

## **Consideraciones teóricas del principio de igualdad de las partes en el contrato de adhesión en Ecuador<sup>1</sup>**

*Theoretical considerations of the principle of equality of the parts in the standard-form contract in Ecuador*

MARÍA ISABEL PAZMIÑO CALDERÓN \*

**Recibido:** 3 de julio de 2019

**Aceptado:** 4 de febrero de 2022

### **Resumen**

Dentro de los principios del Derecho Privado, encontramos la autonomía de la voluntad y el principio de igualdad, que representan parte fundamental en la génesis de los actos, declaraciones de voluntad, negocios y contratos. Respecto al principio de igualdad, se entiende que las partes contractuales comparecen a la suscripción del acto en similares condiciones en cuanto se refiere al fondo y forma de contraer el vínculo jurídico. Sin embargo, en el caso concreto del contrato de adhesión la igualdad de las partes no se materializa de manera objetiva.

---

<sup>1</sup> Esta investigación es parte del trabajo monográfico realizado en el desarrollo del Curso de Derecho Privado 2 del Doctorado en Ciencias Jurídicas en la Universidad Católica Argentina, Santa María de Los Buenos Aires, Facultad de Derecho.

\* Abogada y docente ocasional en la Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Esmeraldas. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8256-769X>

Contacto: [mipazminoc@pucese.edu.ec](mailto:mipazminoc@pucese.edu.ec)

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Vol. 6 N° 10, abril 2022, pp. 91-118 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

DOI del artículo: <https://doi.org/10.35319/lawreview.20221076>

Este estudio representa una revisión conceptual en torno al Derecho Privado, los principios contractuales de autonomía de la voluntad e igualdad, así como el análisis de la naturaleza jurídica y la incidencia que, por su gran practicidad, ha generado el contrato de adhesión en las actividades de orden comercial, contrato en el que el principio de igualdad no tiene mayor aplicación. El estudio se orienta al enfoque teórico con el objetivo de determinar aspectos importantes relacionados al Derecho Privado y a los principios que lo rigen, así como al contrato de adhesión. Para ello se emplea la investigación con enfoque cualitativo y de tipo descriptivo- explicativo.

*Palabras clave:* Principio de igualdad / Derecho Privado / contrato / autonomía de la voluntad / adhesión

### **Abstract**

Within the principles of Private Law, we find the autonomy of the will and the principle of equality, which represent a fundamental part in the genesis of acts, declarations, legal transactions and contracts. Regarding the principle of equality, it is understood that the contractual parties appear at the signing of the act under similar conditions as regards the substance and form of contracting the legal bond. However, in the specific case of the pre-formulated standard contract, the parties' equality is not objectively materialized. This study represents a conceptual review of Private Law, the contractual principles of autonomy of the will and equality, as well as the legal analysis and the incidence that, due to its great practicality, has generated the adhesion contract in commercial activities, a contract in which the principle of equality has no further application. This study is a theoretical approach to determining the essential aspects of Private Law, the principles governing it, and the adhesion contract. For this purpose, research with a qualitative and descriptive-explanatory approach is applied.

*Keywords:* Principle / private law / contract / equality / autonomy of the will / adhesion.

## **1. Metodología**

Este trabajo consiste en un abordaje conceptual - bibliográfico, un estudio teórico y una revisión doctrinaria conducente al análisis de los principios del Derecho Privado, la autonomía de la voluntad de las partes y de manera concreta el principio de Igualdad, lo cual tributa a una adecuada comprensión del tema enunciado. La presente investigación se fundamenta en el enfoque cualitativo y el método descriptivo en relación al principio de igualdad, lo cual contrasta con la revisión de la legislación comparada de tres países latinoamericanos: Ecuador, Venezuela y Argentina a fin de evidenciar si el mencionado principio posee una aplicación práctica en el contrato de adhesión. En este sentido, se ha previsto como objetivos posteriores al análisis, la idea de plantear de manera concreta si el principio de igualdad se cumple o no dentro de la suscripción de los contratos de adhesión; a la vez se establecerá si esta aparente desigualdad de condiciones a la hora de celebrar estos contratos genera una suerte de afectación respecto de las partes; por otro lado se abordará si esta modalidad contractual es útil o no en la práctica moderna; y, finalmente, se propondrá un criterio viable para que no se afecte la naturaleza del contrato de adhesión pero sí se procure cierto grado de aplicación del principio de igualdad.

## **2. Desarrollo**

Este abordaje parte de los parámetros conforme a los cuales se enmarcan las relaciones jurídicas privadas existentes entre particulares a través de las normas del Derecho Privado, el mismo que disciplina disposiciones que guardan correspondencia con la utilidad y el beneficio de

los particulares; es decir, reglamenta sus diferentes relaciones y actividades. Por consiguiente, las diversas relaciones y actividades entre particulares generan consecuencias o efectos jurídicos regulados por el Derecho Privado, dentro del cual, existen varias categorías, como el derecho civil, de amplio espectro en razón de los actos, sujetos y objetos que regula.

En el ámbito del derecho civil, concretamente se analizará las estipulaciones contenidas en el Código Civil ecuatoriano y a manera de derecho comparado, en el Código Civil y Comercial de la Nación argentina, a fin de precisar las circunstancias concurrentes en la suscripción del contrato, relacionándolas con el ejercicio efectivo de los principios de autonomía de voluntad de las partes y de igualdad, principios que sin duda poseen gran importancia en el contexto del Derecho Privado.

En relación al principio de autonomía de la voluntad, López (1998) afirma que

es considerado como una doctrina de la filosofía jurídica según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes. Es la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce (p. 233).

El análisis sistemático de la definición permite entender que los derechos y deberes que implica la obligación contraída, tienen su fundamento en la voluntad de las partes.

