* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998), 72.

⁴⁵ Carlos Pizarro Wilson, *La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno*, 124.

abusivas como aquellas que: “causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”⁴⁶. El elemento central de la definición radica en el desequilibrio de la relación contractual, lo que desencadena una falta de equivalencia entre los contratantes.

Nuestra Ley Orgánica de Defensa del consumidor, no define a las cláusulas abusivas; sin embargo, en el artículo 43 se refiere a las “cláusulas prohibidas” y manifiesta que son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que:

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

⁴⁶ *Ibíd.* 124.

5. Derechos y obligaciones de los consumidores en la legislación ecuatoriana con relación a la formación de contratos de adhesión.

La gran dinámica con la que se mueve el comercio y la industria tanto nacional como internacional, los importantes y acelerados avances de la tecnología, requiere una tutela diferenciada para el consumidor. Lo cual se convirtió en la justificación para una nueva rama del derecho, conocida como derecho del consumo.

Para Farina, el derecho del consumidor es “el conjunto orgánico de normas capaces de constituir una rama del derecho, que tiene por objeto la tutela de quienes contratan para la adquisición de bienes y servicios destinados, en principio, a la satisfacción de necesidades personales”⁴⁷.

En razón de que el consumidor no está en plena capacidad de garantizar sus intereses al momento de celebrar un contrato, los diferentes ordenamientos jurídicos han implementado diversos mecanismos de compensación de ciertas situaciones de desequilibrio.

Es posible reconocer dos modelos a los cuales recurre el derecho para esta compensación. Por una parte, existe un modelo basado en la información; y, por otra, un modelo basado en el control de contenido. Ambos tienen su propia razón de ser, sus virtudes y limitaciones, pero no son excluyentes, sino complementarios.⁴⁸

El modelo basado en la información, intenta poner al consumidor en una situación tal que le permita conocer sus derechos y obligaciones que se encuentran en juego al celebrar el contrato para, de este modo, poder valorarlo y velar por sus propios intereses. Es decir busca restablecer la igualdad entre el profesional y el consumidor, facilitándole a este último los medios para que comprenda los alcances de su decisión. Este modelo encuentra su fundamento en el principio de la buena fe, en cuanto al deber de consideración y cooperación mutua entre los contratantes.⁴⁹

Sin embargo, la realidad demuestra que no siempre el consumidor cuenta con acceso a la información, en primer lugar por su capacidad limitada para procesarla y en segundo lugar porque el consumidor no lee el contenido que ha sido predispuesto, a lo

⁴⁷ Juan M. Farina, *Contratos Comerciales Modernos* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993), 249.

⁴⁸ Javier M. Rodríguez Olmos, *La interpretación de los contratos con el consumidor: elementos para la contextualización de la problemática* (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2013), 7

⁴⁹ *Ibíd.*

que se suma que si en verdad se quisiera informar al consumidor e instruirlo sobre cada cláusula, sería necesario un “seminario de tres días”, lo cual dificultaría aún más, incrementaría los costos transaccionales y se generaría el tedio del consumidor.⁵⁰

En este sentido, uno de los aspectos que acentúan el desequilibrio de potencialidades con los consumidores es la publicidad, que no solo incrementa y estimula el consumo a través de prácticas agresivas, sino que tiene su especial influencia en la fase de las tratativas pre-contractuales; y, en la posterior formación del contrato, en cuanto a que mucho del contenido de los anuncios publicitarios integra el trama obligacional del contrato y tiene fuerza vinculante, aún cuando no figure expresamente en el mismo⁵¹.

En este sentido, lo que se pretende alcanzar es que el consumidor este en absoluta capacidad de juzgar el beneficio o la utilidad de los productos o servicios que le han ofrecido y pueda formarse una idea crítica con respecto al exceso de la publicidad y propaganda que crea cada vez nuevas necesidades.

En segundo lugar, tenemos el modelo basado en la intervención directa en el contenido del contrato, cuya finalidad es limitar la libertad de predisponer libremente el contenido del contrato, introduciendo normas que determinan un contenido del cual los contratantes no se pueden apartar (normas imperativas) o normas que pueden ser modificadas, siempre que ello no implique una desventaja para el contratante a favor del cual se introdujo dicha norma. Y en última instancia mediante el control sustancial de las cláusulas por parte del juez⁵².

Bajo éstos parámetros, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 52 protege al consumidor al establecer como derecho de los usuarios y consumidores, a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y además el de elegirlos con libertad, “así como una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características”⁵³.

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ Carlos A. Ghersi, *Contratos problemática moderna* (Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo Garibaldi 61), 42.

⁵² Javier M. Rodríguez Olmos, *La interpretación de los contratos con el consumidor: elementos para la contextualización de la problemática* (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2013),9.

⁵³ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, “Derechos”, sec. IX, “Personas Usuarias y Consumidoras”, art. 52.

En este sentido, se generan un grupo de derechos protegidos que son: derecho a la información, al resarcimiento de daños y perjuicios y derecho a la formación del contrato, los cuales los desarrollamos a continuación:

1.- Derecho a la información.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en su Capítulo II, contiene el derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren presentar:

Es obvio que en el consumo masivo, el consumidor no siempre tiene el conocimiento apropiado respecto de los bienes y servicios que consume y no está adecuadamente informado y generalmente se le ve en la disyuntiva de adquirir o no el producto sin ninguna posibilidad de negociación o reflexión y ante este déficit informativo que la doctrina moderna llama asimetría informativa, evidentemente está en una situación de “contratante débil” frente al proveedor que goza de una situación ventajosa en cuanto a información sobre los bienes y servicios que ofrece y las condiciones contractuales que generalmente él preestablece⁵⁴.

En mérito de que el consumidor no dispone de un conocimiento sólido acerca del producto que va a consumir o del servicio que va a utilizar, la ley orgánica del defensa del consumidor precautela su derecho estableciendo que se lo debe proporcionar información veraz, clara, oportuna y completa de los bienes y servicios que se ofertan en el mercado.

Eduardo Antonio Barbier, con respecto a la contratación bancaria manifiesta que en ocasiones la contratación se lleva a cabo mediante una irreflexiva elaboración de formularios de requerimiento de servicios, trasladando cláusulas de un negocio a otro sin someterlos a un juicio severo de procedencia. Esto se cumple con la repetición mecánica de condiciones generales para un tipo de contratos, y a veces para negocios de géneros distintos, sin que medie un proceso de adaptación riguroso, con un análisis técnico jurídico suficiente⁵⁵.

⁵⁴ Julio Baltazar Durán Carrión, *El derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil, frente a la contratación de consumo en el mercado* (Lima: Universidad de San Martín de Porres, 2012), 19.

⁵⁵ Eduardo Antonio Barbier, *Contratación bancaria, consumidores y usuarios* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2000), 456.

De allí que no solo es necesario aumentar los conocimientos del informado, reconociendo que éstos no se toman el trabajo de leer los documentos contractuales, sino también la exigencia al sector bancario de suministrar una información clara, suficiente y oportuna. “En rigor, una adecuada información tiende a garantizar de modo efectivo que el adherente sepa cuál es el régimen jurídico aplicable, se le otorgue eficacia a éste en la medida en que sea conforme al orden jurídico, y fundamentalmente le permita al adherente conocer al detalle como obrar y que esperar durante el desarrollo del contrato, para poder programar su conducta y, por consiguiente, reaccionar adecuadamente⁵⁶.

En este contexto, la ley general de defensa de los consumidores y usuarios española de 1984, acepta la validez de las condiciones generales en todas las especies contractuales siempre que haya existido concreción, claridad y sencillez en la redacción con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato y a las que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

Al respecto la Sala de lo Contencioso Administrativo colombiana, en sentencia 5014 de 1998, con respecto a la responsabilidad por información incompleta e inadecuada que induce a error en la prestación de servicios expresa: Lo cierto es que la empresa debe responder por la calidad del servicio ofrecido, lo que implica, que debe haber una previa comprobación de la calidad de lo que se ofrece e incluso esa comprobación debe ser constante, a fin de que los usuarios encuentren que el servicio prestado responde plenamente al ofrecido. Si la calidad, no responde a las expectativas creadas al cliente, ello es responsabilidad de quien ofrece el servicio⁵⁷.

En cuanto al derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales podemos manifestar que la publicidad es considerada como un elemento que puede influir notablemente en la voluntad del consumidor y constituye el medio idóneo para transmitirle la información que necesita. Influye directamente en su libertad para elegir.

Para Rodrigo Brenes, la falta de información está dada por una incorrecta publicidad que incidirá directamente en la voluntad del consumidor, generándolo error.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ Colombia: Sala de lo Contencioso Administrativo, [Sentencia 5014 responsabilidad por información incompleta e inadecuada], 1998.

Lo cual se agrava si tomamos en consideración que muchos de los bienes adquiridos por el consumidor tienen de por medio conocimientos técnicos que en la generalidad de los casos el consumidor desconoce. “Por este motivo es que la ley regula la responsabilidad del fabricante y de los otros individuos que intervienen en la cadena de comercialización, y fija en ese sujeto la carga de la prueba en cuanto a la exoneración de responsabilidad”⁵⁸.

La publicidad inadecuada puede llegar a confundir e inducir a error a los usuarios, afectando la libertad del consumidor de elegir el producto que mejor satisfaga sus necesidades.

La Corte Suprema de Justicia colombiana, en sentencia de casación civil Nro. 6775 de 2001, en lo que tiene que ver con la publicidad manifiesta que, cuando la invitación a contratar se realiza a través de una publicidad no puede y no debe, descartarse un eventual daño a sus destinatarios y su consiguiente reparación, si es que la publicidad tal no se hace con apego a la verdad que es de esperarse, de modo que la confianza del consumidor haya sido traicionada. La información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios deberá ser veraz y suficiente, razón por la cual se prohíbe las leyendas y la propaganda comercial que no corresponda a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, la calidad, idoneidad o la cantidad. El productor es responsable por las marcas y leyendas que exhiban sus productos (bienes y servicios), así como la propaganda comercial.⁵⁹

En este mismo contexto la Corte Constitucional colombiana, en sentencia T118/2000, en lo referente a la protección contra la publicidad engañosa menciona que: sí la compañía, en su propaganda, o al anunciar o promocionar sus servicios, o al enviar a sus posibles clientes cotizaciones que detallan las ventajas de contratar con ella, ofrece cierta cobertura, y por esa causa una persona decide tomar la póliza, la compañía está obligada en los términos de la oferta. Las ofertas, propaganda y promoción de las compañías de seguros, en materia de salud, y de las empresas de medicina prepagada,

⁵⁸ Rodrigo Brenes Vargas, *Responsabilidad civil en el contratos de adhesión a la luz del derecho del consumidor*, (Rhombus-Derecho), 8.

