

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**El efecto de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas en los
contratos de adhesión bancarios**

Sofía Gabriela Velasco Mayorga

Juan Carlos Pérez, LL.M., Director de Tesis

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de
Abogada

Quito, mayo de 2015

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE PROBACIÓN DE TESIS

**El efecto de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas en los
contratos de adhesión bancarios Diana Valeria Garzón Rivas**

Sofía Gabriela Velasco Mayorga

Dr. Juan Isaac. Lovato

Presidente del Tribunal Informante

D. Juan Carlos Pérez

Director de Tesis

Dr. Pablo Cevallos

Informante

Dr. Luis Parraguez.

Decano del Colegio de Jurisprudencia

Quito, 21 de mayo de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACION TRABAJO ESCRITO TESINA

TESI

ALU

TESINA/TITULO EL EFECTO DE LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LAS CLASULAS
ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE ADHESION BANCARIOS.

ALUMNO **Sofía Gabriela Velasco Mayorga**

EVA

a

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

El problema planteado en la tesina elaborada por Sofía reviste gran importancia en la actualidad, debido a que las instituciones financieras utilizan, en prácticamente todas sus relaciones con sus usuarios y clientes, contratos de adhesión. Hoy en día el acceso a créditos y servicios bancarios es más simple, incluso las instituciones financieras promueven, entre otros, la entrega de dinero, apertura de cuentas, etc. con menos formalidades y requisitos; no obstante, estas obligaciones se instrumentan en diferentes tipos de contratos, en los cuales, los usuarios o beneficiarios desconocen los derechos y obligaciones que les ampara frente a estos contratos de adhesión. A lo largo de la tesina, la estudiante realiza un recorrido por las instituciones el Derecho que regulan el daño y la responsabilidad de quien los genera, buscando llegar a una conclusión con respecto a los problemas que plantea el concepto de los contratos de adhesión para este tipo de actividad, especialmente los tipos de nulidad que se derivan de los mismos, cuestión que resulta de fundamental importancia para la correcta aplicación de los derechos de consumidores y usuarios de este tipo de servicio bancario.

t

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis planteada por Sofía resulta trascendente pues se refiere a la importancia del concepto de la nulidad que acarrea ciertas cláusulas abusivas que se encuentran incorporadas en contratos de adhesión utilizados por instituciones del sistema financiero al momento de ofrecer sus servicios a terceros. Asimismo, la hipótesis tiende a determinar el proceso que puede seguir un consumidor o usuario de estos servicios para que tales cláusulas sean declaradas nulas conforme a Derecho, incluso a reclamar, de ser el caso los daños y perjuicios resultantes de las mismas.

c

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

De la revisión de la tesina se observa que Sofía ha utilizado, para su investigación y redacción del trabajo, una serie de información adecuada y variada, contenida en diferentes medios, tanto digitales como físicos. Todos los materiales utilizados resultan, no solo suficientes y pertinentes, sino que se encuentran actualizados a la fecha, por lo que el trabajo recoge las teorías y doctrinas que se tratan al momento, hecho que contribuye a entender la realidad del problema planteado.

d

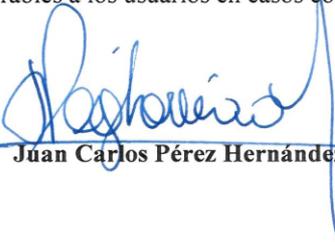
d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

A lo largo de la tesina se denota el análisis efectuado por la estudiante a fin de argumentar de forma adecuada, metódica y sustentada la investigación llevada a cabo. La hipótesis se encuentra válidamente justificada con la problemática actual planteada por la autora, en la que se refleja la

realidad de la relación entre las instituciones del sistema financiero y los usuarios del servicio, en caso de presentarse cláusula abusivas en los contratos de adhesión por servicios bancarios.

Los argumentos esbozados en el trabajo denotan una investigación exhaustiva tanto de la legislación nacional como de la doctrina internacional, con la finalidad de establecer mecanismos de protección que sean favorables a los usuarios en casos como los planteados.

FIRMA DIRECTOR:



Juan Carlos Pérez Hernández

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Sofia Velasco Mayorga

C. I.: 180423194-0

Fecha: Quito, mayo de 2015

DEDICATORIA

A mis padres por compartir conmigo mis metas y sueños, por ser un ejemplo de dedicación, esfuerzo y perseverancia. En definitiva, por darlo todo.

AGRADECIMIENTOS

A Dios por abrirme las puertas y darme las fuerzas necesarias, a mi familia por su apoyo incondicional en este proceso, a Andrés por su motivación diaria e inspiración, y de manera especial a los profesores Daniela Salazar y Juan Carlos Pérez por su tutoría y valiosos consejos.

RESUMEN

El presente trabajo busca determinar el régimen aplicable a la nulidad de pleno derecho como efecto de las cláusulas abusivas, a través de un amplio análisis del artículo 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. La ineficacia del negocio jurídico en el Ecuador, consistía en la anulación de los actos o contratos por declaración judicial, no obstante, la inclusión de la nulidad de pleno derecho contraría instituciones jurídicas preestablecidas y, se crea un sistema que actúa *ipso iure*, lo que tiene como resultado efectos positivos y negativos en la protección del consumidor. Los contratos bancarios y sus cláusulas abusivas han sido objeto de restricción a través de resoluciones de la Superintendencia de Bancos, no obstante ahora están prohibición por el Código Orgánico Monetario y Financiero.

ABSTRACT

The purpose of this academic dissertation is to determine the nature of the null and void as result of abusive clauses, through a comprehensive analysis of Article 43 of the Organic Law on Consumer Protection. The inefficiency of the legal act in Ecuador consisted in the annulment of act or contract by court decision. However, the insertion of incurably void is against preset and legal institutions, consequently an *ipso iure* system have positive and negative effects on consumer protection. Bank contracts and abusive clauses have been prohibited by Resolutions of the Superintendence of Banks, and now by the Monetary and Financial Code.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	9
ABSTRACT	10
ABREVIATURAS.....	16
INTRODUCCIÓN.....	16
1 CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	19
1.1 Legislación Aplicable	19
1.2 ¿Qué son las cláusulas abusivas?	20
1.3 Etimología.....	21
1.4 ¿Las cláusulas abusivas son un abuso del derecho?	21
1.5 Características de las cláusulas abusivas.....	24
1.5.1 Infracción a la buena fe	26
1.5.2 Desequilibrio relevante entre derechos y obligaciones de las partes	33
1.5.3 El poder de negociación de una de las partes contratantes	37
1.5.3.1 Cláusulas que no se negociaron individualmente.....	38
1.5.3.2 Cláusulas redactadas previamente por el proveedor y que el consumidor no participó o influyó en su contenido	39
1.6 Los contratos de adhesión	41
1.6.1 Los contratos de adhesión bancarios.....	46
1.7 Análisis de las cláusulas abusivas en el Ecuador	47
1.7.1 Cláusulas prohibidas por la LODC.....	47
1.7.1.1 Cláusulas que eximen, atenúan o limitan la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados.....	48
1.7.1.2 Cláusulas que implican la renuncia o limitación de los derechos que la LODC reconoce a los consumidores.....	49
1.7.1.3 Cláusulas que invierten la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.....	51
1.7.1.4 Cláusulas que imponen la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación ...	52
1.7.1.5 Cláusulas que permiten al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier otra condición del contrato.....	53
1.7.1.6 Cláusulas que autorizan exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato	54
1.7.1.7 Cláusulas que incluyen espacios en blanco y condiciones ilegibles.....	55

1.7.1.8	Cláusulas que implican la renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en la LODC, Código de Procedimiento Civil, CC, LAM y demás leyes conexas	58
1.7.1.8.1	¿Cuáles son los derechos procesales de la LODC?	58
1.7.1.8.2	¿Cuáles son los derechos procesales de la LAM?	60
1.7.1.8.3	¿Cuáles son los derechos procesales del CC?	61
1.7.1.9	Cláusula abusiva por violación a las buenas costumbres y el orden público	62
1.7.2	Cláusulas prohibidas por el CDUSF	64
1.7.2.1	Cláusulas de cobro de tasas de interés, tarifas por servicios y/o gastos que no tienen dicha calidad	65
1.7.2.2	Cláusulas de cobro de tarifas por servicios y/o gastos futuros sin haberse informado previamente los motivos	66
2	EL EFECTO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS	68
2.1	Método de interpretación del efecto de las cláusulas abusivas	68
2.2	La nulidad de pleno derecho reconocida en el Ecuador	70
2.3	La nulidad del derecho privado	75
2.3.1	La nulidad de pleno derecho civil	79
2.3.1.1	Legislación comparada	82
2.3.1.2	Características de la nulidad de pleno derecho	84
2.4	La nulidad de pleno derecho no es inexistencia	86
2.4.1	Crítica a la inexistencia	91
2.4.2	Diferencias y similitudes de la inexistencia con la nulidad de pleno derecho	92
3	APLICACIÓN DE LA NULIDAD DE PLENO DERECHO EN LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS	99
3.1	Efecto de la nulidad de pleno derecho	99
3.1.1	Efectos frente a las partes	100
3.1.2	Efectos frente a terceros	103
3.2	La nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas	104
3.2.1	Elementos positivos	105
3.2.1.1	La nulidad de pleno derecho otorga protección inmediata	105
3.2.1.2	La nulidad de pleno derecho no produce efecto alguno	106
3.2.1.3	La nulidad de pleno derecho no puede ser saneada	107
3.2.2	Elementos negativos	107
3.2.2.1	¿Qué implica que la nulidad de pleno derecho opere <i>ipso iure</i> ?	108
3.2.2.2	La nulidad total y parcial	112
3.2.2.3	La <i>Restitutio integrum</i> en las cláusulas abusivas	116

3.2.2.4	La nulidad de pleno derecho no prescribe.....	119
3.2.2.5	Está legitimado cualquiera que tenga interés. Aún quien conocía del vicio que lo invalidaba.	120
3.3	La nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión bancarios.....	120
3.3.1	Análisis estadístico de cláusulas abusivas en contratos de adhesión bancarios. ..	121
3.3.2	Las cláusulas prohibidas por la LODC en los contratos bancarios.....	126
3.3.2.1	La cláusula de limitación a la responsabilidad de los proveedores por vicios de los bienes o servicios financieros prestados.....	126
3.3.2.2	Las cláusulas que implican la renuncia a derechos de los consumidores financieros.....	128
3.3.2.3	Las cláusulas de inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero	129
3.3.2.4	La imposición de los MASC en los contratos bancarios de crédito.....	129
3.3.2.5	La cláusula de variación unilateral del contrato bancario por las instituciones financieras.....	130
3.3.2.6	La cláusula de resolución o suspensión unilateral del contrato bancario de crédito.	131
3.3.2.7	Las cláusulas que incluyen espacios en blanco o ilegibles en los contratos de adhesión bancarios.	132
3.3.2.8	Las cláusulas de renuncia de los derechos procesales por parte del usuario financiero.	133
3.3.2.9	El efecto de la cláusula abusiva abierta en los contratos bancarios.....	133
3.3.3	Las cláusulas prohibidas por la CDUSF	134
3.3.3.1	El efecto de la nulidad de pleno derecho en las cláusulas de cobro de tasas de interés, tarifas por servicios y/o gastos que no cumplen tal calidad.....	134
3.3.3.2	Las cláusulas de cobro de tarifas por servicios y/o gastos futuros sin que se establezca la obligación de informar previamente los conceptos y la oportunidad en que resulten exigibles en los contratos bancarios y la aplicación de la nulidad de pleno derecho	137
4	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	138
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	141
	ANEXOS.	149

LISTA DE ANEXOS

Claúsulas abusivas en contratos bancario 1.....	96
Claúsulas abusivas en contratos bancario 2.....	122
Claúsulas abusivas en contratos bancario 3.....	124
Claúsulas abusivas en contratos bancario 4.....	150

ABREVIATURAS

<u>ABREVIATURA</u>	<u>EXPLICACIÓN</u>
§	Sección
CC	Código de Comercio
CCE	Código Civil ecuatoriano
CDUSF	Código de Derechos del Usuario del Sistema Financiero
ERJAFE	Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva
LAM	Ley de Arbitraje y Mediación
LODC	Ley Orgánica de Defensa del Consumidor
RTQDP	Reglamento de Trámite de Quejas de la Defensoría del Pueblo
RSB	Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor expedida el 10 de julio del año 2000, tiene como propósito la protección del consumidor en las transacciones comerciales que celebre. El consumidor se encuentra en una posición inferior, frente al proveedor de bienes o servicios en la relación contractual. En este sentido, a fin de proteger al consumidor, esta ley entra a regular los contratos, así como las obligaciones de las partes. Sin embargo, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, no está a propósito de suplir los vacíos contractuales, en las relaciones de consumo, por el contrario, la ley “debe ser interpretad[a] en el sentido de que el legislador, no debe intervenir para sustituir, sino para completar la voluntad inexpresada”¹ en el contrato. El Derecho de Consumo a través de distintas instituciones crea un marco de protección y límite.

El problema jurídico que la presente tesina busca resolver, se enfoca en las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión bancarios. La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor prescribe como efecto de las cláusulas abusivas, a la nulidad de pleno derecho, la misma que se contrapone al sistema de anulabilidad de nuestro Código Civil. En este sentido, esta consecuencia, reforma el sistema de eficacia del negocio jurídico en el Ecuador, por lo que en esta tesina analizaré su aplicación en los contratos y cómo su relación con otras instituciones del derecho civil me lleva a concluir que es inadecuada. La nulidad de pleno derecho prescinde de la declaración de un juez para que surta su efecto, o deje inválida la cláusula o contrato. Consiguientemente, considero que este efecto no es el conveniente, ya que a pesar de tener como propósito la protección inmediata; al relacionarse con otras instituciones del derecho civil, ocasiona un perjuicio al consumidor. En definitiva, es necesario que se reforme el efecto de las cláusulas abusivas, o en su defecto, se reforme el Código Civil, a fin de que el sistema de ineficacia sea coherente. Esta hipótesis la demostraré mediante el estudio de las cláusulas abusivas las mismas que se encuentran prohibidas en el artículo 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. En lo que respecta al alcance de las cláusulas abusivas, el Reglamento de la Ley argentina 24.240 menciona que “[s]e considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes”. Además la ley establece que las cláusulas abusivas serán únicamente

¹ Rubén Stiglitz. “Reglas secundarias de conducta”. *Contratos*. Gabriel Stiglitz. s.f. p. 191.

reguladas en los contratos de adhesión de acuerdo al artículo 45 del Reglamento de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que establece

Art. 45.- De conformidad con el artículo 43 de la ley, en los contratos de adhesión serán nulas las cláusulas y estipulaciones prohibidas en los numerales del 1 al 9 de dicho artículo; sin embargo, estas disposiciones no se interpretarán como una limitación a la autonomía privada en los contratos mercantiles y civiles en los cuales no intervengan consumidores finales, o en aquellos contratos en que por su naturaleza, las partes tengan la posibilidad de negociar y acordar su alcance y contenido².

La legislación ecuatoriana adoptó de otras legislaciones, los tipos de cláusulas abusivas así como su efecto. Además, en la presente tesina analizaré a las cláusulas prohibidas por las resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros como el Código de Derechos del Usuario del Sistema Financiero. Posteriormente, pasaré a estudiar la nulidad de pleno derecho como efecto de estas cláusulas prohibidas, sus características, elementos y su aplicación en el Ecuador. El artículo 43 establece: “[s]on nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales [abusivas]”³. Por lo mismo este efecto entra en contradicción con el Código Civil ecuatoriano, que prescribía un sistema de anulabilidad, es decir de declaración judicial de la validez del acto o contrato. La característica principal de la nulidad de pleno derecho, es su aptitud de operar ipso iure, es decir de manera instantánea y sin necesidad de declaración judicial. En consecuencia, las cláusulas abusivas de un contrato de adhesión no surtirán efecto alguno y las partes podrán desconocer dichas cláusulas, sin aparentes consecuencias jurídicas. No obstante, aún cuando esta institución tenga un sentido proteccionista hacia el consumidor, ha omitido su alcance a otras instituciones del derecho civil, como es la *restitutio in integrum*, la nulidad total y parcial, el principio de preservación del contrato, la apariencia negocial que se puede crear en las partes o frente a terceros, entre otras. Tomando en cuenta que entre los principales problemas que se plantean, se encuentra el que a partir de la nulidad de pleno derecho las acciones de los consumidores no prescriben lo que crean inseguridad jurídica tanto para los proveedores, como para los mismos usuarios. Por otro lado, esta nulidad puede ser reconocida de oficio, lo que permite que el juez reconozca la nulidad de las cláusulas en cualquier momento, y las considere sin efectos, causando

² Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 45. Registro oficial 287 de 19 de marzo de 2001.

³ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 43. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

posibles perjuicios a las partes. De igual forma, es importante recalcar que al resolverse el contrato las prestaciones deberán ser restituidas, sea desconociendo la voluntad de las partes de contratar y beneficiarse o prescindiendo de la orden de un juez.

Para finalizar en el tercer capítulo, estudiaré los efectos de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión bancarios, y su relación con otras instituciones civiles. En este último capítulo será evidente cómo la nulidad de pleno derecho no es el efecto deseado para las cláusulas abusivas, y cómo en los contratos entre las entidades financieras y el usuario financiero, es aún más perjudicial, precisamente por tratarse de un contrato de bien fungible, fácilmente transferible. Además, el supuesto control a través de la Superintendencia de Bancos y Seguros, ente regulador que aprueba el uso de estos contratos, refuerza la protección a los consumidores, por lo que se discutirá acerca de la eficacia de este organismo en prevenir la introducción de cláusulas abusivas.

1 CLÁUSULAS ABUSIVAS

En varias legislaciones, y a través de distintos doctrinarios del derecho, se ha pretendido otorgar una definición a las cláusulas abusivas. El propósito de este capítulo es entender qué son las cláusulas abusivas y para ello analizaré su definición, origen, tipos, así como cada una de sus características esenciales.

1.1 Legislación Aplicable

En el Ecuador, las cláusulas abusivas así como sus efectos están estipulados en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, desde ahora LODC, cuerpo normativo que regula exclusivamente la relación proveedor-consumidor final, así lo establece en su artículo 1⁴. Además, establece el significado de consumidor y proveedor en su artículo 2⁵, por lo que aquellos “supuestos” consumidores finales o proveedores, respectivamente que no se ajusten a dichos conceptos tampoco podrán ser protegidos por esta normativa. En caso de que existiese un vacío legal, el Código Civil ecuatoriano, en adelante CCE, establece los principios básicos de contratación, los mismos que funcionan a manera de límite a las actuaciones de las personas. Es así que, la LODC reconoce la supletoriedad del CCE al señalar que “las acciones interpuestas fundadas en esta ley, son civiles”⁶. De la misma forma en el artículo 95⁷ de la LODC, ratifica su carácter civil al utilizar en materia procesal, el Código de Procedimiento Civil.

⁴ Artículo 1.- “(...) [e]l objeto (...) es normar las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en dichas relaciones entre las partes”. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 1. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

⁵ Artículo 2.- Definiciones.- Para efectos de la presente ley, se entenderá por: Consumidor.- Toda persona natural o jurídica que como destinatario final adquiera utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente ley mencione al Consumidor, dicha denominación incluirá al Usuario. (...) Proveedor.- Toda persona natural o jurídica de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución, alquiler o comercialización de bienes, así como prestación de servicios a consumidores, por lo que se cobre precio o tarifa. Esta definición incluye a quienes adquieran bienes o servicios para integrarlos a procesos de producción o transformación, así como a quienes presten servicios públicos por delegación o concesión. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 2. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

⁶ Artículo 31.- Prescripción de las Acciones.- Las acciones civiles que contempla esta Ley prescribirán en el plazo de doce meses contados a partir de la fecha en que se ha recibido el bien o terminado de prestar el servicio. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 31. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

⁷ Artículo 95.- Supletoriedad.- En todo lo no previsto en esta Ley, en lo relativo al Procedimiento para el juzgamiento de las infracciones aquí determinadas, se estará a lo que dispone el Código de Procedimiento Civil. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 95. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

En razón de la tesina a más de las leyes mencionadas, también será objeto de análisis la normativa bancaria, por lo mismo se estudiará el Código Orgánica Monetario y Financiero, en adelante COMF, las Resoluciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros, en adelante RSB, y el Código de Derechos del Usuario del Sistema Financiero, en adelante CDUSF, normas particulares relacionadas a las cláusulas abusivas en los contratos bancarios.

1.2 ¿Qué son las cláusulas abusivas?

Las cláusulas abusivas están prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico, mediante la LODC, no obstante se debe tener en cuenta que es una materia que no ha sido analizada exhaustivamente. Es decir que, no existe soporte jurisprudencial que establezca sus lineamientos. Aun así, “el sustento jurídico para no amparar⁸ acciones descritas como actos abusivos estaría dado, en el más amplio nivel, por la buena fe, la equidad, la finalidad económica-social de las instituciones jurídicas, por los valores éticos, en general y por la solidaridad, en especial”⁹. Por lo que se puede determinar que a falta de normas imperativas, los principios fundamentales del derecho serían suficientes para la protección a los consumidores.

En primer lugar, conviene subrayar que no existe legislación, ni jurisprudencia ecuatoriana que establezcan un concepto de cláusulas abusivas. Por tal motivo y a fin de suplir dicho vacío me remitiré únicamente a la doctrina, así como a la legislación extranjera. Es importante señalar que muchos doctrinarios ya han definido a las cláusulas abusivas, y no siempre de manera similar.

Las cláusulas abusivas son aquellas condiciones contenidas en un contrato que están prohibidas por la ley y que tienen como efecto la nulidad de pleno derecho. Como bien lo establece el artículo 1478 del CCE “hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano”. En este caso, la introducción de cláusulas abusivas contraviene una norma expresa prohibitiva. El doctrinario Juan Farina en su libro *Defensa del Consumidor y del Usuario* define a estas cláusulas como “las impuestas unilateralmente por el empresario y que perjudi[can] a la otra parte, o determinan una posición de desequilibrio entre lo derechos y las obligaciones de los contratantes, en

⁸ Se refiere a no sancionar u obviar la introducción de cláusulas abusivas.

⁹ Carlos Fernández. *Abuso del derecho*. Buenos aires: Astrea, 1992, pp. 22-23

perjuicio de los consumidores y usuarios”¹⁰. La prohibición de cláusulas por la LODC, tiene como propósito prevenir la contratación desigual de sujetos y de esta manera mantener el interés social al contratar. Tómese en cuenta, que aún cuando la LODC limita dichas actuaciones, generalmente los consumidores carecen de incentivos para reclamar [§1.4.3], lo que motiva la introducción de dichas cláusulas en los contratos por parte de los proveedores, puesto que tal conducta no afecta su competitividad. Esto tiene como consecuencia, impedir que a través del consumo consciente y el sistema de precios se sancione el abuso.

1.3 Etimología

El término “cláusula” proviene del latín *claudere* que significa cerrar, que concuerda con la idea de culminar un acuerdo pactándolo entre las partes. La cláusula es aquella “disposición particular que forma parte de una convención, tratado, edicto, testamento y cualquiera otro acto o instrumento público o privado”¹¹. En este caso en particular, me refiero a las cláusulas que forman parte de una convención o contrato privado.

Por otro lado, *abusus* o *usus* es el origen de la palabra “abuso”, que es todo acto que está fuera de los límites legales impuesto por la razón, que perjudica el interés general, es decir el mal uso.¹² La palabra abuso en el derecho puede tener distintas definiciones dependiendo del contexto de su uso. En el estudio de las cláusulas abusivas existe una discusión respecto a su relación con la figura de abuso del derecho [§1.3.1]. Por lo que, a continuación pasare a explicar el debate que se ha formulado.

1.4 ¿Las cláusulas abusivas son un abuso del derecho?

En la doctrina existe el debate respecto a si las cláusulas abusivas son o no un abuso del derecho. En relación a la tesis afirmativa de abuso del derecho, esta nace a partir de

la convicción de establecer un límite a los derechos subjetivos, nace de la necesidad de proteger a los “otros”, con quienes entra en relación el titular de tales

¹⁰ Juan Farina. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea, 2000, p. 348.

¹¹ Guillermo Cabanellas de Torres. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta, 2011

¹² *Id.* p.15 y 63.

derechos, de actitudes egoístas y antisociales, descriptas como “anormales” o “irregulares (...)”¹³.

Por lo que, a partir de los abusos y la exigencia de los perjudicados de establecer mecanismos efectivos de resguardo, se configura un abuso por parte de alguno de los sujetos de la relación. Tómese en cuenta que un derecho pretende limitar el ejercicio de otro derecho, que si bien es legal o permitido, genera un perjuicio a la otra parte. Esta teoría protege a los consumidores a través de un principio establecido por ley, mas no por prohibición expresa. El CCE, en su artículo innumerado posterior al artículo 36 establece que se “constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico”¹⁴. A su vez, la doctrina establece que “el abuso de derecho, (...) sanciona el comportamiento de una persona, que elige, sin utilidad para ella, el modo de ejercicio de sus derechos más perjudicial para el prójimo, o que causa un daño desproporcionado con la ventaja obtenida”¹⁵. En este sentido son características de la figura de abuso del derecho, el ejercicio excesivo de un derecho por parte de un sujeto frente a otro, que tiene como consecuencia un detrimento y por lo mismo ese ejercicio debe ser limitado o sancionado.

En una relación de consumo, el proveedor, titular del derecho de contratar, excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, cuando introduce cláusulas abusivas en los contratos, los mismos que, efectivamente desvían los fines de protección del ordenamiento jurídico. En el presente caso, se considera que existe un abuso del derecho¹⁶ de la libertad de contratación¹⁷ para lo que este, “como cualquier otro

¹³ “Se trata de evitar que el titular de un derecho subjetivo cometa excesos al actuar sus derechos, o al no usarlos, que agraven intereses ajenos dignos de tutela jurídica”. Carlos Fernández. *Abuso del derecho*. Buenos aires: Astrea, 1992, p. 22.

¹⁴ Código Civil. Artículo innumerado. Registro oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

¹⁵ Carlos Fernández. *Abuso del derecho*. Buenos aires: Astrea, 1992, p. 20.

¹⁶ “El concepto de lealtad que traduce en derecho positivo estos valores fundamentales de justicia social y de rechazo a toda discriminación o explotación, se encuentra formalizado, en el campo de las relaciones contractuales, por el enunciado de una disposición general, sancionando el carácter abusivo de un contrato o de una cláusulas, que acaree un desequilibrio manifiesto en las partes”. Françoise Domot'Naert. *Las tendencias actuales del derecho de contratos con respecto a la reglamentación de las cláusulas abusivas*. Citado por: Gabriel Stiglitz. *Defensa de los consumidores de productos y servicios*. Buenos Aires: 2001, p. 210.

¹⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 numeral 16. Registro oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

derecho, puede ser objeto de ejercicio abusivo”¹⁸. La teoría del abuso del derecho propone que dicha actuación resulta contraria, puesto que implica un uso inadecuado e irrazonable de nuestras libertades, como la de conclusión y configuración interna del contrato, el mismo que atenta la buena fe, y demás principios base del Derecho¹⁹. Para la profesora Verónica Echeverri “las cláusulas abusivas son una manifestación del abuso (del poder de configuración que se le da al predisponente), lo cual exige que se implementen medidas de control”²⁰.

Así mismo, en sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, los Jueces citan al doctrinario Alessandri al mencionar que el

abuso no es sino una especie de acto ilícito, [y] debe, por tanto, resolverse con arreglo al criterio aplicable a cualquier hecho ilícito. Habrá abuso de derecho cuando su titular lo ejerza dolosa y culpablemente, es decir con intención de dañar o sin la diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios²¹.

En este sentido, al parecer se trata de una especie de acto ilícito, que opera cuando no existe norma imperativa que sancione dicho acto. Es decir el abuso del derecho es una figura que suple la ausencia de ley, para sancionar ese ejercicio doloso o culposo de un derecho. A partir de esto surge la tesis contraria, que establece que se trata de una excesividad en el ejercicio del derecho expresamente prohibido por ley, más no de un abuso como tal. Es así que, la LODC sanciona dicha conducta del proveedor frente al consumidor en el artículo 43 que las prescribe bajo el título “cláusulas prohibidas”. La diferencia de tesis radica en la aplicación del abuso del derecho, puesto que si la legislación ecuatoriana no prescribiera dicha prohibición, se podría considerar como un abuso del derecho de configuración interna del contrato.

¹⁸ Sergio Muñoz. “El principio de la buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato”. Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano. (2010) En: Alterini, Arrubla, Bonivento, Cárdenas, Cubides, De ángel & otros, Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. (Tomo IV, vol. 1), Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Temis p. 226. Citado por: Verónica Echeverri. “El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores”. *Opinión Jurídica Universidad de Medellín*. (2001), p.127

¹⁹ Jorge Ortiz. *Tratamiento del Abuso del Derecho en la Jurisprudencia de las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador*. Tesis de pregrado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2011. p.26

²⁰ Verónica Echeverri. “El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores”. *Opinión Jurídica Universidad de Medellín*. (2001), p.127

²¹ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia de 16 de noviembre del 2004. Registro oficial No. 43 del 21 de Junio del 2005.

Así mismo, el profesor François Chabas, postula que “no hay que confundir la cláusula abusiva con la cláusula ilícita. Esta última está prohibida por si misma ya sea porque la ley así lo dispone o porque contraviene el orden público. Por cierto, el abuso también es ilícito, porque es una falta (...)”²² y por lo mismo, deberá ser sancionado.

De la misma manera lo menciona el doctrinario Soto, para quien:

el término abusivo, en este contexto, no está relacionado con la figura de abuso del derecho o el ejercicio abusivo de un derecho, sino con un criterio de “excesivo”. En tal sentido, una cláusula es abusiva cuando en una relación contractual específica reporta una ventaja indiscriminada a favor de uno de los contratantes en menoscabo del otro.²³

Igualmente, los doctores Felipe Osterling y Mario Castillo consideran que la expresión “cláusulas abusivas” no está aludida a la figura del “abuso del derecho”, por considerarlas distintas, aunque etimológicamente es correcto.²⁴

En resumen, “las cláusulas abusivas se pueden asemejar a las ilícitas, ya que éstas en general se traducen en pactos contra las leyes prohibitivas o de interés público”²⁵. Sin embargo, aún cuando el artículo 43 de la LODC expone un listado no taxativo de cláusulas abusivas, no se debe presumir que el resto de cláusulas que causen un desequilibrio contractual podrían ser sancionadas por abuso del derecho. Puesto que dichas cláusulas deberán cumplir con los mismos elementos que las prohibidas expresamente, así como la violación del principio de buena fe. Por lo que se terminarían adaptando al literal noveno del artículo 43 de la LODC [§1.6.1.9]. En conclusión, el sistema jurídico ecuatoriano al prohibir expresamente las cláusulas abusivas, éstas no podrán ser sancionadas bajo la figura de abuso del derecho, sino por violación manifiesta de la ley.

1.5 Características de las cláusulas abusivas

²² François Chabas. “El régimen de cláusulas abusivas en derecho francés”. *Revista de derecho comparado* (2000), p. 107

²³ Carlos Soto. “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuerto.” *Vniversitas*. (2003), p. 26.

²⁴ Cfr. Esterlín, Felipe y Mario Castillo. “Las cláusulas abusivas en el ordenamiento civil peruano”. *Revista de derecho comparado* (2000) p. 98

²⁵ Manuel Fernandez. “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas, ilegales o inequitativas”. Citado por: Gabriel Stiglitz. *Defensa de los consumidores de productos y servicios*. Buenos Aires: La Rocca, 2001, pp. 231-237.

Una vez aclarado el sentido de excesividad de las cláusulas abusivas, pasaré a entender sus características. Varios doctrinarios han optado por definir a las cláusulas abusivas en base a sus características esenciales, por tal motivo existe un amplio abanico de aspectos distintivos de este acto ilícito.

De acuerdo a Rubén Stiglitz, las cláusulas abusivas se caracterizan²⁶ por

- a. Que no ha[n] sido negociada[s] individualmente;
- b. Que al consumidor le sea presentada dicha cláusula, redactada previamente por el proveedor de bienes o de servicios;
- c. Que el consumidor no haya podido participar (o influir) en su contenido, particularmente en los contratos por adhesión;
- d. Que de su contenido resulte infracción a las exigencias de la buena fe;
- e. Que cause, en detrimento del consumidor un desequilibrio relevante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato^[27];
- f. Que debe considerarse el principio de prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales;
- g. Que el consumidor no haya tenido la posibilidad de negociarla, redactarla o modificarla en forma independiente con el predisponente o responsable de su redacción;
- h. Que, aunque previsible o conocida por el consumidor al momento de contratar no deje de ser abusiva;
- i. Que conlleve inequidad o afecte la buena fe del consumidor
- j. Que sea contraria a lo razonablemente suscripto ^[28].

En este sentido cada una de las cláusulas prohibidas en la LODC, deberá cumplir con estos presupuestos. Por metodología, dividiré las características mencionadas en cuatro generales y más específicas, es así que se analizará el poder de negociación, el desequilibrio contractual, la infracción a la buena fe y el principio de prevalencia. El uso de este método tiene como propósito sintetizar las características descritas por Stiglitz, ya que como se pudo observar, muchas son consecuencias la una de la otra, o se refieren a los mismos efectos desde la perspectiva del consumidor y del proveedor,

²⁶ La jurisprudencia colombiana comparte lo establecido por Stiglitz y menciona como características de las cláusulas abusivas: “a) Que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe comercial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes” Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Expediente No: 5670. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Colombia. Citado por: Verónica Echeverri. “El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores”. *Opinión Jurídica Universidad de Medellín*. (2001), p.127

²⁷ Ruben Stiglitz. “Reglas secundarias de conducta”. *Contratos*, Gabriel Stiglitz. s.f. p.199. (posición común, aprobada por el consejo de las comunidades europeas el 22/09/92, con vistas a la adopción de la directiva 92/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

²⁸ Rodolfo Catalán. *Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión*. 2004. <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjc357c/pdf/fjc357c-TH.back.1.pdf>>. (acceso: 15 de Agosto de 2014). p. 34

respectivamente. Ahora bien, pasaré a analizar cada una de estas características esenciales.²⁹

1.5.1 Infracción a la buena fe

Tal como señala el experto en Derecho de Consumo Rubén Stiglitz, una cláusula contractual será abusiva cuando infrinja el principio de buena fe. Por lo que “se convierte en el eje central para la consideración de abusivas de ciertas cláusulas”³⁰. La jurisprudencia ecuatoriana en un fallo de triple reiteración

[lo] ha deducido como [el] principio supremo y absoluto que domina todo el derecho de las obligaciones, (...) pero teniendo presente que (...) cuando se trata de obligaciones derivadas de [un] negocio jurídico, se determina en primer término por la voluntad de los interesados, mientras que en las obligaciones legales esta voluntad es indiferente.³¹

Respecto a este primer punto, es importante destacar que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes surge como un medio de interpretación para la determinación de sus intereses, así como sus obligaciones y derechos. Los contratos de consumo son un negocio jurídico en el que se acuerda la adquisición de un bien o la prestación de un servicio. No obstante, como bien señala la jurisprudencia, las obligaciones pueden ser contractuales y legales. En el caso de las cláusulas abusivas se trata de una obligación legal de no hacer. En consecuencia, “cuando las legislaciones repiten que son abusivas y por ende nulas, las cláusulas contrarias a la buena fe, están, simplemente, afirmando que son abusivas las cláusulas que derogan el derecho dispositivo sin justificación”³². La “buena fe prohíbe, (...) que se cometa abuso con pretensiones jurídicas formal o aparentemente fundadas, ya que quiere proteger al

²⁹ La doctrinaria Amy Vilchez lo considera de la misma manera al caracterizar las cláusulas abusivas por aquellas que “1. Ha de tratarse de cláusulas no negociadas individualmente. 2. Deben ser contrarias a las exigencias de la Buena fe. 3. Deben causar un perjuicio al consumidor, es decir producir una ruptura al principio de equivalencia de las prestaciones, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato”. Amy Vilchez. “Cláusulas abusivas en los contratos de tarjeta de crédito”. *Revista de Derecho* (2009). p. 84.

³⁰ Rodolfo Catalán. *Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor frente a las cláusulas...* Óp. cit., p.46.

³¹ Corte Suprema De Justicia. Primera Sala De Lo Civil y Mercantil. Causa No. 395-96. Sentencia de 26 de febrero de 1999. Registro oficial No. 162 de 5 de abril de 1999

³² Jesús Águila. “Cláusulas abusivas, cláusulas predisuestas y condiciones generales”. *Dialnet* (s.f.).

deudor [proveedor o consumidor], contra las exigencias impertinentes, que choquen contra el derecho y la equidad”³³.

En el Ecuador, el principio rector de la contratación privada se prescribe en el artículo 1562 del CCE, al señalar 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, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”³⁴. Además en el artículo 722 del mismo cuerpo normativo se prescribe que “la buena fe se presum[irá], excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria”. Por lo que, la introducción en los contratos de cláusulas prohibidas por la ley, se entiende como una actuación de mala fe por parte del empresario o proveedor de bienes o servicios. Además de esto, el artículo 721 del CCE, menciona que el “justo error, en materia de hecho, no se opone a la buena fe. Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario”. Consecuentemente, no será necesario probar si existe mala fe, puesto que al ser un error de derecho se presume su mala fe, sin discusión alguna.

La buena fe como generalidad funciona a manera de límite, la misma que debe “presidir todas las etapas de la negociación, de las relaciones interpersonales en la sociedad y en el mercado”³⁵. Estas etapas³⁶ son descritas de mejor manera por la Ley argentina 24.240 en el artículo 37 al establecer a la: “a) etapa previa a la conclusión b) [a la] celebración del contrato c) [a la] ejecución o cumplimiento contractual d) [y a las] circunstancias sobrevinientes al cumplimiento”³⁷ como momentos en los que la buena fe podría ser trasgredida³⁸. La responsabilidad del proveedor será distinta dependiendo del momento de mala fe, por lo que las partes “se deben comportar con honorabilidad, honradez, rectitud y sin ánimo de engañar o lesionar al otro, lo que posibilita que el co-contratante, a su vez, pueda legítimamente confiar en que su comportamiento es leal,

³³ Corte Suprema De Justicia. Primera Sala De Lo Civil y Mercantil. Causa No. 395-96. Sentencia de 26 de febrero de 1999. Registro oficial No. 162 de 5 de abril de 1999

³⁴ Código Civil. Artículo 1562. Registro oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

³⁵ Jorge Mosset. *El principio de buena fe y las cláusulas contractuales abusivas*, Universidad Nacional de Buenos Aires, Argentina. Citado por: Dhery Melgarejo. “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”. *Revista de derecho comparado* (2000).p. 128.

³⁶ Para apreciar si es abusiva una cláusula hay que atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, a todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, y a las demás cláusulas del contrato. (artículo 4.1 Directiva 93-13-CEE)

³⁷ Juan Farina. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea, 2000. p. 367

³⁸ *Ibíd.*

correcto y ajustado a derecho”³⁹. Tómesese en cuenta que por práctica abusiva se entiende a “todo comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional exigible, [que] derive esta de la normativa específica o sectorial o de las prácticas y usos comerciales aplicables”⁴⁰.

Como advierte Wayar,⁴¹ la buena fe tiene dos dimensiones, la subjetiva y la objetiva. La primera, se refiere a actos objetivamente ilícitos⁴². Y la segunda, es la faceta objetiva que “constituye un modelo de conducta social, un estándar jurídico de ineludible observancia que exige honestidad y probidad en las transacciones, reflejado en una actitud de cooperación recíproca”⁴³. Este principio objetivo “brinda elementos con los cuales puede evaluarse con justeza la voluntad de las partes, exteriorizada a través de su conducta, y medida también desde la óptica de la confianza recíprocamente generada”⁴⁴. Por otra parte, la buena fe subjetiva

para el profesional, sería su creencia de haber contratado lealmente y, para el consumidor, el conjunto de expectativas que éste pueda individualmente formarse de acuerdo con el contrato. Lo dicho es suficiente para entender que la idea de buena fe está tomada en sentido objetivo. [En definitiva] para el profesional es un objetivo modelo de comportamiento leal y para el consumidor el conjunto de expectativas que consumidores con criterios razonables puedan formar sobre el tipo contractual propuesto⁴⁵.

En la Directiva⁴⁶ española 93/13⁴⁷, en adelante como la “Directiva” y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras

³⁹ Verónica Echeverri. “El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores”. *Opinión Jurídica Universidad de Medellín*. (2001), p.127

⁴⁰ Pascual Martínez. “Concepto de "desequilibrio importante" del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores”. *CESCO*, (2014), pp. 189-192.

⁴¹ Ernesto Wayar. *Derecho civil. Obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 19-20, Citado por: José Moreno. “Cláusulas contractuales abusivas en el derecho paraguayo”. *Revista de derecho comparado* (2000) p. 141

⁴² No obstante el derecho podría considerarlos como legítimos, principalmente porque se piensa que dicha actuación no lesiona un bien o interés jurídico ajeno. *Ibíd.*

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ Rodolfo Catalán. *Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión*. 2004. <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjc357c/pdf/fjc357c-TH.back.1.pdf>>. (acceso: 15 de Agosto de 2014). p. 4

⁴⁶ La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas del año 1993, a diferencia de otras muchas directivas, regula no solamente algunos tipos contractuales o algunas formas de distribución, sino que comprende transversalmente el total del Derecho de los contratos. Citado por: Martin Ebers. “El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional”. *InDret* (2012).

leyes complementarias, en adelante como “TRLGDCU”, ratifican que la buena fe a que alude la protección al consumidor, no es la buena fe subjetiva. Por tal razón,

no es necesario que el empresario predisponente merezca un reproche –doloso o culposo- para que la cláusula sea abusiva. No es necesario que el empresario pretenda engañar, ni que sepa (o debiera haber sabido, de haber actuado con diligencia) que la regla impuesta en la cláusula se separa de manera importante del derecho dispositivo. Basta con que, de hecho, se produzca ese desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, y que no haya razón que justifica semejante desviación del derecho dispositivo.⁴⁸

En el presente caso la introducción de cláusulas abusivas en los contratos es un acto de mala fe al momento de conclusión, puesto que el proveedor abusa de su posición negocial frente al consumidor y aprovecha para actuar en perjuicio de la contraparte. Es decir que, el proveedor no solo debe cumplir sus obligaciones contractuales sino que además deberá cumplir con la ley; esto demuestra su buena fe pero no se limita a la actuación desleal del proveedor en otras etapas de contratación. En este sentido,

la conducta debida por las partes, no se agota en el cumplimiento estricto de las prestaciones de fuente contractual, o de los deberes legales; también del contrato derivan deberes secundarios de conducta, tales como (...) la cooperación y diligencias debidas (...) para que ella se realice como lo entendieron las partes y lo condicionan las exigencias actuales de tráfico dominadas por el principio de buena fe⁴⁹.