La igualdad, por su parte, es un principio que resalta en el Derecho Privado, conforme consigna Ortiz (2008): “Derecho Privado es el conjunto de normas que regulan la actividad y las relaciones de los particulares entre sí, y que, en contraposición al Derecho Público, se caracteriza por la situación de igualdad jurídica de los individuos” (p.122).

Por tanto, en razón de la revisión *prima facie* de estos principios, se puede establecer la connotación que poseen en cuanto a los acuerdos

comunes relativos al objeto específico de un contrato, el mismo que adquiere gran importancia en el desarrollo de las relaciones jurídicas entre particulares y representa un elemento de gran utilidad en lo que se denomina tráfico jurídico (Dell'Aquila, 1981). Con lo cual se destaca la relevancia de contrato en el contexto de las obligaciones privadas.

La aplicación de los principios del Derecho Privado, autonomía de voluntad e igualdad a la hora de suscribir un contrato, permitirá una real materialización de la justicia contractual, ya que dentro de los sistemas jurídicos como el de Ecuador, existen modalidades como los contratos de adhesión, los cuales si bien cumplen con la autonomía de la voluntad, al ser suscritos por las partes de forma libre y voluntaria, no son una muestra del ejercicio del principio de igualdad. Así, partiendo del hecho de que se trata de contratos en los cuales las cláusulas no obedecen al acuerdo de las partes, pues no las establecen de forma conjunta, no se discuten sino que directamente se imponen, no existe la posibilidad de al menos sugerir modificaciones, se basan en formatos preestablecidos a los que prácticamente se allana una de las partes que somete o sujeta su voluntad a la decisión de la otra parte, lo cual además podría generar una afectación a los derechos del consumidor.

Si la norma jurídica civil identifica al contrato como un convenio, este debe propender no sólo a la adquisición de deberes recíprocos sino además a la consecución de un beneficio mutuo que requiere desde su génesis el reconocimiento del igualdad, situación que como se deja expresado, no ocurre en los contratos de adhesión en los que cabe con total pertinencia la formulación de interrogantes como: cuándo, para qué, por qué y respecto a qué suscribo un contrato en el que no existe un sentido básico de equivalencia en las condiciones y prestaciones sobre las que versa el acto.

Esta notoria desigualdad, a la hora de celebrar un contrato, genera una diferencia y desventaja entre las partes, con lo cual abiertamente se desvirtúa la aplicación del principio de igualdad. La presente revisión teórica y doctrinaria establece la necesidad e importancia de la vigencia de los prenombrados principios, cuya aplicación denota que, en la práctica, ha resultado, desde el punto de vista comercial, más importante suscribir miles de contratos de adhesión, que privilegiar el menoscabado principio de igualdad de las partes. Lo expresado se refiere directamente a la diversidad de contratos y su suscripción, no en función de su tipología, sino de la modalidad empleada para su celebración, en los que, se insiste, adolecen de un punto álgido que afecta a la eficacia del principio jurídico de igualdad de las partes.

Esta realidad no sólo ha provocado que los contratos se celebren en condiciones divergentes, sino que incluso existen casos en los que las cláusulas contractuales preestablecidas por los oferentes de un servicio, desembocan en conductas exageradas y abusivas, en notoria afectación a la otra parte que se obliga a través del contrato.

### **3. Derecho Privado**

Previo al análisis del Derecho Privado, es oportuno observar una conceptualización del término *Derecho*, como la ciencia que norma y disciplina de forma jurídica las relaciones de quienes forman parte de un conglomerado social.

La doctrina mexicana, específicamente Flores Gomes González y Carvajal Moreno (1986) señalan que el Derecho “[e]s el conjunto de normas jurídicas creadas por el Estado para regular la conducta externa de los hombres y en caso de incumplimiento está prevista una sanción judicial” (p. 50). En tal virtud, el Derecho consiste en un sistema de disposiciones legales creadas por el Estado para

regular el comportamiento de los individuos y en caso del quebrantamiento de la ley rectora se sujetan a una pena determinada por la gravedad del delito.

Kemelmajer (2020) por su parte afirma: “[e]l Derecho es un ordenamiento jurídico o sistema de normas jurídicas interconectadas y con un orden jerárquico” (p.10). Lo cual se evidencia cuando consideramos que en cada legislación existe un conjunto de normas que se relacionan entre sí y que poseen un orden jerárquico, el mismo que a la cabeza establece siempre a la Constitución.

El Derecho además constituye un conjunto de reglas o normas establecidas para regir la conducta individual del hombre con el objetivo de conseguir la ejecución y desenvolvimiento de una adecuada convivencia social. En una primera clasificación, la ciencia del Derecho se divide en dos amplias ramas: la del Derecho Público y la del Derecho Privado, esto coincide con lo expresado por Barbero (2004) afirma: “[h]ay dos grandes campos o sectores del ordenamiento jurídico: el Derecho Público, por un lado, el Derecho Privado, por el otro” (p.17). Por tanto, se sitúan como las dos áreas generales de la clasificación de la ciencia del Derecho.

Entendemos por Derecho Privado a una de las especialidades del Derecho, que comprende todo aquello referente a las relaciones entre los particulares. En virtud del principio “*Privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*”, el Derecho Privado es atinente a la utilidad de los particulares, es decir, reglamenta las diferentes relaciones y actividades de índole jurídica en provecho de los contratantes (Quintana, 2017). Lo cual corrobora que el Derecho Privado busca principalmente el beneficio o lo que resulta útil para los contratantes particulares.