⁵⁹ Colombia: Corte Suprema de Justicia, [Sentencia de casación civil en lo que tiene que ver con publicidad], No. 6775, 2001.

en las cuales se promete ciertos beneficios generales o una determinada cobertura con el mismo carácter general, se incorporarán al contrato que se celebre y obligan a la compañía que los ofreció. Sólo este principio salvaguarda la buena fe en la relación contractual e impide que las personas resulten engañadas o inducidas a error al suscribir este tipo de contratos.⁶⁰

La legislación ecuatoriana en el artículo 72 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, dispone, que los proveedores cuya publicidad sea considerada engañosa o abusiva, serán sancionados con una multa de \$ 1,000 a \$ 4,000; y, que cuando un mensaje publicitario sea engañoso o abusivo, la autoridad competente dispondrá la suspensión de la difusión publicitaria, y además ordenará la difusión de la rectificación de su contenido, a costa del anunciante, por los mismos medios, espacios y horarios. La difusión de la rectificación no será menor al treinta por ciento (30%) de la difusión del mensaje sancionado.

2.- Derecho al resarcimiento de daños y perjuicios.

Para Enrique Barros, la responsabilidad civil constituye una institución fundamental del Derecho Privado que consiste en la sujeción de una persona a la obligación de reparar el daño ocasionado a otra⁶¹.

El daño del cual se hace cargo la responsabilidad civil es consecuencia del incumplimiento de una obligación. El origen de esa obligación es el factor que permite diferenciar la responsabilidad civil contractual de la extracontractual. En la primera la obligación incumplida procede de un contrato, en la segunda la obligación consiste en el deber general de cuidado establecido en la ley, que impone a todos asumir un comportamiento prudente que no cause daño a nadie.⁶²

En este sentido, los efectos de los contratos son los derechos y obligaciones que éstos generan. Por ejemplo, el efecto primordial de una obligación es el deber de prestación que compromete al deudor, que por ser el contenido principal de la misma, constituye la obligación de primer grado de los contratos. Si esta prestación llega a ser incumplida por el deudor, surge la obligación de segundo grado, distinta de la

⁶⁰ Colombia: Corte Constitucional, [Sentencia de protección contra la publicidad engañosa T/118], 2000.

⁶¹ Enrique Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 15.

⁶² Pablo Rodríguez Grez, *Responsabilidad Extracontractual*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002), 20.

prestación debida, que consiste en la responsabilidad civil extracontractual cuyo contenido es precisamente indemnizar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento⁶³.

En nuestro país la responsabilidad contractual se encuentra regulada en el Título XII del Código Civil, bajo la leyenda “Del Efecto de las Obligaciones”, cuyos requisitos son: el incumplimiento del contrato dentro del término estipulado, que dicho incumplimiento sea imputable al deudor o al acreedor, que exista perjuicio del acreedor o del deudor y la existencia de un nexo de causalidad entre los perjuicios y el incumplimiento.

En estas circunstancias por ejemplo, la jurisprudencia administrativa del Tribunal del Indecopi en el Perú, revela que existen muchos casos que involucran daños causados a los consumidores y que deberían ser objeto de procesos por responsabilidad civil; sin embargo, la realidad demuestra que los consumidores no tienen incentivos para demandar judicialmente indemnizaciones por los daños sufridos; quizás porque no saben defender sus derechos, por los altos costos procesales, por la lentitud de los procesos, por el difícil acceso a los órganos jurisdiccionales, etc. “Esto explica porque no existe en nuestro medio un desarrollo jurisprudencial permanente y sostenido sobre responsabilidad civil de los empresarios proveedores por daños causados en las relaciones de consumo, por ello podemos señalar sin temor a equivocarnos que estos temas aún son extraños a los jueces peruanos”⁶⁴.

Bajo éste contexto, la jurisprudencia peruana reconoce que los consumidores no poseen los incentivos para demandar el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, ya sea por los altos costos, por la lentitud, por la falta de información, por el desconocimiento de sus derechos, etc. Estas circunstancias también se repiten en nuestro país, por todos los aspectos antes mencionados.

3.- Derecho a evitar abusos en la formación del contrato.

Para precautelar este tipo de abusos, el derecho comparado, ha establecido mecanismos legales de control preventivo de las condiciones generales de la contratación, mediante la vigencia de una normativa especial destinada a regular la utilización de estas condiciones generales de contratación. Se ha establecido requisitos

⁶³ Enrique Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 19.

⁶⁴ Julio Baltazar Durán Carrión, *El derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil, frente a la contratación de consumo en el mercado*, (Lima: Universidad de San Martín de Porres, 2012), 25.

que deben reunir para su incorporación a los contratos. Se ha elaborado un listado de condiciones abusivas y el régimen de sanción por su utilización. Se ha creado un registro publicitario de las mismas. Esta modalidad de control ha permitido un examen previo de las cláusulas generales de contratación, antes de su inclusión en los contratos.

Por ejemplo, de conformidad con lo señalado en la legislación española, para establecer los requisitos de incorporación de las condiciones generales a los contratos, hay que acudir a tres artículos distintos: al 5 LCGC; al 7 LCGC y al 80 TRLDCU. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en dos preceptos: en el artículo 5 para establecer los requisitos de incorporación; y, en el artículo 7 para establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato. De manera que en dos preceptos regula la condición positiva para la incorporación y la negativa para la no incorporación. Junto a esta regulación, el artículo 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLDCU) establece, también, los requisitos que deben reunir las condiciones generales.⁶⁵

En principio, la Ley exige que para que se consideren incorporadas al contrato las condiciones generales deben ser claras, concretas, sencillas y comprensibles directamente; que se entregue un ejemplar de las mismas antes o en el momento de celebrar el contrato, salvo que el empresario pruebe que el adherente las conocía. Y, además, a efectos de la incorporación de las condiciones generales al contrato, la LCGC no distingue en función de los contratantes, en cuanto si se trata de empresarios o no. Los requisitos de incorporación se aplican a todos los contratos por igual.⁶⁶

En materia de protección al consumidor, en el fallo de 21 de septiembre de 2007, la Corte de Apelaciones de Santiago estableció que basándose en la letra g) del art. 16 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores (LPC), eran nulas las estipulaciones del Reglamento asociado a un contrato de tiempo compartido, que establecían las obligaciones de pagar cuotas de membrecía (valor anual para mantener la calidad de socio en caso de no utilizar el sistema vacacional) y de servicio (valor adicional por cada semana de utilización del sistema vacacional). La Corte estimó que

⁶⁵ Ana Cañizares Laso, “Control de Incorporación y Transparencia de las Condiciones Generales de Contratación”: *Revista de Derecho Civil*, No. 3 (II semestre): 67-105.

⁶⁶ *Ibíd.*, 74.

tales cláusulas constituirían incrementos del precio convenido, que no se compadecían con las expectativas razonables del adherente, atendida la finalidad del contrato, generando un desequilibrio importante entre las partes.⁶⁷.

En el mismo fallo se decretó la nulidad de la cláusula penal, por ser desproporcionadamente favorable para el proponente. Señala la sentencia "Que las últimas modificaciones introducidas a la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor, permiten ejercer un mayor control del contenido de los contratos de adhesión, con el objeto de evitar las cláusulas abusivas que alteren en forma desproporcionada el equilibrio del contrato y favorezcan irracionalmente al oferente. Estas normas amplían el orden público de protección, estableciendo una enumeración de cláusulas que se consideran abusivas -artículo 16, de las letras a) a la f) y una definición general, en la letra g)-, que permite incorporar otros casos no contemplados expresamente en esa enunciación, por la vía de verificar si existe un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, situación que se vincula, en forma expresa, a la buena fe y a la finalidad del contrato. Para determinar la finalidad del contrato, se ha entendido que se deben examinar las expectativas que el consumidor, razonablemente, podría haberse hecho respecto del contrato, lo que implica que uno de los principales elementos para limitar el contenido abusivo de los contratos por adhesión se encuentra en la noción de defraudación de expectativas del adherente" (Considerando 1°). La sentencia nuevamente sitúa el énfasis en el examen de la proporcionalidad entre los derechos y obligaciones de las partes, criterio que parece ser el determinante para declarar una cláusula como abusiva.⁶⁸

En este sentido, la materialización de la justicia contractual solo puede lograrse mediante la protección efectiva de los derechos de los consumidores, que se fundamenta tanto en el control preventivo como en el control posterior de las cláusulas que integran el contrato, labor que delega el legislador al juez a fin de encontrar el equilibrio entre la libertad de la persona y la justicia del contrato.

Bajo estos parámetros, y de conformidad con las características propias y exclusivas de los contratos de adhesión y de cláusulas generales de la contratación es necesario la implementación y aplicación de las reglas de interpretación específicas para

⁶⁷ Chile: Corte de Apelaciones de Santiago, [Sentencia en materia de protección al consumidor], fallo de 21 de septiembre de 2007.

⁶⁸ *Ibíd.*

este tipo de contratos con el fin de alcanzar la tutela efectiva del consumidor, tema que lo desarrollaremos en el segundo capítulo.

CAPITULO II

REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y LOS VACÍOS QUE PRESENTA LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

1. Aspectos introductorios sobre las reglas de interpretación de los contratos

Interpretar un contrato en sentido general, es determinar el sentido y el alcance de sus estipulaciones. “La interpretación corresponde no sólo ante textos confusos o controvertidos, sino que, en realidad, es necesaria toda vez que se debe desentrañar el significado de los términos empleados por las partes, o sea fijar el alcance exacto de sus diferentes estipulaciones y complementarlas con las disposiciones legales que correspondan de ser necesario”.⁶⁹.

La interpretación de los contratos se refiere a un proceso que busca entender el contrato. Es decir, determinar los verdaderos alcances de las voluntades que han concurrido en la formación del mismo.

Para Díez Picazo y Gullón, la interpretación ha sido definida como: “la actividad dirigida a la determinación del sentido de una declaración negocial y de sus efectos y consecuencias en el orden jurídico, que ha de hacerse de conformidad con unas reglas jurídicas predisuestas”⁷⁰.

Puig Brutau expresa que con la interpretación contractual se pretende determinar, a través de la conducta de cada parte, lo que una y otra han querido, o sea, es la búsqueda de la común intención de las partes contratantes⁷¹.

A su vez Mosset Iturraspe, manifiesta que interpretar un contrato significa observar las manifestaciones, las cláusulas o estipulaciones, para determinar su sentido y alcance.⁷².

Rogel Vide exhibe su criterio, señalando que por interpretación de los contratos se entiende la actividad dirigida a colegir la voluntad de los contratantes a través de los

⁶⁹ Gustavo Ordoqui Castilla, *Interpretación del Contrato en el Régimen Uruguayo* (Montevideo: Instituciones del Derecho Privado, Contratación Contemporánea), 327.

⁷⁰ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón Ballesteros, *Teoría General del Contrato. La relación obligatoria en general. Las relaciones obligatorias en particular* (Madrid, 1977), 60, citado por Grisel Galiano Marital, “La hermenéutica contractual. Apuntes doctrinales y de derecho comparado necesarios para su aplicación”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, (2012): 4, [<http://www.eumed.net/rev/cccss/20/>].

