

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría
En Derecho Económico

**La protección jurídica al consumidor y su alternativa: el arbitraje de
consumo**

Dunia Martínez Molina

2005

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la Universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Dunia Martínez Molina

Quito, 30 de septiembre de 2005

**Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador**

Área de Derecho

Programa de Maestría
En Derecho Económico

**La protección jurídica al consumidor y su alternativa: el arbitraje de
consumo**

Dunia Martínez Molina

Director: Dr. César Montaña Galarza

Quito-Ecuador

2005

RESUMEN

Los propósitos y contenidos de esta investigación son concretamente analizar las causas que justifican la necesidad de protección jurídica al consumidor, la visión, evolución y ubicación de este derecho, los medios de protección jurídica al consumidor en el Ecuador, con una breve referencia a los mismos en la Comunidad Andina. Adicionalmente esta investigación trata de establecer lineamientos generales para la implementación de un sistema de arbitraje de consumo en Ecuador.

Si bien los medios para el alcanzar justicia en materia de defensa del consumidor son muy variados, e implican -entre varios temas- la adopción de políticas generales como la educación e información al consumidor¹, prevención de litigios, sistemas de resolución judiciales y extrajudiciales, etc. esta investigación se centra *en la estructura procesal de estos últimos, establecidos en la vigente Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, y del arbitraje, regulado en la Ley de Arbitraje y Mediación², sin omitir una necesaria definición del Derecho material*, estudiado breve e introductoriamente en el primer capítulo, en el que además se analiza las razones de una protección jurídica al consumidor y usuario, la evolución conceptual y definición de este novel derecho.

Si bien la investigación pretende analizar desde una perspectiva jurídica un derecho específico, también intenta no abstraerse de realidades sociales y económicas que demandan una intervención más participativa y democrática de la sociedad en la construcción de la justicia.

En el capítulo II se realiza una evaluación de los medios procesales de protección al consumidor en el Ecuador y la protección constitucional del consumidor básicamente. Por lo señalado, el trabajo se enmarca en el Derecho sustantivo-procesal de defensa del consumidor, sin prescindir de definiciones básicas y generales.

Finalmente, este trabajo busca exponer e incentivar la necesidad de profundizar en el estudio, crítica y perfeccionamiento del tema en nuestra realidad jurídica, comparándola con la de otros

¹ Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor ampliadas en 1999, establecen en el acápite II. De los Principios Generales, punto 3 literal c) entre una de sus prioridades, el acceso de los consumidores a una información adecuada como medio que garantiza elecciones bien fundadas.

² La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor fue publicada en el Registro Oficial No. 116 del 10 de julio de 2000 y la Ley de Arbitraje y Mediación en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997.

países de la Comunidad Andina, (Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela). Ya en el ámbito europeo, tomaremos al arbitraje de consumo español como ejemplo exitoso, demostración y justificación de la hipótesis del presente trabajo, y el caso argentino, como experiencia en Latinoamérica.

DEDICATORIA

A mi madre, testimonio perfecto del infinito amor de Dios.

AGRADECIMIENTOS

Al maestro y amigo César Montaña Galarza, director de este trabajo, por su paciencia, generosidad y valiosa orientación.

Al Dr. José Vicente Troya Jaramillo y a la Dra. Susana González de Vega, por quienes comprobé que la constancia del trabajo unido a la honestidad y la confianza son las fuentes del éxito.

A Macarena, verdadera hermana, por su amistad sincera.

A Changuis, Xime, Tin, Pepito y Hernancito por el invaluable apoyo...y a todos mis buenos amigos y amigas del camino.

TABLA DE CONTENIDO*Páginas*

INTRODUCCIÓN.....	10
-------------------	----

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES

1. La necesidad de protección jurídica al consumidor.....	14
1.1 Visiones y evolución conceptual del Derecho del consumidor.....	23
1.2.1 Visión individualista.....	24
1.2.2 Visión proteccionista, adaptadora, dualista.....	25
1.2.3 Visión participativa, procesal, voluntaria.....	26
1.2.4 Visión mixta, participativa.....	27
1.2 Definición, ubicación y naturaleza jurídica del Derecho del consumidor	
Definición objetiva, subjetiva y mixta.....	29
Ubicación y relación del Derecho del consumidor con el	
Derecho Civil.....	33
Derecho económico.....	36
Derecho penal económico.....	38
Derecho administrativo.....	40
1.3 Hacia un concepto de consumidor.....	41

CAPITULO II

PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONSUMIDOR EN ECUADOR

2 La protección constitucional de los consumidores.....	52
2.1 La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor ecuatoriana,	
principios fundamentales.....	62
Acceso a la justicia de los consumidores en Ecuador	
2.2 Breves antecedentes históricos de la defensa del consumidor en Ecuador.....	67
2.3 Un nuevo Derecho procesal como garantía de protección jurídica al consumidor.....	75
2.4 Medios procesales de protección jurídica al consumidor establecidos en la LODC....	76
2.5 Evaluación del procedimiento de protección al consumidor.....	76

CAPITULO III

EL ARBITRAJE EN GENERAL Y EL ARBITRAJE DE CONSUMO EN PARTICULAR

3 Concepto de arbitraje.....	91
3.1 Clases de arbitraje.....	93
3.1.1 Según el procedimiento y por medio de prestación del arbitraje.....	93
3.1.2 Según la calidad del pronunciamiento, régimen o calidad del tercero	
y la naturaleza de la decisión.....	93
3.1.3 Por su origen.....	94

3.1.4 Por la naturaleza del conflicto.....	94
3.2 Ventajas del arbitraje.....	94
3.3 Breve referencia histórica del arbitraje en el Ecuador.....	95
3.4 Naturaleza jurídica del arbitraje.....	100
3.5 Regulación del arbitraje y el consumidor en la Comunidad Andina.....	100
3.5.1 Bolivia.....	103
3.5.2 Colombia.....	105
3.5.3 Perú.....	107
3.5.4 Venezuela.....	108
El arbitraje de consumo	
3.6 Definición.....	112
3.7 El arbitraje de consumo, la experiencia internacional.....	112
3.8 Factibilidad de aplicación del arbitraje de consumo en el Ecuador.....	117
3.9 Voluntariedad.....	118
3.10 Autoridad Administradora del procedimiento.....	120
3.11 Tribunal Arbitral.....	121
3.12 Competencia.....	121
3.13 El procedimiento arbitral de consumo, fases fundamentales.....	121
3.14 Incorporación del arbitraje de consumo en la legislación ecuatoriana, algunas aproximaciones.....	125
 CONCLUSIONES.....	 129
 BIBIOGRAFIA.....	 133
 ANEXOS.....	 141

INTRODUCCIÓN

El desequilibrio de poder, sea éste económico, o de cualquier tipo, así como el conflicto han sido una constante histórica, que ha motivado y obligado al ser humano a buscar y estructurar medios que le permitan una convivencia pacífica y la consecución de la ansiada justicia social.

Nace como consecuencia el Derecho y el Estado en pos de la seguridad jurídica, justicia o bien social. El Derecho, entendido en una de sus acepciones como el conjunto de normas que regulan la convivencia social y la actuación estatal, debe ir en armonía con el desarrollo social y sus exigencias.

La actual coyuntura, fruto de la historia, del cambio económico, social, cultural y tecnológico, nos obliga a no permanecer abúlicos, sino al contrario, a repensar lo establecido en armonía con el cambio de necesidades.

En el campo motivo de nuestra investigación, frente a la aparición de la sociedad industrial capitalista que dio como consecuencia la sociedad de consumo desprotegida frente a la producción en masa desarrollada dentro de la libre oferta y demanda con mínima regulación e intervención estatal,³ vio paulatinamente la necesidad de regular más apropiadamente este contexto socio-económico y jurídico.

Es solamente en la década de los 90, y en el presente siglo cuando, en el Ecuador, se comprende los efectos del libre mercado y se acepta y reconoce la existencia de un grupo humano especial: los consumidores. Así se empieza a controlar y regular sus derechos frente a necesidades jurídicas de protección palpables, tratando de corregir desigualdades. Surge el reconocimiento constitucional y legal que hace que la defensa de los consumidores se inscriba dentro de los derechos humanos, en este propósito tuvieron y tienen un papel trascendental los organismos no gubernamentales (ONGS) y posteriormente las asociaciones de consumidores. Debe reconocerse que no solo en el resto de países sino en especial en el Ecuador asistimos a un crecimiento acelerado del reconocimiento doctrinal y legal al Derecho del consumidor, iniciándose los estudios de su especial, compleja, interdisciplinaria e innovadora naturaleza.

³ Esteban Righi, *Derecho Penal Económico Comparado*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1991, p. 290, señala que no existe un Estado tan poco intervencionista como el imaginado por los teóricos de la “mano invisible”, esto con el objetivo de alegar que incluso para los países cuyos sistemas económicos están sometidos a las fuerzas del mercado, existe por ejemplo, un derecho penal económico, cuando sanciona el contrabando o el fraude fiscal, explicación que sirve para corroborar también la existencia de la intervención estatal en todo sistema económico, aunque con diversa intensidad, así como la existencia del Derecho penal como es el objetivo central de la argumentación del autor.

Pero además del reconocimiento constitucional y legal de este Derecho, se establece el camino procesal para acceder al mismo, así, con la promulgación de normas constitucionales protectoras, se define el papel del Estado y de los sistemas judiciales y sus alternativas, dentro de las últimas la participación ciudadana directa a través de los medios alternativos de solución de conflictos (mediación, conciliación y arbitraje, entre otros) indicando los caminos democratizadores, interactivos y participativos para solucionar problemas jurídicos y económicos en este ámbito.

Respecto de los medios alternativos de solución de conflictos, el distinguido jurista José Vicente Troya Jaramillo nos dice: “Se debe reconocer que han adquirido una importancia inusitada y que *su aplicación se incrementa en forma constante*”, además señala que frente al servicio de justicia deficitario hace falta: -lejos de reducir el tamaño de la Función Judicial-, crear judicaturas, modernizar y optimizar su funcionamiento, asignar mayor presupuesto e *instaurar mecanismos alternativos que coadyuven a la solución de conflictos, así un servicio de justicia eficaz hará posible una economía de mercado eficiente.*⁴

La historia nos demuestra que en la actualidad asistimos al resurgimiento de estos métodos que incluso precedieron al sistema judicial actual.

Estos Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) a más de ser una alternativa jurídicamente válida para la solución de las necesidades básicamente jurídicas de los seres humanos, procuran, como se señala reiteradamente por la doctrina y como veremos al analizar brevemente sus ventajas, el desarrollo integral de la sociedad, la desjudicialización de la solución de conflicto, la instauración de la cultura del diálogo y el abandono de la cultura del litigio.

A riesgo de incurrir en desaciertos, pero obviando cualquier actitud conformista con la actual administración de justicia en general y de los consumidores en especial, se realiza la presente investigación con el fin de contribuir con el estudio, profundización y difusión tanto de la especial naturaleza del Derecho del consumidor como de uno de los MASC: el arbitraje, para solucionar los conflictos producidos entre proveedor-consumidor o usuario, cuyo tratamiento especializado en la doctrina nacional, es muy escaso.

⁴ José Vicente, Troya Jaramillo, “Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos” *Congreso*, FLDM 2000, México, noviembre de 2000, pp. 1-6.

Partiendo de conceptos generales y básicos, tratamos de ubicar jurídicamente el ámbito de acción de este Derecho colectivo y además de buscar los mecanismos legal y constitucionalmente establecidos, que permitan alcanzar un equilibrio jurídico entre las partes fundamentales del sistema económico (productor-consumidor), a fin de que sus asimetrías sean sino eliminadas al menos atenuadas.

La pretensión principal es conocer si es que con la aplicación y desarrollo pleno de estos mecanismos y en especial del arbitraje, mejorará el acceso a la justicia de los consumidores en Ecuador, resaltaré además, la importancia de estudiar, conocer y homogenizar los medios judiciales usados para este fin, tratando de establecer, en los países miembros de la Comunidad Andina (CAN), la existencia o eficiencia de los mismos.

La investigación está compuesta por tres capítulos.

En el primer capítulo, se justificará la necesidad de protección jurídica del consumidor, su teoría general, visiones, principios básicos, fuentes, ubicación y naturaleza jurídica, relaciones del Derecho del consumidor con otras ramas del Derecho, se intentará sentar las pautas básicas para definir este novel Derecho, como referencia teórica básica, para luego analizar en el segundo capítulo su rango constitucional, tanto en el Ecuador como en los países que conforman la Comunidad Andina (CAN). Se esbozará unos breves antecedentes históricos del Derecho del consumidor en Ecuador, se analizará los vicios y eficiencia de los medios procesales señalados en la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor* (LODCE), la mediación y la intervención de la Defensoría del Pueblo en este tema, también serán objeto de una breve referencia; y, finalmente se estudiará la protección del consumidor en la CAN.

En el tercer capítulo nos internaremos en el arbitraje en general, analizaremos con orientación eminentemente doctrinaria, el concepto, características, clases, naturaleza jurídica del arbitraje, las materias incluidas y excluidas, así como los argumentos que lo apoyan o lo objetan, se realizará un breve recuento histórico de la legislación del arbitraje en nuestro país para demostrar su evolución y actual presencia para luego abordar el arbitraje de consumo, inicialmente desde un análisis comparado y establecer la aplicabilidad del mismo en nuestro sistema, deteniéndonos fundamentalmente en el procedimiento arbitral, intentaremos proponer la implementación del arbitraje de consumo en Ecuador.

La sincera intención del presente trabajo es enfatizar en la importancia de reconocer y estimular la participación ciudadana, legalizada y eficiente en un área especial del Derecho que cuenta con actores también especiales, como pilar de una verdadera democracia, para alcanzar como

consecuencia un valor fundamental: la justicia, al encontrar la tan anhelada relación de equilibrio entre consumidor-proveedor, tratando de “suavizar” al menos jurídicamente la posición de superioridad del empresario, situación que en la actualidad hace que los consumidores corran riesgo de ser víctimas, convirtiéndoles y transformándoles en protagonistas reales y activos del sistema económico, con conciencia de su poder y con instrumentos y canales jurídicos para elevar su voz, su intervención; de allí la importancia de un procedimiento jurídico adecuado.

CAPITULO I

1. La necesidad de protección jurídica al consumidor y usuario

La necesidad del reconocimiento jurídico del Derecho del consumidor, se puede equiparar a iguales causas que las que han impulsado el nacimiento de los derechos humanos: la diferencia de poder sea ésta económica, política, social y sus distintas consecuencias, que ha creado la opresión de unos sobre otros. En el tema de estudio específico encontramos, a más de la debilidad económica del consumidor, la ausencia de educación⁵ e información mínima⁶, la poca

⁵ Mario A. Bonfanti, *Derecho del Consumidor y del Usuario*, Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 2001, p. 9-10, manifiesta que la normativa de defensa del consumidor protege al más débil, no como víctima, sino por carente de educación mínima.

⁶ Joseph Stiglitz, en la conferencia dictada el 25 de octubre de 2001 en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador al describir la investigación por la que se le otorgó el premio Nobel afirmó que históricamente los economistas habían utilizado modelos en los que se asumía que existía información perfecta, para describir las economías del mundo real, sin embargo, manifiesta: “En los países en desarrollo, uno no puede ignorar la imperfección de la información o las imperfecciones de los mercados. La perspectiva central en mi trabajo es indicar que, incluso, una poca cantidad de imperfecciones pueden tener efectos dramáticos, por ejemplo, dando un tremendo poder al mercado” Afirma además que, la economía no es solo oferta y demanda, que hay problemas de desempleo, falta de crédito, crisis financieras, que aparecen, precisamente debido a la asimetría en la información”. Uno de los empujes principales de su investigación era demostrar que la mano invisible de Adam Smith es invisible porque no existe, la investigación no solamente indicaba la existencia de la imperfección en la información, sino que también el mercado ayudaba para que esta imperfección se produjera y nos ejemplifica su afirmación. Atenuar estas diferencias de conocimiento e información y transparentar la economía, son necesarias entre otras cosas para lograr eliminar las consecuencias negativas. Parece que los economistas aún no se ponen de acuerdo en las medidas a tomar, enunciarnos sin embargo criterios que debaten la tesis de Stiglitz. En la sección Economía del periódico *El Comercio*, del 25 de octubre de 2001, se resume el pensamiento del premio Nobel: “Los mercados no siempre operan eficientemente, porque los compradores y los vendedores raramente disponen de la información necesaria para escoger lo óptimo en cada caso” en pos de crítica y de ofrecer opciones de solución a las asimetrías de información uno de sus contradictores David Henderson asegura que Stiglitz ignora una asimetría mucho más crucial: la que existe entre la información privada, que es descentralizada, y la centralizada que dispone el gobierno” la primera generalmente útil la segunda inútil. Hayek quien concuerda con este razonamiento, da un ejemplo claro; “en la Unión Soviética los consumidores no podían comunicar lo que querían mediante el mercado, porque no había mercados y los vendedores producían para satisfacer a los planificadores centrales, no a los usuarios finales, el resultado, fue el caos y la generalizada pobreza”. Compartimos ambos criterios y concluimos que, por un lado, el mercado necesita control por ser imperfecto y por sus asimetrías (Stiglitz) y que, estas asimetrías no necesariamente se eliminan por la sola intervención estatal (tesis de Henderson) por ello la descentralización de la información es fundamental. De allí que consideremos que la participación ciudadana organizada en asociaciones de consumidores es fundamental, e incluso el acceso a justicia debe ser descentralizado, lo que fundamenta nuestra propuesta de instaurar el arbitraje de consumo en el marco de las leyes vigentes, todo lo anotado no obvia la intervención estatal mediante políticas de promoción y protección institucional de los derechos de los consumidores que preferiblemente deberán estar descentralizadas y de ser convenientemente administradas por los municipios en el caso ecuatoriano.

representación de los consumidores, su débil poder de negociación⁷ y como consecuencia, su también débil poder de movilizar el aparato judicial o extrajudicial para que las normas de protección no sean meras declaraciones. Estas fallas constituyen verdaderas desigualdades,⁸ diferencias específicas que también nos indicarán caminos de solución diferentes.

Por lo anotado, el orden jurídico de protección da un giro y bajo esta visión-necesidad cambia de tomar como centro al contrato⁹ hacia la idea de consumidor final, para desarrollar a favor del más débil un *status* especial con medidas judiciales tutelares también especiales; así por ejemplo, frente a la tendencia a la concentración empresaria, o frente a un producto que no cumple con los requisitos de calidad, es necesaria una regulación jurídica que establezca mecanismos legales institucionales que controlen el abuso de posición de dominio, y establezcan el deber de información del proveedor al consumidor o sancionen –en el caso del segundo ejemplo- la falta de cumplimiento de la obligación del proveedor de brindar bienes y servicios de calidad.

⁷ Thierry Bourgoignie, *Elementos para una Teoría del Derecho de Consumo*, Edit. Vitoria- Gasteiz, 1994, pp. 20-31, establece cinco puntos que nos indican los justificativos de existencia de un derecho del consumidor, resumidos en un grupo de fallas del mercado que deben atenuarse o tratar de eliminarse a través de sus contrapartidas jurídicas y prácticas. Por el alcance del presente trabajo nos detendremos en el acceso a justicia como contrapartida y a la necesidad de representación efectiva de los consumidores frente a su débil poder de negociación individual.

“Las fallas del mercado, que justifican la existencia del derecho de defensa del consumidor son entre otras:

1. Tendencia a la concentración económica de las empresas, consecuencia de ello el abuso de posición de dominio y el ataque a la estructura competitiva del mercado,
2. Asimetría en la información de los consumidores,
3. El débil poder de negociación del consumidor individual,
4. La ausencia de representación efectiva de los consumidores en los diversos centros de decisión política o económica; y,
5. La constatación de efectos externos en la transacción individual y constitutivos de costes para la colectividad.”

⁸ Existen además de las enunciadas justificaciones de la necesidad de proteger al consumidor, otras como las señaladas por María José Reyes López, coord. “El Derecho de protección a los consumidores y usuarios en el ámbito estatal” en *Derecho de Consumo*, Valencia, edit. Tirant lo Blanch, pp. 27-33, para quien son las insuficiencias del sistema jurídico actual, el que a su criterio se desarrolló por y para el más fuerte, una las razones que apoyan el nacimiento de esta necesidad jurídica de cambiar la óptica de la protección inclinándola hacia una de las partes, la más débil, para la autora “el Derecho de consumo es un conjunto de normas que, como señala De Castro, aporta al Derecho privado la posibilidad de volver a acercarse a las raíces profundas de las relaciones contractuales y a establecer un equilibrio de fuerzas entre los contratantes y las contraprestaciones que cada uno de ellos debe realizar”. Además, los cambios sociales, el pasar de una sociedad agraria a una industrializada y como consecuencia el nacimiento de las empresas, el consumo en masas, la imposibilidad de determinar responsables de daños, etc., son situaciones que en cada época hacen que se produzca una respuesta y desarrollo jurídico, surgiendo como consecuencia normas que como comprobaremos han ido cruzando transversalmente las diferentes áreas del derecho (público, privado, comunitario).

⁹ “La legislación de defensa del consumidor se basa sobre un supuesto contrario a las premisas liberales de igualdad de las partes y de autonomía de la voluntad que fundamentan el contrato, al menos en su versión clásica. Este supuesto es la desigualdad de las partes.” Agustín Grijalva, “Defensa de la Competencia y del Consumidor”, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2000.

Las diferencias y desigualdades recogidas por la doctrina y mencionadas en esta investigación, crean conflicto, entendido como una constante histórica,¹⁰ que ha estado presente desde el momento en que el ser humano se interrelaciona, aparece connaturalmente. Sin embargo, esta constante histórica es también cambiante, lo que para una época o cultura es conflicto para otra no.

El conflicto nace por diferencias y motivaciones variadas, sean éstas económicas, sociales, de poder, de intereses, de percepción, acciones etc. Las formas de resolver estas diferencias también han sido diversas y han pasado por el uso de la fuerza hasta la utilización de las diferencias de poder presentes aún a pesar de la existencia de un orden jurídico. Por ello, nos encontramos ante un fenómeno constante, que es indispensable aprender a manejar, para ello debemos encontrar soluciones renovadoras, diversas y creativas. Si el conflicto se origina mentalmente, por cualquier motivación, es precisamente en la aptitud intelectual de los seres humanos donde debemos encontrar las respuestas y soluciones.

Lamentablemente nuestra cultura es llamada cultura del litigio,¹¹ ya que privilegia las vías adversariales utilizadas para su resolución, asunto que si bien no puede ser eliminado íntegramente, puede ser mitigado.

Partiendo de un concepto amplio de conflicto¹² entendido como combate, lucha, oposición de intereses¹³ nos ubicamos específicamente en el concepto que interesa para el ramo específico del Derecho en estudio, así Carnelutti define el conflicto a nivel procesal “Puede definirse como un conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida (discutida)” .¹⁴

¹⁰ Dunia Martínez, Ingrid Mogrovejo, “Los Medios Alternativos para la Solución de Conflictos en el Derecho Interno Ecuatoriano”, 1. Historia de las soluciones alternativas de conflictos, pp. 4 y ss.

¹¹ Elena Highton y Gladys Álvarez, *Mediación para resolver conflictos*, Buenos Aires, primera edición, Ed. AD-HOC. S.R.L, p. 23.

¹² Según Ramón García Pelayo y Gross , *Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado*, Buenos Aires, Edit Larousse, 1974, p. 260, la palabra conflicto viene de la raíz latina “conflictus” e implica un choque, lucha, antagonismo de intereses. El Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición 2001, p. 420, define al conflicto como: combate, lucha, pelea, mientras que el *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Guillermo Cabanellas, Argentina, Edit. Heliasta S.R.L. 1997, define al conflicto como la guerra, lucha. Lo más recio o incierto de una batalla, combate o contienda. Oposición de intereses en que las partes no ceden, choque o colisión de derechos o pretensiones, antagonismo oposición.

¹³ Alejandro Aldea Moscoso, *De la Autocomposición, una Contribución al Estudio de la Solución de Conflictos Jurídicos*, Chile, Edit. Jurídica Chile, 1989, p. 2, acercándonos a una definición jurídica relaciona el conflicto con el litigio y señala que: “...el litigio, el conflicto surge de la contraposición de intereses cuya obtención importará muchas veces la lesión, o la exclusión de otro interés de distinto titular, o su recíproca incompatibilidad”.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 3.

Como comprobamos, para que exista una cuestión litigiosa en el sentido indicado por Carnelutti será indispensable que el conflicto de intereses tenga consecuencias o trascendencia jurídica, y las partes aspiren tutela jurídica.

Los conceptos transcritos¹⁵ clarifican la existencia de un ámbito amplio de acción del conflicto, diversidad de motivaciones y áreas en las que se desarrolla. Pero ya entrando en materia, José Luis Cascajo Castro, al definir el consumo lo hace curiosamente y tomando la definición sociológica como “una manifestación del *conflicto social moderno*, que afecta tendencialmente a la vida de todos y donde se destacan tres categorías de actores: productores o suministradores de bienes y servicios, el Estado y los consumidores individuales y sus organizaciones”, conflicto es el primer punto de referencia para la elaboración del Derecho del consumidor debido a que existe contraposición de intereses en los que es evidente la debilidad y desventaja de una de las partes, el consumidor.¹⁶

Frente a esta realidad innegable se levanta el Derecho de defensa del consumidor como un medio para establecer los mecanismos de organización y actuación de este grupo humano especial, cuyo objetivo es precisamente, el equilibrio de intereses.

Podemos concluir que el conflicto tiene diversas manifestaciones en áreas también diversas que fomentan su nacimiento, así encontramos que en el caso del consumo estamos frente a un conflicto de intereses que nace de asimetrías, que identificadas pueden ser combatidas judicial o extrajudicialmente. Así, como se dijo, el conflicto es una constante histórica, producto también del cambio social, que en la actualidad pone al consumidor como protagonista, con esta consideración, en igual medida el Derecho debe regular este dinamismo y sus consecuencias.

En virtud de lo anotado, con una visión constructiva, encontramos al conflicto entre productores y consumidores-usuarios como un elemento indispensable para la evolución de la sociedad en

¹⁵ El conflicto puede encontrar sus motivaciones en intereses, percepción, acciones, afectos. Puede diferenciarse del reclamo, la disputa, el pleito, etc. La doctrina también ha tratado de delimitar la naturaleza del conflicto, y sus enfoques que pasan desde considerarlo como una patología social, como normal o natural, como positivo o negativo. Tal vez adelantando una conclusión y extrayendo los elementos que nos interesan para el tema podemos adscribirnos a una visión positiva del conflicto que lo ve como un incentivo para la evolución, motor para el cambio, generador de energía creativa, de conocimiento de necesidades propias y ajenas, hecho que nos permite identificarnos y diferenciarnos, factor que no impide el progreso, ya que incluso la falta aparente de conflicto puede ocultar a una realidad o sistema injustos. Para ampliar detalles respecto al concepto de conflicto, su naturaleza, características, clases y elementos, ver Dunia Martínez, Ingrid Mogrovejo, “Los Medios Alternativos para la Solución de Conflictos en el Derecho Interno Ecuatoriano”, 1998, pp. 23-41.

¹⁶ José Luis Cascajo Castro, citando a Dahrendorf, “El Conflicto social moderno”, *Ensayo sobre la política de la libertad*, Mondadori, Madrid, 1990. Y.C. OFFE. “Contradicciones en el Estado del Bienestar”, Alianza, Madrid, 1990, de modo especial el apartado sobre estrategias alternativas en planificación del consumidor, pp. 223-243.

general que da nacimiento a este nuevo Derecho, que como estudiaremos tiene su propio ámbito y métodos de solución de conflictos, de manera tal que el conflicto proveedor-consumidor, no se presenta con características de paralizador del desarrollo social, sino como generador de un nuevo cambio hacia el progreso.

Reich reconfirma la innegable existencia de conflicto de intereses entre las partes en estudio:

“Para el consumidor al contrario de lo que representa para el empresario, lo decisivo no es la posibilidad de utilizar el valor de uso de la mercancía como posterior valor de cambio, sino aquel primer carácter como tal. Los intereses económicos en un estadio tal del proceso de circulación de las mercancías son precisamente otros muy distintos de los que actúan en los niveles superiores del intercambio. Por esta razón no es descabellado partir de la base de que los intereses de la parte oferente y de los consumidores deben necesariamente entrar en conflicto”.¹⁷

Del concepto transcrito deducimos las diferencias de intereses, mientras que para el consumidor, consumir implica satisfacer sus necesidades materiales o intelectuales utilizando el valor de uso, no de cambio de los bienes o servicios, para el productor u oferente la utilización es de cambio y sirve para alcanzar el resultado que caracteriza al modelo económico imperante, acumular capital a través de la maximización de ganancias, cuestión que también es considerada para delimitar el ámbito de aplicación de la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, R.O.S. No. 116 de 10 de julio de 2000 y para definir jurídicamente al consumidor como “consumidor final”.

Por ello, el Derecho del consumidor debe intervenir necesariamente para corregir tanto las fallas del mercado como las diferencias de intereses, de poder, y atenuar el conflicto.

Al ser el fenómeno del consumo un *hecho multidisciplinario*, no basta reflexionar solamente sobre las fallas de mercado con el objeto de mejorar su funcionamiento, se debe además repensar los fundamentos mismos de la organización socioeconómica. Como nos dice Bourgoignie,¹⁸ para seleccionar los instrumentos jurídicos- políticos idóneos que interpreten y suavicen los efectos de las leyes del mercado en pos del equilibrio de poder más efectivo.

Lo manifestado nos lleva a una nueva afirmación, el conflicto generado en el campo del consumo se solucionará no solamente con medios procesales judiciales, sino con un sistema o

¹⁷ Norbert Reich, *Mercado y Derecho*, Edit. Ariel, Barcelona 1985, citado por Cristian Piris Ricardo, p. 159.

¹⁸ Thierry Bourgoignie, *Elementos para una teoría del Derecho del consumo*, Editor Merkataritza, Kontsumo eta Turismo Saila, Departamento de Comercio, Consumo y Turismo, p. 115.

política de consumo en general,¹⁹ sin embargo, con el objetivo de delimitar el ámbito del presente trabajo, trataremos únicamente lo concerniente a los medios procesales y en especial al arbitraje, conscientes de que el principio de protección al consumidor y su justificación, surge como lógica contrapartida a la fácil conculcación de el Derecho del consumidor.²⁰

La necesidad de protección y de defensa del consumidor, ha sido recogida, y por lo tanto, reconfirmada a través de la *tutela constitucional y legal*, estableciendo medios para la efectiva protección de posibles abusos y peligros, (verbigracia, protección contra los riesgos que pueden afectar la vida, seguridad y medio ambiente, contratos injustos o cláusulas predispuestas). Sin embargo, debemos enunciar brevemente que junto a estas normas requerimos además, voluntad y planificación política para conseguir esta protección de forma integral.

Por lo anotado, enumeramos brevemente los componentes básicos de la política de defensa del consumidor, que junto con las disposiciones legales y los mecanismos judiciales y extrajudiciales nos podrían permitir un efectivo equilibrio de poder entre las partes en estudio y que son enunciados por la generalidad de autores:²¹

a) EDUCACIÓN DEL CONSUMIDOR

Que actuará como método preventivo para dar a conocer derechos y obligaciones y formar a los consumidores en una cultura del consumo responsable, convirtiendo al consumidor en actor directo de su defensa.

Ejemplo de este ítem, en Ecuador, lo constituyen las acciones emprendidas por la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso, las campañas publicitarias de los Ministerios de Industrias, Energía, municipios, que además proponen centros de información y quejas. Es justo mencionar además la labor de las ONGS que a través de revistas, presencia en medios de comunicación, apoyo en la elaboración de un aparato normativo completo de defensa del consumidor, refuerzan la toma de conciencia de los derechos a nivel político y social.

b) INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR

Punto que hace referencia a las condiciones de producción y distribución de los bienes y servicios, y se afirma los derechos de libre elección y voluntad de contratar, uno de los elementos importantes del Derecho civil se presenta aquí de manera clara, la ausencia de

¹⁹ Las directrices de las NNUU sobre defensa al consumidor señalan insistentemente la obligación de los estados de establecer políticas en virtud de las cuales se alcance el objetivo de este Derecho.

²⁰ Agustín Digier, *Economía para no economistas*, Valletta Ediciones 1999, Argentina, p. 160.

²¹ Thierry Bourgoignie, *Elementos para una teoría del Derecho del consumo*, pp. 11-131.

error por desconocimiento ocasionado dolosa o culposamente por el proveedor de bienes y servicios.

c) PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

La existencia de normas satisfactoriamente claras y completas que protejan los derechos difusos²² del consumidor y que prevean formas de acceso a la justicia, así como instituciones públicas y privadas que sustenten estos fines.

d) ACCESO A LA JUSTICIA²³

En consonancia con el punto anterior, el acceso a la justicia es también un marco básico, pero a una justicia eficiente, sin dilaciones, con mecanismos, procedimientos e instituciones previstos por la ley que permitan al consumidor acceder a medios y organismos de ayuda y control que actúen con celeridad, intermediación, cumpliendo los principios procesales más importantes.

e) ORGANIZACIÓN, REPRESENTACIÓN Y CONSULTA

²²Adelantándonos a una definición más completa que, será realizada posteriormente, entendemos a los derechos difusos como aquellos concedidos a un grupo indeterminado de personas.

La Ley Modelo de protección del Consumidor elaborada por Consumers International, oficina regional para América Latina define a los intereses difusos y colectivos:

Art. 52.- Para todos los efectos legales se entenderá por "*intereses difusos*" aquellos supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho.

Art. 53.- Para todos los efectos legales se entenderán por "*intereses colectivos*" aquellos supraindividuales, de naturaleza indivisible, que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base.

Art. 54.- Estarán legitimados para actuar judicialmente en la defensa colectiva de los derechos que esta ley les reconoce a los consumidores las asociaciones de consumidores constituidas como tales de acuerdo a las disposiciones del capítulo décimo de esta Ley.

Todo esto, sin perjuicio de la legitimidad activa que para estos efectos gocen los organismos de la administración del estado, centralizados o descentralizados tales como agencias de protección al consumidor, Ministerio Público, Ombudsman u otros.

Art. 55.- Las sentencias dictadas en procedimientos colectivos tendrán eficacia general, salvo si fuere absolutoria por falta de prueba en cuyo caso otro legitimado podrá replantear el asunto en otro proceso. (las cursivas son nuestras)

Art. 51.- La defensa en juicio de los derechos que esta ley cautela podrá ser ejercida a título individual como a título colectivo. Será ejercida colectivamente cuando se encuentren involucrados intereses o derechos difusos colectivos."

²³Por acceso a la justicia entendemos el cumplimiento de la garantía estatal dada a todo ciudadano de reivindicar sus derechos ante los tribunales, personas, organizaciones o instituciones. Ver arts. 23.3, 15 especialmente el numeral 26 y 27, y el art. 24 particularmente el numeral 10 y 17 de la Constitución ecuatoriana que establece: "Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión...". Esto teóricamente porque como conocemos factores económicos, de información, educación, físicos, entre otros, impiden el cumplimiento de esta disposición constitucional y legal fundamental.

La necesidad de interlocutores de los consumidores frente a los poderes públicos y frente a los proveedores como son las asociaciones de defensa del consumidor, que actúan tanto como mediadores en el objetivo de acceso a la justicia, como de órgano de consulta e información ciudadana, con la misión, cuando sea el caso, de orientar las políticas estatales en la materia.

Concluimos que estos componentes básicos son interdependientes y deben actuar conjuntamente debido a que la falta de uno deja incompleta la *política de protección al consumidor*. Sin embargo, debido a su importancia práctica y por ser el objetivo específico de este trabajo, el acceso de los consumidores a la justicia, será motivo de mayor estudio.

De otro lado, para mitigar los efectos negativos del mercado, es necesaria la existencia de un sistema jurídico, pero además la innovación de la estructura político-jurídica de las instituciones que aplican las normas encargadas de regular las relaciones entre proveedor y consumidor o usuario y la indispensable intervención del Estado para tutelar los derechos consagrados en la Carta Política, entre ellos: salud, libre asociación, información, etc.

Por lo anotado, es correcto afirmar que hay razón para la protección estatal al consumidor frente al proveedor, explicada por las asimetrías que estudiamos, llamadas fallas de mercado en sus diferentes manifestaciones, que dan lugar a la existencia de diversos poderes en el mercado,²⁴ y por la necesidad de liderar o al menos de guiar los componentes de la política de defensa brevemente descrita.²⁵

Para ejecutar esta responsabilidad de promocionar y hacer cumplir los derechos del consumidor a través de normas y políticas, el Estado interviene como veremos no necesariamente de manera imparcial, debida precisamente a la diferencia que existe entre las partes.²⁶ En este nuevo Derecho, una de las partes recibe más protección que la otra, ejemplos de este trato preferencial

²⁴ Para Enrique Aimone Gibson, *Derecho de Protección al Consumidor*, Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1998. Las razones para una protección del consumidor son la asimetría en la información, el vendedor sabe más que el comprador que es un profesional, un hombre del oficio, p. 3.

²⁵ España es un claro ejemplo de comprensión y ejecución de lo que debe entenderse por políticas de defensa de los consumidores que en su caso están dentro de las demás políticas del gobierno, a través de la *coordinación interministerial y la consulta con las organizaciones de consumidores*, existe una cabal comprensión del carácter pluridisciplinario de la materia. "Las políticas aplicadas por las administraciones españolas afectan de una manera u otra a los intereses de los consumidores". Dato tomado del Informe sobre las políticas de los Estados miembros de la Unión Europea sobre los consumidores, 1999.

²⁶ *Ibíd.*, p. 3 Asimila al consumidor en relación de ventaja en la protección Estatal y legal en diferentes ramas del derecho (derecho laboral, derecho civil, derecho tributario) dependiendo de las características de las partes al igual que sucede con el trabajador frente al empleador, el fisco frente al contribuyente, el menor frente a los padres, la mujer frente al marido.

lo encontramos, por ejemplo, en la inversión de la carga de la prueba en la materia, como sucede también en el Derecho laboral, como lo establece con meridiana claridad Aimone Gibson:

“En la relación interpersonal, el Derecho y el Estado no son imparciales. Una de las partes del típico par de ellas en la relación jurídica recibe una protección más intensa que la otra. Parte beneficiada en el Derecho laboral, es el trabajador frente al empleador; parte preferida, en el Derecho tributario es el Fisco frente al contribuyente; en el Derecho de familia, el menor frente a los padres y la mujer frente al marido, etc. esta preferencia se concreta en sanciones, prescripciones, inversión de la carga de la prueba, etc. más favorables”.²⁷

Nuestra *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, señala claramente en su ámbito de aplicación la tutela del consumidor, y establece en el artículo primero²⁸ el principio *in dubio pro consumidor*, al establecer que en caso de duda se estará siempre a favor del consumidor, principio que regirá tanto la interpretación como la aplicación de esta Ley Orgánica. Lo que implica una nueva visión del Derecho del consumo que no estaba considerada en la derogada *Ley de Defensa del Consumidor*, R.O. No. 520 de 12 de septiembre de 1990.

Sin embargo, debemos anotar que tampoco es totalmente correcto justificar la promulgación de esta Ley como lo hace el considerando primero, al establecer que, “la generalidad de ciudadanos ecuatorianos son víctimas permanentes de todo tipo de abusos por parte de empresas públicas y privadas de las que son usuarios y consumidores.” Afirmación que a nuestro criterio constituye, como el propio texto reza, una exagerada generalización.

Existen otras opiniones relevantes de visiones diferentes, respecto a la justificación o punto de partida de la defensa del consumidor.²⁹ Muchas tratan de encontrar en dónde, qué o en quién ataca, vulnera, para encontrar de quién o de qué debemos defendernos los consumidores. La respuesta no es tan simple, es más bien compleja y amplia; por señalar algunos actores y factores encontramos los siguientes ejemplos: productores, sociedad desigual, industrialización devastadora, economía desigual, mercados imperfectos, publicidad engañosa, comerciantes abusivos, mala calidad, precios abusivos, abuso de la posición de dominio, pero lo más importante, según lo señalado por González Tamayo, esta defensa del consumidor puede implicar no solamente una resistencia individual, sino una lucha contra un sistema, entre el

²⁷ Aimone Gibson, Enrique, *Derecho de la Protección al Consumidor*, Edit. Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1998, p. 3.

²⁸ Art. 1.- AMBITO Y OBJETO.- Las disposiciones de la presente ley son de orden público y 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. (Las cursivas son nuestras).*

²⁹ Jorge Luis González Tamayo, *Consumo y consumismo*, Ponencia presentada en al II Conferencia de Derecho Económico, Universidad Andina Simón Bolívar, enero de 2000, p. 12.

aparato industrial y los consumidores- casi todos los seres humanos-, encontrar justicia social además de la judicial o extrajudicial. Esta visión no solamente busca un consumidor satisfecho que garantice la continuidad de la producción y por ello las ganancias y la acumulación de capital, sino que, reconociendo la existencia e imperio del sistema capitalista actual, resulta importante fomentar la educación y un consumo reflexivo o lo que se ha dado en llamar “cultura del consumo”, pero también del reclamo.

A nuestro juicio y sintetizando los diversos criterios, afirmamos que debemos defendernos de la acción inescrupulosa de algunos proveedores o productores pero también del sistema económico que produce una sociedad de consumo cuyos efectos afectan los derechos humanos todos.

Jorge Witker en su libro *Derecho Económico*, también nos señala los objetivos de la protección al consumidor:

“La protección al consumidor, es una expresión de los derechos sociales que apunta a garantizar un mercado que equilibre en parte los intereses difusos del consumidor frente al poder, en algunos casos, monopólico de los proveedores de bienes que unidos a los medios de comunicación de masas limitan grandemente las opciones y decisiones de consumidores desprotegidos y aislados”.³⁰

Por simple deducción vemos que si los objetivos de la protección al consumidor son garantizar equilibrio de poder y la efectiva protección, es porque el desequilibrio, la desprotección y el aislamiento existen.

Como observamos, tenemos suficientes razones que justifican la expresión “defensa del consumidor” y su consecuencia expresada jurídicamente en el nacimiento del Derecho de defensa o protección del consumidor, cuyas visiones, principios básicos y fuentes, desarrollamos a continuación.

1.2 Visiones y evolución conceptual del Derecho del consumidor

Doctrinariamente existen varias visiones del Derecho del consumidor; una *individualista-autónoma* que remarca en la importancia de la intervención estatal mínima, otra llamada *dualista y colectiva*, que tiene características proteccionistas, en el desarrollo de esta visión se reconoce constitucional y legalmente derechos legales subjetivos del consumidor; el *modelo participativo, procesal o voluntario* que promueve básicamente la solución extrajudicial; y, el

³⁰ Jorge Witker, *Derecho Económico*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Editorial Harla, 1985, p. 371.

modelo mixto adaptador y participativo, visión ecléctica que toma lo mejor de los anteriores sistemas, reconociendo la necesidad de una intervención estatal y de una política de defensa pero de una manera participativa, todas ellas demuestran a través de la historia la evolución de esta disciplina jurídica.