Así, el Derecho Privado regula la conducta de los individuos y éstos tienen intereses, necesidades y cuestiones prácticas que resolver. Wagner (2011) considera que “[e]l Derecho no crea estas cuestiones, sino que, al encontrarlas en la realidad, las reconoce y disciplina, asignán-

dole efectos jurídicos cuando considera que dichas cuestiones necesitan o merecen ser reguladas” (p. 2). De tal forma que el Derecho no genera una situación a los particulares, sino que siendo ésta preexistente, la adecúa y regula.

Sustentando lo anterior, se afirma que el Derecho Privado tiene su cimiento en el derecho civil, denominado derecho común, pues regula todas las actividades del ser humano, así como sus vínculos en el orden particular (Barbero, 2004).

Es importante señalar que el Derecho Privado se encuentra sujeto a la voluntad de los particulares lo cual se desarrollará con mayor detenimiento en los apartados siguientes.

#### **4. Principios del Derecho Privado**

El ordenamiento jurídico privado cuenta con principios que permiten desarrollar su estudio doctrinario y a la vez aplicarlos en la celebración de actos y declaraciones de voluntad suscritos entre particulares.

El Derecho Privado se rige por principios que representan su base o fundamento, dos de ellos, cuyo estudio es objeto de este trabajo, son: la autonomía de la voluntad y el principio de igualdad. Son fundamentales y deben concurrir al celebrar un acto o declaración de voluntad.

Rieg (como se citó en Alioto, 2009) en su obra “La justicia de los contratos” menciona que en “[l]e contrat dans les doctrines allemandes du XIX<sup>o</sup> sigle”. Respecto a la autonomía de la voluntad manifiesta: “[t]ras un largo proceso histórico de configuración, combinada con doctrinas económicas que consideran el bienestar individual progresivo resultante de la libre competencia, la filosofía moderna ha erigido la autonomía de la voluntad en un principio del discurso jurídico” (p. 41). Por tanto, las doctrinas resultantes de la evolución histórica y económica que considera el interés particular, han instituido el mencionado principio en la disertación jurídica.

La autonomía se vincula al derecho fundamental de la libertad como razón y consecuencia. En el contexto de los actos privados, se constituye en el origen del acuerdo de las partes que, a posteriori, se desarrolla con más tecnicismos y solemnidades en condiciones de igualdad. El principio de la autonomía de la voluntad comprende y expresa los intereses de cada una de las partes contratantes, en tanto que el principio de igualdad versa sobre la condición en la que deben encontrarse las partes al ejecutar un acto jurídico privado.

#### **4.1. Autonomía de la voluntad**

Para abordar el tema de la autonomía de la voluntad, es sustancial precisar el concepto de autonomía. La Real Academia de la Lengua Española (2017) la define como “(l)a condición de no depender de nadie” y, respecto del principio de la autonomía de la voluntad, plantea que “consiste en la potestad reconocida a los sujetos de derecho para instituir normas de conducta aplicables para sí mismos y en sus relaciones con los demás dentro de los límites legales” (p. 20).

Dentro del contexto histórico, la idea de autonomía de la voluntad, surge en Roma:

La primera vez que el Derecho Romano otorgó un cierto valor a la autonomía privada (entendida ésta como la facultad de las partes para crear una relación obligatoria) será a través del reconocimiento de la “*stipulatio*”, promesa o compromiso verbal sometido a unos requisitos de forma muy estrictos que debían ser cumplidos incondicionalmente por el estipulante (Soro, 2016, p. 20).

En tal sentido, la “*stipulatio*” tiene como esencia la celebración de un contrato de obligatorio cumplimiento y, respecto del mismo, las partes podían ser interrogadas con el propósito de determinar su verdadera intención al suscribirlo. Como se observa, el principio de la autonomía de la voluntad surge en Roma donde en un inicio los contratos si bien

contaban con validez social, no poseían eficacia jurídica y, por tanto, no poseía un reconocimiento real y fehaciente de la autonomía de la voluntad ni medios para hacer exigible la totalidad de contratos de aquella época. Al respecto, Soro (2016) expresa:

Lo que separa el Derecho Romano del moderno es que aquel no reconocía el contrato como categoría general conformada por el acuerdo de voluntades (...) mientras que hoy nuestro Derecho contempla al contrato como una institución jurídica particular, cuyo contenido podrá establecerse íntegramente por la voluntad de las partes (p. 20).

Partiendo de esta argumentación se establece que el elemento de diferenciación respecto de las disposiciones del Derecho Romano y el moderno es precisamente el acuerdo de voluntades, así pues, en los actuales momentos es el contrato el que representa una institución jurídica. Cabe resaltar que, dentro del aspecto legal documental, el principio de autonomía de la voluntad fue consagrado en el Capítulo III, Sección I del Código Napoleónico<sup>2</sup>.

La autonomía de la voluntad entonces es fundamental a la hora de determinar las cláusulas y parámetros para suscribir un contrato. “El contrato debe ser cumplido según los términos en que fue formulado, por ser expresión de las voluntades concurrentes y libres de las partes que lo forman (...) conforme a sus deseos e intereses” (Alioto, 2009, p. 42). Al ser éste una expresión de la libre voluntad de las partes, entenderíamos que debe efectuarse a cabalidad en cada una de sus cláusulas y términos.

---

<sup>2</sup> Art. 1134: “Los pactos legalmente formados, tiene fuerza de ley para aquellos que los han hecho” (Código Napoleón, 1807, p. 207).

Con la transformación de la economía florecieron las nuevas formas contractuales y los aspectos inherentes a la manera de celebrar los contratos, enfocada a nuevos contenidos dando lugar al efecto de obligatoriedad de los pactos (Soro, 2016). Con lo cual se destaca que la evolución en la forma de celebrar los contratos además incluyó un aspecto importante como es la exigibilidad.