A partir de esto, el deber de buena fe se relaciona con la doctrina de las expectativas razonables⁵⁰ por parte del consumidor frente al proveedor. En la legislación alemana por ejemplo,

el doctrinario Larenz ha justificado la protección de las expectativas del consumidor de la siguiente forma: cuando una alteración de las normas legales dispositivas sea manifiestamente injusta o inequitativa se habrá de suponer que el perjudicado la ha consentido cediendo a alguna presión. Si esta presunción no puede ser refutada (...), los Tribunales no deberán tampoco estimar la vigencia del pacto por ser contrario al espíritu del ordenamiento jurídico.⁵¹

⁴⁷ Directiva 93-13-CEE Artículo 3.1: “Las cláusulas son abusivas si pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. artículo 82.1 TRLGDCU: “son abusivas las cláusulas que , en contra de las exigencias de la buena fe causan, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”:

⁴⁸ Manuel Marín. *La “voluntad virtual” del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores?*. CESCO (2013): pp. 35-43.

⁴⁹ Ruben Stiglitz. “Reglas secundarias de conducta”. *Contratos*. Gabriel Stiglitz. s.f. p.189.

⁵⁰ *Vid.* Directiva 93/13 (España) considerando 16.

⁵¹ Karl Larenz. *Derecho de obligaciones*. (Tomo I) Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid: 1958. p. 125.

Consiguientemente, aun cuando se introduzcan cláusulas abusivas por aceptación o consentimiento de ambas partes, se deberá presumir que el afectado (consumidor) sucumbió ante alguna imposición. De la misma manera lo considera el doctrinario español Manuel Marín quien menciona que

la buena fe es la guía que sirve para tachar de abusiva una cláusula cuando, al haber sido negociada con el consumidor, no responde a sus legítimas expectativas respecto a los derechos y obligaciones que el consumidor podía legítimamente esperar. Sin embargo, en las cláusulas predispuestas no hay negociación del contenido, las cláusulas se imponen al consumidor. En este caso la buena fe sirve para controlar ese contenido⁵².

A pesar de esto los consumidores deberán actuar diligentemente antes de alegar abuso en su contra.

Tómese en cuenta que el derecho se presume conocido por todos⁵³, por lo que el consumidor no argüirá un desequilibrio contractual cuando tal actuación estaba permitida por la ley, si existía aceptación. Las cláusulas abusivas como se dijo antes, están prohibidas por la ley, no obstante al existir una cláusula prohibida abierta [§1.6.1.9] es posible que el consumidor acepte dicha cláusula sin que aparentemente se viole la ley. En ese caso, los jueces y tribunales serán los encargados de determinar si existe o no un incumplimiento del deber de buena fe y si su aceptación subsanó dicha nulidad [§2]. Como se analizará en el tercer capítulo de esta tesina, el efecto que acaece a las cláusulas abusivas no permite subsanar la sanción, por lo que el papel del juez se limitará a comprobar la introducción de estas condiciones contractuales. “[C]omo han advertido Schwartz y Wilde, la mejor protección de los consumidores contra la explotación no son los tribunales, sino su propia vigilancia y perspicacia”⁵⁴, diligencia cuestionada del consumidor para ciertas situaciones que limitan su actuar perspicaz como por ejemplo la inversión económica en conocer toda la información relacionada al negocio jurídico;

para Hillman y Rachlinski, los consumidores incurren en costos en el monitoreo del lenguaje de los contratos y la reputación de la firma. Si estos costos son altos el

⁵² Manuel Marín. “La “voluntad virtual” del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores?”. *CESCO* (2013): pp. 35-43.

⁵³ Código Civil. Artículo 13. Registro oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

⁵⁴ Schwartz, A. / Wilde, L. “Imperfect information in markets for contracts terms: The examples of warranties and Security Interests”. Citado por: Iñigo de la Maza. “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”. *Revista chilena de derecho privado* (2003): p.125.

beneficio probable del contrato no lo compensa, aun cuando la carencia de este tipo de información pueda derivar en la explotación del consumidor⁵⁵.

Así mismo, Iñigo de la Maza expone siete interesantes factores acerca del porqué los consumidores no leen los contratos a los que se obligan, los cuales son:

la dificultad de comprender el lenguaje, dificultad en la comprensión de los términos (letra pequeña y otros), limitación de tiempo del consumidor para leer los términos de contrato, los agentes carecen de la facultad de negociar, los contratos cubren eventos improbables, los competidores utilizan el mismo lenguaje, los consumidores asumen que los tribunales no harán exigibles los términos injustos⁵⁶.

En consecuencia, el consumidor difícilmente estará capacitado para juzgar las condiciones a las que se obliga. Este tipo de contratos pertenecen a un público masivo y neófito, ya que los proveedores dificultan su entendimiento al redactar de manera técnica⁵⁷. En este sentido, nace la “teoría del arrepentimiento” la que establece que los consumidores no intentarán negociar o alterar las condiciones y distribución de riesgos predispuestos por el proveedor en un contrato, por minimizar el arrepentimiento que experimentarían si por tal negociación su posición resulta menos privilegiada que antes⁵⁸. Por lo que con certeza se puede afirmar que el consumidor necesita ser protegido por la ley, ante la falta de cuidado o aprovechamiento de un desequilibrio económico entre contratantes. En este sentido, según la doctrina extranjera la labor de los Jueces deberá ser la valoración de cláusulas abusivas, mediante la revisión total del contrato, y no únicamente de la cláusula alegada como tal; ya que de esta forma se podrá interpretar el contexto en que se realizó el contrato⁵⁹.

⁵⁵ Iñigo de la Maza. “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”. *Revista chilena de derecho privado* (2003): p.130.

⁵⁶ *Id.* p.125.

⁵⁷ Rodolfo Catalán. *Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión*. 2004. <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjc357c/pdf/fjc357c-TH.back.1.pdf>>. (acceso: 15 de Agosto de 2014). p. 34

⁵⁸ Así mismo, Iñigo de la Maza cita a Duncan Kennedy “quien ha sugerido que el mercado de bienes ofrecidos bajo condiciones complejas, aun consumidores de clase media bien educados: decidirían que el riesgo de ser engañados, dañados o abusados por los vendedores es uno de los riesgos inevitables de nuestra económica, y no vale la pena invertir tiempo o dinero en el esfuerzo. Citado por: Iñigo de la Maza. “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”. *Revista chilena de derecho privado* (2003): p.132.

⁵⁹ Rodolfo Catalán. *Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión*. 2004. <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjc357c/pdf/fjc357c-TH.back.1.pdf>>. (acceso: 15 de Agosto de 2014). p. 47.

Ante esto, la jurisprudencia alemana otorga una valiosa herramienta para determinar qué cláusula infringe o no el deber de buena fe. Se trata de un test de medición, en la que el “Tribunal Supremo Alemán o BGH, [analiza]: (1) el equilibrio contractual, (2) la consideración de los intereses de las partes contratantes, y (3) la definición de la esencia de los derechos y deberes contractuales”⁶⁰. Las cláusulas abusivas se caracterizan por el desequilibrio contractual que genera entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que tiene como resultado la violación al principio de buena fe negocial.

Otro nuevo test de mediación otorga la jurisprudencia española conocido como de “voluntad virtual”⁶¹ o hipotética del consumidor, la cual es utilizada para juzgar “si el consumidor hubiera aceptado esa cláusula de haber existido una negociación individual entre ambas partes, y analizar también si el empresario podía haber advertido esta circunstancia, de haber tratado de manera leal y equitativa al consumidor”⁶². Por lo que el proveedor deberá estar atento a los intereses del consumidor a fin de celebrar un contrato donde “no se vean frustradas sus legítimas expectativas medidas en atención a la confianza generada y al fin normal del tipo contractual utilizado”⁶³.

No obstante, el doctrinario Manuel Marín en vista del artículo 3.1 de la Directiva y 82.1 del TRLGDCU, menciona que ya existían “dos parámetros para medir la abusividad de una cláusula, la buena fe y el equilibrio de las prestaciones. Por lo que Marín, crítica este nuevo test de medición puesto que lo considera subjetivo y de difícil comprobación ya que el carácter abusivo de una cláusula no debería depender de la apreciación que se haga el proveedor sobre la aceptación o no por parte del consumidor.⁶⁴ Tómese en cuenta que en el caso ecuatoriano el primer test de medición debería ser la separación injustificada del derecho dispositivo⁶⁵ y subsidiariamente, se

⁶⁰ RODRÍGUEZ, A. Cláusulas abusivas en la contratación. Editorial Aranzadi. Navarra: 1996. p. 38-39). Citado por: Iñigo de la Maza. “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el merca...” *Óp. cit.*, p.120

⁶¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-415/11. Sentencia de 14 de marzo de 2013

⁶² *Ibid.*

⁶³ Marta Carballo. “Las cláusulas contractuales no negociadas ante la propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores”. *Indret* (2010). p. 17

⁶⁴ Manuel Marín. *La “voluntad virtual” del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores?.* CESCO (2013): P. 37.

⁶⁵ El doctrinario Manuel Marín al respecto menciona que una cláusulas es abusiva cuando establece “un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes, en comparación con el derecho dispositivo, separación de derecho dispositivo que ha de ser injustificado, esto es, ha de obedecer a motivos distintos del exclusivo interés del empresario. *Ibid.*

podrá tomar en cuenta los test anteriormente descritos. Lamentablemente, como se verá más adelante, el legislador restringe el control para la ley únicamente.

En definitiva, las cláusulas abusivas son el resultado de la excesividad del “titular de un derecho subjetivo [que] actúa de modo tal que [el ejercicio] de su conducta (...) resulta contrario a la buena fe”⁶⁶. Por lo que ante la falta de este principio, se ocasionará “un desequilibrio contractual injustificado favorable a la parte más fuerte, el empresario”⁶⁷. Lo que me lleva a analizar la siguiente característica, en la que la buena fe es la causa del desequilibrio relevante entre las obligaciones y derechos de cada una de las partes al contratar.

1.5.2 Desequilibrio relevante entre derechos y obligaciones de las partes

La segunda característica de las cláusulas abusivas es el desequilibrio contractual, que debe ser relevante o sustancial para las partes. Este, ha sido utilizado como una de las formas de identificación y definición de las cláusulas prohibidas. En la LODC no se analiza ni se hace referencia a este precepto, por tal motivo me remitiré al estudio de la doctrina y legislación extranjera.

El principio de autonomía de la voluntad de las partes permite que se configure internamente el contrato por lo que los contratantes decidirán qué derechos y obligaciones están dispuestos a asumir. No obstante, cuando “en virtud de preceptos de autonomía, tolerados por normas dispositivas, se logra bloquear o neutralizar la finalidad económica del contrato, y se fractura el equilibrio”⁶⁸, dicha autonomía debe ser regulada. En tal sentido, el principio de igualdad en el contrato aparece con el propósito de evitar la producción de una asimetría, así “tanto las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales, como los esfuerzos regulatorios en el terreno contractual, encontraron sustento en la idea de *igualdad y proporcionalidad*”⁶⁹. Este

⁶⁶ Iñigo de la Maza. “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”. *Revista chilena de derecho privado* (2003): p.125.

⁶⁷ Silva, P. (2001). Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales (condiciones generales de los contratos o de la contratación y las cláusulas abusivas). En: A. A. Alterini, J. L. Mozos & C.A. Soto (Dir.). *Contratación contemporánea*. (Tomo 2). Colombia: Temis; Perú: Palestra. Citado por: Verónica Echeverri. “El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores.” *Opinión Jurídica Universidad de Medellín* 10.20 (2001): p. 131.

⁶⁸ Rubén Stiglitz. “Reglas secundarias de conducta”. *Contratos*. Gabriel Stiglitz. s.f. p. 196.

⁶⁹ César Carranza. “Sobre las cláusulas abusivas: a propósito de la ley complementaria del sistema de protección al consumidor de Perú”. (2009): p. 415

principio conforme lo señala Lorenzetti “debe ser aplicado con la finalidad de establecer un equilibrio, una correspondencia”⁷⁰, de este modo el abuso se produce aquí por la flagrante falta de reciprocidad, ya que no se pacta una posibilidad “paralela de resolución para el consumidor”⁷¹.

Este desequilibrio deberá ser importante y significativo. Es así que,

la existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, (...), ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que (...), le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales⁷².

Por tal motivo el desequilibrio no hará especial referencia al valor o las prestaciones económicas de las partes⁷³, sino a la posición en la que se ubican en relación al balance entre derechos y obligaciones. Si ésta resulta ser desigual, evidentemente estamos ante un desequilibrio que para determinarlo, se debe “tener en cuenta la naturaleza del bien o del servicio que sea objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración [del mismo], así como todas las demás cláusulas de éste”⁷⁴. En consecuencia, el análisis íntegro y no únicamente de la cláusula contractual aparentemente abusiva, determinará si ciertas cláusulas parecen ser desproporcionadas para el consumidor.

Para la tratadista belga, Catherine Delforge es abusiva “toda cláusula o condición”⁷⁵ que, por sí sola o combinada con una o varias cláusulas o condiciones, cre[a] un

⁷⁰ Ricardo Lorenzetti. *Principios generales de calificación de la cláusulas abusiva e la ley 24.240, LL, 1994*. Citado por: Juan Farina. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea, 2000, p. 350

⁷¹ Juan Farina. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea, 2000, p. 352.

⁷² Pascual Martínez. “Concepto de “desequilibrio importante” del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores”. *CESCO*, (2014), p. 192.

⁷³ *Vid.* Israel Creimer. “Cláusulas Abusivas”. *Revista de Derecho Comparado* (1999):pp. 96-97.

⁷⁴ Pascual Martínez. “Concepto de “desequilibrio importante” del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores”. *CESCO*, (2014), p.192

Vid. César Carranza. *Sobre las cláusulas abusivas: a proposito de la ley complementaria del sistema de protección al consumidor de Perú*. (2009): p. 434

⁷⁵ La doctrinaria se refería a las condiciones establecidas en el contrato, como sinónimo de cláusulas.

desequilibrio manifiesto entre los derechos y las obligaciones de las partes”⁷⁶. Por lo que afectan al consumidor o usuario en el cotejo inequitativo entre los derechos y obligaciones⁷⁷. De la misma forma, el profesor Cristian Larroumet señala que será cláusula abusiva “cuando una de las partes, que está en posición ventajosa⁷⁸ en un contrato de adhesión, ha estipulado, ya sea obligaciones muy gravosas a cargo de la otra, ya sea derechos a su favor, que no sean equiparables con los asignados a la otra parte”⁷⁹. En este sentido, ambos autores han pretendido definir a las cláusulas abusivas en base a sus características. El desequilibrio es de posiciones, en la que una parte obtiene muchas ventajas en comparación a la otra, sea mediante el aumento de derecho o la reducción de obligaciones⁸⁰. Larroumet, toma en consideración a los contratos de adhesión, no obstante, el desequilibrio podrá ser evidente aún en contratos negociados, en los que el consumidor por la necesidad de obtener el bien aceptará esta asimetría, en su perjuicio [§1.5]. Así mismo, el proyecto uruguayo de Ley del Consumidor de 1998 considera “abusiva por su contenido o por su forma toda cláusula que determine claros e injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores”⁸¹. Generalmente, el “derecho positivo propone un modelo que el legislador considera razonable, y que lo suministra a las partes para que lo tomen en cuenta y rijan sus relaciones contractuales sin apartarse de él”⁸², por lo que cualquier desvío de lo prescrito por la ley, se presume que originará un desequilibrio contractual.

La violación al principio rector de la contratación privada [§1.4.1] tiene como consecuencia el desequilibrio. En este caso, cuando “no es posible coordinar las cláusulas con los principios esenciales de la regulación legal de la que difieren, [y]

⁷⁶ Catherine Delforge. “El control de las cláusulas abusivas en el derecho belga”. *Revista de derecho comparado*. Bélgica. (1999), p. 70.

⁷⁷ Jorge Mosset. “Las cláusulas abusivas en la contratación”. *Revista de Derecho Comparado* (1999). Reglamentación derecho 1798/94.

⁷⁸ Vid. Iñigo de la Maza. “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?” *Revista chilena de derecho privado* (2003): p. 120.

⁷⁹ Christian Larroumet. *Teoría General del Contrato*. Editorial Témis: vol. I, Bogotá D.C., 1993, p. 310. Citado por: César Carranza. “Sobre las cláusulas abusivas: a propósito de la ley complementaria del sistema de protección al ...” *Óp. cit.* p. 434.

⁸⁰ Vid Rubén Stiglitz. “Reglas secundarias de conducta.” *Contratos*. Gabriel Stiglitz. s.f. p. 192.

⁸¹ Israel Creimer. “Cláusulas Abusivas”. *Revista de Derecho Comparado* (1999): pp. 96-97.

⁸² P. Lorenzetti. *Principios generales de calificación de la cláusulas abusiva de la ley 24.240*, LL, (1994). Citado en: Juan Farina. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea, 2000. p. 350

cuando se limitan los derechos y deberes que derivan de la naturaleza del contrato”⁸³ con peligro en su finalidad, es para el jurista Juan Farina, un desequilibrio. Es decir que la asimetría no solo deberá verse en los derechos y obligaciones de cada uno de los contratantes sino en el cumplimiento de los principios esenciales, como la buena fe⁸⁴. El Artículo 9 de la AGB-Gesetz alemana resume el carácter de abusivas, a las que contraríen el principio de buena fe y equidad⁸⁵, cuando “la cláusula no sea compatible con los principios fundamentales de la legislación que deroga”.⁸⁶ En el caso ecuatoriano, la regulación contractual se encuentra en la CCE por lo que si se violentare principios como la buena fe o reciprocidad, se entenderá que se está ocasionando un desequilibrio.

Por tal motivo, a la LODC le urge proteger y prevenir la contratación desigual de sujetos y de esta manera mantener el interés social al contratar⁸⁷. De acuerdo con lo dicho,

si no es temporáneamente revisado [el contrato], emplaza la situación en tal estado de inequidad para una de ellas, [que] el contrato puede eventualmente ser instrumento de desórdenes sociales. En efecto, en esos casos el contrato deja de ser un mecanismo útil a la convivencia social o al interés general, y se transforma en fuente de injusticia contractual⁸⁸.

⁸³ Bercovitz, Rodríguez Cano. *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*. p. 199. Citado por: Juan Farina. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea, 2000. p. 384.

⁸⁴ Gabriel Stiglitz en su libro “Defensa de los consumidores de productos y servicios”, menciona que el desequilibrio se hara evidente cuando:

- a) Por aplicación de una o más cláusulas predisuestas, se amplíen los derechos del predisponente;
- b) O atribuyan en su favor, la posibilidad de alterar en algún sentido la obligación o la carga comprometida;
- c) O por las que se reduzcan o supriman sus cargas u obligaciones;
- d) O desde la perspectiva inversa, cuando se amplíen las cargas u obligaciones de adherente,
- e) O se supriman o modifiquen en su contra, sus derechos.
- f) Y de todo ello (...) quede comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses, al afectarse la relación de equivalencia

⁸⁵ Amy Vilchez. “Cláusulas abusivas en os contratos de tarjeta de crédito.” *Revista de Derecho* (2009). p. 84.

⁸⁶ Artículo 9 y apartado 2 de la AGB-Gesetz citado por Rodolfo Catalán, “Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión.” 2004. (Acceso: 15 de Agosto de 2014) <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjc357c/pdf/fjc357c-TH.back.1.pdf>>.

⁸⁷ Iñigo de la Maza. “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?” *Revista chilena de derecho privado* (2003): p. 109-148

⁸⁸ Ruben Stiglitz. “Reglas secundarias de conducta”. *Contratos*. Gabriel Stiglitz, s.f. p.190.

Sobre la base de los antes planteado se concluye que las cláusulas abusivas provocan un desequilibrio o quebrantamiento en el sinalagma contractual en la relación de consumo, la misma que será determinable por violación a los preceptos de ley o, mediante el examen de obligaciones y derechos de las partes.

1.5.3 El poder de negociación de una de las partes contratantes

De acuerdo a las características descritas anteriormente, el poder de negociación es uno de los elementos de la cláusula abusiva. El que a su vez, se lo ha podido distinguir en dos situaciones:

1. Cláusulas que no ha[n] sido negociadas individualmente;
2. Cláusulas redactadas previamente por el proveedor de bienes o de servicios y que el consumidor no participó o influyó en su contenido.

En la legislación ecuatoriana las cláusulas abusivas podrán encontrarse únicamente en contratos de adhesión⁸⁹[§1.5], por lo que esta particularidad opera cuando “se emplea con exceso o anormalidad el poder de negociación para introducir en el contrato estipulaciones que generan un desequilibrio económico injusto o carente de razonabilidad”⁹⁰. En este sentido, el poder de negociación de una de las partes siempre tendrá como resultado el desequilibrio, así como ventajas desmedidas frente al consumidor. El poder de negociación, no está representado por la información que cada una de las partes tenga al momento de negociar, sino a la posición de cada uno de los sujetos al contratar. Tómese en cuenta además que, este poder se manifiesta a través de la imposición de un contenido en específico o general. El eventual “carácter abusivo ha de medirse en atención a un doble patrón, necesaria y simultáneamente concurrente: la contravención de las exigencias de la buena fe y la ruptura significativa, en perjuicio del

⁸⁹ Artículo 45.- De conformidad con el artículo 43 de la ley, en los contratos de adhesión serán nulas las cláusulas y estipulaciones prohibidas en los numerales del 1 al 9 de dicho artículo; sin embargo, estas disposiciones no se interpretarán como una limitación a la autonomía privada en los contratos mercantiles y civiles en los cuales no intervengan consumidores finales, o en aquellos contratos en que por su naturaleza, las partes tengan la posibilidad de negociar y acordar su alcance y contenido. Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 45. Registro oficial 287 de 19 de marzo de 2001.

⁹⁰ Verónica Echeverri. “El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores.” *Opinión Jurídica Universidad de Medellín*. (2001): p. 166.

consumidor, del equilibrio contractual”⁹¹. Aun cuando el poder de negociación del proveedor no ocasione perjuicio, lo cierto es que está en una ventajosa situación de proclive daño. Esta característica es un hecho no discutido en las cláusulas abusivas en el Ecuador puesto que las mismas solo serán sancionadas si forman parte de un contrato de adhesión, en los que evidentemente el poder de negociación del proveedor es parte de su esencia.

Ahora bien, procederé a analizar cada una de las situaciones para entender de manera completa este concepto tan distante y desconocido de la legislación ecuatoriana.

1.5.3.1 Cláusulas que no se negociaron individualmente

Esta característica busca proteger la negociación aún en sus niveles más insustanciales ya que regula la imposición de ciertas condiciones contractuales, y la permisión de negociación en unas pocas. Lo que se pretende evitar, es la imposición total del consumidor a una situación de “lo tomas o lo dejas”⁹². Ante esto⁹³, el doctrinario Rodolfo Catalán señala que las cláusulas no negociadas individualmente serán aquellas que han “sido redactad[as] previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido (...) [y sí a través de la] apreciación global se determina[rá] que unas cláusulas fueron negociadas y otras no” se entenderá el todo como un contrato de adhesión⁹⁴. Es decir que, el contrato fue impuesto totalmente, sin negociación individual de cada cláusula, previo a la celebración del contrato. En este sentido, se da como consecuencia de la no negociación individual dos situaciones, que demuestran de igual manera el poder negociación, y que serán analizadas posteriormente, lo que me lleva a presumir que estas circunstancias estarán vinculadas entre sí, por ser lógico

⁹¹ Marta Carballo. “Las cláusulas contractuales no negociadas ante la propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores.” *Indret* (2010). p. 17

⁹² “En todas las transacciones que efectuó o no tuvo jamás posibilidad alguna de “discutir” el procedimiento de compra, sus condiciones o el monto a pagar, pues eso ya estaba decidido de antemano. En suma, todo quedo resumido en un *lo tomas o lo dejas*”. Citado por: César Carranza. *Sobre las cláusulas abusivas: propósito de la ley complementaria del sistema de protección al consumidor de Perú*. (2009): p. 414

⁹³ De igual manera, Vílchez define a las cláusulas en base a su característica ya que será abusiva si “es contraria a la buena fe y al justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes (consumidor y profesional), en perjuicio del consumidor, y que no ha sido negociada individualmente entre las dos partes” Citado por: Amy Vílchez. “Cláusulas abusivas en os contratos de tarjeta de crédito”. *Revista de Derecho* (2009). p. 84.

⁹⁴ Rodolfo Catalán. *Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión*. 2004. <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjc357c/pdf/fjc357c-TH.back.1.pdf>>. (acceso: 15 de Agosto de 2014). p. 46

resultado a dicha conducta. Un ejemplo de esta característica aplicada por la ley, es la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia Español el 16 de enero de 2014, en la que se declaró: “si el profesional afirma que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba”⁹⁵.

1.5.3.2 Cláusulas redactadas previamente por el proveedor y que el consumidor no participó o influyó en su contenido

Las cláusulas pre redactadas en su conjunto son contratos de adhesión [§1.5] en los que una de las partes propone el contenido de obligaciones y derechos al consumidor, quien no tiene opción alguna de discutirlo. Estas cláusulas al ser impuestas, incurren en aprovechamientos al momento de equilibrar los riesgos y beneficios contractuales, por lo que la ley protege al consumidor de aquellos contratos⁹⁶. Tómese en cuenta, que “el poder de negociación es un rasgo decisivo en los contratos (...) [ya que] el autor de la peticion, por su superioridad (económica) respecto del destinatario, está en situación de imponer sus condiciones contractuales”⁹⁷. No obstante, pueden existir cláusulas pre redactadas en contratos donde también exista negociación, pero que no cambie la situación de desigualdad en la totalidad del contrato. La negociación no evita la producción del daño, así lo dispone Carballo puesto que “el hecho de que el consumidor haya podido influir en el contenido de determinados aspectos de una cláusula contractual o una cláusula aislada no impedirá la aplicación [abusiva] a otras cláusulas del contrato”⁹⁸. Por lo que, si se trata de una combinación de cláusulas negociadas y pre redactadas, se deberá presumir que todas ellas eran de adhesión. Por ende “una cláusula [...] negociada individualmente no es un indicio ni de su carácter equilibrado, ni es una exigencia para que podamos afirmar que su aceptación ha sido producto de una decisión

⁹⁵ Tribunal de Justicia. Sala Primera. Asunto C 226/12. Citado por: Pascual Martínez. “Concepto de “desequilibrio importante” del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores”. *CESCO*, (2014), pp. 189-192.

⁹⁶ Ley Orgánica Defensa del Consumidor. Artículo 321. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

⁹⁷ Rodolfo Catalán. *Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión*. 2004. <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjc357c/pdf/fjc357c-TH.back.1.pdf>>. (acceso: 15 de Agosto de 2014). p. 26.

⁹⁸ Marta Carballo. “Las cláusulas contractuales no negociadas ante la propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores”. *Indret* (2010). p. 10

libre por parte del contratante”⁹⁹. Esto demuestra, que la ausencia de esta característica no podrá evitar la producción de un daño, siendo la única solución posible “el funcionamiento transparente del mercado”¹⁰⁰.

Una de las consecuencias principales de la falta de negociación es otra de las características de las cláusulas abusivas, el desequilibrio. Estas características estrechamente vinculadas son explicadas por Sergio Muñoz, para quien

son abusivas las cláusulas que, incluidas por regla general en un contrato de contenido predispuesto, establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual¹⁰¹.

De igual forma, otros autores han optado por definir a las cláusulas abusivas en base a sus características, así Carranza señala que “todas aquellas estipulaciones no negociadas que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio de los usuarios, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”¹⁰²; considerándose que una cláusula no se ha negociado “cuando haya sido redactada previamente y el usuario no haya podido influir en su contenido”¹⁰³, será abusiva. Para Mosset, la falta de negociación es un elemento de la naturaleza de las cláusulas abusivas que “quiebra la justicia (...) como consecuencia de abusos en el proceso de negociación”¹⁰⁴.

Como bien se ha establecido, la ausencia de esta característica no asegura el consentimiento del consumidor al momento de contratar, lo que ha sido previsto por la legislación española, la que dentro de su catálogo menciona aquellas cláusulas abusivas

⁹⁹ Jesus Aguila. “Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales.” *Dialnet* (s.f.). p. 59

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ Sergio Muñoz. “El principio de la buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato”. Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano. (2010) En: Alterini, Arrubla, Bonivento, Cárdenas, Cubides, De ángel & otros, Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. (Tomo IV, vol. 1), Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Temis p. 226. Citado por: Verónica Echeverri. “El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores”. *Opinión Jurídica Universidad de Medellín*. (2001), p.127

¹⁰² César Carranza. “Sobre las cláusulas abusivas: a propósito de la ley complementaria del sistema de protección al consumidor de Perú”. (2009): p. 433

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ José Moreno. “Cláusulas contractuales abusivas en el derecho paraguayo”. *Revista de derecho comparado* (2000) p. 148.

que “hace[n] constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a las cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato”¹⁰⁵. No obstante reitero, en el Ecuador las cláusulas abusivas solo podrán ser consideradas como tales si se encuentran en contratos de adhesión, por lo que no debería existir discusión alguna respecto a si esta característica se evidencia o no en las cláusulas abusivas, porque evidentemente en el tipo contractual no se negocia.

1.6 Los contratos de adhesión

A menudo, la rapidez en el intercambio económico y los negocios hace que resulte imposible la negociación previa de las cláusulas contractuales, lo que propicia el abuso¹⁰⁶ de uno de los contratantes, generalmente el redactor. Lo mismo fue mencionado por el doctrinario Jorge Mosset quien estableció que el “predisponente del contenido negocial, (...) suele caer o incurrir en abusos o aprovechamientos”¹⁰⁷. No obstante, Manuel de la Puente considera que “puede llegarse a la conclusión de que el tráfico masivo de bienes y servicios solo puede lograr su cabal operación si la contratación se adecua mediante un sistema que permita una celeridad tan efectiva que corra a la par con la frecuencia con que se satisfacen las necesidades de dicho tráfico”¹⁰⁸. Los contratos de adhesión generalmente cumplen dicho objetivo pues obvian el proceso de negociación [§1.4.3] a través de la redacción previa y unilateral de las cláusulas contenidas en el contrato. Este tipo de contratos puede tener cláusulas discutidas por las partes, no obstante siempre que la mayoría del mismo haya sido predispuesto, se entenderá como de adhesión. [§1.4.3.1].

Frente a esto, LODC así como el CDUSF en su artículo 2 y 1 respectivamente, definen al contrato de adhesión, al mencionar que:

¹⁰⁵ Marta Carballo. “Las cláusulas contractuales no negociadas ante la propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores”. *Indret* (2010). p. 10

¹⁰⁶ Abuso no como “abuso del derecho” sino como un sinónimo de ejercicio excesivo de un derecho.

¹⁰⁷ Jorge Mosset. “Las cláusulas abusivas en la contratación”. *Revista de Derecho Comparado* (1999) p. 24

¹⁰⁸ Manuel de la Puente y Lavalle. *El contrato en general*. Lima: Fondo Editorial, 1991 pp. 76 y 77.

Artículo 2.- 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.¹⁰⁹

Artículo 1.- El contrato de adhesión, que es aquel que contiene estipulaciones previamente impresas por la institución del sistema financiero¹¹⁰.

Es así que, una de las partes no tiene libertad de configuración interna del contrato, sino simplemente la decisión someterse a ellas. En otras legislaciones se los conoce como contratos predispuestos o estandarizados en los que su “celebración, muchas veces, se realiza en forma inconsciente por las partes contratantes, ya que al consumidor o usuario lo que le interesa es adquirir el bien o utilizar el servicio a un menor precio y en forma rápida; y al proveedor, comercializar el mayor número de bienes o servicios¹¹¹. En consecuencia, por la rapidez de los negocios, las partes tampoco suelen, ni buscan conocerse, puesto que simplemente contratan con un representante o persona que actúa en nombre del vendedor o el comprador.

Todo lo mencionado se ratifica en el CDUSF en su artículo 20 que lo define como “aquel contrato cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de los productos y servicios financieros, sin que el usuario, para suscribirlo, haya discutido su contenido.”¹¹² En la doctrina, el catedrático Raymond Saleilles, fue el primero en definirlo como una tipología contractual “en el que hay un predominio exclusivo de una sola parte, que obra como una voluntad unilateral, que dicta su ley a una colectividad indeterminada y que espera la adhesión de aquellos que querrán aceptar la ley del contrato”.¹¹³ Igualmente, el Tribunal de Justicia chileno se pronunció al respecto y mencionó que el contrato de adhesión es aquel en el que “no se pueden

¹⁰⁹ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 2. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000

¹¹⁰ Código de Derechos del Usuario del Sistema Financiero Capítulo agregado por Resolución Superintendencia de Bancos No. 1782. “*Codificación De Resoluciones Superintendencia De Bancos, Libro I-B*” Resolución de la Superintendencia de Bancos 306. Registro oficial 283 de 21 de Septiembre del 2010.

¹¹¹ Carlos Soto. “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuesto.” *Vniversitas*. (2003), p. 26.

¹¹² Código de Derechos del Usuario del Sistema Financiero Capítulo agregado por Resolución Superintendencia de Bancos No. 1782. “*Codificación De Resoluciones Superintendencia De Bancos, Libro I-B*” Resolución de la Superintendencia de Bancos 306. Registro oficial 283 de 21 de Septiembre del 2010.

¹¹³ Raymond Saleilles. *Déclaration de volonté*. Paris: 1901. Citado y traducido por: Carlos Gustavo Vallespinos. *El contrato por adhesión a condiciones generales*. p.237. Gabriel Palenque. *Cláusulas Abusivas para el consumidor, Contenidas en los contratos por adhesión a condiciones generales, previstas en la legislación boliviana*. Tesis de Grado. Universidad Simón Bolívar. Quito, 2000.

negociar las cláusulas¹¹⁴”. En el Ecuador, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia¹¹⁵ dictada por el Doctor Santiago Andrade Ubidia manifestó:

La formación normal de un contrato es aquella que supone una deliberación y discusión de sus cláusulas, hechas por personas que gozan de plena libertad para consentir o disentir. Este esquema típico de contrato tiene una modalidad que es el contrato de adhesión, en el cual la fase de negociación del contrato ha quedado eliminada, puesto que una de las partes fija prolijamente todas y cada una de las cláusulas, de tal suerte que a la otra no le queda otra libertad que la de dar, su consentimiento o rechazar el contrato. Hay autores que incluso niegan la naturaleza contractual de tales relaciones jurídicas, con el argumento de que se trata de un acto unilateral de una persona o institución privada, cuyos efectos una vez ocurrida la aceptación, continúan produciéndose por la sola voluntad del oferente. La doctrina predominante, con la que coincide esta Sala, le reconoce carácter contractual; la circunstancia de que no haya discusión de las cláusulas, que una de las partes puede aceptar o rechazar, no elimina el acuerdo de voluntades, porque la discusión no es la esencia del contrato, lo esencial es que las partes estén de acuerdo con la oferta o que exista una declaración de voluntad común¹¹⁶.

Con el mismo objetivo algunos autores sostienen que en lugar de utilizar la denominación de ‘contratos de adhesión’ se debería utilizar la de ‘contratos por adhesión’ puesto que el primero se refiere a una forma jurídica contractual como los contratos de préstamo mientras que el segundo se refiere a una técnica contractual, la que se manifiesta en cualquier forma jurídica contractual sea adhesión o libremente negociados¹¹⁷. Además de la definición de contrato de adhesión por la LODC, esta técnica contractual se caracteriza por:

- 1) Forma impresa que contiene una pluralidad de términos y aspira a ser un contrato.
- 2) Dicha forma ha sido redactada por o a nombre de una de las partes de la transacción
- 3) aquella parte que ha redactado los términos participa en numerosas transacciones de aquellas representadas por la forma y realiza rutinariamente este tipo de transacciones;
- 4) La forma impresa es presentada al adherente con la prevención que, salvo algunos pocos términos, podrán ser modificados, manteniéndose el grueso de la estructura del contrato como la diseñó la parte redactora;

¹¹⁴ Tribunal de Primera instancia. (Chile). *Juan Carlos Ramírez c. H-Network S.A* Causa No. 29.173-10-2007, Sentencia de 7 de enero del 2008

¹¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Recurso de Casación, Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *Lady María Solórzano Looor c. Sul América Compañía de Seguros C.A.* Sentencia de 24 de mayo de 2001. Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. p. 1539.

¹¹⁷ Gabriel Palenque. *Cláusulas Abusivas para el consumidor, Contenidas en los contratos por adhesión a condiciones generales, previstas en la legislación boliviana.* Tesis de Grado. Universidad Simón Bolívar. Quito 2000. p.28.

- 5) después de que las partes –en caso que los hayan- lleguen a un acuerdo sobre aquellos términos abiertos a la negociación, la parte adherente debe firmar la forma;
- 6) comparada con la parte adherente, la parte redactora lleva a cabo un número reducido de estas transacciones y;
- 7) la principal obligación de la parte adherente en la transacción considerada como un todo es el pago de una suma de dinero¹¹⁸.

Tal como se ha analizado, todas las definiciones comparten ciertos presupuestos en común, por lo que puedo definir al contrato de adhesión como aquel que contiene cláusulas preestablecidas por el proveedor de bienes o servicios que limita la libertad de configuración interna del consumidor, quien consiente en la celebración de dicho contrato.

En este sentido, el desarrollo de normas imperativas resulta fundamental al momento de limitar la voluntad de las partes. Por tal razón, la ley protege a los consumidores y entra a formar parte de un control de los abusos del proveedor, esto porque “el desarrollo de la imperatividad¹¹⁹ restringe el voluntarismo”¹²⁰. Para el más importante doctrinario en derecho de consumo, Rubén Stiglitz, “la llamada *libertad contractual* tal como ha sido pensada y aplicada, significa descontrol, desigualdad, anarquía, injusticia, [y] desorden”¹²¹. Por lo que, se pretende que a través de “una compensación, [por] la pérdida de autonomía sufrida por una de las partes, llamada consumidor”¹²² sea limitada la conducta agravante que provoque un daño al consumidor.

Resulta inadmisibles pretender que la solución inmediata es la prohibición de los contratos de adhesión, puesto que en relación al tráfico masivo y la necesidad de un contratación rápida pero acorde a la ley, la

importancia de entrar a regular (...) fue, pues, unánimemente entendida como destinada a proveer el apoyo necesario a tales contratos, debido a la necesidad

¹¹⁸ Todd Rackoff. “Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction”. 96 Harv. L. Rev 1173, 1177. citado por: Iñigo de la Maza, “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”, *Revista chilena de derecho privado* (2003): p.112.

¹¹⁹ Además de la imperatividad *per se*, existe normas relativamente imperativas que “son aquellas en que el ordenamiento legal tolera que las partes, al autoregular sus intereses, los antepongan a la regla legal, *pero solo para el caso de mejorar la posición contractual del débil*.” Ruben Stiglitz. “Reglas secundarias de conducta”. *Contratos*. Gabriel Stiglitz, s.f. p.457.

¹²⁰ Ruben Stiglitz. “Reglas secundarias de conducta”. *Contratos*. Gabriel Stiglitz, s.f. p.457.

¹²¹ *Id.* p.190.

¹²² Françoise Domot'Naert. *Las tendencias actuales del derecho de contratos con respecto a la reglamentación de las cláusulas abusivas*. Citado por: Gabriel Stiglitz. *Defensa de los consumidores de productos y servicios*. Buenos Aires: 2001, p. 210.

económica y social de mantener el flujo comercial, ya desbordante – y no obstaculizarlo-, y a la vez frenar o impedir los abusos que pudieran darse en virtud de esa facultad de predisposición unilateral de las cláusulas¹²³.

Ahora bien los contratos de adhesión serán los únicos que podrán contener cláusulas abusivas, tal como lo señala el artículo 45 del Reglamento de la LODC que prescribe:

Artículo 45.- De conformidad con el artículo 43 de la ley, en los contratos de adhesión serán nulas las cláusulas y estipulaciones prohibidas en los numerales del 1 al 9 de dicho artículo; sin embargo, estas disposiciones no se interpretarán como una limitación a la autonomía privada en los contratos mercantiles y civiles en los cuales no intervengan consumidores finales, o en aquellos contratos en que por su naturaleza, las partes tengan la posibilidad de negociar y acordar su alcance y contenido¹²⁴.

En consecuencia, los contratos que fuesen negociados no podrán ser limitados a través de la prohibición de cláusulas descrita en el artículo 43 de la LODC, por entenderse que las partes han decidido obligarse a tales condiciones. En este sentido, se entendería que los consumidores podrían aceptar dichas cláusulas, siempre que se demuestre su carácter de negociación previo. Como se mencionó antes, el consumidor por la necesidad de adquirir el bien o servicio, podría declarar su aceptación y negociación en cada una de las cláusulas, aún cuando las mismas estuvieran en su perjuicio [§1.4.3] y aún cuando no hayan sido negociadas, ocasionando un perjuicio.