Modelo individualista, autónomo que nace en el esquema de Estado liberal de mínima intervención en el mercado, considerado perfecto, que sin aceptar sus fallas mantiene el desequilibrio entre las partes y conserva imperfecciones del mercado que afectan a los consumidores. Posteriormente, pasamos a un modelo **proteccionista llamado adaptador, dualista y colectivo**,³¹ en el que se utilizan nuevos instrumentos jurídicos que dan como consecuencia el reconocimiento de nuevos derechos subjetivos, en nuestro caso particular, el reconocimiento constitucional y legal del consumidor como sujeto de derechos fundamentales. La Constitución ecuatoriana establece el derecho de acceso a la justicia, control de calidad, el derecho a elegir servicios públicos y privados con libertad, derecho a la información adecuada y veraz, derecho a la protección jurídica del consumidor, etc., (arts. 92, 23.7, 244.8) aún más detalladamente, otros derechos como el derecho a la vida, seguridad, información adecuada, libre elección, protección a la salud, satisfacción de necesidades fundamentales, acceso a los servicios básicos, calidad, educación, reparación e indemnización, derecho a acceder a

³¹ Thierry Bourgoignie, Elementos para una teoría del Derecho de Consumo, pp. 142 y ss. afirma que el modelo individualista es consecuencia del pensamiento liberal tradicional según el cual el desarrollo social y económico necesita de reglas mínimas que son simples reglas de arbitraje o funcionamiento del mercado, *esta teoría al ser producto del sistema económico capitalista ve al derecho del consumo como aquel que se orienta bajo ciertas características como son la libertad de contratar, la igualdad de derechos y obligaciones, la libertad de competencia, la responsabilidad civil, y el interés personal, por ello la intervención estatal está proscrita a menos que sea eminente la amenaza al sistema. Como contrapartida jurídica a esta teoría afirma que el derecho formal se basa en la iniciativa individual y la autonomía de la voluntad, dando al ámbito privado la función de crear y evolucionar al derecho del consumo, y es el juez quien actúa como árbitro pacificador.*

Por el contrario *el modelo adaptador, dualista y colectivo*, da otra concepción del derecho, que fruto del cambio a la sociedad postindustrial se presenta como un instrumento activo del cambio y el progreso social y por ello dirige activamente las conductas sociales y las fallas del mercado, *dejando de ser un observador pasivo o un interventor mínimo y pasa a ser un instrumento que se adapta a las realidades*, olvidando su neutralidad y se politiza con el fin de promover ciertas *metas como equidad social, económica y eficiencia*, la regla funciona cuando promueve las metas caso contrario falla. Se trata de un modelo *dualista* ya que busca a través del derecho corregir los estudiados fallos del mercado (libre competencia, control del crédito, de la información) y además, *proteger y establecer medios para la protección al usuario y consumidor*, calidad, seguridad, acceso efectivo a justicia. Estos dos ámbitos de protección son los llamados Social and Economic Regulation. Y *colectivo* debido a que el derecho proporcionará medios idóneos que permitan la participación organizada de los consumidores, ejemplo claro de esta tendencia es la promoción de la asociación de los consumidores establecida en el art. 4, párrafo 9, y art. 61, 62 y 63 de la LODC. Normativa que creemos también puede ser mejorada a través del establecimiento de sanciones por denuncias temerarias y causas de disolución de las mismas, además de normas que les permitan una mayor participación y auspicio estatal, por ejemplo establecer su participación en procesos de fijación de tarifas de los servicios básicos domiciliarios, la creación de un fondo estatal destinado a financiar el cumplimiento de sus objetivos, por supuesto preservando la autonomía de las mismas. Ver la Ley No. 19.496 de Chile.

mecanismos efectivos para la tutela administrativa y judicial, etc., son consagrados en la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*. (art. 4)

Es importante establecer que este cambio de concepción en relación con este novel derecho debe darse también con relación al papel de la Función Judicial, con el objetivo de promover los intereses de los consumidores, así los jueces en sus sentencias a más de aplicar las normas, deberían enuncien principios y doctrina relacionada.³²

Con el surgimiento de nuevas críticas al sistema anteriormente descrito, especialmente por la doctrina americana,³³ se planteó otro modelo, el llamado modelo *participativo, procesal o voluntario*, que cuestiona el modelo adaptador, y establece que el Derecho del consumidor debe fundamentalmente “facilitar la formulación y la aceptación voluntaria de normas de comportamiento más equilibradas”.³⁴

La legislación ecuatoriana pasó a este modelo cuando eliminó la posibilidad de fijación de precios de productos por parte del Estado,³⁵ estableciéndose solo mínimas excepciones a este principio como en el caso de las medicinas³⁶ y del transporte, por mencionar solo dos ejemplos,

³² En la Corte Suprema de Justicia encontramos varios casos referidos al derecho del consumidor, (Gaceta Judicial Serie XVI, No. 11- 9-IV-98 (Primera Sala de lo Civil y Mercantil, pp. 2787-89, ver Anexo I), en el caso de Contrato de Transporte, sobre las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad contenidas en un contrato de adhesión o contratos con condiciones generales. Se debe reconocer el estudio y adelanto de los magistrados de la Sala en el conocimiento del derecho del consumidor, ya que valiéndose de doctrina actualizada, fundamentan su resolución, guían la interpretación de este tipo de casos y difunden los derechos del consumidor, es de resaltar que la sentencia es dictada aún antes de que se expida la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor* vigente, lo que demuestra una actitud de profundo estudio y apertura a las nuevas tendencias del Derecho, manifestado incluso al interpretar un artículo del Código Civil referido al tema en concreto.

³³ Thierry Bourgoignie, *Elementos para una teoría del Derecho de Consumo*, pp. 157,158,159.

³⁴ El modelo *participativo procesal y voluntario* nace como una reacción al modelo *adaptador*, dualista y colectivo, la doctrina americana identifica al modelo adaptador como la causa de pérdidas económicas debido al excesivo coste de los beneficios al consumidor que con la excesiva legislación y reglamentación minan la autonomía del mercado, de allí que busquen disminuir al máximo el intervencionismo estatal utilizando otros medios para la protección del consumidor. Este derecho se denomina “soft law”, y uno de sus ejemplos más claros es la eliminación de la fijación de precios y la implementación en su lugar de políticas de control a las prácticas anticompetitivas o de abuso de posición de dominio en el mercado, *Ibíd.*, p. 160.

³⁵ El sistema de protección jurídica específica del consumidor en Ecuador, a través de normas jurídicas especiales, inicia cuando el Estado ecuatoriano establece un sistema de protección al consumidor basado en la regulación de precios a través de las siguientes leyes: Ley Reguladora de la Superintendencia de Precios, establecida mediante Decreto Supremo No. 422 de 18 de abril de 1973; La Ley de Control de Precios y Calidad, publicada en el R. O. No. 412 de 31 de Agosto de 1977 y finalmente la Ley de Defensa del Consumidor, R.O., 520 de 12 de septiembre de 1990, en el gobierno del Dr. Rodrigo Borja Cevallos que introduce importantes cambios respecto a los Derechos del consumidor y regula la creación de asociaciones de consumidores.

³⁶ Ver, Ley de Producción, Importación, Comercialización y Expendio de Medicamentos Genéricos de Uso Humano, R.O. No. 59 de 17 de abril de 2000, y el Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, R.O. No.287 de 19 de marzo de 2001, art 14.- La lista de precios oficiales de los medicamentos...”

así como el aumento de la importancia dada a la información que incrementa el poder del consumidor en el mercado, y la política de subvenciones económicas,³⁷ sobre esto último en Ecuador es claro el caso del gas de uso doméstico.

Otra de las características importantes de este sistema es la propuesta de aumentar el sistema participativo esto es, incentivar la creación de “mecanismos y procedimientos de concertación en el ámbito del consumo”.³⁸

Aparecen así los procedimientos informales y extrajudiciales de solución de controversias entre consumidores y productores, tema de interés para nuestra investigación. La ventaja clara de esta visión es que no retrocede hacia la óptica individualista y más bien recalca la importancia de un modelo de tipo *colectivo, voluntario*.³⁹ En nuestro país, ejemplo claro de este tipo de método lo encontramos en las normas dictadas sobre calidad de los servicios emitidas por el Instituto Ecuatoriano de Normalización (INEN), la participación del Instituto Izquieta Pérez,⁴⁰ las normas sobre mediación y conciliación contenidas en la *Ley de la Defensoría del Pueblo* y de forma más genérica, los códigos de ética en los diferentes ámbitos profesionales como el de los médicos (Código de Ética Médica, Acuerdo No. 14660-A, R.O. 132, 18-II-93) y abogados (Código de Ética, aprobado por la Federación Nacional de Abogados del Ecuador, II, 1969). El

³⁷ A los subsidios los podemos definir como una ayuda económica estatal con fines de carácter social. El FMI, señala que Petroecuador, *pierde* 500 millones de dólares (dos por ciento del Producto Interno Bruto) por mantener los subsidios en tres sectores: venta nacional de gas licuado de petróleo (GLP); la comercialización de diésel y el sector de la generación termoeléctrica, ver *El Comercio*, 22/09/2003 (las cursivas son nuestras)

³⁸ *Ibíd.*, p. 160.

³⁹ Thierry Bourgoignie nos da algunos ejemplos de este modelo, el funcionamiento de procedimientos informales que buscan facilitar la resolución de conflictos, las legislaciones marco o modelo, las normas sobre control de calidad, seguridad y nivel técnico de productos.

⁴⁰ Actualmente el Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Leopoldo Izquieta Pérez es el organismo encargado de autorizar, mantener, suspender, cancelar o reinscribir el Registro Sanitario (Ley 2000-12, R.O. 59, 17-IV-2000).

“Art. 81.- De la concesión de registro sanitario.- El Ministerio de Salud Pública a través de: la Dirección General de Salud, la Dirección Nacional de Control Sanitario y el *Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Leopoldo Izquieta Pérez*, dispondrá las medidas para la concesión del registro sanitario bajo parámetros de inocuidad, eficacia, calidad, bio-disponibilidad y bio-equivalencia”

Código de la Salud

“Art. 101.- (Sustituido por el Art. 99 del Decreto Ley 2000-1, R.O. 144-S, 18-VIII-2000).- El Registro Sanitario para alimentos procesados o aditivos, productos naturales procesados, cosméticos, productos higiénicos o perfumes, y plaguicidas de uso doméstico, industrial o agrícola, o para las empresas que los produzcan, será otorgado por el Ministerio de Salud Pública, a través de las Subsecretarías y las Direcciones Provinciales que determinare el reglamento correspondiente y a través del *Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical Leopoldo Izquieta Pérez*.

El Registro Sanitario para medicamentos en general, medicamentos genéricos, drogas, insumos o dispositivos médicos, productos médicos naturales y homeopáticos unisistas, se regirá por lo dispuesto en la Ley de Producción, Importación, Comercialización y Expendio de Medicamentos Genéricos de Uso Humano.” (el resaltado es nuestro).

problema surge cuando estas normas, acuerdos o formas de solución no son de obligatorio cumplimiento y son establecidas unilateralmente, perdiendo de esa manera el carácter participativo-colectivo de este enfoque.

De esta visión se destaca la importancia de buscar la representación efectiva de los consumidores en los ámbitos de decisión y promoción de sus derechos, dentro de los cuales la acción de las asociaciones de consumidores es fundamental.

El *modelo mixto adaptador y participativo* utilizará los mejores mecanismos de uno u otro sistema o modelo descrito, de esta manera reconoce la necesidad de una política de defensa al consumidor y que la *desreglamentación* es peligrosa, sobre todo si va en contra del reconocimiento de nuevos derechos o incluso de derechos adquiridos, esta teoría resalta la importancia de que los instrumentos legales sean eficientemente desarrollados.

Incluso, la idea inicialmente positiva de participación como medio de resolución de conflictos podría invitar a impedir el progreso legislativo en el tema,⁴¹ asunto que puede ser atenuado siempre y cuando no cree vacíos jurídicos y esté de por medio una consagración legislativa de estas formas voluntarias de participación y resolución de conflictos,⁴² que son interés en nuestra investigación, pero que además, las normas en la materia establezcan los órganos o instituciones competentes de control del derecho mencionado y finalmente, a través de la presencia de los consumidores en los órganos referidos.

⁴¹ “La alternativa del ‘soft law’ es un riesgo para los consumidores en cuanto, los poderes públicos y el mundo profesional se pongan de acuerdo para limitar sus iniciativas en el campo del consumo y facilitar la vuelta a un sistema de derecho formal que privilegia la instrumentación jurídica de mercado-competencia e información, asegurando una legitimación aparente con respecto a los consumidores, al poner en funcionamiento mecanismos de tipo procesal y voluntario susceptibles de ser utilizados como argumentos para justificar el aplazamiento de nuevas intervenciones de tipo legislativo en el ámbito referido”, le preocupa a Bourgoignie la falta de transparencia que puede darse ante la ubicación fuera de la órbita judicial de los métodos de resolución de litigios en materia de Derecho del consumidor, el estancamiento de la legislación en defensa del consumidor y la necesidad de una jurisprudencia específica en cuestiones de consumo.

⁴² Son tres los requisitos para aceptar el soft law y paliar sus consecuencias negativas:

“1.-La existencia en el orden jurídico de normas imperativas o de un marco legislativo general donde se inscribirán y desarrollarán las iniciativas voluntarias;

2.- La existencia, en el mismo orden, de una estructura institucional pública o administrativa encargada de suscitar y supervisar la negociación de los mecanismos de “soft law” y capaz de controlar el acatamiento efectivo.

3.-La garantía de una participación directa de los consumidores en los procesos de elaboración y de control de los instrumentos voluntarios establecidos, mediante su representación en los órganos de gestión de las estructuras voluntarias instituidas, y el reconocimiento, a las organizaciones representativas de los intereses de los consumidores, del derecho a denunciar los ataques contra las normas voluntarias en vigor, mediante mecanismos de recursos colectivos”. *Ibíd.* p. 169

Cada método o visión implica un progreso o al menos la adecuación de las tendencias doctrinarias y económico sociales, la actualidad requiere sin embargo de los logros históricos que cada concepción brinda, por ello, la política y el Derecho de consumidor ecuatoriano puede estar caracterizado por una interesante mezcla entre los mecanismos utilizados por el llamado *hard law* y el *soft law*,⁴³ en pos de una real política nueva y eficiente de defensa del consumidor, igualmente respecto a los instrumentos utilizados por cada enfoque se debe buscar los objetivos fijados más que el encuadramiento de manera absoluta, en uno de las visiones estudiadas.

Por lo indicado, de acuerdo a nuestra realidad jurídica, el Derecho del consumidor en el Ecuador debe adscribirse a una teoría ecléctica nueva, que *tome las ventajas* de todos los modelos descritos en su conjunto en la medida que sea posible, buscando la complementación de los mismos, pero estableciendo legalmente sus principios y formando un derecho abierto al perfeccionamiento.

⁴³ El término *soft law* ha sido definido como un derecho no vinculante, normas o principios pero no reglas, ley que no es aplicable a través de una resolución vinculante, coercitiva, la diferencia fundamental con el *hard law* es precisamente la característica de vinculabilidad y coerción, el término *soft law* según Ángeles Mazuelos Bellido describe enunciados normativos formulados como principios abstractos que se hacen operativos a través de su aplicación judicial, su origen no describía solamente una realidad del ordenamiento jurídico internacional, sino fue esta la legislación que lo acogió doctrinariamente, ver www.tuobra.unam.mx/publicadas

El proceso participativo elabora mecanismos e instrumentos voluntarios y sin fuerza obligatoria llamados *soft law*, término que en esta materia tiene connotaciones específicas:

- “(i) los códigos de conducta negociados entre las agrupaciones profesionales de algunos sectores de actividad, las autoridades administrativas de ejecución de la política de consumo y/o las organizaciones de consumidores;
- (ii) las normas y los tipos de calidad, de nivel técnico y de seguridad que se aplican a los bienes de consumo;
- (iii) los convenios colectivos de consumo o acuerdos negociados colectivamente entre las organizaciones de consumidores y algunas agrupaciones profesionales, que tratan sobre todo de las condiciones generales de las transacciones realizadas en el sector;
- (iv) la publicación, por los poderes públicos, de recomendaciones o “guidelines” (directrices que precisan los derechos y obligaciones respectivos de las partes en el marco de ciertas transacciones realizadas entre consumidores y profesionales;
- (v) la formulación por parte de organismos públicos y privados, de legislaciones tipo o de modelos susceptibles de servir como marco de referencia;
- (vi) el funcionamiento de procedimientos informales y parajudiciales destinados a facilitar la expresión de los litigios que oponen a consumidores y profesionales.”

En conclusión, los mecanismos participativos ideados por los sujetos involucradas en el proceso de consumo (Estado, proveedor, consumidor) a través de: la *negociación*, y *acuerdos de voluntad*, el empleo tanto *códigos de conducta acordados* con la administración estatal, los proveedores y los consumidores como *convenios colectivos de consumo* sobre condiciones generales de transacciones, *las recomendaciones o directrices* dadas por los poderes públicos, *la formulación de legislaciones modelo* que sirvan de marco de referencia y finalmente la utilización de *procedimientos informales, extrajudiciales* para facilitar la solución de litigios entre las partes, entre otros mecanismos, constituyen el llamado *soft law*, ver, “Implementing the consumer-supplier dialogue through soft law?”, J.P.C, No. especial, 1984, vol. N7, No. 2, pp. 111-321, citado por Thierry Bourgoignie, *Elementos para una teoría del derecho de consumo*, pp. 162-171.

De esta manera, adoptaremos del modelo individualista el reconocimiento de los derechos como la libertad de contratar, la libre competencia, la responsabilidad civil, desechando la característica del interés personal. Del modelo adaptador acogeremos su flexibilidad y capacidad de acoplamiento a la realidad, su intención de regular y corregir los fallos del mercado, proteger y establecer mecanismos tutelares idóneos y colectivos, y finalmente, del modelo del *soft law* apreciaremos la implementación de códigos de conducta, leyes tipo, las recomendaciones o directrices dadas por los poderes públicos, la apertura para el perfeccionamiento de la administración de justicia a través de procedimientos informales y la necesidad de eliminar la fijación de precios, así defenderemos la apertura del *soft law* pero habrá que cuidar las consecuencias peligrosas que puede entrañar.

El Derecho del consumidor en nuestro país comparte características de las dos últimas visiones enunciadas, intentaremos demostrar las ventajas de una regulación legal de acceso participativo en la defensa del consumidor, característica de la visión *participativa, procesal y voluntaria*, como parte y complemento del sistema legal desarrollado.

Fruto de esta evolución caben otras interrogantes, ¿Debemos aceptar que el Derecho del Consumidor es un nuevo derecho? ¿En qué rama específica del derecho podemos ubicar al Derecho del consumidor?, ¿Cuáles son las características que lo diferencian?

1.3 Definición, ubicación y naturaleza jurídica del Derecho del consumidor

Definir el Derecho del consumidor resulta difícil dada su naturaleza variada, nueva y específica, sin embargo, es pertinente, para efectos investigativos adoptar un concepto ilustrativo y guía de desarrollo.

Se observa en la doctrina la existencia de varias y diferenciadas maneras de definir el Derecho del consumidor.⁴⁴

Definición objetiva que pone énfasis en la relación de consumo; **teleológica subjetiva**, en la que se da mayor importancia a los sujetos de la relación y los fines, protege especialmente al consumidor, y la llamada **mixta**, en la que confluyen las dos anteriores buscando la protección tanto del consumidor como de la relación de consumo, esta posición es a nuestro parecer la más apropiada. Esta breve descripción de teorías nos acerca a determinar los aspectos a considerar para emitir un concepto más completo de lo que debemos entender por Derecho del consumidor.

⁴⁴ Atilio Alterino, *Defensa de los Consumidores de productos y servicios*, Buenos Aires, 1994, Et. Al., pp. 96-98.

Desde una visión teleológica subjetiva, podemos definir el Derecho del consumidor como un conjunto de normas y principios que regulan y promueven los derechos y obligaciones del *consumidor y usuario (elemento subjetivo) a quienes se destina la producción o la prestación de servicios, (elemento objetivo) y los derechos y obligaciones del proveedor frente al que el consumidor (elemento subjetivo) está en situación de desventaja (elemento teleológico-tuitivo)* al no tener el control de los bienes de producción, información, etc.

De allí que, encontramos en este Derecho, flamantes sujetos de protección: los consumidores, aparecidos sobre la base de la reacción social originada por la resistencia a la desigualdad (obrero, mujer, etc.).

Otra pregunta que surge es si podemos considerar al Derecho del consumidor como una rama autónoma del Derecho con el fin de determinar si su estructura es independiente, su régimen es especial y si posee principios, institutos y conceptos propios, que sin negar su multidisciplinariedad -que será analizada a continuación- tenga unidad e independencia.⁴⁵

Conocemos que la división del derecho en ramas se la realiza tomando en consideración el contenido de las normas, también que la división más antigua es aquella que lo escinde en Derecho público y privado, punto que también se ha prestado a discusión.⁴⁶ Parece apropiado considerar que el derecho no es una estructura cerrada sino más bien interdependiente de sus diversas disciplinas, como manifiesta Pascual Marín Pérez, “...*los avances de la técnica y las modalidades de la vida pueden crear indefinidamente nuevas y nuevas ramas o también hacer desaparecer o refundir en una sola, otras ya existentes*”.⁴⁷

⁴⁵ A criterio de Pedro Portellano Díez, <http://www.consumo-ine.es/>, la dificultad de enumerar exhaustivamente una lista de normas exclusiva o preponderantemente consumerista se debe inicialmente a la duda sobre la existencia de una categoría jurídica autónoma que se denomine Derecho de los consumidores; textualmente manifiesta: “En realidad, las diversas disposiciones que directa o indirectamente buscan la protección de los consumidores se integran en las categorías dogmáticas tradicionales: básicamente Derecho mercantil y Derecho civil y, en ocasiones, Derecho administrativo y Derecho procesal”, sin embargo con optimismo no ve en este aspecto un obstáculo, sino una oportunidad: buscar que sus principios, derechos y visión –del Derecho del consumidor- sean incorporados al Derecho en general, debido a que de nada sirven las normas, por muy numerosas que éstas sean, si no permiten el cumplimiento de la finalidad con ellas buscadas.

⁴⁶ El concepto de Kelsen sobre la división del Derecho difiere de este planteamiento, él consideró que el derecho siempre es público al nacer de la voluntad del Estado. Mientras que otros autores se cuestionan y creen que el Derecho público está absorbiendo o invadiendo el privado, Duguit considera que la división entre normas tiene solo un interés práctico. Sin embargo, creemos que se confunde este detrimento del Derecho privado con la regulación de la autonomía de la voluntad que, ciertamente en muchos casos ha sido restringida debido a motivaciones de diferente especie, entre las que encontramos por ejemplo, la intervención económica del Estado en la llamada economía mixta. Monroy Cabra, *Introducción al Derecho*, pp. 179 y ss.

⁴⁷ Pascual Marín Pérez, *Manual de Introducción a la ciencia del Derecho*, Barcelona, Edit. Bosch, 1959, pp. 417 y ss., Citado por Marco Monroy Cabra, *Introducción al Derecho*, pp.183

A pesar de estas discusiones doctrinarias, la tradicional división del derecho ubica dentro del Derecho público al Derecho interno e internacional, en el ámbito del Derecho público interno encontramos al Derecho constitucional, administrativo, financiero, penal, procesal, del trabajo, en el Derecho público externo encontramos al Derecho internacional público y al Derecho internacional privado, y en el ámbito del Derecho privado encontramos al Derecho civil, comercial, minero y agrario.⁴⁸ Lo cierto es que el Derecho está en constante evolución, la manera de comprenderlo o abordarlo también cambia con el tiempo, de allí que tomando estos planteamientos, podemos afirmar que el Derecho de defensa del consumidor participa de los ámbitos, civil, mercantil, administrativo, penal y constitucional, por tanto atraviesa transversalmente tanto el ámbito privado como el público en cuanto sus derechos son tutelados constitucionalmente como un derecho de interés general o colectivo, estableciendo normas procesales, penales y administrativas, en cuanto son normas que buscan ordenar actos mediante los cuales se llega a una decisión por parte de los órganos jurisdiccionales, estableciendo o regulando sanciones por incumplimiento de la ley, y además la determinación de la organización y desempeño de la administración y actos de la actividad administrativa.

Respecto a su ubicación en un área jurídica en especial en razón de cumplir los requisitos o encuadrarse en una definición, es un aserto la observación realizada por Evaristo de Moraes Filho.

⁴⁸ Es de interés para nuestro estudio las definiciones de derecho privado, derecho público, comercial, derecho civil y las distinciones entre el derecho público y el derecho privado de Monroy Cabra, que nos permitirán aclarar al menos tangencialmente, criterios importantes para efectos de esta investigación.

Se distingue así el derecho público del privado en virtud de los *intereses que precautela, o el fin que persiguen*, del objeto inmediato o del objeto final, del sujeto-fin, del titular de la acción, entre otras, según las cuales encontramos los siguientes enfoques: *diferencias de interés*: El Derecho público precautela el interés público o general, su fin es el Estado, el individuo ocupa un papel secundario, mientras que el Derecho privado defiende un interés privado o particular, por ejemplo la propiedad del individuo, aunque hay que considerar que estos pueden coincidir; el Derecho colectivo protegerá los intereses y la propiedad de la sociedad.

Pero a más de estas diferencias que justifican esta clasificación, encontramos otras según las cuales desde el *punto de vista de su ámbito material* las normas se clasifican en, normas de Derecho público y privado. Desde el punto de vista de su jerarquía las normas se clasifican en constitucionales, ordinarias, reglamentarias, individualizadas, interesa también esta clasificación debido a que la *Ley de Defensa del Consumidor* es una ley orgánica que se encuentra dentro de la categoría de constitucional, esta especificación la ubica en un rango diferente que permite hablar de subordinación o coordinación, desarrollaremos este punto cuando analicemos la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor ecuatoriana. Ver, Marco G. Monroy Cabra, *Introducción al Derecho*. Bogotá, Edit. TEMIS. 1996, pp. 179-190.

Para Alfredo Rocco citado por Monroy Cabra el Derecho comercial es “la rama del derecho que estudia los preceptos que regulan el comercio y las actividades asimiladas a él, y las relaciones jurídicas que se derivan de esas normas”. Su contenido es el siguiente: actos de comercio, el comerciante y sus obligaciones, obligaciones y contratos mercantiles, en general el desarrollo del comercio. Según Du Pasquier el Derecho civil “determina las consecuencias esenciales de los principales hechos y actos de la vida humana y la situación jurídica del ser humano con relación a sus semejantes (capacidad civil, deudas y créditos) o en relación con las cosas (propiedad, usufructos, etc.), esto es, trata sobre la persona, la familia y el patrimonio, como lo podemos comprobar de la simple lectura de los títulos del Código Civil”.

“El concepto de una rama jurídica es siempre relativo, no pudiéndose admitir una separación absoluta y estanca. Se quiere significar solamente la presencia de un derecho especial, que regula relaciones concretas también especiales, que mantienen entre sí una particular homogeneidad sustancial y que por eso mismo también merecen un tratamiento unitario especial...”.⁴⁹

Se ha afirmado por la doctrina que la dificultad para considerar efectiva esta autonomía se debe a varios factores, entre los que resaltamos los siguientes: *la multidisciplinariedad* en virtud de que varias ramas tradicionales del derecho tocan al menos tangencialmente materias relacionadas con la tutela de los derechos del consumidor, *la novedad del tema* con la aparición de un nuevo sujeto de derechos (el consumidor), distinto a los sujetos tradicionales a protección, y el poco conocimiento, y la *reciente promulgación -en el caso ecuatoriano-, de normas reguladoras* de este campo al menos de manera congruente, empezando por el reconocimiento constitucional llegando hasta la promulgación de una ley orgánica especial, normativa que continúa en proceso de perfeccionamiento a través de las propuestas de normas protectoras de la libertad de empresa que afectan directamente al consumidor. *Multidisciplinariedad* que incluso rebasa el ámbito del derecho y aborda además disciplinas como la economía, sociología,⁵⁰ etc., característica que como vemos ahonda la urgencia de estudiarla con criterios de especialización.

Otra particularidad que diferencia al Derecho del consumidor de otras ramas jurídicas es su vocación de *romper conceptos tradicionales* al precautelar derechos colectivos⁵¹ difusos, especificidad que añade un reto, encontrar nuevas formas de tutela que las tradicionalmente establecidas.

⁴⁹ Evaristo de Moraes Filho, citado por Alterini , <http://members.fortunecity.es>

⁵⁰ El Primer Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores, estableció en 1975 la naturaleza transversal de la política de protección al consumidor. Según Guillermo Palao Moreno, “La protección de los consumidores en el ámbito comunitario europeo” en *Derecho de Consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 40, esta declaración implica “...un aspecto de especial importancia que ha obligado a incorporar esta política a otras ya existentes y que inciden en la misma. En este sentido, de entre las mismas cabe hacer mención a las estrechas relaciones que la protección de los consumidores mantiene con las políticas: económicas, agrícola común, de medio ambiente, de transportes o la de energía”.

⁵¹ Según Agustín Grijalva en entrevista concedida en julio de 2004 en la UASB, los derechos colectivos se definen como “ los derechos humanos específicos de los cuales son titulares ciertos grupos humanos”. Los derechos colectivos o de tercera generación reconocidos constitucionalmente, son los derechos de los consumidores, de los pueblos indígenas y los ambientales. Se los llama también de tercera generación por el orden de su aparición histórica, inicialmente nacen los civiles y políticos luego los económicos sociales y culturales y posteriormente los colectivos. La característica de difusos viene dada en cuanto a la posibilidad de determinar quienes son los derechohabientes. En el caso de los consumidores el derecho colectivo se complementa con el derecho individual y así es reconocido incluso constitucionalmente. Si esta nueva clasificación aparece es debido a la necesidad de garantizarlos jurídicamente, reto del que deben ocuparse las normas especiales en la materia, haciéndose necesario fortalecer el acceso de estos grupos colectivamente considerados, analizando garantías a los mismos como el amparo constitucional.

Con el objetivo de demostrar -a través de la diferenciación- la especialidad pero además la amplitud y complejidad de este derecho, analizaremos brevemente su relación con otras ramas tradicionales del derecho, que son el antecedente del que nace y se nutre, atravesando varios campos.

Esta diversidad está justificada por dos características, como aquella de ser un instrumento, medio o mecanismo para la ejecución de opciones políticas, económicas y sociales⁵², es además un derecho fundamentalmente inter y multidisciplinar, relacionado tanto con las ramas tradicionales del derecho como con otras ciencias como la sociología, la economía, la salud, la ingeniería de alimentos, etc.

Por ser de interés para nuestro estudio, a continuación analizamos la posibilidad de situar este innovador derecho en alguna de las ramas jurídicas tradicionales.

Los criterios tradicionales ubican las normas en función de su naturaleza,⁵³ si utilizamos esta forma de clasificación, el Derecho del consumidor por sus características podría enmarcarse como un apéndice de varias ramas, lo que provocaría su indefinición y vaguedad, por ello, como demostraremos, los criterios de clasificación tradicionales, así como la adecuación a ciertas ramas jurídicas no le son aplicables totalmente, por lo que se tratará de encontrar la más apropiada delimitación en función del fin que persigue la norma.

Resulta para este fin importante analizar brevemente las estrechas relaciones del Derecho del consumidor con el Derecho mercantil, Derecho civil, Derecho procesal, Derecho penal, Derecho administrativo, Derecho social, y sobre todo, con el Derecho económico.

Derecho Civil.- Tradicionalmente, esta rama del Derecho está caracterizada por regular las relaciones privadas, y los principios de libertad contractual y el libre consentimiento. Libertad que se expresa, en el campo económico-privado, fundamentalmente a través de la regulación de los contratos.⁵⁴ En el Código Civil ecuatoriano, libro cuarto, se regula las obligaciones en general y los contratos a través de principios básicos⁵⁵ que inciden también sobre el Derecho del

⁵² *La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor* es un instrumento estructurado en base a consideraciones sociales, políticas y económicas, no solo de fines estrictamente económicos como la eficiencia.

⁵³ Thierry Bourgoignie, *Elementos para una teoría del Derecho del consumo*, pp. 172 y ss.

⁵⁴ Algunos autores como Sofía Sagües consideran al Derecho del consumidor como parte del Derecho civil constitucional, entre otras razones debido a que “contiene un conjunto de normas que, manteniendo la materia civil que cualifica su contenido, se encuentran consagrados en los textos constitucionales”.

⁵⁵ Con el fin de ejemplificar lo afirmado, a continuación describimos algunos de los principios básicos aportados por el Derecho civil al Derecho del consumo:

-La regulación de actos comerciales entre particulares como la compraventa (art.1759);

consumidor, pero cuyo enfoque, debemos aclarar, es diferente ya que aquel precavete los intereses individuales y la igualdad de las partes, mientras que el Derecho del consumidor se basa en la protección del consumidor tratado no como un igual sino como aquel en situación de desventaja, entre otras razones, porque el vendedor (proveedor) no tiene real intermediación con el comprador (consumidor) debido a la masificación de la producción y el consumo, y las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

Otra diferencia sustancial entre ambas normas está dada por la calidad de consumidor final, aquel que compra pero en cuya propiedad termina la cadena productiva, consideración que no es tomada en el Derecho civil. Instruye de allí que si bien los principios que encontramos en el Código Civil, son la base regulatoria de las relaciones entre particulares, la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, precavete a una parte débil dentro de estas relaciones entre particulares, con otro ámbito de acción y enfoque tutelar.⁵⁶

-La libre disposición regulada en los artículos 8, 9, y más claramente aún en el 11 que establece: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”; principio que también sustenta la facultad de sometimiento al arbitraje.

-Podemos añadir a esta breve descripción, las regulaciones sobre el objeto ilícito (Arts. 1507 a 1512); libertad contractual (art. 1532). La regulación respecto al justo precio (arts. 1855 a 1863).

-Las cláusulas de adhesión son reguladas siempre que no contraríen los principios del Derecho civil, art. 1854: “Pueden agregarse al contrato de venta cualesquiera otros pactos accesorios lícitos y se regirán por las reglas generales de los contratos”.

-El libre consentimiento está regulado por el art. 1488, numeral segundo. Los vicios del consentimiento en el art. 1494, que establece que un acto es nulo por la falta de correcta información no emitida dolosa o culposamente. Principios que controlan la legitimidad de ciertos actos civiles que pueden a su vez tener como fin el consumo, pero que no fueron regulados por esta consideración sino por el acto de relación entre partes (contrato, compraventa).

-El art. 1824 regula la compra-venta en caso de vicios ocultos de la cosa vendida “ Se llama acción redhibitoria la que tiene el *comprador* para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio, por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados redhibitorios” , las categorías jurídicas subjetivas consideradas son: el *comprador* y el *vendedor*. Tomando este caso, la LODC, norma igual principio con diferente enfoque, art.71 regula la indemnización, reparación, reposición y devolución, utilizando las categorías de consumidor y proveedor.

-El art. 2256 del Código Civil Ecuatoriano establece que, por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Están especialmente obligados a esta reparación: inciso quinto: “El que fabricare y pusiere en circulación productos, objetos o artefactos que, por defectos de elaboración o de construcción, causaren accidentes, responderá de los respectivos daños y perjuicios”.

55 Ver Albert Lamarca i Marqués, *Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones*, Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2002, www.indret.com. Otras legislaciones optan por incluir al Derecho del consumidor en su legislación civil como es el caso de Alemania. Lamarca, critica las débiles reformas al derecho de las obligaciones alemán de 2000 que al incorporar legislación especial sobre consumo -se define al consumidor y al empresario y se reforma la parte relativa al incumplimiento-, sin reelaborar toda la parte general del derecho de obligaciones y contratos, con una nueva visión.

Sin embargo, el Derecho del consumidor no solo se refiere a la conducta de particulares entre sí -como veremos en los próximos puntos de desarrollo- ni se refiere solamente a la intervención del comerciante como tal, los actos que realiza un comerciante con otro comerciante o profesional no son actos protegidos por el Derecho del consumidor, salvo cuando este comerciante realice actos como consumidor o usuario final de bienes o servicios, así lo establece el ámbito de aplicación de la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*.

El Derecho de defensa del consumidor tiene su propio ámbito de aplicación, principios, sujetos, fines, y visión. La *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor Ecuatoriana*, establece con claridad su ámbito de aplicación que nos sirve para diferenciar estas normas de otras con diferente ámbito y objeto de regulación

“Art. 1.- AMBITO Y OBJETO.- Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de interés social, sus normas por tratarse de una ley de carácter orgánica, prevalecerán sobre las disposiciones contenidas en leyes ordinarias. En caso de duda en la interpretación de esta Ley, se la aplicará en el sentido más favorable al consumidor.

El *objeto* de esta ley es normar las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo el conocimiento, protegiendo los derechos de los consumidores, procurando la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones entre partes.” (Énfasis agregado)

Consecuente con esta percepción Ferrier afirma que “El acceso a un Derecho del consumo difumina la distinción tradicional, establecida por el Derecho privado, entre Derecho civil y Derecho mercantil. Esta distinción no puede mantenerse ante los imperativos del orden público de protección”.⁵⁷

Así, el Derecho de defensa del consumidor, no deja de lado las normas de actuación del proveedor de bienes y servicios, estrechando la separación tradicional entre las partes y rompe nuevamente una división tradicional de la regulación, haciendo prevalecer principios básicos de equidad y justicia social, regulando tanto la actuación y deberes del comerciante (obligaciones del consumidor, acceso a justicia eficiente), como las del consumidor, privilegiando su situación.

Frente a lo que la doctrina llama la proliferación de microsistemas jurídicos –estatutos especiales-, Lorenzetti nos da las perspectivas futuras del Derecho civil, destinado a complementarse, progresar o sectorizarse. Afirma que “Los derechos abandonan

⁵⁷ G. CAS, D. Ferrier, citado por Bourgoignie, *Elementos para una teoría del Derecho de Consumo*, 177.

progresivamente esta idea de universalidad para avanzar hacia la sectorización, regulación y tratamiento particularizado, independiente de la persona”. La contrapartida negativa de este progreso será la dilución de los principios generales y rectores.⁵⁸

A nuestro criterio no hay consecuencia negativa en fragmentar y especializar el Derecho – “sectorizarlo” según Sagüés- para hacerlo más eficiente en sus fines, siempre y cuando sea previa su constitucionalización como Derecho básico y general tanto individual como colectivo y exista la necesaria sistematización de normas que asegure su correspondencia y armonía, evitando el conflicto de leyes.

¿Son las normas del Derecho del consumidor parte de las normas de Derecho económico o son independientes?

Derecho Económico

Tanto el Derecho del consumidor como el Derecho económico tiene como objetivo fundamental el bienestar individual y colectivo a través de la intervención estatal en la economía, actuado a través de normas e instituciones que fomenten derechos, la representación y el acceso a la justicia.

A continuación analizaremos brevemente el concepto de Derecho económico con el fin de alcanzar similitudes y diferencias con el Derecho del consumidor y emitir criterios al respecto, buscando también absolver la pregunta de su independencia frente al Derecho económico, para este fin utilizaremos los planteamientos de Jorge Witker y las orientaciones de Troya Jaramillo.⁵⁹

Para Witker, el objeto del Derecho económico es regular el comportamiento económico privado con criterio social:

“El Derecho económico actual se presenta como una disciplina mínima de regulación que tiene como objeto normas jurídicas que enmarcan los comportamientos económicos de agentes y operadores esencialmente privados, tutelando intereses generales con criterio de economicidad y simplificación. El Derecho económico busca en conclusión, *regular el comportamiento económico privado sin despreocuparse de los intereses generales*. Este derecho es

⁵⁸Ricardo Luis Lorenzetti, Derecho Privado, citado por Sofía Sagües, *El Derecho Constitucional del siglo XXI*.

⁵⁹ José Vicente Troya Jaramillo, editor, *Estudios de Derecho Económico*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1998, pp. 16-18.

interdisciplinario, (derecho, economía, sociología), humanista, dinámico, (demostrado por ejemplo ante la facilidad de adaptación y cambio con relación al progreso tecnológico) complejo, nacional e internacional; concreto e instrumento para el cambio social”. Como ejemplo de estas características establece una norma que protege a los consumidores, la misma “...que impulsa y dinamiza un cambio social, que conceptuamos como una transformación productiva que genera un crecimiento económico sustentable con equidad y justicia social.”⁶⁰

Mientras tanto, Troya encuentra en la relación eficiente entre Estado y Economía el objetivo principal del Derecho económico y señala que una de las razones históricas para el apareamiento del Derecho económico es que el Derecho privado, Derecho civil y Derecho mercantil⁶¹ han quedado retrasados frente a nuevas realidades, y el Derecho económico permite responder eficientemente a la nueva relación. El autor en referencia también nos aclara cómo estas dos ramas tradicionales del derecho no tienen en la actualidad un contenido absoluto.

El Derecho económico es ubicado en el Derecho público, con influencia de la macroeconomía, esto es, la intervención del Estado en asuntos económicos de interés general en “búsqueda del equilibrio entre los intereses particulares de los agentes económicos y el interés económico general”.⁶²

El Derecho económico también tiene ciertas características del Derecho social en cuanto se encarga de la planeación, el desarrollo y busca el cumplimiento de normas de contenido social, que proporcionan un papel significativo al Estado, sin embargo como veremos su misión va más allá. Este derecho puede considerarse además como un ramo jurídico diferenciado, antes que como un conjunto de normas complementarias de los ramos jurídicos tradicionales, al igual que el Derecho del consumidor, tiene un ámbito diferente.

⁶⁰ Jorge Witker V., *Introducción al Derecho Económico*, tercera edición, Oxford University Press Harla México, p. 15.

Jorge Witker, en su obra *Panorama del Derecho Mexicano, Derecho Económico*, México, Edit. Mc.Graw-Hill, 1997, p. 29 y ss., establece que el derecho económico nacional se encuentran “diseminado” en varios cuerpos normativos entre ellos la Ley de Competencia Económica, la Ley de Comercio Exterior y la **Ley General de Protección al Consumidor**. (El resaltado es nuestro), por esta afirmación entendemos que el Derecho del Consumidor es parte del Derecho Económico. En este documento Witker define al Derecho económico “entendemos por derecho económico a la rama especializada que estudia el conjunto de principios doctrinales y normas de **contenido económico** que regulan las relaciones jurídicas entre particulares y de éstos con el Estado...” “la regulación de las relaciones entre el individuo, las instituciones sociales intermedias y el Estado, **tiende a evitar el conflicto de intereses** entre la sociedad y el mercado. (el resaltado es nuestro).

⁶¹ Linote, Mestre y Romi, citados por José Vicente Troya Jaramillo, *Ibíd.*, p. 14.

⁶² *Ibíd.* p. 17.

Coincidimos con el criterio de Rojo para quien en el Derecho económico coexisten normas jurídicas públicas y privadas, normas con rango constitucional y ordinarias como una materia jurídica compartida sin una materia jurídica exclusiva.⁶³

Como hemos visto del breve análisis realizado, los objetivos de ambos derechos son similares: actuar bajo ciertos principios básicos (ser normas de contenido social, con intervención estatal, cuyo fin es el equilibrio del mercado) en el sistema económico para dotarlo de eficiencia y justicia.

Derecho penal económico

También se relaciona el Derecho del consumidor con el *Derecho penal económico*, opción tomada por nuestra legislación, como se analizará más adelante, que busca con sanciones de tipo penal-administrativo, penalizar las conductas que afectan al consumidor como medio de protección y prevención social. Sin embargo, la tendencia mundial es reducir la intervención penal a casos de alta gravedad y más bien promover otros medios como el arbitraje y la mediación para la solución de conflictos en estos temas.

Las normas de Derecho penal económico⁶⁴ se encuentran difuminadas en distintos cuerpos legales, y buscan proteger el orden económico, social y la calidad de vida. Así, en el Código

⁶³ Ángel Rojo, “El Derecho Económico como Categoría Sistemática”, en *Revista del Derecho comercial y de las obligaciones*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, pp. 197-229, al tratar de definir al Derecho económico encuentra dificultades de orden histórico, económico, jurídico, y concluye que estamos ante una categoría sistémica, como instrumento para poner de manifiesto la función económica de las normas, textualmente manifiesta: “En realidad el derecho económico no es un derecho aglutinador de las nuevas normas en las que se manifiesta el intervencionismo estatal, sino aquel derecho (estatal o no, legal o no) en el que se integran aquéllas normas -nuevas o viejas- que determinan los principios ordenadores de la economía en un concreto espacio -incluidas las medidas de política económica de carácter coyuntural, el régimen jurídico del mercado o mercados comprendidos en ese espacio, la organización y el funcionamiento de los sujetos económicos que operan en él o en ellos y las relaciones entre ellos, el régimen jurídico de las actividades que desarrollan, así como los bienes y servicios en relación con esas actividades.” El Derecho económico, según el autor, está integrado por elementos de Derecho constitucional, de derecho civil, de derecho mercantil, administrativo, fiscal y penal económico, la característica del Derecho económico es unir estos elementos heterogéneos y sistematizarlos, no se los puede enmarcar dentro del derecho público, porque el instrumento del intervencionismo no es su característica única, por ello el autor se niega a acoger las categorías tradicionales del derecho para adscribir al derecho económico y plantea la necesidad de resistematizar al derecho en el futuro, sin necesidad de eliminar la clasificación tradicional, criterio que compartimos debido a la pluridimensionalidad que puede tener el Derecho.