Así mismo, la voluntad es anónima y buena, cuando es ley de sí misma, por tanto, el principio de que lo pactado obliga, no corresponde a algo accesorio al individuo (Alioto, 2009).

Wagner (2011) en torno a la autonomía de la voluntad manifiesta que:

Es un principio general del Derecho Civil, consiste en la libertad que reconoce el ordenamiento jurídico a los individuos, a fin de que los mismos autorregulen sus intereses. Esta autonomía se manifiesta a través del acto jurídico, herramienta que el derecho otorga a los sujetos para crear, modificar, transferir o aniquilar sus derechos y obligaciones (p. 2).

Es así que se reconoce que las normas jurídicas otorgan a las personas con capacidad legal, la libertad para celebrar actos y declaraciones de voluntad, las mismas que están facultadas para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. La autonomía de la voluntad, constituye una muestra de libertad que debe observar las normas y garantías de la Constitución y la ley. De tal forma que, por más libertad que las partes contractuales posean como manifestación de la autonomía de la voluntad, no podrán llegar a acuerdos que vayan en oposición o contravenzan las normas constitucionales y legales de un Estado.

El principio de autonomía de la voluntad es una doctrina de filosofía jurídica según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes. Ésta a la vez, es la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce (López Santa María, 1998, p.233).

La autonomía de la voluntad puede ser entendida como la atribución personal que representa el origen de los derechos subjetivos, con lo cual el hombre, concretamente su facultad individual de decisión, constituye una especie de fuente del Derecho según lo establecido en la doctrina legal.

El principio de la autonomía de la voluntad es el eslabón esencial de la vida social y además, los individuos son dueños de sus actos, por ende, sólo ellos toman parte en sus decisiones (Arrubla, 1998). De esta forma se resalta el elemento de la voluntad ya que representa la potestad de las personas para tomar decisiones y emprender acciones en base a su capacidad de raciocinio.

El principio de autonomía de la voluntad también se encuentra consagrado por la legislación interna de los Estados, como es el caso de Argentina, concretamente en su Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (2015), el mismo que en su artículo 2651 señala:

Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La obligación debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o partes del contrato (p. 533).

Por lo expuesto, la autonomía de la voluntad consta de manera doctrinaria y se materializa en los ordenamientos legales, de tal forma que genera una potestad de establecer de común acuerdo, las normas o el contenido de una obligación objeto del contrato, la misma que debe ser fijada de forma expresa o según las particularidades en las que se celebre el mismo.

Por lo tanto, el principio de la autonomía de la voluntad aplicado de modo general a los contratos o convenios refleja la facultad o

atribución que tienen los particulares (titulares de derechos), reconocidos por el sistema jurídico vigente en el ámbito del Derecho Privado, de decidir qué hacer con sus bienes y con quién establecer relaciones que surtan efectos jurídicos.

#### **4.2. Principio de igualdad**

En un primer plano, el término igualdad según el concepto básico de la Real Academia de la Lengua Española consiste en el principio que garantiza la similitud de todos los habitantes en derechos y obligaciones. En función de esta condición de igualdad, surge un paralelo entre las personas en cuanto al reconocimiento de sus prerrogativas y deberes.

Rosental (1946) manifiesta: “[i]gual o igualdad es lo que denota que los hombres gozan de una misma posición en la sociedad” (p. 433). En un sentido de igualdad, las personas se encuentran en similar condición en la sociedad.

La igualdad parte de uno de los acontecimientos que más han trascendido en la historia, la Revolución Francesa de 1789<sup>3</sup>, cuando el Estado nace propugnando tres principios que corresponden a: libertad, propiedad e igualdad. Este punto resulta de significativa importancia, pues tradicionalmente conocemos que los principios básicos propios de la Revolución Francesa fueron libertad, igualdad y fraternidad, considerando que la igualdad no sólo debía ser social sino además económica.

El referido autor agrega que, en la Ilustración, la igualdad reposa sobre la noción de universalidad, es decir que de ella se deriva que todos los sujetos tengan los mismos derechos; además se conceptualizó como el supuesto político que buscaba la articulación de las sociedades

---

<sup>3</sup>Con la Revolución francesa de 1789 nace el Estado con funciones de policía para proteger la libertad y la propiedad, amparado en el principio de igualdad formal ante la ley, que implica que todos, incluidos los gobernantes, deben ser obligados a acatarla (González, 2011, p. 2).

modernas y como el principio moralista que afirma que la igualdad es un bien por sí mismo al que deben alinearse las relaciones sociales, revistiéndose como uno de los elementos más fundamentales para la constitución de una sociedad.

El término igualdad enfocado al ámbito del Derecho, concretamente a los principios del Derecho Privado, significa que las partes cuyas relaciones jurídicas se norman a través de este tipo de derecho, deben generar dichas relaciones en términos de equivalencia. Y, así mismo, dentro de un sistema de normas de carácter jurídico, este elemento se materializa cuando los derechos y las obligaciones se establecen de forma símil a todos los sujetos.

Gallego (2020) afirma “[l]a igualdad es un principio jurídico que otorga al ser humano dignidad y trata de erradicar toda forma de diferenciación” (p. 51). Por tanto, la igualdad como principio universal, procura que todo ser humano sea tratado sin distinciones, en condiciones dignas al momento de ejercer derechos y contraer obligaciones.

Se sustenta también que la igualdad al momento de convenir una o más prestaciones representa un reflejo del principio de la reciprocidad de las partes. De tal forma que al pactar una convención se evidencia la reciprocidad, la misma que permite fijar las condiciones del intercambio de bienes y servicios económicos, según criterios de justicia (Sacheri, 1974). Para el autor la reciprocidad consiste en la correspondencia al momento de establecer las reglas que están en directa relación con los principios de la economía y que provocan que el sujeto tenga una doble función como productor y como consumidor.