⁷¹ *Ibíd.*, 4.

⁷² *Ibíd.*

diversos signos, declaraciones, e incluso comportamientos empleados para expresarla. Dicha actividad adquiere singular importancia en los casos de discrepancia entre las partes sobre el alcance y significado de los acuerdos habidos entre las mismas. Siendo intérprete por excelencia, a la postre, el juez es el encargado de resolver el conflicto de intereses sometido a su consideración.⁷³

Cristóbal Ojeda Martínez menciona que las reglas de interpretación de los contratos surgen cuando los términos que han utilizado las partes son ambiguos; o cuando siendo claros se vuelven inconciliables con la naturaleza del contrato y con manifiesta intención de las partes; o a su vez cuando las diversas cláusulas hacen surgir las dudas acerca de su alcance. En suma, estas circunstancias hacen necesarias estas reglas para orientar la labor del juez⁷⁴.

Para Jorge Rodríguez Russo, la interpretación del contrato, como la de cualquier otro mandato jurídico, es una exigencia lógica y normativa imprescindible para poder determinar su significado y alcance. Es una actividad que se encuentra pautada por una serie de reglas que constituyen un límite infranqueable a la discrecionalidad del intérprete.⁷⁵

Durante la vida del contrato se presupone la idea de consenso permanente entre las partes que intervienen.

La necesidad de interpretar un contrato surge cuando desaparece ese consenso entre las partes, cuando no hay acuerdo sobre la naturaleza, contenido, alcance o efectos de las declaraciones de voluntad realizadas al tiempo de la celebración del contrato.

Las normas de interpretación de los contratos y de los actos jurídicos de la doctrina y jurisprudencia de países como Italia, España y Perú, son normas jurídicas, que constituyen un mandato u orden del legislador, a fin de limitar la posible arbitrariedad judicial. Así, se ha dicho que las reglas de interpretación “contenidas en las normas de interpretación de los contratos y de los actos jurídicos, de la doctrina y jurisprudencia italiana, española y peruana, considera como verdaderas normas jurídicas, y no como meros consejos dados por el legislador al juez”.⁷⁶

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ Cristóbal Ojeda Martínez, *Compendio de preguntas y respuestas en Derecho Civil Ecuatoriano* (Quito: Primera Edición), 389.

⁷⁵ Jorge Rodríguez Russo, *La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil Uruguayo* (Barcelona: InDret Revista para el análisis del derecho, 2013), 6.

⁷⁶ Federico Videla Escalada, *La interpretación de los contratos civiles* (Buenos Aires: 1994), 46.

La hermenéutica contractual se sustenta en la aplicación de tres principios rectores denominados: el principio de la buena fe, el principio de conservación del contrato; y, el principio de la voluntad o búsqueda de la voluntad real de los contratantes.

La buena fe es un principio interpretativo considerado como la piedra angular en la interpretación de los contratos. Este principio tuvo su mayor desarrollo y aceptación en el ámbito del derecho comercial. En este sector se concebía la buena fe como un estándar de conducta y, como tal, presidía no solo la ejecución, sino la formación e interpretación del contrato.⁷⁷.

Para este principio el comportamiento de las partes contratantes desde el inicio del contrato hasta la etapa de cumplimiento del mismo, debe caracterizarse por un actuar honesto, leal y sin apartarse de las ideas de autorresponsabilidad.

Interpretar un contrato de buena fe quiere decir interpretarlo en forma razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y aplicando la experiencia, a fin de llegar a determinar la intención común de las partes contratantes.

Si existiese duda en la intención común de las partes contratantes, se resolverá haciendo referencia a criterios éticos, prácticas comerciales, valorando con ponderación los intereses de las partes según el tipo de operación de que se trate.

Lo importante está en que la aplicación del principio de la buena fe no se hace para dejar sin efecto lo acordado por las partes, sino que se aplica solamente en forma subsidiaria y cuando lo establecido por aquellas no ha sido suficientemente claro⁷⁸.

Esto significa que antes que atenerse al rigor de las cláusulas contractuales, debe remitirse a la intención de las partes al momento de contratar.

Nuestro Código Civil enuncia este principio en su artículo 1562, Título XII, del Efecto de las obligaciones, al manifestar que: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación...”.

Otro principio, es el de la conservación del contrato, está presente en casi todos los códigos civiles para materia contractual, por ejemplo: el francés, art. 1157; el italiano,

⁷⁷ José Leyva Saavedra, *La contratación en masa y sus reglas de interpretación* (Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2001), 19.

⁷⁸ Gustavo Ordoqui Castilla, *Interpretación del contrato en el régimen uruguayo* (Montevideo: Universidad de la República, Uruguay), 348.

art. 1367; el español, art. 1284; el chileno, art. 1562; el mexicano, art. 1853; el uruguayo, art. 1300; y el peruano, art. 170.⁷⁹.

Para el principio de conservación del contrato, la interpretación debe orientarse a que el contrato o la estipulación controvertida sea eficaz.

En este contexto Grasseti manifiesta: “Cada acto jurídico de significado ambiguo debe, en la duda, ser entendido en su máximo significado útil”⁸⁰.

El principio de conservación del contrato busca la supervivencia del mismo, en mérito de que las partes al efectuar un contrato u obligarse, persiguen una finalidad específica o buscan un efecto jurídico.

El Código Civil ecuatoriano en su artículo 1580 hace referencia a este principio al manifestar que: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”.

Es decir, el contrato debe ser siempre interpretado en el sentido que pueda generar algún efecto jurídico; de forma que, entre una interpretación que conduce a privar al contrato de efectos y otra que le permite producirlos, debe optarse por esta última, ya que solo así, las partes podrán lograr los efectos jurídicos y económicos perseguidos con el contrato⁸¹.

El artículo 1578 del Código Civil ecuatoriano menciona que: “El sentido en que una cláusula pueda surtir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de surtir efecto alguno”.

Para Iván Torres Proaño, este artículo “se relaciona directamente con el principio de que los contratos nacen para ser cumplidos, por lo tanto siempre se preferirá su eficacia a su invalidez, pues por la autonomía de la voluntad, las partes de forma libre y voluntaria optaron por establecer que el contrato tendría efectos jurídicos, y en tal virtud, se debe propender a su ejecución y perfecta finalización”⁸².

Sin embargo, esto puede dar lugar a dos supuestos distintos: la interpretación entre un significado útil y otro inútil debe elegirse en su máximo significado útil; y, la opción entre dos significados útiles, uno máximo y otro mínimo que no puede ser resuelto bajo

⁷⁹ José Leyva Saavedra, *La contratación en masa y sus reglas de interpretación* (Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2001), 18.

⁸⁰ Cesare Grasseti, *Principio de Conservación* (Milán: Enciclopedia del Derecho, 1961), 173.

⁸¹ *Ibíd.*, 20.

⁸² Iván Torres Proaño, *De las obligaciones y los contratos civiles* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015), 260.

el principio de conservación, debe considerar los demás principios y medios interpretativos.

Adicionalmente, es importante destacar que este principio admite una excepción que consiste en no optar por la conservación de una cláusula cuando esto genere la invalidez del contrato en su integridad. Este aspecto se fundamenta en los siguientes argumentos: en primer lugar no es razonable pensar que las partes al insertar una cláusula no han querido nada con aquello; y en segundo lugar, en un acto serio como es paradigma el contrato, no se puede presumir que se haya querido hablar sin decir nada o incorporar una cláusula inútil.

Bajo estas circunstancias, la justificación del principio de conservación de los contratos se fundamenta en que no obstante la imperfección del proceso de formación o de ejecución del contrato, las partes persisten en mantenerlo vigente, pues lo contrario significaría comenzar de nuevo toda una fase negociadora, con la consecuente pérdida de tiempo y dinero.

En los diversos ordenamientos jurídicos existen manifestaciones del principio de conservación del contrato que es menester analizarlas, y pueden ser:

- Nulidad parcial, que es entendida como aquella nulidad que opera sobre una cláusula o elemento del mismo y no sobre la totalidad del contrato.
- Conversión de los contratos nulos, que opera cuando un contrato nulo, en la forma o tipo en que las partes lo han encuadrado, puede ser mantenido como un contrato de tipo distinto, en razón de que contiene los elementos esenciales de este último.
- Interdicción de la arbitrariedad, que significa que los contratantes quedan obligados gracias al contrato, pudiendo exigirse a cada uno el cumplimiento de la conducta pactada, no siendo posible un desistimiento unilateral del contrato, salvo que se hayan dispuesto contractualmente causas de desistimiento permitidas por la Ley.
- Ratificación, con el fin de evitar la nulidad de los contratos, la falta o carencia de título o poder de representación puede subsanarse mediante la ratificación, es decir, mediante la aprobación a posteriori por el dueño del negocio de lo realizado por otro a su nombre y representación.

- Voluntad de las partes, en mérito de conservar el contrato, es frecuente que las partes incluyan en sus contratos una cláusula de salvaguarda con el fin de mantenerlo vigente al contrato en el supuesto de que alguna de sus cláusulas se vea afectadas por la nulidad.
- Arbitraje, que es un medio que permite la conservación de los contratos, a través de una cláusula incorporada en los mismos y se trata de un compromiso consensual de someter a la decisión de uno o varios árbitros la solución de una controversia.

Y por último el principio de la voluntad o búsqueda de la voluntad real de los contratantes, que se basa en la regla que recomienda tomar en cuenta lo que se quiere, más que lo que se dice. Para este principio la interpretación debe orientarse a indagar y encontrar la real voluntad de las partes contratantes, o la común intención de las mismas⁸³.

La indagación debe hacerse sobre el comportamiento de las partes que presidió a la formación y celebración del contrato; es decir, sobre la voluntad histórica, la que sirvió de base para la estipulación del contrato, no la voluntad que las partes puedan tener en un momento posterior.

Al respecto Díez-Picazo explica que: Esta valoración no recae sobre la voluntad u otros elementos psíquicos, sino sobre el contenido contractual, que es un material objetivo de interpretación. En este material hay que buscar lo que las partes contratantes han querido y quieren efectiva y comúnmente, no lo que muestra querer aparente e individualmente. Es decir, que más importante que conocer la voluntad individual, es conocer la voluntad común de las partes contratantes⁸⁴.

El código Civil ecuatoriano, en su artículo 1576, establece: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”

La aplicación de estos principios básicos para la interpretación en el derecho común se halla edificada sobre la idea de contrato como obra común de la voluntad y de la libertad contractual, situadas en pie de igualdad.

Este esquema tradicional, que corresponde al paradigma liberal de contrato, resulta difícilmente aplicable a los contratos de adhesión o contratos predispuestos por una de

⁸³ *Ibíd.*, 20.

⁸⁴ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (Madrid: Editorial Civitas, 1996), 396.

las partes, puesto que la otra parte participa únicamente mediante su aceptación o rechazo. Las condiciones de libertad y de voluntad de la otra parte se ven notoriamente disminuidas.