⁶⁴ El Delito penal económico es definido como: “La conducta punible que produce una ruptura en el equilibrio que debe existir para el normal desarrollo de las etapas del hecho económico; o bien, la conducta punible que atenta contra la integridad de las relaciones económicas públicas, privadas o mixtas y que, como consecuencia, ocasiona daño al orden que rige la actividad económica o provoca una situación de la que puede surgir este daño”. Rafael Miranda Gallino, *Delitos contra el orden económico*, Editorial Pannedille, 1970, p. 17.

Penal ecuatoriano encontramos normas que tutelan al consumidor,⁶⁵ normas de protección a la salud como las establecidas en el capítulo X título V del libro segundo, artículos 428 y siguientes⁶⁶ y normas de protección al patrimonio como aquellas que penalizan la estafa, la falsificación.

Pero a más de proteger la salud del consumidor el Código Penal ecuatoriano también tipifica delitos económicos, así el art. 363 tipifica como delitos varios actos que pueden perjudicar a los consumidores, estableciendo sanciones pecuniarias y privativas de libertad para quienes hicieren alzar o bajar el precio de las mercancías, por cualquier medio fraudulento con el fin de no vender o por vender con un precio mayor al determinado.

La misma disposición establece sanciones a los que participen en el alza de los precios de artículos de alimentos de primera necesidad destinados al consumo humano, ya consista esta acción en monopolio, ocultamiento, acaparamiento, especulación, desplazamiento o cualquier otra forma fraudulenta que produzca desaparecimiento, limitación tanto de la producción como de la comercialización de productos. Se colige del artículo en mención que se tipifica como delito a un abuso de posición de dominio en el mercado por el que el vendedor o proveedor impone abusivamente precios, sea a través de ventas atadas o precios predatorios. La *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor* también tipifica la especulación⁶⁷ (ver art. 51) y para ello se apoya en el Código Penal para su definición pero establece otras sanciones.

“El delito económico en sentido amplio es aquella infracción que, afectando un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.” Miguel Bajo Fernández, *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, citado por Hernando Hernández Quintero, Bogotá, Edit. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.

⁶⁵ En el Libro segundo de los delitos en particular título IV de los delitos contra la Fe Pública, capítulo V de los delitos relativos al comercio, industrias y subastas encontramos el art. 363 (Ver Decreto Supremo No. 480 de 25 de enero de 1974).

⁶⁶ Art. 429 del Código Penal ecuatoriano: “También habrá prisión de tres meses a un año y multa de cincuenta a doscientos sucres para quien, en procura de obtener ganancia, vendiere o pusiere en venta comestible, bebidas o sustancias alimenticias, a sabiendas de que contienen materias que pueden alterar la salud”.

En el libro tercero del Código Penal se tipifican ciertos actos que perjudican a los consumidores con la categoría de contravenciones: ver art. 604 numeral 27, art. 605 numeral 33, art. 607 numeral 11, según los cuales, serán juzgadas por los Intendentes Nacionales de Policía, los Subintendentes y los Comisarios en su caso: la negativa a recibir moneda legítima, quienes no den información (rótulo permanente) del nombre o razón social y el objeto de un establecimiento industrial o comercial, la alteración de precios enunciados de antemano al público, los que disminuyan el peso cantidad o medida en el momento de la venta, el monopolio sobre artículos de consumo diario en las carnicerías, plazas de mercado y otros lugares, sin perjuicio del comiso de los artículos.

⁶⁷ Ver, Título IV, capítulo V, *De los delitos relativos al comercio, industrias y subastas*, art. 363 (monopolio, ocultamiento, acaparamiento, especulación, o cualquier otra forma que produzca desaparecimiento, encarecimiento o limitación tanto de la producción como de la comercialización de productos)

Derecho administrativo

La relación del Derecho del consumidor con el *Derecho administrativo* es también muy estrecha, en parte porque aquel vincula a las empresas estatales prestadoras de servicios públicos, y por otro lado, a los consumidores y usuarios de estos servicios. La Constitución ecuatoriana hace especial énfasis en el Derecho del consumidor de recibir servicios públicos de calidad, por lo tanto, el usuario de servicios públicos está protegido por el Derecho administrativo⁶⁸ (instituciones públicas de protección al consumidor Defensoría del Pueblo, comisario e intendentes).

También encontramos disposiciones de defensa del consumidor en el Código de la Salud que lo enmarcamos dentro del Derecho social.⁶⁹ El Código en mención establece además las autoridades que sancionarán las infracciones y un procedimiento especial para juzgarlas.

Podemos concluir que nos encontramos ante un derecho nuevo e independiente, específico, con una característica sobresaliente,⁷⁰ su especial énfasis en las relaciones comerciales que van más

⁶⁸ Encontramos normas especiales de protección al consumidor como la Ley Especial de Telecomunicaciones arts. 391.3.4 (sustituido por el art. 58 de la Ley 2000-4, R.O. 34-S, 13-III-2000) que establece la protección de los derechos de los usuarios.

“Todo usuario tiene derecho a recibir el servicio en las condiciones contractuales estipuladas con el proveedor del servicio, y a que dichas condiciones no sean modificadas unilateralmente sin su consentimiento, salvo por fuerza mayor a ser indemnizados por el incumplimiento a dichos términos contractuales por parte del proveedor del servicio”. (Encontramos un mandato indemnizatorio diferente al establecido en el art. 71 LODC).

El Estado determinará, a través del reglamento de la presente ley, los mecanismos para que los derechos de los usuarios sean garantizados y satisfechos, *incluyendo las modalidades para la solución de los reclamos, mediante procedimientos arbitrales o de mediación, sin perjuicio de lo establecido en la Ley de Defensa del Consumidor y el Usuario.*

Las tarifas reflejarán los costos de eficiencia basados en los parámetros internacionales y se facturarán por tiempo efectivo de uso, establecido en horas, minutos y segundos, según corresponda. Los ajustes tarifarios se realizarán de manera gradual”.

⁶⁹ Por mencionar algunos ejemplos, el Capítulo Cuarto, Libro Segundo del Código de la Salud hace alusión a las sustancias tóxicas o peligrosas para la salud, el Título Cuarto del Libro Segundo establece la normativa respecto a los registros sanitarios, los artículos 100 y siguientes regulan la obligación del registro sanitario, la comercialización, producción, almacenamiento o transportación de alimentos procesados o aditivos, de medicamentos en general, de drogas o dispositivos médicos, de cosméticos, productos higiénicos o perfumes y plaguicidas de uso doméstico, industrial o agrícola; el art. 116 establece la obligación del control de la autoridad de salud en la producción, fabricación, almacenamiento, transporte comercialización de alimentos; el art. 119 tipifica las infracciones en materia de alimentos, el art. 122 regula la responsabilidad de propietarios de los establecimientos de las fábricas de alimentos por los efectos de elaboración o deficiencia en el envase de los productos, el art. 129. regula la venta de medicamentos con receta médica, el art. 29 regula la venta de bebidas alcohólicas y su publicidad, el art. 143. establece que todo medicamento para la venta en el país requiere ser patentado.

⁷⁰ Ferrier citado por Bourgoignie nos aclara aún más esta visión: “... el derecho del consumo no pretende al contrario que otras disciplinas, la autonomía. Lejos de querer constituirse en un sistema jurídico cerrado, abre, al contrario, un ojo crítico hacia todas las disciplinas que atañen al consumidor. Las reglas jurídicas que componen estas disciplinas han sido inspiradas, generalmente, por los especialistas a los que se aplican. El derecho del consumo pretende corregir los desequilibrios originados por esta influencia de los círculos profesionales sobre el legislador. Hasta el momento, las nuevas disciplinas del derecho

allá del Derecho civil y mercantil, y por ello se encuadra no solamente en el Derecho privado, sino también en el Derecho público, sea éste económico, administrativo, penal, etc.

Como deducimos de la referencia hecha a las diferentes áreas del derecho, el Derecho de defensa del consumidor, no se agota en una ley, por ello, es mejor hablar de un sistema legal integral que abarca legislación sobre **competencia económica**⁷¹ y la protección al consumidor propiamente dicha en las diferentes áreas en las que se puede ver afectado, con diverso enfoque, civil, penal, administrativo, económico, social, etc., tomando como base organizativa y estructural la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, que al ser orgánica prevalece sobre las normas ordinarias que también regulan el tema. Sin embargo, la variedad de normas, **esparcida** en diferentes cuerpos legales dificulta su conocimiento y cumplimiento, por ello es emergente compilarlas en un vademécum legal-procesal general, esfuerzo que sería de enorme utilidad para la difusión y ejecución del derecho en estudio.

Por todo lo manifestado, el Derecho del consumidor resulta difícil de ubicar dentro de una rama jurídica concreta, ya que traspasa diversas ramas del sistema jurídico, así puede ser catalogada como de Derecho penal por su carácter protectorio de la salud, y de la vida, como de Derecho civil por sus disposiciones de carácter indemnizatorio, como de Derecho mercantil por sus disposiciones sobre la comercialización, distribución y producción, como Derecho privado en cuanto garantiza derechos individuales; de Derecho público en cuanto es de obligatorio cumplimiento, de Derecho social en cuanto contiene normas que tienden a proteger la salud y al más débil de la relación, pero **más cercanamente de Derecho económico**, ya que tiene clara inclinación a la ordenación de los efectos de la economía de mercado y en la sociedad a través de la intervención estatal, y por ello es de interés público, además, en el Derecho de defensa del

(derecho de transportes, derecho de seguros, derecho inmobiliario, derecho de la salud, derecho distributivo,...) pretendían establecer reglas propias a un sector profesional que, en razón de su especificidad, reivindicaba un régimen derogatorio del derecho común. El derecho del consumo, al contrario, es el derecho de los no especialistas, de los no profesionales, de los particulares que, debido a su propia ignorancia, merecen protección...". La finalidad del derecho del consumo es precisamente amplia, no reduccionista, por ello como afirma Bourgoignie, busca la unidad de objeto en sus preocupaciones.

⁷¹ La protección al consumidor también es garantizada como consecuencia de la aplicación de otras normas, tocando ámbitos como la competencia desleal, que a criterio de María Elena Jara , pp. 26-28), causa efectos negativos para los competidores, consumidores, y la dinámica del mercado en general, demostrados sobre todo en la asignación ineficiente de recursos, "debido a la apropiación indebida de lo que se conoce como excedente del consumidor que es la diferencia entre el precio que el consumidor está dispuesto a pagar y lo que realmente paga, sus expectativas y lo que recibe". La regulación de la competencia desleal garantizará, entre otros derechos, la adecuada información y como consecuencia el derecho a la libre elección. A nuestro criterio, sin negar la fuerte relación entre Derecho de la competencia económica y Derecho del consumidor, éste último va más allá de la protección de los efectos de las prácticas restrictivas de la competencia, que será solo una de sus aristas, lo propio sucede con la regulación de la competencia económica, por lo que la independencia de estas dos áreas resulta necesaria, lo que no implica negar que la competencia económica genera eficiencia y ésta a la vez mejores condiciones para que consumidores y usuarios gocen de productos y servicios a mejor precio y calidad.

consumidor al igual que en el Derecho económico coexisten normas jurídicas públicas con normas jurídicas privadas, y su fin último es la ordenación económica, este principio sistematizador es enunciado claramente por Rojo,⁷² quien manifiesta que el Derecho económico engarza ciertos elementos heterógenos, existentes debido a la multiplicidad de ramas jurídicas vinculadas al mismo. Reconocemos el valor didáctico del Derecho económico para estudiar la realidad jurídica desde una de sus vertientes: la ordenación económica.

Este Derecho de nueva y diferente visión a la tradicional, se basa en las relaciones económicas y centra su atención en el consumidor, la promoción de sus intereses ante las otras partes históricamente más poderosas, buscando la inclusión del papel y el espacio que el consumidor debe tener en las ramas jurídicas tradicionales.

Si bien la especificidad del Derecho del consumidor como categoría jurídica es solo de interés puramente teórico-doctrinario, consideramos que esta autonomía debe ser buscada con el fin de perfeccionarlo para conseguir su efectiva aplicación, mejor estudio, desarrollo y unificación en el ámbito doctrinario, jurisprudencial⁷³ y legislativo.

En conclusión, el *Derecho de defensa del consumidor es parte del Derecho económico* ya que este último va más allá de la tendencia individualista del Derecho mercantil o civil, y busca la ordenación jurídica y económica en pos de objetivos más socializantes, derecho que atraviesa transversalmente todas las ramas tradicionales sin enmarcarse en una de ellas (sistema jurídico totalizador)⁷⁴, sino que consiste en una categoría autónoma, abierta.

Como vemos, el Derecho del consumidor tiene una naturaleza múltiple y difusa, ratifica esta afirmación Bourgoignie⁷⁵ al manifestar que “el carácter difuso del interés del consumidor conlleva varias consecuencias negativas a nivel de su representación en los distintos mecanismos del proceso de decisión política y económica”, de allí que consideramos la importancia de acercarnos a escudriñar su naturaleza jurídica.

A nuestro juicio, la visión correcta consiste en enfocar a este nuevo Derecho personalizándolo, llamémosle pues Derecho del consumidor, y definámoslo como un conjunto de instituciones, procedimientos e instrumentos jurídicos consagrados en normas que protegen al consumidor, cuya finalidad es conseguir como garantía mínima el equilibrio de las relaciones entre los

⁷³ Thierry Bourgoignie, pp. 47 y 61.

⁷⁴ Ver Ángel, Rojo, “El Derecho Económico como Categoría Sistemática”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, p. 209.

proveedores o empresarios, y proteger los intereses patrimoniales de las personas que no tienen suficiente poder económico y no realizan actividades empresariales, normas que también se fundamentan en la necesidad jurídica de hacer efectivo el principio de igualdad de prestaciones en el ámbito contractual.⁷⁶

De esta forma el Derecho mercantil y el Derecho civil tradicional tienen una contrapartida en un Derecho más solidario y humanizado.

La evolución de este nuevo derecho pasará por una etapa en la que el consumidor no tiene una protección jurídica completa de sus derechos que son establecidos en otras ramas como el Derecho civil, por lo que la protección se realiza con una visión parcial e incompleta, por ejemplo, los vicios ocultos en materia civil, en esta etapa la autonomía de la voluntad es prácticamente ilimitada y las normas de defensa del consumidor eran por decir lo menos ineficientes, generales,⁷⁷ posteriormente y con la entrada en vigencia en nuestro país de la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*⁷⁸ - a pesar de sus fallas- se consolida un sistema directo y especialmente dedicado al amparo de los consumidores, con respaldo constitucional y con un ámbito especial, normas que a más de ser específicas son esencialmente preventivas y con enfoque colectivo.

1.4 Hacia un concepto de consumidor

Antes de entrar al análisis del concepto de consumidor es importante establecer al menos someramente, qué entendemos, para efectos de esta investigación, por proceso productivo y el espacio en el que se desarrolla, el mercado.

En términos básicos este ciclo o proceso productivo genera ingresos y egresos. “Lo que es producción para un sector -las células empresariales- es consumo para otro- las células familiares, pero todos son entre sí una unidad porque los seres humanos son al mismo tiempo, productores y consumidores”. Hablamos entonces de un círculo de prestaciones que necesita la

⁷⁶ De Castro, citado por María José Reyes, “El Derecho de Protección a los Consumidores y Usuarios”, *Derecho de Consumo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, define al Derecho del Consumo “como un conjunto de normas que aportan al Derecho privado la posibilidad de volver a acercarse a las raíces más profundas de las relaciones contractuales y a establecer un equilibrio de fuerzas entre los contratantes y las contraprestaciones que cada uno de ellos debe realizar.”

⁷⁷ La *Ley de Defensa del Consumidor*, publicada en el Registro Oficial No. 520 de septiembre 12 de 1990, era prácticamente inoperante - entre otras causas- debido a que atribuía competencia para su ejecución a diversos organismos que en la práctica no asumieron jamás estas funciones legalmente establecidas, asunto que será analizado en el próximo capítulo.

⁷⁸ La nueva *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor* fue publicada en el R.O. No. 116 de julio 10 de 2000.

presencia del consumidor para completarse. La responsabilidad del consumidor en el mercado es compartida, él es quien decidirá los “usos finales” de los recursos, guiando la elección de lo que se producirá, demanda que va acompañada de la oferta de bienes de las empresas.⁷⁹

Entender el **concepto de mercado**⁸⁰ servirá para explicar el campo en el que se desarrollan las fallas del mismo que como queda enunciado perjudican al consumidor y justifican su protección jurídica.

Como afirma Samuelson, las decisiones o elecciones de consumo y la conducta del consumidor son “la sustancia de la existencia diaria”, motor que en economía explica las demandas del mercado.

Pero el mercado⁸¹ y el proceso económico han tenido un desarrollo histórico por lo que obligada y brevemente, sin extensiones innecesarias, hacemos relación a las diversas épocas del desarrollo económico.⁸²

La primera, que duró más de 50.000 años, cuando el hombre primitivo producía para su autoconsumo, aparece posteriormente el intercambio de productos conocido como trueque; se ve claramente en esta etapa la convergencia de producción y consumo.

⁷⁹ Paul Samuelson, y William D. Nordhaus, *Economía*, Madrid, Edit.mcGraw-Hill Intramericana, 1993, pp. 42-57.

⁸⁰ Debemos aclarar que la influencia del consumidor en el mercado, configurando lo que conocemos por demanda del mercado y su soberanía no serán analizadas en este trabajo, pero podrá constituir interesantes cuestionamientos para un trabajo futuro, considerando la importante interrelación de estas dos ramas del conocimiento. Sabemos que la economía estudia como asigna la sociedad los recursos escasos, la implicación de la escasez, y qué, cómo y para quién producir, por lo que el objeto de estudio de estas áreas es el mercado y la satisfacción de las necesidades básicas de los seres humanos con un contenido social. Es indudable la importancia del papel de la oferta y la demanda en la economía del mercado por ello el consumo es un acto económico, pero con implicaciones sociales fundamentalmente ya que influye en la vida, en la salud, desarrollo y bienestar humanas.

La importancia del consumidor en el mercado puede colegirse de la afirmación de Samuelson “En el mercado económico están ocurriendo constantemente revoluciones ... cuando cambian los gustos de los consumidores y se desarrollan nuevas tecnologías, el mercado registra estas variaciones en los precios y las cantidades de los factores y de los productos” La decisión del consumidor y el adelanto tecnológico son la base del proceso económico ya que dependiendo de su comportamiento se determinarán los precios, las cantidades de productos, etc. *Ibíd.*, pp. 44-45.

⁸¹ Paul Samuelson, y William D. Nordhaus, *Economía*, p. 904, con una visión económica, “Entendemos por mercado el mecanismo en el que los compradores y los vendedores determinan conjuntamente los precios y las cantidades de las mercancías”. Mercado según el diccionario pequeño *Larousse Ilustrado* consiste en el sitio destinado en ciertas poblaciones a la venta y compra de mercancías. Sitio y **mecanismo** en el que se compra y vende para satisfacer intereses del vendedor y necesidades del comprador (consumidor). Las negritas son nuestras.

⁸² www.elparaiso.org/ en su documento el círculo de la riqueza menciona a tres grandes civilizaciones llamadas olas, tomando el término adoptado por Toffler.

Posteriormente será el surgimiento del capitalismo y la industrialización, lo que fortalece el mercado o el intercambio de productos, aquí la economía definitivamente deja de tener como fin el autoconsumo, se crea por consiguiente la empresa, que produciría para distribuir sus productos en los distintos lugares del mundo, la opulencia de un Estado o sociedad determinada dependería de las vías de comunicación que permitan este intercambio que buscaba como finalidad última la acumulación de capital, dando lugar a lo que conocemos como círculo productivo o círculo de la riqueza.

Otras reflexiones históricas nos conducen a la conclusión de que en la actualidad nos encontramos en una sociedad de consumo, y establecen esta afirmación como punto de partida de la defensa del consumidor, que ubica históricamente el desarrollo de la actividad del consumo a través de los sistemas económicos, pasando desde asegurar la subsistencia hasta llegar al consumismo, que según varios autores nace en el siglo pasado en el que se desarrolla con más fuerza el sistema industrial, en el que las grandes fábricas producen en serie, incrementando la oferta de bienes, pasamos de una forma de producción agrícola a una producción industrial en masa, como contrapartida se da la gran migración del campo a la ciudad, surgiendo las grandes ciudades y metrópolis, apareciendo el trabajador u obrero asalariado. Así en el siglo XIX asistimos a cambios importantes en la sociedad, que pasa de una dividida en dos grupos: uno que controlaba los medios de producción y su fruto, y una mayoría de explotados que consumían para su subsistencia, a una clase media entre las dos, gracias al desarrollo tecnológico, la concentración de capitales y el propio desarrollo de las fuerzas de producción, hasta llegar al punto de que el poder y la ubicación de clase dependerá de la capacidad de consumo.

Ubicados en este ámbito histórico y luego de considerar la constante presencia e importancia del consumo y el consumidor en el desarrollo de la economía es necesario concretar una definición del sujeto de protección jurídica, a efectos de aplicación de la ley y como sujeto de estudio, paso fundamental para la comprensión y delimitación de la materia ya que tiene características especiales que lo distinguen de otros sujetos de derechos, aunque como afirma Bourgoignie luego de estudiar comparativamente varias legislaciones, no existe una definición jurídica precisa y generalmente admitida, de todas maneras, intentaremos aproximarnos a una definición que creemos es más cercana a nuestra realidad.

Es necesario concretar el concepto "consumidor"⁸³ dado que hay que precisar quién es el sujeto de los derechos reconocidos en la ley.

Desde una perspectiva socioeconómica, el consumidor es presentado desde dos visiones diferentes,⁸⁴ como consumidor individual y como parte de la norma social de consumo. La primera se refiere a la concepción técnica centrada en la libre elección del consumidor individual presentado como un proceso en el que el consumidor o usuario libre y voluntariamente busca satisfacer sus necesidades, adquiriendo bienes y servicios para finalmente terminar o *destruir* su utilidad.

Las características de esta visión de consumidor según la doctrina se pueden resumir en las siguientes:

1. Se sustenta en la soberanía del consumidor, esto implica que la producción tiene como único fin satisfacer sus necesidades.
2. La libertad de elección y la igualdad de las partes económicas, la demanda de los consumidores es el reflejo de sus necesidades.
3. El consumidor es considerado como una parte de la relación producción consumo, que actúa aislada e independientemente.
4. El lugar de ejecución de acciones tanto de consumidor como de proveedor es el mercado.

Contrariamente a los principios de la doctrina del consumidor individual, la visión del consumidor y norma social de consumo ve al consumo como una *función económica*, más que un acto técnico. La norma social de consumo⁸⁵ determina la producción de bienes y de actividades que no necesariamente están basadas en las necesidades de los consumidores y su expresión individual, lo que desecha la soberanía del consumidor. También se afirma que el consumo puede considerarse uno de los fines pero no el único, ejemplo de ello es que la producción generalmente se basa en la rentabilidad más que en el conocimiento de las necesidades, vemos claramente otro fin de la producción cual es la ganancia, la acumulación de capital, el productor busca imponer su elección. Esto se logra manejando la percepción de las necesidades a través de métodos comunicativos como la publicidad y los métodos comerciales,

⁸³ Según la Ley de Defensa del Consumidor de 1990, art. 3: "Se entiende por consumidor...a la persona natural o jurídica que adquiera, use o consuma cualquier bien, o contrate servicios."

⁸⁴ Thierry Bourgoignie, *Elementos para una Teoría del Derecho de Consumo*, pp. 20-31.

⁸⁵ Para el autor citado, la norma social de consumo es aquella indicada para el desarrollo de un sistema de consumo en masa basado en la producción de un número creciente de bienes y de actividades, más que en la expresión individual de los consumidores. El sistema de producción emplea múltiples sistemas para alentar la demanda e influir en los consumidores y sus preferencias, entre las que nos señala: publicidad y métodos comerciales agresivos, incitación al crédito y al endeudamiento, la entrada en el mercado de bienes y servicios en otro tiempo no considerados como tales (ocio, actividades culturales y deportivas).

utilizando hábilmente alguno de los elementos de lo que se llama la “cultura del consumo”. A través de estas normas sociales de consumo, la soberanía del consumidor se ve afectada o disminuida.

Los dos planteamientos no nos parecen excluyentes ni desacertados, por ello, para establecer un concepto de consumidor deberemos considerar su visión individual pero sin desconocer la norma social en la que está inmerso.

Según Bourgoignie existen dos concepciones que nos permiten definir al consumidor, una subjetiva y otra objetiva, el análisis del concepto de consumidor y su adecuación a una de las concepciones propuestas por Bourgoignie, nos permitirán delimitar el campo de aplicación del Derecho del consumidor que junto con los criterios establecidos en el título anterior y del análisis jurídico andino nos permitirá justificar su existencia, ubicación y sujetos de protección.

La consideración subjetiva del fenómeno de consumo permite descubrir e identificar a un consumidor rodeado de condiciones para ejercer su papel en el ciclo producción-distribución - intercambio-consumo y establecer además de las debilidades, las necesidades del grupo socioeconómico y acceder de este modo a una definición más exacta de las soluciones jurídicas que el derecho puede aportar a la situación del consumidor.

Por ello vemos que la concepción objetiva mira el acto que desarrolla un consumidor. Para delimitar el campo de aplicación del Derecho de consumidor mientras que la concepción subjetiva va más allá.

La concepción objetiva ve el *acto* de consumir más que la *persona* que lo realiza, consumir es un eslabón del ciclo económico, como: “el acto jurídico o material que, al realizar el destino final del bien, agota total o parcialmente el valor económico y provoca en general su retirada definitiva o temporal del mercado, este acto está caracterizado por marcar la llegada del bien al término de su carrera comercial independientemente del fin o la persona establecida por éste”.⁸⁶

Este enfoque presenta al consumidor o el usuario como destructor del valor económico de los bienes y servicios incluyendo así a los profesionales, industriales, comerciantes o prestatarios de los servicios que adquieren por las necesidades de la empresa, criterio que parece ser utilizado por la Superintendencia de Industria y Comercio colombiana, ver caso No. 96027242 de 2 de septiembre de 1996.

⁸⁶ Thierry Bourgoignie, Elementos para una teoría del derecho del consumo, p. 32.

Los cuestionamientos a esta concepción son los siguientes:

¿Qué sucede cuando el consumidor no sustrae todo el valor comercial del bien que consume? es decir él mismo conserva su utilidad, ya no podríamos hablar de consumo, asunto que puede ser superado si se considera al definirlo que el acto de consumo puede agotar total o “parcialmente” el valor económico del bien.

Otra argumentación en contra es que el criterio de acto de consumo hace aún más difuso el interés del consumidor y niega la situación económica especial del mismo, es decir, no toma en cuenta consideraciones de tipo subjetivo.

Según el Código Civil, acto jurídico es la consecuencia del accionar de una persona, diferente de hecho fortuito o fuerza mayor, es a las personas a las que se reconoce derechos no a los actos, el ámbito de protección de estas normas es fundamentalmente la persona denominada “consumidor” no el acto que realiza, por ello creemos que el criterio objetivo despersonaliza al sujeto jurídico de protección y desconoce la situación socio-económica del consumidor.

Ensayando una definición, diríamos que el consumidor es la persona física o jurídica que adquiere, posee o utiliza un bien o un servicio colocado en el sistema económico, sin perseguir ella misma la fabricación, transformación, distribución o prestación en el marco de un comercio o de una profesión.

Encontramos variedad de definiciones de consumidor en el Derecho comparado,⁸⁷ la legislación ecuatoriana lo define como:

⁸⁷ Son cuatro las definiciones de consumidor establecidas por el Código de Defensa del Consumidor de Brasil y que Antonio Herman V. Benjamín, “ El Código brasileño de protección de los consumidores”, en *Estudios sobre consumo*, Instituto Nacional del Consumo, No. 31, Madrid, 1994, pp. 47-65, destaca:

La primera y segunda definición es de carácter general su característica principal hemos destacado en cursivas:

“Art. 2.- Consumidor es toda persona física y jurídica que adquiere o utiliza productos y servicios como *destinatario final*.

Párrafo único.- El colectivo de personas, aunque sean indeterminables, que haya intervenido en las relaciones de consumo se equipara a consumidor.”

Tercera definición aplicada según el autor en mención a la responsabilidad civil por accidentes de consumo:

“Art. 17.- A efectos de esta Sección, se equiparan a consumidores a todas las víctimas del evento.”

Igualmente para el autor en estudio, la cuarta definición es válida únicamente para prácticas comerciales:

“Art. 29.- A efectos de este capítulo, y del siguiente, se equipara a los consumidores a todas las personas, determinables o no, expuestas a las prácticas previstas en él.”

“Art. 2 inc. 2.- 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.”

Sin embargo la característica común de la mayoría de ellas⁸⁸ está en la condición de *destinatario final*, además debemos resaltar que la adquisición de bienes o de la contratación de servicios puede ser para uso personal pero no se excluye a un uso común o de grupo; el consumidor

Resaltamos que en las dos últimas definiciones no se hace hincapié en la característica fundamental del Derecho del Consumidor como es aquella que diferencia a un consumidor de un productor o proveedor, el lucro, que no es buscado por un destinatario final.

⁸⁸ Las normas de protección al consumidor de Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela emiten definiciones de consumidor. El Estatuto de Protección al Consumidor de Colombia, art. 1 c) no hace alusión a la característica de “destinatario final” para definir al consumidor, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de Ecuador como mencionamos si la incorpora art. 2 inc. 2, La Ley de Protección al Consumidor de Perú art. 3 a) incorpora la característica en estudio; el art 2 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de Venezuela hace expresa mención a la característica analizada e incorpora la forma de adquisición, en este caso, título oneroso, eliminando las formas de adquisición a título gratuito como el caso de la donación. Ver Anexo II. Las normas analizadas no definen que debemos entender por “destinatario final” de bienes y servicios, conocemos que la doctrina especializada describe al término como aquel que adquiere un bien o servicio sin incorporarlo en un proceso productivo ulterior.

Resulta ilustrativo resaltar la labor interpretativa de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia No. 96027242 de 2 de septiembre de 1996, que establece un ejemplo de cuándo un empresario puede considerarse consumidor a pesar de adquirir bienes que son utilizados en un proceso productivo, pero no directamente sino como implementos necesarios para su labor empresarial, sin que los mismos sean necesariamente transformados en el mismo. “...si una persona o fabricante de papel suministra el producto a una empresa editorial, entre las dos no se establece una relación de consumo a la ley del Decreto 3466 de 1982, puesto que la segunda incorpora el papel comprado en su proceso productivo con posterioridad lo coloca nuevamente en el mercado; pero si la empresa editorial suministra impresos a una papelería y ésta no los utiliza para la satisfacción de una necesidad personal sino para colocarlos nuevamente en el mercado, tendrá entonces respecto de esa operación, la calidad de “proveedor”, según la definición que trae la norma. Al contrario, la dotación de uniformes o ropa que con el propósito de cumplir con las obligaciones laborales adquiera la empresa editorial con una textilera o un intermediario, será una relación de consumo, teniendo la primera la calidad de consumidor respecto de la segunda a la luz del Decreto 3466 citado.” La Superintendencia en este caso, salva la omisión legislativa y guía el alcance y correcta interpretación de la norma, recordemos que la Ley colombiana no hace alusión a la característica de “destinatario final” del consumidor. Consideramos que resulta sutil la consideración de destinatario final, en este caso ¿los uniformes forman o no parte del proceso productivo? *Tal vez no directamente* pero a nuestro criterio se incorporan en el proceso productivo en cuanto pueden considerarse una herramienta más necesaria para el cumplimiento del proceso industrial. En ocasiones la norma no describe toda los casos y puede no describir con claridad incluso los concepto por ello la importancia y enorme utilidad la labor administrativa en este caso, pero sobre todo judicial de interpretación de la norma en cada caso concreto. Para obtener más datos de las resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia se recomienda la página web de la institución: www.sic.gov.co y ver el documento elaborado por Alejandro Giraldo, *El Estado de situación de la protección al consumidor en el ámbito nacional y comunitario: una propuesta de decisión*, 1989-2002, www.comunidadandina.org.ec, p.21.

Criterio diferente al colombiano lo encontramos en un proyecto de Ley de Defensa del Consumidor Belga de 1985 que estableció el concepto de consumidor en los siguientes términos: “Toda persona física o moral que adquiere o utiliza para fines no profesionales productos o servicios del mercado”, ver Thierry Bourgoignie, *Elementos para una teoría del derecho del consumo*, p. 4, 15,16 según el autor se entiende como fines no profesionales la utilización privada –personal, familiar o colectiva- y ajena al ejercicio de actividad de carácter especulativo o espíritu lucrativo.

puede ser una persona física o jurídica; el bien puede ser mueble o inmueble. El proveedor a su vez puede ser privado o público.

Resaltamos que nuestra legislación⁸⁹ establece con claridad que el consumidor pueda ser considerado también un grupo social (persona jurídica), pero no se establece la característica del contrato o el título oneroso con el que se adquiere, por ejemplo no diferencia al consumidor de un donatario, pero la determinamos en función del concepto de proveedor por el que se considerará proveedor a aquel que cobre precio o tarifa⁹⁰. Si se refiere sin embargo, con meridiana claridad a la característica de destinatario final de los bienes y servicios referente a la contratación sin ánimo de lucro.⁹¹

Es interesante advertir que la legislación ecuatoriana es muy adelantada y multiplica las formas o relaciones de consumo y por lo tanto los beneficiarios de la protección debido a que no excluye a los adquirentes no compradores y determina que también es consumidor quien –adquiera, utilice o disfrute- es decir no se considera la vía jurídica por la cual el consumidor entra en relación con el bien o servicio, pero estos adquirentes deben cumplir un requisito, el uso privado⁹² o ser destinatarios finales, estas dos características van indefectiblemente unidas para definir y diferenciar un consumidor de un proveedor.

⁸⁹ Ratificando el concepto de consumidor final, el art. 1 del Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor ecuatoriana, R. O. No. 287 de 19 de marzo de 2001, establece “... No serán considerados consumidores aquellas personas naturales y jurídicas que adquieran, utilicen o reciban oferta de bienes o servicios para emplearlos en la explotación de actividades económicas con fines de lucro o, en beneficio de sus clientes o terceros a quienes ofrezcan bienes o servicios”, para definir en esta ocasión el ejecutivo, describe mediante negación, a quienes no serán consumidores. Aunque el objetivo fundamental de un reglamento no sea el definir o aclarar términos, la intención del Ejecutivo, al acoger la propuesta que realizaron los grupos que trabajan a favor del Ecuador en el país, léase Defensoría del Pueblo, Tribuna del Consumidor, con la intervención de los empresarios representados por la Cámara de Comercio de Quito y otras ciudades del país, aporta para que no quede duda alguna de la intención legislativa. En este proceso de producción del Reglamento se demostró que el trabajo conjunto, pese a las diferencias de interés, es posible y generalmente produce resultados positivos, aunque el Reglamento a esta ley contiene muchos errores que por la extensión de este trabajo no podemos desarrollar y analizar en esta ocasión.

⁹⁰ Art. 2 LODCE.- 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 los que se cobre precio o tarifa...*”

⁹² A criterio de Bourgoignie, *Ibíd.*, pp. 37–40, para definir título privado se debe considerar: 1. que el bien no se reserva al uso personal del adquirente, puede ser adquirido por un individuo para un uso colectivo, 2. uso privado no significa utilización no lucrativa sino que no deben ser habituales o especulativas, criterio que como conocemos delimita el concepto de comerciante, 3. El comerciante que adquiere para su consumo personal es en este caso un consumidor, pero el criterio de uso privado niega la condición de consumidor al comerciante que adquiere bienes o servicios “directamente utilizados” en el ejercicio de su actividad. Aplicada esta explicación a un caso concreto podríamos decir que el criterio de uso privado es fundamental para delimitar el concepto de consumidor incluyendo o excluyendo a algunos actores, la Superintendencia de Comercio e Industria Colombiana por ejemplo, al no considerar el criterio de uso privado para definir al consumidor incluye en este grupo las adquisiciones que realiza el proveedor que no están directamente relacionadas con el producto que si está siendo transformado en el proceso productivo.

Utilizando este breve análisis, nos arriesgamos a dar una definición de consumidor, advirtiendo que, ni los más expertos se aventuran a emitirla con total certeza, debido a la falta de uniformidad en los criterios, a pesar de ello y enriqueciéndonos del estado actual del estudio de la materia creemos que, el consumidor *es el actor fundamental del mercado y del desarrollo de la economía, que en virtud de sus diferencias y desventajas de poder con el empresario o proveedor merece ser sujeto de protección jurídica, ya como persona natural o jurídica en cuanto adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios con carácter o finalidad privada, siempre y cuando los bienes o servicios no sean posteriormente vinculados con un proceso productivo, lucrativo y habitual, esto es ni fabricación, ni transformación, ni distribución o prestación, características que diferencian al consumidor del proveedor y que lo hace sujeto de protección de una ley especial.* Nuestra definición se enmarca en el enfoque subjetivo fundamentalmente.

CAPITULO II

EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN LA NORMATIVA ECUATORIANA

2. La protección constitucional de los consumidores

Como habíamos mencionado, las relaciones entre los agentes del mercado producen conflictos de orden social que suscitan la intervención del Estado como ente regulador, esta intervención supone la existencia de normas constitucionales ordenadoras del sistema económico y de los derechos económicos colectivos.⁹³

Así, la visión constitucional de la protección al consumidor es base fundamental para realizar la interpretación de los derechos consagrados en leyes secundarias.⁹⁴

El criterio de Cascajo Castro es muy ilustrativo al respecto:

“En la llamada sociedad de consumo no puede parecer extraño que el Estado asuma, expresamente, como uno de sus objetivos, la protección de los consumidores. El respeto a la persona en esta vertiente, implica la posibilidad de entenderla también, con capacidad de ejercer sus derechos en cuanto agente de esa fase del proceso económico, así pues, la positivación constitucional de esta faceta del ciudadano no carece de importancia”.⁹⁵

Del análisis de las normas constitucionales podemos apreciar los elementos para un Derecho del consumidor en Ecuador. El art. 244.8 de la Constitución Política del Ecuador establece la necesaria participación estatal en el ordenamiento económico,⁹⁶ por el que llegamos a la conclusión de que es el Estado el que debe establecer los medios que permitan corregir las fallas

⁹³Ver Constitución Política de la República del Ecuador de julio de 1998, Título XII Del Sistema Económico, Capítulo I Principios Generales, art. 242, 244.8 y Capítulo V de los Derechos Colectivos, Sección Tercera, De los Consumidores, art. 92.

⁹⁴ La justificación de esta consagración constitucional de derechos que antes eran desarrollados por las diferentes ramas y normas jurídicas se debe a la insuficiencia de los parámetros clásicos privados para la protección al consumidor ante el impacto de los avances de la tecnología, las consecuencias del sistema económico imperante que ha ido menoscabando la calidad de vida, el medio ambiente, el consumo, etc., por ello se busca otra visión de los derechos constitucionales en los que la persona sea el eje central de protección jurídica.

⁹⁵ José Cascajo Castro, “Consideraciones sobre la protección constitucional de los consumidores” en *Estudios sobre Derecho de Consumo*, Iberduero, Bilbao, 1991, pp. 37 y ss.

del mercado⁹⁷ no como un fin en sí mismo, sino como un medio para la realización de objetivos superiores, entre ellos, el bienestar y la seguridad sociales a través de la protección al consumidor.

Y es que los derechos y la necesidad de protección del consumidor incorporados por la última Asamblea Constituyente tienen una perspectiva especial que remarca su importancia al ser regulados tanto como un Derecho civil individual, como un derecho colectivo y como un derecho económico.⁹⁸

En este marco, las declaraciones y principios constitucionales aportan a establecer un orden público económico, y sirven de base al sistema de economía social⁹⁹ de mercado y al de Estado social de Derecho.

⁹⁷ El art. 244.4 de la Constitución ecuatoriana establece que: “Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: 4. Vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley y, regularlas y controlarlas en defensa del bien común, numeral 8. Proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta, la publicidad engañosa, la adulteración de los productos, la alteración de pesos y medidas, y el cumplimiento de normas de calidad.” Es de fundamental importancia revisar el contenido del art. 92 que será analizado posteriormente, norma de carácter programático fundamentalmente por cuanto deriva a una ley posterior el control de indemnizaciones, etc., y los procedimientos de defensa del consumidor.

⁹⁸ Ver Constitución ecuatoriana, Capítulo 2, De los derechos civiles, art. 23.7. El Derecho a disponer de bienes y servicios públicos y privados, de óptima calidad; a elegirlos con libertad, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características”, el art. 95 de la Constitución consagra el recurso de amparo, según el cual, cualquier persona por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo contra un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier Derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizado por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.

Por otro lado, es importante resaltar el papel que cumple el Tribunal Constitucional en la tutela de los derechos constitucionales de los consumidores, estableciendo si los actos de la autoridad pública, que ameritaban la acción de amparo, vulneran los derechos de los consumidores y usuarios de los servicios públicos prestados bajo control y regulación del Estado, y que se cumplan las disposiciones constitucionales de los arts. 249.2; art. 23. 7. Ver Gaceta Constitucional No.1, 2 y 4 (2000-2001).

Estas consagraciones del Derecho del consumidor brindan rango constitucional a este Derecho, otorgando tutela constitucional y plena operatividad de este Derecho a través del amparo. El art. 43 de la Constitución argentina es muy claro y establece respecto al amparo que “...podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, *al usuario y al consumidor*, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme la ley, ...”

⁹⁹ Observamos que este principio ha sido adoptado por la mayoría de los países de la Comunidad Andina como comprobamos en las siguientes normas, con especial interés observamos la claridad de las normas de la Constitución ecuatoriana y peruana.

Constitución de Bolivia, art. 132.- La organización económica debe responder esencialmente a principios de justicia social que tiendan a asegurar para todos los habitantes, una existencia digna del ser humano.

art. 133.- El régimen económico propenderá al fortalecimiento de la independencia nacional y al desarrollo del país mediante la defensa y el aprovechamiento de los recursos naturales y humanos en resguardo de la seguridad del Estado en procura del bienestar del pueblo Boliviano.

Constitución de Colombia, art. 334.- La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá por mandato de la ley en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

Constitución del Ecuador, art. 244.- Dentro del *Sistema de economía social de mercado* al Estado le corresponderá:

10. Incentivar el pleno empleo y el mejoramiento de los salarios reales, teniendo en cuenta el aumento de la productividad, y otorgar subsidios específicos a quienes los necesiten.
9. Mantener una política fiscal disciplinada; fomentar el ahorro y la inversión; incrementar y diversificar las exportaciones y cuidar que el endeudamiento público sea compatible con la capacidad de pago del país.
8. Proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta, la publicidad engañosa, la adulteración de los productos, la alteración de pesos y medidas, y el incumplimiento de las normas de calidad.
7. Explotar racionalmente los bienes de su dominio exclusivo, de manera directa o con la participación del sector privado.
6. Empezar actividades económicas cuando lo requiera el interés general.
5. Crear infraestructura física, científica y tecnológica; y dotar de los servicios básicos para el desarrollo.
4. Vigilar que las actividades económicas cumplan con la ley y Regularlas y controlarlas en defensa del bien común. Se prohíbe el anatocismo en el sistema crediticio.
3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.
2. Formular, en forma descentralizada y participativa, planes y programas obligatorios para la inversión pública y referenciales para la privada.
1. Garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizarán la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones.

Art. 242.- la organización y el funcionamiento de la economía responderá a los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad, a fin de asegurar a los habitantes una existencia digna e iguales derechos y oportunidades para acceder al trabajo, a los bienes y servicios; y a la propiedad de los medios de producción.

Constitución de Perú, art. 58: La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una *economía social de mercado*. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”

art. 2 de la Ley de Protección al Consumidor que establece: “La protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en el Capítulo I, del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, debiendo ser interpretado en el sentido más favorable al consumidor.