Por lo expresado, el carácter de igualdad, que es inherente a la dignidad humana, no sólo representa uno de los principios del Derecho Privado, sino que debe constituirse como una de las características propias de la suscripción del contrato. En consonancia con esto, las partes deberían

tener un mínimo de igualdad que permitiría la discusión respecto al contenido e incluso la modificación de una o más cláusulas del contrato.

A partir de lo expuesto por el autor, se hace énfasis en la desigualdad en materia contractual, la misma que en muchos casos resulta innegable, precisamente por la inobservancia de estos principios al momento de efectuar una convención. Como disímil de la igualdad resulta la desigualdad, la misma que, a criterio uniforme de algunos autores, es un carácter del contrato de adhesión. Esto permite corroborar lo expuesto en el presente estudio. Se evidencia cuando el oferente es quien elabora cuidadosamente la oferta, prepara las cláusulas en su interés exclusivo y en la forma que mejor lo sirvan, atenúa sus responsabilidades y agrava el cargo para el aceptante, lo que se intensifica en el contrato de adhesión (Montagné, 1931).

En los contratos de adhesión las partes no se encuentran en una real igualdad de condiciones, pues una de ellas se encuentra en una mejor situación (Vivanco, 2018). En efecto, en relación con el párrafo anterior, se puede precisar que, en la modalidad del contrato de adhesión, se incurre en una situación de desigualdad, pues al ser una de las partes la que de forma previa y unilateral fija las cláusulas, lógicamente buscará las alternativas que le resulten más favorables sin que esto implique lo propio para la otra parte contractual.

## **5. El contrato**

La Real Academia de la Lengua española (2017) prevé que Contrato es un término que proviene del latín “*contractus*” que consiste en el pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y, a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. Al revisar la etimología de este término, que incluso aparece en el Derecho Romano, se establece que se trata de una convención verbal y expresa a la que las partes se obligan y cuyo cumplimiento es exigible.

El contrato, se define además como una relación basada en un acuerdo o convención, generalmente se identifica con un negocio bilateral de carácter patrimonial (Enciclopedia Jurídica, 2014). Por lo tanto, se entiende como una relación basada en el mutuo acuerdo en que dos partes establecen derechos y obligaciones recíprocas en torno a un objeto que puede ser de índole real.

En un inicio el hombre optó por el intercambio de bienes para la satisfacción de sus necesidades básicas, posteriormente realiza este intercambio y otras actividades por medio del contrato.

De lo descrito con anterioridad, se concluye que las relaciones económicas se regulan a través de leyes rudimentarias las cuales experimentaron un proceso evolutivo que desembocó en las normas jurídicas de las diversas legislaciones (Pérez Fernández del Castillo, 2012).

Con frecuencia se emplea de forma análoga los términos contrato y convención. Podemos afirmar que los dos constituyen un acuerdo, la convención es lo general en tanto que el contrato es lo particular, que existe convención cuando las partes consienten en la creación de una situación jurídica o existe adhesión en su parecer y que no existe contrato sin previa convención, pues ésta se configura a través del consentimiento sin el cual toda expresión de convención se convertiría en nula.

Dentro de las disposiciones de orden civil, existe la regulación legal del contrato. A través de esta reglamentación se busca tratar dos aspectos importantes en materia contractual, la autonomía de la voluntad y la equidad en las transacciones (Pérez, 2012). Temas que, como se ha manifestado, representan principios fundamentales del Derecho Privado.

Gayo (como se citó en Alioto, 2009) manifiesta que el *contractus* es la fuente o causa de las obligaciones. Y es que, en efecto, hasta nuestros días el contrato es considerado como una de las fuentes de las obligaciones, como en el caso particular de la legislación civil ecuatoriana.

El contrato constituye un instrumento fundamental en las relaciones interindividuales del tráfico jurídico (Dell'Aquila, 1981). Afirmación que destaca la importancia del contrato en las relaciones de los individuos de las cuales se derivan efectos jurídicos.

De tal forma que el contrato representa una herramienta de suma importancia en la creación de los vínculos generados entre los sujetos que optan por un negocio jurídico.

El acuerdo de voluntades sobre la creación y transmisión de derechos y obligaciones, en todos los siglos y lugares, se ha considerado como un contrato. De lo anterior se colige que, al existir un pacto entre las partes, el cual exprese el consentimiento en torno a crear una situación jurídica concreta, se entendía como un contrato.

El contrato debe ser cumplido según los términos en que fue formulado por ser expresión de las voluntades de manera libre y concurrente, partes que se encuentran en la mejor situación de hacer valer su preferencia al decidir obligarse de común acuerdo o dejar de hacerlo, conforme a sus deseos e intereses y en las condiciones más ajustadas a las exigencias planteadas por su realidad singular (Alioto, 2009).

En el argumento anterior, y en abierta relación con el principio de autonomía de la voluntad, se expresan plenamente los parámetros que deben darse cumplimiento para que el contrato tenga eficacia. De esta manera, el estudio de este elemento se encuadra dentro del Derecho Privado, pero también es motivo de análisis en el Derecho Público (Pérez, 2012).

El contrato, de manera frecuente en las diferentes legislaciones, posee una fuerza obligatoria por la que debe ser cumplido en razón de los fines considerados por las partes que lo formaron y para satisfacer ciertas de sus necesidades (Alioto, 2009). Es decir que los contratos, son una expresión de la voluntad de las partes y a la vez implican el cumplimiento obligatorio de una prestación.

Pérez (2012) señala que es importante determinar que “[e]l objeto del contrato que puede ser directo e indirecto, el primero corresponde a la creación de derechos y obligaciones en tanto que el segundo se refiere a dar, hacer o no hacer” (p.25).