En este sentido, en los contratos de adhesión y contratos con condiciones generales, se reduce la importancia de los tradicionales criterios hermenéuticos, en cuanto están orientados a descubrir la común intención de los contratantes.

En los contratos de adhesión y contratos con condiciones generales, se disminuye y se desdibuja la común intención, porque no tendría sentido averiguar por ese querer mutuo a sabiendas de que el contenido del contrato refleja predominantemente la voluntad del empresario.

Sin embargo de lo anotado, en nuestro ordenamiento jurídico, se han mantenido vigentes las reglas de interpretación clásicas contenidas en el Código Civil para los contratos de adhesión y contratos con condiciones generales de contratación.

2. Aspectos específicos de la interpretación en contratos de adhesión con consumidores

Los contratos de adhesión con cláusulas generales de contratación, por el mismo hecho de responder a un formato distinto de celebración, como ha quedado evidenciado en el primer capítulo, han obligado que tanto la doctrina como la legislación comparada construyeran un conjunto de reglas de interpretación complementarias a las elaboradas para los contratos comunes o negociados.

Diversas legislaciones tienen normas legales que establecen reglas específicas para la interpretación de los contratos de consumo, sin embargo la legislación ecuatoriana no posee dichas reglas específicas.

2.1. Interpretación sistemática

La interpretación sistemática es aquella que busca extraer del texto de la norma un significado cuyo sentido este conforme con el contenido total del ordenamiento al que pertenece. La interpretación se alcanza visualizando al conjunto total de normas del que forma parte.

Un precepto o una cláusula nunca deben interpretarse de manera aislada, se debe contemplar el conjunto de cláusulas que forman parte del ordenamiento o del contrato en análisis.

Esto se fundamenta en que el sentido de una norma no solo está dado por los términos que la expresan y su articulación sintáctica, sino por su interrelación con las otras normas que forman el todo.

Las normas jurídicas no pueden ser comprendidas fuera del contexto al que pertenecen. El sentido de un enunciado normativo muchas veces es completado por otros enunciados pertenecientes al mismo ordenamiento o a uno distinto. En rigor la interpretación de las normas jurídicas no puede hacerse sobre la base del aislamiento de los enunciados⁸⁵.

La explicación de la vinculación de una norma y las demás del mismo ordenamiento o entre una cláusula y el resto del contrato, se encuentra en que las primeras, que forman parte de un todo, no pueden tener un significado distinto de las demás y mucho menos contradictorio. El conjunto de preceptos o de estipulaciones no se concibe como una simple acumulación o agregado de disposiciones, sino como un verdadero sistema. La interpretación sistemática conduce a entender la norma particular en función y de conformidad con el contexto general.⁸⁶

Mosco, citado por Rodríguez Russo, expresa que el principio de interpretación sistemática tiene un doble fundamento: por un lado se encuentra la relatividad del sentido de las palabras, que es por naturaleza variabilísimo; y por otro, el canon de la totalidad de la interpretación, que parte de la premisa que el todo del discurso, como de cualquier manifestación del pensamiento, es generado por un único espíritu, y de dicha premisa se extrae como consecuencia la necesidad de recabar y de entender cada elemento singular en función del todo del cual es parte integrante.⁸⁷

Para la doctrina uruguaya el principio de totalidad o coherencia es una pieza fundamental del sistema de interpretación del contrato, según el cual, para determinar el sentido de la común intención, es necesario considerar la relación existente entre todas

⁸⁵ Antonio Piccato Rodríguez, *Teoría del Derecho* (México: IURE Editores, 2006).

⁸⁶ Victor Emilio Anchondo Paredes, *Métodos de Interpretación Jurídica* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM), 10

⁸⁷ Luigi Mosco, *Principi sulla interpretazione dei Negozi Giuridici* (1952), 109, citado por Jorge Rodríguez Russo, "La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil Uruguayo", *Revista para el análisis de Derecho*, (2013), 18.

las partes del contrato y su vinculación con el todo que los engloba. La estrecha relación entre las partes y el todo constituye un vínculo que abarca no solo el texto del contrato, interpretación gramatical, sino también otros comportamientos de los contratantes⁸⁸.

En este sentido como lo señala nuestro Código Civil en su artículo 1580, cuando manifiesta: “...dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”, en caso de duda puede recurrirse a una interpretación del contexto general, o sea del contrato en su conjunto, dejando a un lado interpretaciones aisladas. Esto significa que las cláusulas deben ser interpretadas las unas por medio de las otras, otorgando a cada cláusula el sentido que resulte del contexto general del contrato.

Para Gustavo Ordoqui Castilla, “el contrato no es una suma de cláusulas, sino un conjunto orgánico y sistemático de cláusulas. Conforme a esta fórmula, el contrato es un todo integral indivisible que cuenta con un único sentido y espíritu. Al igual que lo que sucede con un rompecabezas, cada pieza es necesaria para la visión del conjunto”⁸⁹.

Messineo con respecto a los contratos manifiesta que deben ser tomados como un todo coherente, ya que no se trata de una suma o adición de cláusulas sino de un conjunto orgánico⁹⁰.

En esta perspectiva la interpretación sistemática parte de la unidad lógica del contrato; es decir, las cláusulas contractuales forman un todo indivisible. Y es en este sentido que se debe proceder a su interpretación.

Dentro de la interpretación sistemática podemos encontrar entre otras, las reglas de prevalencia, de la condición más beneficiosa y de la cláusula más relevante, que se explican posteriormente.

Para Jorge Rodríguez Russo, la existencia de las reglas antes mencionadas en modo alguno significa una exclusión de las reglas previstas por el Código Civil para la interpretación de los contratos en general, al contrario constituyen mecanismos específicos acordes a la materia donde habrán de operar.

Pese a que la ley ecuatoriana de Defensa del Consumidor no lo incorpora en su texto, es importante su estudio, ya que constituyen criterios específicos que ayudan a

⁸⁸ Juan Blengio, *Ambito subjetivo de aplicación de la ley de relaciones de consumo desde la perspectiva de la noción de consumidor y la viabilidad de su extensión analógica* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000), 457.

⁸⁹ Gustavo Ordoqui Castilla, *Interpretación del contrato en el Régimen Uruguayo* (Montevideo: Instituciones de Derecho Privado. Contratación Contemporánea), 354,5.

⁹⁰ Francesco Messineo, *Doctrina General del Contrato*, (1986), 107, citado por Gustavo Ordoqui Castilla, *Interpretación del contrato en el Régimen Uruguayo* (Montevideo: Contratación Contemporánea), 355.

superar las discrepancias o contradicciones generadas entre dos cláusulas de un mismo contrato. Su aplicación se orienta a las especificidades de la materia donde operan. Por ejemplo, desigualdad de poder negocial de las partes, predisposición unilateral de las cláusulas, debilidad del adherente como destinatario final de los productos o servicios, etc.

2.1.1 Regla de prevalencia

La regla de la prevalencia es considerada como una de las primeras reglas hermenéuticas, que manifiesta: “cuando exista discrepancia entre el contenido de una cláusula general y el de una cláusula particular habrá de estarse a lo que disponga esta última”⁹¹.

El fondo de esta defensa se sustenta en que las condiciones particulares pueden expresar de mejor manera la voluntad de las partes contratantes al manifestar que: “El fundamento de esta regla se encuentra en la idea que las cláusulas particulares reflejan mejor la voluntad común de las partes contratantes que las cláusulas generales”⁹².

Esta regla se encuentra definida en el artículo 6 apartado 1 de la Ley española 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, que manifiesta: “Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares”⁹³.

Bajo estos parámetros, es importante establecer cuando una condición es *particular*. Se manifiesta que será condición particular la que se incluya dentro de un contrato de forma específica únicamente para ese tipo de contrato.

La función que desempeñan las cláusulas particulares es la individualización del contrato, de forma que serán redactadas para cada caso en concreto, determinando las circunstancias que concurren en el contrato (por ejemplo, límites del valor asegurado,

⁹¹ Xavier O’Callaghan, *Control y requisitos*, citado por José Leyva Saavedra, “La contratación en masa y sus reglas de interpretación”, 6.

⁹² Vito Rizzo, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa* (1983), 269, citado por José Leyva Saavedra, “La contratación en masa y sus reglas de interpretación”, 6.

⁹³ Artículo 6 apartado 1 de la Ley española 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, citado por Jorge Rodríguez Russo, “La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil Uruguayo”, *Revista para el análisis del Derecho*, (2013): 20.

personas que intervienen en la relación, descripción de los bienes sobre los que recae el interés asegurado, etc).⁹⁴. La condición particular única y exclusivamente cobra sentido en ese tipo de contrato.

Por consiguiente, las condiciones particulares, cumplen la función adaptarse a las peculiaridades y necesidades específicas de cada caso. De ahí que pueden ser redactadas de común acuerdo. Las condiciones particulares también pueden estar preredactadas e impuestas adaptándolas a cada caso en concreto.

En cambio, las condiciones generales son insertadas en un contrato de manera indistinta, en el sentido de que pueden aplicarse a una variedad de anteriores y futuros contratos, adquiriendo sentido en todos ellos.

El principio fundamental de la regla de prevalencia, parte del supuesto de que las condiciones particulares expresan de mejor manera la voluntad de las partes contratantes que las condiciones generales. De alguna manera es atinado suponer, que las partes concedan mayor importancia a las cláusulas previstas específicamente para ese contrato que las predispuestas por el empresario para la generalidad de contratos.

Para la ejecución de esta regla, es preciso que concurren dos elementos que son: que exista una discordia entre una condición general y una particular; y, que a su vez ambas cláusulas posean eficacia jurídica.

En lo que se refiere a la discordia, no es imprescindible que sea directa y abierta, sino que es suficiente con que la condición general de alguna manera pueda alterar los derechos y obligaciones establecidos en las condiciones particulares. En lo que se refiere a la eficacia jurídica significa que las dos deben ser eficaces puesto que si la una no es, ya no hay conflicto⁹⁵.

En este sentido no se puede perder de vista, en cuanto a las cláusulas que deben prevalecer en un contrato, deben ser las que mejor reflejen la voluntad de las partes contratantes. No se puede soslayar que en los contratos de adhesión las cláusulas particulares también pueden ser predispuestas e incorporadas a una diversidad de contratos. Por lo tanto como castigo para el responsable de la contradicción, se ha

⁹⁴ Fernando Sánchez Calero, *Comentarios a la Ley 50/1980, y a sus modificaciones*. (Madrid: Aranzadi, 2010), 111.

⁹⁵ José Leyva Saavedra, *La contratación en masa y sus reglas de interpretación*. (Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2001), 7.

dispuesto que se favorezca a quien no participó en la elaboración de dichas cláusulas, es decir al adherente.

Para Stella Richter “la prevalencia de las cláusulas negociadas sobre las predispuestas deriva de una mera exigencia lógica; la cláusula efectivamente acordada, y por ende querida por ambas partes, debe primar sobre aquella no contratada en modo alguno, por haber sido preventiva y unilateralmente predispuesta”⁹⁶.