Constitución de Venezuela, Título VI DEL SISTEMA SOCIO ECONÓMICO. CAPITULO I. art. 299.- El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los *principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad*, a los fines de asegurar el *desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad*. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía,

La economía social de mercado y una economía de mercado,¹⁰⁰ tienen diferencias, una de ellas consiste en que la economía social de mercado no tiene como única finalidad la eficiencia de los procesos del mercado, la economía social cuenta con consideraciones que engloban el orden social, político y tiene sustento en principios constitutivos y reguladores.¹⁰¹

para lograr una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta. Completan estas declaraciones, las referencias directas a la protección al consumidor, justicia social y libertad de empresa.

¹⁰⁰ Agustín Grijalva y José Vicente Troya Jaramillo, “Elementos para un Derecho de la Competencia en Ecuador”, en *Foro, Revista de Derecho*, No. 1, Corporación Editora Nacional/ Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2003, pp. 8-10, los autores transcriben el pensamiento de Peter Oestterdiekhoff y además de la característica enunciada, resaltan otras dos particularidades del sistema de economía social de mercado, la primera es referida al contexto en el que el mercado opera y a los resultados del mismo y la segunda que hace relación a la integración de los grupos sociales en la vida económica y su participación en los resultados.

1. “... El concepto de la economía social de mercado se basa en el marco de un orden que toma en cuenta los conflictos al interior de una sociedad y proporciona las instituciones que sirven para su regulación...”
2. “... la relación entre la economía social y la de mercado no se limita a gastos sociales del Estado, intervenciones políticas de redistribución y sistemas solidarios de seguridad: el Estado tiene que velar por la máxima integración de todos los grupos sociales en la vida económica así como su participación de los resultados, acorde a sus aportes productivos”.

¹⁰¹ Para Alfred Müller- Armack, “Economía Social de Mercado”, en *La economía social de mercado. Un proyecto económico y político alternativo*, Argentina, CIEDLA, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, 1993, pp. 24-27. El sistema de economía social de mercado es definido como “una idea de ordenamiento económico, que persigue el objetivo de combinar, sobre la base de una economía competitiva, la libre iniciativa con el avance social, asegurado a su vez por el rendimiento de la economía de mercado”, resulta interesante estudiar las propuestas doctrinarias establecidas por el autor, quien diferencia la economía social de mercado con el dirigismo centralista del socialismo respecto a la intervención en la libre elección de consumo y de trabajo, y respecto al neoliberalismo (a diferencia del antiguo liberalismo) teoría a la que se asemeja y que reconoce la importancia funcional de la competencia y los problemas sociales y sociológicos. Es importante resaltar además la dimensión de la economía social de mercado como sistema político económico y la importancia dada al consumidor así el autor nos dice: “Únicamente en un sistema de economía de mercado los consumidores, que abarcan todos los estratos sociales y cuya posición en el mercado además es débil, tienen la posibilidad de dirigir la economía según sus necesidades...” el autor sin embargo se refiere al sistema de fijación de precios como mecanismo de coordinación y subordinación, (sistema que se aplica solo parcialmente en el Ecuador, por ser un sistema superado) diferente del dirigismo centralizado en el que el flujo de bienes toma un rumbo que difiere a los intereses de los consumidores. Para Ludwig Erhard y Alfred Müller-Armack, *Forma y contenido (De la economía social de mercado)* *Ibid.*, p. 28, con una visión claramente opuesta al socialismo manifiestan que se optó por la economía social de mercado en contra de la economía dirigida, y manifiestan que en la economía social de mercado “... coinciden los principios de la libertad en el mercado con la igualdad social dentro del marco de un orden garantizado por el Estado”, “...convergen, como puntos centrales de la idea, el mercado y la formación de precios en el mismo, representando el necesario lazo de unión y el instrumento de coordinación de los innumerables y distintos planes individuales de consumidores y proveedores”. Bernardo López Ríos, <http://veneno.com/2003/v-77/bern-77.html>, define el sistema de economía social de mercado (ESM) como un orden social, económico y político integrado, centrado en el hombre, en el que, a diferencia del neoliberalismo, *la política económica y la política social son simultáneas*, sostiene que el sistema de ESM ha sido aplicado con éxito en Europa y se contraponen a las economías socialistas de planeación y a las formas de economía de tendencia liberal y *se fundamenta en valores éticos trascendentes y universales* proclamados por la doctrina social como el respeto a la dignidad de la persona humana, solidaridad, subsidiariedad y bien común, para lograr una economía al servicio del hombre, expresada en *principios constitutivos* como: sistema de precios de “competencia perfecta”, libre acceso a los mercados, libertad contractual, propiedad privada con función social, etc. Objetivos que tienen *principios reguladores* entre ellos es de trascendental importancia la intervención del Estado.

El Estado Social de Derecho consagrado en el art. 1 de la Constitución es aquel que reconoce fundamentalmente la existencia de derechos políticos, económicos, sociales y culturales jurídicamente exigibles,¹⁰² dentro de los cuales está el Derecho de los consumidores (art. 92), y a la aplicación de los derechos y garantías determinados en la Constitución, como aquel de disponer de bienes y servicios, públicos y privados, de óptima calidad, a elegirlos con libertad, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características, y para enumerar otro, el derecho a una justicia sin dilaciones.

Como colofón, es necesaria y obligatoria la intervención del Estado, no para remplazar al mercado sino para cubrir sus fallos.¹⁰³ Este rol activo del Estado se basará en la protección de los derechos y la ejecución de las garantías señaladas constitucionalmente, una de ellas es precisamente la protección al consumidor, reafirmando su vocación de regulador y promotor del sistema económico.

Claramente, nuestra Constitución establece en el capítulo V De los Derechos Colectivos, Sección 3º. De los consumidores, lo siguiente:

“Art. 92 .- La ley establecerá los mecanismos de control de calidad, *los procedimientos de defensa del consumidor*, la reparación e indemnización por deficiencias, daños y mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos no ocasionados por catástrofes, caso fortuito o fuerza mayor, las sanciones por la violación de esos derechos.

Las personas que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la prestación del servicio, así como por las condiciones del producto que ofrezcan, de acuerdo con la publicidad efectivamente usada y la descripción de su etiqueta.

El Estado y las entidades seccionales autónomas responderán civilmente por los daños y perjuicios causados a los habitantes, por su negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo y por la carencia de servicios que hayan sido pagados.” (las cursivas son nuestras).”

Complementa esta disposición el Art. 20 del mismo cuerpo normativo

“Art. 20.- Responsabilidad del Estado y de particulares por servicios públicos.- Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los

¹⁰² Agustín Grijalva y José Vicente Troya Jaramillo, “Elementos para un Derecho de la Competencia en Ecuador”, pp. 10, 11,12 en este estudio encontramos otras características del Estado social de Derecho como la capacidad de regulación constitucional del proceso económico y la intervención estatal en la economía hacia la promoción y protección de la competencia, el desarrollo del Derecho y el principio de igualdad sumadas a éstas, encontramos las características del Estado Democrático de Derecho; imperio de la Ley, división de poderes, sometimiento de la administración al principio de legalidad, etc.

¹⁰³ *Ibíd.*, p. 6.

particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.”

Resaltamos de las normas transcritas dos temas fundamentales, el primero referido al mandato constitucional por el cual la ley debe regular los procedimientos (judiciales o administrativos) de defensa del consumidor y reparación de daños u obtención de compensación, el segundo que señala la responsabilidad civil del Estado y las entidades seccionales por los servicios por ellos prestados.

Como advertimos nuestra Constitución inserta a los derechos del consumidor dentro de los derechos colectivos, entendidos como aquellos que buscan protección de derechos frente a riesgos no solo individuales sino de toda la sociedad; así con total claridad, Rodas Monsalve establece:

“Si bien el Estado social debe propiciar la acumulación capitalista, las exigencias de legitimación le obligan a atender nuevas necesidades y prestaciones que se convierten en complementarias, pero a la vez necesarias, *para que los intereses individuales puedan tener una vigencia real y efectiva*. Éstos son, precisamente, los intereses colectivos, que expresan la exigencia comunitaria de protección frente a las complejidades, injusticias o desigualdades que generan los procesos de industrialización y tecnificación del sistema capitalista y *cuyos efectos riesgosos no son individuales sino frente a toda la colectividad*, tales como la contaminación, la destrucción del espacio público, la indefensión de los consumidores frente a los productores inescrupulosos, etc.”¹⁰⁴

El autor, con quien coincidimos, llama la atención sobre la causa de surgimiento de los derechos colectivos, las iniquidades, fallas o expresiones espontáneas del sistema capitalista, frente al cual, el Estado y su marco legal, debe actuar sobre estas expresiones injustas a través del reconocimiento de derechos colectivos como los constantes en nuestra Constitución, hablamos – entre otros- de los derechos de los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos, derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y junto a ellos, por supuesto al Derecho de los consumidores.

¹⁰⁴ Julio César Rodas Monsalve, *Fundamentos Constitucionales del Derecho Ambiental Colombiano*, Santa Fe de Bogotá, TM editores, Ediciones Uniandes, 1995, p. 33, hace expresa alusión a los consumidores como beneficiarios de derechos colectivos.

Los derechos de los consumidores son colectivos¹⁰⁵ y difusos, pero qué ventajas trae esta condición sin un real acceso a los mismos. Al tratar de dilucidar la interrogante de que si los grupos pueden ser titulares de derechos, encontramos largos debates doctrinarios, por ello a continuación abordamos brevemente el tema buscando definiciones concretas y diferenciaciones caracterizadoras.¹⁰⁶

Los derechos colectivos son aquellos que protegen a una pluralidad de sujetos indeterminados en su individualidad, -definidos también como derechos grupales, comunes de personas colectivamente identificadas y representadas, con intereses semejantes- derechos que como conocemos tienen aún pendiente su real ejecución, por ello, tomando el claro desarrollo conceptual de Alsina nos atrevemos a adelantarnos en una afirmación, y es que los derechos colectivos deben buscar los canales de ejecución a través de normas e instituciones, técnicas de defensa de los intereses nuevos como lo son estas formas de reconocimiento constitucional y de enfoque del Derecho, que históricamente solo reconocía la capacidad de accionar sobre derechos individuales.

Nos encontramos ante un derecho reconocido constitucionalmente que nace con una nueva categoría (colectivo) debido a la ineptitud de la tutela procesal clásica y ante nuevos requerimientos sociales, por ello necesitamos profundizar en el análisis de los mecanismos de protección también innovadores, lo que confirma el fin de este trabajo, avalar la necesidad de encontrar medios procesales eficientes y rápidos de tutela legal sobre la base de los derechos colectivos de los consumidores establecidos legalmente, sea mediante la ejecución inmediata de las normas constitucionales a través de la acción de amparo, o vía aplicación de normas como la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor* y sus diferentes caminos, entre ellos el arbitraje y la mediación.

Los derechos colectivos son reconocidos en la legislación interna e internacional, afirmación realizada por López Calera, con la que coincidimos.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Cruz Parcero, citado por Nicolás López Calera, *Hay Derechos Colectivos*, Barcelona, Editorial Ariel, S.A. 2000, pp. 37 y ss., establece que una teoría de los derechos colectivos ha de considerar dos asuntos de importancia, quienes son capaces de ser titulares de derechos, y qué es un derecho como posición o relación jurídica.

¹⁰⁷ Nicolás López Calera, *Hay Derechos Colectivos*, Barcelona. Editorial Ariel, S.A. 2000, p. 37. En su interesante estudio da a conocer que la característica individualista del liberalismo ha provocado una oposición a los derechos colectivos, que podría implicar riesgos para los derechos individuales, teoría que ya fue criticada por Hegel cuando respecto de la declaración francesa de los derechos del hombre sentenciaba: “que es una concepción abstracta formalista de los derechos humanos, una concepción que olvida la razón ética concreta del hombre, su realización social. Solamente desde el respeto a la totalidad se puede realizar la libertad real del individuo, no sólo la libertad subjetiva”.

También en nuestra legislación civil interna encontramos la designación de personas naturales y jurídicas que *no son personas individuales* pero cuya existencia y capacidad es reconocida legalmente a través de la conocida ficción de persona jurídica y de la representación legal, con el fin de mantener aspectos sustanciales del sistema económico, así, es aceptada y reconocida la capacidad jurídica de entes colectivos como las empresas.

Planteamiento compartido por Kymlicka¹⁰⁸ quien manifiesta que además del reconocimiento de derechos individuales, civiles y políticos es razonable afirmar la existencia de derechos diferenciados (la ciudadanía diferenciada) en función del grupo a que se pertenece, filosofías, visiones del mundo diversas.

Para efectos procesales prácticos, esto es, para acceder efectivamente a este derecho en el ámbito constitucional y de manera colectiva, Valeria Merino y Rafael Oyarte manifiestan dos requisitos para que se pueda interponer la acción de amparo sobre los derechos colectivos, uno de ellos consiste en la necesidad de *identificar* el grupo social al que afectan los derechos, y otro, la actuación de un representante de la colectividad para interponer una acción jurídica de amparo y ejercer estos derechos a nivel constitucional. Ellos han dicho:

“La doctrina ha señalado que los derechos colectivos son aquellos derechos de grupos, como los jubilados, los estudiantes, los incapacitados, entre otros, es decir que se puede identificar el grupo al que le afectan sus derechos, por lo que generalmente deberá ser un representante de dicha colectividad, debidamente legitimado, quien puede interponer la acción de amparo”.¹⁰⁹

En los derechos colectivos, debemos poder identificar al grupo al que se afecta o que pueda ejercer el derecho, mientras que en el derecho difuso esto no es posible, pudiendo cualquier persona, demandar su ejecución vía constitucional.

Será interés colectivo cuando actúen con asociaciones legalmente representados y será difuso cuando cualquier persona presente una acción para reconocimiento de este derecho, no solamente respecto a la acción de amparo para la protección de derechos constitucionales,¹¹⁰ sino en general, por el incumplimiento de la ley orgánica.¹¹¹

¹⁰⁸ Citado por López Calera.

¹⁰⁹ Valeria Merino y Rafael Oyarte, “La aplicación de la acción de amparo en el Ecuador” en *Anuario de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Edit. Grancharoff, 2000, p. 657.

¹¹⁰ El art. 95 de nuestra Constitución establece lo mencionado al facultar a cualquier persona por sus propios derechos o como representante legitimado de la colectividad a proponer acción de amparo, su única condición es que la violación o posible violación de un Derecho consagrado en la Constitución, tratado o convenio internacional vigente amenace causar daño grave, siempre que este acto u omisión

Además de la protección constitucional del consumidor señalada en los arts. 244.8 y 23.7, es de interés para nuestro estudio el art. 191 de la Constitución ecuatoriana que reconoce los Medios Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), en especial el arbitraje y el art. 192 que establece la garantía del debido proceso y enuncia los principios procesales que éste debe cumplir; y, finalmente el art. 17 que remarca la obligación estatal de garantizar el eficaz ejercicio y goce de los derechos humanos establecidos por la Constitución, pactos, etc.,¹¹² además establece el efecto de aplicabilidad directa e inmediata de la Constitución al ser norma jurídica.¹¹³ Por otra parte, el art. 18 establece que los derechos, y garantías determinadas en la Carta Política deben ser inmediatamente aplicados por los jueces, derechos y garantías que según el art. 19 no deben excluir a persona alguna.

ilegítima sean realizados por una autoridad pública o por particulares cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, *colectivo* o un derecho *difuso*.

¹¹¹ Julio César Trujillo, “Garantías Constitucionales” en *Guía de litigio Constitucional*. Tomo II, Quito, CLD, 2001, p. 43, considera que los derechos fundamentales tutelados por el amparo están contenidos en toda la normatividad, al ser reconocidos como tales por leyes ordinarias y con mayor razón en leyes orgánicas, aunque los mismos no estén mencionados en la Constitución ni en los tratados.

Aunque no constituye objeto de esta investigación, se debe dejar planteada la necesidad de profundizar en el conocimiento y alcance de la acción de amparo, como medio de protección jurídica constitucional adicional a la protección judicial ordinaria.

¹¹² “Art. 244.8.- Proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta, la publicidad engañosa, la adulteración de los productos, la alteración de los pesos y medidas y el incumplimiento de las normas de calidad.”

“Art. 191: El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.¹¹²

De acuerdo con la Ley habrá jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.”

Art. 192.- El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”

¹¹³ Julio César Trujillo, “Funciones normativas de la Constitución”, en *Foro No. 3*, en prensa, 2004, al analizar las condiciones de exigibilidad y aplicabilidad de las normas constitucionales señala que la Constitución es norma jurídica, expresión de la voluntad soberana del pueblo y como consecuencia de esta característica, de aplicabilidad directa e inmediata y claramente explica. “Que son de aplicación directa significa que de ellas derivan derechos y obligaciones para sus destinatarios, e inmediata quiere decir que no es necesaria la mediación de una ley que los desarrolle para que la persona demande el respeto a los derechos y garantías que le corresponden o la reparación de los perjuicios causados por su violación y que, por lo contrario, esa demanda puede fundamentarla en lo que, al respecto establezca la Constitución y que las autoridades deben sustentar en ellas sus resoluciones según el art. 18.1, cuando de derechos y garantías se trate”. La calidad de normas jurídicas de aplicación directa e inmediata implica además según Trujillo que las autoridades públicas o de cualquier género o especie pueden sustentar sus resoluciones o fallos en los propios preceptos constitucionales, sin necesidad que una ley desarrolle el texto constitucional.

Tanto la garantía del debido proceso como el derecho a una justicia sin dilaciones,¹¹⁴ se reconocen por la Constitución ecuatoriana.

De todo lo expuesto, la conclusión lógica es que el Derecho del consumidor está protegido como un derecho colectivo y como un derecho individual, por ello se podrá operar el aparato judicial o constitucional individual o colectivamente (acción de amparo¹¹⁵, demanda judicial, arbitraje de consumo).

Resulta difícil encontrar resoluciones referidas al consumidor, emitidas por el Tribunal Constitucional,¹¹⁶ sin embargo, podemos poner como interesante ejemplo de legitimación activa colectiva la resolución No. 116-2000-TP, referente a un caso de redondeo de la Compañía de Telecomunicaciones OTECEL S.A., que vulnera el Derecho a que sean equitativos los precios o tarifas de los servicios públicos prestados bajo control y regulación del Estado.

Otro caso relacionado con el Derecho a disponer de bienes y servicios, públicos y privados de óptima calidad, a elegirlos con libertad, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características, son aquellos desarrollados en las Resoluciones No. 081-2001-TP y No. 660-RA-00-IS-TC, la demanda de amparo fue propuesta por la Televisora UV-TELEVISIÓN DE LOJA en contra de la Municipalidad de Loja por los perjuicios causados debido al mal estado de la tubería y debido a filtraciones de agua subterránea. Demanda que es acogida por el Tribunal Constitucional fundamentándose en el derecho constitucionalmente reconocido a los usuarios de los servicios públicos, decisión que revocó la decisión del juez inferior.

Es fundamental anotar la importancia de la presencia propositiva activa del Tribunal Constitucional con el fin de difundir los derechos de los consumidores individual y colectivamente considerados, empleando para dicho efecto la interpretación de la norma y preconizando los principios jurídicos que se hallan en juego, colmando de contenido a los derechos, y realizando de esta manera una interpretación que favorece en forma progresiva su

¹¹⁴Ver Capítulo II, De los Derechos civiles, art. 23 y 27 de la Constitución ecuatoriana.

¹¹⁵ El Tribunal Constitucional ecuatoriano, que en Resolución No. 015-2000-TP establecía que el amparo tutelaba los derechos de las personas naturales, por lo que las personas jurídicas estaban excluidas del mismo, luego mediante Resolución No. 020-RA-00-I.S, y Resolución No. 081-2001-TP., extiende esta posibilidad de tutela a las personas jurídicas frente a la violación de un Derecho subjetivo. De esta forma, las personas física y colectivamente consideradas pueden acceder al amparo constitucional, en el caso de los derechos de los consumidores pero deben tener la característica de destinatarios finales. Gaceta Constitucional No. 1,2,4 (2000-2001)

¹¹⁶ También encontramos casos referidos a demandas de amparo presentadas por la Asociación de Consumidores y Usuarios de Pichincha contra CONECEL S.A. por un incremento no autorizado de la tarifa de telefonía móvil.

efectiva vigencia, aplicando como en el caso del amparo de manera directa los derechos determinados en la Constitución. Así mientras más difundida esté la posibilidad de una aplicación directa de la norma fundamental, mayores serán las oportunidades para que las prácticas de los individuos y de los grupos sociales sean difundidas y confirmados sus derechos.

El enfoque dado en la Constitución vigente cambia la filosofía liberal antigua que veía toda la base del derecho en la autonomía de la voluntad privada y el derecho individual hacia una visión de defensa de la colectividad y a un nuevo derecho con soluciones más sociales. Este cambio fue experimentado con el nacimiento de los derechos difusos y derechos colectivos con intervención del Estado en la protección de una de las partes.

Finalmente, creemos que el reconocimiento constitucional del Derecho del consumidor, tanto como derecho individual como colectivo y económico, sirve para fines concretos: elevar a rango constitucional al Derecho del consumidor, garantizar sus derechos fundamentales, difundirlos, acceder a una acción efectiva como es el amparo constitucional.¹¹⁷

2.1 La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor ecuatoriana, principios fundamentales

Sin lugar a duda el acceso a la protección jurídica efectiva es un fin trascendental de la *Ley Orgánica de Defensa del consumidor* ecuatoriana, instrumento jurídico que declara derechos como describimos a continuación, pero que a la vez establece herramientas, mecanismos para ejercerlos.

La *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor* ecuatoriana, de julio de 2000, reemplaza la Ley de Defensa del Consumidor, publicada en el R.O. No. 520 de 12 de septiembre de 1990 y su Reglamento, Decreto No. 2201-A, R. O. No. 625 de 19 de febrero de 1991, además de todas sus posteriores reformas, así lo establece la disposición final primera de la Ley que presentamos.

¹¹⁷ La Declaración de los Derechos del Hombre aprobada el 10 de diciembre de 1948, dispone en el artículo 8: “toda persona tiene Derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la Ley”. La Declaración Americana de los Derechos Humanos en el art. 25 también establece el Derecho de las personas de acceder a una justicia efectiva que proteja el cumplimiento de los derechos fundamentales. Como sabemos, el amparo en el Ecuador está regulado en el art. 95 de la Constitución vigente. Igualmente las constituciones de la Comunidad Andina tienen normas que establecen la posibilidad de exigir la aplicación directa de los derechos fundamentales, en este caso concreto a través del amparo: arts. 85 y 86 de la Constitución colombiana, por los que se regula la acción de tutela y la aplicación directa e inmediata de los derechos fundamentales; artículos 18 y 95 de la Constitución ecuatoriana; art. 200 de la Constitución peruana, y los arts. 27 y 334 de la Constitución venezolana.

Como habíamos enunciado esta nueva ley implicó cambios sustanciales, sobre todo referidos a la visión y al contexto jurídico y económico, importantes modificaciones referidas principalmente a la eliminación del sistema de fijación de precios.

La *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor* contiene XV capítulos.

El *Capítulo I*, enuncia los principios generales de la Ley y diversas definiciones, entre ellas, las de anunciante, consumidor, contrato de adhesión, derecho de devolución, especulación, información básica comercial, oferta, proveedor, publicidad, publicidad abusiva, publicidad engañosa, servicios públicos domiciliarios, distribuidores o comerciantes, productores o fabricantes, importadores, prestadores.

El *II capítulo se refiere a los derechos y obligaciones de los consumidores*, entre los más importantes derechos se encuentran: el Derecho a la protección de la vida, salud y seguridad en el consumo, acceso a servicios y satisfacción de necesidades básicas, Derecho a que se oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad y a elegirlos con libertad, Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa, Derecho a la protección contra la publicidad engañosa o métodos comerciales coercitivos o desleales; Derecho a la educación, Derecho a la reparación e indemnización, Derecho a recibir auspicio del Estado para la constitución de asociaciones, Derecho a acceder y a accionar mecanismos efectivos para la tutela administrativa y judicial, etc. Las obligaciones del consumidor se refieren en especial al consumo racional y responsable, al cuidado del medio ambiente y a informarse sobre el uso adecuado de los bienes y servicios.

La regulación de la publicidad y su contenido y las infracciones se establecen en el Capítulo III. En el Capítulo IV se regula la información básica comercial, mientras que en el Capítulo V las responsabilidades del proveedor, el VI los servicios públicos domiciliarios, el VII se dedica a la protección contractual, el VIII al control de la especulación, el IX a las prácticas prohibidas, el X a la protección a la salud y seguridad, el XI se regula las asociaciones de consumidores, el XII al control de calidad, el capítulo XIII y XIV nos interesan especialmente y se refieren a las infracciones y sanciones, a la competencia y al procedimiento.

Como vemos la LODC del Ecuador contiene temas fundamentales que competen a una legislación adecuada: Definición de consumidor, delimitación del alcance y contenido de la ley, derechos, estructura estatal de protección al consumidor, soluciones y sanciones, mecanismos y herramientas para reclamar y solucionar los conflictos derivados de las relaciones de consumo- algunos de estos pilares como veremos, deberían ser mejorados.

Los principios especiales regulados en el Capítulo I de la Ley merecen ser enunciados.

El art. 1 se titula *ámbito y el objeto de la ley* pero realmente declara principios generales, entre ellos establece que estas disposiciones son de orden público y de interés social,¹¹⁸ es decir se trata de normas irrenunciables y de Derecho público y por tratarse de una norma de carácter orgánico prevalece sobre las disposiciones contenidas en leyes ordinarias,¹¹⁹ también se señala que la interpretación de estas normas será en el sentido más favorable al consumidor.

Entendemos que la intención del legislador fue crear un orden jurídico de defensa del consumidor con características y principios específicos que sirvan de marco fundamental para la aplicación.

La interpretación pro consumidor también merece especial referencia, así en caso de conflicto de normas o duda en su aplicación se estará a la interpretación que más favorezca al consumidor

Otro principio general importante es el de responsabilidad solidaria, definido en la ley vigente en los siguientes términos:

¹¹⁸ Para aclarar este termino nos remitimos al Derecho laboral, Julio César Trujillo, *Introducción al Derecho del Trabajo*, primera parte, Quito, Editorial Don Bosco, 1973, pp. 17, para quien, la llamada cuestión social nace, a fines del siglo XVIII para denominar al conjunto de problemas que surgen con la nueva organización del trabajo industrial, posteriormente para definir al Derecho social, resalta la definición de García Oviedo para quien “el problema social, toma bajo su protección no sólo a los que viven sometidos a una dependencia económica, de los que se ocupa el Derecho del trabajo, sino a todos los seres económicamente débiles y concluye diciendo: “social es, pues, el contenido del problema; social debe ser el Derecho creado para su resolución” y lo define como “el conjunto de principios, normas e instituciones, encaminadas a remediar los males que afectan o pueden afectar a la sociedad con respeto al trabajo y a la injusta distribución de las riquezas, con el objeto de establecer un orden mejor”, de la referencia realizada podemos concluir que el Derecho social no se agota en el Derecho laboral sino que el mismo es el contenido también de otras normas que regulan la injusta distribución de la riqueza que están presentes en otros ámbitos de la vida social que requiere una intervención jurídica, como el caso del consumidor por ejemplo.

Para Antonino Serra, op. cit. p.11, el carácter de orden público se refiere a la irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores.

En conformidad con lo señalado, para Ximena Endara, docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, el “interés social” se refiere a las formas de intervención del Estado para la atención y protección de grupos sociales, mientras que una norma de “orden público”, implica un mandato a ser cumplido por las instituciones públicas, para la entrevistada estas declaraciones legales, generalmente son simples características teóricas.

¹¹⁹ Ver art. 142.3 de la Constitución según el cual serán leyes orgánicas “las que regulen las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección” y art. 143 que establece que una ley ordinaria no puede modificar una ley orgánica ni prevalecer incluso ni a título especial sobre ella. La caracterización de orgánica de la ley objeto de nuestro estudio es establecida constitucionalmente ya que en efecto reconoce y regula la garantía de los derechos fundamentales y los procedimientos para protegerlos, Derecho básico fundamental que es establecido y garantizado por la Constitución, ver art. 23.7.

“Art. 28.- Responsabilidad solidaria y derecho de repetición.-Serán solidariamente responsables por las indemnizaciones civiles derivadas de los daños ocasionados por vicio o defecto de los bienes o servicios prestados, los productores, fabricantes importadores, distribuidores, comerciantes, quien haya puesto su marca en la cosa o servicio y, en general, todos aquellos cuya participación haya influido en dicho daño.”

Como sabemos la responsabilidad es siempre personal, por lo que asistimos a una excepción establecida taxativamente en la ley, la responsabilidad solidaria u objetiva a diferencia de la responsabilidad subjetiva, no es determinada en función de la persona que realiza el daño, según la responsabilidad objetiva¹²⁰ no importa quién lo realizó sino la obligación de resarcir, es

¹²⁰ Debido al grado de tecnificación y masificación de la producción y con el objetivo de lograr una efectiva protección frente a los daños que con estas especificaciones tienen una mayor importancia, se crea la responsabilidad objetiva en materia de consumo. Para analizar la responsabilidad objetiva del fabricante en materia de consumo se recomienda consultar la Directiva Comunitaria Europea de 25 de julio de 1985 y el libro de Guillermo Alcover Garau, *La Responsabilidad Civil del Fabricante, Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español*, Madrid, Edit. Civitas, S.A. 1990. pp. 24-32. Según Alcover el nacimiento de la responsabilidad objetiva es política- ideológica, conectada al Estado Social de Derecho, y señala dos razones fundamentales:

“1) Se afirma que el daño causado por el producto defectuoso debe recaer sobre la persona que ha creado el riesgo, el fabricante, al ser la que está en mejor posición para controlar la calidad y la seguridad del producto. Por ello, la asunción de la responsabilidad por ella es la manera más segura de reducir futuros accidentes, al crearse un efectivo incentivo de fabricar bienes seguros.

2) Parece conveniente en aras a proteger con eficacia los intereses de los consumidores en orden a una completa reparación de los daños consecuencia de productos defectuosos, que el fabricante sea el responsable, aunque haya actuado con diligencia, al ser el que está en mejor situación para asumir el riesgo mediante su distribución entre todos los consumidores a través de un seguro, cuya prima se incorporará en el precio. O sea, el fabricante es el que de forma más ventajosa puede asegurar los riesgos y distribuirlo entre la colectividad. Y es la mejor manera de proteger a las víctimas”.

Los fundamentos para la existencia de la responsabilidad objetiva es básicamente controlar la inocuidad y seguridad del producto creando conciencia en los productores.

La responsabilidad objetiva en el ámbito de la responsabilidad estatal es entendida por Gardenia Chávez y Miriam Garcés, editoras, *el Derecho a la Reparación en el Procesamiento penal*, Quito, Edit. Comunicaciones INREDH, 2000, pp. 39 y ss. como “aquella que asume el Estado sobre los actos u omisiones de sus agentes que hubieren ocasionado un daño o perjuicio ilegítimo a los particulares. Para establecer la responsabilidad objetiva no se requiere probar -por parte del particular- el dolo o culpa del funcionario público, es suficiente con demostrar la existencia de daño y el vínculo de causalidad entre el perjuicio ocasionado y la acción del Estado”. Esta responsabilidad se afianza, según el autor debido a que la persona afectada se encuentra en una situación de desventaja frente al poder público. Podemos afirmar

suficiente para el consumidor -como sucede en el caso de responsabilidad objetiva del Estado-, demostrar la existencia del daño y el vínculo de causal entre el perjuicio ocasionado y la acción del proveedor, así lo establece el artículo transcrito que adicionalmente no distingue responsabilidad en una sola persona, así todos los partícipes de la cadena productiva pueden ser demandados, responsabilidad objetiva, culposa en materia civil.

Adicionalmente, la nueva Ley ecuatoriana en materia de defensa del consumidor tiene una característica específica, es “orgánica”,¹²¹ característica que tiene consecuencias de importancia,¹²² que por la brevedad de la investigación solo enunciamos, y se refieren a *aspectos de forma* como son los requisitos de trámite especiales, tanto para su aprobación, reforma, modificación e interpretación¹²³ sobre cualquier otra ley ordinaria, características

que en el caso del consumidor o usuario de servicios públicos, esta situación de desventaja es doble, tanto por estar ante un poder público como por ser consumidor.

¹²¹ Existen variados criterios respecto de la característica de “orgánica” de la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor* vigente, Rafael Oyarte manifiesta que “la tendencia a incluir como leyes orgánicas a preceptos que no regulan materias de reserva, vulneran el inciso final del art. 142 de la Constitución”, señalando que no cualquier procedimiento mediante el cual se pueda proteger un Derecho fundamental debe ser regulado mediante precepto orgánico, e indica que esta consideración llevaría a pensar que los códigos procesales también sean considerados orgánicos. Por lo manifestado, el autor considera, que la ley que precautela los derechos del consumidor no debería ser orgánica, y además sugiere que se trata de una norma más bien de procedimiento. Coincidimos con el autor, en la interpretación constitucional que realiza con el rigor jurídico que le caracteriza, sin embargo debemos también considerar aspectos que van más allá de lo estrictamente jurídico, en este caso, la estabilidad de las disposiciones y su protección frente al cúmulo de intereses siempre presentes en el Congreso Nacional, además debemos reiterar que se cumplió con los requisitos formales determinados constitucionalmente. Vale la pena aclarar que la LODC no fue catalogada como tal por resolución posterior del Congreso sino podríamos decir ratificada por ésta (la resolución legislativa No. 22, R. O. No 280 de 8 de marzo de 2001), ya que fue expedida en julio del año 2000 y para su aprobación, la función legislativa siguió el procedimiento formal especial de las normas orgánicas, con más de 62 votos y rechazó 7 vetos del Presidente Noboa con más de 82 votos. Dato proporcionado por María José Troya, Tribuna del Consumidor y Usuario, Ecuador.

¹²² Rafael Oyarte Martínez, en su artículo “Leyes orgánicas”, documento elaborado para el Taller de Constitucionalismo y Democracia de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2003, señala con claridad las características formales (procedimiento de formación de leyes: quórum de aprobación, modificación y derogatoria mayor a las leyes ordinarias, que en el caso ecuatoriano es la mayoría absoluta de los integrantes del Congreso, art. 143.1 de la Constitución) y materiales (referentes a las materias que tienen reserva de Ley orgánica y que deben ser reguladas y que son establecidas constitucionalmente y se refieren a la organización y actividades de las tres funciones clásicas del Estado, al régimen seccional autónomo, y de los organismos del Estado establecidos en la Constitución, las relativas al régimen de partidos, ejercicio de derechos políticos y todo lo que se refiere al régimen de garantías de derechos fundamentales) de las leyes orgánicas, pero fundamentalmente desarrolla la importancia de la incorporación de estas leyes en la legislación ecuatoriana en dos puntos, evitar el arbitrio legislativo y político en materias de importancia, y que la Constitución no se convierta en un Código que desarrolla normas y por lo tanto no pierda su capacidad de adaptación.

¹²³ Los arts. 142 y 143 de la Constitución, Capítulo 5, De las Leyes, Sección Primera de las clases de Leyes, divide las leyes en orgánicas y ordinarias. De estos artículos colegimos las características de una ley orgánica en nuestro país:

1. En cuanto a su *función*: tienen como función regular el funcionamiento del poder público dividido en sus tres funciones y de los organismos del Estado, el ejercicio de los derechos políticos, las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección.

formales que la identifican y le dan una categoría diferenciada en función de su prevalencia y atributos,¹²⁴ sin desconocer sus especificidades también materiales. En nuestra opinión, fue conveniente que los derechos del consumidor en especial estén protegidos por un marco normativo más rígido de forma tal que no pueda ser sometido con facilidad a los intereses de grupos políticos y económicos presentes en la legislatura ecuatoriana. Sin embargo debemos reflexionar también sobre las consecuencias de la rigidez o inflexibilidad a las leyes orgánicas, que también podría ocasionar efectos negativos al obstaculizar una reforma necesaria.

ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS CONSUMIDORES EN ECUADOR

2.2 Breves antecedentes históricos de la defensa del consumidor en Ecuador

La legislación de protección al consumidor en el Ecuador, históricamente está caracterizada por la dispersión y por el avance, este antecedente nos permite comprender el estado actual de la normativa, la evolución de los instrumentos de protección, y las autoridades de control actual.

Un antecedente importante lo encontramos en 1977 cuando el Consejo Supremo de Gobierno dicta la *Ley de Control de Precios y Calidad*, que establecía fundamentalmente la obligación de publicar en las etiquetas las características de calidad (art. 17), y se establecen los *entes encargados del control* de precios y calidad, entre los que encontramos a los *ministerios, municipalidades, intendencias, subintendencias y comisarías*.

-
2. En el ámbito *formal de su expedición*, su aprobación, reforma, derogatoria o interpretación tienen como requisito especial la necesidad de contar con una mayoría absoluta de los integrantes del Congreso Nacional, y,
 3. Con relación a la *ubicación jerárquica* en el entramado jurídico, la ley orgánica prevalece sobre la ley ordinaria y sobre las leyes especiales por lo que no pueden ser modificadas por ellas, característica que es especificada en el caso de la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, en el art. 1.1 que al determinar su ámbito y objeto, establece además que la misma es de interés público y de interés social, y por ser de carácter orgánica, prevalece sobre las disposiciones contenidas en leyes ordinarias.

La Resolución No. R-22-058, del Congreso Nacional Ecuatoriano, R.O. No. 280, del 8 de marzo de 2001 instituye un listado de leyes con jerarquía y calidad de orgánicas, esta determinación por el poder legislativo, se realiza de conformidad con la disposición transitoria vigésima segunda de la Constitución, listado en el que encontramos a la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*.

¹²⁴ El Derecho dentro de una de sus acepciones es conocido como un sistema jerárquico de normas, sistema en el que encontramos normas constitucionales, ordinarias, reglamentarias e individualizadas, dentro de las normas constitucionales están las orgánicas que se refieren a la organización de los poderes públicos de acuerdo con las normas constitucionales, y de comportamiento, que tienen como finalidad regular la conducta de los particulares. Ver Marco G. Monroy Cabra, *Introducción al Derecho*, p. 77.

En septiembre de 1970 mediante Decreto Supremo 357, R.O. 54, se encarga al *INEN* la verificación de cumplimiento de normas técnicas oficializadas por el Ministerio de Industrias como obligatorias.

Posteriormente, con el Decreto Supremo No. 965, R.O. 376 de 24 de agosto de 1973 se regula la publicidad de bebidas alcohólicas y cigarrillos.

El siguiente antecedente de trascendencia lo encontramos en la *Ley de Defensa del Consumidor* publicada el 12 de septiembre de 1990, Registro Oficial 520, norma con limitaciones y escasa aplicación, sin embargo, con ella se elimina el sistema de control de precios,¹²⁵ y establece puntos que pueden considerarse un avance al anterior estado de protección, entre los que destacamos:

1. Se define al consumidor aunque no se hace referencia alguna al criterio de destinatario final de los bienes y servicios adoptado por la nueva Ley Orgánica, sino que realiza una definición abierta que incluía a los productores que utilizan, consuman o adquieran los bienes sin importar el destino de los mismos, esto es, sin considerar si los mismos serán destinados a la transformación dentro de un proceso productivo o al consumo final.¹²⁶
2. Establece derechos y deberes del consumidor y proveedor, de los que destacamos la seguridad alimentaria, seguridad de uso, derecho a la información veraz y completa, Derecho a la reparación e indemnización de perjuicios, a la presentación de reclamos, a un justo y rápido procedimiento, y Derecho a la educación.¹²⁷
3. No se establecen obligaciones para los consumidores, ni derechos para los proveedores, últimos a los que se les señala obligaciones como contrapartida a los derechos

¹²⁵ CAPITULO IV. Del Control de Precios, Calidad, y Cantidad.

¹²⁶ El art. 3 de la Ley No. 107 R.O./520 de 12 de septiembre de 1990 establecía: “Para los efectos de esta Ley, se entiende **por consumidor** a la persona natural o jurídica *que adquiera, use o consuma cualquier bien o contrate servicios* y, **por proveedor**, a la *persona natural o jurídica, pública o privada, que realice el suministro o prestación de bienes o servicios a título oneroso...*”. Como vemos, la Ley diferenciaba el concepto de consumidor del de proveedor únicamente por la característica de compra, adquisición, contratación, sin importar el fin último de la compra que al no ser determinado por la Ley, faculta para que el bien o servicio pueda ser perfectamente utilizado en un proceso productivo, considerando al comprador (realmente productor) como consumidor, criterio que en la nueva ley es una característica importante para definir al proveedor, así, el art. 2 de la ley vigente establece: Definiciones: **Proveedor**: “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.” Por ello, el criterio de definición empleado en la Ley orgánica, es más preciso y delimita de mejor manera los sujetos protegidos, sin limitarse únicamente al título oneroso con el que se adquieren los bienes y servicios, sino que incluye la motivación de la compra (uso como destinatario final y no para la transformación con fines comerciales del bien adquirido) En conclusión, si bien una persona natural o jurídica puede adquirir un bien o servicio no necesariamente siempre debe ser considerado usuario o consumidor, ya que si lo inserta en un proceso productivo este mismo consumidor se transforma en un proveedor o productor, criterio tomado por la mayoría de legislaciones analizadas.

¹²⁷ Art. 4 de la Ley de Defensa del Consumidor de 1990.

mencionados (control de calidad del INEN, etiquetas informativas, tener a la vista los precios de productos, garantía de bienes de naturaleza durable, autorización para importar productos peligrosos de uso industrial.

4. Se establecen los bienes y servicios sobre los que se aplica la ley.
5. Regula la publicidad (Capítulo. III, arts. 14, 15).
6. Se regula la participación de las Asociaciones de Consumidores.
7. Establece infracciones y sanciones (art. 35, 36, 37, 38) señalándose que la *competencia para el conocimiento, juzgamiento y sanción de las infracciones de la ley, la tienen los intendentes, subintendentes de Policía y comisarios nacionales.*
8. La Disposición General Segunda, deroga la *Ley de control de precios y calidad, publicada* en el R. O. No. 412 del 31 de agosto de 1977.

Entre las insuficiencias de la Ley de Defensa del Consumidor de 1990 podemos señalar la falta de un organismo público autónomo y especializado en defensa del consumidor -asunto que tampoco es cubierto por la nueva ley-, no se regulan tampoco los contratos de adhesión, el sistema de garantías o los créditos al consumidor, ni la necesidad de difundir los derechos de los consumidores, entre otros.

Como vemos, la mayoría de normas de relieve se refieren a la calidad de los productos mas no al reconocimiento de los derechos del consumidor, que en la ley de 1990 son tratados de manera muy general (mecanismos de acceso a la justicia, control de la publicidad, ámbito de aplicación de la norma, bienes y servicios sometidos), regulaciones que si las encontramos en la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor* de 2000, que siendo reflejo de esta evolución histórica, conserva aún la actuación del INEN, los intendentes, subintendentes y comisarios, y el carácter penal de la protección, y la eliminación de la regulación de precios.

El tratamiento constitucional¹²⁸ del tema también ha ido en evolución, en la Codificación de la Constitución de 5 de mayo de 1993, R. O. 183, no se reconoce taxativamente el Derecho del consumidor como lo hace la actual, sin embargo, de su lectura se desprenden normas tutelares generales, de las que destacamos el art. 20, que hace alusión a la facultad de los *ciudadanos de acceder a indemnizaciones* por perjuicios ocasionados como consecuencia de la prestación

¹²⁸ Estudiamos únicamente la codificación de 1993 en relación a la actual, los arts. de relevancia para el trabajo son: art. 20, art. 19. 9.11, art. 45 inc. 1, inc. 2b, inc. 3

La Constitución Política del Ecuador codificada el 13 de febrero de 1997 establece en el art. 22.3 lo siguiente: “El derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad, así como a ser informado sobre su contenido y características. La Ley establecerá los mecanismos de control de calidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del consumidor y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos,” comprobamos que la codificación de 1997 si establecía el Derecho del consumidor como garantía brindada por el Estado a la persona.

deficiente de servicios públicos. Otras declaraciones aún más generales las encontramos en los arts.: 19.11 que precautela la industria y al comercio que asegure la producción de bienes y servicios; 45, cuyo primer inciso declara la igualdad de los individuos frente a los medios de producción y consumo, y su segundo inciso establece que la economía de mercado propenderá al incremento de la producción, es de resaltar la importancia del inciso tercero en el que se prohíbe el abuso económico, controlando mercados, eliminando la competencia, o incrementando arbitrariamente los lucros.