De acuerdo a una perspectiva general, el tema de los contratos es objeto de estudio del Derecho Privado, sin embargo, existen casos en los que, en el ámbito del Derecho Público se los toman en consideración como es el caso de la prestación de servicios públicos, los contratos laborales y aquellos suscritos entre particulares y el Estado. Observemos en el contexto latinoamericano en qué consiste la figura legal del contrato, para ellos revisaremos las legislaciones civiles de Ecuador, Venezuela y Argentina en su orden.

El Código Civil ecuatoriano vigente (2005), en su Libro IV, de las Obligaciones en General y de los Contratos, Título I, artículo 1454 determina: “[c]ontrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas” (p. 225).

En relación con lo señalado, la legislación civil ecuatoriana establece la definición de contrato precisando su consistencia en una convención celebrada entre dos partes cuyo objeto está representado por prestaciones de dar hacer o abstenerse de hacer.

El Código Civil venezolano (1982), en el Título III De las Obligaciones, Capítulo I De las Fuentes de las Obligaciones, Sección I De los Contratos, artículo 1.133 determina respecto al contrato: “[e]s una convención entre dos o más personas para construir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellos un vínculo jurídico” (p. 414). De tal forma que a través del contrato las personas pueden establecer, modificar o terminar con un nexo de tipo jurídico.

Por otro lado, el caso de Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación (2015), en su Título II, Contratos en General, Capítulo 1, Disposiciones Generales, artículo 957, define al contrato como “[e]l acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales” (p. 284). Es claro que la legislación civil argentina concibe al contrato como un acto, ya que emana de la voluntad de las partes contratantes para la creación, modificación y extinción de vínculos jurídicos con incidencia pecuniaria.

Es oportuno revisar además la disposición final del artículo 2651 del precitado Código Civil que se refiere a la autonomía de voluntad de las partes, al respecto expresamente señala: “este artículo no se aplica a los contratos de consumo” (p. 533), lo cual concuerda plenamente con lo expresado por Rodríguez (2011), quien señala que: “[e]n los contratos de consumo no se ejerce la autonomía de la voluntad, por tanto, se excluye la posibilidad de determinar la ley aplicable” (p.128).

### **5.1. Contrato de adhesión**

El contrato de adhesión tiene su origen en la doctrina francesa “*contrat d'adhésion*” (Messineo, 1974), el mismo que se caracteriza porque una de las partes determina las cláusulas de forma previa.

En 1901, Saleilles creó la expresión “*contrato de adhesión*”. Al decir adhesión, puede pensarse que se trata de algún contrato determinado como el de compraventa, cuando en realidad “[l]a denominación corresponde a una forma, a una modalidad, bajo la cual pueden celebrarse los más diversos contratos” (p. 50).

Cuando se habla de adhesión no se refiere a un tipo de contrato sino a una modalidad especial de celebrarlo con sus respectivas particularidades. El autor adicionalmente determina que en los contratos de adhesión existe el predominio de una sola voluntad (Saleilles, 1901). A partir de lo establecido se advierte que es una manera de celebrar

contratos en la que no se materializa la voluntad de ambas partes, sino que prevalece la voluntad de una de ellas.

En similar sentido, el autor Arrubla (1998) en su libro “*Contratos Mercantiles, Contratos Atípicos*” cita que, para Duguit, en el llamado contrato de adhesión no se ve más que una sola declaración de voluntad. Así mismo, confirma su pensamiento a partir del enunciado: “[l]as dos voluntades no se conocen y no pactan por un acuerdo las condiciones del pretendido contrato” (p. 50). Lo expresado por el jurista francés posee un enfoque relacionado a que, por su modalidad, el contrato de adhesión no es un contrato como tal ya que responde solamente a la declaración de una sola voluntad, por tanto, no tiene de forma auténtica el carácter de contrato.

Por otro lado, para Montagné (1931), dos consecuencias del contrato de adhesión son “[l]a falta de discusión o controversia y la desigualdad entre las partes” (p. 51). Constituyendo un criterio bastante acertado ya que en esta forma de celebrar el contrato no existe una discusión o un debate preliminar sobre el contenido del mismo, lo cual sin duda desemboca en un estado de disparidad entre los contratantes, que bien podría identificarse como desigualdad.

Le Pera (1974), manifiesta “[e]l contrato de adhesión, parece implicar la idea de un convenio entre una parte que, por una razón jurídica o de hecho, posee una posición clara de superioridad respecto de la otra” (p. 271). Precisamente, la imposibilidad de hacer un cuestionamiento previo a la suscripción del contrato de adhesión, genera a una parte en una condición de predominio, lo cual como se afirmó en el párrafo inmediato anterior da lugar a la desigualdad en el plano contractual.

El contrato por adhesión es aquel en que las cláusulas son dispuestas por uno de los futuros contratantes de manera que el otro no puede modificarlas ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas. (Messineo, 1974). Por lo tanto, se confirma la determinación de las

cláusulas contractuales por cuenta de una sola de las partes, en tanto que la otra tiene dos opciones claras, la aceptación o el rechazo.

Así pues, son contratos en los cuales las partes no discuten su contenido, ya que una de ellas impone las condiciones contractuales y la otra se adhiere a ellas (Vivanco, 2005). De tal forma que, en virtud de los contratos de adhesión las partes no discuten los términos contractuales, sino que una la impone y la otra se allana a cumplir, con lo cual podríamos afirmar que no existe un contrapeso de intereses.

Precisamente, en el contrato de adhesión existen cláusulas establecidas de forma previa y unilateral por el proveedor del servicio, en formatos impresos, restando la posibilidad de que el consumidor pueda realizar una propuesta, cambio u objeción al texto contenido en el contrato.