De este modo, no puede negarse que los contratos de adhesión son un ambiente proclive y permisivo de intromisión, el cual merece ser regulado, así lo señala la profesora Verónica Echeverría al establecer que

en los contratos de adhesión (...) se da un caldo de cultivo especialmente propicio para el abuso, puesto que se cede más fácil a la tentación de desequilibrar de manera excesiva el contrato estipulando, un mayor número de beneficios para el predisponente y trasladando buena parte de los riesgos y de las desventajas para el adherente. En los contratos de adhesión ya hay una desproporción en cuanto a la paridad de las partes, y las cláusulas abusivas la acentúan¹²⁵.

En consecuencia, los contratos de adhesión a pesar de ser permitidos y reconocidos por la ley, deben ser regulados, a fin de evitar el uso de este instrumento contractual en perjuicio de una de las partes.

¹²³ Felipe Sterlín y Mario Castillo. “Las cláusulas abusivas en el ordenamiento civil peruano”. *Revista de derecho comparado* (2000) p. 98

¹²⁴ Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 45. Registro oficial 287 de 19 de marzo de 2001.

¹²⁵ Verónica Echeverri. “El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores”. *Opinión Jurídica Universidad de Medellín*. (2001), p.12.

1.6.1 Los contratos de adhesión bancarios

La presente tesina tiene como objetivo el análisis de un contrato de adhesión (con posibles cláusulas abusivas) distinto, me refiero al contrato bancario. El contrato bancario tiene ciertas particularidades que lo diferencia de los demás contratos de adhesión. Es así que, Nuri Rodríguez la define como “toda convención destinada a constituir o regular una relación que tenga por objeto una operación bancaria.”¹²⁶ Cabe mencionar que las mismas son reguladas por el Código de Comercio ecuatoriano en el artículo 3 numeral noveno que prescribe “Artículo 3.- Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente: 9.- Las operaciones de banco”¹²⁷. De igual manera, el CDUSF en el artículo 20 numeral 16 lo define como “el documento convencional en el cual se acuerda la prestación de los servicios bancarios”¹²⁸. Tómese en cuenta que la prestación en estos contratos es una obligación de dar, en la que el Banco es un intermediario entre la oferta y la demanda.¹²⁹ Estas operaciones han sido divididas por la doctrina en dos grandes grupos¹³⁰, de los cuales me ocuparé de uno en especial. Esta forma parte de las operaciones fundamentales o típicas; que a su vez se dividen en activas y pasivas, referente a la posición de los sujetos en la relación comercial. Es así que cuando el banco actúa como acreedor frente al usuario será activa la operación, mientras que, si las posiciones se invierten, sería pasiva. Las activas “comprenden las operación que permiten a quienes generan ordinariamente cartera, transformarla en efectivo y obtener crédito con base en su preexistencia, estas son préstamo, descuentos, apertura de crédito, crédito documentario, reporto, leasing y factoring¹³¹. El objetivo de limitar esta tesina al estudio de los contratos bancarios se debe a la necesidad de especialización respecto a las

¹²⁶ Nuri Rodríguez y Virginia Cardozo. *Derecho comercial*. <http://www.derechocomercial.edu.uy/bol10ctosbanc.htm> (acceso: 19 de abril de 2014).

¹²⁷ Código de Comercio. Artículo 3 numeral noveno. Publicado en Registro oficial Suplemento 1202 de 20 de agosto de 1960.

¹²⁸ Código de Derechos del Usuario del Sistema Financiero Capítulo agregado por Resolución Superintendencia de Bancos No. 1782. Registro oficial 283 de 21 de Septiembre del 2010. “*Codificación De Resoluciones Superintendencia De Bancos, Libro 1-B*” Resolución de la Superintendencia de Bancos 306. Registro Auténtico 2006 de 05 de julio de 2006

¹²⁹ Nuri Rodríguez y Virginia Cardozo. *Derecho comercial*. <http://www.dere..>” *Óp. Cit.* p. 34.

¹³⁰ En concordancia con el autor Sergio Rodríguez en su libro los “Contratos Bancarios” se clasifica en fundamentales o típicas y atípicas o neutras.

¹³¹ Sergio Rodríguez. *Contratos Bancarios*. 5ta Ed. Colombia: Leguis, 2002. p.166,167

cláusulas abusivas, que si bien podrán constar en contratos de todo tipo y sector, existe principal protección en los contratos bancarios. Además como se podrá analizar en el capítulo III de la presente tesina, el efecto de la nulidad de pleno derecho y su consecuencia será más evidente en este tipo de contratos, que regulan un interés de orden público, como es el sistema financiero.

1.7 Análisis de las cláusulas abusivas en el Ecuador

En la presente tesina es necesario conocer y analizar las cláusulas prohibidas por la LODC, así como por el CDUSF. Ambas listas enumeran condiciones contractuales que no pueden ser introducidas en los contratos bancarios de adhesión. En este sentido se hará un breve análisis de cada una de ellas.

Antes de continuar es importante recalcar que en el derecho comparado existen distintas formas de prevenir y sancionar las cláusulas abusivas, es así que van desde la prohibición a través de “cláusulas generales o abiertas”, como la de buena fe, hasta el listado de las vedadas¹³², propias del modelo alemán; con distintas variantes, combinaciones de ambos sistemas o inclusión de “cláusulas negras y grises” o sujetas a “aprobación” por la parte adherente o a través de la “valoración judicial”. En el Ecuador se ha optado por un sistema mixto de cláusula abierta y listado de cláusulas prohibidas, las mismas que no estarán sujetas a aprobación ni valoración judicial¹³³.

1.7.1 Cláusulas prohibidas por la LODC

El artículo 43 de la LODC enumera 9 tipos de cláusulas que perjudican al consumidor y por lo mismo están prohibidas por la ley. En este punto es necesario aclarar que esta no es una lista taxativa, sino meramente ejemplificativa puesto que en el numeral noveno prescribe una cláusula abierta en relación al principio de buena fe, la misma que en su momento será analizada. Ahora bien las cláusulas vetadas son:

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;

¹³² Sobre distintas etimologías de las cláusulas abusivas, *Vid.* José Moreno. “Cláusulas contractuales abusivas en el derecho paraguayo”. *Revista de derecho comparado* (2000) p. 148

¹³³ Por ser consideradas nulas de pleno derecho.

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

Este tipo de cláusulas reúnen las características mencionadas anteriormente [§1.4], las mismas que han sido tomadas de modelos legislativos extranjeros como el argentino, italiano y español.

1.7.1.1 Cláusulas que eximen, atenúan o limitan la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados

Estas cláusulas son aquellas en las que una de las partes, generalmente el que predispone el contenido negocial, disminuye su responsabilidad contractual y extracontractual establecida por ley a fin de evitar posible reclamos o procesos judiciales por el consumidor. A su vez, estas cláusulas pretenden “despojar o cercenar los llamados derechos inalienables, donde el cliente es tratado como consumidor”¹³⁴. Sin embargo, en ciertas legislaciones esta cláusula podría ser válida ante la prueba de razonabilidad por parte del proveedor. En este sentido, “los contratos funcionan como mecanismos de distribución de riesgos entre los contratantes: al menos desde una perspectiva económica parece deseable que los riesgos se asignen a quien esté en mejores condiciones de prevenirlos o soportarlos”¹³⁵, es decir el proveedor. Por tal motivo, se permite que en ciertas ocasiones el predisponente pueda justificar dicha

¹³⁴ Geoffrey Woodroffe. “Cláusulas abusivas en contrato de consumo.” Gabriel Stiglitz. *Defensa de los consumidores de productos y servicios*. Buenos Aires: La Rocca, 2001. pp. 224-237.

¹³⁵ C. Larroumet. “Responsabilidad civil contractual”. *Algunos temas modernos*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago: 1998. p. 72 citado por: Iñigo de la Maza, “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”, *Revista chilena de derecho privado* (2003): p.114

cláusula. No obstante en el Ecuador, por el efecto de la nulidad de pleno derecho, es insubsanable.

Farina expone dos formas de limitar la responsabilidad, que son las: “cláusulas que pretenden limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario y [las] cláusulas que establecen limitaciones referidas a la utilidad o finalidad esencial del producto”¹³⁶. Es decir, la limitación a la responsabilidad contractual y extracontractual y por la finalidad del servicio o producto. Entendiendo por esta última cuando el bien o servicios no cumple con su propósito, como sería un bolígrafo sin tinta o un auto sin ruedas, por lo que ésta a su vez, puede ser igual o más peligrosa que la primera.

En relación a la legislación comparada (anexo B), Argentina en su ley 24.240 artículo 37 establece que se “tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños”¹³⁷. Por otro lado países como México también considera abusivas a estas cláusulas, así como la legislación italiana en el artículo 1341 de su Código Civil o la legislación peruana en el artículo 1398 del Código Civil.

1.7.1.2 Cláusulas que implican la renuncia o limitación de los derechos que la LODC reconoce a los consumidores

Este tipo de cláusulas abusivas evidencian el desequilibrio contractual ya que pretenden disminuir los derechos del consumidor a fin de que el proveedor se beneficie con menores obligaciones. Para Rubén Stiglitz se trata de cláusulas que “compromet[en] el principio de la mayor reciprocidad de intereses que contengan la renuncia por el consumidor, sin fundamentos declarados que lo justifique”¹³⁸. En el Ecuador la prohibición es a la renuncia de derechos mientras que Farina considera abusiva “toda cláusula que desconozca, restrinja, o limite los derechos del consumidor, incluso en el caso de venta de cosas usadas, deficientes o reconstruidas”¹³⁹. La cláusula prohibida en nuestro país no hace distinción respecto a los bienes a los que se aplica, por lo que su interpretación abarca a todos. Los derechos que no pueden renunciarse son los

¹³⁶ Juan Farina. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea, 2000, p. 354

¹³⁷ Ley 24.240 de Defensa del Consumidor. Artículo 37. Boletín oficial de la República Argentina del 15 de Octubre de 1993. (Argentina).

¹³⁸ Verónica Echeverri. “El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores”. *Opinión Jurídica Universidad de Medellín*. (2001), p.130.

¹³⁹ Juan Farina. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea, 2000, p. 359

prescritos por el ordenamiento jurídico ecuatoriano¹⁴⁰, los que sin necesidad de estar estipulados en el contrato se entienden inherentes al consumidor. Es así que, la renuncia no deberá ser expresa sino de manera tácita, como lo es la fijación de un domicilio civil para los procesos judiciales. En donde no necesariamente se declara la renuncia al domicilio del consumidor sino la sujeción a una jurisdicción específica. Ahora bien, existen derechos irrenunciables como

1) un mercado de competencia 2) lealtad comercial 3) a la información veraz y completa 4) a la seguridad por los bienes o servicios prestados 5) a la protección de la salud e integridad física ante los posibles riesgos derivados del empleo de los bienes o servicios adquiridos 6) a la garantía sobre la calidad de los productos y servicios¹⁴¹.

Por consiguiente, estas cláusulas tienen como finalidad impedir que se impongan renunciaciones a derechos indispensables o no, para la contratación, como el acceso al bien o servicio, la afectación de alguna manera a derechos no patrimoniales del consumidor, o que erijan una asimetría de obligaciones y derechos en el contrato¹⁴². Por otro lado estas cláusulas implican la renuncia al derecho de información previa o posterior al contratar, así como cláusulas ambiguas que permitan varias interpretaciones y dificulten el

¹⁴⁰ La LODC prescribe los derechos de los consumidores en el artículo 4 que implanta: Artículo 4.- Son derechos fundamentales del consumidor, a más de los establecidos en la Constitución Política de la República, tratados o convenios internacionales, legislación interna, principios generales del derecho y costumbre mercantil, los siguientes: 1. Derecho a la protección de la vida, salud y seguridad en el consumo de bienes y servicios, así como a la satisfacción de las necesidades fundamentales y el acceso a los servicios básicos; 2. Derecho a que proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y a elegirlos con libertad; 3. Derecho a recibir servicios básicos de óptima calidad; 4. Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren presentar; 5. Derecho a un trato transparente, equitativo y no discriminatorio o abusivo por parte de los proveedores de bienes o servicios, especialmente en lo referido a las condiciones óptimas de calidad, cantidad, precio, peso y medida; 6. Derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales; 7. Derecho a la educación del consumidor, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada de sus derechos; 8. Derecho a la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios; 9. Derecho a recibir el auspicio del Estado para la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, cuyo criterio será consultado al momento de elaborar o reformar una norma jurídica o disposición que afecte al consumidor; y, 10. Derecho a acceder a mecanismos efectivos para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a la adecuada prevención sanción y oportuna reparación de su lesión; 11. Derecho a seguir las acciones administrativas y/o judiciales que correspondan; y, 12. Derecho a que en las empresas o establecimientos se mantenga un libro de reclamos que estará a disposición del consumidor, en el que se podrá notar el reclamo correspondiente, lo cual será debidamente reglamentado. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 4. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

¹⁴¹ Ricardo Lorenzetti . *Principios generales de calificación de la cláusulas abusiva e la ley 24.240, LL, 1994*. Citado en Juan Farina. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea, 2000, p. 359.

¹⁴² Juan Farina. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea, 2000, p. 359.

ejercicio del derecho. Farina considera que esta es otra forma de menoscabar los derechos del consumidor, por la confusión, y precisa que estas cláusulas son incompletas y oscuras, sin embargo, la LODC así como el CCE han establecido el principio *contrapreferendum*¹⁴³, que tiene como objetivo el proteger a la parte más débil interpretando las condiciones contractuales a su favor.

1.7.1.3 Cláusulas que invierten la carga de la prueba en perjuicio del consumidor

Este tipo de cláusula abusiva tiene como propósito proteger y evitar la obstaculización de indagación por posible incumplimiento del proveedor o por cualquier proceso judicial que el consumidor pretenda iniciar en su contra. En este sentido, se busca que el proveedor al ser la parte que tiene la información relevante, sea la encargada de informar todo lo que se relacione a su producto o servicio que pudo haber afectado al consumidor. Además, este tipo de cláusulas son una manera de desmotivar reclamos, puesto que la dificultad probatoria y el alto costo del mismo tiene como consecuencia la sumisión del consumidor.

En la legislación comparada, el artículo 37 inciso c de la Ley argentina 24.240 impone al proveedor “la necesidad de que sea él quien deba probar la forma en que han ocurrido los hechos o las circunstancias que permitan liberarlo de responsabilidad”¹⁴⁴. Así mismo la ley alemana AGB-GESETZ en su párrafo 11 ap. 15 menciona dos supuestos que ocasionan un abuso por la carga probatoria invertida al consumidor: 1) imposición al adherente de probar hechos que son de responsabilidad del proveedor; 2) imposición de reconocimiento de hecho por el proveedor al consumidor¹⁴⁵. Tómese en cuenta que esta ley fue reformada posteriormente por la Directiva, empero resulta útil esta disposición como directriz para entender los tipos de cláusulas abusivas con inversión de carga de la prueba.

¹⁴³ Artículo 1.- Ámbito y Objeto.- 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. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 1. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

¹⁴⁴ Juan Farina. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea, 2000, p. 361.

¹⁴⁵ En Alemania se profirió una ley de 1976 (AGB-Gesetz) sobre cláusulas abusivas, la cual fue reformada en 1996 para adaptarla a la Dir CE 13/93 (Leible, 1999, p. 113) y finalmente incorporada al BGB, con la reforma que modernizó el régimen de las obligaciones en 2001 y que entró en vigor en 2002 y por la cual se adaptó el BGB a las exigencias de las directivas comunitarias.

Además la prohibición de incluir esta cláusula se trata de una obligación del proveedor de actuar con la debida diligencia a fin de evitar cualquier daño al consumidor. Pues en este caso, será este quien deberá probar que su actuación fue acorde a la ley. De todas formas, no se pretende que el consumidor no pruebe el cumplimiento de sus obligaciones, sino proteger las pruebas que podrían estar al alcance único del proveedor o en su defecto, dependa la prueba de hechos ajenos al consumidor. Como bien menciona Farina sería abusiva la prueba exigida al consumidor respecto a la validez del comprobante emitido¹⁴⁶.

1.7.1.4 Cláusulas que imponen la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación

Los métodos alternativos de solución de conflictos MASC, son una vía efectiva para solucionar las controversias sin recurrir al sistema judicial de cada país. Los principales son el arbitraje y la mediación, en los que un tercero imparcial actúa como intermediario en la solución de un conflicto, la misma que es vinculante o no, respectivamente. El problema se centra en que estos servicios en su mayoría son privados, por lo que tienen un costo. El propósito de prohibir esta cláusula es evitar que existan impedimentos para acceder a la justicia e iniciar acciones contra proveedores. Tomemos en cuenta que el sistema judicial en principio es gratuito, por lo que el consumidor no necesitaría invertir un capital para poder defender sus derechos, lo que ante un MASC podría resultar imposible, sea por la falta de recursos como por el alto costo procesal. Aún más cuando, el valor del bien adquirido o el servicio prestado sea menor a comparación de lo que podría obtener defendiendo sus derechos. En ese sentido, la imposición de estas cláusulas podría desmotivar el derecho de acción y defensa, por lo que el legislador ha optado por prohibirlas.

Para la utilización de estos métodos en una controversia es necesario el consentimiento de las partes plasmada en una cláusula o convenio arbitral, por lo que los proveedores han optado por introducir cláusulas en las que, renuncia al sistema judicial y “acuerdan” que cualquier controversia será resuelta por alguno de estos métodos. Como bien sabemos estas cláusulas no son negociadas, puesto que forman parte de todo el contrato de adhesión. En algunas legislaciones se ha optado por la firma

¹⁴⁶ Juan Farina. *Defensa del consumidor y del....*” *Óp. cit*, p. 361

del consumidor junto a esta cláusula ratificando su consentimiento, así en el artículo 40 del Reglamento de la LODC se establece que

El consentimiento expreso del consumidor de someterse a los procedimientos de arbitraje y mediación en los contratos de adhesión, se podrá manifestar mediante una ratificación impresa debajo de la cual suscriba el consumidor, o con una señalización en un casillero, de la que se desprenda la aceptación para someterse a arbitraje, o cualquier fórmula que permita entender inequívocamente la aceptación expresa de cualquiera de estos procedimientos por parte del consumidor.

Es decir el legislador no prohíbe la introducción de cláusulas arbitrales en los contratos, pero sí procura proteger la imposición de dichas cláusulas. No obstante, aún cuando se opte por algún tipo de ratificación, debe tomar en cuenta que el consumidor con tal de contratar aceptará estas condiciones y su correspondiente ratificación [§1.4.1]. Por lo que en definitiva el procedimiento establecido no es eficaz. A pesar de lo mencionado, considero que si el consumidor ha decidido someterse a estas cláusulas y ha ratificado su deseo, evidentemente su consentimiento ha sido informado, por lo que sería desleal su alegación posterior a la imposición de esta cláusula.

Cabe recalcar que el legislador a través de la LODC otorga estos métodos alternativos a través de la Defensoría del Pueblo¹⁴⁷, tal es el caso de la mediación que se ofrece para estos reclamos, la misma que no requiere de un compromiso previo, puesto que por invitación de una de las partes se puede optar por el mecanismo.¹⁴⁸ Posteriormente se puede acudir a la decisión vinculante de un tercero como lo es ante el Juez de Contravenciones¹⁴⁹, de acuerdo al proceso contenido en la LODC.

1.7.1.5 Cláusulas que permiten al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier otra condición del contrato

Las cláusulas que dan el poder de variación de las condiciones del contrato a favor de una de las partes, generalmente al proveedor, perjudican a la otra, el consumidor. Este a su vez, se obliga a un contrato con incertidumbre, en el que el consumidor se somete a cláusulas que pueden variar en su perjuicio o no, y que ante la aceptación

¹⁴⁷ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 81. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

¹⁴⁸ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 40. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

¹⁴⁹ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 84. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

previa de una posible variación unilateral su posibilidad de negociación o discusión respecto al cambio, es indiferente. Aunque no existe un vicio del consentimiento, si concurre una lesión al mismo, puesto que la parte sujeta a la modificación en principio no consintió dicho cambio, por lo que su consentimiento no se perfeccionó, ante tal modificación.

El reglamento de la LODC, en su artículo 32 establece que las:

Artículo 32.- Las modificaciones a las condiciones de prestación de los servicios, serán informadas a los consumidores por escrito y remitidas conjuntamente con la facturación del mes en el que se produjeron las variantes. En caso de que no se cumpla con esta obligación en el plazo señalado, el proveedor del servicio será sancionado conforme al Artículo 70 de la ley¹⁵⁰.

En este caso se refiere únicamente a la prestación de servicios, con una notificación previa del cambio que tiene como consecuencia una sanción distinta a la prescrita para las cláusulas abusivas. Por lo que en este tipo de cláusulas aun cuando existe una sanción general¹⁵¹, la misma es exclusiva para aquellos casos en los que no exista sanción específica. No obstante, la sanción puede ser distinta una de modificación unilateral y otra del incumplimiento del deber de información en conjunto con la facturación.

1.7.1.6 Cláusulas que autorizan exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato

La autorización de resolver unilateralmente el contrato sin justificación alguna es nula, precisamente por el daño que puede generar en el consumidor. De igual forma lo establece el artículo 1561 del CCE, al señalar que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. En consecuencia no bastará la voluntad de una de las

¹⁵⁰ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 32. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

¹⁵¹ Artículo 70.- Sanción General.- Las infracciones a lo dispuesto en esta ley, siempre que no tengan una sanción específica, serán sancionadas con multa de cien a mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda de curso legal, y si es del caso, el comiso de los bienes, o la suspensión del derecho a ejercer actividades en el campo de la prestación del servicio o publicidad, sin perjuicio de las demás sanciones a las que hubiere lugar. El pago de las sanciones pecuniarias no libera al proveedor de cumplir con las obligaciones que le impone la ley.

partes en la relación de consumo, sino que será necesario que lo resuelvan o terminen de mutuo acuerdo.

No obstante existe una excepción para la terminación unilateral del contrato, así el artículo 44 de la LODC, establece que en los contratos de adhesión

referentes a la prestación de servicios tales como, telefonía celular, medicina prepagada, televisión satelital o por cable u otros similares, el consumidor podrá dar por terminado unilateralmente el contrato en cualquier tiempo, previa notificación por escrito con al menos quince días de anticipación a la finalización del período en curso. En estos casos, en el contrato de adhesión no se podrá incluir cláusulas ni disposición alguna que impongan al consumidor multas, sanciones o recargos de ninguna naturaleza, atribuida a la terminación anticipada de dicho contrato y de incluirlas no tendrán ningún efecto jurídico.

Este derecho otorgado al consumidor demuestra el carácter proteccionista de la LODC, puesto que por un lado, la prohíbe para el proveedor y por otra lo permite para el consumidor. Esta desigualdad legal, se justifica en el principio pro-consumidor¹⁵².

1.7.1.7 Cláusulas que incluyen espacios en blanco y condiciones ilegibles

Este tipo de cláusulas prohibidas buscan proteger el deber de información del proveedor y el derecho del consumidor a una información clara y veraz, prescrito en el artículo 52 de la Constitución y en el artículo 4 de la LODC. Los espacios en blanco son una forma de abuso por el proveedor ya que el consumidor desconoce sus derechos u obligaciones por términos no acordados al momento de la celebración que pueden ser fácilmente insertos. Generalmente los espacios en blanco constan en contratos estandarizados a forma de formulario, donde se opta por ubicar únicamente los nombres del consumidor y sus datos generales. El resto del contrato no puede ser negociado. Un claro ejemplo de ello, son los contratos bancarios de tarjeta de crédito (Anexo C). Sin embargo, aún cuando se use esta modalidad de contratación, no quiere decir que sean de por sí abusivos, sino que está prohibido cuando estos espacios en blanco no hayan sido llenados al momento de la celebración. Tómese en cuenta la dificultad probatoria del

¹⁵² Artículo 1.- Ámbito y Objeto.- 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. Ley Orgánica de defensa de Consumidor. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

mismo, puesto que bastaría completar el formulario para que la pretensión del consumidor ya no tenga fundamento.

Respecto al elemento de ilegibilidad, el profesor Woodroffe indica que el conocimiento del consumidor es indispensable por lo que cabe preguntar ¿sabe el consumidor sobre la existencia de dichas cláusulas y sobre su extensión?¹⁵³. Es evidente que “cuanto menor sea la letra y más compleja la redacción, hay mayores posibilidades de que las cláusulas sean injustas”¹⁵⁴. Las condiciones ilegibles son aquellas que dificultan el entendimiento del consumidor por una visión física complicada. En este caso para Stiglitz estas cláusulas buscan proteger “la posibilidad real y efectiva de poder leer fácilmente lo escrito”¹⁵⁵ y “suprimir los caracteres “finos”, la lectura dificultosa, los defectos de apariencia, y reemplazarlos por un impreso visible, ostensible, manifiesto [y] evidente”¹⁵⁶. Cabe recalcar que el análisis de esta cláusula no hará consideración a su contenido, sino a su forma física.

El poco entendimiento del consumidor por un uso complicado del lenguaje contractual no será fundamento de este tipo de cláusula prohibida. Esta especie de cláusula, forma parte de las cláusulas abusivas ininteligibles, es decir aquellas que son desconocidas o poco comprendidas por el consumidor. Farina establece que es ininteligible “cuando no se halla modo de lograr una interpretación coherente”. Por ejemplo, la LODC establece la obligación del proveedor de redactar los contratos en lenguaje español¹⁵⁷, precisamente para cumplir con el propósito de protección de la ley. A todo lo mencionado corresponde la importancia del deber de información, que es “la exigencia de un consentimiento válidamente formado”¹⁵⁸. Es decir, no basta la voluntad o consentimiento al momento de contratar, sino además es necesario que las partes estén

¹⁵³ Woodroffe, Geoffrey. “Cláusulas abusivas en contrato de consumo.” Stiglitz, Gabriel. Defensa de los consumidores de productos y servicios. Buenos Aires: La Rocca, 2001. p. 228.

¹⁵⁴ *Id.* p. 237.

¹⁵⁵ Gabriel Stiglitz. *La protección del consumidor y las prácticas abusivas, en Derecho del Consumidor*. Buenos Aires, 1999 p. 44. Citado por Juan Farina. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea, 2000, p. 359.

¹⁵⁶ Gabriel Stiglitz. *La protección del consumidor y las prácticas abusivas, en Derecho del Consumidor*. Buenos Aires, 1999 p. 44. Citado por Juan Farina. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea, 2000, p. 365

¹⁵⁷ Ley Orgánica de defensa de Consumidor. Artículo 10 y 42. Artículo 43. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

¹⁵⁸ Françoise Domot'Naert. *Las tendencias actuales del derecho de contratos con respecto a la reglamentación de las cláusulas abusivas*. Citado por: Gabriel Stiglitz. *Defensa de los consumidores de productos y servicios*. Buenos Aires: 2001, p. 212.

suficientemente informadas. Por lo que la “posibilidad de coordinación a través de la cooperación voluntaria descansa sobre el supuesto elemental –aunque frecuentemente negado- que las partes que participan en la transacción económica se benefician de ella siempre y cuando presten su voluntad y esta sea informada”. En este sentido los proveedores de bienes o servicios deberán ofrecer los medios para que el consumidor contrate informadamente. No obstante, al tratarse de un elemento subjetivo del consumidor, éste deberá actuar igualmente de manera diligente y al menos, leer el contrato de adhesión al que se está sometiendo, aunque esto, en muchas ocasiones no sea suficiente¹⁵⁹. La búsqueda y acumulación de información tiene un costo para el consumidor, por lo que deberá estar consciente de esta inversión que podría ser mayor dependiendo del bien. En definitiva, no será lo mismo la compra de un automóvil, frente a la de una mochila. Aún cuando aparentemente el consumidor no tiene el deseo de informarse, generalmente si “incurren en costos en el monitoreo del lenguaje de los contratos por adhesión y la reputación de la firma. Si estos costos son altos el beneficio probable del contrato no los compensa, aún cuando la carencia de este tipo de información pueda derivar en la explotación del consumidor”¹⁶⁰. En mi opinión, se trata de una prueba de la debida diligencia del proveedor de demostrar haber otorgados todos los medios posibles para que sean comprendidos en su totalidad.

Un ejemplo de esto es la prohibición del uso de letra pequeña en los contratos de adhesión por el artículo 41 LODC¹⁶¹ y 38 de la Reglamento de LODC¹⁶²; que aunque no

¹⁵⁹ Iñigo de la Maza,. “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”, *Revista chilena de derecho privado* (2003).

¹⁶⁰ Iñigo de la Maza,. “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”, *Revista chilena de derecho privado* (2003): p.129.

¹⁶¹ Artículo 41.- El Contrato de Adhesión.- El contrato de adhesión deberá estar redactado con caracteres legibles, no menores a un tamaño de fuente de diez puntos, de acuerdo a las normas informáticas internacionales, en términos claros y comprensibles y no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato. Cuando en un contrato de adhesión escrito con determinado tamaño de caracteres existiese además, textos escritos con letras o números significativamente más pequeños, éstos se entenderán como no escritos. Las partes tienen derecho de que se les entregue copias debidamente suscritas y sumilladas de los contratos y todos sus anexos. Si no fuere posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, el proveedor entregará de inmediato una copia con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste; la copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado para todos los efectos legales. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 41. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

¹⁶² Artículo 38.- Para los efectos previstos en el Artículo 41 de la ley, tanto los contratos de adhesión como los textos a los que éstos se remitan, o formen parte del mismo, deberán tener un tamaño de fuente no menor de diez puntos, salvo lo previsto en regulaciones internacionales. Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 41. Registro oficial 287 de 19 de marzo de 2001.

es una cláusula prohibida se entenderá no escrito. Por lo que se sanciona de manera similar.

1.7.1.8 Cláusulas que implican la renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en la LODC, Código de Procedimiento Civil, CC, LAM y demás leyes conexas

Las cláusulas de este subtítulo son aquellas que renuncian al derecho de acción, excepción y defensa de los consumidores, de acuerdo al artículo 41¹⁶³ del Reglamento a la LODC que prescriben: las cláusulas que “causen indefensión en los contratos de adhesión, serán aquellas que impliquen imposibilidad del consumidor de acceder a las acciones o mecanismos para la defensa de los derechos establecidos en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor“, ya que estas cláusulas pretenden disminuir estos derecho a fin de otorgar otros derechos más beneficiosos para el proveedor. Por lo que en esta parte haré una breve revisión de los derechos procesales consagrados en las leyes mencionadas, y cómo dicha limitación implicaría una violación al principio de defensa prescrito en el artículo 75 y 76 numeral séptimo, inciso a) de la Constitución. Ahora bien, pasaré a revisar rápidamente los derechos procesales dispuestos en la LODC, CPC, CC y LAM.

1.7.1.8.1 ¿Cuáles son los derechos procesales de la LODC?

La LODC establece un procedimiento judicial específico para los reclamos por derechos del consumidor, el mismo que a su vez, tiene tres vías no excluyentes a fin de proteger este interés. La Defensoría del Pueblo está facultada para conocer y resolver sobre reclamos que presente cualquier consumidor nacional o extranjero. Asimismo, el Reglamento de Trámite de Quejas, de ahora en adelante RTQDP y el Reglamento de Quejas emitido por la Defensoría del Pueblo, en adelante RQD establecen ciertos requisitos para la presentación de la misma, en relación a su contenido en el artículo 4 y

¹⁶³ Artículo 41.- Las cláusulas que causen indefensión en los contratos de adhesión, serán aquellas que impliquen imposibilidad del consumidor de acceder a las acciones o mecanismos para la defensa de los derechos establecidos en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 41. Registro oficial 287 de 19 de marzo de 2001.

6¹⁶⁴. Cabe recalcar que toda queja será remitida por escrito, sin embargo se deberá analizar que el mismo no esté dentro de las causales de inadmisión descrita en el artículo 11 del RQD.

Es deber de la Defensoría el promover la utilización de mecanismos alternativos para la solución de conflictos siempre que no haya existido dolo por el proveedor. Una vez aceptada la queja, se informará a la otra parte su recepción, otorgándole un plazo de 8 días para contestar las pretensiones del consumidor. Agotado el intento de mediación entre las partes, la Defensoría del Pueblo elaborará un informe motivado del asunto. De igual manera podrá iniciar una etapa de investigación de acuerdo al artículo 13 y 19 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo¹⁶⁵ o solicitarla al Juez de Contravenciones. Este informe motivado será notificado a los interesados, quienes podrán impugnarlo en el término de 8 días (artículo 10 RTQDP). Sin embargo, se debe notar que estas resoluciones no tienen fuerza vinculante, por lo que su efecto útil servirá como prueba para la presentación de la misma ante los Jueces de Contravenciones.

Lo mencionado me lleva a mi segundo punto. El Juez de Contravenciones es competente para conocer sobre las infracciones a las normas contenidas en la LODC, y en caso de apelación, el Juez de lo Penal. En este caso no se iniciará el proceso a través de una queja sino a través de una denuncia, acusación particular o excitativa fiscal, de acuerdo al artículo 85 de la LODC.

Una vez propuesta la denuncia se citará al acusado o proveedor, con señalamiento de día y hora para audiencia oral la misma que deberá realizarse máximo en los 10 días subsiguientes. A través de esta audiencia contestará el acusado; y las partes presentarán las pruebas de cargos y de descargo. Además, en la misma audiencia si fuese posible, el Juez resolverá o dictará sentencia o por el contrario, tendrá 3 días para la emisión de la misma. Tal como se puede apreciar es un proceso sumamente rápido y netamente oral.

¹⁶⁴ Artículo 6.- Las quejas de los consumidores o usuarios deben reunir los siguientes requisitos: a. Los nombres y apellidos del denunciante o reclamante y de la persona o la entidad contra la cual se formula la denuncia o reclamo; en el caso de que aquél actúe en representación de una comunidad, colectividad o grupo de personas, acompañará la constancia escrita de su delegación para este efecto; b. Las circunstancias en las cuales se produjo la violación o inobservancia del derecho cuya tutela se reclama; el lugar, la fecha y la autoridad o persona o empresa particular responsable; c. El domicilio del denunciante o reclamante y el de la persona natural o jurídica presuntamente responsable de la violación de los derechos del consumidor o inobservancia de la ley; d. La medida preparatoria que se pretenda; y, e. Las pruebas documentales o testimoniales que fundamenten la queja. En el caso de registrarse cualquier omisión en el cumplimiento de estos requisitos, la Defensoría podrá, de oficio, ordenar que se complete la queja.

¹⁶⁵ Ley Orgánica de Defensoría del Pueblo. Artículo 19 y 13. Registro oficial 7 de 20 de febrero de 1997.

Posterior a la emisión de la sentencia las partes podrán presentar un recurso de apelación, en el término de 3 días, que se presentará ante el Juez de lo Penal, quien será la instancia última. Se debe tomar en cuenta que la sentencia emitida llevará implícita la obligación de pagar daños y perjuicios, sin embargo no necesariamente fijará un monto u ordenará un pago. Sino establecerá únicamente el reconocimiento de la existencia de daños que deben ser resarcidos. Por lo mismo, se deberá iniciar la acción descrita en el artículo 391 del Código de Procedimiento Civil en relación a indemnización por daños y perjuicios para el cobro.

En consecuencia, cualquier cláusula que pretenda disminuir o restringir los derechos fijados en este proceso, será abusiva, a menos que el consumidor haya decidido optar por otra vía como lo es la sujeción a una cláusula arbitral como se analizó anteriormente [§1.6.1.4].

1.7.1.8.2 ¿Cuáles son los derechos procesales de la LAM?

Los derechos procesales otorgados por la LAM consisten en la potestad de las partes de someterse a un tribunal arbitral o a un procedimiento de mediación. Así el artículo 1 menciona que:

el sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de **mutuo acuerdo**, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias. [el resaltado es propio]

A su vez en relación a la mediación, la LAM establece su definición en el artículo 43 al mencionar que se trata de un “procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”. Ahora bien, los derechos procesales prescritos por la LAM a favor del consumidor y proveedor en un proceso arbitral son:

- Acción de nulidad (artículo 31)
- Elección del fundamento en derecho o en equidad del laudo arbitral (artículo 3)
- Derecho a la confidencialidad del proceso arbitral (artículo 34 y 50)
- Renuncia al convenio arbitral (artículo 8)

- Solicitar medidas cautelares a los árbitros (artículo 9)
- Derecho al silencio en la contestación y su efecto establecido por ley (artículo 11)
- Derecho a reconvenir (artículo 12)
- La designación de árbitros por las partes (art 16)
- La recusación de los árbitros designados (artículo 21)
- Ejecución del laudo (artículo 32)
- Que el idioma del arbitraje sea el castellano (artículo 36), entre otros.

A parte de los derechos procesales mencionado, en relación a la mediación,

- Derecho a que la mediación proceda (artículo 46)

En definitiva, la limitación, restricción o violación a cualquier de los derechos procesales en un método alternativo de resolución de conflictos con un proveedor, será considerada una cláusula abusiva, con efecto de nulidad. No obstante, es importante recalcar la amplitud de esta prohibición, implica un extenso abanico de posibilidades, todas muy discutidas, lo que contrariaría el carácter de la nulidad de pleno derecho, puesto que deberá ser determinada y limitada. A esto se debe la necesidad de análisis y estudio de un Juez, quien será el encargado de juzgar, y en su defecto, otorgar una mejor defensa al consumidor. En consecuencia, por la nulidad de pleno derecho se entendería que la simple y sola manifestación del consumidor de una violación a su derecho procesal de la LAM, no dejará nula tal cláusula.

1.7.1.8.3 ¿Cuáles son los derechos procesales del CC?

Respecto a los derechos procesales consagrados en el Código de Comercio, vale hacer una primera acotación. El CC regula la relación entre comerciantes, lo que es contradictorio, por la relación del consumidor. En este sentido, se podría presumir el deseo del legislador de proteger de igual manera al proveedor en la prestación de sus servicios o en la venta de un bien.

El CC establece una variedad de derechos procesales de los que puedo enumerar, los referentes al pagaré, que a pesar de ser un instrumento de comerciantes, es un requisito para la celebración de un contrato de mutuo, por la facilidad de cobro a través del juicio ejecutivo. Por otro lado, el derecho de acudir a la vía ejecutiva sustentados en la factura otorgada por el proveedor del bien o servicio o la obligación del proveedor de indemnizar por los daños y perjuicios al consumidor por la alteración o enajenación de

las mercaderías vendidas. En consecuencia todas las cláusulas que pretendan limitar o desconocer los derechos prescrito en el C.C serán nulas.

1.7.1.9 Cláusula abusiva por violación a las buenas costumbres y el orden público

El artículo 43 de la LODC, en su numeral noveno prescribe como cláusula prohibida toda “estipulación que cause indefensión al consumidor o sea contraria al orden público y a las buenas costumbres”. Es decir se trata de una cláusula abierta a futuras situaciones que podrían causar daño al consumidor con fundamento en dos preceptos jurídicos generales y muy amplios. Por lo que se podría entender que el legislador busca dejar a discrecionalidad del juez la determinación del carácter abusivo o no de las cláusulas alegadas por el consumidor bajo este numeral. Antes de continuar es importante destacar que este tipo de cláusulas abusivas es contrario, al efecto prescrito para las cláusulas prohibidas. En el mismo artículo se establece a la nulidad de pleno derecho como su efecto. Dicha nulidad no depende de la declaración de un juez para ser reconocida como nula, es decir que por la simple inserción de esas cláusulas en el contrato, las mismas serán consideradas inválidas y no escritas. Esta cláusula es contraria a lo prescrito puesto que los elementos son tan amplios y generales que motivan y requieren el análisis de un juez.

En otras legislaciones el deber de buena fe suele utilizarse para la determinación de cláusulas no enumeradas pero que son abiertas¹⁶⁶. Aún cuando en el Ecuador los elementos de determinación de la cláusula abierta sean el orden público y las buenas costumbres, dentro de los mismos se encuentra el deber de buena fe por lo que toda violación tendrá como consecuencia un perjuicio al consumidor. Esta cláusula abierta sin límites podría ser riesgosa para la relación contractual, puesto que estaría sujeta a muchas interpretaciones y no todas muy brillantes. El experto en la materia Rubén Stiglitz estableció unas directrices para limitar a estas cláusulas, las que divide en dos:

1. Perjudicar inequitativamente, en oposición al principio de buena fe.
2. Se presume la existencia de perjuicio cuando. 2.1) no es compatible con las ideas esenciales de la regulación de la cual se aparta, o 2.2) limita de tal forma los

¹⁶⁶ Iñigo de la Maza,. “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”, *Revista chilena de derecho privado* (2003): p. 109-148.

derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato que se pone en peligro la consecución de la finalidad de este”¹⁶⁷.

No obstante la conducta del proveedor no es la única analizada, por el contrario el “[derecho] viene también a favorecer al acreedor protegiéndole contra la conducta del deudor que viola la buena fe¹⁶⁸”. Además, se debe tomar en cuenta que el deber de buena fe no se satisface con el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el instrumento contractual, sino en el cumplimiento de la ley y las expectativas del consumidor, como se indicó en su momento [§1.4.1].

En el Ecuador, serán abusivas las contrarias al orden público, concepto indeterminado que se define como los “intereses generales de la sociedad”¹⁶⁹. Así el orden público es “la institución de que [la] se vale el ordenamiento jurídico para defender y garantizar, mediante las limitaciones de la autonomía de la voluntad, la vigencia inexcusable de los intereses generales de la sociedad, de modo que siempre prevalezcan sobre los intereses particulares”¹⁷⁰. Por lo que los intereses de la sociedad descritos anteriormente, son el bien jurídico protegido de esta institución. Cabe aclarar que este concepto puede ser entendido como el interés general en sí, y como la institución que lo protege. En consecuencia, una vez que los jueces declaren que se encuentra comprometido el interés general, inmediatamente se convierte en objeto de protección a través de la institución. El orden público como institución protege a la sociedad a través de normas imperativas, irrenunciabilidad de derechos o la nulidad¹⁷¹. En el presente caso se procura limitar la autonomía de la voluntad a través de la nulidad de pleno derecho. No obstante como bien se ha podido analizar, el orden público es un concepto indeterminado con necesaria decisión de un juez.