La protección al consumidor a nivel mundial también tuvo un interesante proceso de evolución, pero más temprano, muchos autores, entre ellos Bidart Campos y Gil Domínguez,¹²⁹ señalan a la década del sesenta como punto de partida de la misma.

Otro hito histórico de aparición pública y de discusión sobre los derechos del consumidor enunciado reiteradamente por la doctrina constituye la declaración del Presidente norteamericano John F. Kennedy en su mensaje al Congreso de los Estados Unidos de América el 15 de marzo de 1962, al manifestar: “Consumers, by definition, include us all”.¹³⁰ A nuestro parecer, esta expresión enseña una visión subjetiva del Derecho en estudio, es el ser humano en una de sus facetas y actuaciones, quien debe ser protegido.

Debemos destacar en el ámbito internacional las Directrices dictadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y en especial la *Resolución No. 39/249 del 16 de abril de 1985*, y el *Anexo de las Directrices para la Protección del consumidor ampliadas en 1999*,¹³¹ que tratan entre otros los siguientes temas: *seguridad física*, referido a la inocuidad de productos; *promoción y protección de los intereses económicos* de los consumidores, que hace relación a las políticas gubernamentales que maximicen el beneficio de los consumidores y sus recursos económicos y la posibilidad de elegir libremente en el mercado, *medidas contra las prácticas*

¹²⁹ German J. Bidart Campos, Andrés Gil Domínguez, y otros, *El Derecho Constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas*, p. 381.

¹³⁰ “El concepto de consumidor, nos incluye a todos”.

¹³¹ Los objetivos fundamentales de estas resoluciones son:

1. Ayudar a los países a lograr o mantener una protección adecuada de sus habitantes en calidad de consumidores;
2. Facilitar las modalidades de producción y distribución que respondan a las necesidades y los deseos de los consumidores;
3. Instar a quienes se ocupan de la producción de bienes y servicios y de su distribución a los consumidores a que adopten estrictas normas éticas de conducta;
4. Ayudar a los países a poner freno a las prácticas comerciales abusivas de todas las empresas, a nivel nacional e internacional, que perjudiquen a los consumidores;
5. Facilitar la creación de grupos independientes de defensa del consumidor;
6. Promover el establecimiento en el mercado de condiciones que den a los consumidores una mayor selección a precios más bajos;
7. Promover un consumo sostenible.

Geneva, Ge.01.52762. September 2001.1,140

comerciales restrictivas y competencia desleal; normas para la seguridad y calidad de los servicios y bienes de consumo, como la obligación gubernamental de certificar la seguridad, calidad y buen funcionamiento de los servicios y bienes; sistemas de distribución de servicios y bienes de consumo esenciales; programas de educación e información, promoción de modalidades sostenibles de consumo; y, medidas que permitan a los consumidores obtener compensación, punto de especial importancia para nuestro estudio en cuanto hace relación a la obligación de los gobiernos de establecer medidas jurídicas o administrativas para permitir que los consumidores obtengan resarcimiento. Por su importancia y pertinencia transcribo a continuación los puntos 32, 33 y 34 relacionados a los métodos alternativos de solución de conflictos:

“32. Los gobiernos deben establecer o mantener medidas jurídicas o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante *procedimientos oficiales o extraoficiales* que sean rápidos, justos, poco costosos y asequibles. Al establecerse tales procedimientos deben tenerse especialmente en cuenta las necesidades de los consumidores de bajos ingresos.

33. Los gobiernos deben alentar a todas las empresas a solucionar las controversias con los consumidores en forma justa, rápida y exenta de formalidades, y a *crear mecanismos voluntarios*, como servicios de asesoramiento y procedimientos extraoficiales para presentar reclamaciones, que puedan prestar asistencia a los consumidores.

34. Se debe *facilitar a los consumidores información sobre los procedimientos* vigentes y otros procedimientos para obtener compensación y solucionar controversias.”

Igualmente en el ámbito internacional, en la Comunidad Andina encontramos varias *decisiones* que de manera indirecta buscan proteger jurídicamente al consumidor, entre las que se destaca la protección a la libre competencia en general,¹³² entre ellas resaltamos la Decisión 608 que establece las Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina y especialmente la Decisión 539, R.O. 63, 16-V-03, que establece la Mesa Andina de

¹³² La Decisión 418 referida a la expedición de Registro e Inscripción Sanitaria, la Decisión 457, R.O. 269, de 3-IX-99, normas para prevenir o corregir las distorsiones de la competencia generadas por prácticas de *dumping* en importaciones de productos originarios de países miembros de la CAN; Decisión 285, S.R.O 682, 13-V-91, con normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia.

Conocemos que el Parlamento Latinoamericano, estableció una Ley marco sobre densa del consumidor, febrero de 1998, Sao Paulo- Brasil de Código de Defensa del Consumidor Tipo para Latinoamérica, proyecto que entre otros temas resalta la importancia de que las normas en estudio son de orden público e interés social con prevalencia sobre cualquier norma legal, uso, costumbre o práctica en contrario, la libre elección de bienes y servicios, la información veraz, la educación del consumidor, la protección contra la publicidad falsa, la prevención de daños y perjuicios, el principio pro-consumidor, la regulación de la publicidad, información, etc., son algunos de los puntos tocados en esta regulación

Participación de la Sociedad Civil para la Defensa de los Derechos del Consumidor, que en sus considerandos expone la voluntad de la Comunidad de promover la participación organizada de la sociedad civil en el proceso de toma de decisiones al interior de la Comunidad,¹³³ y asegurar que no se lesionen los intereses de los pobladores de la subregión a través de las posiciones dominantes de mercado o de otras prácticas comerciales, a través de la creación de esta instancia consultiva, que adicionalmente informará de sus conclusiones y recomendaciones al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o a la Comisión de la Comunidad.

Alejandro Giraldo,¹³⁴ reconociendo la ausencia de normativa comunitaria especializada respecto a la protección del consumidor, elaboró un proyecto de decisión que contiene interesantes referencias a aspectos procesales para la protección del consumidor, entre ellos, en el art. 45 de la propuesta de Decisión, establece las reglas que permiten considerar cuándo existirá jurisdicción internacional derivada de los conflictos que surjan en los temas del consumidor tratados en la Decisión, referidas de manera especial al domicilio en diferentes países de la Comunidad, al lugar de presentación de la demanda con jurisdicción internacional, en consideración del lugar de la celebración del contrato o en el de domicilio del demandado, mientras sea en un País Miembro (PM).

La propuesta se refiere también a la forma de ejecución de sentencias, (solicitud de reconocimiento de sentencia a través de exhorto o carta rogatoria y de la intervención de autoridades competentes de cada uno de los PM) y a que la norma procesal aplicable es la del P M donde se presente la demanda, a su elección.

Encontramos planteamientos visionarios referentes a la materia que es precisamente de nuestro interés, como la propuesta de implementación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, abordados por el autor en estudio en el Capítulo XV, art. 46, por el que se propone la intervención de la Secretaría General como institución encargada de adelantar la *conciliación* en la solución de controversias entre particulares, referidas a la aplicación de las normas de la Decisión.

Pero aún más específicamente, la propuesta de Giraldo hace relación a la posibilidad de que los particulares puedan acordar someter a *arbitraje institucionalizado del Tribunal Andino de Justicia o la Secretaría General*, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos privados regidos por la Decisión propuesta

¹³³ Además de la mesa para la Defensa de los Derechos del Consumidor, se crearon los Consejos Consultivos Empresarial y Laboral Andinos.

¹³⁴ Alejandro Giraldo, *El Estado de situación de la protección al consumidor en el ámbito nacional y comunitario: propuesta de Decisión, 1989-200*, www.comunidadandina.org, pp. 81-83.

en el marco de las regulaciones andinas sobre la intervención del Tribunal.¹³⁵ Apreciamos con claridad, que para el autor la intervención directa y como partes del proceso arbitral de los Estados Miembros está vedada, sin embargo y con una visión más amplia, conocemos que la doctrina no suprime ciegamente la posibilidad de intervención del Estado como parte en un proceso arbitral, previo el cumplimiento de claros procedimientos. En Ecuador el art. 4 de la *Ley de Arbitraje y Mediación* establece la posibilidad de que el Estado Ecuatoriano se someta al arbitraje. Solo en caso de que se quiera firmar un convenio arbitral una vez surgida la controversia, la Procuraduría General del Estado deberá emitir un informe favorable.¹³⁶

Adicionalmente, resaltamos la importancia de crear el Sistema de Alerta Andino para el intercambio, centralización y difusión de la información referente a la producción, importación o comercialización de productos nocivos o defectuosos entre los países de la Comunidad y la importancia de constituir una Asociación Andina de Consumidores. Con esta breve referencia, es importante insistir también en la necesidad de expedir una Decisión andina en materia de protección al consumidor que además incorpore las salidas procesales para la consecución de este fin y el impulso en la integración a uno de sus aspectos centrales como es el económico y de circulación de bienes y servicios.

Finalmente, resulta importante proyectar la influencia positiva que esta Decisión generaría respecto a la armonización de normas internas de los Países Miembros, considerando como analizaremos las grandes diferencias relativas a la eficiencia en los mecanismos de protección, instituciones encargadas, atribuciones, sujetos de protección, sanciones, etc.

¹³⁵ Existen varios trabajos referidos a la implementación del sistema de arbitraje en la Comunidad Andina, que proponen que sea la Secretaría General de la Comunidad la encargada de ofrecerlo, propuestas que englobarían y apoyarían a la realizada por Giraldo en relación a la implementación del Arbitraje para la solución de conflictos entre particulares y países miembros de la Comunidad. Ver Sección Quinta del Capítulo III “De las Competencias del Tribunal” que establece la competencia del Tribunal para implementar el arbitraje.

¹³⁶ LAM, art. 4 “Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;

La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;

En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,

El convenio arbitral, por medio del cual la Institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.”.

Como adelantos en el tema, resaltamos la importancia de la implementación del Sistema Andino de Normalización, Acreditación, Certificación, Ensayos y Metrología (SAN),¹³⁷ que integra y reconoce el trabajo de los sistemas nacionales de normalización y elimina una carga burocrática de este procedimiento, sin omitir la garantía de la protección respecto a la inocuidad de los productos.

En la Unión Europea el problema tampoco ha sido resuelto. Para solucionar los conflictos internacionales en relación al consumo en la Unión Europea, según varios tratadistas, es aplicable el Convenio de Roma (1980) sobre la ley aplicable a los contratos, normativa general de Derecho Internacional Privado, aunque deberemos considerar que el derecho de defensa del consumidor no es solo un derecho individual reconocido sino un derecho colectivo, difuso y tiene, como estudiamos, características diferentes al derecho civil o mercantil. A criterio de Bonfanti¹³⁸ la “subsistencia de barreras procesales al ejercicio de reclamaciones transfronterizas fragmenta el espacio judicial europeo, creando un problema de acceso a la justicia por los consumidores”.

Bonfanti parafraseando a Méndez Pinedo incluye dos aspectos fundamentales para el desarrollo del derecho comunitario de consumo: la llamada “mínima armonización”, la creación de mecanismos extrajudiciales a nivel comunitario como un *ombudsman* europeo de consumidores, la cooperación transfronteriza entre autoridades nacionales y otras organizaciones de consumidores. Para concretar sus ideas textualmente manifiesta que, “... el reto al que se enfrenta el Derecho comunitario de consumo no consiste en crear nuevos derechos sino en dotar de una eficacia comunitaria a los derechos ya existentes. La importancia del acceso a la justicia es tal que puede calificarse como la piedra angular del sistema jurídico comunitario”.¹³⁹

La realidad de la Unión Europea puede iluminar el camino a recorrer por la Comunidad Andina, así el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en el Título XIV, Protección de los Consumidores establece con claridad que la Comunidad deberá promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección. No encontramos disposición semejante en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Andina.

¹³⁷Ver Decisión 376, R.O. 716, 14-VI-95, sobre Sistema Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos Y Metrología, Decisión 419, R.O. 176, 20-X-97; y Decisión 506, R.O. 385, 7, VIII,2001, relativa al Reconocimiento y Aceptación de Certificados de Productos que se Comercialicen en la Comunidad Andina.

¹³⁸Mario A. Bonfanti, *Derecho del Consumidor y Usuario*, pp. 349-352.

¹³⁹Ibíd., p. 351.

Adicionalmente, en el ámbito internacional merece la pena destacar lo establecido por la *Ley Modelo de Protección del Consumidor elaborada por la Oficina regional para Defensa de los Consumidores de América Latina y el Caribe* elaborada por Consumers International, que recogiendo las *Directrices de las Naciones Unidas* incorpora el tema de el acceso a justicia,¹⁴⁰ y el reconocimiento y posibilidad de defensa considerando individual y colectivamente al consumidor, a través, de la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y otros organismos del Estado, el reconocimiento de los efectos *erga omnes* de la sentencia y la inversión de la carga de la prueba a favor del consumidor o quien litigue en su nombre.

Sin embargo, como establece Antonino Serra Cambaceres,¹⁴¹ para asegurar el real acceso del consumidor a la justicia se debe establecer procesos abreviados y expeditivos sea con tribunales ordinarios o especiales (justicia de menor cuantía), la gratuidad para el consumidor o su representante, el desarrollo de métodos alternativos de resolución de conflictos como la mediación y el arbitraje.

2.3 Un nuevo derecho procesal como garantía de protección jurídica

Es clara y justificada la necesidad de la actuación del Estado regulando los desequilibrios de poder entre consumidor y proveedor,¹⁴² sin embargo, sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que en la práctica estas regulaciones han sido muy poco eficientes.

Por lo expuesto, era necesaria una ley, un procedimiento y organismos especializados en defensa del consumidor que logren al menos acercarse al fin propuesto, la protección jurídica de los consumidores individual y colectivamente considerados. Con esta misión-visión se expide la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*.

El objetivo de este acápite es, en primer lugar, establecer las orientaciones, contenido y falencias de la estructura procesal de defensa del consumidor establecida en *la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor* ecuatoriana, particularmente la relacionada con los organismos a los que se les atribuye competencia para conocer y resolver sobre esta materia y el proceso para

¹⁴⁰ Ver arts. 51 a 56 de la Ley Modelo para la Protección del Consumidor elaborada por Consumers International.

¹⁴¹ Antonino Serra Cambaceres, Coordinador Programa Legal, Consumers International, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Acceso a Justicia: La realidad latinoamericana a través de sus leyes de protección del consumidor, 8th. International Consumer Law Conference, New Zealand, 9-11, April, 2001, p. 6.

¹⁴² La amplia gama de ramas del Derecho que protegen al consumidor fue desarrollada en el punto.... del Primer Capítulo.

lograrlo, finalmente se establecerán críticas, necesidades de reformas y nuevas puertas más ágiles para acceder a la justicia en materia de consumo: el arbitraje.

La insatisfacción procesal es recurrente, las causas, por todos conocidas son determinadas claramente por Gelsi Bidart respecto a la administración de justicia argentina, causas que creemos son aplicables también a nuestra realidad, entre ellas: duración excesiva del proceso, alejamiento del proceso frente a la realidad, separación entre sujetos del proceso, excesivo número de funcionarios frente a un reducido número de jueces, eficacia relativa de sus resoluciones, trámite preferentemente escrito, etc.¹⁴³

Estos obstáculos obviamente empañan los fines del proceso, eficiencia, fácil acceso, humanización, universalización en su aplicación a todas las necesidades.

Luego de esta breve introducción profundizamos en los mecanismos procesales establecidos en la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, tratando de encontrar sus fortalezas o falencias y la posibilidad de que en este marco jurídico, se pueda incluir otro medio para alcanzar una eficiente protección jurídica.

2.4 Medios procesales de protección jurídica al consumidor señalados en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor ecuatoriana

El Derecho de defensa del consumidor ecuatoriano contiene normas de carácter procesal, penales o contravencionales, y de Derecho administrativo, que encierra como veremos enseguida logros pero también obstáculos al ejercicio de este derecho.

2.5 Evaluación del procedimiento de protección del consumidor en el Ecuador

Frente al incremento de derechos humanos protegidos jurídicamente, es indispensable establecer los medios de aplicación procesal práctica de los mismos, puesto que, pese a la existencia de una ley muy de avanzada en la protección del consumidor, en el caso ecuatoriano, la eficacia de la misma no se traduce en la sociedad, debido entre otras razones a los medios procesales que instituye.

La ley ecuatoriana reconoce las siguientes opciones de garantía de derechos para el consumidor:

¹⁴³ Adolfo Gelsi Bidart en Derecho Procesal Moderno, Edit. Dike, primera edición 1988.

1. La reparación e indemnización por daños y perjuicios (art. 4.8 LODC), la reducción del precio, reposición del bien, reparación (art. 20, 22, 24, 26 LODC), restitución del valor del bien, sustitución del bien (art. 23, 24 LODC), repetición (art.28, 29 LODC), la resolución (art. 30 LODC), reintegrar valores cobrados, art. 38, terminación anticipada, derecho de devolución.

Al analizar integralmente la Ley Orgánica caemos en la cuenta de existe indefinición en la naturaleza de las infracciones en ella contenidas y la naturaleza de estas opciones de garantía de derechos, esto es, si estamos frente a casos de responsabilidad civil o penal- contravencional o incluso de derecho penal administrativo. La determinación de esta naturaleza jurídica nos aproximará a concluir si es posible incluir al arbitraje de consumo como una opción jurídicamente viable.

Como habíamos señalado, la Ley está dividida en quince capítulos, de los cuales, para nuestro estudio interesa el capítulo XIV, que trata sobre la competencia y el procedimiento.

“Art. 81 inc. 2.-En el procedimiento señalado en el inciso anterior (conocer y pronunciarse motivadamente sobre los reclamos y las quejas) la Defensoría del Pueblo podrá promover la utilización de medios alternativos para la solución de conflictos, como la mediación, siempre que dicho conflicto no se refiera a una infracción penal. (el paréntesis es nuestro).¹⁴⁴

Al establecer la facultad para *conocer quejas del consumidor*, refiere o utiliza dicho término como sinónimo de competencia en razón de la materia e instaura *un procedimiento especial ante la Defensoría del Pueblo*, que como claramente establece el art. 81, no excluye la posibilidad de acudir en cualquier tiempo a *otra instancia judicial o administrativa*.

¹⁴⁴ Artículo relacionado directamente con el art. 25 de la *Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo*, según el cual: “La intervención del Defensor del Pueblo, de sus adjuntos y comisionados se dará sin perjuicio de que los propios ofendidos o perjudicados puedan, por sí mismos, proponer las acciones o interponer los recursos contemplados en la Constitución Política de la República y las leyes”. Esta disposición se complementa con el art. 18 que establece que en caso de que un asunto está sometido a resolución judicial o administrativa, la defensoría se limitará a vigilar el respeto al debido proceso, pudiendo para ello interponer recursos o acciones contemplados constitucionalmente, precautelando claramente el principio de *Non bis in idem.*, (*no dos veces sobre lo mismo*), art. 24. 16 de la Constitución ecuatoriana.

Al finalizar el primer inciso del art. 81 percibimos una falla de redacción al establecer que “los tratados o convenios internacionales *de los cuales forme parte* nuestro país” se refiere a los tratado o convenios internacionales ratificados por el país, por lo dicho no es que el Estado Ecuatoriano *pase a formar parte del Tratado o Convenio internacional*, como sugiere el texto analizado, sino que esa normativa, contenida en un tratado o convenio internacional, pasa a formar parte de nuestra legislación, luego del trámite previsto para ello.

Sin embargo, la consagración más importante de este artículo es la competencia-facultad dada a la Defensoría del Pueblo a nivel nacional, más concretamente a su Dirección Nacional de Defensa del Consumidor, para conocer y pronunciarse motivadamente sobre reclamos y quejas,¹⁴⁵ dejando a criterio de la misma la utilización y promoción de mecanismos alternativos para la solución de conflictos, dando especial importancia a la mediación, como un ejemplo, más que como un dato rígido. Procedimiento asequible siempre y cuando estemos ante asuntos que no escapen de la competencia de estos procedimientos, delimitados en la Ley de Arbitraje y Mediación.¹⁴⁶

Advertimos que la parte final del inciso 2 del art. 81 excluye la posibilidad de mediación en las “infracciones penales”, e interpretamos que se refiere a las infracciones penales de instancia oficial o de acción penal pública, ya que el ejercicio de una *acción particular* frente a una infracción penal puede ser materia de transacción en cualquiera de las formas previstas en la ley.

Recordemos que también bajo la LAM se podría acceder a los mecanismos alternativos de solución de conflictos el arbitraje y la mediación en asuntos del consumidor, por la libre disposición de sus materias y además, respecto de las indemnizaciones sobre los mismos, el art. 5 de la LAM inciso segundo establece en su parte final que “...en los convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasi delitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje” .

Al no existir prohibición legal para la aplicación de los MASC, y al contrario más bien impulso, en el ámbito del Derecho del consumidor en nuestro país, nos permitimos aventuramos en afirmar que la naturaleza de las sanciones establecidas en la Ley Orgánica, no llegan a constituirse en delitos, sino infracciones de naturaleza transable o cuasidelitos.

En conclusión están llamados por ley a la implementación de la mediación, específicamente la Defensoría del Pueblo y además, a través de la derivación procesal, los Centros de Mediación de la Función Judicial que puede ser realizada por los jueces de contravenciones o quienes por el momento tienen competencia para juzgar ordinariamente los casos de conculcación del derecho

¹⁴⁵ En forma resumida, los mecanismos legales con que cuenta la Defensoría del Pueblo para que se cumplan los derechos de los consumidores y usuarios, son los siguientes: actuar como mediador en la búsqueda de soluciones, excitar a las autoridades para que observen los derechos de los consumidores, pronunciarse públicamente en caso de comprobar violación de derechos (censurar públicamente), solicitar se inicie juicio ante los jueces de consumidores, intendentes y comisarios, pedir la iniciación de acciones penales y civiles por delitos o contravenciones que afecten estos derechos. Debiendo además cumplir ciertas funciones como: receptor quejas, promover la formación de asociaciones de consumidores, capacitar y difundir los derechos, brindar asesoramiento jurídico a los afectados, etc.

¹⁴⁶ Ver art. 1 de la LAME

del consumidor: intendentes y subintendentes de policía y los comisarios nacionales¹⁴⁷ y adicionalmente a los Centros de Arbitraje y Mediación constituidos conforme a ley, bajo la normativa de la LAM, todos ellos, a nuestro modesto criterio debería actuar en consonancia con las características especiales de la LODC.

El art. 82 de la Ley hace relación a las normas aplicables para el procedimiento alternativo, remitiéndonos al *Título III de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo* y demás disposiciones reglamentarias que dicte el Defensor del Pueblo. Sobre este artículo debemos advertir que puede constituir un atentado al principio de legalidad y a la garantía del debido proceso contenido en el art. 24 de la Constitución debido a que si no hay reglas claras, no hay metodología de reclamo, adicionalmente el Defensor del Pueblo no tiene capacidad jurídica para dictar reglamentos, sus facultades se restringen a dictar instructivos.

El Título III de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo señala en los arts.: 12 y 13, los principios generales de su procedimiento: gratuidad, informalidad e inmediatez; y la competencia del Defensor del Pueblo de iniciar y proseguir de oficio, o a petición de parte investigaciones para el esclarecimiento de hechos con el fin de promover o patrocinar los recursos de habeas data, hábeas corpus y amparo de las personas que lo requieran. El capítulo II de éste título, desde el art. 14 al 20, establece el trámite de quejas y actuación de la Defensoría del Pueblo.

Así, con este fundamento legal, cualquier persona individual o colectivamente considerada que invoque un interés legítimo puede presentar una queja que contendrá la identificación del peticionario y la relación circunstanciada de los hechos.

Recibida la queja se la califica, aceptándola o rechazándola. Se señalan como motivos para rechazarla cuando la misma, a más de ser anónima, revela mala fe, carencia de pretensión o fundamentos, y aquellas cuyo trámite irroque perjuicio a derechos de terceros, este rechazo no implica que no continúe la investigación sobre los temas que plantea. Como complemento de esta disposición se dispone una lógica limitación de la actividad del Defensor del Pueblo cuando se dispone en el art. 18, que tampoco podrá aceptarse una queja que esté siendo conocida o sometida a resolución judicial o administrativa.

Forma parte de este procedimiento especial, luego de la admisión de la queja, la inmediata investigación sumaria e informal, luego de lo cual se notifica a presuntos responsables para que

¹⁴⁷ Ver Disposición Transitoria Primera de la LODCE.

contesten en un plazo de ocho días, prorrogable por ocho días más, a petición fundamentada de parte, la falta de contestación se toma como aceptación de la queja.

Comprobados los fundamentos, se procede a promover sin demora alguna, los recursos y acciones que impidan las situaciones de daños y peligros graves, sin que las autoridades competentes requeridas puedan negarse a su conocimiento y resolución.

Es de anotar la falta de coherencia entre las disposiciones procesales de la LODC y de la LODP que crean a pesar de su simpleza, un vacío inicial. La LODC nos remite a la LODP para desarrollar la facultad de la Defensoría del Pueblo señalada en la Ley, art. 81 (pronunciarse motivadamente sobre los reclamos y quejas, y la utilización y promoción de los MASC), pero a su vez la LODP, no faculta ni regula la utilización de los MASC en el Título III referido, ni qué sucede en los casos en los que existe acuerdo de las partes, lo único claro es que si no existe acuerdo la Defensoría emite un informe sin valor jurídico efectivo.¹⁴⁸ Consideramos que la LODC debió establecer con claridad que los efectos del acuerdo serán los mismos que los establecidos en la LAM vigente, esto es que el acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada por lo que se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia.

El único valor que podemos apreciar del procedimiento ante la Defensoría del Pueblo es la utilización de los Mecanismos Alternativos para la Solución de Conflictos, por ello la necesidad de establecer con claridad que su empleo se realizará conforme la LAM.

En la actualidad el Centro de Mediación de la Defensoría del Pueblo funciona a través de un mediador independiente autorizado, que es a la vez el Director. Este Centro de Mediación coordina sus acciones a través de un convenio con el Centro de Mediación de la Superintendencia de Compañías, en cuanto a la autorización y selección de mediadores. Opinamos que el Centro de Mediación de la Defensoría del Pueblo debería estar registrado en el Consejo Nacional de la Judicatura para su funcionamiento en cumplimiento a lo que dispone el art. 52 de la LAM, y conforme funcionan los Centros de Mediación de las Cortes Superiores de Quito, Guayaquil y Cuenca. ver anexo III.

¹⁴⁸ Conforme la nueva visión del Sistema acusatorio, la prueba tasada está proscrita, por lo que las pruebas se valoran por libre convicción del juzgador, por ello no cabe dar un valor probatorio al informe emitido por la Defensoría del Pueblo, esto en armonía también con el principio de contradicción.

El informe emitido por la Defensoría del Pueblo será apreciado por el juez de acuerdo a su sana crítica. La Ley establece que hasta que los juzgados de contravenciones sean creados, el juez de contravenciones será remplazado por los intendentes y comisarios nacionales.¹⁴⁹

Como vemos del breve resumen de este procedimiento, el consumidor tiene una vía no adversarial para resolver estos conflictos sin que la puerta ordinaria se cierre, sino al contrario con la intervención de la misma Defensoría, el caso puede trasladarse, en caso de falta de acuerdo, a través de un informe, hacia el juez de contravenciones.

Cuando no hay acuerdo la Defensoría realiza un informe en base del cual se solicita a las autoridades la iniciación del proceso investigativo.

Este procedimiento previo a la denuncia en vía ordinaria puede ser considerado desde dos visiones: a) como un mecanismo de difundir la resolución pacífica de los conflictos o, b) un procedimiento para alargar aún más la solución de los conflictos entre las partes.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Según un estudio de Alejandro M. Garro, “El acceso a la Justicia y el Derecho de Interés Público, en Justicia y Sociedad. Hacia un mejor servicio público de justicia, PNUD, p.46, Para la correcta representación de los intereses difusos o colectivos es necesario legitimar al Defensor del Pueblo u Ombudsman, al Ministerio Público, para llevar estas causas ante los jueces y adicionalmente dotar a estos últimos de infraestructura económica e institucional-administrativa, así como de capacitación. Este estudio propone que las ONG apoyen al aparato burocrático que por ser vulnerable a las presiones o cambios políticos no siempre están capacitados para cubrir estos complejos casos. En nuestro país el Defensor del Pueblo realiza esta representación, y hace las veces de mediador, pero muy poco se ha hecho en cuanto la capacitación y apoyo en los ámbitos de infraestructura económica- institucional de los intendentes o comisarios de policía, *transitoriamente*, jueces competentes.

¹⁵⁰ Esta interpretación la podemos fundamentar en varias razones, entre ellas, el *informe* del Defensor del Pueblo, no tiene ninguna trascendencia, pues la información que emita dicho funcionario solo es una forma de noticiar al juez competente de contravenciones, sobre la existencia de un ofendido, perjudicado o denunciante y de una infracción (“elaborará un informe en base del cual solicitará a las autoridades competentes la iniciación del respectivo proceso investigativo...”). Consecuentemente este informe no tiene categoría de probanza, ni significa un antejuicio de valor, no mucho menos un requisito de procedibilidad. Todo un procesamiento de información, que no tiene ninguna trascendencia; pues según el art. 84 de la LODC, para el juzgamiento de las infracciones previstas en la Ley se debe contar con antecedentes tales como “denuncia...”, para entonces *martirizar* al ofendido, recurriendo a la Defensoría del Pueblo solo para promover una denuncia del titular de dicho organismo, cuando el mismo perjudicado puede hacerlo directamente ante el juez que va a resolver el caso. El trámite resultaría absurdo frente a la normativa constitucional (recordar que el Art. 193 prevé simplificación, eficacia y agilidad de los trámites) porque implica dispendio de recursos del Estado, de la víctima, así como una pérdida de tiempo infructuosa para el usuario del sistema. Por este tipo de trámites, máximas de derecho procesal señalan. “tiempo que pasa verdad que huye”, el paso del tiempo es el mejor aliado de la impunidad. El numeral 15 de los Derechos Fundamentales de una persona prevé como garantía fundamental el derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades y a recibir de ellas las respuestas correspondientes en un plazo adecuado. Por este derecho la víctima de una infracción debe acudir directamente ante el juez de contravenciones y dirigir verbalmente su denuncia la que será transcrita o documentada y de inmediato conocerá el trámite de la misma.

Ver adicionalmente el diario El Comercio, Quito, 11 de noviembre de 2004. “La función medular de la Defensoría del Pueblo es defender y excitar la observancia de los derechos humanos en el país. Pero este trabajo es criticado por varios grupos y especialistas que sostienen que esa entidad tiene poco alcance con

Por otro lado, la ley señala el procedimiento que se seguirá en la vía penal ordinaria cuyos pasos fundamentales enunciados brevemente son: propuesta la denuncia y citado el acusado, el juez señala día y hora para la audiencia oral de juzgamiento la misma que debe darse en 10 días contados a partir de la fecha de notificación, esta audiencia inicia con la contestación del acusado, las partes concurren con las pruebas que se crean asistidas, previniéndoles que se procederá en rebeldía.

La Ley y su art. 84 más concretamente establece que se dictará sentencia en la misma audiencia, luego de que las partes presenten las pruebas, caso contrario se lo hará en el plazo de tres días.

Este procedimiento puede ser alargado por 15 días más (30 días en caso que tuviera que practicarse en el exterior) si a criterio del juez se necesita intervención de peritos o informes técnicos para el establecimiento de los hechos.

La actuación de tres instituciones: la Defensoría del Pueblo, las intendencias y comisarías y los juzgados penales, y los jueces civiles, hace complejo establecer si la competencia para resolver estos conflictos es penal o administrativa, al igual que ocurre al tratar de delimitar el área en la que doctrinariamente debemos ubicar la ley, al tipo de infracciones y su naturaleza jurídica.¹⁵¹

El art. 84 de la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor* establece el juzgamiento de infracciones y señala que son competentes para conocer y resolver sobre las infracciones a las normas contenidas en la ley, en primera instancia, *el juez de contravenciones*; y, en caso de *apelación, el juez de lo penal* de la respectiva jurisdicción, como última instancia¹⁵².

sus resoluciones y programas a escala nacional.” “... otro problema que señalan organizaciones defensoras de derechos humanos es que de parte de la Defensoría hace falta coordinación para acceder a ayudar a su labor...”, adicionalmente se critica la politización de la institución que inicia en el proceso de elección del Defensor.

Toda esta argumentación es absolutamente lógica si no creemos en la efectividad de los medios alternativos de solución de conflictos como la mediación, sus ventajas y más aún si tampoco nos inspira – por la experiencia- suficiente confianza la actuación de la Defensoría del Pueblo para llevar a cabo este mecanismo. Más si el caso fuera el contrario, si apostáramos y conociéramos mejor el funcionamiento y ventajas de los MASC y capacitaríamos mejor y con carácter de continuidad a los funcionarios de la Defensoría encargados de realizar la mediación, estas argumentaciones se esfumarían por el peso de la efectividad de los mismos y su acogida y demanda social. Lo que es innegable es el papel de la Defensoría del Pueblo en los casos en los que las víctimas u ofendidos estén constituidos por colectivos de agraviados, para patrocinar las defensas a través del amparo.

¹⁵¹ Véase el Capítulo I, punto 1.3. Ubicación y naturaleza jurídica del Derecho de Defensa del Consumidor.

¹⁵² El inciso tercero del art. 84 prevé que si no comparecen “las partes” se procederá en “rebeldía”. Si bien resulta procedente el juzgamiento en rebeldía (pues delitos graves como peculado concusión, cohecho, enriquecimiento ilícito, son sustanciados en rebeldía del reo), no es procedente que el acusado o denunciado, no cuente con un defensor de oficio, o con un abogado de la defensoría pública para la

El juzgamiento de las infracciones previstas en la LODC inicia mediante denuncia, acusación particular o excitativa fiscal, último término mal empleado, es preferible la palabra “disposición” fiscal, las competencias del Ministerio Público están establecidas constitucionalmente por el art. 219, su función es la tuición de la sociedad y esta materia motivaría precisamente el ejercicio de su rol.

En el art. 87 del mismo cuerpo legal se señala que para el cobro de daños y perjuicios, se estará a lo establecido en el art. 391 del Código de Procedimiento Penal. Libro Quinto relativo al juzgamiento de las contravenciones.¹⁵³

Se infiere de los textos señalados, que la voluntad del legislador fue establecer una competencia penal en la materia del consumidor, estamos entonces ante normas de Derecho penal económico. Sin embargo, continuando con una detenida lectura del texto legal encontramos que el art. 95 señala la supletoriedad de las normas, textualmente establece:

“Art. 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*”.¹⁵⁴

Asunto correcto si entendemos que el Código de Procedimiento Civil sirve como norma adjetiva supletoria de manera general, pero si lo enfocamos desde otro orden, sería el Código de

defensa de sus intereses y defensa de su estado de inocencia el día de la audiencia. Conviene recordar sobre este punto, que la Constitución prevé como otro derecho fundamental de los ecuatorianos, el gozar de seguridad jurídica, derecho a la honra, a que se presuma su inocencia. Por lo dicho, si no hay esta cobertura de la defensa de oficio -ante la incomparecencia del denunciado o acusado por cualesquier motivo- la resolución del poder público carece de legalidad por inobservancia del debido proceso. Por ello es menester que se introduzca reforma a la ley en este sentido, y que hasta tanto, los jueces actuando conforme la Ley Fundamental del Estado, provea a los denunciados y acusados, de un Defensor de Oficio. Con este propósito se debe disponer de oficio, la notificación al señor Defensor Público de cada Distrito a fin de que dicho funcionario proceda a la tutela efectiva de los derechos fundamentales del reo; máxime si el art. 1 de la Carta Magna obliga a toda autoridad a recordar que: el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza la Constitución y los Convenios Internacionales vigentes.

¹⁵³ “Art. 390.- Competencia.- Para conocer y juzgar las contravenciones son competentes los jueces de contravenciones que establezca la Ley Orgánica de la Función Judicial, dentro de la respectiva jurisdicción territorial.

Art. 391.- Daños y perjuicios.- El juez que sentencie una contravención es también competente para conocer de la acción correlativa de daños y perjuicios (siempre que haya acusación particular), la que se sustanciará en juicio verbal sumario y en cuaderno separado. De la sentencia que dicte en este juicio no habrá recurso alguno.” (El paréntesis es nuestro)

¹⁵⁴ Las cursivas son nuestras.

Procedimiento Penal la norma supletoria por excelencia en estos procedimientos, por lo que debería incluirla como norma supletoria junto con el referido Código de Procedimiento Civil.

También resulta curioso analizar en este contexto, otras normas que hacen relación a la determinación de la naturaleza del procedimiento, por ejemplo, la LODC al referirse a la especulación establece:

“CONTROL DE LA ESPECULACIÓN. Art. 51.- *Sin perjuicio de lo que al respecto establecen las normas penales, queda absolutamente prohibida la especulación*”.¹⁵⁵

De los artículos transcritos podemos realizar dos conclusiones, por un lado, las normas procesales civiles son supletorias del *procedimiento penal señalado en la LODC*, lo que a primera vista puede parecer contradictorio, pero entendemos se refiere al procedimiento civil referente a indemnizaciones por daños y perjuicios, que se realizarán ante jueces civiles, (ver disposición transitoria primera LODC) mientras empiecen a funcionar los juzgados de contravenciones (ver disposición transitoria primera LODC) de las indemnizaciones civiles, por otro lado, interpretamos que la enunciación del art. 51 de que “sin perjuicio de lo que las normas penales establezcan, se prohíbe la especulación”, implica que las normas de la LODC, no son normas penales propiamente, sino que son normas administrativas o de una especie particular.

La potestad transitoria otorgada a los comisarios nacionales, intendentes y subintendentes para actuar como jueces debe ser sustituida conforme manda la Ley de forma urgente, el Consejo Nacional de la Judicatura debe instaurar los juzgados de contravenciones, establecimiento que debería ir unido a la reforma del Código Penal referida a los montos para determinar qué es una contravención y qué un delito,¹⁵⁶ en el caso de las infracciones a la Ley Orgánica de Defensa del

¹⁵⁵ Las cursivas son nuestras.

¹⁵⁶ Como reza el Código Penal la división-clasificación de la naturaleza de la infracción en delito o en contravención se relaciona con la naturaleza de la pena, el art. 10 señala “Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar.” A su vez las clases de contravenciones están determinadas en la ley y son de primera, segunda, tercera y cuarta clase en virtud de la gravedad de las mismas y la cuantía, la cuantía establecida en la contravenciones de cuarta clase que son las que por la enumeración legal las que más se acoplan a asuntos del consumidor alcanzan a 4 dólares que es un Salario Mínimo Vital, dato proporcionado por la Comisión de Salarios del país.

El Código penal en su art. 51 establece que las penas aplicables son las peculiares del delito y las referidas a las contravenciones, últimas en las que solo la prisión de uno a 7 días, el comiso y la multa caben.

“DE LAS PENAS EN GENERAL

Art. 51.- ...*Penas peculiares de la contravención:*

1.- Prisión de uno a siete días.
2.- Multa.

Consumidor esta cuantía no es aplicable para determinar el tipo de infracción, ya que siempre serán contravenciones, si acudo al juez de contravenciones para que resuelva. Como sabemos, son muy claras las debilidades de estos funcionarios: *movilidad política* de sus cargos, poca o nula preparación en la materia jurídica constitucional y especialmente de los principios de defensa del consumidor, falta de recursos administrativos, etc.

Creemos que el legislador o el grupo redactor de esta ley, al encontrarse con la complejidad de la materia y de sus interrelaciones con otras normas, su naturaleza especial, y las específicas características históricas del protección al consumidor, no visualizó que tanto las disposiciones y consagraciones de derechos y obligaciones, así como las normas legales procesales ligaban en la práctica las materias civil, penal, administrativa, etc. Esta falta de visualización, hace que los mecanismos para hacerla efectiva sean extensos y no muy claros.¹⁵⁷ Ejemplo de esta afirmación son los plazos que prevé la norma procedimental, que estimamos son demasiado largos, porque los 10 días, para la convocatoria a audiencia no se justifican, si esta se puede evacuar a los cinco días de la notificación. Lo mismo sobre la suspensión de la audiencia por peritajes. La disposición habla de quince días cuando se deban cumplir pericias en el Ecuador y 20 días

“Art. 65.- El comiso especial recae: sobre las cosas que fueron el objeto de la infracción; sobre las que han servido, o han sido destinadas para cometerla, cuando son de propiedad del autor del acto punible, o del cómplice; y sobre las que han sido producidas por la infracción misma.

El comiso especial será impuesto por delito, sin perjuicio de las demás penas establecidas por la ley; pero, *al tratarse de una contravención, no se impondrá sino en los casos expresamente determinados por la ley.*”

“DE LA CLASIFICACIÓN DE LAS CONTRAVENCIONES

Art. 603.- Para el efecto del procedimiento e imposición de penas, las contravenciones se dividen, según su mayor o menor gravedad, en contravenciones de primera, de segunda, de tercera y de cuarta clase; y las penas correspondientes a cada una de ellas están determinadas en los capítulos siguientes.

DE LAS CONTRAVENCIONES DE CUARTA CLASE

Art. 607.- (Reformado el numeral 1 por el Art. 1 de la Ley 66, R.O. 395, de 14-III-90 y por el Art. 177 de la Ley 2002-75, R.O. 635, 7-VIII-2002).- Serán reprimidos con multa de catorce a veinte y ocho dólares de los Estados Unidos de Norte América y prisión de cinco a siete días, o con una de estas penas solamente:

1o.- El hurto y el robo, siempre que el valor de las cosas sustraídas no pase de un salario mínimo vital general, y que, por las circunstancias del acto, no sean delito;

11o.- Los que *monopolizaren o pretendieren el monopolio* en las negociaciones sobre artículos de consumo diario en las carnicerías, plazas de mercado u otros lugares, *sin perjuicio del comiso* de dichos artículos y de las otras penas que impongan las ordenanzas municipales.

¹⁵⁷ Aunque es innegable el avance en la consagración de derechos realizada en nuestra ley, resulta también oportuna y clara la afirmación realizada por Portellano Diez al señalar. “Debe evitarse el efecto boomerang: pretendiendo proteger, se puede acabar perjudicando. Y, en cualquier caso, los juristas deberíamos realizar un ejercicio de modestia: al margen- e incluso a la sombra- de los instrumentos legales se despliegan mecanismos de otra naturaleza que permiten, en última instancia, la satisfacción de las expectativas de los consumidores...” así por ejemplo, toma el pensamiento de Joseph Stiglitz, quien manifiesta que el incentivo de mantener la reputación es lo que da a las empresas un aliciente para producir bienes de calidad. Nos permitimos extender estos mecanismos proponiendo otros medios a los tradicionales para solucionar los conflictos que se presentan en esta materia como es el caso del arbitraje de consumo y los medios alternativos de solución de conflictos en general, basados en iguales preocupaciones: satisfacer las expectativas de los consumidores y mantener la reputación de los proveedores, que garantiza que el valor del resultado alcanzado a través de las inversiones no desaparezca.

cuando estas deban realizarse en el extranjero. Sobre el segundo plazo parece razonable. Sin embargo la citada disposición no prevé, que una vez que se cumpla el plazo perentorio para la experticia, la audiencia tenga que continuar, en un plazo. Deja el citado artículo a iniciativa del juez, con lo cual el procedimiento cae al arbitrio del criterio del juzgador, lo que ha constituido causal de interminables abusos y rémoras en el sistema procesal inquisitivo que han degenerado los procesos transformándoles en interminable y permeables a la corruptela por “falta de tiempo para despachar, prescripción”, etc. Para impedir que se desnaturalice el trámite, se debe introducir reformas terminantes y rígidas, conforme el principio de preclusión. Para el caso concreto, prevenir al juez que si no convoca a reanudar la audiencia dentro de tres días después de fenecido el plazo para la pericia, (se cuente o no con dicha experticia) será sancionado con multa y al mismo tiempo se comunicará al Ministerio Público sobre esta rémora para que investigue (ante la posibilidad de que se cometan delitos de concusión o cohecho, prevaricato, etc.). De no ordenar la reanudación de la audiencia en el plazo previsto, el juez debería ser destituido

Al contrario de lo establecido en la Ley en análisis, en la *Ley Modelo para la Protección de los derechos del Consumidor de América Latina y el Caribe*, que según lo consultado fue la que inspiró al proyecto ecuatoriano, encontramos mejor delimitadas las acciones en los ámbitos civil, penal y administrativo.¹⁵⁸

¹⁵⁸ *La Ley Modelo de Consumers Internacional para la Protección de los Derechos del Consumidor de América Latina y el Caribe*, en el capítulo sexto, de la responsabilidad del proveedor, art. 29, señala: “Los proveedores de bienes o servicios, cualquiera sea su naturaleza jurídica, incurrirán en responsabilidad civil, y administrativa tanto por los hechos propios como por los de sus dependientes o auxiliares, permanentes o circunstanciales, aún cuando no tengan con el mismo, una relación laboral”.