En una revisión de legislación comparada de 3 países de Latinoamérica, concretamente de Ecuador, Venezuela y Argentina, debemos considerar lo que en cada país se establece por Contrato de Adhesión. Así, en Ecuador, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2010) en su artículo 2 determina: “[a]quel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o formularios, sin que el consumidor, para celebrarlo haya discutido su contenido” (p. 12). Esta normativa con rango de ley orgánica reconoce que se trata de un contrato en el que las cláusulas son prefijadas por una sola parte sin dar el derecho a la otra de un proceso de discusión de las mismas.

Como ya es evidente, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor fija de forma expresa el contenido del contrato de adhesión, con el propósito de establecer parámetros claros con base a los cuales se celebre dicho contrato.

En Venezuela, bajo el ordenamiento del Código Civil venezolano (1982), se prevé: “[c]uando una de las partes impone condiciones a la otra, que no puede discutir, porque para él sólo se le presenta una

alternativa; o la acepta o la rechaza. Si acepta el contrato se formaliza, pero deberá admitir la totalidad de las condiciones estipuladas” (p. 417). Conforme a esta disposición, este tipo de contrato no es precisamente uno de libre discusión, hecho que se colige cuando la norma civil menciona que existe una imposición de condiciones.

En ese mismo país, la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, en su artículo 18 determina respecto a los contratos de adhesión:

Es aquel cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido. La inserción de otras cláusulas en el contrato no altera la naturaleza descrita de contrato de adhesión.

En el caso de Argentina, la legislación civil materializada en el Código Civil y Comercial de la Nación (2015) señala: “[e]l contrato de adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción” (p. 287). esta disposición también reconoce que se fijan cláusulas sin que de forma igualitaria el adherente haya intervenido en su elaboración.

Dentro de la legislación argentina en la Ley 26.361 (2008) correspondiente a la Ley de Defensa del Consumidor, establece en un sentido más amplio en su artículo 4:

El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios (...). La información deber ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.

Con lo cual se puede precisar una notable diferencia en los contenidos de las dos legislaciones. Así, en la ecuatoriana se determina de manera expresa en qué consiste el contrato de adhesión, haciendo énfasis en que las cláusulas se fijan de forma unilateral y en la parte final indica que el consumidor no discute su contenido, lo cual no constituye de ninguna manera algo favorable para el contratante o consumidor, en tanto que en la Argentina sí se establece la obligatoriedad del proveedor de suministrar información básica y clara sobre la prestación de servicios.

## **6. Discusión**

La presente investigación ha permitido que, luego de la revisión de material doctrinario y de cuerpos normativos de tres países latinoamericanos: Ecuador, Venezuela y Argentina cuyos ordenamientos jurídicos prevén la figura del contrato de adhesión, podamos precisar que el principio del Derecho Privado concerniente a la igualdad no se verifica en la suscripción de los contratos de adhesión, pues como se ha constatado, no existe la posibilidad de que la parte adherente pueda sugerir, proponer o redactar las cláusulas del referido contrato. Esto permite, en los actuales momentos, que se configure una obligación contractual con evidentes efectos jurídicos que no guardan correspondencia con el ejercicio del principio de igualdad, ya que las partes no intervienen en similares condiciones en la determinación de los lineamientos legales que dan vida a este tipo de contratos.

Además, se ha podido determinar una realidad que no podemos desconocer en cuanto a que el contrato de adhesión es de gran uso dentro del ámbito contractual moderno. Esta particularidad de ninguna manera desecha el valor que tiene dentro de las relaciones contractuales y comerciales, sin embargo, no se puede dejar de evidenciar la nula e inexistente aplicación del principio de igualdad de las partes, partiendo

de que la igualdad es un principio universal que al menos dentro del contrato de adhesión no se materializa.

La recolección de la información de contenido teórico permite proponer la posibilidad de que, como establece la legislación venezolana, se faculte la inserción de otras cláusulas en el contrato o, por lo menos, de que exista un mínimo de discusión de las mismas, esto a fin de que la parte identificada como adherente no se vea obligada a simplemente aceptar un conjunto de disposiciones que, bajo la figura de contrato, se torna en ley para las partes y que, en el caso puntual de la adhesión, no le faculta a sugerir ni redactar las pautas para la suscripción de esa obligación.

## **7. Conclusiones**

El análisis conceptual, teórico y de legislación comparada, permite realizar un claro y real planteamiento de que los principios del Derecho Privado, específicamente aquel identificado como igualdad, no se cumple y de hecho no se aplica de manera efectiva dentro de la suscripción de figuras contractuales conocidas como contrato de adhesión.

La modalidad del contrato de adhesión, por sus características, refleja desigualdad de condiciones entre las partes contratantes, lo que conlleva a una ineficaz celebración del acto o declaración de voluntad, entendiéndose del contrato, respecto al principio de igualdad pues en la práctica no es el resultado del debate o del acuerdo de las partes sino de la imposición de una de ellas a través de cláusulas que la otra parte únicamente puede aceptar o rechazar. Al no existir la discusión o exposición de los intereses de cada una de las partes contractuales, se evidencia una imposición de la voluntad unilateral hacia el adherente y la ausencia de un acuerdo bilateral, lo que constituye una parte importante a la hora de suscribir el convenio. Esto tiene una connotación

significativa, ya que no se trata de que la segunda parte no intervenga en la suscripción del contrato, sino que indudablemente causa una afectación a la parte que no participa en igualdad de condiciones a las del oferente en la definición del contenido del contrato.