Por otro lado, las buenas costumbres hacen referencia a un aspecto moral de la ley. Así, Horacio de la Fuente en su libro Orden público señala que la doctrina las define como “las normas morales que rigen prácticamente dentro del medio social del que se

¹⁶⁷ Ruben Stiglitz. “Reglas secundarias de conducta”. *Contratos*. Gabriel Stiglitz. s.f. p.208

¹⁶⁸ Corte Suprema De Justicia. Primera Sala De Lo Civil y Mercantil. Causa No. 395-96. Sentencia de 26 de febrero de 1999. Registro oficial No. 162 de 5 de abril de 1999

¹⁶⁹ Horacio de la Fuente. *Orden Publico*. Buenos aires: Astrea, 2003. p. 28.

¹⁷⁰ Horacio de la Fuente. *Orden Publico*. Buenos aires: Astrea, 2003. p. 23.

¹⁷¹ *Ibíd.*

trate, las que viven en las costumbres valiosas de la comunidad”¹⁷². Este concepto a su vez “se atrae de la conciencia popular dominante, esto es, el sentimiento de decoro de todos aquellos que piensan equitativamente y rectamente”¹⁷³. Es decir las buenas costumbres es otro concepto indeterminado, que depende de la realidad cultural de los sujetos.

Es importante resaltar que estos dos conceptos están estrechamente vinculados al punto que la doctrina ubica a las buenas costumbres como el orden público moral. Es así que, se han desarrollado varias teorías alrededor de esta coyuntura por lo que se podrá entender que las buenas costumbres son el fundamento para entender los intereses colectivos, que a su vez son protegidos por el orden público y ambos preceptos limitan a la autonomía de la voluntad. En definitiva, estos dos conceptos limitarán el actuar del proveedor al momento de introducir las cláusulas, la determinación de si cierta cláusula viola o no estos conceptos dependerá de un juez, tanto el escrutinio de la cláusula así como la remisión a una norma imperativa, porque no solo se podría perjudicar el proveedor, sino que además se podría dejar en indefensión al consumidor, por la falta de análisis.

1.7.2 Cláusulas prohibidas por el CDUSF

El CDUSF, respecto de los contratos bancarios, 2393, en su artículo 2 establece que son cláusulas abusivas las que:

- 1) Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato, cuando ello implique un mayor costo o un perjuicio al usuario;
- 2) Faculten a la entidad a cobrar tasas de interés, tarifas por servicios y/o gastos que no cumplan con los criterios establecidos en el marco legal vigente para tener la calidad de tales;
- 3) Faculten a la institución el cobro de tarifas por servicios y/o gastos futuros sin que se establezca la obligación de informar previamente los conceptos y la oportunidad en que resulten exigibles;
- 4) Autoricen a la institución del sistema financiero 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 cliente; e,
- 5) Incluyan espacios en blanco o textos ilegibles.¹⁷⁴

¹⁷² *Id.* p.28

¹⁷³ Heintz, citado por Orgaz “Los límites de la autonomía de la voluntad” Citado por Horacio de la Fuente. *Orden Público*. Buenos aires: Astrea, 2003. p.28

¹⁷⁴ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 43. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

Respecto al tipo de cláusula descrita en el numeral primero, el mismo fue analizado en el anterior subtítulo respecto a la variación unilateral [§1.6.1.5]. En este caso se puede agregar, que para los servicios financieros el abuso deberá cumplir además la condición de que implique un mayor costo al usuario, como sería una variación unilateral del interés en un contrato de préstamo.

Por otro lado, la resolución unilateral del contrato por el proveedor o institución del sistema financiero en este caso, aplicará el mismo análisis vertido [§1.6.1.6], por lo que a su vez se crea un deber para los proveedores de este servicio a la culminación de lo acordado.

Los contratos bancarios son por excelencia formularios con cláusulas predispuestas en las que ciertamente se incluyen espacios en blanco. En esta ocasión no se determina el momento en que dichos formularios serían abusivos. Por lo que me remitiré a la LODC, y entender que solamente tendrá el carácter de abusivas cuando esos espacios en blanco permanezcan una vez celebrado el contrato. Ahora bien respecto a los textos ilegibles, considero necesario recalcar que el derecho de información [§1.6.1.7] de los consumidores sobre el bien o servicio que pretenden adquirir, es el “bien jurídico protegido” de esta prohibición.

Con todo esto, pasaré a analizar las cláusulas novedosas del articulado, que serán aplicables específicamente a los servicios financieros.

1.7.2.1 Cláusulas de cobro de tasas de interés, tarifas por servicios y/o gastos que no tienen dicha calidad

Este tipo de cláusula abusiva está dirigida directamente a la protección de los consumidores financieros, así la LODC en el artículo 47¹⁷⁵ establece el derecho de información, respecto a los créditos y evidentemente a las tasas de intereses así como de las tarifas bancarias, que va en concordancia con el artículo 44¹⁷⁶ del Reglamento de la

¹⁷⁵ Artículo 47 Cuando el consumidor adquiera determinados bienes o servicios mediante sistemas de crédito, el proveedor estará obligado a informarle en forma previa, clara y precisa: 2. El monto total correspondiente a intereses, la tasa a la que serán calculados; así como la tasa de interés moratoria y todos los demás recargos adicionales; 3. El número, monto y periodicidad de los pagos a efectuar; y, 4. La suma total a pagar por el referido bien o servicio. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 46. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

¹⁷⁶ Artículo 44.- A fin de permitir la transparencia en las operaciones de crédito, conforme lo dispone el artículo 47 de la ley, en el recibo de cada pago parcial deberá constar el desglose de la parte que

LODC. El artículo mencionado establece la prohibición al “establecimiento de cobro de intereses sobre intereses. El cálculo de los intereses en las compras a crédito debe hacerse exclusivamente sobre el saldo de capital impago. Es decir, cada vez que se cancele una cuota, el interés debe ser recalculado para evitar que se cobre sobre el total del capital”¹⁷⁷, y lo mismo se establece en el artículo 48¹⁷⁸ respecto al pago anticipado. Consecuentemente, el incumplimiento del marco legal respecto a tarifas legales o intereses, serán cláusulas abusivas. En este sentido son tasas, de acuerdo al Código de Transparencia y de Derecho del Usuario, en el artículo 1: “los valores autorizados por la Junta Bancaria a ser cobrados a los clientes o usuarios por la prestación de servicios financieros efectivamente provistos por la institución del sistema financiero”. De igual forma, no tendrá la calidad de tarifas aquellas que superen el monto máximo establecido por la Junta Bancaria¹⁷⁹. Por otro lado se entenderán como intereses “la tasa de descuento que iguala exactamente los flujos de efectivo por cobrar estimados a lo largo de la vida esperada del instrumento financiero con el importe neto en libros del activo”¹⁸⁰. En definitiva, cualquier cobro adicional que no cumplan con estas calidades, será considerado abusivo.

1.7.2.2 Cláusulas de cobro de tarifas por servicios y/o gastos futuros sin haberse informado previamente los motivos

Este tipo de cláusulas serán fácilmente evadidas a través de una cláusula de consentimiento informado¹⁸¹ por el consumidor de las tarifas a aplicarse. Estas cláusulas son aquellas que advierten al consumidor sobre posibles cobros a realizarse

corresponde al capital y aquella que se refiere a intereses, además de todos los recargos adicionales. Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 44. Registro oficial 287 de 19 de marzo de 2001.

¹⁷⁷ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 47. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

¹⁷⁸ Artículo 48.- Pago Anticipado.- En toda venta o prestación de servicios a crédito, el consumidor siempre tendrá derecho a pagar anticipadamente la totalidad de lo adeudado, o a realizar pre-pagos parciales en cantidades mayores a una cuota. En estos casos, los intereses se pagarán únicamente sobre el saldo pendiente. Lo prescrito en el presente artículo incluye al sistema financiero. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 48. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

¹⁷⁹ Código de Transparencia y derechos del usuario. Artículo 1 numeral 1.4 Tarifas máximas.- Son los valores máximos autorizados por la Junta Bancaria a ser cobrados por las instituciones del sistema financiero por la prestación efectiva de los servicios ofertados a los clientes y usuarios.

¹⁸⁰ Codificación de resoluciones superintendencia de bancos, libro 1-a resolución de la Superintendencia de Bancos 306. Registro Auténtico 2006 de 05 de julio 2006

¹⁸¹ Anexo D. T-013

condicionados a ciertos hechos, la problemática en esta cláusula resulta de la determinación de los valores previos a que ocurran. Estas cláusulas están unidas al deber de información al consumidor. En este sentido, el consumidor deberá saber los motivos de ciertas tarifas o gastos adicionales, y el hecho que los hará exigibles, sea para el cumplimiento de las mismas como para su negativa. Aunque como bien se analizó anteriormente, el consumidor no tiene poder de negociación en este tipo de contratos.

El deber de acordar previamente estas condiciones se demuestra en el artículo 47 de la LODC que establece: “las tarifas que cobren (...) por todas las actividades y servicios inherentes a la cobranza judicial o extrajudicial de un crédito vencido, deberán ser previamente acordadas con el prestatario al momento del otorgamiento del crédito”. No obstante, ante la dificultad de fijar un precio los contratos de adhesión bancarios han optado por una cláusula abierta, en la que simplemente se obliga al pago de las mismas sin determinación de cantidad, lo que representa una cláusula abusiva.

2 EL EFECTO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

La LODC establece en el artículo 43 que “son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales”¹⁸² que se enumeran en la referida disposición legal. La consecuencia jurídica de las cláusulas abusivas causa controversia, puesto que el legislador otorga el efecto de nulidad de pleno derecho, ineficacia que no es reconocida por el CCE. Esta institución hace que los actos o contratos no produzcan efectos desde su nacimiento. En este capítulo analizaré a la nulidad de pleno derecho en el Ecuador.

2.1 Método de interpretación del efecto de las cláusulas abusivas

La interpretación es “descubrir el sentido que encierra la ley. Lo que se interpreta no es la materialidad de los signos, sino el sentido de los mismos, su significación”¹⁸³. En este capítulo, con el propósito de entender el efecto de las cláusulas abusivas, tendré que realizar una amplia interpretación, que no deje dudas respecto a su carácter. Por tal motivo, “el juez no puede por el solo elemento gramatical decidir si el sentido de la ley es claro, sino que debe necesariamente verificarlo recurriendo a otros métodos interpretativos, pues es dicho proceso lo que le permitirá determinar su verdadero sentido”¹⁸⁴. En el Ecuador, el artículo 18 del CCE determina los parámetros de interpretación a la ley, así como su metodología. En el mencionado artículo se cita:

Artículo 18.- Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: 1) Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento; 2) Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal; 3) Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den lo que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso; 4) El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto; 5) Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta

¹⁸² Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 43. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de-2000.

¹⁸³ Cesar Coronel. “Los seis errores más comunes en la interpretación jurídica ecuatoriana”. *IUS HUMANI. Revista de Derecho* (2009), p. 14.

¹⁸⁴ *Id.* p. 13

para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes; 6) En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural; y, 7) A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal¹⁸⁵.

Si bien, el artículo prescribe que no se deberá realizar una interpretación adicional en los casos que el texto de la ley fuese claro, el efecto de las cláusulas abusivas, por su forma de redacción, así como por el fondo de las instituciones establecidas, crea duda. Por lo mismo, no bastará la interpretación literal del artículo. Una sentencia de la Corte Suprema chilena, citada por Cesar Coronel en su artículo “Los seis errores más comunes en la interpretación jurídica ecuatoriana” dicta que:

para buscar el pensamiento y los móviles del legislador y, finalmente, la verdad jurídica, es menester que el intérprete use cuatro elementos; gramatical, lógico, histórico y sistemático. No sólo, entonces, el juez debe analizar las palabras de que se ha servido el legislador, sino las relaciones que unen todas las palabras del articulado sobre el punto que se trata, la situación jurídica existente a la época en que se dictó la ley objeto de la interpretación y, por último, posesionarse de la acción ejercida por ella en el orden general del derecho y el lugar que en este orden ocupa el precepto que se intenta interpretar.¹⁸⁶

Ahora bien, el artículo 43¹⁸⁷ de la LODC es claro gramaticalmente en determinar qué tipo de nulidad es la aplicable a las cláusulas abusivas. Sin embargo, en el estudio de la nulidad de pleno derecho, esta invita a ser considerada inaplicable por los motivos que se expondrán más adelante. En el Ecuador un cuerpo normativo que proteja a los consumidores no es novedad, puesto que en el año 1999 fue publicada la Ley de Defensa del Consumidor¹⁸⁸. Esta ley aunque pretendía proteger oportunamente, era bastante simple y no regulaba de manera alguna los contratos de adhesión ni las cláusulas abusivas. A partir de la LODC publicada en el año 2000, se prohibió el uso de ciertas cláusulas en los contratos. Era la primera vez que se regulaba a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. La ley fue expedida con el propósito de evitar los

¹⁸⁵ Código Civil. Artículo 18. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

¹⁸⁶ Cesar Coronel. “Los seis errores más comunes en la interpretación jurídica ecuatoriana”. *IUS HUMANI. Revista de Derecho* (2009), p.13.

¹⁸⁷ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 43. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

abusos a los consumidores, en una época de inestabilidad económica, debido al feriado bancario. En 1999, ante la caída del sucre y el cambio de moneda se generó una explotación al consumidor, ya que los precios subían y bajaban de acuerdo a las necesidades del proveedor. En el sistema financiero se generó un pánico en la población, que ocasionó el congelamiento de depósitos y el cierre de algunas instituciones financieras. Esta crisis impulsó la publicación de la LODC.

En relación a la interpretación, la primera directriz del citado artículo 18 del CCE me permite recurrir a la verdad jurídica o intención del Legislador. Por lo que a fin de cumplir con una exégesis completa, se analizará la doctrina y la legislación comparada, para que en relación a los posibles fundamentos de creación de la LODC, se entienda el artículo 43. Finalmente, una vez analizadas las instituciones de forma gramatical e histórica, se interpretará sistemáticamente la norma, es decir, el contexto en el que se va a desarrollar y su aplicación real. Estas dos últimas formas de interpretación son parte de las primeras en cada capítulo y subíndice de la presente tesina. Ya que en medida que se va esclareciendo la intención del legislador, se compara y analiza su coherencia, en conjunto con la norma.

2.2 La nulidad de pleno derecho reconocida en el Ecuador

Este tipo de nulidad es analizada en la presente tesina por la interpretación gramatical y clara del artículo 43 de la LODC, ya que se otorga el efecto de “nulo de pleno derecho” a las cláusulas abusivas. Esta institución existe en el derecho ecuatoriano, no obstante la misma es inaplicable e inadecuada para el fin de regulación de los contratos privados.

Varios doctrinarios han distinguido a la nulidad de pleno derecho como aquella que “la ley por sí misma, sin cooperación de ningún otro órgano o poder, reduce a la nada el acto vedado”¹⁸⁹, prescindiendo de una declaración judicial. En nuestro aparatage normativo no existe una definición de nulidad de pleno derecho, no obstante, antes de la publicación de la LODC, la única ley que mencionaba a esta institución era el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en adelante ERJAFE. Esta norma está destinada a la regulación de la administración pública, por lo mismo, la nulidad de pleno derecho era únicamente una institución del derecho público. El

¹⁸⁹ Heriberto Simón Hocsmán. “Contrato de concesión comercial”. *Revista digital Justiniano*. http://www.justiniano.com/revista_doctrina/contrato_comercial.htm (acceso: 30/04/2014)

ERJAFE en su artículo 2 indica que “este estatuto es aplicable principalmente a la Función Ejecutiva”, que a pesar de que no limita explícitamente su utilidad, se entiende que podrán ser otras funciones del Estado. A fin de aclarar, los actos administrativos son “toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”¹⁹⁰, mientras que, se entiende por contrato al “acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.¹⁹¹ Evidentemente, los contratos de consumo no son expedidos por la administración pública, sino que nacen de la voluntad de las partes¹⁹². Esto me lleva a determinar que, si bien la LODC menciona como efecto a la nulidad de pleno derecho, no se refiere a la nulidad de derecho público. En este sentido, con el propósito de demostrar que la nulidad de pleno derecho, era aplicable únicamente al derecho público, a continuación se expondrán las razones.

Al hablar de este tipo de ineficacia, la Corte Nacional de Justicia reconoce

dos causas para la extinción (declarada) de los actos administrativos: (a) por razones de legitimidad; y, (b) por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. La legitimidad, que constituye una de las causas para la extinción de los actos administrativos, está referida a su validez. En el ámbito administrativo se prevé dos grados de invalidez, a saber: la nulidad de pleno derecho (...), descrita principalmente en el artículo 59¹⁹³ de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y, la anulabilidad (...), que se desprende de cualquier otra infracción no prevista en el referido artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁹⁴.

El profesor Juan Pablo Aguilar, considera que la nulidad de pleno derecho se denomina como tal, precisamente por la capacidad de la administración pública de declarar nulo,

¹⁹⁰ Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 65. Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.

¹⁹¹ Código Civil. Artículo 1454. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

¹⁹² De acuerdo a lo establecido en el artículo 1453 del CCE, que señala: “las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”. Código Civil. Artículo 1453. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

¹⁹³ El artículo 59 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa menciona: “son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo: a) la incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia. b) la omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión”. Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Artículo 59. Registro Oficial 338 de 18 de marzo 1968.

¹⁹⁴ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Causa. N° 30-2005. Expediente No. 475. Sentencia de 29 de Noviembre de 2007. Registro Oficial Suplemento 39 de 2 de Octubre del 2009.

su propio acto jurídico¹⁹⁵. Esto significa que la legislación ecuatoriana “admite que los órganos de la administración pública central puedan revisar de oficio sus propios actos, cuando éstos se encuentren afectados por causas de nulidad de pleno derecho”¹⁹⁶. Por lo mismo, la administración pública cuenta con la facultad de invalidar sin aprobación del administrado, ni aparente declaración judicial, sus actos. Si bien la nulidad de pleno derecho se caracteriza por prescindir de declaración judicial, la Tercera Sala del Tribunal Constitucional, en un reconocido fallo donde se cita al doctrinario Patricio Secaira, establece que

"estos actos administrativos no pueden ser revocados por el órgano público que los emitió en razón de que en sus efectos jurídicos crearon derechos subjetivos a favor de un administrado"; por tanto, en estos casos la administración pública no está en capacidad de ejercer su propia autotutela, y revocar o anularlos, como si puede hacerlo en otro tipo de actos administrativos. Sin embargo, cuando estos actos irrevocables por la administración afectan el interés público, el derecho administrativo ha instituido una "solución jurídica al problema para precautelar el interés de la sociedad y el imperio de la juridicidad". Esta institución jurídica se denomina acción de lesividad administrativa, misma que "consiste en la atribución legal que obliga al titular del órgano administrativo o máxima autoridad del ente público a emitir un nuevo acto administrativo por el cual declara lesivo al interés público el acto o resolución que lo motiva", siendo esta declaración de voluntad de carácter previo ejercitada ante la jurisdicción contencioso administrativa, a la que puede recurrir la administración para retirar del mundo jurídico los actos o contratos que considere lesivos al interés público, precautelando los derechos del administrado. Cabe precisar que este recurso está contemplado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en el Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva", cuanto más que, en extremo, si la propia administración pública tiene competencia para reconocer su nulidad, mediante la expedición de otro acto que lo deje sin efecto, esto ocurre, siempre que no haya declarado derechos subjetivos y que no lo se lo haya publicitado; pues caso contrario, esto es cuando hace tal declaración y la notificación se ha producido, goza provisoriamente de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y solo puede quedar sin efecto por decisión judicial que siempre tendrá efectos retroactivos; por lo mismo, nótese, entonces, que el acto administrativo de lesividad no retira del mundo jurídico el acto administrativo anterior, pues esa capacidad no la tiene la Administración, sino - se reitera - la jurisdicción contencioso administrativa, ante la cual debe concurrir la Administración con todos los elementos fácticos y de derecho para que, mediante sentencia, sea anulado y retirado de la vida jurídica”¹⁹⁷

Es decir que la acción de lesividad invalida un acto por ser lesivo al interés general, no obstante, si fue publicado u otorgó derechos subjetivos deberá ser declarada por un

¹⁹⁵ Juan Pablo Aguilar. La nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas. Entrevistador: Sofia Velasco. 3 de febrero de 2015.

¹⁹⁶ Eduardo Koppel. *La acción de lesividad*. Tesis posgrado. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2007. p. 20.

¹⁹⁷ Tribunal Constitucional. Tercera Sala del Tribunal Constitucional. Causa N° 006-2006-AA. Resolución de 3 de octubre de 2007. Registro Oficial Suplemento 194 de 19 de Octubre del 2007.

juez, el único capacitado para dejar sin efecto. Esta descripción se aleja del carácter *ipso iure* de la nulidad de pleno derecho, no obstante queda demostrado que el legislador y la jurisprudencia han optado por que todo acto que otorga derechos pase por la decisión de un juez.

Por otra parte, la afirmación de que la preexistente nulidad de pleno derecho no es la aplicable a las cláusulas abusivas, se debe a lo establecido en el artículo 129 del ERJAFE, en la que se enumera los casos en los que opera la nulidad de pleno derecho que son:

a. Los que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política de la República; b. Los dictados por órgano incompetente por razón de la materia, del tiempo o del territorio; c. Los que tengan un contenido imposible; d. Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta; e. Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no; f. Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; y, g. Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal. 2. En concordancia con lo estipulado en el artículo 272 de la Constitución, también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, los tratados internacionales, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.¹⁹⁸

Lo mencionado concuerda con el artículo 94 del ERJAFE, respecto a los actos inconvalidables y en consecuencia nulos de pleno derecho, que son:

a) Aquellos actos dictados por un órgano incompetente por razones de materia, territorio o tiempo; b) Aquellos actos cuyo objeto sea imposible o constituya un delito; y, c) Aquellos actos cuyos presupuestos fácticos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento. Tampoco son susceptibles de convalidación aquellos actos cuyo contenido tenga por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto, así como los actos que no se encuentren debidamente motivados¹⁹⁹.

Tómese en cuenta que las cláusulas abusivas no están reguladas en esta lista, lo que confirma que su régimen no es el público. Además, que si el deber ser del legislador es someterse a este tipo de nulidad, en la publicación de la LODC hubiese reformado a través de las disposiciones transitorias. Todo lo dicho demuestra la inaplicabilidad de

¹⁹⁸ Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 129. Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.

¹⁹⁹ Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 94. Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.

esta nulidad para las cláusulas abusivas, puesto que la administración pública no tiene la capacidad de declarar nulo de pleno derecho contratos privados, y que de ninguna forma podría llegar a conocer. Ante esto cabe mencionar que ciertos contratos de adhesión son aprobados previamente por la entidad pública encargada, tal es el caso de los contratos de adhesión bancarios, los mismos que pasan previo control administrativo de la Superintendencia de Bancos. Esta institución tiene como facultad la revisión de los mismos, tal como lo establece el Código Orgánico Monetario y Financiero en su artículo 252, que prescribe:

Los servicios financieros solo podrán ser prestados previa suscripción de un contrato de adhesión cuyas cláusulas obligatorias y prohibiciones deberán ser aprobadas por los organismos de control. Los contratos no incluirán aquellas cláusulas prohibidas por la legislación. Toda estipulación en contrario o aquellas cláusulas que impliquen renuncia o disminución de un derecho del usuario financiero reconocido por la ley, serán nulas de pleno derecho²⁰⁰.

De igual forma, en el artículo 25 de la Ley de Seguros²⁰¹, se establece que la “Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros determinará las cláusulas que obligatoriamente contendrán las pólizas, así como las cláusulas prohibidas, las cuales carecerán de efectos y se tendrán por no escritas en caso de existir”. En consecuencia, las entidades públicas si conocen los contratos privados, pero no para invalidarlos una vez que han sido usados en una relación de consumo, sino para ser aprobados. Por lo que ante un conflicto entre las partes contratantes, la entidad pública no podrá conocer ni resolver respecto a su validez. A pesar del control administrativo, queda en potestad de las instituciones financieras la introducción posterior de nuevas o diferentes cláusulas a las previamente aprobadas. Esto lo mencionó en una entrevista, el Dr. Eduardo Viteri²⁰², abogado del Departamento Jurídico de la Superintendencia de Bancos y Seguros, quien comenta que la Dirección Regional de Estudio e Información emite un formato de contrato para las instituciones financieras, sin embargo los Bancos posteriormente podrán agregar cláusulas de acuerdo a sus intereses. Estas cláusulas insertas podrán ser descubiertas posteriormente, a través de las inspecciones rutinarias que se realizan por la Superintendencia de Bancos, Seguros y Valores.

²⁰⁰ Código Orgánico Monetario y Financiero. Artículo 252. Registro Oficial de 23 de noviembre de 2006.

²⁰¹ Código Orgánico Monetario y Financiero Libro III Ley General Seguros. Artículo 25. Registro Oficial de 23 de noviembre de 2006

²⁰² Eduardo Viteri. La nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas en los contratos bancarios. Entrevistador: Sofia Velasco. 9 de marzo de 2015.

Ahora bien si no se trata de esta nulidad, el legislador a través del artículo 43 de la LODC, insertó un tipo de ineficacia en el derecho civil, la misma que ha sido reconocida doctrinariamente, pero nunca antes mediante ley.

2.3 La nulidad del derecho privado

La nulidad ha sido objeto de interpretación y análisis por varios doctrinarios, por lo que existen amplios debates en relación a su efecto, aplicación y los distintos tipos de nulidad. Esta institución jurídica es “la sanción legal con que el derecho positivo rechaza el fenómeno de la cláusula abusiva consiste[nte] en la privación de los efectos propios o normales del acto”²⁰³. La nulidad busca cumplir con el propósito del derecho civil de perseguir

la regulación de las relaciones entre los sujetos en un campo estrictamente privado con el objetivo de proteger a la persona en sí misma y a sus intereses, tanto de orden moral como patrimonial, entonces debe proporcionar asimismo, al particular los medios idóneos para conseguir tales objetivos²⁰⁴,

en este caso la ley cumple su propósito a través de la nulidad y su acción.

Parte de la doctrina considera que la nulidad²⁰⁵ es “la sanción legal que priva a un acto jurídico de sus efectos propios o normales, por adolecer de defectos originarios, orgánicos y esenciales, a través de un proceso de impugnación y declaración”²⁰⁶. De igual forma, el artículo 16 de la Ley chilena No. 19.496 menciona que “[n]o producirán efecto alguno²⁰⁷ en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones”²⁰⁸

²⁰³ Gabriel Stiglitz. *Defensa de los consumidores de productos y servicios*. Buenos Aires: La Rocca, 2001.

²⁰⁴ José Márquez. *La teoría general de las nulidades*. México: Editorial Porrúa: 1996. p. 247.

²⁰⁵ Vid. Luis Parraguez. *Manual de negocio jurídico*. Quito: Universidad San Francisco de Quito: 2011. p. 278. “Es la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que se prescribe para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes”.

Vid. Carlos Ghersi. *Nulidades de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Editorial Universidad: 2005. pp. 149-151.

²⁰⁶ Julio Cesar Rivera. *Instituciones de derecho civil. Parte General*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot: 1994. p. 948.

²⁰⁷ La Ley chilena 19.496 en su artículo 16 menciona que “declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, éste subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración”. Ley 19.496. Artículo 16. Publicada el 7 de marzo de 1997.

²⁰⁸ Ley 19.496. Artículo 16. Publicada el 7 de marzo de 1997.

abusivas. En este sentido, con la nulidad se pretende “privar de efectos (eficacia) a un acto (o negocio jurídico) en cuya ejecución no se han guardado las formas²⁰⁹. Otra parte de la doctrina establece que “la nulidad, (...) no deja sin efectos al acto: hace que se produzcan, pero son distintos de aquellos que la intención volitiva de los autores quiso que tuvieran lugar”²¹⁰, puesto que “vista en forma objetiva, la nulidad no es ni una sanción ni una recompensa; es un conjunto de variables jerarquizadas que responde específicamente a las circunstancias del negocio”²¹¹. Por lo mismo, actúa “unas veces destruyendo el acto y otras, preservando lo que de él pueda conservarse en beneficio de las partes”²¹². Nuestro ordenamiento jurídico ha optado por entenderlo como una sanción legal, tal como lo menciona el doctrinario Luis Parraguez en su *Manual de Negocio Jurídico*²¹³, y la jurisprudencia, en el caso Wilson Rolando Calle Rodas y otros. vs. Rafael Leopoldo Muñoz Pacheco y otros²¹⁴. Esto conlleva a que se haya entendido a la nulidad, como la sanción a través de la privación de los efectos del acto. En consecuencia, el acto o contrato produce efectos provisionales, hasta su declaración judicial²¹⁵.

Ahora bien, la invalidez y propiamente la nulidad es la pena civil teóricamente más fuerte para un contrato o cláusula, por la omisión de los requisitos preestablecidos por la ley, la que se evidencia en la “omisión de los requisitos de fondo y de forma preestablecidos por la norma para el valor del negocio (...) que tiene como consecuencia la negación de sus efectos como si el acto no se hubiera celebrado”²¹⁶. Por lo que, la nulidad se deriva del incumplimiento de los requisitos esenciales prescritos

²⁰⁹Rodrigo Jijón. “La acción de nulidad contra sentencias dictadas en juicio ejecutivo”. *IURIS DICTIO* (2002): p. 147.

²¹⁰ José Márquez. *La teoría general de las nulidades*. México: Editorial Porrúa: 1996. p. 248. Cfr.

Vide: Díaz-Picazo y Guillón citado por Luis Parraguez. *Manual de negocio jurídico*. Quito: Universidad San Francisco de Quito: 2011. p. 278.

²¹¹ José Márquez. *La teoría general de las nulidades*. México: Editorial Porrúa, 1996. p. 250.

²¹² *Ibíd.*

Vid. José Luis Lacruz y otros. *Derecho de obligaciones*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1987. p.347.

²¹³ Luis Parraguez. *Manual de negocio jurídico*. Quito....” *Óp. cit.* p. 278.

²¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia de 5 de febrero de 2002. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. p. 2283.

²¹⁵ Eduardo Zannoni. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Astrea, 2000. p. 141.

²¹⁶ Luis Parraguez. *Manual de negocio jurídico*. Quito: Universidad San Francisco de Quito: 2011. p. 278.

por la ley que “son establecidos (...) para impedir que ese acto afecte al interés general de la sociedad o al interés particular de quienes celebran el acto”²¹⁷. La Corte Nacional de Justicia al entender a la nulidad como “una sanción de índole civil, [considera que] como tal debe estar establecida por la ley. No hay sanción sin una ley que lo establezca expresamente, y sus disposiciones deben ser interpretadas restrictivamente”²¹⁸. En consecuencia, la nulidad por analogía no podrá ser aplicada, lo que justifica que sus causales estén expresamente establecidas en la ley, tal como lo hace la LODC respecto a las cláusulas abusivas²¹⁹.

El principio de la autonomía de la voluntad de las partes justifica la actuación de los individuos de acuerdo a sus intereses. No obstante, la misma se encuentra limitada por el ordenamiento jurídico, por lo que, las personas jurídicas o naturales podrán actuar libremente dentro de un marco legal aplicable. Es así que, la nulidad aparece con el propósito de restituir el “delicado equilibrio establecido entre la necesidad de asegurar el respeto al bien público y la preservación de la mayor autonomía volitiva a los particulares”²²⁰. La nulidad sanciona el daño ocasionado por quebrantar la ley, a pretexto de la autonomía de la voluntad, así lo menciona el Código Civil mexicano en su artículo 8 que señala “los actos ejecutados en contra del tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos”²²¹. A su vez, el CCE en el artículo 9 menciona que “los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”²²². La nulidad aparece como el efecto subsidiario a todo acto contrario a la ley, principalmente cuando no se hubiera destinado un efecto en específico. Tómese en cuenta que,

²¹⁷ Cesar Coronel y Oscar Del Bruto. “Nulidad e Inexistencia de los Actos Jurídicos en el Derecho Ecuatoriano”. *IUS HUMANI* (2011), p. 189

²¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia de 5 de febrero de 2002. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. p. 2283.

²¹⁹ Como se analizó en el primer capítulo de esta tesina, existe una cláusula abierta dentro de las cláusulas abusivas lo que contraria el sentido de la nulidad, puesto que no está determinado estrictamente aquellos casos en que opera la nulidad de pleno derecho.

²²⁰ José Márquez. *La teoría general de las nulidades*. México: Editorial Porrúa, 1996. p. 252.

²²¹ Código Civil del Estado de México. Artículo 8. Periódico Oficial del Gobierno del Estado de México. 7 de junio del 2002. Decreto No. 70.

²²² Código Civil. Artículo 9. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

al hablar de “*actos que prohíbe la ley*” se refiere, pues, a los actos jurídicos que contravienen leyes prohibitivas y, según interpretación de la Corte Nacional de Justicia, también a los actos jurídicos que desobedecen una ley imperativa que ha sido establecida para proteger intereses de orden público²²³.

Como bien señala el doctrinario ecuatoriano César Coronel Jones existen tres tipos de leyes²²⁴, imperativas, permisivas y prohibitivas²²⁵, esta última es “aquella [que] manda a abstenerse de hacer algo”²²⁶. El artículo 43 de la LODC es explícito en prohibir la introducción de ciertas cláusulas a los contratos, por lo que su incumplimiento se entenderá como una contravención a norma prohibitiva que tiene como propósito la protección de los consumidores. Esta protección es considerada de orden público de acuerdo a artículo 1 de la LODC, que señala “[l]as disposiciones de la presente Ley son de orden público de interés social”²²⁷.

En definitiva, puedo concluir que la nulidad civil se produce o por la omisión de elementos esenciales o por prohibición expresa de la ley. No obstante, “hasta [que] su declaración judicial no empéce a la validez provisional del acto jurídico”²²⁸, éste se entenderá válido. La nulidad de pleno derecho cambia lo mencionado puesto que actúa sin la necesidad de una declaración judicial, a pesar de que a continuación analizaré de qué tipo de nulidad se trata, si es aplicable a las cláusulas abusivas y por lo mismo, si esta institución forma parte de la categoría de nulidad de la teoría de la ineficacia tiene características similares.

²²³ Cesar Coronel y Oscar Del Bruto. “Nulidad e Inexistencia de los Actos Jurídicos en el Derecho Ecuatoriano”. *IUS HUMANI* (2011), p. 93

²²⁴ El doctrinario Cesar Coronel Jones al respecto menciona que “las leyes pueden ser permisivas, imperativas y prohibitivas. Leyes permisivas son aquellas que autorizan a una persona a hacer o a no hacer algo, y, al mismo tiempo, imponen la obligación al resto de personas de no impedir que la persona beneficiada con la autorización haga o deja de hacer lo que se le permite. Así, por ejemplo, es una ley permisiva la disposición del código civil que autoriza al mandante a revocar el mandato y dar por terminado el contrato unilateralmente (artículo 2069). Leyes imperativas son las que mandan a una persona a hacer algo, las que le imponen una obligación de hacer. Tal es el caso de las leyes tributarias que obligan al pago de impuestos. Finalmente, leyes prohibitivas son aquellas [que] mandan a abstenerse de hacer algo. Ejemplo de una ley prohibitiva es el artículo del código civil que prohíbe que en el mutuo se establezca la estipulación de intereses de intereses (artículo 2113)”. Cesar Coronel y Oscar Del Bruto. “Nulidad e Inexistencia de los Actos Jurídicos en el Derecho Ecuatoriano”. *IUS HUMANI* (2011), p. 93

²²⁵ *Ibíd.*

²²⁶ *Id.* p. 94

²²⁷ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

²²⁸ Eduardo Zannoni. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Astrea, 2000.

2.3.1 La nulidad de pleno derecho civil

En la teoría de la ineficacia y la nulidad de los actos jurídicos, “la nulidad de pleno derecho, o nulidad del derecho civil”²²⁹ es una institución instaurada en algunas legislaciones, con excepción del Ecuador. Con el propósito de no confundir al lector al referirme a esta nulidad, se la denominará en adelante como nulidad de pleno derecho civil. Este efecto tiene mayor lógica puesto que su ámbito de aplicación sí son los contratos o actos privados. No obstante, “en un sistema como el nuestro que no ha dado cabida a la nulidad de pleno derecho”²³⁰ resulta confuso interpretarla como primera opción al artículo 43 de la LODC²³¹.

Este tipo de nulidad se produce *ipso iure*²³², esto quiere decir que no requiere de declaración judicial. Esta es su principal característica, y el motivo por el cual se debe a su nombre de “pleno derecho”, puesto que la nulidad opera por ley y de manera inmediata. La nulidad de pleno derecho civil se asemeja a la nulidad administrativa²³³, no obstante tienen una diferencia sustancial, puesto que la segunda a pesar de que actúa *ipso iure*, en algunos casos requiere de declaración judicial²³⁴; por el contrario, la nulidad de pleno derecho civil reconoce la nulidad desde el primer momento de vida jurídica del acto, por lo que no surte efectos jamás. Por tal motivo, la nulidad no había sido introducida en nuestro aparatage normativo, ya que el artículo 1697 del CCE limita

²²⁹ Luis Parraguez. *Manual de negocio jurídico*. Quito: Universidad San Francisco de Quito: 2011. p. 279.

²³⁰ *Id.* p. 282.

²³¹ Lo mismo lo ratifica la firma de abogados BACLAWBAC LAW, quienes en un análisis a la Ley orgánica de Regulación y Poder de Mercado mencionan que “la ley dispone la nulidad de pleno derecho en los acuerdos, prácticas, decisiones y recomendaciones, que están prohibidas por el artículo once. La nulidad de pleno derecho no existe en la legislación del Ecuador, es necesario entonces que la nulidad sea declarada por un juez competente y así precautelar la seguridad jurídica de los actos”. Barrera Andrade Cevallos & Abogados BAC LAW. *Breves Observaciones al Proyecto de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. <http://www.baclaw.ec/pdfnoticias/brevesobservaciones.pdf>. (acceso: 25/12/2014)

²³² *Vid.* José Luis Gomá Salcedo. *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*. BOSCH, 2010. p. 1298.

²³³ La nulidad de los actos administrativos establecida en el ERJAFE.

²³⁴ La doctrina así mismo considera: “Pues bien, esta doctrina ha tenido su reflejo en la nueva Ley Jurisdiccional (...) que en su artículo 43 indica que cuando la propia Administración autora de algún acto pretenda demandar su anulación ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa deberá, previamente, declararlo lesivo para el interés público. Es decir, se suprime completamente la exigencia de que sea lesivo a los intereses económicos y ya sólo se exige la lesividad al interés público”. Rafael Calvo. “Revisión administrativa. Anulabilidad. Lesividad”. *Anuario Fiscal* (2003).

la nulidad al establecer que “puede ser absoluta o relativa”²³⁵. Ahora bien, al regular a la nulidad absoluta en el artículo 1699 del CCE ordena que “la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por un juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto”. Y en relación a la nulidad relativa, en el artículo 1700 del CCE, prescribe que “la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte”, en este sentido, será declarada por un juez siempre que una de las partes lo solicite. Todo esto me lleva a concluir, que tanto la nulidad absoluta como la relativa requieren de declaración judicial, y por lo mismo, el sistema ecuatoriano era de anulabilidad. Al igual que en la legislación colombiana,

en este ordenamiento las nulidades no operan de pleno derecho porque ese sistema está edificado sobre el principio que enseña que la invalidez se materializa en virtud de una decisión judicial y que, por consiguiente, mientras ésta pronuncia, el acto produce todos los efectos que le son propios y solo existe el vicio que constituye su causa²³⁶.

En la historia del derecho civil, la nulidad de pleno derecho apareció en la antigua Roma, y luego formó parte del derecho consuetudinario francés, “donde la nulidad pasó a sancionar las reglas establecidas por las ordenanzas y costumbres locales, mientras que la rescisión (o anulabilidad) se reservó para los contrato válidos para el derecho francés”²³⁷. Esto provocó que el Código Napoleónico adoptará la distinción entre nulidad y anulabilidad. Sin embargo, previo a la publicación de la LODC, no sucedía lo mismo con nuestro ordenamiento jurídico, en el que “no exist[ía] norma expresa que proponga esta dualidad, de suerte tal que, bien o mal, no ha[bía] fundamento alguno para instalarle entre nosotros”²³⁸. De igual forma, la Suprema Corte mexicana otorga luces respecto a esta afirmación, en un fallo que

²³⁵ “Artículo 1697.- (...) La nulidad puede ser absoluta o relativa”. Código Civil. Artículo 1697. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

Artículo 1699.- La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse por el ministerio público, en interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años. Código Civil. Artículo 1699. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

²³⁶ Fernando Alarcón Rojas. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p.247.

²³⁷ Luis Parraguez. *Manual de negocio jurídico*. Quito: Universidad San Francisco de Quito: 2011. p. 280.

²³⁸ *Id.* p. 281.

no reconoce la existencia de nulidad de pleno derecho, sino que éstas deben ser declaradas por la autoridad judicial y previo el procedimiento correspondiente."(6) "NULIDAD DE PLENO DERECHO E INEXISTENCIA.-En nuestro sistema de derecho positivo, no existen nulidades de pleno derecho, y aun cuando un acto jurídico pudiera considerarse como inexistente, se requiere oír y vencer en juicio a los causantes para que el acto jurídico inexistente les pare perjuicio a los causahabientes."(7) "NULIDAD.-Nuestra legislación no tiene disposición alguna que reconozca la existencia de nulidades de pleno derecho, sino que aquéllas deben ser declaradas por la autoridad judicial, en todos los casos, y previo el procedimiento formal correspondiente."(8) De ahí se concluye que tratándose de controversias sobre acciones de nulidad, indiscutiblemente, deben decidirse por una autoridad judicial, toda vez que el texto que regula lo atinente a la nulidad, contiene un mandato en ese sentido al establecer de forma taxativa que: "cuando se pronuncie por el Juez la nulidad". Esto deja claro que es la autoridad judicial quien debe pronunciarse sobre la cuestiones de nulidad²³⁹

La justificación de esta nulidad de pleno derecho al ordenamiento jurídico ecuatoriano, por lo que ahora cabría hacer la distinción entre nulidad y anulabilidad. Este tipo de nulidad tiene un buen propósito de es la protección al consumidor, ya que la ausencia de efectos parece ser la

la finalidad perseguida por el legislador puesto que da una protección inmediata al consumidor de los abusos que pueda cometer el proveedor que le impone los términos del contrato; y segundo, que el consumidor, pese a la infracción de la ley, no vea alterada la satisfacción de su interés, ya producida con el cumplimiento del contrato de consumo. (..)Esta sanción no requiere de declaración judicial, por tanto bastara solicitar que se declare que esa cláusula sea considerada como no incorporada a contrato, es decir, que se prescinda de ella, en tanto es ineficaz por el solo ministerio de la ley²⁴⁰.