Esta autora parte del principio de que las cláusulas negociadas de alguna manera revelan la libre voluntad de las partes, en contraste con las cláusulas predispuestas que son impuestas de forma unilateral por el empresario.

En la misma línea Messineo expresa que, “la razón de esta prevalencia hay que buscarla en el hecho de que el agregar cláusulas es un indicio de una voluntad contractual concreta que se sobrepone y supera a la impersonal y abstracta contenida en el formulario”.

En el caso ecuatoriano si bien no existe una norma expresa que establezca la interpretación pro consumidor, sin embargo la Ley orgánica de Defensa del Consumidor en el artículo 1, del capítulo I, de los Principios Generales textualmente manifiesta: “...En caso de duda en la interpretación de esta Ley, se la aplicará en el sentido más favorable al consumidor.”

Es decir nuestra legislación en la Ley de Defensa del Consumidor, si bien no se refiere a la contradicción entre cláusulas generales y cláusulas particulares, aplica el criterio de prevalencia en el sentido de favorecer al consumidor, catalogado como la parte débil del contrato.

En este contexto, es importante hacer referencia a una sentencia de un contrato de seguro emitido por la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana y publicada en el Registro Oficial 562, de 24 de abril de 2002, que rechazó el recurso de casación en mérito de que en la legislación nacional no existía norma que permita que prevalezca una condición particular sobre una general, al expresar que: “en cuanto a las reglas de interpretación sobre las condiciones generales y las condiciones particulares a que alude, tampoco las establecen, resultando equivocado sostener que las particulares tengan prelación acerca de las generales”.

⁹⁶ Stella Richter, “*Il principio di conservazione del Negozio Giuridico* (1997), 1040,1, citado por Jorge Rodríguez Russo, “La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil Uruguayo”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, (2013), 21.

No así la sentencia del 11 de abril de 1991, del Tribunal español que dentro de su normativa contiene las regulaciones referentes a condiciones generales y particulares, al manifestar que: “Las condiciones generales... constituyen el marco sobre el que han de adecuarse los pactos que recaigan sobre las condiciones particulares, ya que es sobre aquellas que puede recaer la vigilancia de la Administración Pública para un más justo y equilibrado establecimiento del nexo obligacional de las partes, dada la naturaleza de estos contratos denominados de adhesión”.

2.1.2 Regla de la condición más beneficiosa

Esta regla refleja una cierta limitación a la regla de la prevalencia, puesto que manifiesta que cuando una condición general sea más beneficiosa para la parte adherente que la condición particular, será aquella la que prevalecerá. La explicación es que en los contratos de adhesión las cláusulas particulares también pueden ser predisuestas e incorporadas a una diversidad de contratos, razón por la cual en caso de existir un conflicto entre cláusulas particulares y generales de un contrato de adhesión, debieran prevalecer, aquélla que más beneficie al adherente y eliminar aquellas que le puedan ser perjudiciales.

En este sentido “el artículo 6.1 de la Ley de Condiciones Generales de contratación española, ha incorporado una excepción a la regla de la prevalencia, al establecer que el criterio de la condición más beneficiosa se aplicará aún cuando ésta se encuentre incorporada dentro de las generales y por oposición a una cláusula particular”⁹⁷.

Para algunos, tal vez hubiera resultado más acertado limitarse a aquellas cláusulas que no hubieran sido negociadas, puesto que lo contrario significa en los hechos proteger al sujeto más allá de lo que él mismo quiso hacerlo, al negociar y convenir las condiciones particulares.⁹⁸

Desde mi perspectiva esta regla plantea dificultades en su aplicación, ya que no siempre se podrá aplicar los dos a la vez, es necesario elegir entre el uno y el otro. Mientras él un criterio defiende la aplicación de la condición más beneficiosa,

⁹⁷ María Laura Estigarribia Bieber, *Interpretación de los contratos evolución de sus principios*, 26-27.

⁹⁸ María Laura Estigarribia Bieber, *Interpretación de los contratos evolución de sus principios*, 28.

independientemente de si general o particular, en el otro criterio prevalece la condición particular sobre la general en mérito de la negociación.

En este sentido, el artículo 6.1 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación española no se limita a establecer un mero criterio jerárquico entre los dos tipos de cláusulas, sino que ofrece una verdadera regla de interpretación en pro del adherente. Por consiguiente, la contradicción entre una cláusula particular y una cláusula general se resolverá interpretando cada una de ellas, conforme a una interpretación general del contrato, desde la perspectiva de la protección del adherente y, como resultado de esa labor de interpretación, prevalecerá la cláusula que sea más beneficiosa para él.

En el caso ecuatoriano no existe una norma expresa que establezca la regla de la condición más beneficiosa para el adherente o consumidor, sin embargo el Código Civil Ecuatoriano, Título XIII, de la Interpretación de los Contratos, en el artículo 1582, textualmente manifiesta: “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor”.

En este punto es necesario referirnos al *favor debilis*, considerado como un principio de aplicación que ha servido de pauta interpretativa a todo tipo de relaciones jurídicas, llámese laboral, penal, protección del consumidor, etc. Finnis afirma que el *favor debilis*, es un principio general del derecho que permite que al “estimar los efectos jurídicos de supuestos actos jurídicos, los sujetos débiles han de ser protegidos de su debilidad”⁹⁹.

“Este principio ha sido acuñado históricamente a partir del *favor debitoris*, como un modo de atenuar las obligaciones pecuniarias cuando el centro del sistema jurídico estaba puesto sobre la persona, en la época que era posible ejercitar la fuerza sobre el deudor y su familia, pudiendo el acreedor obligarlos a trabajar para sí”¹⁰⁰.

Posterior el *favor debilis* se expandió a otras disciplinas, como por ejemplo a la protección del consumidor, en los casos de oscuridad de redacción de las cláusulas a cargo del predisponente, al respecto la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, art. 5, menciona: “En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar

⁹⁹ John Finnis, *Ley natural y derechos naturales* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000), 315.

¹⁰⁰ Ricardo Lorenzetti, *Consumidores* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003), 13.

redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor”.

Ley orgánica de Defensa del Consumidor, artículo 1, capítulo I, de los Principios Generales que textualmente manifiesta: “...En caso de duda en la interpretación de esta Ley, se la aplicará en el sentido más favorable al consumidor.”

Esta normativa torna viable la aplicación de la regla de la condición más beneficiosa en el sentido de que al existir contradicción entre cláusulas generales y particulares se interpretará como menciona el código civil a favor del deudor o en el sentido más favorable al consumidor, independientemente de si se trata de cláusulas generales o particulares.

2.1.3 Regla de la cláusula más relevante

La regla de la cláusula más relevante “se aplica cuando existe contraste entre distintas condiciones generales, debiendo prevalecer la de mayor importancia o relevancia dentro de la economía del contrato, la que más directamente concierna a la esencia de las prestaciones emergentes, la que mejor define la posición jurídica de las partes”¹⁰¹.

A diferencia de la regla de la prevalencia y de la regla de la condición más beneficiosa, que se aplica cuando existen contradicciones entre cláusulas predispuesta y negociadas, en el caso de la regla de la cláusula más relevantes, se aplica cuando existe un conflicto entre las distintas condiciones generales, debiendo elegirse la de mayor trascendencia dentro del contexto del contrato.

Para Díez-Picazo, mediante esta regla “se trata de otorgar importancia decisiva a las cláusulas de mayor trascendencia en la economía del contrato o a aquellas que establecen el núcleo central de las prestaciones contractuales”¹⁰².

¹⁰¹ Gil Rodríguez, *Manual de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones. Responsabilidad Civil. Teoría General del contrato* (Madrid, 1996), 607, 8, citado por Jorge Rodríguez Russo, “La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, (2013), 26

¹⁰² Luis Díez-Picazo, (1996, pp. 413), citado por Jorge Rodríguez Russo, La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Octubre 2013.

La regla de la cláusula más relevante lo que intenta es resolver las controversias que puedan originarse por el conflicto entre dos cláusulas generales. Para alcanzar la resolución de esta controversia la doctrina ha propuesto dos posibles soluciones:

La primera que radica en escoger entre dos cláusulas en conflicto, la que sea más particular; es decir aquella que manifieste una regulación especial frente a la otra que sea relativamente más general; y,

La otra que consiste en no considerar la extensión analógica de la regla de la prevalencia y examinar la voluntad de las partes, eligiendo cuando sea posible determinar, la cláusula general que objetivamente tuviera mayor importancia.¹⁰³

Para aplicar la regla de la cláusula más relevante se debe analizar el contrato en un contexto general, partiendo de las características del programa contractual requerido por los contratantes. De la función misma del negocio. Del funcionamiento de la operación económica específica. A fin de interpretar la esencia de la posición jurídica de las partes dentro del contrato.

En este contexto, se menciona que: “para las partes contratantes el factor determinante de la decisión de contratar está en la consideración de las prestaciones sustanciales del negocio, de modo que lo razonable es que en caso de discordancia entre dos o más cláusulas deba primar la más relevante”¹⁰⁴; es decir juega un papel fundamental el análisis global del contrato y la actividad económica específica.

2.2. Interpretación contra *proferentem*

La regla de la interpretación contra *proferentem* es una consecuencia del principio de la buena fe, como lo expresa Diez Picazo, los contratos deben interpretarse de acuerdo con la buena fe¹⁰⁵. La cual es considerada como un estándar de conducta imprescindible y necesaria en materia contractual.

De esta manera, en materia de hermenéutica de los contratos el autor llega a las siguientes conclusiones:

¹⁰³ José Leyva Saavedra, *La contratación en masa y sus reglas de interpretación* (Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2001), 9.

¹⁰⁴ Jorge Rodríguez Russo, *La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo*, InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, Octubre 2013, 26.

¹⁰⁵ Luis Diez Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 260.

Los contratos han de ser interpretados suponiendo una lealtad y una corrección en su misma elaboración. Es decir, entendiendo que las partes al redactarlos quisieron expresarse según el modo normal propio de gentes honestas y no buscando confusiones deliberadas u oscuridades.

La buena fe además de un punto de partida ha de ser también un punto de llegada. El contrato debe ser interpretado de manera que el sentido que se le atribuya sea el más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales, y para llegar a las consecuencias contractuales exigidas conforme a las normas éticas.

La buena fe impone también la aplicación de las ideas de confianza y de autorresponsabilidad en la interpretación. Si una de las partes, con su expresión o su declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración; esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso.

En el ámbito de los contratos de adhesión con cláusulas generales de contratación, la regla de interpretación contra *proferentem*, emana del contexto de supremacía que tiene el predisponente, como creador unilateral de los contratos de adhesión, frente a un consumidor cuya opción es aceptar o no dicho contrato.