“Art. 30. Responsabilidad Penal.- Incurrirán en responsabilidad penal, los proveedores sólo en aquellos casos tipificados expresamente en esta ley, sin perjuicio de las disposiciones aplicables del Código Penal o de otras leyes especiales”.

“Art. 31. Responsabilidad Civil.-Serán solidariamente responsables por las indemnizaciones civiles derivadas de los daños ocasionados por los bienes o servicios prestados, los productores, los importadores, los distribuidores, los proveedores y todos aquellos que hayan participado en la cadena de distribución”.

De la transcripción realizada se destaca la clara división entre responsabilidad penal, civil y administrativa, que puede derivar de una actuación de un proveedor o prestador de servicios, más aún, existe un capítulo completo sobre la defensa en juicio de los derechos de los consumidores, del que destacamos la clara referencia a los intereses difusos e intereses colectivos, además de la legitimidad activa que para estos efectos gozan los organismos de la administración del Estado, centralizados o descentralizados, tales como agencias de protección al consumidor, ministerio público, ombudsman u otros.

Sobre los medios legales de protección, este Modelo de ley tipo, hace simplemente una referencia general en el art. 48, que señala: “Será deber del Estado, el arbitrar los medios para el fiel cumplimiento de las disposiciones de la presente Ley, como el de velar por la protección y promoción de los derechos de los consumidores”.

Nada dice sobre los medios alternativos de solución de conflictos en general y del arbitraje en particular, tampoco señala el procedimiento para la obtención del cumplimiento fiel de las disposiciones de la Ley, suponemos debido a que cada país de acuerdo a su realidad y legislación deberá establecerlos.

Creemos que las normas de protección al consumidor comparten las tres categorías señaladas, precisamente la lección que sacamos de esta “ambigüedad” es que las disciplinas jurídicas tradicionales no abarcan, cada una individualmente, los nuevos problemas que se dan en la relación de consumo, por ejemplo, respecto de dos aspectos: en lo contractual, por la situación de debilidad de los consumidores frente a los proveedores de bienes y servicios; y, desde el bien jurídico tutelado por la aparición de la afectación de intereses colectivos y difusos que van más allá de cualquier enfoque individualista.

La *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor* ecuatoriana contiene normas de Derecho económico y sobre todo de una de sus ramas, el Derecho penal económico, en las que el juez penal tiene competencia indudable. Para esta afirmación nos valemos del estudio realizado por Romera,¹⁵⁹ quien señala que la particularidad de un régimen penal económico, más allá de una estructura económica, es el bien jurídico tutelado que en este caso es el interés social supraindividual protegido, el orden público económico, cuyos sujetos pasivos son anónimos y muchas veces de difícil concreción y determinación, al tratarse de un bien colectivo o difuso, como estudiamos.

El derecho penal económico protege a los consumidores desde sus derechos colectivos, con normas llamadas de protección directa o normas propias, dentro de las que encontramos a la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, de protección directa, cuyo amparo es buscado y cuenta además con sujetos activo y pasivo especiales.

Individualmente considerados, los consumidores están también protegidos por el Derecho penal general, cuando por ejemplo se lesiona un derecho individual subjetivo, estas normas de derecho penal son llamadas por la doctrina normas impropias o de protección indirecta, que careciendo del concepto de productor y consumidor, accidentalmente amparan una relación de consumo.¹⁶⁰

Podemos apreciar claramente la evolución del Derecho que acoplándose a nuevas necesidades establece también normas especiales. *La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor* establece *sanciones*, como son: multas, decomiso de mercaderías, clausura de establecimientos.

¹⁵⁹Oscar Eduardo Romera, *Protección Penal del Consumidor. Análisis de la ley 24.240 y su Reglamentación*, Buenos Aires, Edit. Depalma. 1999.

¹⁶⁰ Para la comprensión de esta diferenciación resulta muy claro el cuadro sinóptico elaborado por Oscar Eduardo Romera, *Ibíd.*, p. 17

El Derecho penal del consumidor es solo uno de los mecanismos para su protección, el mismo debe complementarse con otros medios alternativos de solución de conflictos quedando el acceso a la justicia penal, aplicando el *sistema multipuertas*,¹⁶¹ como última alternativa.

Debemos señalar, que si lo que buscamos es el *acceso a la justicia*, debemos ampliar los canales para conseguirlo, más aún si se trata de causas de mínima cuantía o de sectores de menores ingresos que ven negado este derecho constitucional por lo costoso y prolongado que puede resultar un juicio, de allí que haya surgido la necesidad de los juzgados de pequeñas causas, que en el caso ecuatoriano estarían representados por los jueces de contravenciones. La implementación de estos juzgados es urgente ya que si estos reclamos no son dirimidos por la justicia, la desconfianza hacia el sistema aumenta, debilita la seguridad jurídica buscada por los más débiles e incluso la misma legitimidad del Estado. Adicionalmente, el diseño del arbitraje de consumo –implementado desde el Estado- podría cubrir estas necesidades, previo un proyecto piloto que verifique sus ventajas y aceptación.

Como señalamos al analizar la Ley, las normas y sanciones de protección del consumidor son híbridas y con características penales, administrativas y civiles. Pero, respecto del procedimiento estas normas se ven atravesadas por disposiciones que mandan seguir un procedimiento penal que incluso inicia con una denuncia, acusación particular o *pronunciamiento* fiscal.

Si el juez que juzga es el de contravenciones nos encontramos ante delitos contravencionales, sin embargo debemos destacar que estas infracciones de conformidad con la naturaleza y a la característica fundamental que enuncia, deben ser típicas, culpables, imputables al igual que el delito pero no lo son sino que más bien nos encontramos ante descripciones de conductas prohibidas, como sucede por ejemplo en las ordenanzas municipales, que no describen propiamente delitos sino prohibiciones.

Respecto de la apelación consideramos que el juez penal cuenta con mejor formación en el manejo de la teoría general del delito y de toda la dogmática de la parte general del Código que orienta al sistema punitivo y debido a su estabilidad y conocimiento jurídico puede incorporar

¹⁶¹El sistema multipuertas consiste en buscar y ofrecer más de un camino, procedimiento o “puerta” (arbitraje, conciliación, mediación, juicio, etc.) para acceder a la justicia, la puerta será elegida conforme la naturaleza del caso, la materia o las partes. En Argentina el funcionamiento de este sistema (Centro Multipuertas de Orientación) se vale de una mesa de entradas centralizada y un centro de diagnóstico que analiza los casos para posteriormente asignarlos al sistema de solución más adecuado. Ver www.justiciaargentina.gov.ar

adecuadamente en sus interpretaciones las especiales características del Derecho del consumidor.

Adicionalmente a los medios enunciados brevemente, el consumidor podrá pedir la protección jurídica mediante el amparo que ya fue estudiado, y adicionalmente, a través de la acción popular regulada en el art. 88 de la LODC, que tiene diferencias con el amparo en cuanto al accionante. A través de la acción popular tienen capacidad de presentar la queja (ámbito administrativo) o la denuncia (ámbito judicial) *cualquier persona* sin que deba ser el titular del Derecho, mientras que en amparo solo la podrán presentar la misma solo los perjudicados. La acción popular es una verdadera demanda y el juez o la autoridad que conoce el caso debe tramitar y resolver el mismo¹⁶².

Debido a la influencia en la legislación chilena en la protección del consumidor en Ecuador, a continuación realizamos una breve referencia al procedimiento de protección al consumidor de Chile.

Actualmente en Chile se expidió una nueva normativa en defensa del consumidor que reformó la Ley No. 19.496 de 7 de junio de 1997, denominada Ley de Protección al Consumidor (LPC) en la que, el acceso del consumidor a la justicia es simplificado y se faculta a la mediación administrativa, por actuación del SERNAC (Servicio Nacional del Consumidor), sus fallas: no se aplica a la universalidad de las relaciones de consumo (servicios de salud, financieros, de seguros, telecomunicaciones, etc., en los que intervienen organismos especializados como la Superintendencia de Bancos, Superintendencia de Valores y Seguros, Superintendencia de Electricidad y Combustibles, de Telecomunicaciones, de Servicios Sanitarios, de Transporte aéreo, etc.) como las regidas por leyes especiales, en este caso la LPC se aplica subsidiariamente. etc.

Según la legislación chilena el consumidor tiene derecho a la reposición del producto o en su defecto a optar por la bonificación de su valor en la compra de otro, o por la devolución del precio que haya pagado en exceso, en ausencia del vendedor, el consumidor puede hacer valer su derecho indistintamente contra el fabricante o el importador.

La composición de los conflictos en esta materia también está prevista en esta legislación a través de un órgano administrativo, de una Asociación de Consumidores o por medio del

¹⁶² Corroborando lo anotado y con una regulación absolutamente clara el art. 91 de la Constitución, inciso tercero establece: “Sin perjuicio de los derechos de los directamente afectados, cualquier persona natural o jurídica, o grupo humano, podrán ejercer las acciones previstas en la ley para la protección del medio ambiente.” Regulación que aplicable a otro derecho colectivo como es el caso de los consumidores.

SERNAC y su objetivo es una transacción extrajudicial y cuenta con los mismos efectos de una sentencia; o, por la vía judicial. El SERNAC chileno no tiene poderes de asignar sanciones administrativas y pecuniarias a diferencia de la Autoridad Nacional de Aplicación argentina y el INDECOPI peruano.

El consumidor chileno puede actuar individual y personalmente, con el auspicio de una asociación de consumidores o a través del apoyo del SERNAC y ejercer las acciones ante el *juez de policía local*, en un procedimiento básicamente oral, semejante al juicio de menor cuantía establecido en ese país y en el nuestro. Según indican los análisis del proceso chileno en la materia, en estos juicios de menor cuantía las partes no tienen que hacerse representar por abogado y el trámite es simplificado, así recibida la demanda el juez convocará la audiencia donde se intentará un avenimiento, contestación y prueba a *los cinco días siguientes* de la notificación. El juez puede tomar en su decisión múltiples elecciones, desde aplicar *multas* hasta *sanciones de orden civil* como declarar la nulidad de una cláusula contractual, retirar del mercado un producto peligroso, etc., además, puede gradar las multas, castigando con mayor o menor severidad de conformidad con las situaciones en las que el consumidor necesite mayor protección.

Se regula de manera clara la actuación de las organizaciones de defensa del consumidor, la norma indica los requisitos de funcionamiento vigencia y las causas de su disolución, así como el Derecho de participar en los procesos de fijación de tarifas de servicios públicos domiciliarios

Los principales aportes de la Ley 19.955 de 14 de julio de 2004 de protección de los derechos del consumidor chileno, se relacionan entre otras a la división de los juicios en individuales y colectivos. Los juicios individuales serán de única o de doble instancia dependiendo de la cuantía, para lo cual se establece un tope (296.200 pesos) y serán proseguidos ante los juzgados de policía local. Los juicios colectivos serán de doble instancia, y están a cargo de los juzgados de letras y se instaurarán como juicios sumarios. Se amplía el ámbito de aplicación de la ley, convirtiéndola en norma general aplicable a todos los actos de consumo y supletoria de las leyes especiales, cambian y se suavizan los requisitos para constituir organizaciones para la defensa de los derechos de los consumidores. Resaltamos que esta reforma regula la responsabilidad objetiva y solidaria del proveedor. (art. 21)

CAPITULO III

EL ARBITRAJE EN GENERAL Y EL ARBITRAJE DE CONSUMO EN PARTICULAR

El sustento de legitimidad y legalidad de esta figura procesal de resolución alternativa de conflictos está en el principio y derecho de libre disponibilidad que dentro del derecho privado es reconocido a las personas y, además en el libre acuerdo de voluntades que lleva a las partes a acceder a este medio, es en ese principio donde encontramos su justificativo y origen legal reiteradamente tomado en consideración en sus innumerables definiciones, que también hacen hincapié en sus características que son al mismo tiempo ventajas y razones para acceder al arbitraje.¹⁶³

3. Concepto de arbitraje

Encontramos gran diversidad de definiciones sobre el arbitraje, que engloban visiones también diversas. Como veremos, unos conceptos se sustentan en su carácter jurisdiccional o a su origen contractual.

Etimológicamente la palabra arbitraje proviene de dos proposiciones “ad-arbiter”¹⁶⁴ tercero que dirime a dos litigantes para entender sobre su controversia, este medio es llamado por la doctrina como *heterocompositivo de solución de conflictos* ya que en él participa un tercero (árbitro) diferente a las partes en conflicto que tiene el control del proceso y su solución, este punto diferencia a este mecanismo alternativo de otros como la mediación y la conciliación en las que el tercero actúa como negociador o facilitador, pero las partes mantienen el control del acuerdo.

¹⁶³ Las principales características del Sistema Arbitral de Consumo español son: voluntariedad, rapidez, eficacia, ejecutividad y economía, ver Marcelo A. López y Fernanda María Outón, *El Sistema de Protección de los Consumidores. Una visión Constitucional y los aportes del Derecho Comparado*, 1999, www.uces.edu.ar/download2.php?file=/pdf/juridica_I/trabajo_lopez_alfonsin.pdf, pp. 1-18. Universidad Pontificia Bolivariana, 1988.

¹⁶⁴ Oswaldo Alfredo Gozaini. *Formas Alternativas de Resolver Conflictos, Conciliación, Mediación, Arbitraje*, Buenos Aires, Edit. Delma 1995. citado por Dunia Martínez e Ingrid Mogrovejo. *Medios Alternativos para la solución de conflictos en el Derecho Interno Ecuatoriano*. 1998, p. 94.

Para Elena Highton y Gladys Álvarez¹⁶⁵ “El arbitraje es un método de resolución de conflictos **tradicional y de carácter adversarial** pues -si bien en forma más rápida y menos formal que a través de un juicio- es un tercero neutral quien decide la cuestión planteada, siendo su decisión- en principio- obligatoria.”

Rodolfo López¹⁶⁶ señala al definir arbitraje que “se trata de un instituto de carácter jurisdiccional (juicio arbitral) y considerando el carácter formal y complejo del instituto se perfecciona por la voluntad de las partes (compromiso), destinado a producir sus efectos por la actuación de un tercero imparcial (árbitro) que concluye en una sentencia final (laudo)”.

Patricio Alwin manifiesta que “juicio arbitral o arbitraje es aquel al que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones” .

El arbitraje es definido en el art. 1 de la *Ley de Arbitraje y Mediación*¹⁶⁷ (LAM) ecuatoriana como: “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”.

Según el art. 1 de la ley española 36/1988 de 5 de diciembre “mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas *pueden* someter, previo convenio, a la decisión de *uno o varios árbitros* las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de *libre disposición* conforme a derecho”.

Con estos antecedentes conceptuales podemos al arbitraje como un *medio adversarial* de resolución de conflictos por cuanto la solución depende de un tercero, el árbitro, *nominado y reglado* ya que tiene su propia regulación jurídica y un nombre específico en la ley, *formal y de origen contractual* ya que si bien la ley faculta acudir a esta figura es únicamente el convenio de las partes el que le da nacimiento¹⁶⁸, que debe sujetarse a una serie de pasos y formalismos, y

¹⁶⁵ HIGHTON Elena y ALVAREZ Gladys, *Mediación para Resolver Conflictos*, Buenos Aires, Primera Edición, Edit. AD-HOC- SRL, 1995. pp. 120-121.

¹⁶⁶ Rodolfo López y Patricio Alwin son citados por Rodolfo López del Solar, *Conciliación y Arbitraje, Legislación y comentarios*, Ed. Librería Editorial Jurídica Zegada, La Paz, 1995, pp. 13-16.

¹⁶⁷ La *Ley de Arbitraje y Mediación* fue publicada en el Registro Oficial 145 de 4 de septiembre de 1997.

¹⁶⁸ El art. 4 de la *Ley de Arbitraje y Mediación*, establece que es el derecho a transigir el requisito para someterse a arbitraje, pero establece además que han de ser cumplidos los demás requisitos establecidos en la ley, entre ellos, el sometimiento (previo o futuro al nacimiento del conflicto) a un convenio arbitral.

de *naturaleza jurisdiccional privada-voluntaria*, debido a que un particular investido de esta facultad por voluntad de las partes, resuelve el caso a través de un laudo *de ejecución obligatoria* y que al igual que la sentencia es un título ejecutivo susceptible de imponerse vía ejecutiva.

De las características señaladas se desprenden los tipos de arbitraje. A continuación hacemos una breve referencia a las vastas clasificaciones de arbitraje, entre las que destacamos por motivo de nuestro estudio: el arbitraje especial.

3.1 Clases de arbitraje

3.1.1 Según el procedimiento y por el medio de prestación del arbitraje

Cuando el arbitraje es libremente elegido, las partes pueden acordar recurrir a un procedimiento arbitral llamado *arbitraje institucional o administrado*, cuando un organismo internacional o nacional brinda servicios de arbitraje, nombra árbitros y se rige según un reglamento previamente establecido, o al *arbitraje Ad-Hoc*, nominado como arbitraje independiente según nuestra LAM, en el cual la organización de proceso está a cargo de las partes, así como la determinación del lugar y árbitros o tribunal que conocerá el caso. Algunos autores, al procedimiento arbitral administrado por una entidad estatal lo llaman arbitraje oficial, que sería una especie del arbitraje institucional o administrado.¹⁶⁹

3.1.2 Según la calidad del pronunciamiento, régimen o calidad del tercero y naturaleza de la decisión

Encontramos al *arbitraje en equidad* caracterizado porque el laudo resolverá conforme el leal saber y entender del árbitro, en este caso el árbitro no está sometido estrictamente a las normas jurídicas en cuanto al procedimiento y motivación de su laudo y el *arbitraje en derecho* en el cual el laudo deberá considerar las normas legales de Derecho y normas establecidas, los árbitros en Derecho deberán observar, según la mayoría de legislaciones, iguales requerimientos

“El *convenio arbitral es el acuerdo escrito* en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas *controversias que hayan surgido o puedan surgir* entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.

¹⁶⁹ El Art. 2 de la LAM ecuatoriana establece que “El arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley y a las normas y procedimiento expedidos por un centro de Arbitraje y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta Ley.”

que los actos jurisdiccionales tanto en lo que tiene que ver con el procedimiento como en la parte motiva de su resolución.¹⁷⁰

3.1.3 Por su origen

EL arbitraje en razón de su nacimiento por la imposición o mandato de la ley o por libre acuerdo de las partes es conocido como obligatorio o legal en el primer caso y *voluntario* o *convencional* en el segundo.

3.1.4 Por la naturaleza del conflicto

Arbitraje *interno* conocido también como nacional o doméstico, es aquel que se desarrolla conforme las normas internas de un país, en cuyo ámbito territorial se efectúa, debido a que las partes y las materias están vinculadas a un mismo Estado; su contrapartida es precisamente el arbitraje *internacional* que surge entre sujetos (personas naturales o jurídicas) de diferentes países, nacionalidad, domicilio, pudiendo ser los intereses en juego tanto de particulares como de estados, en el primer caso hablaremos de arbitraje internacional privado y en el segundo caso de arbitraje internacional público.¹⁷¹

En virtud de la especialidad y conocimientos técnicos de los árbitros sobre una ley o materia, también encontramos en la doctrina una clasificación adicional como es el arbitraje especializado.

Esta breve referencia clasificatoria nos ayuda a delimitar en las diferentes legislaciones a ser analizadas la *clase de arbitraje al que nos enfrentamos, cuando analizamos el arbitraje de*

¹⁷⁰ Es igualmente ilustrativa la LAM cuando define al arbitraje en equidad o en derecho, “Art. 3...Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados.

Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deben ser abogados”.

¹⁷¹ El art. 41 de la LAM del Ecuador, define al arbitraje internacional en los siguientes términos:

“...un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieran pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguiente requisitos:

- a) que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes; o,
- b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,
- c) Cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional”.

consumo y la mejor conveniencia de adecuar a una de estas clases o tipos de arbitraje con sus específicas características a un arbitraje de consumo en el caso ecuatoriano.

3.2 Ventajas del arbitraje

Este tema ha sido abordado por la doctrina ampliamente, sin embargo, podemos señalar los brevemente los siguientes aspectos a favor del arbitraje: *celeridad* que va unida a la intermediación y a la oralidad, omitiendo formalismos innecesarios y paralizantes; *especialidad* sobre todo en el caso del arbitraje de consumo, que exige conocimientos especiales de su ley orgánica y de las normas conexas, en cuanto tiene que ver por ejemplo con la calidad de los productos, etc.; *participación ciudadana*, puesto que son los interesados precisamente quienes conocen sus intereses y eligen y designan al tercero que intervendrá en el conflicto, lo que a su vez permitirá que cumplan de buen agrado la decisión del árbitro; *la economía* también es tomada como ventaja de este medio alternativo, consecuencia de un proceso rápido; el *restablecimiento de la relación entre las partes* también se enuncia como ventaja. Celeridad, especialidad, nuevos medios de prueba, economía relacionada con la celeridad, descongestionamiento de la administración de justicia, intermediación, confiabilidad, requisitos indispensables para una real justicia e indispensable para la aplicación de las normas del consumidor.

Otros estudiosos¹⁷² del arbitraje señalan como ventajas a la internalización de los costos, conseguida en virtud de que la parte que litiga paga; la especialización jurisdiccional ya que las partes *idealmente* deben elegir los árbitros que reúnan destrezas específicas en el caso; la desjudicialización de ciertas causas; y el aporte aunque sea mínimo para la autogestión de los conflictos, por tratarse de un método heterocompositivo, suponemos que esta última ventaja se refiere a minimizar la intervención estatal y ampliar la privada.

3.3 Breve referencia histórica del arbitraje en el Ecuador

Son tres las leyes que sirven de antecedente a la actual LAM en el Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1997, la Ley Orgánica del Poder Judicial con sus diferentes reformas, el Código de Procedimiento Civil y la Ley de Arbitraje Comercial de 1963.

¹⁷² Entre ellos, Carlos Peña González, *Notas sobre la justificación de uso de sistemas alternativos*, en Revista Justicia y Sociedad. Hacia un mejor servicio público de justicia, Madrid, Núm. 2, abril de 1999. pp. 7-35

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1907, facultaba la solución de conflictos por jueces árbitros; excluía de este tratamiento a ciertas materias como los alimentos legales, separación de bienes entre marido y mujer, estado civil, asuntos en que fuera parte el Ministerio Público, bienes raíces del menor, interdicción, etc.¹⁷³

Posteriormente, el Decreto Supremo No. 11 del R.O. 93-20-1 de 1936 reformativo de la Ley Orgánica del Poder Judicial creó los tribunales y jueces de conciliación, nombrados por las cortes superiores encargados de “procurar la conciliación de los litigantes que voluntariamente les sometan sus controversias ...mediante una resolución de equidad y buena fe, sin obligación de sujetarse a las normas de derecho, y previa la tramitación que el mismo tribunal resuelva en cada caso”, norma que no fue mantenida en la reforma de 1938.

En la Ley Orgánica de la Función Judicial dictada por Decreto Supremo 891 Sección XV “De los Árbitros”¹⁷⁴ se establecían las materias que podían regularse en arbitraje, reconocía los árbitros en derecho y en equidad, los requisitos y prohibiciones para ser árbitro, causas de

¹⁷³ Art. 65 “Pueden decidirse por jueces árbitros las controversias que la Ley no excluye expresamente”, esta norma cambió su texto levemente en 1938 por el siguiente: “Pueden decidirse por árbitros solamente las controversias sobre bienes o derechos transmisibles por acto entre vivos o renunciables”

¹⁷⁴ “Art. 87.- **Pueden decidirse por árbitros** sólo las controversias sobre bienes o derechos que, **siendo renunciables**, puedan trasmitirse por acto entre vivos. (la expresión correcta sería transferirse)

Art. 88.- Los interesados pueden someter sus diferencias a la decisión de árbitros, facultándolos para que **sustancien las causas y las sentencias conforme a las leyes**, o para que, averiguada la verdad y guiados sólo por la buena fe, resuelvan las cuestiones como **amigables componedores**.

Los primeros son **árbitros de derecho**; y, los segundos, árbitros **arbitradores**.

Art. 89.- Para ser árbitro de derecho se necesita ser ecuatoriano de nacimiento, doctor en jurisprudencia o abogado en ejercicio de la profesión y hallarse en goce de los derechos de ciudadanía.

Para ser árbitro arbitrador no se necesitan dichas calidades, pero si ser ecuatoriano en ejercicio de los derechos de ciudadanía.

Art. 90.- **No pueden ser árbitros:**

1. Quien ejerza la Presidencia de la República, los ministros de Estado, los magistrados de las cortes y los jueces Ordinarios y Especiales;
2. Los que tengan interés directo en la controversia;
3. El cónyuge y los parientes dentro de; cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, de alguna de las partes; y,
4. Los amigos íntimos o enemigos manifiestos de alguna de las partes; y,
5. Los designados en el artículo 4 de esta Ley.

Art. 91.- Nadie puede ser obligado a aceptar el cargo de árbitro; pero el que lo acepta, debe desempeñarlo. Si se abstuviera de conocer y fallar y pasare el tiempo fijado por la Ley o la convención, será responsable de los daños y perjuicios que sufrieron las partes.

Art. 92.- El árbitro puede renunciar el cargo que aceptó:

1. Por injuria verbal o de obra irrogada por alguna de las partes, después del nombramiento;
2. Por enfermedad que le impida ejercer el cargo;
3. Por tener necesidad de ausentarse por más de dos meses;
4. Por aceptar un cargo incompatible o que no le deje tiempo para contraerse al asunto sometido al arbitraje; y,
5. Por impedimento legal superveniente.

Art. 93.- Los árbitros **no podrán llevar a ejecución por sí mismo las sentencias que dictaren**. Tampoco podrán imponer multas a los autores del compromiso, ni delegar sus propias facultades, a no ser que estuvieron autorizados para ello...”

renuncia y sus límites de actuación como la de no poder delegar sus facultades, su imposibilidad de ejecutar las sentencias ni imponer multas.

En el Código de Procedimiento Civil, Título II, de la Sustanciación de los Juicios, sección 33¹⁷⁵, que se refería al juicio por arbitraje, podemos encontrar los siguientes puntos de interés:

- Reconocía el arbitraje en derecho y en equidad, el árbitro era elegido libremente por las partes, a falta de acuerdo lo designaba el juez competente, quien también podía resolver por convenio de las partes como amigable componedor.
- Se refería al compromiso arbitral, desconociendo tácitamente la posibilidad de la cláusula arbitral.¹⁷⁶
- El art. 978 establecía el número de árbitros (dos o más), con la nueva ley el asunto lo decidirá un árbitro o un tribunal.
- El término para dictar el laudo era establecido por las partes caso contrario se entendía que tenía 6 meses prorrogables sin límite desde la aceptación del nombramiento (art. 961).
- Los laudos eran susceptibles de apelación salvo renuncia de los compromitentes excluyéndola; con la salvedad de que si incurrían en causales de nulidad no eran ejecutados.

Como analizaremos, son claros los avances y cambios que la vigente LAM incorpora en el tema, que recapitulando serían: supresión de formalidades inadecuadas que permiten la efectiva aplicación del arbitraje y la independencia de la función judicial, se incorpora el genérico

¹⁷⁵ Art. 956” Pueden comprometer libremente la causa en árbitros, así como nombrar éstos los que puedan comparecer en juicio por sí mismos, los mandatarios con poder especial y los representantes legales de personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, a quienes la ley no lo prohíbe o no les impone, al efecto, ningún requisito. No tendrán esta facultad los curadores ad litem” .

La norma marco del arbitraje en el Ecuador, que hace posible su existencia, la encontramos en el Art. 11 del Código Civil que establece la posibilidad de renunciar a los derechos conferidos por la Ley (en nuestro caso sobre el medio de acceso a justicia) cuando miren intereses individuales renunciables, la idea de establecer con claridad el ámbito de actuación del arbitraje es recurrente, su motivación: precautelar el interés público.

¹⁷⁶ Art. 958.2 del Código de Procedimiento Civil. “La simple enunciación de la fórmula de que serán sometidas a jueces árbitros todas las controversias que pudieran suscitarse con motivo de algún acto o contrato, no surtirá efecto alguno, sino solo desde cuando la controversia se halle en el caso de la primera parte del inciso anterior,” el numeral en mención habla de una serie de detalles de compromiso previos, por mencionar algunos: designación de árbitros, su calidad de árbitros en derecho o en equidad, lugar de sustanciación y resolución de la causa, la pena si se ha pactado alguna, etc., que cambian la estructura de una cláusula a un verdadero compromiso o nuevo convenio, fallas que unidas a la posibilidad de renuncia o retractación de cualquiera de los compromitentes, antes de que los árbitros se hayan posesionado, sin justificación alguna a pesar de que en el Art. 965 no consta la voluntad unilateral como forma de terminar el compromiso sino al contrario la voluntad unánime, completan el panorama de obstáculos para la efectiva aplicación de este juicio por arbitraje. La ley vigente no establece expresamente las causas por las que termina el convenio arbitral.

convenio arbitral que engloba y da igual valor tanto a la cláusula como al compromiso; incorpora a la mediación como paso obligatorio previo dentro del proceso arbitral lo que da como consecuencia la promoción de la resolución pacífica y consensuada de los conflictos pasando de un medio autocompositivo a otro heterocompositivo, entre otras, como la unificación de la legislación en la materia (deroga la Ley de Arbitraje Comercial de 1963 y la Sección XXX del Título II del Libro II del Código de Procedimiento Civil, la Sección XV del Título I de la Ley Orgánica de la Función Judicial) en un solo cuerpo legal: la LAM.

Finalmente encontramos la Ley de Arbitraje Comercial de 1963, de la que destacamos los siguientes puntos:

- El arbitraje comercial se llevaba a cabo por los tribunales de arbitraje de las cámaras de comercio o los tribunales o comisiones nacionales o internacionales de arbitraje, sin establecer su conformación.¹⁷⁷
- Regula con claridad tanto a la cláusula como al compromiso o convenio arbitral.
- El objeto del arbitraje lo constituyen las controversias comerciales y actos mercantiles, entendiéndose como tales en el que interviene un comerciante.
- Al igual que en la actual Ley de Arbitraje y Mediación, podía someterse a arbitraje comercial quien tenga capacidad para transigir judicialmente.
- La nulidad procesal, parcial o total la decidía el propio tribunal, más no la ejecución que debía realizarse por vía ejecutiva (juez ordinario).
- Los fallos eran en equidad, el tribunal arbitral era designado de una lista de 20 árbitros elegidos por el directorio de las cámaras o por sorteo. El procedimiento iniciaba con la conformación del tribunal, 24 horas luego de su designación, se notificaba a las partes con tres días de anticipación para la audiencia de conciliación, luego se establecía el término probatorio no mayor a 15 días, y luego se daba diez días para laudo, el laudo debía ser protocolizado en la notaría del cantón.
- Se expulsaba al miembro de la Cámara que incumplía el fallo.

Las nuevas ideas sobre los medios alternativos y su nueva e inusitada jerarquía han llevado a que las leyes referentes al arbitraje pasen de una regulación incompleta y con fallas a un proceso de evolución y reforma que culmina con la nueva **Ley de Arbitraje y Mediación**, que reconociendo la importancia de los medios alternativos de solución de conflictos, incorpora y regula en la misma norma a la mediación y a la conciliación, ampliando el campo de aplicación del arbitraje al área civil y comercial, nacional e internacional, la participación del Estado en el

¹⁷⁷ En opinión de Alejandro Ponce Martínez,, Derecho Procesal orgánico, Quito, Edit. Mendieta, 1991, pp. 389, la ley se refería a las *comisiones nacionales* de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

arbitraje, así como a la mediación comunitaria, detallando con mayor precisión el procedimiento arbitral y la organización de centros de arbitraje.

Como vemos, la figura del arbitraje no ha sido desconocida por nuestra legislación sino que ha tenido un interesante progreso, así quizá conservando lógicas limitaciones de la materia a áreas de libre disposición, ya no restringe su ámbito a resolver las controversias entre comerciantes sino que pueden intervenir los particulares afectados dentro de los cuales encontramos a consumidores que en base a la Ley de Arbitraje y Mediación pueden someterse a este procedimiento, todo lo cual no niega la importancia de realizar ciertas reformas relativas a incorporar este mecanismo y sus ventajas dentro de nuestra actual Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que traten de manera especial el arbitraje de consumo incorporando imperiosas instituciones que lo ejecuten.

Por lo manifestado, es de interés para la presente investigación establecer las materias incluidas y excluidas del arbitraje en general, puesto que como conocemos, existen regulaciones del arbitraje por leyes especiales como lo sucedido en materia laboral, en la que el arbitraje no nace por convenio de las partes sino por un imperativo legal en los casos en los que sea aplicable esta forma de resolver los conflictos.

Son materias incluidas para el arbitraje aquellas de libre disposición,¹⁷⁸ especialmente en las áreas civil y mercantil, en las que para considerar la libre disposición de las partes siempre se deberá tener presente el principio del art. 11 de Código Civil, que dice: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.”

Muchos autores consideran sinónimos la libre disponibilidad con los asuntos patrimoniales, pero hay asuntos patrimoniales no arbitrables, esto sucede cuando está de por medio el orden público, pues el traspaso del derecho implicaría efectos negativos en el orden social.

Para establecer las materias excluidas utilizaremos iguales elementos de análisis, esto es, el orden público y la libre disponibilidad. Entre ellas encontramos el estado civil, capacidad, nacionalidad, patria potestad, paternidad, filiación y sus relaciones, alimentos, adopción, matrimonio, tutela, curatela, guarda, es clara la exclusión de las materias penales excepto las

¹⁷⁸ El art. 1 de la LAM establece el ámbito de aplicación de la Ley al señalar que “...las partes pueden someter de mutuo acuerdo, *las controversias susceptibles de transacción*, existentes o futuras...”. De este artículo interpretamos que la materia sometida a arbitraje se refiere a *la controversia* que surja por ejemplo del incumplimiento de un contrato, mas no, sobre el contrato en si mismo o alguna de sus cláusulas.

indemnizaciones de los daños derivados del delito que son cuestiones patrimoniales civiles de libre disposición. Otras materias excluidas serán aquellas de objeto disponible pero sobre las que ya haya recaído resolución judicial firme, asunto lógico ya que al existir firmeza en una resolución ya no existe controversia pendiente.

También podemos excluir al arbitraje laboral que tiene su propia naturaleza, ámbito, proceso y principios, regulado en su ley especial. Por supuesto también se encuentran en este grupo los derechos patrimoniales de indisponibilidad absoluta ejemplificados por varios autores, entre los que encontramos: los salarios, los derechos reales de uso o habitación, que son indisponibles porque el titular no puede vender, alquilar, ni traspasar.

En conclusión, encontramos que sea que nos refiramos a los derechos personales, a los derechos de familia, al respeto a principios procesales, al carácter especial de ciertas áreas del Derecho e incluso a los derechos reales, es la concepción de orden público acogida en la legislación ecuatoriana el criterio correcto para establecer las materias incluidas o excluidas del arbitraje,¹⁷⁹ así el art. 1512 del Código Civil establece que lo que la ley declara nulo (por objeto ilícito) no puede ser validado por convenio ni declaración judicial, criterio que permitirá considerar qué materias pueden o no ser objeto de arbitraje y deberán ser analizadas en el contexto de la ley.

Por lo señalado, el arbitraje tiene mayor ámbito de aplicación en el derecho patrimonial-civil, por daños provenientes de un contrato y cuya sanción penal-contravencional es negociable.

El arbitraje en el Ecuador también es regulado por otras normas como la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado¹⁸⁰ (art. 11), la Ley de Mercado de Valores (art. 231), Ley de Régimen del Sector Eléctrico (art. 21), Ley de Promoción y Garantía de Inversiones (art. 32), especial mención merece el arbitraje en materia laboral, este tipo de arbitraje nace no del convenio de las partes sino por imperativo legal.

¹⁷⁹ “ Los actos o contratos que la ley declara inválidos no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie la acción de nulidad”

¹⁸⁰ “Art. 11.- Del arbitraje y la mediación.- Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio.

Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado.”

3.4 Naturaleza jurídica del arbitraje

Un tema de interés para la presente investigación consiste en la naturaleza jurídica del arbitraje, la discusión doctrinaria se centra en el enfoque contractualista y en el enfoque jurisdiccional.

Los autores que manifiestan su adhesión a la *naturaleza jurídica convencional* o privada lo hacen fundamentándose en su nacimiento, el arbitraje nace de un acuerdo, los árbitros son personas particulares, designados por el poder de las partes con quienes tienen un vínculo también contractual, haciendo énfasis en el origen del arbitraje como es, la concertación de partes y su renuncia libre y voluntaria a la resolución de su conflicto a través del sistema judicial.

Otros autores manifiestan que el arbitraje es una *figura jurisdiccional* si consideramos tres elementos importantes:

Por la forma.- Debido a que el procedimiento arbitral es establecido por la ley, en él intervienen las partes y un tercero imparcial que decide.¹⁸¹

Por su contenido: El laudo es consecuencia de la actuación arbitral, resuelve un conflicto jurídicamente relevante, tiene fuerza de cosa juzgada.¹⁸²

Existen críticas sobre este punto, se señala que los árbitros no tienen jurisdicción ya que carecen de la facultad de hacer ejecutar lo juzgado, se asevera que la ausencia de coacción hace que no exista jurisdicción en estricto sentido.

Su finalidad: El arbitraje busca la protección de valores jurídicos, la paz y la seguridad y el respeto a los derechos y deberes humanos. Los intereses del árbitro son independientes de los de las partes.

Analizando las leyes ecuatorianas al respecto encontramos importante remitirnos a las normas del Código de Procedimiento Civil (CPC) que establece en el art. 3 inciso primero, las clases de jurisdicción que pueden ser: voluntaria, contenciosa, ordinaria, prorrogada, preventiva,

¹⁸¹ El art. 38 de la LAM, señala “El arbitraje *se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes acojan*, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables.”

¹⁸² Ver el Art. 32 LAM, “Ejecutoriada el laudo las partes deberá cumplirlo de inmediato...los *laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia*, siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo.”

privativa, legal y convencional, el último inciso establece la definición de jurisdicción convencional que por su importancia transcribimos a continuación: “jurisdicción convencional es la que nace de la convención de las partes en los casos permitidos por la ley”.

Aclaran aún más este contenido el art. 18 del CPC que reza: “Ejercen *jurisdicción convencional* los jueces árbitros”. Y el art. 19: “La jurisdicción legal nace por elección o nombramiento hecho conforme la Constitución o la ley; y *la convencional* por compromiso.”

Si analizamos la Constitución ecuatoriana encontramos que en el Título VIII, de la Función Judicial, el art. 191 dispone que el ejercicio de la potestad judicial corresponde a los órganos de la Función Judicial, en el inciso tercero del mismo artículo, se reconoce constitucionalmente la institución del arbitraje: “Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley”.

De las normas mencionadas encontramos que el arbitraje es una *jurisdicción convencional* para el derecho ecuatoriano, esto es tiene origen en la voluntad de las partes. El árbitro es un tercero imparcial al igual que el juez que ejerce jurisdicción especial, la convencional.

Sin embargo, el arbitraje al igual que toda jurisdicción nace también de la voluntad de la ley que establece la posibilidad o la prohibición (cuando el orden público no resulta lesionado) como es el caso del arbitraje en materia laboral, por lo que siguiendo el mismo argumento se podría concluir que la naturaleza jurídica del arbitraje es legal, además, la labor del árbitro es emitir un laudo revestido de poder frente a las partes, es cosa juzgada, la función y efectos del arbitraje coinciden con los de la función judicial: conocer un conflicto jurídicamente relevante y solucionarlo a través de un laudo.

Herrera Mercado¹⁸³ al referirse a la desjudicialización la interpreta como un instrumental cuya finalidad principal es otorgar competencias jurisdiccionales a las instituciones administrativas, así, por la vía del Derecho constitucional queda la posibilidad de impugnar los actos de la administración por la vía contenciosa, finalmente reconoce el autor que este traspaso de facultades a la administración puede atenuar la litigiosidad.

Por lo anotado, la delimitación de su naturaleza es controversial y en ocasiones es considerada ambigua. Sin embargo, en nuestro criterio es apropiado entender esta figura de una manera

¹⁸³ Citado por José Vicente Troya Jaramillo, “Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos” Congreso, FLDM 2000, México, noviembre de 2000.

distinta, con una naturaleza jurídica especial, sui géneris, como vemos del breve análisis realizado.

Más allá de la discusión señalada, la naturaleza jurídica del arbitraje y de todos los MASC a criterio de Troya Jaramillo, se detiene en dos características especiales: el carácter *preventivo* al procurar que judicialmente el conflicto no surja y *carácter resolutivo* cuando procuran darle solución a un conflicto de naturaleza judicial.

Es importante anotar algunas características del arbitraje en especial y los métodos alternativos de solución de conflictos en general, que si bien buscan contribuir al servicio de la administración de justicia, tienen indudablemente características propias como: ser medios alternativos de solución de conflictos que para actuar requieren que exista un conflicto jurídicamente relevante, ser elegidos voluntariamente por las partes, aplicables en determinados casos que dispone la ley, ser reconocidos constitucional y legalmente por el Estado, prestados por particulares, lo cual no excluye a que el propio Estado los brinde. Notas que nos permiten ir adentrándonos en la comprensión del tema del arbitraje.

EL ARBITRAJE Y EL CONSUMIDOR EN LOS PAISES MIEMBROS DE LA COMUNIDAD ANDINA

Debido a las grandes falencias del sistema de administración de justicia, es indispensable entre otras acciones, instaurar en la práctica mecanismos alternativos que coadyuven a la solución de los conflictos entre consumidores y proveedores que les permitan hacer efectivos sus derechos y pretensiones en el menor tiempo posible.

Los MASC llamados también SARC (Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos) o, RAD (Resolución Alternativa de Disputas), son reconocidos por la Constitución del Ecuador ¹⁸⁴

3.5 Regulación del consumidor y el arbitraje en la Comunidad Andina¹⁸⁵

A continuación haremos una breve referencia al tratamiento del Derecho del consumidor en, Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela.

¹⁸⁴ En el título VIII de la Función Judicial, Capítulo I De los Principios Generales, art. 191. 3 se da rango constitucional a los medios alternativos de solución de conflictos al establecer: “Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos con sujeción a la Ley.”

¹⁸⁵ Ver Anexo II

3.5.1 Bolivia

Al igual que Colombia, no cuenta con una ley marco especial en la materia de protección al consumidor, se discuten proyectos de ley de competencia y consumidores, ni siquiera cuenta con normas constitucionales específicas que consagren el tema.