Las diferentes actividades y necesidades comerciales, profesionales y de servicios han dado lugar a vertiginosos cambios que se producen en la sociedad actual, surgiendo nuevas modalidades de contratación. Dentro de los modernos mecanismos contractuales se encuentra el denominado contrato de adhesión, el cual cuenta con una innegable utilidad práctica, pues representa una simplificación de la negociación respecto a la prestación de servicios, a través de formatos prefijados por sus operadores.

En función de lo expuesto y en correspondencia a los objetivos planteados dentro de la presente investigación, podemos afirmar que estos se han cumplido y que adicionalmente se podría proponer un criterio revestido de viabilidad a fin de lograr una suerte de armonización que reconozca y ponga en práctica el principio de igualdad. Por tanto, considerando las características que posee el contrato de adhesión, se estima viable la posibilidad de que al menos exista un mínimo de discusión de sus cláusulas y la inserción de otras sin alterar su naturaleza, como lo establece la legislación venezolana, concretamente la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Así, se favorecería el principio de igualdad.

## 8. Referencias

- Alioto, D. G. (2009). *La justicia de los Contratos* (Primera ed.). Buenos Aires, Argentina: Instituto de Estudios Filosóficos "Santo Tomás de Aquino".
- Arrubla Paucar, J. A. (1998). *Contratos Mercantiles. Contratos Atípicos* (Tercera ed.). Medellín, Colombia: Impreandes S.A.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2000). *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Ley 21*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2005). *Código Civil*. Última modificación 22 de mayo de 2016. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- Barbero, O. (2004). *Introducción al Derecho Privado*.: Juris Talleres Gráficos Santa Fé. Rosario. Argentina. UR: <https://books.google.com.ec/books?id=ulZI8tkhESEC&prints=ec=frontcover&dq=derecho+privado&h%20l=es&sa=X&ved=0ahUKEwjX0LW eo-%20DcAhWBrFMKHXO AACgQ6AEIJTAA#v=onepage&q=derecho%20privado&f=true>
- Biblioteca de la Facultad de Derecho de Sevilla. (1807). *Código Napoleónico*. Madrid, España: Imprenta de la Hija de Ibarra.
- Congreso de la Nación Argentina. (2008). *Defensa del Consumidor, Ley 26.361*. Buenos Aires Argentina: Erreius.
- Congreso de la Nación Argentina. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación* (Primera ed.). Buenos Aires, Argentina: Errepar S.A.
- Congreso de la Nación Argentina. (1993). *Ley de Defensa del Consumidor*. (Primera ed.). Buenos Aires, Argentina: Errepar S.A.
- Congreso Nacional. (2005). *Código Civil ecuatoriano*. Codificación 2005-010. Quit, Ecuador: Ediciones Legales.

- Congreso de la República de Venezuela. (1982). *Código Civil venezolano*. Caracas. Ediciones Libra.
- Congreso de la República de Venezuela. (1995). *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*. Gaceta Oficial de la República de Venezuela. Caracas, Venezuela: Ediciones Libra.
- Dell'Aquila, E. (1981). *La Resolución del Contrato Bilateral por Incumplimiento*. Salamanca; España: Imprenta Kadmos.
- Flores Gomes González, F., & Carvajal Moreno, G. (1986). *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*. Editorial Porrúa, Vigésimo quinta Edición. México, México: Porrúa.
- Gallego, S. (2020). El Principio de Igualdad aplicado a las Personas Naturales por parte de la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal -Ugpp. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia. UR: [http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/16671/1/GallegoSandra\\_2020\\_PrincipioIgualdadPersonas.pdf](http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/16671/1/GallegoSandra_2020_PrincipioIgualdadPersonas.pdf)
- Kemelmajer. A. (2020). *Manual de Derecho Privado*. Tomo 1. Buenos Aires; Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Le Pera, S. (1974). *Cuestiones de Derecho Comercial moderno*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- López Santa María, J. (1998). *Los Contratos. Parte General (Vol. I)*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Montagné, H. (1931). El Contrato de Adhesión. *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*. Córdoba. Argentina. UR: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/REUNC/article/view/6438/7519>
- Ortíz, M. (2008). *Diccionario Jurídico Básico*. Tercera Edición Actualizada. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Quintana Adriano, E. A. (2006). *Derecho Público y Derecho Privado*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones

- Jurídicas de la UNAM. México. México.UR:<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1855/26.pdf>.
- Pérez Fernández del Castillo. B. (2012). *Contratos Civiles*. Décimo Cuarta Edición. México: Editorial Porrúa.
- Real Academia Española. (2017). *Contrato*. Obtenido de Diccionario de la Lengua Española: <http://dle.rae.es/?id=AdXPxYJ>
- Rodríguez, M. S. (2011). El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur. *Revista Científica de ICES*, 128. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Argentina. UR: [http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/1269/Principio\\_M.N.Rodriguez.pdf?sequence=1](http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/1269/Principio_M.N.Rodriguez.pdf?sequence=1)
- Rosental, M. (1946). *Diccionario Filosófico*. Bogotá, Colombia. Ediciones Nacionales
- Saleilles, R. (1901). *De la déclaration de volonté*. París: Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand.
- Soro Russel, O. (2016). *El principio de la autonomía de la voluntad en la contratación: Génesis y contenido actual* (Primera ed.). Madrid, España: Colección Jurídica General.
- Vivanco, C. (2018). “*Los Contratos de Adhesión*”. DerechoEcuador.com. Quito. Ecuador. UR: <https://www.derechoecuador.com/los-contratos-de-adhesion>.
- Wagner, C. M. (2011). *Limitaciones a la Autonomía de la Voluntad*. Santa Fé. Argentina. UR: <http://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8080/tesis/bitstream/handle/11185/541/tesis%20final%20-%20Claudia%20Wagner.pdf?sequence=1>