Para Rubén y Gabriel Stiglitz, “se trata de una aplicación del principio que impone la obligación de *clare loqui*, de hablar claro”¹⁰⁶. En otras palabras “significa que aquel que tuvo la posición dominante que le otorga la facultad de establecer las cláusulas negociales tiene el deber de ser claro y de no incurrir en abusos. Si contraviene estos últimos mandatos, deberá hacerse cargo de las consecuencias, que importan que la interpretación sea hecha en su contra”¹⁰⁷.

Este principio implanta la responsabilidad del predisponente de establecer claramente las cláusulas de contratación con el fin de no extralimitarse, porque de lo contrario, la interpretación que se realice de las mismas se efectuará en su contra. Fomenta el deber de hablar claro.

José Ramón López Gallardo dice al respecto que:

¹⁰⁶ Rubén y Gabriel Stiglitz, *El control de las cláusulas contractuales predispuestas en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial. Derecho del Consumidor Nro. 2*, pag. 42, Juris, Rosario, 1992, citado por María Laura Estigarribia Bieber, *Interpretación de los contratos evolución de sus principios*, Universidad Nacional del Nordeste, Argentina, 18.

¹⁰⁷ María Laura Estigarribia Bieber, *Interpretación de los contratos evolución de sus principios*, Universidad Nacional del Nordeste, Argentina, 19.

La razón legal de esta regla es que el predisponente cumpla con su obligación de expresarse claramente en la redacción de este tipo de contratos, asumiendo las consecuencias en caso de no verificarlo. Por tanto, esta regla establece una distribución del riesgo contractual con el objeto de asegurar que el adherente que no ha participado en la elaboración del contrato no tenga por qué compartir los riesgos de una defectuosa declaración contractual. De esta forma, esta regla cumple dos funciones esenciales: la primera, equilibrar la relación distribuyendo adecuadamente los riesgos de ambigüedad en la declaración y la segunda estimular al predisponente a expresarse claramente sancionándole en caso de que no lo haga¹⁰⁸.

La regla obliga al predisponente a actuar de buena fe, expresarse claramente, ya que de lo contrario será sancionado; y, a la vez exonera al adherente de compartir los riesgos de una incorrecta declaración contractual, puesto que no participó en la elaboración del contrato.

En nuestro Código Civil el artículo 1562, Título XII, del Efecto de las obligaciones, al manifestar que: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación...”.

2.2.1 La regla contra *proferentem* e interpretación a favor del consumidor

La regla contra *proferentem*, como lo expresa Gamarra, “...es un principio generalmente aceptado, prescribe que en caso de duda debe elegirse la interpretación más favorable para el consumidor”¹⁰⁹. “El fundamento de esta regla se apoya en el principio de auto responsabilidad del sujeto que realiza una declaración de voluntad, pues al realizarla, el sujeto tiene la obligación de expresarse claramente, por lo que si no lo hace deberá cargar con las consecuencias y consentir que la duda se resuelva en su contra”¹¹⁰.

¹⁰⁸ José Ramón López Gallardo, *La doctrina jurisprudencial sobre la regla de interpretación contra proferentem o contra stipulatorem*, 2.

¹⁰⁹ Jorge Gamarra, (2009, p. 72), citado por Jorge Rodríguez Russo *La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo*, InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, Octubre 2013, 33

¹¹⁰ Ignacio Monge Dobles, *Consentimiento electrónico y la regla de interpretatio contra stipulatorem*, Revista Judicial, Costa Rica, No. 108, 2013, 21.

Según esta regla que tiene su origen en el derecho romano¹¹¹, las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra. Así enunciada la regla parece una sanción a la parte redactora de las cláusulas; sanción que consiste en no ser favorecido con la interpretación del contrato¹¹².

De lo expresado, se observa claramente la protección a la parte adherente contra la posible arbitrariedad de la parte redactora de la cláusula y causante de la oscuridad. Se busca que el predisponente redacte las cláusulas utilizando un lenguaje claro y sencillo, de lo contrario se entenderá que lo que se pretende es dar otro significado a la mencionada cláusula.

Como lo menciona José Leyva Saavedra:

El fundamento de esta regla, que ha encontrado amplia aplicación por la jurisprudencia comparada en la interpretación de los contratos celebrados por adhesión y los estipulados sobre la base de cláusulas generales de la contratación, se basa en el principio de autorresponsabilidad del sujeto que realiza una declaración de voluntad. Al realizarla, el sujeto tiene el deber de expresarse claramente, por lo que si no lo hace debe cargar con las consecuencias y consentir que la duda se resuelva en contra suya. Esta regla establece, por ende, una distribución equitativa del riesgo contractual; lo que significa que la parte adherente, al no haber participado en la elaboración de las cláusulas contractuales, no tiene porque compartir los riesgos de una defectuosa declaración contractual¹¹³.

Por lo tanto, lo que la regla busca es atribuir los riesgos de una defectuosa declaración a quien lo elaboró y adicionalmente incentivar a esta parte de la relación contractual a expresarse claramente, ya que de lo contrario su actitud será sancionada con una interpretación en su contra.

La finalidad de esta regla es evitar que con un comportamiento contrario a la buena fe, se pretenda que la parte que redacta unilateralmente el contrato pueda sacar ventaja

¹¹¹ “Esta regla tiene su origen en el modo romano de contratar, concretamente en la *stipulatio*, en la cual la iniciativa de la declaración contractual correspondía a aquella parte en cuyo favor se crea una obligación, mientras que a la contraparte le correspondía solamente asentir. Era, pues, una regla de protección del deudor que rezaba: *in ambiguis contra stipulatorem*. Véase ALFARO, La interpretación, cit., pag. 49; BARREIRA, Empresas, cit., pág. 67”, citado por José Leyva Saavedra, La contratación en masa y sus reglas de interpretación, Universidad Nacional de Cajamarca, publicada en Actualidad Jurídica, Lima, 2001, tomo 90, 10.

¹¹² Luis Díez -Picazo, Fundamentos, cit., pag 399, citado por José Leyva Saavedra, La contratación en masa y sus reglas de interpretación, Universidad Nacional de Cajamarca, publicada en Actualidad Jurídica, Lima, 2001, tomo 90, 10.

¹¹³ Federico De Castro, El negocio jurídico, cit., pag. 88; Alfaro, La interpretación, cit., pag. 50, citado por José Leyva Saavedra, La contratación en masa y sus reglas de interpretación, Universidad Nacional de Cajamarca, publicada en Actualidad Jurídica, Lima, 2001, tomo 90, 11.

de la ambigüedad de las cláusulas redactadas, debiendo soportar el riesgo de este posible defecto.

El redactor unilateral de las cláusulas contractuales dispone de los medios necesarios a fin de impedir una redacción ambigua de las mismas, y al no llegar a concretarlo, correrá con los riesgos jurídicos que impliquen su negligencia, mala fe o falta de cuidado en su elaboración.

Ignacio Monge menciona que, “la regla de interpretación cumple tres funciones básicas en el marco de la contratación en masa:

a) Una función de distribución equitativa del riesgo contractual derivada de la formulación ambigua, dudosa u oscura del clausulado;

b) Otra de protección al adherente al cargar el predisponente con el riesgo derivado de una dudosa redacción; y,

c) Una función de prevención y estímulo a los proponentes a fin de que redacten sus cláusulas con el mayor grado posible de claridad y transparencia, bajo pena de soportar los inconvenientes en caso de incumplimiento”¹¹⁴.

Para Javier Rodríguez Olmos, la regla sigue siendo conservada en las codificaciones y ha sido introducida en las reformas o en la legislación especial que tienen por objeto la protección de los consumidores. Sin embargo, continúa sufriendo cambios relevantes, especialmente desde que en las legislaciones más avanzadas sobre condiciones generales de contratación y en las recientes en tema de derecho de consumidor han sido incluidos mecanismos de control judicial sobre el contenido del contrato¹¹⁵.

Las diversas legislaciones del mundo han introducido codificaciones y elaborado reformas en sus respectivas legislaciones con el objeto de proteger a sus consumidores, adicionalmente en las legislaciones más avanzadas ya se han introducido mecanismos de control judicial de las denominadas condiciones generales de contratación.

¹¹⁴ Ignacio Monge Dobles, *Consentimiento electrónico y la regla de interpretatio contra stipulatorem*, Revista Judicial, Costa Rica, No. 108, 2013, 21.

¹¹⁵ Javier M. Rodríguez Olmos, “Contexto y construcción de la regla “interpretation contra proferentem” en la tradición romanística, Aspectos histórico - comparativos de un principio de interpretación contractual”, Revista de Derecho Privado, Nro. 14, 2008, 105.

El Código Civil ecuatoriano en su artículo 1582, recoge esta regla de interpretación al manifestar que: “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor”. En concordancia con la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en el Capítulo I, de los Principios Generales al expresar que: “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.”

Sin embargo, en el Ecuador no existe una norma específica atribuible a los contratos no negociados que sumada a las reglas de interpretación tradicionales coadyuve a una real y eficaz protección de los consumidores que se ven afectados por condiciones abusivas en la contratación.

Para ilustrar lo manifestado, es necesario hacer referencia a la Sentencia del 4 de noviembre de 2011, emitido por la Sala Civil de Casación de la Corte Suprema de Justicia colombiana que expresa:

Para no ahondar en fatigosas y complejas disquisiciones, que no vienen al caso, sea oportuno resaltar que en punto del discernimiento de las estipulaciones predisuestas la importancia de los tradicionales criterios hermenéuticos de índole subjetiva (particularmente la norma del artículo 1618 del Código Civil), en cuanto están enderezados a descubrir la común intención de los contratantes, se atenúan y desdibujan, cabalmente, porque no tendría sentido indagar por ese querer mutuo a sabiendas que el contenido del contrato refleja predominantemente la voluntad del empresario; por el contrario cobran especial relevancia, algunas pautas objetivas, particularmente, la regla *contra proferentem*, que abandona el carácter subsidiario que se le atribuye en el ámbito de los contratos negociados, para pasar a convertirse en un principio de aplicación preponderante.

Igualmente, como los contratos de adhesión presuponen un alto grado de confianza del adherente en la estipulación que se le ofrece, la cual ha de estar precedida por el cabal cumplimiento de los deberes de corrección, lealtad y, especialmente, de claridad que pesan sobre el proponente, es atinado colegir que el alcance que corresponde a las cláusulas predisuestas es el que de manera razonada le hubiere atribuido al adherente promedio. Esto es, que siguiendo los mandatos de la buena fe, la estipulación deberá ser entendida desde el punto de vista del destinatario, como lo harían las personas honestas y razonables.

Es palpable, entonces, que las disposiciones contractuales deberán comprenderse en su acepción corriente o habitual, a menos que las partes hubiesen previsto asignarle un sentido distinto, concretamente, el técnico o científico que les corresponda.