Esto se debe a que "las cláusulas abusivas, contraria[n] el orden jurídico, [y] se hallan viciadas desde la misma formación del contrato, resultando inidóneas para producir sus efectos propios"²⁴¹. En este sentido, la utilidad de la nulidad de pleno derecho se justifica en los actos contrarios al ordenamiento jurídico, puesto que si fuesen anulables su acción prescribiría, lo cual resulta inadmisibles en actos de interés general²⁴². Parraguez considera que es inadmisibles que no pueda perseguirse su nulidad,

²³⁹ Suprema Corte de Justicia. Primera Sala. (México). Causa N° 1a. /J. 68/2010. Sentencia de 1 de Diciembre de 2010. <<http://vlex.com/vid/ejecutoria-primera-sala-contradiccion-249207014>>. (acceso: 14-02-2015)

²⁴⁰ Rodolfo Catalán. *Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión*. 2004. <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjc357c/pdf/fjc357c-TH.back.1.pdf>>. (acceso: 15 de Agosto de 2014). p. 34

²⁴¹ Gabriel Stiglitz. *Defensa de los consumidores de productos y servicios*. Buenos Aires: La Rocca, 2001.

²⁴² Luis Parraguez. *Manual de negocio jurídico*. Quito: Universidad San Francisco de Quito: 2011. p. 278.

por haber transcurrido el plazo legal de prescripción, pues “un acto contrario al interés general, a las buenas costumbre, no puede purificarse por la acción del tiempo; un escándalo no finaliza ni se atenúa por razón de que se prolongue”²⁴³.

2.3.1.1 Legislación comparada

La nulidad de pleno derecho no otorga en principio un efecto provisional como lo hace la nulidad, sino por el contrario, se considera que dicho acto jamás tuvo validez, a pesar de que nació a la vida jurídica. Tal como lo menciona el doctrinario Pedro Lamprea la nulidad de pleno derecho o bien simplemente nulidad, se produce de pleno derecho, *ipso jure*, desde el momento mismo de celebración del acto, el cual no tiene valor en caso alguno, aunque nadie solicite la declaración de nulidad”²⁴⁴. Entonces, el acto existe, pero no produce efectos desde el momento de la celebración del acto.

Aparentemente el sistema ecuatoriano se basó en la legislación de otros países, que otorgan el mismo efecto, sin tomar en cuenta que esta institución no era reconocida en el Ecuador. En consecuencia, el método de comparación entre legislaciones consiste en analizar las similitudes existentes en cada ordenamiento jurídico y el tratamiento de ineficacia otorgado por la ley. Por ejemplo en la legislación española²⁴⁵, el TRLGDCU en el artículo 83 establece que “las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”²⁴⁶, al igual que el artículo 8 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación²⁴⁷ que prescribe “serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca

²⁴³ Luis Parraguez. *Manual de negocio jurídico*. Quito: Universidad San Francisco de Quito: 2011. p. 282.

²⁴⁴ Claro Solar es citado por: Pedro Lamprea. *Anulación de los actos de la administración pública*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2004, p. 90.

²⁴⁵ Vid. Directiva 93-13-CEE. Artículo 6.1. Diario Oficial de las Comunidades europeas. 5 de abril de 1993. “no vincularan al consumidor... las cláusulas abusivas que figuren en un contrato” y este seguirá “siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

²⁴⁶ Vid. Texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias. Artículo 83. Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007. Ley 3/2014 de 27 de marzo modificatoria.

Vid. Carlos Guerrero. “¿Pueden ser cláusulas abusivas los pactos de vencimiento anticipado?”. *Diario Jurídico*. <<http://www.diariojuridicodiariojuridico.com/pueden-ser-clausulas-abusivas-los-pactos-de-vencimiento-anticipado/>>. (acceso: 15/07/2014).

²⁴⁷ Texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias. Artículo 83. Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007. Ley 3/2014 de 27 de marzo modificatoria.

un efecto distinto para el caso de contravención”. Por otra parte, el Estatuto Colombiano del Consumidor en el artículo 43 menciona que las cláusulas abusivas “son ineficaces de pleno derecho”²⁴⁸. Así mismo, la Ley de Protección de los Derechos de las Personas Consumidoras y Usuarias de Nicaragua en su artículo 75 señala que “cualquier estipulación contractual que contravenga las presentes disposiciones será nula de pleno derecho”²⁴⁹, lo que concuerda con el artículo 37 que indica

en los contratos por adhesión son ineficaces de pleno derecho, entre otras, las cláusulas contractuales que se consideren abusivas, de conformidad a lo que establece la presente ley y no producirán ningún efecto legal aquellas cláusulas en las que se establezca alguna de las siguientes circunstancias²⁵⁰.

De igual forma, los siguientes cuerpos normativos otorgan un efecto similar, al hablar de la no producción de efectos que se menciona en la LODC. Tal es el caso de la Ley 26.994 o Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que establece en su artículo 998 que las cláusulas abusivas en los contratos “se deben tener por no escritas”²⁵¹. Además en el artículo 1122, señala que “el control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas: las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas”²⁵². Al hablar de ley especial, se refiere a la Ley 24.240 o Defensa del Consumidor, que en el artículo 37 determina que “sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas”²⁵³ las cláusulas que se enumeran. La Ley chilena 19.496 menciona en su artículo 16 que “no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas”²⁵⁴ abusivas. Finalmente, la Ley peruana N° 29.571 o Código de Protección y Defensa del Consumidor en el artículo 49.1 determina que: “en los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran

²⁴⁸ Estatuto del Consumidor. Artículo 43. Ley 1480 de 2011. (Colombia)

²⁴⁹ Ley de Protección de los Derechos de las Personas Consumidoras y Usuarias. Artículo 75. Ley No. 842. La Gaceta Diario Oficial de 11 de julio de 2013. (Nicaragua).

²⁵⁰ Ley de Protección de los Derechos de las Personas Consumidoras y Usuarias. Artículo 37. Ley No. 842. La Gaceta Diario Oficial de 11 de julio de 2013. (Nicaragua).

²⁵¹ Ley 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina. Artículo 998. Boletín oficial de la República Argentina del 10 de octubre de 2014. (Argentina).

²⁵² Ley 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Artículo 1122. Boletín oficial de la República Argentina del 10 de octubre de 2014. (Argentina).

²⁵³ Ley 24.240 de Defensa del Consumidor. Artículo 37. Boletín oficial de la República Argentina del 15 de Octubre de 1993. (Argentina).

²⁵⁴ Ley 19.496. Artículo 16. Publicada el 7 de marzo de 1997. (México)

cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles”²⁵⁵. En conclusión, se puede determinar que la legislación extranjera comparte en común el deseo de que las cláusulas abusivas no produzcan efecto alguno. Las legislaciones mencionadas son apenas un ejemplo de ordenamientos jurídicos que tienen como efecto a la nulidad de pleno derecho. Sin embargo, es importante notar que cada uno de estos tiene sistemas de ineficacia distintos, lo que en efecto, no consideró el legislador al introducir a la nulidad de pleno derecho en el Ecuador.

La no producción de efectos tiene dos causas posibles: la nulidad de pleno derecho o la inexistencia. Sin embargo, el legislador al mencionar que “serán nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno” determina a este último como consecuencia de la nulidad de pleno derecho.

2.3.1.2 Características de la nulidad de pleno derecho

En este punto ya se ha podido dilucidar algunas características de la nulidad de pleno derecho, no obstante, a continuación se resumen perfectamente:

a) No precisa declaración judicial, ni un previa impugnación del negocio, ya que opera *ipso iure*, o de pleno derecho. b) Cuando, de hecho, haya surgido cierta apariencia negocial, podrá ser útil, y aun prácticamente necesario, ante la resistencia de quien sostenga la validez, solicitar la intervención judicial. Estará legitimado para ello cualquier interesado, haya sido o no parte en el contrato y aun el causante de la nulidad. Incluso podrá apreciarse de oficio por los Tribunales. La sentencia será meramente declarativa. c) El contrato nulo no produce efecto alguno: *quod nullum est, nullum producit effectum*. Por ello mismo, los desplazamientos patrimoniales, eventualmente realizados de acuerdo con el contrato nulo deben deshacer, volviendo las cosas a la situación que tendrían si el contrato nunca se hubiera celebrado. d) La nulidad es definitiva. El paso del tiempo no la sana (*quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convallescere*); es decir, la acción para hacerla valer puede ejercitarse en cualquier tiempo, sin que prescriba ni caduque. De otra parte, tampoco es posible la confirmación, ni forma alguna de convalidación o subsanación²⁵⁶.

De igual forma lo resume el doctrinario Fernando Alarcón, que la define como una sanción *ipso iure*, que se produce por una valoración negativa “por la violación del orden público, las normas imperativas o las buenas costumbres”²⁵⁷, la misma que tiene

²⁵⁵ Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 49.1. Diario Oficial El Peruano de 2 de septiembre de 2010. (Perú)

²⁵⁶ José Luis Lacruz y otros. Derecho de obligaciones. Barcelona: José María Bosch Editor, 1987. p.353.

Vid. José Luis Lacruz. *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1992. pp. 365-366.

²⁵⁷ Fernando Alarcón Rojas. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p.252.

como causa, aquellas expresamente consagradas en la ley, que pueden ser constatadas “judicialmente de oficio o a petición de interesado, incluyendo la parte que sabía o debía conocer el vicio”²⁵⁸. Esta nulidad, tiene además “la vocación de anular todo el acto dispositivo a menos que se den los presupuestos de la nulidad parcial”²⁵⁹. En este caso, “el acto puede tener apariencia de validez y de poder producir sus efectos”²⁶⁰. Por lo que “si bien existe *ipso iure*, debe ser verificada por el juez, porque en algunos casos el acto goza de apariencia de validez”²⁶¹. Como efecto frente a las partes, en esta nulidad “hay lugar a las restituciones mutuas a menos que el vicio tenga su origen en un objeto o en una causa ilícita de la que se tenga conocimiento”²⁶².

Por otra parte, Alarcón contradice Lamprea, al mencionar que “la nulidad de pleno derecho, en algunos casos y de manera excepcional, puede ser convalidada”²⁶³ y que en “algunos sistemas como el francés, la nulidad de pleno derecho siempre debe ser verificada judicialmente cuando haya apariencia de negocio, que deba ser destruida”²⁶⁴. En mi opinión, la nulidad de pleno derecho no puede ser convalidada, puesto que al producirse por violación al orden público y las buenas costumbres, no debe ser subsanada ya que incentiva la producción de actos que quebrantan la ley, por la posibilidad de ser convalidados.

En conclusión, la nulidad de pleno derecho se caracteriza porque busca proteger un interés de orden público, es imprescriptible, insubsanable y no necesita la declaratoria de un juez. En un primer momento se podría considerar que, en razón de que las nulidades, tanto absoluta como relativa, requieren a su vez declaración judicial, es inaplicable la nulidad de pleno derecho en el Ecuador, y por lo mismo se debería interpretar como nulidad absoluta. No obstante, la LODC al ser una norma orgánica es jerárquicamente superior al CCE, que es una norma ordinaria. Esto lo menciona el artículo 425 de la Constitución que señala

²⁵⁸ *Ibíd.*

²⁵⁹ *Id.*, p. 253.

²⁶⁰ *Ibíd.*

²⁶¹ *Ibíd.*

²⁶² *Ibíd.*

²⁶³ *Id.*, p. 254.

²⁶⁴ Fernando Alarcón Rojas. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p.254.

El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior²⁶⁵.

En consecuencia, la LODC reformó el sistema de anulabilidad en el Ecuador, e introdujo la categoría de ineficacia, nulidad. Como se podrá analizar posteriormente, la nulidad de pleno derecho reúne características similares a la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad de pleno derecho, lo que ha ocasionado confusión en el mundo jurídico, respecto a sus diferencias. En esta tesina trataré de exponer las diferencias de la forma más clara posible.

2.4 La nulidad de pleno derecho no es inexistencia

La nulidad de pleno derecho ha sido usada equitativamente como sinónimo de inexistencia. Sin embargo, estas instituciones son distintas, puesto que forman parte de categorías de ineficacia diferentes. Esta confusión²⁶⁶, ha ocasionado que exista mucha doctrina y jurisprudencia desacertada. Por lo mismo, a continuación pasaré a definir que es la inexistencia, y que la hace disímil de la nulidad de pleno derecho.

El mexicano José Márquez señala que

en la inexistencia nada se ha producido y solo acudimos al auxilio de un razonamiento de carácter bastante lógico y evidente para constatar, simplemente la ausencia de algo jurídico, que no llega a ser sino un mero hecho, una expectativa de acto con relevancia jurídica²⁶⁷.

De igual forma, el jurista Fernando Alarcón menciona que

la inexistencia se configura por la sola presencia del hecho que la determina, no es corregible, ni saneable, no es prescriptible y cualquiera que tenga interés en ella puede

²⁶⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 425. Registro oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁶⁶ Un claro ejemplo de la confusión que existe al respecto, lo mencionó la Corte Nacional de Justicia, ya que en uno de sus fallos dicta: “la ausencia o incumplimiento de uno de [sus requisitos esenciales], de conformidad con las teorías de la nulidad, resultaría en una nulidad absoluta radical o de pleno derecho del acto, lo que provocaría la inexistencia del mundo jurídico del mismo”. En esta cita se observa como los jueces ecuatorianos utilizan los términos como sinónimo, a pesar que son diferentes. Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Resolución No. 443-2013 de 21 de junio de 2003.

²⁶⁷ José Márquez. *La teoría general de las nulidades*. México: Editorial Porrúa, 1996. p. 247.

actuar como si el acto no existiera pero puede atestarla mediante comunicación dirigida a quien se le opone o pedirle al juez que la constate²⁶⁸.

A pesar que la nulidad de pleno derecho civil forma parte de la categoría “nulidad”, tiene por el contrario un efecto similar a la inexistencia, puesto que ambas, ocasionan que el acto o contrato no surta efecto alguno. Sin embargo, su falta de efectos es consecuencia de dos razones distintas. Los partidarios de la inexistencia en nuestro derecho civil consideran que en varios artículos del CCE, se reconoce a la inexistencia, a pesar de que no se menciona literalmente. El doctrinario ecuatoriano Cesar Coronel resume los argumentos al mencionar que

en otras disposiciones, el Código se refiere a los elementos esenciales comunes a todos los actos jurídicos y señala, de manera general, que si falta la formalidad en el acto solemne éste no surte ningún efecto y que para que haya un acto jurídico éste debe tener un objeto. Además, al regular contratos específicos, el Código Civil declara que esos contratos no existen en caso de que no cumplan con sus requisitos esenciales²⁶⁹.

Por ejemplo, el artículo 1460 del CCE señala que, “se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato, aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente”²⁷⁰. Bajo este precepto se consideran requisitos esenciales la voluntad, la capacidad, el objeto y la causa, descritos en el artículo 1461 del CCE que se mencionó anteriormente y son: voluntad libre de vicios, capacidad, objeto lícito y causa lícita; entonces, la falta de alguno de estos requisitos deviene en la ausencia de efectos del acto y por lo mismo inexistencia. Consecuentemente, cuando hablamos de elementos esenciales nos referimos. Cuando hablo de elementos esenciales me refiero a aquellos sin los cuales el acto o contrato no se perfecciona y por lo mismo no nace a la vida jurídica. Consiguientemente, la falta de alguno de estos requisitos deviene en la ausencia de efectos al no perfeccionarse el acto, resultando inexistente. Ante esto Bonnacase menciona que

el acto jurídico constituye un verdadero organismo rigurosamente sometido por su existencia, a la necesidad de la presencia de ciertos elementos de vida; sin esos elementos el acto jurídico constituye únicamente, a imagen de las personas físicas, una

²⁶⁸ Fernando Alarcón Rojas. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p.241.

²⁶⁹ Cesar Coronel y Oscar Del Bruto. “Nulidad e Inexistencia de los Actos Jurídicos en el Derecho Ecuatoriano”. *IUS HUMANI* (2011), p. 184.

²⁷⁰ Código Civil. Artículo 1461. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

especie de ser no viable que se reduce a una pura materialidad situada fuera del dominio del Derecho.²⁷¹

Por otra parte, los partidarios argumentan que en el artículo 1459 del CCE, al establecer que

[e]l contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento²⁷²

significa que el contrato no tendrá existencia jurídica, al no perfeccionarse con la tradición, formalidad o consentimiento. Los partidarios se fundamentan en que el legislador es claro al mencionar “no surtirá efecto alguno” aún cuando no se haga mención a la palabra “inexistencia”. Lo mismo ocurrió con el “Código de Comercio de Colombia, [en el que se fundamentó] desde su expedición, unas hipótesis de inexistencia que de manera contradictoria se anuncia con la expresión “no produce efecto alguno”, cuando según la misma ley esta locución es la que se ha reservado para referirse a la ineficacia de pleno derecho”²⁷³. A pesar de ello, el artículo 1459 del CCE no resulta una mera coincidencia o un error del legislador. Por el contrario, al hablar de contrato solemne, el artículo 1718 del CCE prescribe que

la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo bajo una cláusula penal, esta cláusula no tendrá efecto alguno²⁷⁴.

En este artículo el legislador es aún más explícito en mencionar que se tendrá al contrato como no celebrado, y por lo mismo como inexistente ante la falta de solemnidades. Al respecto, el doctrinario Ospina Fernández manifiesta

Que en el caso de una escritura de bien inmueble que no ha sido otorgada por escritura pública “es un caso de inexistencia del acto jurídico por falta absoluta de la

²⁷¹ Julien Bonnetcase. *Elementos de derecho civil*. Tomo I (Traducción de José M. Cajica). Ed. Cajica, Puebla, 1945. citado por: Luis Parraguez Ruiz. *El negocio jurídico simulado*. Tesis de Doctorado. Universidad de Salamanca: Salamanca. 2011.p.104

²⁷² Código Civil. Artículo 1459. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

²⁷³ Fernando Alarcón Rojas. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p.244.

²⁷⁴ Código Civil. Artículo 1718. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

forma solemne, del que hay que concluir que [...] un acto inexistente no puede producir obligaciones civiles ni naturales²⁷⁵.

Asímismo, otro fundamento de esta teoría se relaciona con la compraventa, ya que el CCE en el artículo 1740²⁷⁶ y 1748²⁷⁷, prescribe que se reputará perfecta la venta, ante el acuerdo de voluntades respecto a la cosa y el precio, en consecuencia a falta de este, no existe compraventa.

La inexistencia es una institución reconocida en otros ordenamientos jurídicos, por ejemplo, la legislación española en el artículo 1254²⁷⁸ del Código Civil determina que

²⁷⁵ Guillermo Ospina Fernández. *Régimen General de las Obligaciones*. Editorial Temis: Bogotá, 2001. citado por Hugo Aguiar. *Tratado sobre la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa en el derecho civil de las obligaciones*. www.eumed.net/libros/2010c/748/. (acceso: 10/02/2015)

²⁷⁶ Artículo 1740.- La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes: La venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública, o conste, en los casos de subasta, del auto de adjudicación debidamente protocolizado e inscrito. Los frutos y flores pendientes, los árboles cuya madera se vende, los materiales de un edificio, y los que naturalmente adhieren al suelo, como piedras y sustancias minerales de toda clase, no están sujetos a la excepción del inciso segundo. Código Civil. Artículo 1740. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

²⁷⁷ Artículo 1748.- Podrá, asimismo, dejarse el precio al arbitrio de un tercero; y si el tercero no lo determinare, podrá hacerlo por él cualquiera otra persona en que se convinieren los contratantes. En caso de no convenirse, no habrá venta. No podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes. Código Civil. Artículo 1748. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

²⁷⁸ “En el libro se menciona que la expresión “el contrato existe” se refiere a: Aunque el artículo 1.254 literalmente se está refiriendo al momento a partir del cual existe un contrato, y se relaciona, por tanto, con los artículos 1.258 y 1.262, en cuanto ambos se ocupan de la perfección de los contratos¹, en realidad parece que la función que, en el plan del Código civil, este precepto pretende desempeñar es la de proporcionar el que podríamos llamar concepto legal de contrato. Ello es, al menos, lo que puede deducirse de sus antecedentes históricos, pues la mayor parte de los códigos latinos anteriores a nuestro Código civil, así como nuestro Proyecto de 1851, abrían la sección dedicada a los contratos en general con un precepto destinado a distinguir el contrato de otros convenios que no merecían tal calificación²: bien por merecer otra distinta, bien por carecer en absoluto de valor jurídico. Y el contenido de nuestro artículo 1.254 es casi idéntico al de sus antecesores. En especial resulta muy parecido al de los artículos 973 del Proyecto de 1851 y 1.101 del Código francés, con la variedad de que en éstos se adopta una formulación definitoria, utilizándose la expresión -el contrato es.- en lugar de la expresión utilizada por nuestro Código civil : -el contrato existe desde que...-. Si bien esta expresión puede interpretarse en el sentido de -hay contrato desde que...- o -hay contrato cuando.-, que es casi lo mismo que decir -el contrato es.-, formulación esta última que, de haber sido la utilizada por nuestro Código, nos remitiría a la que parece ser auténtica función del artículo 1.254: proporcionar un concepto de contrato; es decir, delimitar el ámbito de aplicación del resto de las normas generales sobre contratos contenidos en este Título II del Libro IV. Otra forma de entender el precepto nos llevaría, necesariamente, a la siguiente doble conclusión: Nuestro Código civil, a diferencia de sus antecesores, no recoge explícitamente ningún concepto de contrato, sino que, en cierto modo, lo da por sobreentendido. - El artículo 1.254 resulta un precepto inútil por cuanto se está refiriendo a una cuestión (el momento de perfección de los contratos) que es resuelta con mayor precisión y detalle por otros preceptos del propio Código civil (arts. 1.258 y 1.262). Joaquín Ataz. “Artículo 1254”. *Comentarios al código civil y compilaciones forales*. Manuel Albaladejo y Silvia Diez Alabart (ed). España: EDERSA, 2011. http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-1-254-262371?_ga=1.201325613.2034029468.1423045234 (acceso: 12/12/2015).

“el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”²⁷⁹. De la misma manera, el artículo 1261 señala que “[n]o hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes. 2º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º Causa de la obligación que se establezca”²⁸⁰. La legislación comparada es otro de los argumentos discutidos por los partidarios de la teoría de inexistencia en la legislación española, al realizar una interpretación en contexto, se entiende que el capítulo que lo contiene lleva el nombre de “los requisitos esenciales para la validez de los contratos”. Es sin embargo, una buena referencia para denotar la gran confusión que se ha creado alrededor de la no producción de efectos respecto la misma que se analizará más adelante.

De igual forma, la jurisprudencia ecuatoriana se pronuncia respecto a la falta de los requisitos, y señala:

un acto es inexistente cuando no reúne las condiciones sin las cuales no es concebido, de suerte que el acto tiene solo una existencia aparente, en realidad nada se ha hecho, puesto que lo que se ha hecho no existe a los ojos de la ley, es la nada. Y la nada no puede producir efecto alguno²⁸¹.

A pesar de todo, la jurisprudencia únicamente define a esta institución en el derecho privado, mas no la incluye en el ordenamiento jurídico. En este punto es importante reconocer que, los argumentos de los jueces son variados, en algunos fallos se ha dictado a favor de esta institución y en otros, en contra. Consecuentemente, no existe un sustento jurisprudencial constante y definitivo.

Finalmente, otro argumento a favor de la inexistencia es precisamente la falta de regulación. Puesto que si

[c]reemos que si el acto inexistente es por definición el que no nace a la vida jurídica, es natural que no tenga una regulación legal. No parece sensato esperar que

²⁷⁹ Código civil. Artículo 1254. Gaceta de Madrid#18891. (España)

²⁸⁰ Código civil. Artículo 1261. Gaceta de Madrid#18891. (España).

Es importante recalcar que a pesar de que estos artículos han servido de fundamento por parte de la doctrina para sustentar la inexistencia en la legislación española, si se realiza una interpretación en contexto, se entiende que el capítulo que lo contiene lleva el nombre de “los requisitos esenciales para la validez de los contratos”. Es sin embargo, una buena referencia para denotar la gran confusión que se ha creado alrededor de la no producción de efectos respecto la misma que se analizara más adelante.

²⁸¹ Corte Nacional de Justicia. Segunda sala de lo Civil y Mercantil. Expediente 283. Sentencia de 7 de octubre de 1998. Registro Oficial 130 de 17 de Febrero de 1999.

se regule lo que no existe. La falta de regulación legislativa se explica si se considera que la inexistencia no es propiamente una sanción –como veremos que sí lo es la nulidad–, sino, más sencillamente, una consecuencia jurídica de no cumplir con requisitos legales mínimos. Por eso, que no haya una regulación sistemática de la inexistencia en la ley no obsta para reconocer la inexistencia en nuestro derecho”²⁸².

Ahora bien, en relación a las características de la inexistencia, la ausencia de efectos del acto, es apenas una de ellas. El doctrinario Pedro Lamprea las enumera más detalladamente al señalar:

1. El acto está llamado a producir efecto jurídico; el inexistente no (...), 2. El acto inexistente no goza de presunción de legalidad, al no constituir decisión ejecutoria; (...) 4. El juez de oficio declara la ineficacia del acto inexistente, como ante prueba de hecho negativo; 5. La decisión para declarar la inexistencia no prescribe jamás, susceptible de hacer en cualquier tiempo; 6. La administración puede revocar directamente el acto de inexistencia indudable en cualquier tiempo, sin indagar acerca de las circunstancias del hecho; 7. El vicio de que adolece el acto inexistente no se sana jamás²⁸³.

Asímismo la doctrina ecuatoriana considera los partidarios de esta teoría, consideran que “tres [son las] reglas básicas para la inexistencia: a) la inexistencia se produce de pleno derecho; b) el acto inexistente no puede sanearse; y, c) cualquier persona puede alegar la inexistencia de un acto”²⁸⁴.

2.4.1 Crítica a la inexistencia

La inexistencia es una consecuencia jurídica extrema, precisamente porque provoca que los actos o contratos sean nada. La inexistencia no está regulada por la ley en el Ecuador, y solamente parte de la doctrina busca reconocerla, mientras que la jurisprudencia tiene criterios divididos. El doctrinario Hugo Aguiar menciona que

[d]entro de la jurisprudencia ecuatoriana, la corriente con mayor fuerza en cuanto tiene que ver con la postura frente a la situación jurídica que debe otorgarse a la promesa de compraventa de bien raíz otorgada por instrumento privado, es que ésta se constituye en un acto nulo, de nulidad absoluta, y no lo consideran como inexistente, ya que reconocen que nuestra legislación no contempla la figura de la inexistencia jurídica, por lo tanto han decidido aplicar la teoría de la nulidad absoluta a esta clase de negocios²⁸⁵.

²⁸² *Id.*, p. 186

²⁸³ Pedro Lamprea. *Anulación de los actos de la administración pública*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2004, p. 90.

²⁸⁴ Cesar Coronel y Oscar Del Bruto. “Nulidad e Inexistencia de los Actos Jurídicos en el Derecho Ecuatoriano”. *IUS HUMANI* (2011), p. 181.

²⁸⁵ Hugo Aguiar. *Tratado sobre la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa en el derecho civil de las obligaciones*. www.eumed.net/libros/2010c/748/. (acceso: 10/02/2015)

En este punto vale insistir en el artículo 1699 del CCE que ordena “la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato (...)”²⁸⁶. En consecuencia, la inexistencia es un régimen no aceptado en nuestro ordenamiento jurídico puesto que en todos los casos que se pretenda dejar sin efecto un acto o reconocerlo como tal, será necesaria la declaración de un Juez.

Además, los argumentos en fundamento de la inexistencia por los artículos del CCE, se desvanecen cuando el mismo cuerpo normativo establece en su artículo 1697²⁸⁷, que “es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa”. En este sentido, el sistema ecuatoriano era de anulabilidad, puesto que tanto la nulidad absoluta como la relativa debían ser declaradas judicialmente. Así mismo establece que serán “nulos” y no inexistentes los actos o contratos a los que les falte alguno de los requisitos que la ley establece. Mientras que, respecto a la inexistencia, no existe norma jurídica alguna que lo mencione como tal. Este argumento tiene lógica cuando el único regulador de la eficacia de los actos o contratos es el CCE.

Consecuentemente, en sentido positivista, la inexistencia en el Ecuador no está reconocida, por lo que su discusión doctrinaria no puede ser aplicada.

2.4.2 Diferencias y similitudes de la inexistencia con la nulidad de pleno derecho

Seguramente no paso por alto la mención a “pleno derecho” en una de las características de la inexistencia, pues bien es sinónimo de “*ipso iure*”, que quiere decir que opera por ley, sin necesidad de declaración judicial. Ante esto el profesor Luis Parraguez en su tesis doctoral “El negocio jurídico simulado” reconoce que “en la mayoría de los casos, la utilización de la expresión nulidad en su sentido de radical o de pleno derecho, [ha sido tratada] como sinónimo de inexistencia, con un consciente

²⁸⁶ Código Civil. Artículo 1699. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

²⁸⁷ Código Civil. Artículo 1697. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

abandono de la honda diferencia conceptual que las separa”²⁸⁸. Este uso de sinónimos se desarrolla por el doctrinario español De los Mozos, quien considera a

a la inexistencia como una categoría incluida en la teoría de las nulidades, porque respecto de los efectos no produce nada distinto de la nulidad, ni siquiera en el caso de la simulación. La inexistencia, agrega, “es una causa de nulidad, si bien la más absoluta o, si se quiere más propiamente, una causa de ineficacia, y, por tanto, más que hablar de acción de inexistencia se debe hablar de acción de nulidad por inexistencia.”²⁸⁹

No obstante, recordemos que la inexistencia reconoce la ausencia de efectos, mientras que la nulidad priva el efecto de un acto existente. “La nulidad presupone un acto efectivo, pero viciado. La inexistencia un no-acto, esto es, un hecho meramente material que no alcanza categoría de acto jurídico por carencia de alguno de sus elementos esenciales”²⁹⁰. Estas dos instituciones tienen en común, la falta de efectos del supuesto acto, sea a través de declaración judicial o no. Sin embargo se debe a dos motivos distintos, la primera porque el acto no existe como un hecho y la segunda porque el acto no produce efectos por la ley, aunque el acto si existe. Ahora bien, la nulidad de pleno derecho, es el opuesto a la anulabilidad, y por anulabilidad se entiende a la “nulidad (...) sujeta a una declaración judicial”²⁹¹. Por lo que anulabilidad, inexistencia y nulidad de pleno derecho son tipos de ineficacia distintos. Sin embargo, tanto la nulidad de pleno derecho como la inexistencia no requieren “una sentencia judicial que invalide el acto para privarlo de sus efectos”²⁹², con excepción de ciertos casos. En este punto, al igual en la nulidad de pleno derecho, existe un amplio debate respecto a la necesidad de que la inexistencia sea igualmente declarada. Por ejemplo Mazeaud, menciona que

²⁸⁸ Luis Parraguez Ruiz. *El negocio jurídico simulado*. Tesis de Doctorado. Universidad de Salamanca: Salamanca. 2011. p. 92.

Vid. Rubén Compagnucci. *El negocio jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992. p.498. Quien cita “la teoría el acto o negocio inexistente, como una categoría opuesta a la nulidad es un tema que pertenece en plena propiedad a la doctrina francesa”

²⁸⁹ Luis Parraguez Ruiz. *El negocio jurídico si....*” *Óp. cit.* p. 90

Vid. José Luis Lacruz y otros. *Derecho de obligaciones*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1987. p.355.

²⁹⁰ Atilio Alterini. *Derecho privado*. Buenos aires: Abeledo - Perrot, 1995. p.393.

²⁹¹ Luis Parraguez. *Manual de negocio jurídico*. Quito: Universidad San Francisco de Quito: 2011. p. 279.

²⁹² Cesar Coronel y Oscar Del Bruto. “Nulidad e Inexistencia de los Actos Jurídicos en el Derecho Ecuatoriano”. *IUS HUMANI* (2011), p. 181.

los autores que preconizan [la inexistencia] pretenden que algunas diferencias importantes separan a la inexistencia y a la nulidad absoluta (...) Ante todo, según ellos, la inexistencia no tendría que ser demandada judicialmente. Olvidan que el acto, incluso inexistente, crea una apariencia, y habrá que dirigirse desde luego a los tribunales para hacer que desaparezca esa apariencia y restablecer la realidad (...) Los partidarios de la inexistencia agregan que la inexistencia sería imprescriptible. Pero, puesto que debe ser establecida por una acción judicial, esa acción seguiría la regla del derecho común (...) La Jurisprudencia admite, pues, la prescripción de la acción, incluso en los supuestos casos de inexistencia.²⁹³

Consiguientemente, son características en común la no producción de efectos, que el acto no puede ser convalidado o saneado, que puede ser reconocido de oficio y solicitado por cualquier persona, en cualquier tiempo ya que la inexistencia no prescribe, tal como lo señala el doctrinario Fernando Alarcón, que menciona:

En la una y la otra no se produce los efectos negociales, que ambas pueden ser atestadas por el juez (aunque la inexistencia se configure sin necesidad de decisión judicial y la fórmula *pro non scripta* opere de pleno derecho), que las dos dan lugar a las restituciones mutuas, que ninguna admite saneamiento por ratificación o por prescripción, que la atestación de ellas puede solicitarse en cualquier tiempo, y que en uno y otro fenómeno puede haber lugar a reparar los daños que se puedan haber ocasionado a los terceros de buena fe²⁹⁴.

Ambas instituciones tienen como fundamento los actos contrarios a la ley. De igual forma, el doctrinario Marcelo López, menciona que

“no es posible dudar acerca de la potestad del juez [de] decretar, por propia iniciativa, la nulidad de un acto cuando ha sido ejecutado en infracción a una prohibición legal en la que está interesado el orden público”²⁹⁵.

No obstante, en relación a la inexistencia, debo acotar que no se puede declarar como inexistente aquello que nunca existió, por consiguiente no requiere de declaración judicial ya que “la negación de los efectos que puedan atribuirse al acto no resulta de una sentencia judicial, sino de la simple inconcurrencia de los elementos esenciales”²⁹⁶.

²⁹³ Henri Mazeaud y Jean Leon. *Derecho Civil, Parte Segunda*, Vol. I. Traducción de la 1ª. edición. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978. Luis Parraguez Ruiz. *El negocio jurídico simulado*. Tesis de Doctorado. Universidad de Salamanca: Salamanca. 2011 p. 90.

²⁹⁴ Fernando Alarcón Rojas. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. p.244.

²⁹⁵ Marcelo López. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales*. Buenos Aires: Depalma, 1998.

²⁹⁶ Pablo Rodríguez Grez. *Inexistencia y nulidad en el Código civil chileno. Teoría bímembre de la nulidad*. Ed. Jurídica de Chile: Santiago, 1995. Citado por Luis Parraguez Ruiz. *El negocio jurídico simulado*. Tesis de Doctorado. Universidad de Salamanca: Salamanca. 2011. p.94

En definitiva sí la nulidad de pleno derecho es sinónimo de inexistencia, sea por error doctrinario o no, bien podría presumirse que el legislador ecuatoriano incurrió en la misma equivocación, dándole un carácter similar, a dos instituciones contrapuestas. Esto como primera impresión simboliza que el legislador, otorga como efecto a las cláusulas abusivas la nulidad de pleno derecho o inexistencia y por lo mismo estas condiciones contractuales no surtirán efecto alguno. Este régimen de inexistencia en las cláusulas abusivas no es ninguna novedad. En la legislación española, el doctrinario Rodolfo Catalán menciona que

la ley establece como sanción civil la ineficacia para el consumidor de la cláusula o cláusulas de que se trate” (...) en el derecho civil la ineficacia del acto jurídico no siempre tiene su causa en un vicio de nulidad, dicho de otra manera, la ineficacia no es sinónimo de invalidez del acto o contrato” puesto que parte de la ineficacia es la nulidad, la inoponibilidad, al revocación etc. “hoy en día en el derecho de los contratos encontramos como causa de ineficacia la “ineficacia propiamente dicha”, que del mismo modo que la inoponibilidad autoriza a las partes a desconocer los efectos del acto jurídico como si este no hubiese tenido lugar²⁹⁷.

No obstante, como se dijo antes la inexistencia no está reconocida por la ley. Además el legislador dispuso como consecuencia a la nulidad de pleno derecho y a la no producción de efectos. En consecuencia, si el legislador hubiese querido que el efecto sea la inexistencia, el artículo 43 de la LODC prescribiría “son inexistentes y no producirán efecto alguno”.

Sin embargo aún cuando se busque forzar al derecho para encontrar la intención del legislador, lo correcto es tratarlo como instituciones separadas. Estas son dos instituciones que gozan de características similares, pero forman parte de categorías distintas dentro de la ineficacia²⁹⁸. Es importante estudiar esta distinción que ha confundido a cualquier interesado en derecho. La misma que a través de las siguientes proposiciones, pretende ser aclarada:

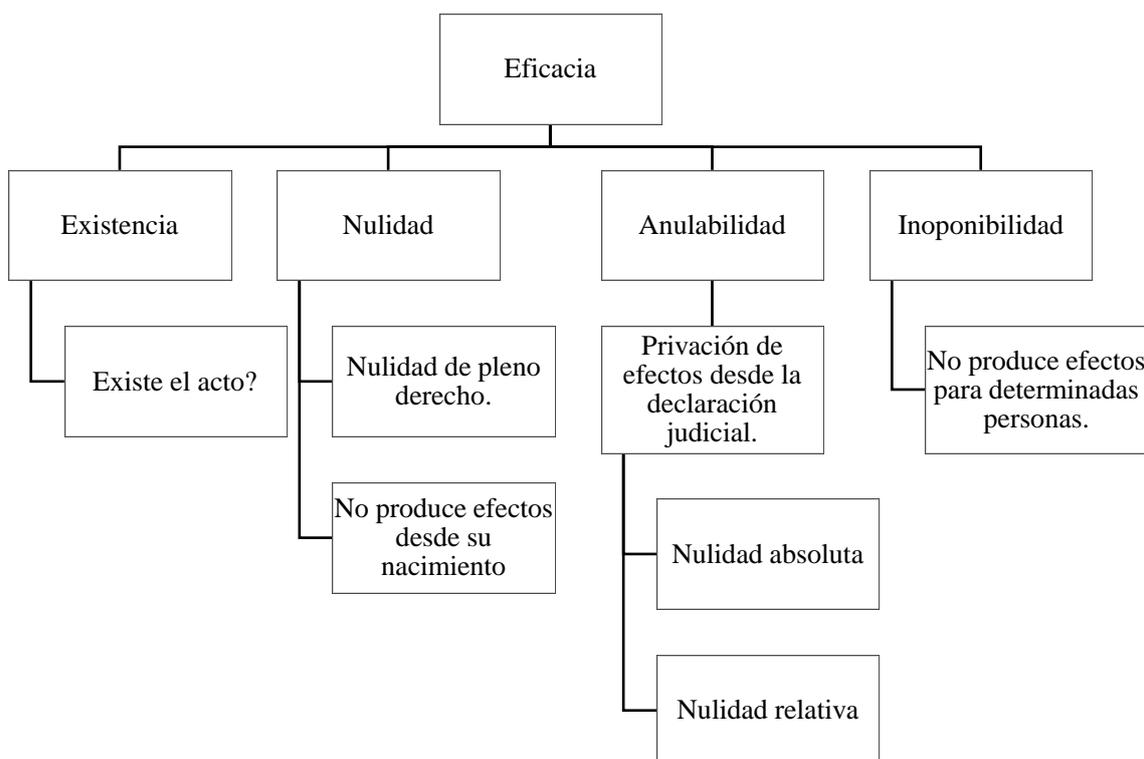
1. La inexistencia no produce efecto alguno

²⁹⁷ Rodolfo Catalán. Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión. 2004. <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjc357c/pdf/fjc357c-TH.back.1.pdf>>. (acceso: 15 de Agosto de 2014). p. 37.

²⁹⁸ “la ineficacia es inicial cuando las causas que la originan se encuentran en la esencia y origen del negocio. (...) por su parte resultan sobrevenidas o posterior cuando la ley o las partes quieren que ante la ocurrencia de determinadas circunstancias que después suceden se impidan sus efectos, o bien por el tipo de negocio porque, por el momento, la ley no le niega efectos ya que contiene defectos que no impiden su vida inicial, como la de los actos anulables. Por otra parte son ejemplos de ineficacia sobrevenida: la resolución, la rescisión, a revocación, la caducidad, etc.” Rubén Compagnucci. El negocio jurídico. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992. p.498.

2. La nulidad de pleno derecho no produce efecto alguno
3. La inexistencia no produce efecto porque en principio el acto no existe.
4. La nulidad de pleno derecho no produce efecto alguno por lo establecido en la ley, aunque el acto existe.
5. La inexistencia no es declarada judicialmente, ya que es ilógico discutir la inexistencia de un acto o contrato que se considera como nada.
6. La nulidad de pleno derecho no es declarada judicialmente y opera de esa forma porque es una nulidad radical, que opera por la ley desde el momento mismo de su nacimiento.