El arbitraje en Bolivia está regulado por la Ley de Arbitraje y Conciliación (Ley No. 1717) de 10 de marzo de 1997, que al igual que la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana tiene como característica principal que el proceso arbitral se lleva a cabo de forma autónoma e independiente al poder judicial, es solo durante la ejecución del laudo, donde interviene la autoridad judicial. Esta ley regula el convenio arbitral y la cláusula arbitral. Es interesante resaltar que la ley no hace referencia a un arbitraje en Derecho por lo que el árbitro decide en equidad,¹⁸⁶ conforme a sus conocimientos y su leal saber y entender, ley que establece con claridad el procedimiento arbitral. El laudo se ejecutoria cuando las partes no interponen recurso de anulación en el término señalado, el mismo tiene valor de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Es novedoso encontrar en el art. 2 de la ley boliviana, principios como los de libertad, flexibilidad, privacidad, idoneidad, celeridad, igualdad, audiencia y contradicción que son características de este procedimiento. La ley boliviana es clara y amplia en determinar además el ámbito de aplicación y los derechos sujetos a arbitraje.¹⁸⁷

Como describimos, Bolivia cuenta con una ley de arbitraje y conciliación, sin embargo no tiene regulaciones para la protección del consumidor, a pesar de ello, creemos que el consumidor tiene la posibilidad de elegir entre la vía judicial y la arbitral, arbitraje en equidad que no está sujeto a normas –que tampoco existen- respecto a la defensa del consumidor boliviano, esta carencia da como resultado que los árbitros bolivianos no cuenten con un medio para incrementar los fundamentos de su laudo en estas normas especiales que nutran los conocimientos y el leal saber y entender del árbitro.¹⁸⁸ Por lo señalado, se hace indispensable expedir normas que precautelen y establezcan a más de la categoría especial de estos derechos,

¹⁸⁶ Ver art. 54, num. II de la Ley No. 1770.

¹⁸⁷ Art. 3 de la Ley de Arbitraje y Conciliación No. 177.- “Pueden someterse a arbitraje las controversias surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas contractuales o extra contractuales de las partes, mediante el ejercicio de su libre arbitrio sobre derechos disponibles y que no afecten al orden público, antes, en el transcurso o después de intentado un proceso judicial, cualquiera fuere el estado de éste, extinguiendo o evitando el que podría promoverse”, ver además el art. 6.

¹⁸⁸ Art. 57.II “*Salvo pacto en contrario*, el Tribunal Arbitral decidirá *según la equidad y conforme a sus conocimientos y leal saber y entender*”, las cursivas son nuestras.

los medios eficientes de protección jurídica, entre ellos, el arbitraje de consumo, actualmente prestado por las cámaras de comercio bolivianas.

Sin contar siquiera con la regulación legal completa, la experiencia boliviana enseña que el arbitraje de consumo es llevado a cabo e incentivado por las cámaras de comercio, asunto práctico que trae a nuestra reflexión la conveniencia o no de llevarlo a cabo únicamente en estos centros, que debemos reconocer, cuentan con una estructura administrativa y profesional, en la mayoría de los casos, correctamente estructurada, sin embargo es menester considerar que las cámaras de comercio agrupan y protegen a los comerciantes, mientras que el Derecho del consumidor, da preferencia en la relación comercial a la protección del consumidor frente al empresario, productor, proveedor o comerciante.

Se requiere entonces que un organismo o institución estatal con total independencia, ecuanimidad y especialización conozca de los procesos arbitrales en esta materia. Y ya en nuestro país no sería descabellado impulsar una experiencia piloto en una universidad como la Andina Simón Bolívar, con visión comunitaria de postrado e incluso social del Derecho.

Consideramos que este debate en España ya ha sido superado, por ello lo ponemos como ejemplo, lo cual no quiere decir que debamos seguir con absoluta sumisión la organización del arbitraje que tiene lugar en este país europeo, pues como veremos más adelante, ni la madurez institucional, ni la legal ecuatoriana lo permiten.

3.5.2 Colombia

El art. 78 de la Constitución colombiana¹⁸⁹ establece de manera bastante similar a la nuestra la obligación estatal de regular a través de normas: el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, la información sobre productos, la sanciones y responsabilidades de los productores y la garantía sobre la participación de las organizaciones de defensa del consumidor.

¹⁸⁹ Art. 78.- La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios”.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

Resaltan las siguientes normas:

- Decreto 3466 de 2 de diciembre de 1982, que básicamente establece reglas sobre la calidad y garantía de marcas, leyendas, propagandas y fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de los productores; encontramos de interés el art. 1, que establece definiciones de productor, consumidor, calidad de un bien o servicio. Según este decreto¹⁹⁰ se otorga la competencia para ejercer las funciones de imposición de sanciones administrativas por incumplimiento y ejercer el control y vigilancia de las personas naturales o jurídicas que vendan o presten servicios a la Superintendencia Primera Delegada de Industria y Comercio, en Bogotá, y a los alcaldes, intendentes y comisarios en otros lugares del país.
- Decreto 266 de 2000, por el que se radica la competencia en materia de protección al consumidor en la *Superintendencia de Industria y Comercio*.¹⁹¹
- La Ley 472 de 1998, desarrolla el mandado del art. 88 de la Constitución colombiana que hace relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo.
- Ley 142 de 1994, por la cual se regula la prestación de los servicios públicos domiciliarios.
- Decreto 779(1989), la Ley 446 de 1998, el Estatuto de los Mecanismos alternativos de solución de conflictos, Decreto 1818 de 1998.

El procedimiento establecido en las normas colombianas es administrativo y civil y cuenta con la participación de la Superintendencia de Industria y Comercio, institución que conoce la violación de la ley e impone sanciones. Las providencias administrativas que imponen las multas tienen mérito ejecutivo una vez ejecutoriadas. Las multas se hacen efectivas por jurisdicción coactiva, que está investido el mismo funcionario que las impone. Las indemnizaciones de daños y perjuicios las conoce en proceso verbal prescrito en el Código de

¹⁹⁰ Ver Art. 44 del Decreto 3466 de 1982. www.sic.gov.co

¹⁹¹ Ver Art. 114 del Decreto 266. www.sic.gov.co “Procedimiento para la adopción de decisiones en materia de protección al consumidor: Para el cumplimiento de las funciones relacionadas con protección de los consumidores que se inicien a partir de la vigencia del presente decreto, la Superintendencia de industria y comercio seguirá el siguiente procedimiento...”.

Procedimiento Civil colombiano, con reglas especiales adicionales señaladas en el Decreto 3466.

Como vemos, la normativa especial sobre el tema, a pesar de ser bastante completa, se encuentra difuminada. Sobre arbitraje los colombianos se distinguen en la región por analizarlo profundamente, buscar su aplicación y su difusión, sin embargo no encontramos un sistema de arbitraje de consumo.

3.5.3 Perú¹⁹²

La Constitución peruana en el Capítulo I referente al Régimen Económico, establece la obligación del Estado de proteger los derechos de los consumidores, haciendo especial referencia al derecho a la información, la salud y la seguridad, sin hacer alusión al acceso a la justicia de los consumidores.¹⁹³

En el art. 38 del Decreto Legislativo 716 por el que se promulgó La Ley de Protección al Consumidor en Perú encontramos una referencia a los medios alternativos de solución de conflictos relativos a esta materia, para lo cual se cuenta con la intervención de la Comisión de Protección al Consumidor¹⁹⁴ y con el Directorio del INDECOPI.

Es importante señalar que en este artículo se señalan importantes características de los MASC en defensa del consumidor en Perú, entre ellos:

¹⁹² Los datos obtenidos nos indican que en Perú la legislación de protección al consumidor se inicia en 1991, cuando se establece un conjunto de normas de protección al consumidor y se crea la institución que las ejecutará (INDECOPI); a más de lo anotado, en Perú se regula la protección de la libre competencia, normas de publicidad, normas sobre el sistema nacional de calidad a través de normas técnicas, marco regulatorio de servicios públicos en especial de energía, telefonía y agua. La ley de protección al consumidor peruana vigente desde 1991 tiene seis derechos como principales: derecho a elegir, derecho a recibir información suficiente y veraz, derecho a ser advertido sobre peligros, derecho a conocer las condiciones de pago, derecho a ser escuchado, tipificando también sanciones, entre las que encontramos: el decomiso y destrucción de la mercaderías, envases, envolturas o etiquetas, clausura temporal del establecimiento o negocios hasta por sesenta días, publicación de avisos rectificatorios o informativos a costa del infractor, reposición y reparación de productos, se establecen además medidas correctivas administrativas como la amonestación o la multa.

¹⁹³ Art. 65.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

¹⁹⁴ Una de las 6 comisiones que integran el INDECOPI es la Comisión de Protección al Consumidor, órgano administrativo que conoce e impone sanciones a las infracciones a las disposiciones de la Ley (Art. 39 de la Ley de Protección al Consumidor de Perú).

1. Los MASC autorizados (arbitraje, mediación, conciliación y mecanismos mixtos) son de carácter vinculante y definitivo para las partes.
2. El acta de acuerdo tiene carácter de título ejecutivo.
3. El laudo arbitral es considerado título de ejecución.
4. El incumplimiento del acuerdo o laudo constituye una infracción a la ley y es multado.

Las vías de protección al consumidor en el caso peruano son claramente establecidas: vía administrativa en la que interviene la Comisión, vía alternativa, y civil o penal de ser el caso.¹⁹⁵ Entre las sanciones administrativas encontramos las llamadas medidas correctivas¹⁹⁶ de devolución o reposición, la amonestación o multa, establecida en consideración de la gravedad de la falta, el daño, los beneficios obtenidos y demás criterios establecidos en el art. 41. Estos recursos se destinan al presupuesto del INDECOPI.

Al igual de lo que sucede con el caso venezolano la protección al consumidor en Perú es responsabilidad de un órgano autónomo especial, creado para el efecto, con recursos propios que no solo destina su actividad a la imposición de sanciones sino también a la promoción de los derechos de los consumidores.¹⁹⁷ La falla de esta normatividad es que la misma establece conjuntamente los asuntos referidos al control de la libre competencia. Tampoco esta legislación regula el arbitraje de consumo.

3.5.4 Venezuela

La Constitución venezolana vigente consagra en el capítulo VII De los Derechos Económicos, art. 117, los derechos de los consumidores. Esta norma dispone:

“Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, *los procedimientos de defensa del público consumidor,*

¹⁹⁵ Ver arts. 38 a 44.

¹⁹⁶ Decomiso, destrucción de mercadería, clausura temporal, publicación de avisos rectificatorios o informativos, reposición y reparación, devolución de la contraprestación pagada. Ver art. 42 que con una norma abierta establece la posibilidad de aplicar cualquier otra medida que revierta los efectos negativos. Las resoluciones finales que ordenan estas medidas también tienen la categoría de títulos de ejecución.

¹⁹⁷ Ver Título VIII De la Promoción de la Protección al Consumidor.

*el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos”.*¹⁹⁸

En cumplimiento con el mandato constitucional se dictó en 1974 la Ley de Protección al Consumidor, resaltamos de esta normativa la competencia proporcionada a la Superintendencia de Protección al Consumidor, que es el organismo competente del amparo al consumidor frente a las transgresiones a esta ley. El Ministerio de Fomento interviene en cuanto la normalización de productos o servicios.

Es importante resaltar que si bien la Superintendencia es controlada y adscrita al Ministerio de Fomento, la misma cuenta con una Comisión conformada por representantes de los sectores afectados: organización sindical, consumidores, sector privado de la economía, Banco Central de Venezuela, y colegios profesionales. Institución que promueve de manera dinámica los derechos de los consumidores y los incluye dentro de las prioridades de la política nacional,¹⁹⁹ actuación que va desde el análisis de estudios sobre la situación de la competencia y de los precios, pasa por el desarrollo y estímulo de programas de educación, promoción de juntas de consumidores y llega hasta la competencia para la instrucción y sustanciación de transgresiones a la ley y la correspondiente sanción según la gravedad de dichas transgresiones con multas e incluso la clausura del un establecimiento comercial.

Respecto a la ley venezolana de protección al consumidor de 1974, vale la pena acotar, que con claridad establecía los tipos de procedimiento para el acceso a la justicia: aquel establecido conforme al Código de Enjuiciamiento Criminal, dentro de este trámite se destaca la actuación de la Superintendencia de Protección al Consumidor y las autoridades policiales que podrán actuar en la instrucción del sumario sobre delitos que esta ley especial señala (arts. 6, 39 y 42); y, el Procedimiento Administrativo²⁰⁰ para las restantes infracciones a esta ley, la autoridad que conoce de estas infracciones es precisamente la Superintendencia de Protección al Consumidor, que inicia de oficio o por denuncia de parte el procedimiento. De encontrar hechos sancionables penalmente la Superintendencia pasa el asunto a la jurisdicción ordinaria. La apelación de estas decisiones las conoce el Ministro de Fomento (quien tiene facultad de rebajar o eximir multas), y luego la jurisdicción contencioso administrativa.

¹⁹⁸ Las cursivas son nuestras.

¹⁹⁹ Ver Título III De la Superintendencia de la Protección al Consumidor arts. 23-32 de la Ley de Protección al Consumidor Venezolanas.

²⁰⁰ Ver título V, Capítulo I, Del Enjuiciamiento, art. 43 y el Capítulo II, Del Procedimiento Administrativo arts. 44-56.

En las ciudades en las que no exista una sede de la Superintendencia hará sus veces el Síndico Procurador Municipal.

Venezuela cuenta además con el *Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario*, creado mediante Decreto Ejecutivo No. 34.976 de 2 de junio de 1992 mediante el Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor sobre la Organización del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor.

Posteriormente, en 1995 se expide en Venezuela la *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*; en esta nueva normativa encontramos:

La reafirmación de la existencia del *Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU)* sobre el cual recae la competencia y responsabilidad sobre la defensa y educación del consumidor y usuario.

Se conforma el Sistema Nacional de Protección del Consumidor, integrado por el INDECU, los organismos estadales, municipales y parroquiales, las asociaciones y federaciones de consumidores.

Dentro del procedimiento administrativo,²⁰¹ para la comprobación de infracciones se constituyen juntas de sustanciación, conformadas por el Síndico Procurador Municipal, el presidente de la Junta Parroquial de la localidad y el Presidente de la Asociación de consumidores y usuarios, estas juntas conocerán también *procedimientos de conciliación y arbitraje solicitados por las partes*.

El art. 135 de la Ley venezolana establece: “Una vez iniciado el procedimiento administrativo ordinario, *la parte afecta en derechos podrá solicitar la conciliación o el arbitraje de la controversia que pudiera plantearse en relación con los intereses y derechos patrimoniales lesionados*.”

“Art. 137.- Las controversias sometidas a arbitraje serán resueltas por el jefe de la Sala, actuado como árbitro arbitrador en única instancia.”

²⁰¹ En la Ley de 1995, Título VI De los Procedimientos, podemos encontrar : Capítulo I Procedimiento Administrativo Ordinario, Capítulo II Procedimiento de la Conciliación y del Arbitraje; y, Capítulo III Procedimiento Penal.

Se prevé consiguientemente un arbitraje en equidad, administrado, sin posibilidad de apelación. Se establece además el ámbito en el que se desarrollará el arbitraje.²⁰²

Es claro que con la entrada en vigencia de esta nueva normativa tanto la competencia para sustanciar y decidir la comisión de hechos violatorios a la Ley, así como de aquellas otras funciones de política general se traslada de la Superintendencia al Instituto, encargado de aplicar las sanciones y procedimientos administrativos establecidos, que son mayoritariamente pecuniarias (multas).

En el título V de la Ley encontramos los Delitos y las Sanciones, en las que se incluye la prisión, trabajo comunitario, además de las multas, estableciéndose con claridad que la imposición de la pena la realiza el juez penal.

El conocimiento de los delitos previsto en la Ley le corresponde a la jurisdicción penal ordinaria, sin embargo el INDECU actúa como órgano auxiliar con facultades instructoras cuando así lo determine la ley.

Resulta interesante además de la disposición del art. 151 de la ley, que establece que los consumidores y usuarios ejercerán la defensa de sus intereses a título personal, sin embargo, cuando se trate de derechos o intereses colectivos o difusos están legitimados el INDECU, la Fiscalía General de la República y las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas, asunto que no está previsto en nuestra normativa de forma taxativa.

De lo descrito se ve la necesidad de la determinación clara de los procedimientos y las vías judiciales a que tiene derecho el consumidor, en cualquier legislación, así como la necesidad de descentralizar el acceso a la justicia de los consumidores y de un organismo especializado en el tema.

Como normativa conexas a la señalada encontramos que en Venezuela rige la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia,²⁰³ cuyo objeto es promover y proteger el

²⁰² Art. 139 señala que son materia de arbitraje asuntos de carácter meramente patrimonial excepto aquellas que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o estén prohibidas las transacciones por razones de orden público.

²⁰³ Sobre temas especiales como los de seguros, por ejemplo, se han dictado las “*Normas que rigen los procedimientos ante la Superintendencia de Seguros y el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario con ocasión de las denuncias de los asegurados, contratantes o beneficiarios de pólizas de seguros emitidas por las empresas de seguros*”, No. 36.946 de 9 de mayo de 2000. Normativa que señala como medio de solución de controversias en primer término la conciliación y luego el arbitraje, en el que previo mutuo consentimiento, el Superintendente de Seguros puede intervenir como árbitro arbitrador. Ver Art. 2, párrafo primero, segundo, tercero; arts. 3 y 4.

ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir conductas monopólicas, a través de la actuación de la Superintendencia Pro-Competencia. Existen además normas de control de calidad, respecto a normalización, certificación y control de calidad en la elaboración e intercambio de bienes, prestación de servicios, introducción distribución y expendio de bienes importados, exportación de bienes y servicios nacionales. Las normas son llamadas CONVENIN análogas a nuestras normas INEN, distintivo que garantiza que el producto cumple con las especificaciones de calidad requeridas.

La Constitución venezolana en el art. 26 establece que toda persona tiene Derecho a acceder a los órganos de administración de justicia para hacer efectivos todos los derechos, sean éstos colectivos o difusos, con celeridad, reconociendo el rango de constitucional a la celeridad judicial, principio unido al de justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos inútiles.

EL ARBITRAJE DE CONSUMO

3.6 Definición

Infiriendo los elementos y objetivos señalados por el Real Decreto español que regula el arbitraje de consumo, Lete Del Río define el arbitraje como: “Un contrato en virtud del cual el consumidor o usuario y el profesional o empresario que le presta bienes o servicios convienen de manera inequívoca someter a la decisión de un Colegio Arbitral, designado por la Administración, una determinada controversia presente o futura, comprometiéndose a acatar su resolución”.²⁰⁴

El arbitraje de consumo es un mecanismo alternativo de solución de conflictos voluntario, rápido, eficaz, especializado, de procedimiento flexible, y de carácter vinculante, que permite resolver de manera definitiva, conflictos en materia de consumo que surjan o puedan surgir entre los consumidores y los proveedores, quedando excluidos los asuntos que tengan prohibición legal de transigir como aquellos que están involucran asuntos de orden público ecuatoriano.

²⁰⁴ Lete del Río, José Manuel, Actualidad Civil, No. 30, 27 de julio- 2 de agosto , 1998, pág. 713 citado por José Ruiz Jiménez.

Humberto Briseño²⁰⁵ señala que el arbitraje es un procedimiento jurídico privado, tramitado, desarrollado y resuelto por particulares, pero reconoce que en el *arbitraje de consumo* se debe ir más allá como enseña la experiencia internacional, ya que es indispensable la presencia del Estado para garantizar el equilibrio entre las partes, como sucede en México con la Procuraduría Federal del Consumidor, y en otros países en donde se brinda un arbitraje oficial.

3.7 El arbitraje de consumo en la experiencia internacional

España

Para introducirnos al análisis del arbitraje y el consumo de manera conjunta como arbitraje especial de consumo recurrimos a la experiencia española al respecto, así el arbitraje de consumo español constituye un referente obligado de la presente investigación, entre otras razones, debido a que la instauración del Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo (SNAC) ha tenido resultados positivos y concretos, es así que estudios demuestran que este sistema es aquel que en el mundo ha recibido mayor número de solicitudes y ha emitido más laudos.²⁰⁶

El derecho español²⁰⁷ regula el arbitraje de consumo en el Real Decreto 636 del 3 de mayo de 1993, anteriormente a esta regulación, el SNAC nació como una experiencia piloto o experimental (1986), que sirvió para comprobar las ventajas y aceptación del sistema, además

²⁰⁵ Humberto Briseño Sierra, *El arbitraje comercial*, México, Limusa Noriega Editores, p.12

²⁰⁶ José Ángel Ruiz Jiménez. Régimen Jurídico del Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo, En http://www.industria.ejgv.euskadi.net/r44-2644/es/contenidos/informacion/8009/es_2596/es_12754.html quien manifiesta refiriéndose al Sistema de Arbitraje de consumo español lo siguiente: "...lo cierto es que la implantación y operatividad del SNAC puede calificarse, cuando menos y hasta el momento, de exitosa, consolidándose como un medio de resolución de cuestiones litigiosas, en el ámbito del consumo, plenamente eficaz y alternativo a los métodos heterocompositivos jurisdiccionales".

²⁰⁷ En la legislación española ha tenido una franca evolución las normas del arbitraje de consumo:

- El art. 51 de la Constitución de 1984 establecía como obligación de los poderes públicos de "garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la salud y los legítimos intereses de los mismos".
- La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26-1984, art. 31 prevé el arbitraje de consumo: "Previa audiencia de los sectores interesados y de las asociaciones de consumidores y usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concorra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito... 2.- El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito. 3.- Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de los consumidores y usuarios, y de las Administraciones Públicas dentro del ámbito de sus competencias". Esta misma ley establecía el plazo de un año para la emisión de la reglamentación del sistema que se realizó mediante el Real Decreto 636/93 que regula el sistema arbitral de consumo español.
- La Ley de Arbitraje 36/1988 es supletoria respecto de ciertos arbitrajes, entre ellos, el arbitraje de consumo.

de establecer cuáles serían a futuro los instrumentos tanto físicos como personales para su perfeccionamiento y correcto funcionamiento en todo el Estado español, durante esta experiencia los laudos solo eran eficaces si las partes lo aceptaban. Es solo con expedición de la Ley de Arbitraje cuando los laudos se volvieron de cumplimiento obligatorio. Según Marcelo López Alfonsín y Fernanda Outón, hasta 1999, el Sistema Arbitral de Consumo funcionaba a través de cincuenta y nueve juntas arbitrales que se constituyeron a través de un acuerdo entre la Administración Central, (con competencia exclusiva) y las administraciones autónomas y locales.

Las razones de la existencia de un sistema arbitral de resolución de conflictos en materia del consumidor en España es justificado por la doctrina debido a la existencia de reclamaciones cuya cuantía no es alta,²⁰⁸ al temor respecto de los medios de defensa y poder económico del proveedor/ comerciante y sus características: voluntariedad, rapidez, eficacia, ejecutividad y economía del sistema (duración máxima de 4 meses). Ruíz Jiménez señala entre otras razones, conseguir mejores resultados – confianza, independencia, preparación técnica, etc. -, que desde soluciones jurisdiccionales.²⁰⁹ La finalidad de este sistema es no permitir la indefensión de los consumidores y al contrario conseguir una efectiva defensa de sus derechos, para lo que se hace indispensable la difusión de las ventajas de este sistema de manera que su falta de conocimiento no sea un obstáculo para su utilización.

El sistema español de arbitraje de consumo se caracteriza por proceder de la administración,²¹⁰ sin que por ello se desconozca la existencia de cortes de arbitraje privado,

²⁰⁸ La doctrina establece el criterio de antieconomicidad para definir la inconveniencia económica de acudir a un tribunal debido a que ese proceso implicaría mayores costos y tiempo de su solución por vía judicial incluso, que el beneficio obtenido por una sentencia favorable en el tema. El arbitraje gratuito, lleva incita la ventaja del acceso a la justicia libre de determinaciones económicas, lo cual también es una ventaja frente a los métodos tradicionales de acceso a justicia. En 1999 la cuantía de las reclamaciones en España varió entre 30 millones y 50 pesetas. Ver p. 4, José Ángel Ruiz Jiménez. Régimen Jurídico del Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo.

²⁰⁹ Existen diferentes opiniones respecto a las razones por las que se prefiere al sistema arbitral frente al judicial. Algunos autores señalan que este sistema se fortalecerá cuando la confianza en el mismo aumente y constituyan un sistema lo más próximo posible a la Institución Judicial, en la que los ciudadanos vean independencia, imparcialidad y justicia además de la preparación técnica de la Judicatura, las garantías tradicionales del proceso.

Estas afirmaciones no dudamos sean aplicables al sistema judicial español, más no al ecuatoriano que al contrario, sin que sea objetivo de esta investigación encontrar las fallas del sistema judicial ecuatoriano, no cumple con las características del español y es más bien mirado con desconfianza por la mayoría de ciudadanos, razones que aunque sean negativas para el sistema judicial son positivas para un sistema arbitral en Ecuador que se sustenta además en esta falta de confianza en la justicia ordinaria, sin embargo vale aclarar que el arbitraje no busca sustituir al administración de justicia sino realizar un trabajo complementario, alternativo, descongestionador.

²¹⁰ Ruíz Jiménez cita a Mullerat y recalca las bondades del arbitraje de consumo estadounidense en el sentido de que su característica más importante es no nacer de la iniciativa pública sino de la privada (empresas) que ven en el arbitraje un medio de solucionar las disputas de una forma rápida, eficiente y

como tampoco la posibilidad de que los conflictos relacionados con el derecho del consumidor puedan ser conocidos por un arbitraje general, regido por las normas de la Ley de arbitraje, fuera del ámbito de las normas especiales.²¹¹

El procedimiento de arbitraje de consumo en España, inicia con la presentación de la solicitud de arbitraje ante la *junta arbitral* de su domicilio, por parte del consumidor, las partes eligen el tipo de arbitraje (en Derecho o en equidad), previa la aceptación de la solicitud por la *junta arbitral*, luego de lo cual se corre traslado al proveedor quien puede aceptar someterse a arbitraje por escrito y en 15 días posteriores a la notificación, luego de lo cual se designa audiencia. El tribunal toma las decisiones por mayoría y se encuentra integrado por un sistema constitutivo que representan en igual proporción al consumidor, a la cámara o asociación empresaria, y a la Administración Central, si el laudo no es cumplido, el mismo es ejecutable ante la justicia de primera instancia.²¹²

De este procedimiento ágil debemos destacar la integración interinstitucional del tribunal arbitral que elimina posibles parcializaciones, ejemplo a imitar si se quiere implementar el arbitraje de consumo en Ecuador. Conocemos de propuestas que buscarían incorporarlo al arbitraje institucionalizado de las cámaras de comercio, la misma que nos adelantamos en rechazar por parcializada.

Sin embargo, según Hinojosa,²¹³ el reconocimiento legal no es necesariamente atributo de una mayor protección de los consumidores debido, entre otras causas, a que no se ha trabajado en superar la desconfianza en el sistema arbitral por parte de la administración y por desinterés de las empresas, unido a esta falta de voluntad política y privada el autor destaca la ausencia del concepto de autoprotección de los ciudadanos demostrada por la falta de participación y debilidad de las asociaciones de consumidores, concretamente manifiesta: “...una falta de participación ciudadana que se manifiesta en una extraordinaria debilidad del tejido asociativo,

económicamente convenientes, señalándolo como el modelo a seguir. Ver en: http://www.industria.ejgv.euskadi.net/r44-2644/es/contenidos/informacion/8009/es_2596/es_12754.html. Coincide con este pronunciamiento Bernarda Flores Ivanovic al referirse al arbitraje de consumo en Bolivia, ver César Montaña Galarza, editor, *Temas Especiales de Derecho Económico, Memorias de la Segunda Conferencia de Derecho Económico*, “El arbitraje de consumo: el arbitraje como factor equilibrante de las relaciones proveedores-consumidores”, Quito, Corporación Editora Nacional, 2003. pp. 117 y ss.

²¹¹ Nos referimos al Real Decreto Español que reglamenta el arbitraje de consumo.

²¹² Vale aclarar que este sistema tiene características especiales en España: no existe un límite máximo o mínimo de la cuantía reclamada, los laudos son de ejecución obligatoria y gratuito para las partes, éstas cubren ciertos gastos como en caso de peritajes.

²¹³ Jorge Hinojosa, *Nuevas Tendencias en materia de protección del Consumidor*, http://www.industria.ejgv.euskadi.net/r44-581/es/contenidos/informacion/publi_didactico/es_1302/adjuntos/INDICE.pdf, p. 245.

quizá frenada por impulsos públicos que confunden tutela de los derechos con gestión directa de los mecanismos de protección. Originándose una confusión práctica entre instituciones públicas (OMIC's fundamentalmente) con instituciones privadas absolutamente necesarias e imprescindibles como son las asociaciones de consumidores. Si en España se requiere reforzar la participación directa del ciudadano, qué podríamos decir del caso ecuatoriano en el que es nula la participación del Estado en apoyar a estas asociaciones y son las ONGs que sin desmerecer su valioso aporte, las que tratan de colmar el gran espectro del tema en total soledad, sin incorporar en realidad a las asociaciones de consumidores a este proceso.

Como breve referencia anotamos la regulación del arbitraje de consumo en México, India, Bélgica y Argentina. En México se regula como medio de solución de conflictos en materia de consumo, el sistema arbitral, que es aplicado por la Procuraduría Federal del Consumidor (PFC), o árbitros independientes que deben ser reconocidos por la PFC, no es necesaria la conciliación previa.

En India desde 1986 existe un sistema particular de resolución de conflictos integrado por la Comisión Nacional de Resolución de Disputas, con oficinas a nivel distrital y estadual que funcionan como instancias de apelación, la intervención de la Comisión Nacional (5 personas) y de las oficinas distritales y estatales también depende de la cuantía de las reclamaciones, a la primera le corresponde los casos de mayor cuantía, quien preside la comisión es un juez o abogado, el resto de integrantes debe tener conocimientos en resolución de conflictos vinculados a asuntos legales, económicos, etc., el proceso es gratuito, el laudo tiene fuerza de cosa juzgada; según Alfonsín y Outón, el sistema indio trata de manera integral en la sociedad de mercado, los problemas de defensa del consumidor y los de lealtad comercial y defensa de la competencia, protegiéndose de esta manera al consumidor directamente, como indirectamente (defensa de la competencia económica).

En Bélgica, el procedimiento de arbitraje de consumo es llamado "*geschillen commissie*", creado por las asociaciones de consumidores y los profesionales de tres sectores: agencias de viaje, lavanderías y venta de muebles, las decisiones del "*geschillen commissie*" son obligatorias, el consumidor debe pagar un monto proporcional al valor del litigio. Estas comisiones cuentan con el aporte del Ministerio de Justicia y Asuntos Económicos.

De otro lado, la legislación argentina establece en su Ley 24-40, que la autoridad de aplicación en temas de defensa del consumidor es la *Secretaría de Industria y Comercio*. El procedimiento inicia por denuncia previa a lo cual debe realizarse la conciliación, si no hay acuerdo se levanta un acta y se dispone agregarla a la documentación, posteriormente procede la citación al

proveedor que en el término de 5 días debe presentar las pruebas de descargo, señalar personería y domicilio, la Autoridad de Aplicación (AA) dictará resolución definitiva en 20 días. La apelación se realiza ante la Cámara Nacional de apelaciones de lo Contencioso Administrativo o ante las cámaras federales a nivel provincial. Es también atribución de la AA la organización de los tribunales arbitrales. (TA)

Del breve análisis realizado podemos inferir algunos puntos importantes: el éxito de un arbitraje de consumo depende de la existencia de una institución que lo proporcione y que garantice el equilibrio de las partes representadas en el tribunal arbitral, la necesidad de descentralizar estas instancias y finalmente de conseguir en lo posible acceso gratuito a este procedimiento en causas de menor cuantía, con procedimientos respetuosos de la LAM que lo regula de manera general

3.8 Factibilidad de aplicación del arbitraje de consumo en el Ecuador

La normativa sustancial de Derecho del consumidor necesita un marco procesal judicial o extrajudicial de resolución de conflictos adecuado, que permita aplicarla y dar solución a conflictos que se presenten en la materia, que como conocemos, tiene características especiales entre las que incluimos adicionalmente, factores como el mínimo valor económico de la mayoría de los reclamos individuales, la escasa presión, presencia pública y conocimiento de la LODC de las autoridades llamadas a aplicarla: intendentes y comisarios nacionales; y, la moderada, por no decir limitada, participación de la Defensoría del Pueblo.

Así también el modelo procesal debe cumplir con ciertas características especiales, que conforme a nuestra realidad, hagan factible su eficaz funcionamiento, hablamos de la gratuidad del servicio -sobre todo en los casos pequeña cuantía-²¹⁴, participación de un órgano independiente ajeno a todo tipo de intereses y motivaciones de grupos económicos, que ejecute este procedimiento, igualdad de las partes, audiencia, contradicción, etc. Por lo anotado, creemos inconveniente que las cámaras de comercio sean las únicas entidades encargadas de aplicar el arbitraje de consumo.

El arbitraje como puerta de acceso a la justicia de consumo podría ser aplicado conforme a la normativa de la Ley de Arbitraje y Mediación, pero creemos que debemos ir más allá debido a

²¹⁴ En la legislación argentina existe un procedimiento denominado “procedimiento especial” por el cual, según analizaremos con detalle se reducen plazos y pasos dentro del proceso arbitral. También consideramos que el costo del proceso se reduce pero para un real acceso al proceso arbitral deberíamos postular su gratuidad.

que la experiencia en la implementación de esta norma en el país demuestra que han sido únicamente las cámaras de producción en general las que lo han ejecutado.²¹⁵

Con este antecedente y para perfeccionar y difundir esta institución de características especiales, debido a la complejidad de temas y actores relacionados,²¹⁶ debemos considerar la necesidad de implementar un proyecto piloto como el español, a través del cual se podría proyectar la necesidad de un instrumento jurídico que avalaría la necesidad de una reforma legal que implemente el arbitraje de consumo en nuestro país.

Teniendo como antecedente la enunciación de los medios procesales existentes en las legislaciones de la Comunidad, y de otros países, creemos necesario analizar ciertas características del arbitraje y su viabilidad para la resolución alternativa de conflictos de consumo, entre ellos: la voluntariedad del procedimiento, el acuerdo arbitral, funcionamiento, competencia material, composición del tribunal, árbitros de consumo y temas como la oferta pública de adhesión, control del sistema nacional de arbitraje, clases de arbitraje, características, clases de procedimiento y etapas.

3.9 Voluntariedad

Para nuestro tema de estudio es indispensable recurrir a las regulaciones establecidas en la legislación interna en la materia.

La *Ley de Arbitraje y Mediación* ecuatoriana establece la característica de la voluntariedad del sistema arbitral en los arts. 1²¹⁷ y 5, esta voluntad individual o consentimiento mutuo, debe establecerse por escrito,²¹⁸ y estar determinado en un convenio o en una cláusula arbitral, sin

²¹⁵ Los centros de mediación y arbitraje inscritos en el Consejo Nacional de la Judicatura son 59, detallados en el Anexo III, y de conformidad con el art. 51 de la LAM, son detallados fundamentalmente los centros de mediación en los que se han incluido ingeniosamente los de centros de arbitraje, ya que conforme señala el art. 39 de la LAM, los centros de arbitraje deben registrarse en la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador.

²¹⁶ Laura Pérez Bustamante, *Derechos del Consumidor*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004, pp. 255 y ss. Establece con claridad la complejidad y señala que el tema tiene diversas variables entre las que señala la multiplicidad de intervinientes en la relación de consumo, entre ellos: consumidor y empresarios proveedores, integrantes de la cadena de producción, comercialización, los competidores entre sí, adicionalmente señala el autor la incidencia de las políticas económicas, las integraciones regionales, los procesos de normalización y estandarización, los problemas del comercio transnacional, los medios de comunicación y la influencia de la publicidad, la intervención de nuevos actores sociales como las organizaciones no gubernamentales.

²¹⁷ Art. 1 El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual **las partes pueden someter de mutuo acuerdo...**” la voluntad de las partes se manifiesta a través del mutuo acuerdo (el resaltado es nuestro).

perjuicio de las otras formas escritas²¹⁹ de someterse al arbitraje, a más del convenio arbitral que dejen constancia documental escrita de la *voluntad* de las partes.²²⁰

La renuncia a someterse a la jurisdicción ordinaria es de importancia,²²¹ y uno de los efectos del acuerdo arbitral, por ello, se requiere que la misma sea expresa e inequívoca, esta voluntad implica además el compromiso de cumplir la decisión arbitral.

La obligación en la legislación ecuatoriana respecto a que el convenio arbitral debe determinar de manera inequívoca el negocio jurídico al que se refiere,²²² entendemos busca evitar que se sometan a arbitraje materias que están excluidas.

Como se vio, el arbitraje puede ser institucional, administrado o independiente, y esta clasificación y definición interesa por cuanto servirá para determinar las reglas de procedimiento arbitral; el arbitraje de consumo además de ser un tipo de arbitraje especial, - consideramos- debe ser institucional-estatal, sin perjuicio de que se lo pueda desarrollar por un centro arbitral reconocido legalmente. En Ecuador la Ley establece un procedimiento específico.²²³

Sin embargo de lo anotado, algunos autores²²⁴ defienden la necesidad de crear un sistema arbitral obligatorio de consumo en ciertos casos, para que sea la voluntad individual del

²¹⁹ Ver Art. 6 de la LAM.

²²⁰ Art. 5.1 de la Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana señala: “El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las *partes deciden someter a arbitraje* todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual El Art. 5.2 señala el contenido obligatorio del convenio arbitral: “ El convenio arbitral *deberá constar por escrito* y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el *nombre de las partes* y la determinación inequívoca del negocio jurídico al que se refiere. En los demás casos, es decir, de los convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje”*(las itálicas son nuestras)*).

²²¹ Art. 7 LAM: El Convenio Arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria...”. “... los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado..”

²²² Ver el art. 5. 2. L.A.M

²²³ Ver arts.2 a 40 de la LAM, que regulan entre otros los siguientes temas: tipo de arbitraje: administrado o independiente, en equidad o en derecho; la capacidad para acudir al arbitraje, el convenio arbitral, medidas cautelares, demanda arbitral, citación y contestación de la demanda, contestación, audiencia de mediación, designación de árbitros, constitución del tribunal, inhabilidades y recusación de árbitros, audiencia de sustanciación , duración del arbitraje, conocimiento, inapelabilidad y nulidad de los laudos.

²²⁴ Al respecto ver, Laura Pérez Bustamante, *Derechos del Consumidor*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004, p. 266. Resulta de suma utilidad entender los objetivos de la propuesta de arbitraje de consumo obligatorio de Pérez Bustamante, que claramente manifiesta:

“Esto tendría un doble objetivo: por un lado, dar solución a un amplio espectro de reclamaciones que actualmente quedan sin respuesta; y, por otro, economizar recursos, concentrando en un solo sistema dos tipos de actuaciones, una dirigida a dar soluciones para casos de reclamos pequeños

consumidor la que prime y decida respecto a la elección del sistema arbitral de consumo en los casos de reclamaciones económicamente menores. Propuesta realizada en virtud de la experiencia argentina, en la que, debido a la falta de tribunales de menor cuantía, se deja sin posibilidad de acceso a la justicia de reclamos de montos menores.

Mirándonos en el espejo argentino, encontramos singulares semejanzas, ya que, a pesar de que la legislación ecuatoriana fue visionaria en la materia y consagró la actuación de tribunales de menor cuantía llamados *juzgados de contravenciones*²²⁵ no hemos contado luego de cinco años de vigencia de la actual LODC, con la voluntad política-racional para implementarlos.²²⁶

A pesar de ello consideramos que el arbitraje cualquiera sea su tipo, debe ser elegido por libre voluntad de las partes y no impuesto. En España la oferta pública de arbitraje que realizan algunas empresas son incentivos, propagandas que atraen clientes, el consumidor al comprar el producto no se ve *obligado* a sujetarse a un procedimiento arbitral, esta obligación es solo de parte del proveedor.

La libre voluntad de las partes se manifiesta mediante un acuerdo, en esa línea, las legislaciones argentina y española cuentan con formularios aprobados y de conformidad a disposiciones legales, que generalmente contienen dos disposiciones: la aceptación de las partes al procedimiento arbitral de consumo y la aceptación inexcusable de la elección de árbitros, designados conforme a sorteo.

3.10 Autoridad administradora del procedimiento

Para el funcionamiento del procedimiento se requiere -como en reiteradas ocasiones hemos establecido- una autoridad designada por ley para organizar y administrar el funcionamiento del sistema arbitral de consumo, que no creemos debe ser registrada ante la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador por cuanto se trataría de una Institución Estatal creada para el efecto.

montos que, de otra manera, requerirán la creación de tribunales especiales, y otra semejante al sistema voluntario actual, que se utilizaría para reclamaciones por montos superiores.”

²²⁵ Ver la Disposición Transitoria Primera de la LODC.

²²⁶ Sería exorbitante al propósito que persigue este trabajo, pero de utilidad indiscutible para decretar el funcionamiento positivo o negativo del sistema ecuatoriano de protección al consumidor, *a posteriori*, realizar un diagnóstico práctico de estos 5 años de vigencia de la LODC, sobre todo, para medir el aporte al conocimiento y ejercicio de los derechos del consumidor, llevados a cabo por las instituciones involucradas legalmente en el tema como la Defensoría del Pueblo y la actuación de los comisarios, intendentes de Policía. Debemos sumar a estos actores, la importante presencia de la Tribuna del Consumidor y el Usuario, ONG que se ha encargado de auspiciar la defensa de los derechos mencionados.

Mientras que en Argentina es la Secretaría de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, en España es la SNAC la institución encargada de funciones fundamentales como: dictar normas de procedimiento, administrar el registro nacional de representantes de asociaciones de consumidores y asociaciones empresariales, que podrán integrar los tribunales arbitrales, crear un registro de árbitros institucionales del sistema nacional de arbitraje de consumo, planificar la financiación del sistema nacional de arbitraje, crear y administrar registro de oferta pública de adhesión al *sistema nacional de arbitraje de consumo*, y entregar el distintivo a las personas inscritas en el mismo, difundir el sistema, etc.

La *oferta pública de adhesión al arbitraje de consumo* consiste en un pre compromiso de los proveedores de adherirse al sistema arbitral de consumo a través de un contrato de adhesión que curiosamente, le obliga, solo a él, este compromiso del proveedor tiene ciertas características formales como su presentación por escrito, la determinación de la materia, el territorio y el tiempo de la oferta, la manifestación expresa del sometimiento, en algunos casos, la delegación de la elección del árbitro institucional, el compromiso de cumplimiento del laudo y la renuncia a los recursos durante la sustanciación del procedimiento y contra el laudo, salvo excepciones de ley.

Algunos autores establecen ventajas importantes por esta oferta pública voluntaria, entre ellas señalan: acceso ágil a la justicia para ambas partes, equidad garantizada por la conformación del tribunal, para el proveedor ésta puede atraer clientes al generar confianza.

Para que el consumidor o usuario se obligue, requiere una declaración independiente y a través de un convenio arbitral.

3.11 Competencia

Hablamos de competencia material esto es, en relación a la materia, como criterio delimitador de la libertad de elegir el procedimiento arbitral. Para determinar cuándo los tribunales arbitrales de consumo tienen competencia, es necesario determinar las materias incluidas o excluidas de este procedimiento por ley. Estarán incluidos, obviamente, aquellos derechos contemplados en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y las normas conexas que hagan relación al consumidor o usuario dentro de nuestra legislación.²²⁷ Luego de esta especificidad debemos considerar las exclusiones realizadas para el arbitraje en general y son aquellas prohibiciones

²²⁷ Es conocida la naturaleza jurídica especial y la dispersión de la regulación del consumidor y el usuario en el país, véase en especial el Capítulo I punto 1.3.2

relativas al orden público y sobre las que no tenemos libre disposición, o aquellas que no pueden ser objeto de transacción.

Para el efecto, y en forma únicamente enunciativa, resaltamos por su claridad la descripción realizada por Laura Pérez Bustamante,²²⁸ quien tomando la regulación argentina en la materia describe las materias excluidas, entre ellas encontramos las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, las cuestiones que por ley no pueden someterse a juicio arbitral: cuestiones que no pueden ser objeto de transacción y las cuestiones referidas al orden público, las cuestiones penales referentes a daños físicos, psíquicos o muerte del consumidor, las cuestiones que por el monto reclamado quedan exceptuadas. Es de especial interés para esta investigación la consideración final respecto del monto de lo reclamado ya que la legislación argentina considera un tope máximo y mínimo para que las reclamaciones de consumo puedan hacerse vía arbitral, para los segundos se establece un procedimiento especial (reclamos inferiores a 500 pesos).