2.3 Conservación del contrato e interpretación a favor del consumidor

Para Grassetti, el principio de la conservación del contrato es en todo el orden jurídico, “en cuanto responde a una exigencia general de economía y a una presunción de seriedad en los casos en que se emite una declaración de voluntad”¹¹⁶. Por su parte Pothier manifiesta: “Cuando una cláusula es susceptible de dos sentidos, se debe más bien entenderla conforme al que ha podido tener efecto, que no según aquel sentido que daría por resultado no ser posible estipulación alguna”¹¹⁷.

Es decir, que cuando una cláusula contractual era susceptible de ser interpretada en dos orientaciones, debía entenderse en aquella que pudiera tener efectos válidos y no en el sentido que le hiciese carecer de efectos. En caso de dudas, la interpretación siempre debe ser a favor de la validez del contrato, claro está, cuando existen dudas o dos cláusulas que pueden ser entendidas en sentido contrario.

En tales circunstancias, se asume que las personas que deciden intervenir en un contrato lo que buscan es lograr un efecto práctico y un efecto jurídico. Ningún sujeto se obliga sin razón, sin buscar algo. Es deber del intérprete buscar la verdadera finalidad y el sentido de la declaración, de forma que pueda visualizar la utilidad y el efecto social o económico para las partes intervinientes en el contrato.

En cuanto a este principio Diez-Picazo, menciona que hay que distinguir dos supuestos:

- a) La opción en vía hermenéutica entre un significado útil y otro inútil, que hay que decidir en el sentido de la preeminencia de la validez.
- b) La opción entre dos significados útiles, uno máximo y otro mínimo que no puede ser resuelta con arreglo a ideas sobre el principio de conservación, sino poniendo en juego los demás principios y medios interpretativos¹¹⁸.

El principio de conservación del contrato en lo que atañe a la interpretación, se refiere textualmente solo a las cláusulas y no al contrato en su conjunto. Sin embargo, el fin último de este principio es extender la norma al contrato entero, partiendo de que “si

¹¹⁶ Cesare Grassetti, “*Conservazione*” en *Enciclopedia del Diritto*, 173, citado por Gustavo Ordoqui Castilla, “Interpretación del contrato en el régimen uruguayo”, *Instituciones del Derecho Privado. Contratación Contemporánea*: 349.

¹¹⁷ Robert Joseph Pothier, *Tratado de las obligaciones* (Paris: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003), 60.

¹¹⁸ Luis Diez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (Madrid: Editorial Civitas, 1996), 396.

al Derecho le interesa el mantenimiento de un pacto o estipulación, con mayor razón debe interesarle el mantenimiento de todo el negocio jurídico¹¹⁹.

Para Pérez Gallardo, “el principio de conservación del contrato tiene como función salvar la eficacia del contrato y que las partes obtengan el fin económico perseguido. Con su aplicación, se logra que en caso de duda de si una cláusula contractual es o no válida, se prefiera la comprensión que le brinde validez a la misma, y ello aún cuando la duda exista frente a todo el contrato”¹²⁰.

Lo que busca el principio de conservación del contrato, es que cuando haya dudas sobre el verdadero sentido de las estipulaciones, el intérprete debe analizar el contrato de una forma integral, con el fin de conservar el acto jurídico.

Nuestro Código Civil en el artículo 1580 hace referencia a este principio al manifestar que: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”.

Es importante destacar la sentencia colombiana de 28 de febrero de 2005, expediente 7504, que en cuanto a la conservación del contrato manifiesta: “ciertamente la exigencia a ultranza de la decisión del juez para que pueda hablarse de nulidad, constituye característica positiva de nuestro sistema, que no acepta la posibilidad de que un negocio jurídico sea ineficaz.

2.4 Hacia la incorporación de reglas especiales de interpretación de los contratos de adhesión con consumidores

El paradigma del sistema tradicional fundamentado en el contrato por negociación, producto de conversaciones y tratos preliminares que llevan al consentimiento mutuo de las partes, ha ido perdiendo espacio. La regla fundamental de la absoluta fidelidad a lo contratado (*pacta sun servanda*), derivación necesaria del respeto a la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual, ha sufrido un grave revés. Los fuertes procesos de masificación de la producción y el consumo de bienes y servicios han repercutido

¹¹⁹ Luis Diez-Picazo, (1996), 397-8, citado por Jorge Rodríguez Russo, “La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho Civil uruguayo”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, (2013): 40.

¹²⁰ Leonardo B. Pérez Gallardo, *De la interpretación e integración contractual. Derecho de Contratos. Teoría General del Contrato* (La Habana: Editorial Félix Varela, 2003), 231, citado por Maritan G. Galiano, “La hermenéutica contractual. Apuntes doctrinales y de derecho comparado necesarios para su aplicación”, *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, (2012): 7. (www.eumed.net/rev/cccss/20/)

seriamente en las maneras de contratación. Ya no son eficientes las formas tradicionales.

Bajo este esquema, aparecen los denominados contratos de adhesión y de condiciones generales de contratación, que responden a un formato distinto de contratación, se ha eliminado la posibilidad de negociación individual, las condiciones que forma parte del contenido del contrato son predispuestas por una de las partes, el consentimiento se perfecciona con la sola adhesión al contrato.

En estas nuevas formas de negociación predispuestas, se evidencia la desigualdad jurídica entre las partes contratantes. La posición de ventaja que ostenta la parte que propone el contrato frente a la que se adhiere se fundamenta en su experticia y profesionalismo.

Las reglas de interpretación que obedecen a los principios generales del derecho de los contratos, que parten del ideal de igualdad jurídica y material de las partes, que amparadas en la autonomía de la voluntad, han pactado el contenido del contrato, constituye un ideal que hoy se encuentra por completo superado y que ha sido reemplazado por modelos de contratos de adhesión, en los cuales, una parte predispone o preestablece las condiciones del contrato y la otra solamente manifiesta su voluntad cuando expresa que acepta o no el contrato en esas condiciones.¹²¹

En este contexto, las reglas previstas por el Código Civil para la interpretación de los contratos en general ya no son suficientes; por lo tanto, se hace necesario que la normativa ecuatoriana establezca reglas específicas, que se adapten a las particularidades propias de la materia para la interpretación de los contratos de consumo.

En el Ecuador no existe una regulación para las condiciones generales de contratación, a la manera de las existentes en Alemania (Ley de 9 de diciembre de 1976), Portugal (Dto. Ley de 31 de agosto de 1995), o España (Ley 7 de 13 de abril de 1998).

La Ley española 7/98 establece la definición de condiciones generales, al manifestar que: “Las condiciones generales de la contratación son un conjunto de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha

¹²¹ Luis Carlos Plata López y Vladimir Monsalve Caballero, *La interpretación contractual: estudio desde la jurisprudencia colombiana y la entrada en vigencia del nuevo estatuto de protección a los consumidores (NEC) ley 1480 de 2011* (Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2014), 15.

establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar”.

La ley alemana de Regulación de las Condiciones Generales de la Contratación de 9 de diciembre de 1976 en su artículo 1 establece: “Son condiciones generales de la contratación todas aquellas cláusulas contractuales predisuestas para una pluralidad de contratos que una parte (predisponente) impone a la otra en el momento de celebración del contrato. Es irrelevante que las cláusulas constituyan una parte del contrato formalmente separada o estén recogidas en el documento contractual mismo, la extensión que tengan, el tipo de escritura en que estén redactadas y la forma que el contrato tenga”

La normativa jurídica española en materia de contratos, en el artículo 6 de la denominada Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), establece las reglas especiales de interpretación de las condiciones generales de la contratación:

- a) Regla de la prevalencia (art. 6.1 LCGC), que dispone que cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán estas últimas salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente. Esta regla se justifica porque las condiciones particulares reflejan mejor la voluntad común de las partes al haber sido previstas específicamente para el contrato en cuestión.
- b) Regla de la interpretación más beneficiosa para el adherente (art. 6.1 LCGC), que establece que en caso de discrepancia entre una condición general y una particular se debe aplicar aquella que resulte más beneficiosa para el adherente.
- c) Regla de interpretación contra *proferentem* (art. 6.2 LCGC), que establece que las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverá a favor del adherente.

Bajo estos parámetros, la Jurisprudencia colombiana en sentencia de 4 de noviembre de 2011, manifiesta la necesidad de que el ordenamiento jurídico contemple una nueva perspectiva de interpretación que se adapte a los denominados contratos de adhesión caracterizados por reflejar la voluntad del predisponente.

La ausencia normativa referente a reglas de interpretación de los contratos de consumo en la legislación ecuatoriana constituye un vacío legal que no permitió la

aplicación de la regla de prevalencia en un contrato de seguro, de conformidad con la resolución Nro. 442- 2001.

Así mismo es necesario mencionar que tanto la normativa española como la alemana han logrado una regulación legal lo más completa posible a los efectos de limitar las atribuciones de los empresarios en cuanto a la inclusión de cláusulas abusivas en los articulados de los contratos.¹²². Se regula la incorporación al contrato, no solo de las cláusulas generales, sino también de las particulares.

En diversos sistemas jurídicos se acude a dos mecanismos para calificar a una cláusula como abusiva. El primero consiste en una definición general y abstracta de este tipo de cláusulas, y el segundo en un listado no taxativo de aquellas cláusulas que con frecuencia se presentan como desequilibradas y se presumen abusivas, es decir, estas listas crean una presunción de abusividad, la que se desvirtúa cuando su existencia responde a una autorización legal o a una causa justificada.”¹²³.

La Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), menciona que cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

Y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU), en el artículo 82.1, establece que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas que, en contra de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor o usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

En este contexto, es necesario incluir en el articulado de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor una regulación sobre las condiciones generales de contratación y los contratos de adhesión, en los siguientes términos:

¹²² Verónica María Laura, *Condiciones Generales de la Contratación en los denominados contratos de Consumo en el ordenamiento jurídico argentino* (Chaco Argentina: Facultad de Ciencias Económicas UNNE), 4.

¹²³ Gonzalo Suárez Beltrán, *La sanción de las cláusulas abusivas y su aplicación al contrato estatal: un vacío notable* (Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2012), 19.

Se debe definir a las cláusulas generales de la contratación, con el fin de establecer los parámetros exactos para identificarlas.

La ley debe prever como derecho de los consumidores, la protección contractual, que constituye el derecho a ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, entendiéndose por cláusulas abusivas a aquellas predisuestas, de manera que el consumidor no puede modificarlas y solo tiene la opción de aceptarlas o rechazarlas.

Las reglas de interpretación de los contratos deben estar claramente definidas y establecidas en la Ley, a fin de otorgarle herramientas jurídicas al juzgador. En materia de interpretación de estas normas debe prevalecer el interés del consumidor.

Las cláusulas abusivas deben estar tipificadas y establecer los efectos legales en la relación jurídica negocial. Se puede optar por un listado no taxativo de cláusulas que con frecuencia se presentan como desequilibradas, a fin de contar con una guía.

Se debe establecer las características de las condiciones generales y de las condiciones particulares de contratación.

La Ley de Defensa del consumidor ecuatoriano debe constituirse en una herramienta idónea, que permita la interpretación de los contratos y determine los efectos jurídicos que causará el mismo, a fin de constituirse en un referente importante para establecer los derechos y obligaciones que surgen del negocio jurídico.