En definitiva, la inexistencia y la nulidad de pleno derecho son instituciones categóricamente diferentes, como se observa a continuación:



Claúsulas abusivas en contratos bancario 1

Lo desarrollado en el mapa conceptual lo menciona Zannoni, cuando establece que

en el estado actual de los estudios jurídicos no se puede pretender hacer una presentación de la teoría general de la nulidad de los actos jurídico, si a esa teoría no

se le sitúa en el contexto de la ineficacia negocial, que es un concepto mucho más amplio aun, y del cual participa toda la nulidad. Es decir, la nulidad predica ineficacia, pero no la única ineficacia que puede afectar a un acto negocio jurídico²⁹⁹.

En opinión de Claro Solar la inexistencia se distingue de todas las instituciones de ineficacia, al mencionar de forma clara y veraz:

“un acto es inexistente, dice, cuando no reúne las condiciones sin las cuales no es concebido, de suerte que el acto tiene solo una existencia aparente; en realidad nada se ha hecho, puesto que lo que se ha hecho no existe a los ojos de la ley; es la nada. La nada no puede producir efecto alguno; el acto es nulo de pleno derecho en virtud de la ley sin que haya necesidad de pedir la nulidad; no da lugar a acción alguna; si es un contrato, no hay acreedor ni deudor; no depende de las partes validar el acto confirmándolo, porque la naturaleza de las cosas se opone a que la nada llegue a ser válida; el tiempo que concluye por cubrir los vicios de un acto, extinguiendo las acciones, no tienen influencia alguna sobre un acto nulo, la nada queda siempre nada, no hay prescripción que pueda validarlo. Todo lo contrario ocurre con los actos que llamamos nulos porque dan lugar a una acción de nulidad. Si la acción no es intentada y si el juez no pronuncie la nulidad, el acto producirá todos los efectos que la ley atribuye al acto plenamente valido: ¿es un contrato? hay acreedor y deudor; depende del deudor validar el acto confirmándolo; el tiempo solo lo confirma, basta que la acción de nulidad prescriba para que el acto quede valido, en el sentido de que no podrá ya ser atacado³⁰⁰

De igual forma, y para terminar el doctrinario Compagnucci, menciona que

a) Los actos nulos pueden producir algunos efectos indirectos, en cambio los inexistentes no producen efectos. b) la legitimación para alegar la inexistencia se da en favor de cualquier interesado, aun aquel que ha realizado el acto conociendo el defecto, mientras que la nulidad le corresponde a quien tiene un interés jurídico protegido, o que la ley les otorga expresamente dicha facultad; c) los jueces pueden declarar la inexistencia en cualquier estado del proceso y de oficio. En los nulos, la facultad de los magistrados solo se amplía ante la nulidad absoluta; en los demás supuestos es necesaria la alegación de parte interesada y d) a los inexistentes no les son aplicables las consecuencias de los actos nulos³⁰¹.

En definitiva puedo concluir que el legislador, no podrá referirse a la nulidad de pleno derecho como sinónimo de inexistencia en las cláusulas abusivas, por las razones arriba expuestas. La nulidad de pleno derecho no tiene régimen alguno en el Código Civil, por lo que se irá formando en base a la doctrina. En este sentido la única causal de la nulidad de pleno derecho serán aquellas cláusulas contractuales descritas en el artículo 43 de la LODC. Sin embargo, la razón por la cual se consideraba que la nulidad de pleno derecho no existía en el Ecuador, era principalmente porque las únicas

²⁹⁹ Eduardo Zannoni. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Astrea, 2000.

³⁰⁰ Luis Claro Solar. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Bogotá: Editorial Jurídica de Chile, 1992. p. 485

³⁰¹ Rubén Compagnucci. *El negocio jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992. p.522.

nulidades reconocidas, debían ser declaradas judicialmente y por la ausencia de una norma clara que determine tal efecto. Ahora la LODC inserta esta nueva institución en el derecho civil ecuatoriano, por lo que queda analizar la consecuencia de su aplicación.

3 APLICACIÓN DE LA NULIDAD DE PLENO DERECHO EN LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

La nulidad de pleno derecho es el efecto de las cláusulas abusivas de acuerdo al artículo 43 de la LODC. Como se mencionó en el anterior capítulo, esta nulidad es la más radical categoría de ineficacia [§2.4]. Por lo que ahora pasaré a analizar la aplicación de esta ineficacia en cada una de las cláusulas prohibidas, con el propósito de demostrar la inconveniencia de este efecto inserto en nuestro sistema jurídico.

3.1 Efecto de la nulidad de pleno derecho

La nulidad de pleno derecho se caracteriza por ocasionar que el acto o contrato, desde su nacimiento, no produzca efecto alguno. Como menciona el doctrinario Guillermo Borda “por nulidad debe entenderse la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, es decir, existente en el momento de la celebración”³⁰². El artículo 9 del CCE establece que “[l]os actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor”³⁰³. Asimismo, el Código Civil Español en el artículo 6 numeral tercero ordena que “[l]os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas [serán] nulos de pleno derecho (...)”³⁰⁴, ante esto Maluquer de Motes, señala que “un negocio es nulo cuando se realiza a pesar de la existencia de un prohibición legal. Lo especifica genéricamente el Código al contemplar la nulidad como sanción a los actos que son contrarios a las normas imperativas o a las prohibitivas”³⁰⁵. En este caso, la ley prohibitiva es el artículo 43 de la LODC por lo que tendrá como consecuencia la ausencia de efectos de las cláusulas abusivas [§2.3]. Ahora bien la ley no establece literalmente los efectos de la nulidad de pleno derecho, respecto de las partes o terceros, sin embargo la nulidad de pleno derecho al igual que la nulidad absoluta y relativa produce las mismas consecuencias, con la distinción de que, hablando en derecho estricto, no requiere declaración judicial.

³⁰² Guillermo Borda. *Manual de Derecho Civil*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1999. p.536.

³⁰³ Código Civil. Artículo 9. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

³⁰⁴ Código civil. Artículo 6 numeral 3. Gaceta de Madrid#18891. (España)

³⁰⁵ Carlos Maluquer de Motes. *Derecho de la persona y negocio jurídico*. Barcelona: BOSCH, 1993. p. 353.

3.1.1 Efectos frente a las partes

El profesor Luis Parraguez, en su *Manual de Negocio Jurídico* señala que toda nulidad tiene como resultado que “el contrato queda privado de toda eficacia, la ley lo mira como si no se hubiese celebrado y tiene lugar por tanto a la *restitutio in integrum*”³⁰⁶. La *restitutio integrum* es el efecto que se produce frente a las partes que celebraron el contrato de adhesión, con cláusulas nulas. El artículo 1704 del CCE ordena:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo según las reglas generales, y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo³⁰⁷. (El subrayado es propio)

La *restitutio integrum* es el derecho que adquieren las partes posterior a la anulación del contrato. Esta institución tiene como objetivo restituir a las partes al estado en el que se encontraban antes de celebrarlo. En consecuencia, mediante sentencia judicial se ordena que sea devuelto a las partes lo que hubiesen dado, en el cumplimiento del contrato. Por ejemplo, en un contrato de compraventa, la restitución opera en los bienes tangibles como la cosa y el precio; en un contrato de licencia, se restituye el derecho de uso al licenciante, y el licenciataria recupera la regalía que hubiese pagado para obtener tal derecho; en cambio, en el contrato de préstamos, el consumidor restituirá el dinero prestado y el banco los intereses devengados. No obstante, en este punto se plantea una interrogante respecto a la nulidad de pleno derecho ya que la ausencia de sus efectos son sancionados por ley y no por sentencia judicial. En consecuencia, cabe preguntarse, ¿la ley podría dar derecho a la restitución de las prestaciones? En principio se podría creer que sí, ya que de lo contrario estaríamos ante un pago de lo no debido o enriquecimiento ilícito. Sin embargo, “si ya [existió] el cumplimiento, la finalidad que se persigue con la acción es la restitución de lo que se realizó como cumplimiento, por lo que será

³⁰⁶ Luis Parraguez. *Manual de negocio jurídico*. Quito: Universidad San Francisco de Quito: 2011. p. 297.

³⁰⁷ Código Civil. Artículo 1704. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

necesario ejercitar la nulidad por vía de acción”³⁰⁸. A pesar de que posteriormente analizaré a la nulidad total y parcial, en este punto vale mencionar su distinción. Será totalmente nulo el contrato cuando la cláusula abusiva afecte a un elemento esencial del mismo, sin la cual, el contrato no subsistiría o las partes no lo hubiesen celebrado; por lo que la nulidad que afecta a una obligación accesoria dejará sin efectos esa única cláusula. Zannoni al respecto menciona que “la nulidad de lo principal lleva aparejada la nulidad de lo accesorio, pero no a la inversa”³⁰⁹. En consecuencia, la cláusula abusiva accesoria provocará la nulidad parcial del contrato, mientras que la cláusula prohibida esencial tendrá como consecuencia la nulidad total. Por otra parte, pese a que la nulidad de pleno derecho se caracteriza por operar *ipso iure*, el CCE establece a la declaración judicial como un requisito para las restituciones recíprocas, por la apariencia negocial que se generó. En consecuencia, la nulidad de pleno derecho no es el efecto idóneo para las cláusulas abusivas, ya que a falta de decisión judicial, las partes quedarían perjudicadas. El jurista Maluquer de Motes menciona que

la nulidad es consecuencia de haber sido realizado el negocio jurídico infringiendo las exigencias legales establecidas por lo que se refiere a la propia estructura negocial. Sería la sanción normal por excelencia pero la propia norma la aplica con cierta moderación a consecuencia de que el negocio defectuosamente constituido exterioriza, en ocasiones una apariencia negocial³¹⁰.

Ahora bien, el artículo 1484 del CCE prescribe que: “[n]o podrá repetirse lo que se ha dado, o pagado por un objeto o causa ilícita, a sabiendas”³¹¹. Por lo tanto, quien conocía la invalidez de la cláusula o contrato, no podrá reclamar la restitución. De acuerdo con esta excepción se entiende por objeto ilícito³¹² a todo contrato prohibido por las leyes, como lo establece el artículo 1960³¹³ del CCE. En esta prohibición, no aparece el contrato con cláusulas abusivas esenciales, que produzcan la nulidad total. En

³⁰⁸ Carlos Maluquer de Motes. *Derecho de la persona y negocio jurídico*. Barcelona: BOSCH, 1993. p. 315.

³⁰⁹ Eduardo Zannoni. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Astrea, 2000. p. 160.

³¹⁰ Carlos Maluquer de Motes. *Derecho de la persona y negocio jurídico*. Barcelona: BOSCH, 1993. p. 313.

³¹¹ Código Civil. Artículo 1484. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

³¹² Artículo 1482.- Hay asimismo objeto ilícito en las deudas contraídas en juego de azar, en la venta de libros cuya circulación está prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas, estatuas, telecomunicaciones, audiovisuales obscenos, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de opinión y expresión; y generalmente, en todo contrato prohibido por las leyes. Código Civil. Artículo 1482. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

³¹³ Código Civil. Artículo 1960. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

consecuencia, los contratos de adhesión con cláusulas abusivas, no son contratos prohibidos por la ley, sino de objeto ilícito por prohibición expresa. Ya que “[h]ay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público ecuatoriano”³¹⁴. Lo mencionado concuerda con el artículo 1 de la LODC³¹⁵, donde se establece su carácter de orden público; lo que me lleva a determinar que las cláusulas prohibidas por ley son objeto ilícito en el contrato, por lo que si estas afectan una cláusula esencial, todo el contrato deberá entenderse nulo. Una vez aclarado el objeto ilícito que provocan las cláusulas abusivas, pasaré a analizar los presupuestos por lo que no opera la restricción. El artículo 1704 del CCE prescribe que la *restitutio integrum* no opera cuando 1) la parte tenía conocimiento del objeto ilícito y 2) que el acto o contrato tenga objeto ilícito. En este sentido, el proveedor o consumidor que hubiese celebrado un contrato de adhesión bancario con cláusulas abusivas, y que conocía la nulidad que lo aquejaba, no podrá ser restituido.

Sin embargo, ahora la problemática se presenta respecto a la prueba del actuar en conocimiento de las cláusulas abusivas, por parte del proveedor. Es así, que la mala fe debe ser probada en vista de los artículos 721 y 722³¹⁶ del CCE, que establecen la presunción de buena fe. No obstante, esto no resulta un impedimento para el consumidor puesto que bastará demostrar la existencia de la cláusula abusiva en el contrato de adhesión, para que se pruebe la mala fe del proveedor de bienes o servicios. Puesto que, en principio, la nulidad de pleno derecho no requiere análisis alguno. Es fundamental notar como la nulidad de pleno derecho, pierde su objetivo y esencia en la restitución recíproca, puesto que deberá ser declarada judicialmente, tanto para reconocer su nulidad, como para que las partes regresen a su estado anterior. La decisión judicial será necesaria puesto que “para el derecho es como si el negocio no se

³¹⁴ Código Civil. Artículo 1478. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

³¹⁵ Artículo 1.- Ámbito y Objeto.- 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. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 1. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio del 2000.

³¹⁶ Artículo 722.- La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los demás la mala fe deberá probarse. Artículo 721.- La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio. Así, en los títulos traslativos de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato. El justo error, en materia de hecho, no se opone a la buena fe. Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario. Código Civil. Artículo 721 y 722. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

hubiera realizado y solamente da lugar a una apariencia negocial, pero sin relevancia jurídica”³¹⁷. Considero, que se debe hablar de un reconocimiento judicial de la nulidad de pleno derecho, mas no de una declaración, esto con el fin de mantener su característica principal. Dicha apariencia ocasiona que las partes cumplan el contrato y posteriormente que un juez tenga que reconocer la nulidad del acto, revelando la apariencia negocial y ordenando la restitución. En definitiva, indirectamente la nulidad de pleno derecho debe ser dictada en sentencia, para que se restituya a las partes y elimine su apariencia contractual.

De igual forma, el artículo 951 del CCE prescribe una de las consecuencias respecto a la declaración *restitutio in integrum* al señalar que

el poseedor de mala fe está obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieren tenido al tiempo de la percepción. Se considerarán como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder. El poseedor de buena fe no está obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la citación con la demanda. En cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas de los dos incisos anteriores. En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos.³¹⁸

En el caso de la nulidad de los contratos de adhesión bancarios, el proveedor deberá restituir los intereses obtenidos del préstamo o crédito otorgado y los frutos civiles pendientes. Se llaman frutos civiles “los precios, pensiones o cánones de arrendamiento, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido.”³¹⁹. En este sentido, el proveedor deberá devolver los intereses pagados por el consumidor a pretexto de los servicios financieros, así como de las tarifas y cobros adicionales.

3.1.2 Efectos frente a terceros

Ahora bien, una vez que se ha establecido el efecto en relación a las partes, pasaré a analizar los efectos frente a terceros. Esto lo regula el artículo 1706 del CCE respecto a la acción reivindicatoria contra terceros poseedores, que prescribe: “[l]a nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores; sin perjuicio de las excepciones legales”³²⁰. En el caso de la nulidad de pleno derecho, se

³¹⁷ Carlos Maluquer de Motes. *Derecho de la persona y negocio jurídico*. Barcelona: BOSCH, 1993. p. 315

³¹⁸ Código Civil. Artículo 951. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

³¹⁹ Código Civil. Artículo 663. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012

³²⁰ Código Civil. Artículo 1706. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

tratará de una sentencia judicial que reconozca el carácter nulo de la cláusula abusiva o del contrato. A pesar de ello, se debe tomar en cuenta que si una de las partes alega la nulidad total del contrato, evidentemente el Juez deberá analizar tal pretensión, lo que desvirtúa el carácter *ipso iure* de esta nulidad.

Ahora bien, la reivindicación “o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela”³²¹. Este es un efecto frente a terceros, puesto que se trata de aquella situación en la que se creó una apariencia negocial, que provocó la entrega de la cosa, objeto del contrato, a un tercero. Por ejemplo dentro de los servicios financieros se encuentra el aval bancario, en la que la institución financiera actúa como un tercero ajeno a una transacción comercial. El banco abaliza el pago de lo adeudado por un usuario financiero. Generalmente se presenta cuando el banco no tiene liquidez, pero quiere prestar el servicio. Entonces el deudor entrega el aval bancario al acreedor, para que en un tiempo determinado sea cobrado al banco. En este caso se celebra un contrato de préstamo entre el banco y el deudor, en la que se obliga el deudor a pagar una suma de dinero, y el banco, a su vez se obliga a pagar al acreedor, que recibió el aval bancario. En este caso, si el contrato de préstamo es nulo de pleno derecho, y el juez ordena la restitución recíproca, tendrá como efecto frente al tercero, la reivindicación del bien mueble fungible, dinero³²².

Para los fines de protección de la LODC, este efecto puede ser considerado lógico y eficaz, no obstante, existen cláusulas abusivas que requieren ser discutidas ya que no van acorde a esta nulidad.

3.2 La nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas

En este capítulo analizaré los pros y contras de la aplicación de la nulidad de pleno derecho de cláusulas contractuales, y de esta manera, descifrar si efectivamente cumple con el propósito de protección de la LODC. Este análisis se hará en base a la eficacia en la aplicación de la nulidad de pleno derecho como método de protección del consumidor.

³²¹ Código Civil. Artículo 933. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

³²² El dinero es un bien que puede reivindicarse de acuerdo a lo ordenado en el artículo 934 del CCE: “Puede reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles” Código Civil. Artículo 934. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

3.2.1 Elementos positivos

La nulidad de pleno derecho tiene varias características, que la diferencian de las nulidades previamente reconocidas en el Ecuador. En el caso de los elementos positivos he podido identificar los siguientes:

1. Protección inmediata al consumidor.
2. El acto abusivo no produce efectos.
3. La cláusula abusiva no podrá ser saneada.

Por lo que a continuación se expondrán las razones, por las que estos efectos de la nulidad de pleno derecho, tienen una consecuencia favorable al consumidor.

3.2.1.1 La nulidad de pleno derecho otorga protección inmediata.

La nulidad de pleno derecho al operar *ipso iure*, no requiere de declaración judicial. En consecuencia, las cláusulas abusivas no llegan ni siquiera a producir efectos provisionales³²³. Con esta sanción tan grave, se evita que el proveedor actúe dolosamente con el consumidor, puesto que temerá la invalidez de importantes condiciones contractuales. En este sentido cumple con un propósito de prevención de uso de cláusulas abusivas, siempre y cuando el proveedor haya cumplido con su deber de información al consumidor³²⁴ y este, a su vez, haya sido diligente al momento de contratar³²⁵. Sin embargo, esta prevención no cumple su objetivo cuando los efectos, como la *restitutio integrum* o la acción reivindicatoria, dependen de una sentencia judicial.

[A]ctualmente, parece estar confirmado que la nulidad debe operar “sin que haya lugar a preguntarse sobre si la prueba del conocimiento por parte del garante del alcance y la extensión de su compromiso ya fue aportada”. Son numerosas las decisiones en las que los jueces establecen que la nulidad es automática, sin que el

³²³ Attilio Alterini al respecto menciona que “se entiende por nulidad del acto jurídico la privación legal de sus efectos propios, en virtud de una causa que incide en su formación. Es una sanción que la ley prevé respecto del acto, por ser este disconforme respecto de las pautas que le señala el ordenamiento jurídico. Se traduce en la privación de sus efectos propios, es los efectos queridos como fin inmediato del acto voluntario. Attilio Alterini. Derecho privado. Buenos aires: Abeledo - Perrot, 1995. p. 392

³²⁴ El artículo 17 establece “[e]s obligación de todo proveedor, entregar al consumidor información veraz, suficiente, clara, completa y oportuna de los bienes o servicios ofrecidos, de tal modo que éste pueda realizar una elección adecuada y razonable. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 17. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio del 2000.

³²⁵ Este deber de diligencia se menciona en el artículo 5 que señala “[s]on obligaciones de los consumidores (...) 4. Informarse responsablemente de las condiciones de uso de los bienes y servicios a consumirse.

juez pueda apreciar la gravedad o el alcance de la falta sancionada”. No obstante, la Corte de Casación se plegó a esta solución, estimando que la nulidad debía ser pronunciada incluso si se había establecido que el garante había tenido conciencia del alcance de su compromiso³²⁶

Por lo mismo, cuando la nulidad de pleno derecho opera de forma inmediata evita, la falta de celeridad en los procesos judiciales, la ignorancia del consumidor, la ineficacia de las vías judiciales y la imposibilidad de reclamar por cualquier razón. Cabe mencionar que considero ineficaz la vía judicial que establece la LODC, puesto que si un consumidor no busca que el contrato sea reconocimiento como nulo, el Juez de Contravenciones difícilmente llegará a conocer de oficio tal contrato. En mi opinión, esta facultad debería ser otorgada a los Juzgados de lo Civil, ya que son ellos quienes reciben a diario estos contratos como prueba, o sustento de la acción judicial. En consecuencia, la operación inmediata de la nulidad de pleno derecho, evita la ineficacia de la vía judicial.

Retomando mi punto, la nulidad de pleno derecho al actuar inmediatamente, permitirá que los consumidores conocedores de su derecho puedan no cumplir con dichas cláusulas exceptuándose en el artículo 43 de la LODC. Sin embargo, nuevamente regresamos a lo mencionado, el proveedor con el fin de enervar el cumplimiento, iniciará una acción por incumplimiento contractual, en la que el juez al resolver dicho asunto, directa o indirectamente, deberá reconocer la nulidad que le acarrea.

3.2.1.2 La nulidad de pleno derecho no produce efecto alguno.

La nulidad de pleno derecho al operar *ipso iure* tiene como resultado que el acto o contrato no surta efecto alguno. Esto es una de forma protección al consumidor, por lo que resulta favorable la implementación de esta nulidad. Ya que como bien menciona el doctrinario Catalán la ineficacia o ausencia de efectos “se condice mejor con la naturaleza y finalidad de la norma protectora del consumidor”³²⁷, ya que no dependerá de un proceso judicial, para que se reconozca su derecho a un contrato lícito. Ante esto Kabas de Martorell menciona que

³²⁶ Philippe Stoffel. “La autonomía del derecho contractual del consumo: de una lógica civilista a una lógica de regulación”. *Dialnet* (2013), pp. 57-79.

³²⁷ Rodolfo Catalán. *Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión*. 2004. <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjc357c/pdf/fjc357c-TH.back.1.pdf>>. (acceso: 15/08/2014)

[I]a protección del cliente de servicios bancarios reposa sobre dos pilares básicos: La protección directa, referida a las normas que operan directamente sobre los contratos celebrados entre los bancos y sus clientes. La protección indirecta, dentro de la cual se pueden distinguir las normas que apuntan a la transparencia bancaria y las referidas a la publicidad de los servicios ofrecidos por las entidades financieras³²⁸.

En este caso, me refiero a la protección directa que “se relaciona con las regulaciones que actúan directamente sobre el contenido de los contratos celebrados entre los bancos y sus clientes, ordenando la manera en la que estos deben ser redactados para no incurrir en abusos”³²⁹.

3.2.1.3 La nulidad de pleno derecho no puede ser saneada

La nulidad de pleno derecho no puede ser saneada de acuerdo a lo indicado en el capítulo anterior [§2.3.1.2]. Este es un punto positivo de protección, puesto que los consumidores a fin de adquirir el bien o servicio están condicionados a aceptar la cláusulas que imponga el proveedor, aún aquellas perjudiciales a sus intereses. Por lo que, si fuese necesario convalidar la cláusula, los consumidores aceptarían a propósito de continuar con el consumo. Esto combinado con el desconocimiento del consumidor ocasiona un grave perjuicio [§ 1.4.3]. Además, si la nulidad fuese convalidable, los proveedores podrían estar motivados a insertar cláusulas abusivas, puesto que las partes posteriormente podrían ratificarla, repitiendo el mismo error del consumidor necesitado e ignorante.

3.2.2 Elementos negativos

A través de este subíndice se podrá concluir que la nulidad de pleno derecho ocasiona más problemas legales, que beneficios. Cabe admitir que son muy pocos los efectos positivos expuestos anteriormente. Sin embargo, esto no se debe a la falta de investigación, por el contrario y a falta de todo argumento a su favor, la doctrina así como la legislación española han tratado de justificar su aplicación basados en que siempre será necesaria una sentencia judicial, que no declare el derecho, sino que lo reconozca. Es así que, en el sistema judicial español no existe la distinción entre nulidad de pleno derecho, nulidad absoluta y nulidad relativa, puesto que nulidad absoluta y nulidad de pleno derecho es lo mismo, por lo que al igual que en el Ecuador, requieren

³²⁸ María Kabas de Martorell. *Responsabilidad de los bancos frente al cliente*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. 2006. p. 188

³²⁹ *Ibíd.*

una declaración judicial. En consecuencia en el sistema español se entiende a la categoría de nulidad por nulidad absoluta o de pleno derecho, mientras que anulabilidad será la nulidad relativa. No obstante, en el Ecuador, el CCE ha sido categórico en prescribir que la nulidad absoluta y relativa deben ser declaradas por un juez, y ahora, a través de la LODC se introduce la nulidad de pleno derecho que se caracteriza, por no requerir sentencia judicial.

3.2.2.1 ¿Qué implica que la nulidad de pleno derecho opere *ipso iure*?

Como se dijo antes, la nulidad de pleno derecho opera *ipso iure*, es decir que no requiere declaración judicial y por lo mismo desde el nacimiento del acto este no produce efectos. Si bien se mencionó antes, que la no producción de efectos del acto o contrato es positivo para los intereses del consumidor, al generarse una apariencia negocial, el juez podrá conocer el hecho, y sea que se remita únicamente a declararlo o reconocerlo, su decisión será lo que desvirtúa esta institución. El principal problema que se deriva de esta posibilidad, es la capacidad del juez de conocer de oficio el efecto de las cláusulas abusivas. Esta nulidad de pleno derecho es objeto de crítica en la legislación comparada, por ejemplo España que tiene el mismo efecto de las cláusulas abusivas, en el artículo 7 de la Directiva menciona que es deber de los Estados otorgar medios para

acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas³³⁰.

En consecuencia, “el artículo 6.1 de la Directiva, ha sido interpretado por el TJUE [331] en el sentido de que, es obligación del juez nacional apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en su ámbito de aplicación”³³². Por lo mismo, en la actualidad

³³⁰ Directiva 93/13/CEE del Consejo. Artículo 6.1. Diario Oficial n° L 095 de 21/04/1993 p. 0029 - 0034

³³¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

³³² Elisa Torralba. “El Juez puede declarar de oficio la nulidad de una cláusula abusiva en el procedimiento monitorio sin necesidad de que el consumidor se oponga al juicio monitorio”. *CESCO* (2012): 143-144.

Vid. Asunto C-168/05; C-243/08; C-40/08; C-137/08.

no representa una novedad que el TJUE³³³ haya reconocido al juez nacional la facultad de declarar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas insertadas en los contratos celebrados con los consumidores, pero la particularidad de su reciente Sentencia de 21 de febrero de 2013 (asunto C-472/11) se refiere a un caso en el que el consumidor no ha presentado declaración alguna para solicitar la anulación de dicha cláusula³³⁴.

En este sentido, el legislador reconoce la necesidad de que exista una declaración³³⁵ previa, por parte de un juez, y su capacidad de actuar de oficio. La nulidad de pleno derecho declarada pierde sentido, por lo que no se debería prescribir a la misma como el efecto de las cláusulas abusivas, si no será correctamente aplicada. Es necesaria la declaración judicial ya que resulta inadmisibles que una de las partes, por ejemplo el consumidor, justifique su incumplimiento por cláusulas abusivas aun cuando el proveedor hubiese actuado de mala fe, además se pudo haber creado una apariencia comercial que ante la resistencia de alguna de las partes, que considere válido al contrato, provoque la necesidad de la otra parte, de recurrir a una decisión judicial. Respecto a esto, Domat opinaba que

toda nulidad necesita pronunciamiento judicial, aunque fuera, en el caso de la nulidad de pleno derecho, para el solo efecto de preservar el principio de que nadie puede hacerse justicia por mano propia, y no para anular lo que era “nulo en origen” por ser la propia ley la que declaraba la nulidad³³⁶.

Por otra parte, la jurisprudencia mexicana considera que la capacidad del juez se justifica “debido a que protege el orden público, [por lo que] debe ser declarada por el Juez de oficio cuando aparece manifiesta en el acto”³³⁷. Esto se mencionó anteriormente [§2.3.2] al analizar las características de la nulidad de pleno derecho. Sin embargo, la posibilidad de declarar de oficio, aparece de la oportunidad del juez de decidir en sentencia. Al tratarse de una nulidad que en principio es más radical que la absoluta,

³³³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

³³⁴ Iuliana Raluca. “El TJUE declarar que el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula podrá extraer las consecuencias contractuales sin necesidad de que el usuario solicite la nulidad de la cláusula”. *Centros de Estudio de Consumo CESCO* (2013), pp. 235-236.

³³⁵ Eduardo Zannoni para quien “el negocio nulo era tal ipso iure de acuerdo con el derecho estricto, por fallar algún elemento esencial. Eduardo Zannoni. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Astrea, 2000. p. 150. Por otra parte, Alessandri y Somarriva consideran que “toda nulidad (...) no produce sus efectos dentro de la legislación chilena, sino en virtud de sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada” Luis Parraguez. *Manual de negocio jurídico*. Quito: Universidad San Francisco de Quito: 2011. p. 281.

³³⁶ Luis Parraguez. *Manual de negocio jurídico*. Quito: Universidad San Francisco de Quito: 2011. p. 280.

³³⁷ Suprema Corte de Justicia. Primera Sala. Asunto N° 1a./J. 68/2010 de 1 de diciembre de 2010. México. 1 de Diciembre de 2010.

podrá ser conocida de oficio. Esto significa que el juez puede tomar una decisión respecto a la validez de un contrato, aún sin petición de las partes. Todo lo mencionado hasta el momento, lo reduce perfectamente el doctrinario José Corral quien considera que

la sanción que la ley determina para estas abusivas cláusulas es la nulidad, de forma que se tienen por no puestas. Pero el juez puede declarar, incluso, la ineficacia de todo el contrato, si se produce una situación no equitativa en la posición de las partes. Y lo que es todavía más importante, los tribunales pueden apreciar de oficio la existencia de la nulidad, lo que hoy podemos comprobar en los procesos de ejecución hipotecaria en relación con una serie de cláusulas abusivas de préstamos hipotecarios³³⁸.

Entonces el problema de la nulidad de oficio, aparece en las cláusulas abusivas esenciales y accesorias, donde opera la nulidad total y parcial de un contrato. Cabe recalcar que a falta de declaración judicial, las partes no podrán tener como nulo el contrato en su totalidad, alegando que tal cláusula afecta un elemento esencial del contrato. Ya que esta potestad le pertenece al juez, únicamente. Además, el juez es el único capacitado por la ley para ordenar la *restitutio integrum*, así como para desconocer el derecho de las partes. Este punto es otro de los problemas de aplicación que se analizará más adelante [§2.3.2.5]. Retomando el análisis de la nulidad de oficio, tampoco es viable optar por una nulidad a petición de parte, ya que el consumidor no estaría protegido. Esta presunción se debe a que, si el consumidor ya decidió obligarse de esa forma con tal de obtener el bien o servicio, seguramente ratificará, saneará, o no solicitará su nulidad. El consumidor confía en los organismos de control como la Superintendencia de Bancos, por lo que no revisa ni discute el contrato al que se somete [§1.4.1]. Ante esto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

se ha pronunciado sobre dos aspectos capitales en la articulación procesal de la ineficacia de una cláusula contractual, en una jurisprudencia indubitablemente orientada a reforzar la posición del consumidor individual en el proceso. De una parte, ha sancionado que, en el ámbito de la directiva, el juez debe examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello³³⁹. De otra, ha declarado que se opone a la directiva,

³³⁸ José Corral. Cláusulas abusivas. 2013. <http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-103211.pdf>. (Acceso: 10 de diciembre del 2015).

³³⁹ Pascual Martínez, menciona que en todo tipo de procesos, sean estas acciones individuales o colectivas, puede “apreciar de oficio que una cláusula es abusiva, aunque las partes no hayan formulado invocación alguna al respecto”. Pascual Martínez. “Concepto de “desequilibrio importante” del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores”. *CESCO* (2014): pp. 189-192. p. 79

la normativa interna que establezca un límite temporal al ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor, de modo que su preclusión impida al juez nacional declarar, de oficio o en virtud de excepción el carácter abusivo de una cláusula³⁴⁰.

Es así que se limita la actuación de oficio del juez a la obtención de elementos de hecho y de derecho, lo que contraviene la aparición manifiesta de la nulidad de pleno derecho, puesto que se estaría ante una investigación y análisis [§2.3.2]. Sin embargo, el estudio de las cláusulas abusivas es acertado, principalmente porque cada una de las cláusulas abusivas, así como los contratos celebrados por las partes, gozan de características distintas. Por lo que, actualmente se estaría estandarizando un efecto, que en algunos casos será idóneo y en otros, perjudicará al consumidor.

Otra crítica a este efecto, es precisamente la contradicción que surge en el artículo 43 de la LODC, respecto a su numeral noveno que prescribe como cláusula abusiva toda “estipulación que cause indefensión al consumidor o sea contraria al orden público”³⁴¹. Esta cláusula abierta se contrapone a la nulidad de pleno derecho, puesto que si opera *ipso iure*, se entendería que no requiere análisis alguno. En este sentido, es ilógico que el legislador haya establecido este efecto a una lista ejemplificativa de cláusulas abusivas. El hecho de que requiera un análisis es contrario a las características de la nulidad de pleno derecho, que en efecto se producen de manera manifiesta. En este tipo de cláusulas, se deja al arbitrio del consumidor el considerar que una cláusula contraviene al orden público, por lo que es necesario que el juez la declare nula como tal. Asimismo, esta cláusula abusiva [§1.6.1.9] no protege adecuadamente al consumidor, puesto que lo deja en indefensión ante los casos en que, efectivamente se contravenga el orden público o las buenas costumbres, ya que la otra parte no la reconocerá como tal. Además el concepto de orden público es tan amplio y general que no tiene una definición estática y definitiva, por lo que no podría operar la nulidad de pleno derecho sin declaración judicial que la determine y limite.

Por otra parte, la española Iuliana Raluca, menciona que el

Además de que existen varios casos en los que se fundamenta como “C 472/11 DE 21.02.2013 (banif plus bank) asunto c-415/11, de 14.03.2013 (aziz) y en el asunto c-618/10 de 14.06.2012 (Banco Español de crédito), También , más recientemente, en el auto de 14.11.2013, asunto acumulados C-537/12 Y C116/13. Citados en Pascual Martínez. “¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?”. *CESCO*. (2014): p. 79.

³⁴⁰ Marta Carballo. “Las cláusulas contractuales no negociadas ante la propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores”. *Indre* (2010).p. 22.

³⁴¹ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 43. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio del 2000.

juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está obligado, para poder extraer las consecuencias de esa comprobación, a esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula. Sin embargo, el principio de contradicción obliga, con carácter general, al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales³⁴²

En este sentido, a pesar de que se evita un perjuicio a las partes contractuales por la declaración de oficio, se desconoce que es un deber del juez el declarar como nula aquella cláusula ordenada por la ley. Esto lo establece el artículo 10 del CCE que menciona, “en ningún caso puede el juez declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo”³⁴³. Por lo mismo, aún cuando el juez consulte los intereses de las partes, deberá igualmente declarar la nulidad de tales cláusulas. En la nulidad absoluta, el juez también puede operar de oficio, sin embargo, se diferencia de la nulidad de pleno derecho porque esta última opera instantáneamente, sin análisis alguno, lo que podría ocasionar indefensión o detrimento para las partes.

En definitiva a través de estos 4 fundamentos, la nulidad de pleno derecho por operar *ipso iure* no es el efecto adecuado a las cláusulas abusivas.

3.2.2.2 La nulidad total y parcial

Ahora bien, la nulidad total y parcial no es un concepto reconocido por la legislación ecuatoriana, no obstante la misma forma parte de la doctrina así como de la jurisprudencia ecuatoriana. Esta nulidad se refiere a aquellos casos en los que el juez declara nula una parte del contrato o la totalidad del mismo. La clasificación de la nulidad en parcial y total, parte “de la premisa de la divisibilidad del contenido del negocio, de sus disposiciones o cláusulas, y entonces el planteo recoge la antigua máxima de que *utile per inutile non vitiatur*”³⁴⁴. Por lo mismo, la mayor posición doctrinaria considera que “un contrato en el que una parte de su contenido es ineficaz, debe continuar siendo eficaz en lo restante y llenar en lo posible la función económica

³⁴² Iuliana Raluca. “El TJUE declarar que el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula podrá extraer las consecuencias contractuales sin necesidad de que el usuario solicite la nulidad de la cláusula”. *Centros de Estudio de Consumo CESCO* (2013), pp. 235-236. p. 236

³⁴³ Código Civil. Artículo 10. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

³⁴⁴ Eduardo Zannoni. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Astrea, 2000. p.159

perseguida por las partes”³⁴⁵. Se entiende por *utile per inutile non vitiatur*³⁴⁶ al principio de preservación del contrato prescrito por el CCE, en el artículo 1578 que señala “[e]l sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de surtir efecto alguno”³⁴⁷. En base a este artículo se fundamenta la nulidad parcial como lo indica Santos Briz, quien destaca que

la tendencia a mantener la existencia del contrato y sus efectos, aunque alguna de sus cláusulas sea ineficaz, es la que conduce a la regla de la nulidad parcial, de tal suerte que una vez separada la parte nula, se justifica la subsistencia del negocio con los elementos válidos, dotados de interés práctico para las partes³⁴⁸.

Asímismo, Farina al respecto considera que “la nulidad de alguna cláusula, producirá la nulidad total del negocio jurídico, si de este modo se desnaturaliza la finalidad perseguida al contratar”³⁴⁹. Es decir que se deberá preservar el contrato si la nulidad afecta a una cláusula accesoria que no se relacione al objeto del contrato. Esto lo ratifica el español Marcelo López, al señalar que “la posibilidad de invalidar una parte del acto jurídico nulo, dejando incólume la otra parte, depende de que esa cláusula o parte sea separable, es decir que la invalidación no afecte la economía del negocio”³⁵⁰. La definición más clara otorga el Código Civil Argentino, que en su artículo 1039³⁵¹ manda “la nulidad de un acto jurídico puede ser completa o solo parcial. La nulidad

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ En efecto, “si la causa de anulación afecta sólo a algunas cláusulas del contrato, los efectos de la anulación se limitarán a dichas cláusulas, a menos que, teniendo en cuenta las circunstancias, no sea razonable conservar la validez del resto del contrato”. Tal disposición en los Principios hace juego con la situación prevista en el artículo 6.1.17 que en la parte final del inciso (1) autoriza a conservar “el resto del contrato” en abierto homenaje al principio de favor *negotii* ya conocido por los romanos. En efecto, en Dig. 45.1.1.5 se encuentra establecido, al tratar sobre las obligaciones verbales, que “[...] si hay tantas estipulaciones como objetos, dos son (en este caso) las estipulaciones, una válida y otra no, y no se invalida aquélla por ésta” (*utile per inutile non vitiatur*). El principio responde pues a una gran tradición que puede fácilmente encontrarse en preceptos expresos en la gran mayoría de las legislaciones civiles contemporáneas, como en el caso de los arts. 1419 italiano, 292o portugués y § 139 alemán”. José Antonio Márquez. Los principios generales de los contratos. <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/10/marquez10.pdf>. (acceso:28 de febrero de 2015)

³⁴⁷ Código Civil. Artículo 1578. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

³⁴⁸ Rubén Stiglitz. “Reglas secundarias de conducta”. Gabriel Stiglitz. *Contratos*. s.f. p. 208.

³⁴⁹ Juan Farina. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea, 2000. p. 372

³⁵⁰ Marcelo López. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales*. Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 381.

³⁵¹ El doctrinario Marcelo López menciona que “la jurisprudencia argentina mayoritaria ha admitido la posibilidad de declarar la nulidad parcial de los negocios, entendiendo que no existe texto legal que se oponga a ello, se ha utilizado la herramienta, en general, para proteger a los contratantes débiles, merced a la interdicción de las cláusulas lesivas para los intereses de estos, cuando la anulación total del contrato no fuese beneficiosa para ellos”. *Id.* p. 388.

parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones validas, siempre que sean separables”.³⁵² Al respecto, Gabriel Stiglitz considera que el sistema argentino opta por la “separabilidad entre las distintas disposiciones del acto,”³⁵³ a través de la interpretación en “relevancia de la finalidad práctica perseguida por las partes”³⁵⁴, afirmando la validez de las restantes cláusulas no afectadas de la nulidad”³⁵⁵.

Esta clasificación de nulidad, se relaciona a las cláusulas abusivas respecto de su nulidad declarada, siendo éstas esenciales o de un elemento accesorio. El experto en derecho de consumo Gabriel Stiglitz menciona que “la nulidad, como especie de sanción con que reacciona el ordenamiento jurídico, significa que se priva de su efectos propios, solo a la cláusula abusiva. El resto del contrato conserva su eficacia, y la cláusula nula podrá ser integrada por la norma legal aplicable”³⁵⁶. Por ejemplo, las cláusulas abusivas que afecten un elemento esencial, sin el cual las partes no hubiesen celebrado el contrato o genere un desequilibrio importante entre las partes, obliga a que el juez declare la nulidad total del contrato. Mientras que si el efecto de la nulidad conlleva a una cláusula accesorio posiblemente provoque el desconocimiento de únicamente dicha cláusula. Sí se mantiene la nulidad de pleno derecho y su operación de oficio, este tipo de nulidad puede ocasionar un perjuicio al consumidor o proveedor del bien o servicio. Puesto que, por ley se debería desconocer ciertas cláusulas cualquier que fuese la circunstancia, y si alguna de las partes considera que es un elemento esencial podría negarse a cumplir el contrato. Un claro ejemplo del peligro que representa la declaración de oficio y la nulidad total y parcial del contrato, se presenta en una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁵⁷ que se relaciona

al pago de las cantidades adeudadas en virtud de un contrato de préstamo en un supuesto de resolución anticipada del contrato por la entidad prestamista debido a un

³⁵² Ley 340. Código Civil de la República Argentina. Artículo 1039. Vigente desde 25 de septiembre de 1869. (Argentina)

Vid. Ley 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina. Artículo 1039. Boletín oficial de la República Argentina del 10 de octubre de 2014. (Argentina).

³⁵³ Gabriel Stiglitz. *Defensa de los consumidores de productos y servicios*. Buenos Aires: La Rocca, 2001.

³⁵⁴ *Ibíd.*

³⁵⁵ *Ibíd.*

³⁵⁶ *Id.* p.51.

³⁵⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Primera. Asunto c_472/11. 21 de febrero de 2013.

comportamiento imputable al prestamista. En una de las cláusulas del contrato se estipulaba que, si el contrato se resolvía antes de que finalizara su vigencia a consecuencia de un incumplimiento del prestatario o por cualquier otro motivo derivado de un comportamiento que le fuera imputable, el prestatario debería abonar, además de los intereses de demora y los gastos, el importe total de las cuotas de amortización restantes. Dichas cuotas vencidas comprendían, además del principal, los intereses del préstamo y la prima del seguro. En el caso enjuiciado, la entidad bancaria húngara, actora en el pleito, se alza en contra de la sentencia de primera instancia que declaró de oficio la nulidad de la cláusula controvertida, condenando al demandado a abonar a la actora un importe calculado sin aplicar la mencionada cláusula³⁵⁸.

Este caso, fue objeto de críticas y análisis por toda la Unión Europea y el motivo de la actual tesina. Se dudaba que el juez al operar de oficio pueda declarar la nulidad total del contrato, cuando se trate de una cláusula abusiva relacionada a un elemento esencial, ocasionando la *restitutio integrum*. Esta capacidad del juez, pudo producir un perjuicio al consumidor, en caso de que no tuviese la totalidad del dinero prestado por el banco, o en su defecto el restante. Por otra parte Lyczkowska, menciona que “el TJUE señala que la Directiva 93/13 no permite que se declare nulo un contrato solo en atención a la posición de una de las partes del contrato. Si el contrato objetivamente puede subsistir sin las cláusulas abusivas”³⁵⁹, esto lo menciona en relación al desequilibrio contractual que pueden generar las cláusulas abusivas, estas como fundamento para la nulidad total del contrato. Tómese en cuenta que este tipo de nulidad no se podrá aplicar eficazmente sin la declaración de un juez, puesto que, cuando el consumidor optará por desconocer una sola cláusula, o en su defecto, alegue la nulidad total del contrato, su contraparte lo podría demandar por incumplimiento contractual. Por lo mismo el consumidor aún perjudicado deberá cumplir el contrato y posteriormente solicitar su nulidad. En este sentido, la nulidad de pleno derecho no es un medio eficaz para proteger al consumidor puesto que, aun, en aquellos contratos que contengan varias cláusulas claramente nulas, el incumplimiento no podrá justificarse en la nulidad total del contrato o de aquellas cláusulas perjudiciales. En este punto se hace evidente la necesidad de que el consumidor procure informarse previamente, ya que su propia diligencia es la mejor forma de protección.

³⁵⁸ Iuliana Raluca. “El TJUE declarar que el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula podrá extraer las consecuencias contractuales sin necesidad de que el usuario solicite la nulidad de la cláusula”. *Centros de Estudio de Consumo CESCO* (2013), pp. 235-236. p. 236

³⁵⁹ Karolina Lyczkowska. “Los intereses en los contratos de préstamo y las normas que rigen su licitud”. *CESCO* (2013): pp. 103-109.

3.2.2.3 La *Restitutio integrum* en las cláusulas abusivas

La restituciones recíprocas son otro fundamento para considerar que la nulidad de pleno derecho no es el efecto ideal para las cláusulas abusivas. Esto en conjunto con los dos puntos anteriores, puede ocasionar a las partes un perjuicio. En ocasiones, el consumidor ignora o es indiferente ante los derechos que le han sido vulnerados, con tal de obtener el bien o servicio. Al publicarse la LODC los legisladores tenían como propósito proteger los intereses de los consumidores, tal como lo señala la Constitución en su artículo 52 que establece:

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor³⁶⁰.

Lo que concuerda con el artículo 1 de la LODC, que establece:

Artículo 1.- (...) El objeto de esta Ley es normar las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en dichas relaciones entre las partes³⁶¹.

Sin embargo, el efecto de la nulidad de pleno derecho al operar de oficio ordena, en primer lugar que las partes no deban cumplir con las cláusulas abusivas, y segundo, cuando haya creado una apariencia negocial por la que las partes cumplieron el contrato, sean restituidas como si el contrato no se hubiese celebrado jamás. Esto como se mencionó antes, es una de las razones por las que se requiere la declaración de un juez, para que el derecho a la restitución sea otorgado. Si bien el CCE establece que la restitución opera previa declaración judicial, debo mencionar que en principio, al tratarse de una nulidad de pleno derecho se debería entender que no, precisamente porque la misma tiene como propósito evitar un proceso judicial. Además, si se pretende que la nulidad de pleno derecho ocasione que el acto o contrato no produzca efecto alguno, no debería estar limitada a la decisión de un juez. En un primer panorama ante la ausencia de declaración judicial, la *restitutio integrum* que una de las partes alegue, podría no ser reconocida por la otra y por lo mismo no restituir; por otra parte,

³⁶⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 52. Registro oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

³⁶¹ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 1. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio del 2000.

en una situación jurídica ideal, las partes reconocerían tal nulidad y devolverían lo obtenido ilícitamente. Como resulta evidente el problema jurídico se genera cuando se vulnera el derecho de las partes, en ese caso es necesaria la declaración judicial. En consecuencia, la nulidad de pleno derecho no cumple con los intereses de los contratantes, por lo mismo no es el efecto idóneo para las cláusulas abusivas. Lyczkowska expone la problemática de la restitución recíproca, cuando cita a la Ley de Usura española, que manda: “en ambos casos el contrato entero se declarará nulo, lo cual plantea un problema de plazo, ya que estrictamente hablando, declarada la nulidad de la obligación, el prestatario pierde el derecho al plazo y queda obligado a restituir – entendemos que sin tardar – el dinero recibido”³⁶².

Ahora bien, la restitución recíproca proviene del derecho romano a comienzos de la época clásica, en ese entonces “[a]nte situaciones especiales – invocación de fraude, violencia, error o dolo – el pretor escucha[ba] a quien demanda[ba], y en su caso conced[ía] la *in integrum restitutio* [que] tenía por efecto dar a los actos los medios para volver las cosas al estado anterior”³⁶³. La *restitutio integrum* se regula en el artículo 1704³⁶⁴ del CCE, que se mencionó anteriormente. De acuerdo a este artículo se entiende que esta institución únicamente opera previa declaración judicial de nulidad. Lo que me lleva a reafirmar porqué la nulidad de pleno derecho no puede ser el efecto de las cláusulas abusivas, puesto que en sentido estricto las partes no tendrían derecho a ser restituidas si la nulidad no fuese declarada, esto evidentemente deja en desprotección al consumidor. Compagnucci cita a Aubry y Rau, quienes disponen que “la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al estado en que se hallaban antes del acto anulado” es este un principio general que consagra el adagio: *quod nullum est nullum producit effectum*³⁶⁵. De igual forma, Luz Aldana al referirse a la legislación alemana menciona que “[l]a anulación de los contratos, (...) tiene efectos retroactivos y, como en nuestra legislación, se concede a las partes el derecho a reclamar las prestaciones que se hayan anticipado, siempre y cuando restituyan las que a su vez recibieron”³⁶⁶. A esto

³⁶² Karolina Lyczkowska. “Los intereses en los contratos de préstamo y las normas que rigen su licitud”. *CESCO* (2013): pp. 103-109.p. 107.

³⁶³ Eduardo Zannoni. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Astrea, 2000. p. 150.

³⁶⁴ Código Civil. Artículo 1704. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

³⁶⁵ Ruben Compagnucci. *El negocio jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992. p. 542

³⁶⁶ Luz Aldana. *Temas selectos del derecho comercial internacional*. Alemania: Editorial Academica Española, 2013. p. 124.

precisamente se debe su carácter de reciprocidad, puesto que el juez ordena que ambas partes restituyan lo que hubiesen adquirido. En bienes tangibles resulta fácil identificar la restitución, sin embargo en aquellos intangibles, la restitución podría ser más complicada, así como en aquellos contratos en los que se obliga una sola de las partes. En el caso de los contratos de consumo, se facilita la situación, puesto que en la mayoría se refiere a cuestiones como compraventa y prestación de servicios. La presente tesina, se refiere a la prestación de servicios financieros, por lo que en el subtítulo §3.2.6.1 se analizará porqué la nulidad de pleno derecho, en función de la cláusula de cobro de tasas de interés, no es el efecto adecuado.

Además de todo lo dicho, esta institución se fundamenta en el daño ocasionado por una de las partes

independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato³⁶⁷.

Es decir que además del derecho del consumidor a la restitución, tiene derecho a demandar por daños y perjuicios ocasionados, tal como lo señala el Código de Procedimiento Civil y la LODC en el artículo 87 que prescribe:

La sentencia condenatoria lleva implícita la obligación del sentenciado de pagar daños y perjuicios al afectado, costas y honorarios. El cobro de daños y perjuicios se lo hará de conformidad con lo que dispone el artículo 391 del Código de Procedimiento Penal³⁶⁸.

En este sentido, a más de reconocer la nulidad del contrato, se ordena la restitución y el pago de daños y perjuicios. No obstante, esta última acción es ordenada por la vía civil.

La siguiente crítica no es referente a los efectos de la nulidad de pleno derecho, sino a los medios de protección de las cláusulas abusivas. La LODC, establece que el Juez de contravenciones será el encargado de conocer cualquier demanda de los consumidores, en este sentido se limita la competencia del juez. Por lo mismo, a pesar de que el legislador otorga la nulidad de pleno derecho, y que como he analizado requerirá una declaración judicial a fin de proteger debidamente al consumidor y destruir la apariencia

³⁶⁷ Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2010). Artículo 3.2.16.

³⁶⁸ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 87. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio del 2000.

negocial que se haya desarrollado, no otorga la misma competencia a los jueces de lo civil, quienes a diario reciben demandas ejecutivas fundadas en los contratos con consumidores, como es el caso de las entidades bancarias. A comparación de la legislación española, donde “el juez puede apreciar de oficio la nulidad de una cláusula de carácter abusivo, impuesta por las entidades financieras a los consumidores en cualquier proceso en el que se reclame el cumplimiento de la obligación de pago”³⁶⁹. Con todo lo dicho, la intención del legislador de que efectivamente la nulidad de pleno derecho opere *ipso iure*, contraviene los intereses de las partes. Esto demuestra que el legislador, no analizó correctamente a este efecto y su aplicación. El hecho de que la competencia este remitida únicamente para el juez de contravenciones, quien bajo ninguna circunstancia conocerá juicios ejecutivos o verbal sumarios fundamentados en contratos bancarios, es una muestra clara de la necesidad de una reforma. En consecuencia, la protección se limita únicamente a aquellos casos en que el consumidor, posterior a la celebración de un contrato haya descubierto que se obligó ilícitamente y busque iniciar una acción judicial para ser restituido, por lo que en definitiva operaría a petición de parte, por la imposibilidad de que el Juez de Contravenciones, de oficio reconozca la nulidad que acarrea el acto.

3.2.2.4 La nulidad de pleno derecho no prescribe.

La nulidad de pleno derecho es imprescriptible, lo que resulta peligroso y atentatorio a la seguridad jurídica, ya que implica que en cualquier tiempo el consumidor puedan solicitar la *restitutio integrum* del contrato y el reconocimiento de la nulidad de las cláusulas abusivas, en cualquier tiempo. Esto se evidencia de mejor manera en un caso práctico en el que el consumidor y proveedor hayan celebrado un contrato en el 2011 y que ahora en el 2015, el consumidor o proveedor quiera restituir lo recibido, el juez al tratarse de la nulidad de pleno derecho debería en principio aceptar la solicitud de reconocimiento, aun cuando la cosa se hubiese consumido. Antes de este cambio legislativo en el Ecuador, la nulidad más radical era la absoluta la que por evidentes razones de seguridad jurídica, prescribe en el plazo de 15 años.

³⁶⁹ María Gonzalez. “La cláusula que impone un interes de demora desproporcionado determina la apreciacion de oficio de la nulidad de la misma sin la posibilidad de integracion judicial”. *CESCO* (2013): pp. 237-239. p. 238.

3.2.2.5 Está legitimado cualquiera que tenga interés. Aún quien conocía del vicio que lo invalidaba.

Como se mencionó anteriormente la nulidad de pleno derecho al igual que la nulidad absoluta, permite que cualquiera que tenga interés solicite la nulidad de las mismas. Esto en mi opinión resulta peligroso, puesto que en la nulidad de pleno derecho está legitimado aún aquel que conocía la nulidad que acarrea el contrato. En ese caso, el proveedor que redactó el contrato, se beneficiaría de su propio dolo. Sin embargo, al tratarse de una nulidad tan radical, que tenga como propósito el orden público, puede ser solicitada aun por quien lo conocía. Nuevamente, este efecto en relación con la *restitutio integrum* ocasiona un daño, puesto que el proveedor bien podría usar esta herramienta en su beneficio para manipular al mercado. Por ejemplo, ante un contrato de compraventa de un automóvil, el proveedor podrá solicitar el reconocimiento de su nulidad, si la restitución del bien le beneficia lo suficiente.

3.3 La nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión bancarios

Después de todo lo dicho, analizaré si los efectos negativos mencionados se experimentan en las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión bancarios. Por lo mismo en esta parte se descubrirá la consecuencia de cada cláusula abusiva en los consumidores financieros. Es importante aclarar que me referiré a las operaciones de crédito activas, por las que “deben entenderse todas aquellas en las que los bancos condene crédito a sus clientes, sin olvidar que tal crédito puede operar en cualquiera de las tres formas: a) a través de entrega inmediata de dinero al acreditado; b) con la simple puesta a disposición del acreditado de la firma del banco, conocida en la práctica bancaria como crédito de firma”³⁷⁰. En consecuencia serán operaciones activas “el otorgamiento de descuentos y de préstamo (...), las operaciones de tarjeta de crédito, la asunción de obligaciones por cuenta de sus clientes, mediante la suscripción, endoso o aval de títulos de crédito”³⁷¹.

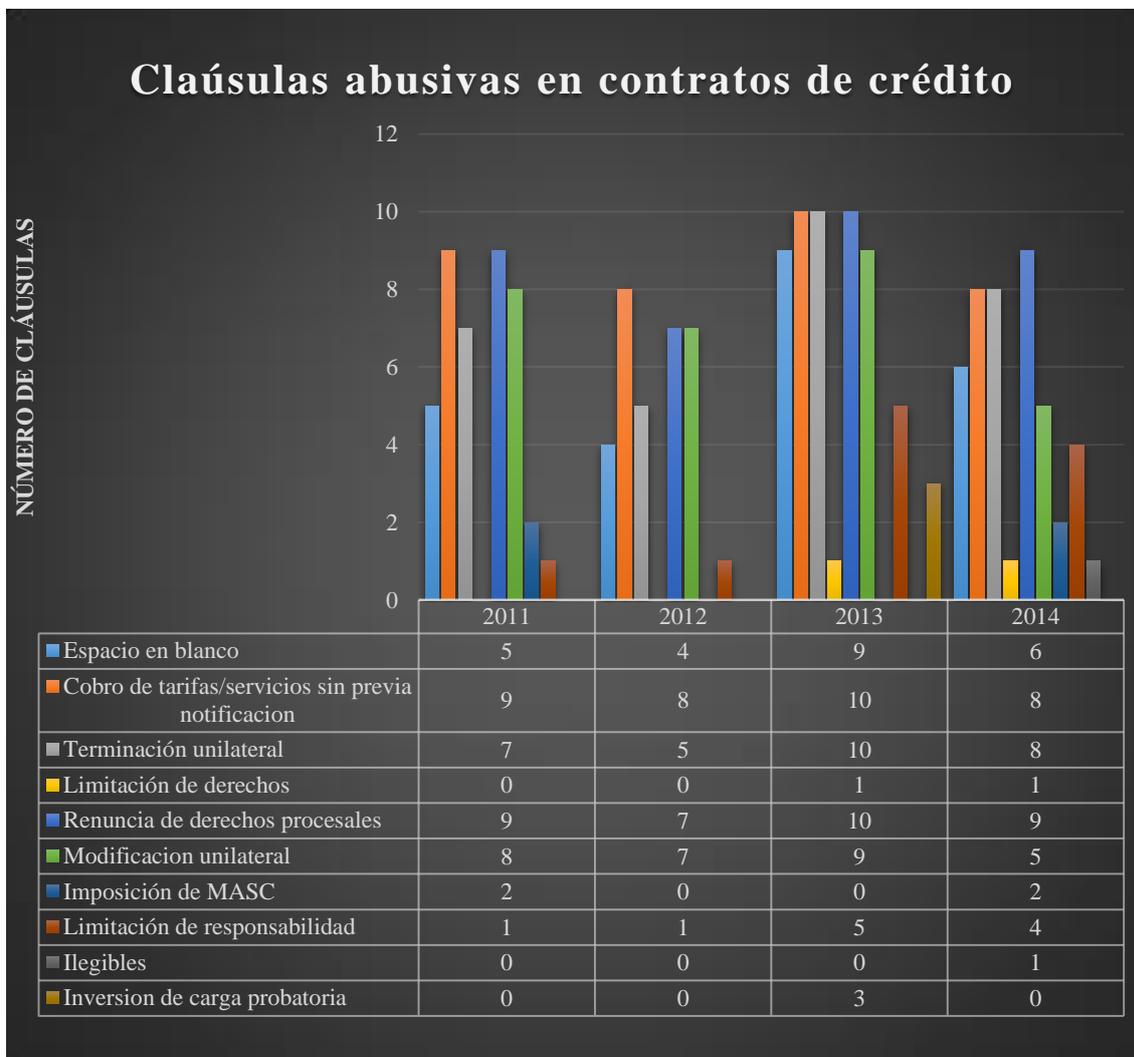
³⁷⁰ Arturo Díaz Brazo. *Operaciones de crédito*. México. IURE Editores (2005): p. 7.

³⁷¹ *Ibíd.*

3.3.1 Análisis estadístico de cláusulas abusivas en contratos de adhesión bancarios.

El presente análisis estadístico, tiene como propósito demostrar la existencia de cláusulas abusivas en contratos de adhesión bancarios. Estos datos fueron obtenidos a través de la revisión de 40 contratos bancarios, tomados al azar y de diferentes instituciones financieras, respecto de los años 2011, 2012, 2013, y 2014. En consecuencia se revisó 10 contratos por cada año. Todos estos contratos fueron, o son usados como prueba en juicios ejecutivos y verbal sumario, iniciados por la institución financiera. Los años hacen referencia a la fecha en la que se inició el proceso judicial, por lo que hay contratos de fechas anteriores. No obstante, el objetivo, es confirmar que a pesar de la entrada en vigencia de la LODC en el año 2000, existen cláusulas abusivas en los contratos de adhesión bancarios, el porcentaje de cláusulas abusivas en los contratos no ha disminuido, los contratos abusivos no han sido modificados, el control de la Superintendencia de Bancos es ineficaz y la nulidad de pleno derecho no cumple su objetivo de protección preventiva. Los contratos bancarios revisados son aquellos referentes a operaciones de crédito, como contrato de tarjeta de crédito, contrato de cuenta corriente, y contrato de préstamo o mutuo en diferentes modalidades de interés. Ahora bien, con el propósito de proteger la identidad de los usuarios financieros, se han anonimizado cada uno de los contratos mediante la identificación por código T-001, T-002, sucesivamente.

El siguiente gráfico representa las cláusulas abusivas insertas en contratos de crédito bancario y su porcentaje anual. En todos los contratos se encontró cláusulas abusivas, es decir que de la totalidad de contratos revisados, se pudo constatar el uso de 174 cláusulas abusivas, todas prohibidas por el artículo 43 de la LODC y por el CDUSF. Esto quiere decir que en promedio cada contrato contenía 4 cláusulas abusivas.



En algunos casos la cláusula abusiva era manifiesta, y en otras ocasiones no, pero una vez analizada en contexto era abusiva.

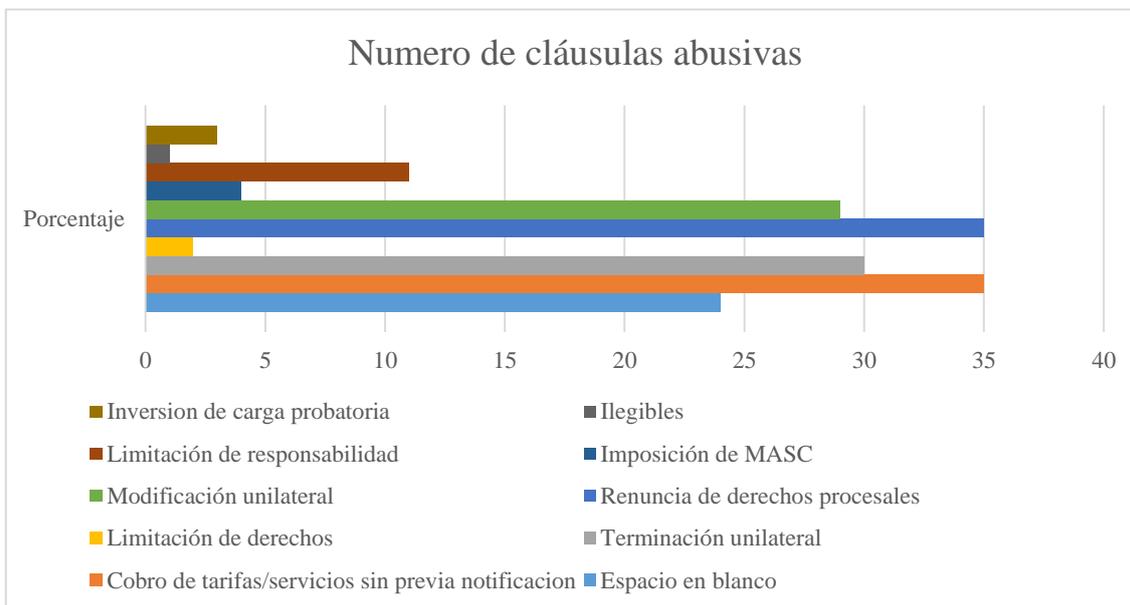
El gráfico en cuestión demuestra que los contratos del año 2013 son los que más cláusulas abusivas contienen. Las instituciones financieras usan con frecuencia la cláusula de cobro de tarifas y/o servicio indeterminados en cuantía y con abstención de notificar previamente al consumidor, prohibida por el CDUSF. Esta cláusula consiste en el pago indeterminado de tarifas, tasas, cobros por servicios administrativos, honorarios de abogados o gastos de cobranza. El problema de estas cláusulas, es que no tienen un rubro o tarifa determinada de pago, por lo que el consumidor, no estuvo debidamente informado al contratar. Por otra parte, en este mismo año se refleja la cláusula de renuncia a los derechos procesales del consumidor amparadas en el artículo 43 numeral octavo de la LODC. Estas cláusulas se presentan a través de la renuncia de fuero, imposición de un trámite judicial específico, o con la mención expresa de renunciar a cualquier reclamo posterior. Para esto, en algunos contratos se estipula una cláusula de consentimiento informado³⁷², que pretende asegurar la voluntad del consumidor por tener “conocimiento” de obligaciones o detalles del contrato que no han sido especificados por escrito.

Asimismo, existe un alto porcentaje en relación a la cláusula de terminación unilateral. Esta cláusula autoriza, a que el proveedor, o en otras ocasiones ambas partes, puedan dar por terminado el contrato bancario. Si bien el artículo 43 de la LODC, prohíbe las cláusulas de terminación unilateral, esta se considera abusiva cuando otorgue esta facultad únicamente al proveedor. No obstante, aun cuando el contrato le otorgue tal potestad, en la práctica los consumidores no gozan de ese derecho, puesto que están sujetos al pago de tarifas, penalidades o dificultades en el proceso, lo que desmotiva la terminación unilateral. La terminación generalmente se limita a ciertos actos, que no siempre se relacionan al incumplimiento del consumidor. En ese caso, se justifica en distintas situaciones como la falta de renovación en la póliza de seguro del préstamo, entre otras [§3.3.2.6]. Por otra parte, en el año 2012 se destaca la cláusula de modificación unilateral del contrato. En este asunto se presenta una grave problemática, puesto que los contratos de crédito al estar sometidos a las tasas que fije la Junta Bancaria, serán modificados los intereses cada tres meses. En consecuencia, se trata de una modificación por ley, y no unilateral por el proveedor. Sin embargo, existen cláusulas que son inequitativas, ya que otorgan a la institución financiera la posibilidad

³⁷² Anexo D. Contrato T-013.

de modificar condiciones, como seguros, servicios, obligaciones en relación a la garantía, costos, multas y más [§3.3.2.5].

Ahora bien, las cláusulas abusivas más usadas son las que se describen a



Claúsulas abusivas en contratos bancario 3

continuación:

Como ya se analizó anteriormente, el cobro de tarifas sin previa notificación y la renuncia de derechos procesales son la mayoría de cláusulas abusivas insertas en los contratos revisados. Posteriormente se encuentra la modificación unilateral y los espacios en blanco. En relación a este último, cabe mencionar que al usar contratos en formulario, en muchas ocasiones se deja el espacio que no era aplicable para el usuario financiero, como datos generales personales o en relación a garantías de las que no gozaba. Este tipo de cláusulas no hubiesen podido ser analizadas si se optaba por contratos otorgados por las propias instituciones financieras. Puesto que al haber sido usados en juicios, demuestra que estaban conforme con el contrato y por lo mismo, a juicio del proveedor no tenía nulidad que lo afecte. Los espacios en blanco se presentaban en cláusulas accesorias como esenciales, referentes al porcentaje de interés, en consecuencia considero que el contrato en su totalidad era nulo. Lamentablemente, en juicio ejecutivo tal contrato fue prueba fehaciente de la deuda y por lo mismo, se ordenó el pago o la remisión de bienes, causando un grave perjuicio al consumidor.

Ahora bien, resulta sorprendente que las cláusulas de exención de responsabilidad del proveedor se hayan usado únicamente en once contratos. Este tipo de cláusula

abusiva en la legislación comparada, es una de las formas de abusos más comunes por los proveedores de bienes o servicios. Sin embargo, no podemos justificar su aplicación indebida en perjuicio del consumidor. El ejercicio de estas cláusulas no pueden ser medibles cuando no existe un organismo de control que sancione las cláusulas abusivas. No obstante, evitan que el consumidor presente reclamos ya que al estar desinformados de sus derechos, creerán que tal cláusula es legítima.

Por otra parte las cláusulas de imposición de MASC, se presentan potestativas como obligatorias. Esto lo menciono porque las instituciones financieras en su mayoría, han optado por otorgar la posibilidad de que se acuda a un tribunal arbitral o la justicia ordinaria. Sin embargo, esta posibilidad queda limitada a través de las condiciones impuestas por el proveedor. Por ejemplo, en el contrato T-035, establece que las controversias serán resueltas bajo las siguientes alternativas:

1. Juicio ejecutivo o verbal sumario, a elección del actor, a tramitarse dentro de los jueces competentes de esta ciudad; o, 2. Resolución de un Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, que se sujetará a lo dispuesto (...) en las siguientes normas: (...) VII) El laudo emitido por el Tribunal Arbitral será definitivo y no estará sujeto a recurso, por lo que las partes se obligan a acatarlo³⁷³.

En este caso existe la renuncia al derecho de contradicción. Además, no se menciona la posibilidad de acudir a otras vías, como la prescrita en la LODC, ante el Juez de Contravenciones. Esta cláusula impone dos opciones únicamente, primero resolverse en un solo fuero elegido por el proveedor, segundo la negativa a impugnar el laudo, y tercero mediante trámite ejecutivo o verbal sumario, cuando en su defecto podría ser también por trámite ordinario.

Finalmente, la cláusula de inversión de carga de la prueba no se encuentra manifiesta en los contratos, puesto que no citan textualmente “la carga de la prueba la tiene el consumidor”. Por el contrario, optan por cláusulas en las que se menciona que el proveedor, presentará las pruebas de cargo y en caso de que fuesen negadas por el consumidor, este deberá probarlo.

³⁷³ Anexo D. Contrato T-035.

3.3.2 Las cláusulas prohibidas por la LODC en los contratos bancarios

Las cláusulas prohibidas por la LODC son aplicables a cualquier relación de consumo, por lo que los proveedores, en este caso, las instituciones financieras deberán tomar en cuenta lo que a continuación se detalla.

3.3.2.1 La cláusula de limitación a la responsabilidad de los proveedores por vicios de los bienes o servicios financieros prestados

La eliminación de oficio de esta cláusula abusiva parece no afectar al objeto del negocio jurídico. Precisamente porque se trata de una actitud dolosa del proveedor para prevenir el uso de la garantía ofrecida al consumidor. Ante esto los vicios redhibitorios son aquellos defectos ocultos que tienen la cosa o el servicio prestado (en principio). Esto se encuentra regulado en el artículo 1798 de CCE, que señala:

Son vicios redhibitorios los que reúnen las calidades siguientes: 1. Haber existido al tiempo de la venta; 2. Ser tales que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que, conociéndolos el comprador, no la hubiere comprado, o la hubiera comprado a mucho menos precio; y, 3. No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio³⁷⁴.

De la misma forma la LODC manda en el artículo 20 que:

[e]l consumidor podrá optar por la rescisión del contrato, la reposición del bien o la reducción del precio, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios, cuando la cosa objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que la hagan inadecuada o disminuyan de tal modo su calidad o la posibilidad del uso al que habitualmente se le destine, que, de haberlos conocido el consumidor, no la habría adquirido o hubiera dado un menor precio por ella³⁷⁵.

Sin embargo, todo lo mencionado me lleva a creer que los vicios redhibitorios serán aplicables únicamente a la compraventa de bienes. Esto lo ratifica el artículo 1797 del CCE cuando prescribe que “[s]e llama acción redhibitoria la que tiene el comprador para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio, por los vicios

³⁷⁴ Código Civil. Artículo 1798. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

³⁷⁵ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 20. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio del 2000.

ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados redhibitorios³⁷⁶. Asimismo el artículo 1806 del CCE, al señalar el plazo de prescripción menciona que

[I]a acción redhibitoria dura seis meses respecto de las cosas muebles y un año respecto de los bienes raíces, en todos los casos en que leyes especiales o las estipulaciones de los contratantes no hubieren ampliado o restringido este plazo. El tiempo se cuenta desde la entrega real³⁷⁷.

En este sentido las entidades bancarias ofrecen un servicio financiero por lo que no se ajustaría a este tipo de cláusula abusiva. No obstante la LODC, impone la creación de un tipo de vicio para los servicios, como sería la reparación defectuosa, que se menciona en su artículo 22³⁷⁸. De igual forma, en el artículo 75 se prescribe que

Cuando los servicios prestados sean manifiestamente defectuosos, ineficaces, causen daño o no se ajusten a lo expresamente acordado, los consumidores tendrán derecho, además de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, a que le sea restituido el valor cancelado. Además, el proveedor de tales servicios, será sancionado con una multa de cincuenta a quinientos dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda de curso legal, sin perjuicio de las demás acciones a que hubiere lugar³⁷⁹.

Un ejemplo de servicio financiero defectuoso se expone en el artículo 249 del Código Orgánico Monetario y Financiero que manda

En caso de pérdida, sustracción, robo o hurto de tarjetas de débito, crédito, de cajero automático, cheques o cualquier otro instrumento que tenga similar objetivo, las entidades del sistema financiero nacional suspenderán cualquier cargo o pago por cuenta de sus clientes, a partir de la hora en que se notifiquen dichos eventos, ya sea por escrito, por teléfono o por cualquier otro medio que constituya medio de prueba, de acuerdo con lo previsto en la ley. Los cargos o pagos efectuados por la entidad financiera por cuenta de sus clientes, que no hayan tomado en cuenta la notificación de pérdida, sustracción, robo o hurto, serán asumidos por la entidad. La entidad asumirá además las responsabilidades que se deriven de fraudes informáticos causados por la debilidad o defectos en sus sistemas. Los cargos o pagos efectuados por las

³⁷⁶ Código Civil. Artículo 1797. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

³⁷⁷ Código Civil. Artículo 1806. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

³⁷⁸ Artículo 22.- Reparación Defectuosa.- Cuando un bien objeto de reparación presente efectos relacionados con el servicio realizado e imputables al prestador del mismo, el consumidor tendrá derecho, dentro de los noventa días contados a partir de la recepción del bien, a que se le repare sin costo adicional o se reponga el bien en un plazo no superior a treinta días, sin perjuicio a la indemnización que corresponda. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 22. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio del 2000.

³⁷⁹ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 75. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio del 2000.

entidades financieras por cuenta de sus clientes imputables a éstos serán de su propia responsabilidad³⁸⁰.

En consecuencia, la nulidad de pleno derecho de una cláusula que limita la responsabilidad del proveedor, no afecta directamente al objeto del contrato, ya que se trata de una cláusula accesorio. Por lo mismo la nulidad será parcial y en beneficio del consumidor por su correcta protección. Este tipo de cláusula se presenta, por ejemplo, cuando el Banco se “exonera de responsabilidad en caso de pago indebido de cheques falsificados”³⁸¹.

3.3.2.2 Las cláusulas que implican la renuncia a derechos de los consumidores financieros.

La ausencia de efectos de este tipo de cláusula abusiva [§1.6.1.2], no produce la nulidad total del contrato, puesto que la misma es accesorio y no afecta al objeto del contrato. La renuncia de los derechos expuestos en la LODC, significa que el consumidor podrá obviar aquello y exigir el cumplimiento de sus derechos inherentes y tácitos por ley. En el caso de que el proveedor alegase que no hubiese celebrado el contrato de esta forma, estaría demostrando su mala fe al contratar, y en consecuencia se debería interpretar todo el contrato a favor del consumidor como lo señala el artículo 1 de la LODC que dicta “[e]n caso de duda en la interpretación de esta Ley, se la aplicará en el sentido más favorable al consumidor”³⁸². En el análisis estadístico [§ 3.3.1] que se realizó, se pudo constatar que únicamente dos contratos contenían la renuncia a derechos no procesales del consumidor, por lo que es poco frecuente el uso de esta cláusula. Cabe recordar que “a renuncia de derechos deviene ineficaz, al menos en lo que concierne a los sujetos protegidos por la [LODC], al considerar nula (...), por tratarse de una norma de orden público e irrenunciables los derechos que reconoce”³⁸³.

³⁸⁰ Código Orgánico Monetario y Financiero. Artículo 249. Registro Oficial Suplemento 332 de 12 de septiembre de 2014.

³⁸¹ Santiago Rivero Alemán. *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*. Navarra. Aranzadi Editorial (1995): p. 269.

³⁸² Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 1. Registro oficial Suplemento 116 de 10 de julio del 2000.

³⁸³ Santiago Rivero Alemán. *Disciplin..... Op.cit.* p.269.

3.3.2.3 Las cláusulas de inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero

La inversión de la carga de la prueba perjudica al consumidor porque dificulta que su pretensión sea probada en juicio. La nulidad de esta cláusula abusiva no produce efectos en la totalidad del contrato, por lo que es accesorio. Definitivamente el proveedor no optaría por que el contrato entero fuese anulado, en lugar de la cláusula únicamente; y de esta forma otorgará los medios suficientes al consumidor para probar su alegación. El efecto de la eliminación de esta cláusula será palpable en juicio, donde el juez de oficio reconozca la ausencia de efectos de esta cláusula. Por lo mismo no se trata de una pérdida del propósito de contratar de las partes, ya que no se aproxima al objeto del contrato bancario. Por ejemplo, en un contrato de cuenta corriente, en el que los cheques emitidos hayan tenido doble numeración con la chequera de otro usuario financiero, la prueba de ello estará a cargo del proveedor, pero hasta ese momento el contrato tuvo apariencia comercial perfecta. Ahora bien, resulta importante recalcar la ineficaz protección del legislador, puesto que, si esta cláusula está inserta en un contrato de préstamos bancario y el proveedor reclama el pago, el consumidor podría alegar que dicha cláusula es abusiva, sin embargo el juez no sería competente para resolver sobre ese asunto, y exigiría que el consumidor probara los pagos realizados. Lo óptimo sería que el juez de lo civil pudiera reconocer el carácter nulo de dicha cláusula y en su defecto invertir la carga de la prueba a favor del proveedor. “En este sentido, se considera ineficaz la cláusula que haga reconocer o confirmar determinados hechos al adherente, o que invierta la carga de la prueba que corresponde al predisponente”³⁸⁴.

3.3.2.4 La imposición de los MASC en los contratos bancarios de crédito.

La imposición de MASC es definitivamente una cláusula accesorio, puesto que se refiere a la solución de conflictos entre las partes, y no al objeto del contrato. Además que, esta cláusula tendrá una excepción ante el consentimiento del consumidor cuando haya sido ratificada como se indicó anteriormente [§1.6.1.4]. En consecuencia, será nula únicamente cuando los MASC hayan sido impuestos o ante la ausencia de aceptación expresa. Esta nulidad no afectará a la totalidad del contrato, sino únicamente de la

³⁸⁴ Santiago Rivero Alemán. *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*. Navarra. Aranzadi Editorial (1995): p. 269

cláusula por lo que no opera la *restitutio integrum*. Esta cláusula será aplicable cuando alguna de las partes quiera iniciar un proceso judicial o un MASCS, en ese sentido el árbitro o juez, deberá desconocer o emplear la cláusula.

3.3.2.5 La cláusula de variación unilateral del contrato bancario por las instituciones financieras.

A pesar de que esta cláusula podría estar relacionada directamente con el objeto del contrato puesto que tiene como propósito evitar la variación unilateral del precio u otras cláusulas. Su eliminación no estará relacionada al objeto del contrato, puesto que se trata de la capacidad del proveedor de modificar el contrato. Si bien para el proveedor podría ser fundamental esta cláusula ya que el contrato depende de las circunstancias económicas, como por ejemplo aquellos contratos de tracto sucesivo [§1.6.1.5], como el contrato de tarjeta de crédito, es posible que el proveedor necesite cambiar las cláusulas que le están ocasionando un perjuicio. En este caso no podrá modificarlo unilateralmente, por el contrario deberá informar al consumidor y dejar constancia de su aceptación. En definitiva, la nulidad de esta cláusula no producirá efectos negativos ante las partes, puesto que el proveedor podría acudir a otros medios de modificación y no provocará la *restitutio integrum*. No obstante, si afectará el objeto del contrato, si el proveedor lo modifica de tal forma que ocasione un perjuicio al consumidor. El doctrinario Santiago Rivero al respecto menciona que

El denominado coste total no podrá ser modificado en perjuicio del acreditado salvo pacto previsto en acuerdo formalizado por escrito, y aun así la actualización deberá sujetarse a un índice objetivo que ha de operar al alza o a la baja, cuyo acuerdo escrito de actualización habrá de contener, en todo caso, los siguientes particulares: a) Los derechos que correspondan a las partes en orden a la variación y procedimiento al que deba ajustarse. b) Expresión del diferencial aplicable, en su caso, al índice de referencia para determinar el nuevo coste. Ello tiene lugar en el supuesto que éste no se aplique en su integridad, o se complemente por incremento o decremento. c) identificación del índice utilizado, por denominación o descripción clara del mismo y del procedimiento para su cálculo; en todo caso, los datos que sirvan de base para su determinación habrán de ser objetivos³⁸⁵.

En consecuencia menciona que “el cobro indebido producirá de inmediato el devengo del interés legal a favor del consumidor”³⁸⁶. En el análisis estadístico, muchos contratos usaban la fórmula de interés establecido al momento del pago por la Junta Bancaria, por

³⁸⁵Santiago Rivero Alemán. *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*. Navarra: Aranzadi Editorial (1995): p. 170.

³⁸⁶ *Id.* p. 171.

tal razón, existe una aceptación previa de modificación unilateral, la misma que deberá ser analizada en referencia a dichas disposiciones.

3.3.2.6 La cláusula de resolución o suspensión unilateral del contrato bancario de crédito.

Este tipo de cláusula es accesoria, por lo que su nulidad no afecta al objeto del contrato por el cual las partes se obligaron. En el caso de servicios financieros podrían ser contratos de préstamo, o de tarjeta de crédito, en los que el proveedor tuviese la facultad de resolver el contrato unilateralmente. Se entiende por tarjeta de crédito a “el documento que permite a su tenedor legítimo disponer del crédito abierto a su favor por el emisor de la tarjeta, [en este caso, la institución financiera] para efectuar consumos de la más diversa índole”³⁸⁷. Como se indicó anteriormente [§1.6.1.5] el CCE prohíbe la resolución unilateral, por lo que estas cláusulas de aceptación aparente, serán nulas. Al tratarse de una cláusula que no se relaciona al objeto del contrato, su nulidad no podrá afectar a la totalidad del contrato. Ahora bien, “esta infracción se produce cuando la relación contractual tiene un plazo determinado; en cambio, no merece la misma apreciación cuando no encontramos en presencia de una relación continuada, (...) porque nadie queda obligado *sine die*”³⁸⁸.

Esta cláusula abusiva es una eficaz forma de protección a los intereses del consumidor, por tal razón es beneficiosa la ausencia de efectos, ya que en caso de que el proveedor resolviera el contrato fundamentándose en esta cláusula, el juez deberá desconocer de oficio la misma; declarando el incumplimiento del proveedor moroso. Ejemplo del uso de esta cláusula en el sector financiero se evidencia en los contratos de cuenta de ahorros, donde a pesar de que no se establece la obligación del consumidor de mantener un valor mínimo de depósito, la institución financiera decide suspender el servicio unilateralmente por fondos mínimos; o por ejemplo el retiro de la tarjeta de crédito por razones ajenas al incumplimiento de pago del consumidor. Ante esto, Santiago Rivero menciona que “en ocasiones, existe una igualdad aparente, cuando se confiere la facultad resolutoria unilateral a ambas partes, puesto que la repercusión de la decisión no tiene la misma trascendencia según quien la aporte, dada la debilidad del

³⁸⁷ Arturo Díaz Brazo. *Operaciones de crédito*. México. IURE Editores (2005): p. 58.