CONCLUSIONES:

El presente trabajo ha respondido positivamente a la pregunta formulada al inicio de esta investigación, en el sentido de que es de vital importancia el establecimiento de reglas de interpretación de los contratos de consumo realizados por adhesión y cláusulas generales de contratación en Ecuador, puesto éstos responden a un formato distinto de contratación y la hermenéutica contractual convencional requiere de reglas específicas para la interpretación de estos contratos.

Del estudio efectuado podemos determinar también que, el contrato personalizado, en el que las partes intervenían en su formación y que constituía la máxima expresión de la igualdad jurídica, el consensualismo, la autonomía de la voluntad y la fuerza de ley de lo acordado, no responde a las necesidades de contratación masiva que exige el mercado de producción y consumo de bienes y servicios.

Tan es así, que los contratos de adhesión gracias a su capacidad para agilizar el intercambio comercial, se han convertido en una de las formas de contratación más comunes del comercio actual.

También podemos colegir, que dentro de los contratos de adhesión encontramos las condiciones generales de la contratación que son aquellas estipulaciones o cláusulas preformuladas, reguladoras de la materia contractual, establecidas unilateralmente por el estipulante y concebidas con caracteres de predisposición, generalidad y abstracción. La predisposición constituye la predeterminación de su contenido por una voluntad unilateral. La generalidad puesto que las cláusulas generales se formulan para ser aplicadas a una pluralidad indefinida de contratos; y, la abstracción ya que las cláusulas generales son elaboradas sin pensar en una relación contractual en particular.

Por ello, pese a los beneficios que este tipo de contratos representan para la velocidad y simplificación del comercio, han mostrado ser también una fuente de desequilibrios y abusos en perjuicio del adherente, situación que está dada por la propagación de las llamadas cláusulas abusivas, que al ser predisuestas por el proveedor, materializan el abuso de su posición privilegiada respecto de los consumidores. Esta característica peculiar de este tipo de contratos hace que recurrir a los métodos tradicionales de interpretación, como querer determinar la intención de las partes, carezca de racionalidad al pretender interpretarlos.

Del estudio efectuado podemos determinar también, la necesidad de establecer en nuestra normativa reglas específicas de interpretación de contratos de consumo, las cuales han sido aplicadas en la legislación comparada, y pueden resumirse en las siguientes:

1. Interpretación sistemática, es aquella que intenta comprender, como un todo coherente, la totalidad de las normas jurídicas. Se interpreta sistemáticamente en la práctica, cuando no se atiende a una norma aislada, sino al contexto en que está situada.
 - 1.1. Regla de prevalencia, cuando exista discrepancia entre una cláusula general y una particular prevalecerá esta última.
 - 1.2. Regla de la condición más beneficiosa, en caso de discrepancia entre una condición general y una particular se debe aplicar aquella que resulte más beneficiosa para el adherente.
 - 1.3. Regla de la cláusula más relevante, en caso de divergencia entre condiciones generales, se debe dar prevalencia a aquella de mayor trascendencia para la economía del contrato.
2. Interpretación contra *proferentem*, el fundamento de esta regla se apoya en el principio de auto responsabilidad del sujeto que realiza una declaración de voluntad, pues al realizarla, el sujeto tiene la obligación de expresarse claramente, puesto que si no lo hace deberá cargar con las consecuencias y consentir que la duda se resuelva en su contra.
 - 2.1 La regla contra *proferentem* e interpretación a favor del consumidor, las cláusulas dudosas o ambiguas se interpretan en contra de quien las redactó; aquellas con múltiples significados, se interpretarán según el significado que mejor favorezca al adherente.
3. Conservación del contrato e interpretación a favor del consumidor, cuando haya dudas sobre el verdadero sentido de las estipulaciones, el intérprete debe analizar el contrato de una forma integral, con el fin de conservar el acto jurídico.

Los tradicionales principios de interpretación, en cuanto están orientados a descubrir la común intención de las partes contratantes pierden ámbito de acción; y, por el contrario cobra especial importancia por ejemplo, la regla *contra proferentem*, que

deja el carácter subsidiario que se le atribuye en los contratos negociados para convertirse en un principio de aplicación predominante en los contratos de adhesión, de conformidad con las diversas legislaciones analizadas; lo cual constituiría una garantía básica que otorgaría estabilidad y seguridad jurídica, para evitar largos y tortuosos procesos que provocan incertidumbre en los litigantes.

Nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, establece que cuando exista conflictos entre las partes, el juzgador previo a la aplicación de las reglas de interpretación tradicionales, deber efectuar un análisis de las cláusulas contractuales, a fin de determinar cuáles cumplen con los requerimientos de esta ley especial.

Por ello, consideramos muy recomendable la inclusión en la normativa de las regulaciones de las cláusulas generales de la contratación, las cuales deben estar definidas con el fin de establecer los parámetros exactos de identificación. Adicionalmente las cláusulas abusivas deben estar precisadas con el fin de identificar cuando una cláusula es catalogada como abusiva. También se debe registrar las características de las condiciones generales y de las condiciones particulares de contratación, con el fin de poder identificarlas. Y se debe incorporar las reglas de interpretación para contratos celebrados con consumidores, con el fin de otorgar al juzgador las herramientas que le permitan de conformidad con su leal saber y entender reconstruir el valor de equidad y equilibrio contractual quebrantado.

Las reglas específicas de interpretación de los contratos de consumo deben ser amplias, flexibles, generosas, que permitan evaluar las circunstancias sociales, económicas y técnicas del medio en el que van a ser aplicadas, ajustándose a las necesidades y circunstancias propias de nuestra sociedad.

BIBLIOGRAFIA

- Abeliuk, René. "Las obligaciones". Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- Alessandri Rodriguez, Arturo. "De los Contratos". Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1986.
- Aguila Real, Jesús. "Las Condiciones Generales de la Contratación". Madrid: Editorial Civitas, 1991.
- Alferillo, Pascual Eduardo. "Cláusulas abusivas, nulidad e integración del contrato de consumo". En Tutela jurídica de los consumidores. San Juan. Universidad Nacional, 2010.
- Ballesteros, J.A. "Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de voluntad". Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999.
- Bercovitz. "Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores". Madrid: 1987.
- Borda, Guillermo. "Manual de contratos". Buenos Aires: Editorial Perrot, 1995.
- Bonet, F. "La equidad en los ordenamientos jurídicos privados". En Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Editorial Reus. Madrid, 1950.
- Castañeda, Jorge. "Teoría General de los Contratos". Lima: Editorial Minerva, 1978.
- Farina, Juan M. "Contratos Comerciales Modernos". Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993.
- De la Puente y Lavalle, Manuel. "El contrato en general". Lima, 1993.
- Diez Picazo, Luis. "Experiencias jurídicas y teoría del derecho". Barcelona: Editorial Ariel S.A. 1983.
- Diez Picazo, Luis. "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial". Pamplona: Thomson/Civitas. Rodona Industria Gráfica, SL, 2008.
- Diez-Picazo, Luis. "Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado". Madrid: 1987.

- Durán Rivacoba, “Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas”, en Revista de Derecho Privado, Madrid, 2000, febrero.
- Durán Carrión, Julio Baltazar. “El derecho del consumidor y sus efectos en el derecho civil, frente a la contratación de consumo en el mercado”. Lima: Universidad de San Martín de Porres, 2012.
- Duque Pérez, Alejandro, “Una revisión del concepto clásico de contrato. Aproximación al contrato de consumo”, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol 38, Nro. 108, Medellín-Colombia.
- García Amigo. “Condiciones Generales de los Contratos”. Madrid: Revista de Derecho Privado 1969.
- Gherzi Carlos. “Contratos problemática moderna”. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo Garibaldi 61. Mendoza.
- Laguado Girado, Carlos Andrés. “Condiciones Generales, Cláusulas Abusivas y el Principio de Buena Fe en el Contrato de Seguro”. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Larroumet, C. “Responsabilidad civil contractual. Algunos temas modernos”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- Legaz y Lecambra. “Filosofía del Derecho”, Barcelona, 1979.
- Leyva Saavedra, José. “La contratación en masa y sus reglas de interpretación”. Lima Universidad Nacional de Cajamarca, 2001, tomo 90.
- López Santamaría, Jorge. “Los Contratos, Parte General”. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986.
- Messineo Francesco. “Doctrina general del contrato”. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.
- Pérez, Mariano Alonso. “Aproximaciones a la idea de contrato (Apoteosis y declive de la autonomía privada)”. Salamanca: Responsa Iurisperitorum Digesta, 2003.

- Pothier, Joseph. "Tratado de las obligaciones". Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1978.
- Rabinovich, Ricardo. "Derecho Civil. Parte General". Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, 2013.
- Rezzónico, J.C. "Contratos con cláusulas predispuestas". Buenos Aires: Atrea, 1987.
- Rogel Vide, Carlos. "Favor debitoris análisis crítico". Madrid: Biblioteca Iberoamericana de Derecho, 2010.
- Rodríguez Jorge. "La interpretación de los contratos de consumo celebrados por adhesión en el Derecho civil uruguayo." Barcelona, Octubre 2013.
- Rodríguez Olmos, Javier M. "La interpretación de los contratos con el consumidor: elementos para la contextualización de la problemática". Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Saavedra José. "La contratación en masa y sus reglas de interpretación". Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2001.
- Segura Riveiro, Francisco. "Temas de contratos, Algunas cuestiones actuales en torno a la oferta y la aceptación". Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho.
- Saleilles Raymond. "De la Déclaration de Volonté", París, 1901.
- Serrano Alonso Eduardo. "Contratos de adhesión y condiciones generales: problemas de interpretación en Actualidad y Derecho". No. 16. semana 20-26 de abril de 1992.
- Stiglitz, Rubén y Gabriel. "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor". Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985.
- Soto Coaguilla, Carlos Alberto. "Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos". Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Urbano, Marcelo. “El patrimonio del deudor y los derechos del acreedor”. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, 2012.

Videla Escalada, Federico. “Contratos por adhesión en estudios de derecho civil”. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1968.

Normativa

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449. (20 de octubre de 2008), art. 52.

Ecuador, Código de Comercio, Registro Oficial, Suplemento, No. 1202. (22 de octubre de 2010).

Sentencias

Ecuador, Corte Suprema de Justicia, [Sentencia de Casación], 17 de diciembre de 2001.

Colombia: Sala de lo Contencioso Administrativo, [Sentencia 5014 responsabilidad por información incompleta e inadecuada], 1998.

Colombia: Corte Suprema de Justicia, [Sentencia de casación civil en lo que tiene que ver con publicidad], No. 6775, 2001.

Colombia: Corte Constitucional, [Sentencia de protección contra la publicidad engañosa T/118], 2000.

Chile: Corte de Apelaciones de Santiago, [Sentencia en materia de protección al consumidor], fallo de 21 de septiembre de 2007.