³⁸⁸ Santiago Rivero Alemán. *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*. Navarra. Aranzadi Editorial (1995): p. 266.

consumidor³⁸⁹. En los contratos bancarios revisados, el uso de esta cláusula es muy común, sin embargo, considero que por la posición desventajosa del consumidor, no será él, quien decide resolver el contrato.

3.3.2.7 Las cláusulas que incluyen espacios en blanco o ilegibles en los contratos de adhesión bancarios.

Este tipo de cláusula abusiva puede perjudicar al consumidor al ser tan amplia, puesto que en los espacios en blanco podría encontrarse a las condiciones referentes a los intereses, tasas o costos de los servicios financieros. En consecuencia la nulidad de la cláusula, que tenga dicho espacio, podría ocasionar la nulidad total del contrato, lo que tendría como resultado la restitución de las partes. Un claro ejemplo es cuando la institución financiera deja en blanco la tasa de interés a la que se obliga el consumidor; y posteriormente por incumplimiento del consumidor decide demandar por vía ejecutiva los valores adeudados basados en un interés que consta en la tabla de amortización, pero no se encuentra en el contrato. Pues bien el Juez de lo Civil, debería remitir el asunto de la nulidad de la cláusula al juzgado de contravenciones para que se reconozca como nulo todo el contrato por tratarse de un elemento esencial. En consecuencia, las partes no podrían cumplir con el objeto del negocio y se verían obligados a restituir la totalidad del dinero. En este caso, se perjudicaría el consumidor puesto que difícilmente tendrá toda la cantidad adeudada. Mientras que la institución financiera únicamente perderá su ganancia en tasas, intereses y demás servicios financieros. Evidentemente esta cláusula no resulta viable para el consumidor. Peor aún, cuando el consumidor se niegue a pagar lo adeudado fundamentándose en la nulidad de tal cláusula, o presente esta como excepción a su incumplimiento. Si bien, el propósito de la LODC igualar la posición contractual del consumidor, no se puede en ese proceso perjudicar al proveedor.

Por otra parte, si se trata de una cláusula sustancial ilegible, será nulo todo el contrato, En consecuencia indirectamente se crea la obligación del proveedor de conservar en perfecto estado los contratos a largo plazo, y en caso de que estos fuesen ahora inentendibles, deberá optarse por una renovación. Asimismo, se considera a la letra pequeña una forma de abuso hacia el consumidor. Por lo que este argumento podrá

³⁸⁹ *Id.* p. 267

ser usado como fundamento de excepción o acción. En este caso la nulidad afectará parcialmente al contrato.

Como se mencionó anteriormente [§1.6.7], existe una dificultad probatoria por el consumidor, puesto que al tratarse de cláusulas en blanco, estas podrían ser fácilmente llenadas al momento de usarse como fundamento de demanda. Una vez más, se demuestra la necesidad de que la nulidad sea analizada por el juez.

3.3.2.8 Las cláusulas de renuncia de los derechos procesales por parte del usuario financiero.

La cláusula abusiva que implica la renuncia de cualquier derecho procesal, que se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico, es una prohibición demasiado amplia. Estas cláusulas abusivas al no definir los derechos procesales y abarcar todos, hacen que la nulidad de pleno derecho no sea el efecto ideal, puesto que no puede operar *ipso iure*. En este sentido, será necesario que un juez reconozca el derecho procesal al que se renuncia o en su defecto aquel que se alega en juicio, por lo que hasta ese momento el consumidor queda en indefensión. Resulta contradictorio que el legislador haya decidido otorgar un efecto tan estricto para una disposición tan abierta. Cuando el juez reconozca la nulidad de la renuncia del derecho procesal que tiene el consumidor se terminará la apariencia válida, y seguirá sin producir efecto alguno. Esta cláusula prohibida es accesoria puesto que no afecta al objeto del negocio, por lo que su nulidad es únicamente parcial.

3.3.2.9 El efecto de la cláusula abusiva abierta en los contratos bancarios.

El literal noveno del artículo 43 de la LODC, establece como cláusula abusiva aquellas que contraríen el orden público y las buenas costumbres. [§1.1.6.5] Cuando la nulidad de pleno derecho se justifique en dicha cláusula deberá ser declarada por un juez, precisamente porque, al tratarse de conceptos tan amplios necesitan ser limitados o corroborados. La nulidad de pleno derecho no es un efecto idóneo para esta cláusula, puesto que difícilmente se podrá determinar su carácter de abusiva de pleno derecho. Tal es el caso, que cuando el consumidor considere que cierta cláusula se ajusta a esta prohibición y por lo mismo decide desconocer sus efectos, es probable que el proveedor solicite su declaratoria, precisamente porque el carácter de dicha cláusula es incierto. Esta cláusula permite el consumidor se justifique, en cualquier hecho contradictorio

entre las partes, lo que crea incertidumbre al contratar. La nulidad de pleno derecho al operar *ipso iure* debe ser estricta en determinar los casos para los que será aplicable, sin embargo siendo tan abierta deja en desprotección al consumidor. Porque aquellas cláusulas que si contrarían al interés público y las buenas costumbres no estarán claramente determinadas. Esto significa que el consumidor difícilmente se arriesgará a asumir tal pretensión con el peligro de ser declarado incumplido. A pesar de todo lo dicho, se debe tomar en cuenta que el artículo 1582 de la CCE establece que

No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella³⁹⁰.

En este sentido, el juez deberá interpretar en sentido favorable al consumidor, quien se podrá sustentar en esta cláusula abierta en los contratos de adhesión bancarios. Ante esto la LODC en el artículo 1 establece que se interpretara en el sentido más favorable al consumidor. Por lo que será deber del Juez sentar la balanza a favor del usuario financiero.

3.3.3 Las cláusulas prohibidas por la CDUSF

Ahora bien, una vez que he analizado a la nulidad de pleno derecho, en aplicación a las cláusulas prohibidas por la LODC, pasaré a entender las cláusulas prohibidas por el CDUSF o por las Resoluciones de la Superintendencia de Bancos.

3.3.3.1 El efecto de la nulidad de pleno derecho en las cláusulas de cobro de tasas de interés, tarifas por servicios y/o gastos que no cumplen tal calidad

Este tipo de cláusulas abusivas afectan al objeto del contrato, puesto que los intereses son una cláusula esencial, ya que es la ganancia que obtiene la institución financiera por la prestación del servicio bancario. Ante esto Lyczkowska considera que

se trata de un elemento esencial del contrato, en tanto precio del servicio. Una parte de la escuela sostenía que no puede someterse al control un elemento contractual de este tipo, puesto que enjuiciar el precio atentaría contra la libertad del mercado. En la directiva UE 93-13 en su artículo 4.2. impide enjuiciar una cláusula referida al objeto del contrato. [Sin embargo] el legislador optó por extender el ámbito de

³⁹⁰ Código Civil. Artículo 1582. Registro Oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.

protección del consumidor y permitir que el juez entre a valorar la posible abusividad de una cláusula del objeto del contrato³⁹¹.

Los intereses se presentan en contratos de préstamo, tarjeta de crédito, contrato de inversión, pólizas, entre otros. En este sentido, la nulidad de pleno derecho perjudica al proveedor del servicio, ya que el consumidor podría alegar su cumplimiento, con el pago único del dinero prestado y por consiguiente abstenerse del pago de intereses. La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, en adelante “Junta”, tiene entre sus facultades, el “[e]stablecer los niveles de crédito, tasas de interés, reservas de liquidez, encaje y provisiones aplicables a las operaciones crediticias, financieras, mercantiles y otras”³⁹². Ante esto el artículo 130 del COMF, establece que la “Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera podrá fijar la tasas máximas de interés para las operaciones activas y pasivas del sistema financiero nacional y las demás tasas de interés requeridas por la ley, de conformidad con el artículo 14 numeral 23 de este Código”³⁹³. En consecuencia, no tendrán la calidad de intereses o tarifas aquellas cláusulas que no hayan sido aprobadas por la Junta. Por otra parte, en relación a los cargos por servicios financieros, el artículo 247 del Código Monetario y Financiero prescribe que

Artículo 247.- Las entidades del sistema financiero nacional no aplicarán o cobrarán cargos por servicios que no han sido prestados por la entidad, ni podrán establecer cargos por servicios financieros que no estén autorizados por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Cualquier cargo efectuado en contra de esta disposición deberá ser restituido al usuario financiero, sin perjuicio de las sanciones a las que hubiere lugar³⁹⁴.

El consumidor promedio difícilmente tendrá certeza de que los intereses pagados han sido aceptados o no por la Junta, en consecuencia, difícilmente podría detectar

³⁹¹ Karolina Lyczkowska. “Los intereses en los contratos de préstamo y las normas que rigen su licitud”. *CESCO* (2013): pp. 103-109. p. 104.

³⁹² Código Orgánico Monetario y Financiero. Artículo 14. Registro Oficial Suplemento 332 de 12 de septiembre de 2014.

Vid. Artículo 130.- Tasas de interés. La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera podrá fijar las tasas máximas de interés para las operaciones activas y pasivas del sistema financiero nacional y las demás tasas de interés requeridas por la ley, de conformidad con el artículo 14 numeral 23 de este Código. Se prohíbe el anatocismo. Código Orgánico Monetario y Financiero. Artículo 130. Registro Oficial Suplemento 332 de 12 de septiembre de 2014.

³⁹³ Código Orgánico Monetario y Financiero. Artículo 131. Registro Oficial Suplemento 332 de 12 de septiembre de 2014.

³⁹⁴ Código Orgánico Monetario y Financiero. Artículo 247. Registro Oficial Suplemento 332 de 12 de septiembre de 2014.

aquellas cláusulas abusivas insertas en los contratos de adhesión bancarios. Si se anulase dicha cláusula por la mala fe del proveedor, se podría causar la nulidad total del contrato o de la cláusula abusiva únicamente. En primer lugar, es necesaria la declaración judicial puesto que con el primer pago que se haya realizado por el consumidor, se comprueba la existencia de una apariencia de negocio perfecto, en consecuencia, el Juez deberá declarar lo contrario. Posteriormente, deberá analizar si el contrato puede subsistir sin dicha cláusula. Un ejemplo de esto, son aquellas cláusulas de cálculo de interés sobre interés, en las que se calcula el intereses en base a la totalidad del préstamo, para el pago de cada cuota, cuando lo correcto es que se calcule en base a lo adeudado y no a la totalidad del valor adquirido. De igual forma, aquellos intereses que superen la tarifa establecida por la Junta, serán nulos de pleno derecho. Ante esto el doctrinario Marcelo López considera que

los principales casos en los que se ha hecho aplicación de la posibilidad de nulificación parcial han sido: a) la nulidad parcial de la cláusula que establecía intereses excesivos, ya que lo único que es nulo es la cláusula que establece la tasa de intereses en sí, porque reduciéndolos a la cuantía que resulte conforme a derecho y equidad se subsana el defecto. El pacto que estipula intereses usurarios adolece de nulidad parcial, correspondiendo invalidar la cuantía de dichos intereses en cuanto tienen de exorbitantes³⁹⁵.

Sin embargo, debemos recordar que los intereses si pueden ser analizados como abusivos, aún cuando parte de la doctrina considere lo contrario. De igual forma lo menciona en relación a los intereses moratorios por incumplimiento del plazo para el pago, al mencionar que

resulta procedente la nulidad parcial de la cláusula de intereses moratorios, en el sentido de que lo único que es nulo es la cláusula que establece la tasa de interés en exceso, más no los intereses en sí, porque reduciéndolos a la cuantía que resulte conforme a derecho y equidad se subsana el defecto. (...) La nulidad parcial de una disposición en el acto no perjudica a las otras disposiciones validas, siempre que sean separables³⁹⁶.

No obstante, otra parte de la doctrina española considera que la posibilidad de considerar nulo únicamente el exceso, incentiva esta práctica, puesto que no recibiría sanción alguna por el ilícito. Ante esto María Gonzales establece que “[l]a nulidad de las cláusulas abusivas por imposición de intereses de demora excesivo (20.50% anual)

³⁹⁵ Marcelo López. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales*. Buenos Aires: Depalma, 1998. p. 124.

³⁹⁶ *Id.* p. 382.

determina la apreciación de oficio de la nulidad de la misma sin la posibilidad de integración judicial”³⁹⁷. Por integración judicial me refiero precisamente a declarar nula la cláusula hasta el monto máximo, o la posibilidad de que el juez reconozca la nulidad de la cláusula, y a su vez imponga otro interés en conformidad con la ley.

3.3.3.2 Las cláusulas de cobro de tarifas por servicios y/o gastos futuros sin que se establezca la obligación de informar previamente los conceptos y la oportunidad en que resulten exigibles en los contratos bancarios y la aplicación de la nulidad de pleno derecho

Este tipo de cláusulas abusivas son aplicables para aquellos servicios que otorga la institución financiera, condicionados a un hecho o circunstancia. En este sentido, se considera como abusiva cuando el usuario financiero no ha sido informado de las circunstancias en las que se generará estos cobros por servicio. Por lo mismo, cada cláusula contractual respecto a la prestación de servicios, deberá tener a su vez, la obligación del proveedor de informar al usuario, caso contrario será nula de pleno derecho. En consecuencia, al tratarse del cobro de un servicio esta cláusula abusiva está relacionada directamente con el objeto del contrato, por lo que su nulidad podría acarrear su nulidad total. Por ejemplo,

[e]n un contrato que tiene como perjuicio que el total del interés a cobrarse es mucho mayor al pactado, el tribunal de justicia europeo el 15 de marzo de 2012 decidió que es más favorable para el consumidor declarar la nulidad del contrato que limitarse a pronunciar la abusividad de algunas de sus cláusulas. El tribunal estableció que debido “a que la información ofrecida es falsa, cabe calificar la práctica comercial como engañosa”³⁹⁸.

Nuevamente al crearse una apariencia negocial, es necesario que el juez reconozca tal nulidad. En el análisis estadístico, se pudo constatar que este tipo de cláusula abusiva es el más común, ya que el proveedor se exime de informar previamente al consumidor. Los datos arrojados en la estadística solo demuestran la necesidad de que sea regulado el contrato de manera oportuna y eficaz.

³⁹⁷ Sentencia No. 552-2012 de 28 noviembre de 2012 Asunto: AC 2012-1648. María Gonzalez. “La cláusula que impone un interés de demora desproporcionado determina la apreciación de oficio de la nulidad de la misma sin la posibilidad de integración judicial”. *CESCO* (2013): pp. 237-239. p. 237.

³⁹⁸ Karolina Lyczkowska. “Los intereses en los contratos de préstamo y las normas que rigen su licitud”. *CESCO* (2013): pp. 103-109. p. 104.

4 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Toda vez que he podido analizar a las cláusulas abusivas y a la nulidad de pleno derecho como su efecto, puedo concluir que a pesar de la intención del legislador de otorgar medios eficaces de protección a los consumidores, el uso de la nulidad de pleno derecho, omite su relación con otras instituciones del derecho civil, por lo que es antitécnico. Este tipo de nulidad no es el efecto adecuado para las cláusulas abusivas, y esto se demuestra en base a los siguientes argumentos:

1. El contrato bancario de crédito, a pesar de ser inválido parcialmente, tiene una apariencia negocial perfecta frente a las partes y terceros, por lo que es necesaria la declaración judicial que confirme o reconozca su nulidad. Esto resulta contradictorio con el carácter *ipso iure*, de la nulidad de pleno derecho.
2. Así mismo, la nulidad de pleno derecho al no prescribir genera inseguridad jurídica en los contratos bancarios de crédito, en relación a las partes y terceros.
3. La cláusula abusiva descrita en el artículo 43 inciso noveno es tan amplia que requiere ser determinada por un Juez para su limitación y posterior protección al consumidor.
4. Sin declaración judicial, no podrá ser nulo todo el contrato bancario aun cuando tuviere varias cláusulas abusivas.
5. El derecho a las restituciones recíprocas se otorga por sentencia judicial, en consecuencia, ninguna de las partes tendrá ese derecho, a través de la nulidad de pleno derecho.
6. La acción reivindicatoria se ordena por sentencia, por lo que la nulidad de pleno derecho deja en indefensión al consumidor afectado.
7. Las cláusulas abusivas pueden afectar al objeto del contrato bancarios, entonces el consumidor puede abstenerse de cumplirlo amparado en la Ley. No obstante sin declaración judicial, la institución financiera podría iniciar una acción por incumplimiento.
8. La cláusula abusiva por espacios en blanco puede afectar cualquier estipulación del contrato, por lo mismo al ser una cláusula abusiva tan amplia, requiere que el Juez compruebe que dicha cláusula tiene espacios en blanco sustanciales.

9. La protección por ley a los usuarios financieros, a través de la nulidad de pleno derecho, es ineficaz. Por lo que deberá ser declarada judicialmente o a través de un control efectivo por la Superintendencia de Bancos.

En consecuencia, considero necesario que el artículo 43 de la LODC sea reformado, con el fin de que vaya acorde a las instituciones del derecho civil. Por tanto, o bien se modifica el efecto de las cláusulas abusivas o se reformula la regulación contractual en el Ecuador. Por ejemplo en relación a la primera opción, la legislación alemana opta por

la incorporación de una norma general, aplicable a todos los casos que se le subsuman, especialmente los no enunciados como prohibidos con o sin apreciación judicial. Y tiene dos listados adicionales, uno que tiene la “posibilidad de apreciación” y el otro que no es posible de apreciación³⁹⁹.

En este sentido, el sistema alemán diferencia a las cláusulas abusivas que deben ser anulables de aquellas que deben ser nulas de pleno derecho, “cuya diferencia estriba en que mientras la primera constituye una lista gris, esto es, de cláusulas que podrán ser consideradas como abusivas según la apreciación del juez y, por tanto, tan solo “sospechosamente” abusiva, la segunda constituye una autentica lista negra de cláusulas abusivas”⁴⁰⁰. Estas dos listas contienen a su vez, cláusulas arriesgadas y cláusulas rigurosamente prohibidas. Las arriesgadas son aquellas

las que el riesgo de que el cliente salga perjudicado es muy grande. La validez de las cláusulas depende de la apreciación del juez que evalúa las circunstancias y determina si dichas cláusulas son inapropiadas, irracionales o no justificadas. En definitiva, queda entregada a los tribunales la tarea de ir precisando cada uno de los numerando que establece el parágrafo 0. Estas cláusulas son sancionadas con ineficacia relativa (artículo 10 de la Ley AGB)⁴⁰¹.

Y por otra parte serán cláusulas rigurosamente prohibidas aquellas que:

carecen por completo de validez, y no están sujetas a revisión, son ineficaces en todo caso. Los tribunales se limitarán a determinar si las características de una específica cláusula prohibida se cumple y en dicho caso la sanción automática será la nulidad. Se trata de un control sustantivo o de fondo (artículo 11 de la Ley AGB)⁴⁰².

³⁹⁹ Rubén Stiglitz, “Reglas secundarias de conducta”. Contratos. Gabriel Stiglitz. s.f. p. 121.

⁴⁰⁰ Rodolfo Catalán. *Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión*. 2004. <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjc357c/pdf/fjc357c-TH.back.1.pdf>>. (acceso: 15 de Agosto de 2014).

⁴⁰¹ *Ibíd.*

⁴⁰² *Ibíd.*

De igual forma lo propone la legislación española a través de la Directiva, que reconoce tres tipos de cláusulas con efectos distintos. Por ejemplo “el anexo II de la propuesta contiene un listado de cláusulas que se reputan abusivas en cualquier circunstancia, excluyéndose así la procedencia de cualquier juicio valorativo al respecto”⁴⁰³. Por otro lado, en el anexo III “recoge, como presuntivamente abusivas”⁴⁰⁴ y en el anexo II “aquellas que más frontalmente lesionan el principio de equilibrio contractual”⁴⁰⁵. Este tipo de clasificación de las cláusulas abusivas también se muestran en la legislación Portuguesa “con cláusulas absolutamente prohibidas y otras que lo son relativamente”⁴⁰⁶.

Por otra parte, considero que el legislador puede modificar el efecto de las cláusulas abusivas, a una nulidad absoluta por objeto ilícito al ser una norma prohibitiva expresa. En ese caso, las cláusulas abusivas se remitirán a las reglas de anulabilidad. Todo esto me lleva a concluir que, existen muchas otras mejores opciones para el efecto de las cláusulas abusivas, que a su vez, protejan adecuadamente al consumidor y otorguen los medios suficientes para garantizar el equilibrio en la relación contractual.

⁴⁰³Marta Carballo. “Las cláusulas contractuales no negociadas ante la propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores”. *Indret* (2010). p.119.

⁴⁰⁴ *Ibíd.*

⁴⁰⁵ *Ibíd.*

⁴⁰⁶ Rubén Stiglitz. “Reglas secundarias de conducta”. *Contratos*. Gabriel Stiglitz. s.f. p. 322.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOCTRINA

- Aguar, Hugo. *Tratado sobre la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa en el derecho civil de las obligaciones*. www.eumed.net/libros/2010c/748/. (acceso: 10/02/2015)
- Águila, Jesús. “Cláusulas abusivas, cláusulas predisuestas y condiciones generales”. *Dialnet* (s.f.).
- Aguilar, Juan Pablo. *La nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas*. Entrevistador: Sofia Velasco. 3 de febrero de 2015.
- Alarcón, Rojas Fernando. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Aldana, Luz. *Temas selectos del derecho comercial internacional*. Alemania: Editorial Académica Española, 2013. Alterini, Arrubla, Bonivento, Cárdenas, Cubides, De ángel & otros, *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*. (Tomo IV, vol. 1), Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Temis.
- Alterini, Atilio. *Derecho privado*. Buenos aires: Abeledo - Perrot, 1995.
- Ataz Joaquín. “Artículo 1254”. Comentarios al código civil y compilaciones forales. Manuel Albaladejo y Silvia Diez Alabart (ed). España: EDERSA, 2011. http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-1-254-262371?_ga=1.201325613.2034029468.1423045234 (acceso: 12/12/2015).
- Bercovitz, Rodríguez Cano. Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores. p. 199. Citado por: Juan Farina. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea, 2000.
- Borda, Guillermo. *Manual de Derecho Civil*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1999.
- Barrera Andrade Cevallos & Abogados BAC LAW. Breves Observaciones al Proyecto de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. <http://www.baclaw.ec/pdfnoticias/brevesobservaciones.pdf>. (acceso: 25/12/2014)
- Cabanelas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta, 2011
- Calvo, Rafael. “Revisión administrativa. Anulabilidad. Lesividad”. *Anuario Fiscal* (2003).
- Carballo, Marta. “Las cláusulas contractuales no negociadas ante la propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores”. *Indret* (2010).
- Carranza, César. “Sobre las cláusulas abusivas: a propósito de la ley complementaria del sistema de protección al consumidor de Perú”. (2009).
- Carrasco, Angél. “Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducirlas, moderarlas ni modificarlas”. *CESCO*. (2012). pp. 146-147.
- Carrasco, Angél. “SAP Madrid 242/2013 de 26 de julio, sobre acción de cesación y nulidad de cláusula bancaria abusiva en los condicionados generales de BBVA y Banco Popular”. *CESCO*. (2013).

- Carrasco, Angél. “Un mapa de situación; Directivas e cláusulas abusivas, de prácticas desleales y de “derechos” de los consumidores”. *CESCO*. (2012). pp. 80-94.
- Catalán, Rodolfo. *Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión*. 2004. <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2004/fjc357c/pdf/fjc357c-TH.back.1.pdf>>. (acceso: 15 de Agosto de 2014).
- Castrillón, Victor. *Contratos mercantiles*. México: Porrúa, 2002.
- Chabas, François. “El régimen de cláusulas abusivas en derecho francés”. *Revista de derecho comparado* (2000).
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Bogotá: Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- Compagnucci, Rubén. *El negocio jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992
- Cordero, Encarna. “Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: Puede el consumidor recuperar los pagos excesivos?”. *CESCO* (2013). Pp.129-133.
- Coronel, Cesar y Oscar Del Bruto. “Nulidad e Inexistencia de los Actos Jurídicos en el Derecho Ecuatoriano”. *IUS HUMANI* (2011).
- Coronel, Cesar. “Los seis errores más comunes en la interpretación jurídica ecuatoriana”. *IUS HUMANI*. Revista de Derecho (2009).
- Corral, José. *Cláusulas abusivas*. 2013. <http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-103211.pdf>. (Acceso: 10 de diciembre del 2015)
- Creimer, Israel. “Cláusulas Abusivas”. *Revista de Derecho Comparado* (1999).
- Díaz Bravo, Arturo. *Operaciones de crédito*. México. IURE Editores (2005).
- De la Fuente, Horacio. *Orden Público*. Buenos aires: Astrea, 2003.
- De la Maza, Iñigo. “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”. *Revista chilena de derecho privado* (2003).
- De la Puente, Manuel y Lavalle. *El contrato en general*. Lima: Fondo Editorial, 1991.
- Delforge, Catherine. “El control de las cláusulas abusivas en el derecho belga”. *Revista de derecho comparado*. Bélgica. (1999).
- Delgado, Jesús, y María Ángeles Parra. *Las nulidades de los contratos*. Madrid: DYKINSON S.L, 2005.
- Ebers, Martín. “El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional”. *InDret* (2012).
- Echeverri, Verónica. “El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores”. *Opinión Jurídica Universidad de Medellín*. (2001).
- Esterlín, Felipe y Mario Castillo. “Las cláusulas abusivas en el ordenamiento civil peruano”. *Revista de derecho comparado* (2000).
- Farina, Juan. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea, 2000.
- Farina, Juan. *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires: Astrea, 2005.
- Fernández, Carlos. *Abuso del derecho*. Buenos aires: Astrea, 1992.

- González, María. “La cláusula que impone un interés de demora desproporcionado determina la apreciación de oficio de la nulidad de la misma sin la posibilidad de integración judicial”. *CESCO* (2013): pp. 237-239.
- Guerrero, Carlos. “¿Pueden ser cláusulas abusivas los pactos de vencimiento anticipado?”. *Diario Jurídico*. <<http://www.diariojuridico.com/pueden-ser-clausulas-abusivas-los-pactos-de-vencimiento-anticipado/>>. (acceso: 15/07/2014).
- Gherzi, Carlos. *Nulidades de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Editorial Universidad: 2005.
- Gomá Salcedo, José Luis. *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*. BOSCH, 2010.
- Hocsmán, Heriberto Simón. “Contrato de concesión comercial”. *Revista digital Justiniano*. http://www.justiniano.com/revista_doctrina/contrato_comercial.htm (acceso: 30/04/2014)
- Jijón, Rodrigo. “La acción de nulidad contra sentencias dictadas en juicio ejecutivo”. *IURIS DICTIO* (2002):
- Kabas de Martorell, María. *Responsabilidad de los bancos frente al cliente*. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni. 2006.
- Koppel, Eduardo. *La acción de lesividad*. Tesis posgrado. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2007.
- Lacruz, José Luis y otros. *Derecho de obligaciones*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1987.
- Lamprea Pedro. *Anulación de los actos de la administración pública*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2004.
- Larenz, Karl. *Derecho de obligaciones*. (Tomo I) Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid: 1958.
- Larroumet, Christian. *Teoría General del Contrato*. Editorial Témis: vol. I, Bogotá D.C., 1993.
- López, Marcelo. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales*. Buenos Aires: Depalma, 1998.
- Lyczkowska, Karolina. “Los intereses en los contratos de préstamo y las normas que rigen su licitud”. *CESCO* (2013): pp. 103-109.
- Maluquer de Motes, Carlos. *Derecho de la persona y negocio jurídico*. Barcelona: BOSCH, 1993.
- Marín, Manuel. La “voluntad virtual” del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores?. *CESCO* (2013): pp. 35-43.
- Marín, Mayda. “La protección de los consumidores financieros”. *El Ágora* (2013): pp. 454-584.
- Márquez, José Antonio. *Los principios generales de los contratos*. <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/10/marquez10.pdf>. (acceso: 28 de febrero de 2015)
- Márquez, José. *La teoría general de las nulidades*. México: Editorial Porrúa: 1996.

- Martínez, Pascual. "Concepto de "desequilibrio importante" del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores". *CEESCO* (2014): pp. 189-192.
- Martínez, Pascual. "El carácter abusivo de la exigencia de tarjeta de crédito en establecimientos turísticos" *CEESCO* (2012): pp. 157-162.
- Martínez, Pascual. "Que hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas? *CEESCO* (2014): pp. 76-84.
- Melgarejo, Dhery. "Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión". *Revista de derecho comparado* (2000).
- Moreno, José. "Cláusulas contractuales abusivas en el derecho paraguayo". *Revista de derecho comparado* (2000).
- Mosset, Jorge. "Las cláusulas abusivas en la contratación". *Revista de Derecho Comparado* (1999).
- Mosset, Jorge. *El principio de buena fe y las cláusulas contractuales abusivas*. Universidad Nacional de Buenos Aires, Argentina.
- Morand, Luis. *Legislacion Bancaria*. Buenos Aires: Astrea, 2000
- Muñoz, Sergio. "El principio de la buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato". *Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano*. (2010)
- Ortiz, Jorge. *Tratamiento del Abuso del Derecho en la Jurisprudencia de las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador*. Tesis de pregrado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2011.
- Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Editorial Temis: Bogotá, 2001
- Palenque, Gabriel. *Cláusulas Abusivas para el consumidor, Contenidas en los contratos por adhesión a condiciones generales, previstas en la legislación boliviana*. Tesis de Grado. Universidad Simón Bolívar. Quito, 2000.
- Parraguez Ruiz, Luis. *El negocio jurídico simulado*. Tesis de Doctorado. Universidad de Salamanca: Salamanca. 2011.
- Parraguez, Luis. *Manual de negocio jurídico*. Quito: Universidad San Francisco de Quito: 2011.
- Pasquau, Miguel. *La acción de nulidad sí prescribe*. <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=288> (acceso: 16/04/2014).
- Pérez, Andrea. "Cláusulas abusivas y su regulación a la luz de la ley 1480 de 2011: Compatibilidad o dicotomía?". *Prolegómenos* (2013): pp. 159-174.
- Pico, Galo. *Jurisprudencia ecuatoriana de casación civil*. 2007. Vlex.
- Pinochet, Ruperto. "Modificación unilateral del contrato y pacto de autocontratación: dos especies de cláusulas abusivas a la luz del derecho de consumo chileno". *Revista Ius et Praxis*. (2013). pp. 365-377.
- Puig, Lluís. *Código civil*. Barcelona: Editorial Ariel. 2001.
- Raluca, Iuliana. "El TJUE declarar que el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula podrá extraer las consecuencias contractuales sin

- necesidad de que el usuario solicite la nulidad de la cláusula”. *Centros de Estudio de Consumo CESCO* (2013), pp. 235-236.
- Rivera, Julio Cesar. *Instituciones de derecho civil. Parte General*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1994.
- Rivero Alemán, Santiago. *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*. Navarra. Aranzadi Editorial (1995).
- Rodríguez Grez, Pablo. *Inexistencia y nulidad en el Código civil chileno*. Teoría bimembre de la nulidad. Ed. Jurídica de Chile: Santiago, 1995.
- Rodríguez, Nuri y Virginia Cardozo. *Derecho comercial*. <http://www.derechocomercial.edu.uy/bol10ctosbanc.htm> (acceso: 19 de abril de 2014).
- Rodríguez, Sergio. *Contratos Bancarios*. 5ta Ed. Colombia: Leguis, 2002.
- Ruiz, Miguel. *La Nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*. Madrid: Lex nova, 1993.
- Soto, Carlos. “Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuesto.” *Vniversitas*. (2003).
- Stiglitz, Gabriel. *Defensa de los consumidores de productos y servicios*. Buenos Aires: 2001.
- Stiglitz, Rubén y Gabriel Stiglitz. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires: Depalma. 1995.
- Stiglitz, Rubén. “Derechos y Defensa del Consumidor.” Universidad Externado de Colombia. http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_revistaContexto/Contexto/Archivo/Contexto%204/RubenStiglitz.pdf (acceso: 14/04/2014)
- Stiglitz, Rubén. “Reglas secundarias de conducta”. *Contratos*. Gabriel Stiglitz. s.f.
- Stoffel, Philippe. “La autonomía del derecho contractual del consumo: de una lógica civilista a una lógica de regulación”. *Dialnet* (2013), pp. 57-79.
- Torralba, Elisa. “El Juez puede declarar de oficio la nulidad de una cláusula abusiva en el procedimiento monitorio sin necesidad de que el consumidor se oponga al juicio monitorio”. *CESCO* (2012): pp. 143-144.
- Vázquez Iruzubieta, Carlos. “Comentario al artículo 225, sobre nulidad de pleno derecho, de la ley de enjuiciamiento civil”. s.f. *Vlex*. (Acceso: 27 de enero de 2015).
- Viera, Jorge. “La interpretación de los contratos privados en el ordenamiento jurídico español.” s.f. <http://ciencia.urjc.es/bitstream/10115/7858/1/INTERPRETACION%20DE%20LOS%20CONTRATOS%20EN%20DERECHO%20ESPA%3%91OL%20JVG.pdf> >. (Acceso: 11 de diciembre de 2014).
- Vilchez, Amy. “Cláusulas abusivas en os contratos de tarjeta de crédito”. *Revista de Derecho* (2009).
- Villegas, Carlos. *Contratos mercantiles y bancarios*. Buenos Aires: 2005.
- Wayar, Ernesto. *Tarjeta de crédito y defensa del usuario*. Buenos Aires: Astrea. 2004.

Zannoni, Eduardo. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*. Buenos Aires: Astrea, 2000.

JURISPRUDENCIA

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. 11 de junio de 2012.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Adjudicación de junta de remate*. Nº 30-2005. 29 de Noviembre de 2007.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Causa Nº 19-2005. Expediente 414. Sentencia de 2 de octubre de 2007. Registro Oficial Suplemento 620 de 25 de Junio del 2009.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Causa. Nº 30-2005. Expediente No. 475. Sentencia de 29 de Noviembre de 2007. Registro Oficial Suplemento 39 de 2 de Octubre del 2009.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Daños y perjuicios*. Nº 121/07. 10 de Septiembre de 2009.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Declaratoria de legalidad de acto administrativo*. Nº 312-07. 9 de junio de 2010.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Negativa permiso de operación*. Nº 378-2007. 11 de noviembre de 2009.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Negativa permiso*. Nº 145-2004. 12 de enero de 2007.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Nº 443-2013. 21 de junio de 2003.

Corte nacional de justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Ocupación arbitraria de terrenos*. Nº 19-2005. 2 de octubre de 2007.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Por silencio administrativo*. Causa Nº 71-2005. 16 de noviembre de 2007.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Prescripción acción*. Causa Nº 158-2004. 31 de enero de 2007.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Reintegro al accionante*. Nº 311-2007. 4 de agosto de 2009.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Resolución No. 443-2013 de 21 de junio de 2003.

Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Tributario. *Título de crédito*. 8 de octubre de 2010.

Corte Nacional de Justicia. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Expediente 283. Sentencia de 7 de octubre de 1998. Registro Oficial 130 de 17 de Febrero de 1999.

Corte Nacional de justicia. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. *Nulidad de escritura*. 7 de octubre de 1998.

Corte Suprema de Justicia de México. Primera Sala. Asunto Nº 1a. /J. 68/2010. 1 de diciembre de 2010. Vlex. 27 de Enero de 2014. <http://app.vlex.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/#WW/search/content_type:2/concepto+%

- 22nulidad+de+pleno+derecho%22/vid/249207014>. (acceso: 14 de febrero de 2015)
- Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia de 16 de noviembre del 2004. Registro oficial No. 43 del 21 de Junio del 2005.
- Corte Suprema de Justicia. *Emolumentos*. N° 416-2004. 1 de diciembre de 2006
- Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 395-96. Sentencia de 26 de febrero de 1999. Registro oficial No. 162 de 5 de abril de 1999
- Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia de 5 de febrero de 2002. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. p. 2283.
- Corte Suprema de Justicia de México. Primera Sala. Asunto N° 1a. /J. 68/2010. 1 de Diciembre de 2010. <<http://vlex.com/vid/ejecutoria-primera-sala-contradiccion-249207014>>. (acceso: 11 de febrero de 2015)
- Corte Suprema de Justicia. Recurso de Casación, Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *Lady María Solórzano Looor c. Sul América Compañía de Seguros C.A.* Sentencia de 24 de mayo de 2001. Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. p. 1539.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación. Expediente No: 5670. Sentencia de 2 de febrero de 2001.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Caducidad del derecho para proponer la acción*. N° 158-2004. 31 de Enero de 2007.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Juicio por garantía*. N° 172-2005. 23 de agosto de 2007.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Juicio por remoción de cargo*. N° 142-2006. 9 de octubre de 2008.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. *Negativa a cancelación de hipoteca*. N° 264-2006.23 de agosto de 2007.
- Suprema Corte de Justicia. Primera Sala. (México). Causa N° 1a. /J. 68/2010. Sentencia de 1 de Diciembre de 2010. <<http://vlex.com/vid/ejecutoria-primera-sala-contradiccion-249207014>>. (acceso: 14-02-2015)
- Suprema Corte de Justicia. Primera Sala. (México) Asunto N° 1a./J. 68/2010 de 1 de diciembre de 2010.. 1 de Diciembre de 2010.
- Tribunal Constitucional. Tercera Sala . *Nulidad aprobación*. N° 006-2006-aa. 3 de octubre de 2007. Registro Oficial Suplemento 194 de 19 de Octubre del 2007.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-415/11. Sentencia de 14 de marzo de 2013
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Primera. Asunto c_472/11. 21 de febrero de 2013.
- Tribunal de Primera instancia. *Juan Carlos Ramírez c. H-Network S.A* Causa No. 29.173-10-2007, Sentencia de 7 de enero del 2008

PLEXO NORMATIVO

- Codificación de resoluciones superintendencia de bancos, libro 1-a Resolución de la Superintendencia de Bancos 306. Registro Auténtico 2006 de 05 de julio 2006.
- Código Civil. Registro oficial Suplemento 979 de 26 de septiembre de 2012.
- Código de Comercio. Publicado en Registro oficial Suplemento 1202 de 20 de agosto de 1960.
- Código de Derechos del Usuario del Sistema Financiero Capítulo agregado por Resolución Superintendencia de Bancos No. 1782. “Codificación De Resoluciones Superintendencia De Bancos, Libro 1-B” Resolución de la Superintendencia de Bancos 306. Registro oficial 283 de 21 de Septiembre del 2010.
- Código de Protección y Defensa del Consumidor. (Perú).Diario Oficial El Peruano de 2 de septiembre de 2010.
- Código de Transparencia y Derechos del Usuario. Resolución de la Superintendencia de Bancos 306. Registro Auténtico 2006 de 05 de julio de 2006.
- Código Orgánico Monetario y Financiero. Registro Oficial de 23 de noviembre de 2006.
- Constitución de la República del Ecuador. Registro oficial449 de 20 de octubre de 2008.
- Directiva 93-13-CEE. Diario Oficial de las Comunidades europeas. 5 de abril de 1993.
- Estatuto del Consumidor. (Colombia). Ley 1480 de 2011.
- Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002.
- Ley 19.496. (Chile). Publicada el 7 de marzo de 1997.
- Ley 26.994 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina. (Argentina).Boletín oficial de la República Argentina del 10 de octubre de 2014.
- Ley 340. Código Civil de la República Argentina. (Argentina) Vigente desde 25 de septiembre de 1869.
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Registro Oficial 338 de 18 de marzo 1968.
- Ley de Protección de los Derechos de las Personas Consumidoras y Usuarias. Ley No. 842. (Nicaragua).La Gaceta Diario Oficial de 11 de julio de 2013.
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro oficial Suplemento 116 de 10-jul.-2000.
- Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2010)
- Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro oficial 287 de 19 de marzo de 2001.
- Texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias. Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007. Ley 3/2014 de 27 de marzo modificatoria

ANEXOS.

Cláusulas abusivas y legislación comparada							
Cláusula	México	Ecuador	Argentina	Italia	Perú	Alemania	España
Modificación unilateral del contenido del contrato.	X	X	X			X (prg. 11, ap. 13 AGB-GESETZ)	x(art.10.1) ley. No. 26 del 19 de julio de 1984. inciso K directiva 93-13 de la CEE
Exoneración o limitación de responsabilidad	X	X	Art. 37 inc.	Art. 1341 C,C	ART. 1398 .C.C		DIRECTIVA 93-13
Traslade la responsabilidad a un tercero o al consumidor	X	X					
Prescripción inferior a la legal	x	X	X				
Limitación al derecho de acción o defensa	x	X	X	Art. 1341 C,C	ART. 1398 .C.C		
Renuncia a la protección de la ley	X						
Sometimiento a tribunales extranjeros	X						
Sometimiento a MASC		X					DIRECTIVA 93-13
Cláusula abierta		X	X				
amplíen derecho al proveedor		X	X	x			
Suspender unilateralmente la ejecución del contrato		X	X	X (1341 C.C)	x (art. 1398 C.C)		

Se amplíen obligaciones del consumidor		X		X (1341 C.C)		X (parra. 11, ap. 10 AGB-GESETZ)	
Plazo de caducidad más breve		X				X (parrag. 11, ap. 10 AGB-GESETZ)	
Inversión de la carga de la prueba		X	Art. 37 inc. C	Art. 2698 CC.		X (parrag. 11, ap. 15 AGB-GESETZ)	
Disminuya derechos al consumidor		X	Art. 37 inc. b			X (parrag. 8, inc. a AGB-GESETZ)	
Overbooking			Abierta (art. 520 y 902 CC.)				

Claúsulas abusivas en contratos bancario 4