3.12 El Tribunal Arbitral

La integración del tribunal arbitral de consumo se realiza según la experiencia de legislaciones analizadas, conforme establece la ley, y generalmente es integrado por representantes sectoriales, esto permite como resulta lógico, confianza en un sistema que no muestra parcializaciones y permite un conocimiento cabal de las dos posiciones, debidamente representadas, se busca entonces la imparcialidad y equidad. Adicionalmente, permite la incorporación de los consumidores y sus representantes en los centros de decisión, difundiendo así las ventajas de la asociación de miembros y de sus derechos.

3.13 El procedimiento arbitral de consumo, fases fundamentales

La experiencia argentina señala las siguientes fases en el arbitraje de consumo, en este acápite deseamos comparar esta experiencia con la Ley de Arbitraje y Mediación vigente en Ecuador.

1. Acuerdo arbitral necesario para iniciar el procedimiento: sea mediante la presentación de la solicitud de arbitraje del consumidor en caso de que el proveedor tenga la oferta pública de adhesión (se le notifica en 5 días) o por la suscripción del acuerdo mutuo y posterior al nacimiento del conflicto. Si se rechaza formalmente la solicitud o si no se

²²⁸ Laura Pérez Bustamante, *Derechos del Consumidor*, pp. 271, 272, 273.

presenta a suscribir el convenio dentro del plazo, se archiva la causa, se notifica al reclamante y se liberan las otras vías judiciales.

Como habíamos señalado la LAME señala en su art. 5 la definición de convenio arbitral y el art. 6 establece la posibilidad de sometimiento al arbitraje por cualquier medio, por lo que la oferta pública de adhesión resulta jurídicamente viable, aunque sería preferible reglamentarla.

2. En caso de que el arbitraje sea sobre cuestiones excluidas legalmente, la autoridad SNAC rechaza fundadamente la solicitud, rechazo irrecurrible, nuestra LAM establece las materias arbitrables, se deberá sin embargo delimitar dentro del Derecho del Consumidor específicamente cuáles son estas materias.
3. En 5 días el proveedor debe designar árbitro de su sector proveedor o consumidor.
4. En 10 días se fija audiencia para que concurran las partes.
5. El laudo arbitral se emite a los 120 días como máximo, a partir de la conformación del tribunal, el laudo tiene carácter vinculante= a cosa juzgada= a sentencia y puede ejecutarse.
6. Los recursos admitidos son la aclaratoria y la nulidad, a los 5 días de notificado el laudo.
7. Las notificaciones y más diligencias las realiza la secretaría del tribunal.

El procedimiento especial de arbitraje de consumo en Argentina establece la simplificación del procedimiento que implica reducción de plazos y formalidades con el fin de alcanzar proporcionalidad entre el valor de lo reclamado y el costo del proceso, economía procesal es el fin y el objetivo del mismo.²²⁹

Es precisamente esta diferenciación la que deberíamos considerar al desarrollar una propuesta de arbitraje de consumo en Ecuador, que permitiría optar por un procedimiento un poco más extenso para causas de mayor cuantía y otro más simplificado para aquellas de menor cuantía, procedimiento que no será abordado en esta investigación, que se ha propuesto únicamente analizar la factibilidad de esta incorporación y determinar sus principales características. Las

²²⁹ Procedimiento especial

1. Al suscribir el acuerdo o la oferta de adhesión al sistema las partes automáticamente delegan a la autoridad, el sorteo del árbitro único.
2. A 2 días de sorteo los árbitros, la autoridad notifica la designación, a los 3 días los árbitros toman conocimiento de la controversias y fijan una audiencia en 10 días, el árbitro intenta la conciliación.
3. Ordenará la producción de pruebas. Con alto poder de instruir las mismas
4. De oficio o a pedido de las partes se puede pasar a un cuarto intermedio de 72 horas.
5. Dicta el laudo inmediatamente o en un plazo no mayor a las 48 horas de concluida la audiencia.

causas de esta omisión son fundamentalmente el acatamiento de los requisitos de extensión de este trabajo y el cumplimiento del plan de investigación.

La determinación de la gratuidad o no de un procedimiento en virtud del bien jurídico que se tutela, también ha sido utilizado por los legisladores que eliminaron la gratuidad en la administración de justicia ecuatoriana para las causas civiles²³⁰, pero sigue presente en causas penales.

Para la mejor comprensión del procedimiento arbitral, señalaremos las fases del procedimiento arbitral anotadas por la doctrina:²³¹

a) Fijación de la Litis.- Se presenta la demanda ante el director del centro de arbitraje o ante el árbitro o árbitros independientes. (Requisitos señalados en el art. 10 de la Ley de Arbitraje, Mediación y Conciliación ecuatoriana).

B) Fase probatoria.- Compuesta fundamentalmente por la Audiencia de Mediación a la que concurren: partes, apoderados o representantes y opcionalmente los abogados, el resultado de esta audiencia constará en una acta (acuerdo total o parcial) que tendrá efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, si una de las partes no concurre se le declara rebelde y se considera para condena en costas.²³²

De no llegarse a acuerdo se procede a la designación de árbitros (tribunal constituido por tres árbitros principales y uno alterno), que aceptan o no la designación a los tres días posteriores de la notificación con la designación.

A continuación se realiza una audiencia de sustanciación en la que se posesiona el secretario, se da lectura al convenio arbitral y el tribunal decide su competencia o incompetencia. Declarado competente el tribunal ordena la práctica de diligencias probatorias pertinentes.

c) Fase conclusiva.- Está compuesta de la presentación de alegatos en audiencia en estrados. Ulteriormente, el tribunal normalmente tiene un plazo para emitir el laudo, a partir de la

²³⁰ El Reglamento de Tasas judiciales establece:

Art. 10.- Exenciones.- De acuerdo con el artículo 207 de la Constitución Política de la República se encuentran exentos del pago de tasas judiciales los servicios prestados por la Función Judicial en causas penales, laborales, de alimentos y de menores. Consecuentemente ningún otro servicio judicial está exento de pago de tasas.”

²³¹ Existe gran diversidad de criterios para determinar conceptualmente las diversas etapas del proceso arbitral, entre ellos Larreátegui y Lino E. Palacio, para este estudio tomamos el criterio de Larreátegui al respecto.

²³² Ver art. 15 de la LACM.

audiencia de sustanciación, término prorrogable hasta por un período igual por acuerdo de las partes o decisión del tribunal. Luego el laudo se expide por mayoría de votos, con la firma de todos, si hay voto salvado o falta una firma el detalle es anotado por el secretario sin que esto afecte a la validez del laudo.

La transacción previa al laudo tiene igual efecto que éste.

d) Fase de interposición.- Entendida ésta como aquella en la que las partes solicitan la aclaración o ampliación, interpuesta antes de que se ejecutorie el laudo.

3.14 Incorporación del arbitraje de consumo en la legislación ecuatoriana. Algunas aproximaciones

Actualmente no contamos con el mecanismo o procedimiento ágil para la defensa de los innovadores derechos consagrados en la ley, que duermen en el limitado accionar de la Defensoría del Pueblo –sin más atribuciones que las de mediador- y en el desconocimiento y politización de las comisarías e intendencias de policía. Con estos antecedentes desarrollados en los anteriores capítulos, creemos que una de las salidas es la propuesta de implementación del arbitraje de consumo, que siguiendo el ejemplo de legislaciones más avanzadas en el tema, busque solucionar al menos parcialmente las fallas procedimentales e institucionales de nuestra LODC, sin que esto excluya la urgente necesidad de reformar integralmente la ley, sobre todo en lo relativo al procedimiento y las instituciones de control de la defensa del consumidor.

Para implementar este procedimiento será necesario inicialmente constituir una experiencia piloto como la española en la materia, que previamente a su implantación y regulación jurídica, mida y evalúe la aceptación y reales necesidades de funcionamiento, difunda y cree las bases de una futura reforma legal.

Es necesaria además la implementación de una institución nacional competente que regule y administre la implementación del sistema que promueva la protección al consumidor, caracterizada en la legislación comparada por ser independiente y autónoma o adscrita al Ministerio de Comercio²³³ o similares.

²³³ En España, el Real Decreto 1087/2003, establece la estructura básica del Ministerio de Sanidad y Consumo.

Existen propuestas de que se reforme la LODC para eliminar el art. 43 que hace relación a la inclusión de la cláusula de arbitraje y mediación en un contrato de adhesión,²³⁴ para que de esa manera se difunda el arbitraje de consumo y los medios alternativos como la mediación, al respecto, debemos disentir con estos criterios debido a que los métodos alternativos perderían la característica principal de su nacimiento, la voluntariedad, incluir peligrosamente este medio en una cláusula que no puede ser negociada por parte del consumidor implica renunciar al arbitraje voluntario y hacerlo obligatorio, cambiándose su verdadera motivación, la libre disposición y voluntad de sometimiento, sobre esto la doctrina ha sido muy clara. Desde la visión del proveedor, su disposición para acogerse a este medio a través de la Oferta Pública de Sometimiento ha sido vista en la experiencia internacional como una garantía y un valor adicional para los bienes o servicios que oferta.

A continuación esbozamos algunas reflexiones para la implementación del procedimiento arbitral de consumo, tomando como ejemplo los segmentos fundamentales del procedimiento arbitral de consumo español.²³⁵

²³⁴ Art. 43.- Cláusulas prohibidas.- Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que:

4.-Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento.

²³⁵ El Real Decreto español 636/1993, que regula el Sistema Arbitral de Consumo es bastante simple y práctico, tiene 17 artículos y 5 capítulos que son: *Capítulo I.- Objeto*, *Capítulo II.- De las Juntas Arbitrales de Consumo*, *Capítulo III.- De la formalización del convenio arbitral*, *Capítulo IV.- Del procedimiento arbitral de Consumo*, *Capítulo V.-Del Laudo Arbitral*.

Muy brevemente, las fases de este procedimiento son:

1.- Formalización de la solicitud de arbitraje por parte del consumidor ante la Junta Arbitral de Consumo de su domicilio. (art. 5).

2.- Notificación al proveedor, si no existe una oferta pública de adhesión para que manifieste o no su conformidad al sometimiento, (art. 6)

3.- Formalización del Colegio Arbitral, compuesto por 3 árbitros, representantes de los consumidores del sector empresarial y el presidente del Colegio Arbitral, designado por la administración de la que dependa la Junta Arbitral de Consumo. Si la reclamación se dirige contra entidad pública, las partes podrán elegir de mutuo acuerdo al Presidente del Colegio arbitral, que puede ser ajeno a la Administración Pública, (art. 11)

4.- Los árbitros son designados por los organismos a los que representan, en el plazo máximo de tres meses, (art.12) 5.-Aceptada la solicitud se cita a las partes para una audiencia, sin necesaria intervención de abogado.

5.- El Colegio solicita el despacho de pruebas, bien de oficio a petición de las partes (art. 13).

6.- La emisión de un laudo resuelve el conflicto y tiene carácter vinculante y valor de cosa juzgada, (art. 17). El laudo es inapelable, y solo cabe la *anulación* ante la Audiencia Provincial y la Revisión: corrección y aclaración (art. 17), el trámite de nulidad y de revisión se realiza conforme a lo establecido en la *Ley de Arbitraje* española.

1.-Autoridad de aplicación: Se debe establecer la autoridad que fundamentalmente vigilará y organizará el sistema, conformará los tribunales e implementará el registro de árbitros sectoriales. Organismo que podrá establecer un régimen de estímulos a los comerciantes que se adhieran al sistema.

2.-El arbitraje de consumo será voluntario, preferentemente oral, los tribunales de arbitraje serán colegiados y estarán integrados por representantes de la Administración, (entidad gubernamental que presidirá el tribunal) de los consumidores (asociaciones de consumidores) y de los proveedores (cámaras de comercio- industrias), que actuarán como amigables componedores o árbitros de derecho. Los árbitros serán elegidos por las partes del listado otorgado por sus respectivas organizaciones.

3.- El Tribunal decidirá sobre su competencia para conocer el caso. La negativa a comparecer de una de las partes, no deberá significar sanción jurídica, más la negativa de un comerciante adherido al Sistema Nacional de Arbitraje podría ser sancionada con la expulsión del mismo de este sistema. No consideramos que esta oferta torne obligatoria la jurisdicción arbitral de consumo.

4.-El laudo será en equidad, salvo acuerdo de las partes en las que se establezca el arbitraje en Derecho. La norma deberá establecer el término máximo para la emisión del laudo el mismo que tendrá autoridad de cosa juzgada.

5.- Los laudos son inapelables, pero pueden aclararse o ampliarse. Las partes podrán interponer la acción de nulidad, conforme lo establezca la ley.

Estas breves referencias²³⁶ únicamente se acercan a los lineamientos principales del procedimiento arbitral. Una propuesta integral deberá incluir un *diseño institucional* para la

La duración máxima del procedimiento es de 4 meses (art. 14) y no existe término adicional en razón de la cuantía del bien motivo del litigio.

Ver, Real Decreto español (RD 636/1993). Capítulo IV del Procedimiento arbitral de consumo. Para ampliar detalles sobre la trascendencia de cada etapa de este procedimiento, ver, *Derecho de Consumo*, María José Reyes López, “El sistema arbitral de consumo”, Luis Abellán Tolosa, pp. 365- 438.

²³⁶ Entre las características más importantes del Sistema Arbitral de Consumo en España podemos mencionar que es administrado, gratuito, especializado, vinculante y ejecutivo, ágil, privado, voluntario. El sistema español faculta a los consumidores a presentar por escrito o por medios electrónicos la solicitud de arbitraje.

implementación descentralizada del sistema nacional de protección al consumidor dentro del que operaría el Sistema de Arbitraje de Consumo, y para lo cual se requieren obviamente reformas de consideración a la LODC.

Existe el Instituto Nacional de Consumo que es autónomo y adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, el mismo presta servicios como: asesoramiento, información, educación, arbitraje, seguridad de productos de consumo, análisis de mercado y seguimiento de la publicidad, investigaciones y control de calidad y de productos alimenticios.

El Instituto Nacional de Consumo funciona a través de Juntas Arbitrales de Consumo con ámbitos municipal, provincial y autonómico. Juntas que se autorizan mediante acuerdos con la Administración General del Estado. Datos proporcionados por generosidad de la Dra. Haydée Alvarado.

CONCLUSIONES

- La necesidad de protección al consumidor y su reconocimiento jurídico están justificados en las fallas de mercado y las diferencias de poder entre las partes, por ello es necesaria la intervención estatal.
- La *multidisciplinarietà* del Derecho del consumidor se comprobó debido a que su ámbito, objeto, sujetos, principios, enfoques son diferentes a las ramas tradicionales del Derecho. El Derecho económico, como categoría sistemática engloba al Derecho del consumidor, al ser ambas normas de contenido social, que regulan la intervención estatal con el fin de buscar el equilibrio del mercado, dotar de eficiencia y justicia al sistema económico.
- El Derecho del consumidor en Ecuador tiene rango constitucional y está regulado como un derecho individual, colectivo, económico, y nutre los conceptos de economía social de mercado y estado social de Derecho.
- Junto con la tutela constitucional y legal, los componentes básicos de la política de defensa al consumidor: educación, información, protección al consumidor, acceso a la

justicia organización, representación y consulta, son el marco ideal para el efectivo desarrollo de este derecho.

- Luego de analizadas las visiones y la evolución conceptual del Derecho del consumidor, concluimos que actualmente nos proyectamos a alcanzar un modelo mixto, participativo que adopte una postura ecléctica y cubra las necesidades de estos tiempos.
- Adoptamos una definición de consumidor con una visión subjetiva- mixta con un factor caracterizador: la adquisición, utilización, debe tener finalidad privada y los bienes no deberán ser posteriormente incluidos en un proceso productivo.
- Luego de realizar una breve descripción del contenido de la LODCE notamos que es indudable el avance de esta ley en relación a la anterior en cuanto a la consagración de derechos con características especiales. Definimos las características fundamentales de la LODC: de orden público, que consagra el principio pro consumidor y la responsabilidad objetiva y solidaria, inversión de la carga de la prueba, vinculación de la oferta, etc.
- Las Directrices para la protección del Consumidor dictadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en abril de 1985, ampliadas en 1999, fruto del trabajo del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas son el marco básico internacional de protección de los consumidores. La Comunidad Andina establece regulaciones de protección al consumidor, pero es patente la ausencia de normativa comunitaria especializada. Por su importancia resaltamos las decisiones 608, 539 y el establecimiento del Sistema Andino de Normalización, Acreditación, certificación, ensayos y metrología (SAN). Apoyamos la implementación del Sistema de Alerta Andino y la constitución de una Asociación Andina de Consumidores.
- Dentro del procedimiento judicial de protección al consumidor en Ecuador realizamos un análisis del que concluimos:
 - Se consagra un procedimiento de mediación realizado por la Defensoría del Pueblo, uno penal-contravencional ejecutado transitoriamente ante los comisarios, intendentes, y un procedimiento civil a seguir frente al juez civil, relativo a indemnización de daños y perjuicios. Estos procedimientos son dispersos y excesivamente largos. Existe indefinición en la naturaleza de las infracciones.

Al estar reconocida legalmente la posibilidad de aplicación de los MASC en la LODC también cabe la derivación procesal a los Centros de Mediación de la Función Judicial Respecto al procedimiento que debe seguir la Defensoría del Pueblo, es de anotar la falta de coherencia entre las disposiciones procesales de la LODC y de la LODP Consideramos que se debería registrar el Centro de Mediación de la Defensoría del Pueblo en el Consejo Nacional de la Judicatura en cumplimiento a lo que dispone el art. 52 de la LAM. Actualmente en la Defensoría del Pueblo actúa como mediador

independiente debidamente autorizado, el actual Director del Centro. La Defensoría del Pueblo y la Superintendencia de Compañías tienen un convenio de cooperación interinstitucional, el principal aporte de la Superintendencia es la participación de mediadores autorizados.

- Concluimos que se debe reformar varias disposiciones de la LODC, entre ellas lo relativo al procedimiento y sus plazos, adicionalmente se debe incorporar, en cuanto al procedimiento, como norma supletoria además del Código de Procedimiento Civil al Código de Procedimiento Penal.
- El establecimiento de la jurisdicción civil para el trámite de indemnizaciones, implica una menor agilidad en el proceso de reclamo, y el proceso penal en manos de funcionarios de policía, no garantiza el acceso a la justicia de los consumidores, por ello es de fundamental importancia el cumplimiento de la Ley y el funcionamiento de los juzgados de contravenciones.
- Solo el funcionamiento conjunto del sistema judicial, de un órgano administrativo independiente y especializado, y del arbitraje de consumo entre otros medios, conjuntamente con una visión renovada de la actuación de la Defensoría del Pueblo, podría fortalecer las vías de protección al consumidor. Ecuador es el único país en la CAN en el que no existe un ente administrativo que imponga sanciones administrativas en materia de consumidor, por lo que es menester crear una institución autónoma financiera y funcionalmente que se especialice en este campo y pueda aplicar sanciones administrativas, como alternativa adicional a la posibilidad de recurrir a una autoridad policial o jurisdiccional. Con estos antecedentes y bajo las conclusiones que nos da el análisis de las normas procesales de los países de la CAN en este tema, la reforma legal, el estudio comparado de la experiencia andina y europea en especial la española son fundamentales.
- La reforma deberá considerar el acceso a justicia de sectores de escasos recursos. Se deberá regular de manera completa la acción popular asunto que también debería incorporarse en los planes de apoyo internacionales sobre reforma judicial en nuestros países. Estudiamos que también el amparo es una garantía abierta para la protección del Derecho de los consumidores.
- Respecto del arbitraje y su clase de jurisdicción debemos manifestar se trata de una jurisdicción voluntaria, razonando que la misma nace del arbitrio del que la propone. Debemos por lo mismo remitirnos a las disposiciones del art. 18 del Código de Procedimiento Civil
- Es necesario reformar la LODC e incorporar reformas que incluyan la posibilidad de recurrir a un arbitraje especializado en la materia con un procedimiento especial

abreviado, más ágil, organizado y administrado por el Estado, en consideración a la gratuidad del mismo y la equidad de los intervinientes.

- El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos aceptado constitucional y legalmente en el Ecuador su evolución en nuestro ordenamiento jurídico lo demuestra. Para implementar el arbitraje de consumo en nuestro país también debemos considerar aspectos fundamentales del procedimiento y la organización, entre ellos, considerar la creación de la estructura administrativa adecuada, por lo que es necesaria la creación de un órgano rector descentralizado, autónomo, que realice actividades de promoción y fomento de los derechos de los consumidores y usuarios, además de la organización del sistema de arbitraje de consumo a nivel nacional. El procedimiento deberá ser ágil, estar en armonía con la LAME, ser gratuito en consideración de la cuantía del reclamo, y estar constituido por cuatro fases fundamentales: Fijación de la litis, b) fase probatoria, c) Fase conclusiva, d) fase de interposición
- El arbitraje de consumo, conforme lo indica la experiencia internacional, puede ser una herramienta eficiente para la solución de conflictos especialmente de menor cuantía en los que el acceso a la vía judicial, sobre todo por costas judiciales y duración excesiva del litigio, sería inviable. La experiencia puede fortalecer la necesidad de este arbitraje especializado, por ello las ideas para implementarlo pueden ser variadas. Por ejemplo, se propone la formulación e implementación inicial de un proyecto piloto de arbitraje de consumo en el país, que determinaría su aceptación, viabilidad y conveniencia.
- Afirmamos la validez del arbitraje de consumo como medio de solución de conflictos entre consumidor y proveedor, que considere como marco fundamental la LODC sus principios e instituciones, como referencia fundamental y no secundaria. Como establece la ley, por ser medios alternativos voluntarios no se puede obligar al consumidor al arbitraje de manera obligatoria.
- Aportará en el fin propuesto –de protección jurídica al consumidor- la actuación de grupos organizados como asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, en definitiva grupos sociales que actúen en defensa en defensa de estos derechos con una actitud participativa y democrática. Para el fin es necesario el establecimiento legal de la contribución económica estatal para el financiamiento de las organizaciones de consumidores como sucede en el caso chileno.
- Finalmente, es menester sugerir la importancia de que las universidades incluyan dentro de sus programas, asignaturas en las que fundamentalmente se difundan los derechos colectivos, difusos y de interés público como son los derechos del consumidor. Educar para escuchar las necesidades sociales, crear compromiso social en los profesionales que se preocupen en acercar a la justicia a quienes tradicionalmente no

han podido, sin irrespetar principios tradicionales del derecho, pero buscando cambios de visión de lo jurídico hacia su verdadero fin, la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- AIMONE GIBSON, Enrique, *Derecho de protección al consumidor*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1998.
- ALCOVER GARAU, Guillermo, *La responsabilidad civil del fabricante. Derecho comunitario y adaptación al Derecho Español*, España, Editorial CIVITAS, S.A., 1990.
- ARCOS CEVALLOS, Xavier, *La Desigualdad del Consumo en Ecuador*, Quito, Cornell University, Ediciones Abya-Yala, 1997.
- BALDEÓN, Genaro, *Propuesta de Instrumentación del Arbitraje en la Comunidad Andina*, <http://www.comunidadandina.org>
- BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Los Principios Procesales y la Reforma Procesal*, México, Biblioteca Jurídica DIKE, 1988.
- BONFANTI A. Mario, *Derecho del Consumidor y del Usuario*, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 2001.

- BARONA VILLAR, Silvia, Coord., *Tutela de los Consumidores y Usuarios en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2002.
- BOURGOIGNIE, Thierry, *Elementos para una teoría del derecho del consumo*, Vitoria, Departamento de Comercio, Consumo y Turismo del Gobierno Vasco, Eusko Jaurlaritza, 1994.
- CABANELLAS Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Edit. Heliasta, S.R.L. 1997.
- CASCAJO CASTRO José Luis, “Consideraciones sobre la Protección Constitucional de los Consumidores”, en NIETO NAVIA, Rafael, *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, MARS Editores, S.A., 1994.
- CARRASCO PERERA, Ángel; Días- Regañón Calixto, *El Arbitraje de Consumo, la experiencia de Castilla- La Mancha, (1992- 1996)*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1998.
- Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (CIEDLA), *La economía social de mercado. Un proyecto económico y político Alternativo*, Buenos Aires, Honrad Adenauer Stiftung A.C. S/A.
- CORTINA ADELA, *Por una ética del consumo, la ciudadanía del consumidor en un mundo global*, Madrid, Santillana Ediciones Generales, S. L., 2000.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (ampliadas en 1999)*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2001.
- Consumers International, 8th, International Consumer Law Conference, 9-11 april, 2001. “Acceso a Justicia: La realidad latinoamericana a través de sus leyes de protección del consumidor”, Auckland, New Zeland.
- CHACRÓN GIRÁLDEZ, Ana María, *Los principios procesales en el arbitraje*, España, José Maria Bosch Editor, 2000.
- CHAMORRO Carola, TROYA María José, *Protección Constitucional de los Consumidores en el Ecuador, I Seminario Ibero-Americano de Directos dos Consumidores*, <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconsu0013.html>
- CHÁVEZ Gardenia y GARCÉS Miriam, editoras, *El Derecho a la Reparación en el Procesamiento penal*, Quito, Edit. Comunicaciones INREDH, 2002.
- DE LA CUESTA, Paz Mercedes, editora, *Derecho Penal Económico*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003.
- DÍAZ MÜLLER, Luis, *El Derecho Económico y la Integración de América Latina*, Bogotá, Edit. TEMIS, 1988.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, 2001.

- GARCÍA PELAYO Ramón y GROSS, *Pequeño Larousse Ilustrado*, Buenos Aires, Edit. Larousse, 1974.
- GHERSI, Carlos Alberto, *Teoría General de la reparación de daños*, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997.
- GHERSI, Carlos Alberto, Director, *Contratos Problemática Moderna*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997.
- GIRALDO, Alejandro, *El Estado de Situación de la Protección al Consumidor en el Ámbito Nacional y Comunitario; una Propuesta de Decisión*, 1989-2002. <http://www.comunidadandina.org/>
- GONZÁLEZ TAMAYO, Jorge Luis, “Defensa del Consumidor: Control de Precios y Calidad, régimen jurídico”, Tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia. Quito, 1994.
- GRIJALVA, Agustín, “Defensa de la Competencia y del Consumidor”, Universidad Andina Simón Bolívar.
- GRIJALVA JIMENEZ, Agustín, TROYA JARAMILLO, José Vicente, *Elementos para un Derecho de la Competencia en Ecuador*, Foro No. 1, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, 2003.
- HERNÁNDEZ TERÁN, Miguel, *Derecho del Consumidor y Economía Social del Mercado*.
- HIGHTON Elena y ALVAREZ Gladys, *Mediación para Resolver Conflictos*, Buenos Aires, Primera Edición, Edit. AD-HOC- SRL, 1995.
- KINGMAN GARCÉS Eduardo y GARZA Gustavo, *Las ciudades en la transición al capitalismo. Modo de producción y urbanización*, Quito, Edit. Ciudad, Centro de Investigaciones, 1988.
- LAMARCA i MARQUÉS Albert, Facultad de Derecho, Univesitat Pompeu Fabra, Barcelona, enero de 2002, *Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones*, <http://www.indret.com>
- MANCERO SAMÁN, Alfredo, *La Constitución Económica del Estado Ecuatoriano y las nuevas condiciones de la economía mundial*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Fundación Konrad Adenauer, Fundación Ecuatoriana de Estudios Sociales, FESO, 1997.
- MARTÍNEZ MOLINA, Dunia, MOGROVEJO JARAMILLO Ingrid, “Medios Alternativos para la Solución de Conflictos en el Derecho Interno Ecuatoriano”, Cuenca, Tesis doctoral, Universidad del Azuay, 1998.
- MAZUELOS BELLIDO, Ángeles, *Soft law, ¿Mucho ruido y pocas neuces?*, www.reei.org

- MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Introducción al Derecho*, Bogotá, Editorial Temis, S.A, 1996.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, Lorenzetti, Ricardo, *Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1993.
- MONTAÑO GALARZA, César, editor, *Temas Especiales de Derecho Económico, Memorias de la Segunda Conferencia de Derecho Económico*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2003.
- MORENO VALDIVIESO, Ramiro, *El Arbitraje Comercial en Bolivia*, Moreno Valdivieso, Estudio de Abogados, S/E, S/C, S/A.
- MOHORADE, Alfredo, *ARBITRAJE, concepto y etimología, historia, naturaleza jurídica, clases, desarrollo, el arbitraje en la República Argentina, apéndices*, Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba, 2001.
- OYARTE MARTÍNEZ, Rafael, “Las Leyes Orgánicas”, Taller de Constitucionalismo y Democracia, Universidad Andina Simón Bolívar, 2004.
- Palao Moreno, Guillermo, *Derecho de Consumo*, Valencia, Edit. Tirat lo Blanch, 2002.
- PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, *Derechos del consumidor*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004.
- PIEDRAHITA ORTEGA, María Leonor, “La implementación del Sistema de Arbitraje de Consumo en el Ecuador” Monografía, Universidad Andina Simón Bolívar, 2004.
- PIRIS, Cristian Ricardo, *Defensa del consumidor y análisis económico del derecho*, Facultad de Ciencias Económicas-UNNE, Argentina.
- STIGLITZ A., Gabriel, *Protección Jurídica al Consumidor*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986.
- STIGLITZ A., Gabriel, Director, *Derecho del Consumidor, Doctrina, Jurisprudencia-Legislación*, Argentina, Editorial Juris, 1996.
- STIGLITZ A., Gabriel y Jorge Bru, *El amparo y los derechos de los Consumidores*, en *Revista de Derecho Procesal*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
- ROMERA, Oscar Eduardo, *Protección Penal del Consumidor, Análisis de la ley 24.240 y su reglamentación*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1999.
- STIGLITZ, Gabriel A., *Protección Jurídica del Consumidor*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986.
- STIGLITZ, Joseph, Conferencia dictada en la Universidad Andina Simón Bolívar, 25 de octubre de 2001.
- TROYA JARAMILLO, José Vicente, Editor, *Estudios de Derecho Económico, Memorias de la I Conferencia de Derecho Económico*, Quito, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, 1998.

- TROYA JARAMILLO, José Vicente, Mecanismos Alternativos de Solución de conflictos, Congreso FLDM 2000- La Administración de justicia en el México Contemporáneo, 2000.
- VALLEJO ARTEAGA, María Cristina, DE LOS RÍOS GUTIÉRREZ, Paola, *Fraude al Consumidor: ¿delito o contravención?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 1999.
- VVAA, Gabriela Rodríguez Fernández, compiladora, *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*, Buenos Aires, Editores del Puerto, S.R.L., 2000.
- VVAA, *Derecho Procesal Moderno*, Medellín, Primera Edición, Edit. Universidad Pontificia Bolivariana, Instituto Panamericano de Derecho Procesal y Biblioteca Jurídica DIKE, 1988.
- VVAA, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Justicia y Sociedad, hacia un mejor servicio público de justicia, España, Num. 2, abril de 1999.
- VVAA, GÓMEZ CASTALLO, José, Director, *Estudios sobre Consumo*, Madrid, Servicios Gráficos Colomina, S. A., 1995.
- VVAA, CIDES, editor, *Medios Alternativos en la Solución de Conflictos Legales*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1994.
- VVAA, BARONA VILAR, Silvia, Coord., *Tutela de los consumidores y usuarios en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2002.
- VVAA, Reyes López María José, Coord., *Derecho de Consumo*, Valencia, Edit. Tirant lo Blanch, 2002.
- VVAA, GÓMEZ CASTALLO José Domingo, director, *Estudios sobre consumo*, Madrid, Instituto Nacional del Consumo, 1995.
- VVAA, *Política y Derecho del consumo*, Bogotá, El Navegante Editores, 1988.
- VVAA, *El Derecho Constitucional del Siglo XXI; Diagnóstico y Perspectivas*, Derecho Civil Constitucional y Tutela del Consumo, Sofía Sagués, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2000.
- VVAA, *El Derecho como objeto e instrumento de Transformación*, “La globalización, la regulación y el Derecho del consumidor”, Buenos Aires, Edit. del Puerto s.r.l., SELA 2002.
- VVAA, Cámara Héctor, Director, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*; ROJO Ángel, “El Derecho Económico como Categoría Sistemática”, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982.
- WITKER V., Jorge, *Introducción al Derecho Económico*, Tercera Edición, México, Editorial HARLA, 1997.

- WITKER V., Jorge, *Derecho Económico*, Universidad Autónoma de México, México, Edit. Harla, 1985.

CUERPOS LEGALES

- Constitución Política del Ecuador, julio de 1998, Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución Política de Bolivia.
- Constitución Política de Colombia.
- Constitución Política de Perú.
- Constitución Política de Venezuela
- Ley de Defensa del Consumidor, R.O. 520, 12/09/90 (derogada)
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor del Ecuador, R.O. No. 116, 10/07/2000
- Código Civil Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código de Comercio, Corporación de Estudios y Publicaciones. R.O.S. 1202, 20/08/1960
- Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código de Procedimiento Civil. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley de Arbitraje y Mediación. Corporación de Estudios y Publicaciones. R.O. No. 145, 4 de septiembre de 1997.
- Ley de Casación Ecuatoriana. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo del Ecuador.
- Ley 1339, R.O.S., 862, 28/I/1992, Ley orgánica de la Función Legislativa, Capítulo VII. De las Comisiones
- Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor del Ecuador.
- Ley 640 de 5 de enero de 2001, de Colombia, relativa a la conciliación, Capítulo IX, de la Conciliación en Materias de Competencia y de Consumo.
- Ley no. 18.287, Establece Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, D.O. 7-II-1984.
- Ley No. 19.496, Derechos del Consumidor, Chile, SERNAC.
- Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo, 716, Perú.
- Decreto Ley 25868, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI, Perú.
- Ley 472 de agosto de 1998, por la que se regula las acciones populares, Colombia.
- Reglamento de Trámite de Quejas del Consumidor o Usuario de Ecuador, R.O. 113, 21/I/1999.

- Resolución legislativa 22, Registro Oficial 280, 08/Mar/2001, Leyes Orgánicas del Ecuador.
- Resolución del IEN 1, R.O. 854, 16/I/1992, Lista de bienes y servicios sujetos a control del INEN.
- Acuerdo Ministerial 108, R.O. 393, 13/03/1986, Dirección Nacional de Protección al Consumidor.
- Ley del Instituto Ecuatoriano de Normalización, INEN, Decreto Supremo 357, R.O. 54, 07/09/1970.
- Reglamento del Defensor Adjunto de Consumidores y Usuarios, R.O. 336, 10/12/1999.
- Decisión 539, Mesa Andina de Participación de la Sociedad Civil para la Defensa de los Derechos del Consumidor.
- La Decisión 418 referida a la expedición de Registro e Inscripción Sanitaria.
- Decisión 285, S.R.O 682, 13-V-91, Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia.
- Decisión 457, R.O. 269, de 3-IX-99.
- Decisión 376, R.O. 716, 14-VI-95, sobre Sistema Andino de Normalización, Acreditación, Ensayos, Certificación, Reglamentos Técnicos Y Metrología.
- Decisión 419, R.O. 176, 20-X-97; y Decisión 506, R.O. 385, 7, VIII, 2001, relativa al Reconocimiento y Aceptación de Certificados de Productos que se Comercialicen en la Comunidad Andina.
- Decisión 608, Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina.
- Tratado de la Unión Europea y Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, Director: Santiago Martínez L., Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia, marzo, Segunda edición, 1999.
- Ley Modelo de Consumers International para la Protección de los Derechos del Consumidor de América Latina y el Caribe.

PÁGINAS WEB CONSULTADAS:

<http://www.sic.gov.co>

<http://georgetown.edu/pdba/Constitutions>

<http://comunidadandina.org>

<http://www.bookonhand.com/we/arbitraje.htm>

<http://www.equitativo.com.ar/icecor/documentos>

<http://www.consumidoresint.cl/derecho.asp>

<http://www.elparaiso.org/ess/c3.htm>

<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dconsu0013.html>

http://www.profeco.gob.mx/servicio/mj_arbit.htm

<http://www.getxo.net/cas/comercio/arbitra.htm>

<http://www.veneno.co/2003/v-77>

<http://www.foros.hispanista.com/politica>

<http://www.mecon.gov.ar/secdef>

<http://www.mj.gob.br/dpdc>

<http://www.desarrollo.gov.bo>

<http://www.sernac.cl>

<http://www.meic.go.cr>

<http://www.consumo.inc.es>

<http://www.profeco.gob.mx>

<http://www.indecopi.gob.pe>

<http://www.reei.org>

<http://www.ildis.org.ec/amparo/acc.htm>

<http://www.consumo-inc.es>

ENTREVISTAS Y OTROS DOCUMENTOS

- Dra. Haydée Alvarado, Ex Directora Nacional de Defensa del Consumidor de la Defensoría del Pueblo, 19 de febrero de 2003.
- Lcda. María José Troya Rodríguez, Directora de la Tribuna del Consumidor y Usuario, 6 de marzo de 2003.
- Gaceta Judicial Serie XVI, No. 11, 9-IV-98 (Primera Sala de lo Civil y Mercantil, pp. 2782-89).
- Sistema de Organización y Manejo de Información Jurídica, Programa Fiel Magíster 7.1, Ediciones Legales.
- Programa jurídico SILEC PRO v4.

ANEXO I

GACETA JUDICIAL SERIE XVI, No. 11

- 9-IV-98 (Primera Sala de lo Civil y Mercantil, páginas 2787-89)
- CONTRATO DE TRANSPORTE: Responsabilidad del portador
- CONTRATOS DE ADHESIÓN: Cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad

"VISTOS: J.B. comparece y manifiesta que el 23 de septiembre de 1991, la empresa comercial E., depositó en la Agencia de la Cooperativa L. de Cuenca, diez cartones conteniendo productos agroquímicos, que debían ser entregados a él en la ciudad de Zapotillo; que al momento en que retiró la mercadería, se pudo determinar que faltaban uno de los cartones cuyo contenido o valor no le han sido entregados hasta la fecha pese a sus reclamos, por lo que demanda a V.E. en su calidad de Gerente de la Cooperativa L. a H.G. como chofer del vehículo que realizó el transporte, y a M.V. como propietario del mismo vehículo, para que sean condenados a entregarle el cartón indicado, o a pagarle, de manera solidaria, el valor de la mercadería, que asciende a S/. 244.800,00, más los correspondientes daños y perjuicios y costas del procedimiento. Citados que han sido los accionados únicamente ha comparecido M.V., quien se limitó a negar los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda. Substanciado el proceso, la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Loja, revocando el pronunciamiento de primer nivel, aceptó la pretensión inicial, resolución respecto de la cual M.V. interpone recurso de tercera instancia, y habiéndose radicado la competencia en esta Sala por el sorteo de ley, para resolver se considera:

PRIMERO: En la tramitación del proceso se han observado las solemnidades de ley, por lo que no hay nulidad que declarar.

SEGUNDO: Con el certificado de fs. 17, conferido por un funcionario de E. (la empresa remitente), cuya firma y rúbrica ha sido legalmente reconocida, el actor ha justificado que en el cartón extraviado habían veinticuatro frascos de Furadán 4 F de medio litro cada frasco, así como su valor a esa época; mientras que con la guía de transporte (carta de porte) de fs. 29, ha demostrado que dicha empresa remitió diez cartones de la mercadería indicada, pero únicamente se entregaron nueve, lo que es corroborado con las declaraciones de A.V. y J.V. (...), quienes han estado presentes al momento en que el accionante recibía la mercadería cuyo transporte fue encargado al bus No. 28 de la Cooperativa L. Con las confesiones fictas de los demandados (...) se confirman estos hechos y además que al llegar a Zapotillo, al darse cuenta que faltaba un cartón, el chofer se regresó por la carretera a buscarlo, encontrando que se había caído del carro y se habían roto varios frascos, sin que el contenido que no se estropeó le haya sido entregado al consignatario. A las mencionadas confesiones fictas, esta Sala les concede pleno valor, pues los accionados no comparecieron a rendir su confesión, ni justificaron en forma alguna su desacato, pese a los dos señalamientos y las prevenciones que les hizo el Juez a-quo.

TERCERO: El Art. 236 del Código de Comercio establece que 'la responsabilidad del porteador principia desde el momento en que las mercaderías quedan a su disposición o a la de sus dependientes y concluye con la entrega hecha a satisfacción de consignatario.'. En la especie, la empresa demandada tenía la obligación de acarrear y entregar al actor los diez cartones de productos agroquímicos cuyo transporte se le encomendó, debiendo cargarlos en el vehículo referido según el uso de personas inteligentes, para evitar que pudieran estropearse o caerse en la travesía. Al no haber obrado de esta manera, es aplicable el Art. 243 ibídem., que prescribe: 'el porteador responde de la culpa leve en el cumplimiento de las obligaciones que le impone el transporte. Se presume que la pérdida, avería o retardo ocurre por culpa del porteador'.

CUARTO: En la etapa de prueba el demandado M.V. solicita que se tome en cuenta a su favor 'la guía materia de este proceso, única y exclusivamente en la parte donde dice IMPORTANTE y cuyas cláusulas han sido aceptadas por el remitente'. Examinado dicho documento, se observa, que se trata de un contrato de adhesión preimpreso, en el que se ha insertado una cláusula en

virtud de la cual la empresa transportista, 'se responsabilizaba hasta por S/. 1.000,00 en caso de pérdida de lo que se describe en esta guía, salvo valor declarado...'. Es decir que el accionado pretende que, al no haber declarado el remitente el valor de la mercadería cuyo transporte encomendó, el porteador únicamente debe resarcirlo por su pérdida con una cantidad irrisoria, que ni siquiera equivale al proceso pactado por el acarreo. Con relación a esta pretensión, esta Sala anota que el inciso final del Art. 1590 del Código Civil faculta que las partes puedan agravar, atenuar e inclusive eximir de responsabilidad al obligado, pues en virtud del principio de libertad contractual, el acuerdo mutuo que puede comprometer contractualmente a las partes puede del mismo modo exonerarlas; pero esta libertad contractual tiene ciertos límites ya que no se puede convenir en contravención de ley, el orden público, la moral o las buenas costumbres, y por la misma razón, no puede ser materia del pacto, la exoneración anticipada de responsabilidad proveniente de la actuación dolosa ya que ello contraviene al orden público porque implica condonación de dolo futuro, en efecto, siendo el dolo un proceder ilícito, los pactos que, aún siendo fruto del acuerdo de voluntades de ambos contratantes tiendan a garantizar la irresponsabilidad por dolo futuro, implican legitimar por anticipado procedentes ilegítimos y permitir que el deudor no contraiga ningún deber legalmente exigible aunque proceda con la intención positiva de causar daño al otro contratante, lo cual repugna a la recta razón, por ello es que esta clase de pactos están expresamente prohibidos por la parte final del Art. 1508 del Código Civil, y por tanto esas estipulaciones carecen de valor, debiendo recordar, además que según el Art. 29 del Código Civil 'culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, EQUIVALE AL DOLO'. Para evitar confusiones la Sala considera necesario puntualizar lo siguiente: La doctrina hace una terminante distinción entre lo que es el dolo y la culpa grave que básicamente consiste en la intención con la que se obra: el dolo revela mala fe, determinación de perjudicar o causar daño a la persona o patrimonio ajenos; mientras que la culpa grave tiene lugar cuando se actúa con gran imprudencia, negligencia, impericia o imprecisión, pero sin el ánimo positivo de causar daño. Los tratadistas argentinos Rubén y Gabriel Siglitz, expresan que 'el dolo, como componente del delito, requiere intención de perjudicar; en el ámbito de la responsabilidad contractual, intención de inejecutar y, como vicio de la voluntad, intención de engañar a otro, de lo que se infiere que la mala fe, en todos estos casos, protagoniza el obrar del agente. Al contrario, la culpa, por grosera que sea, es de otra esencia moral, circunstancia que no habrá de ser desatendida la culpa grave exhibe ligereza y torpeza extremas que han imposibilitado el cumplimiento' (**'Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección, al consumidor', Ediciones De Palma, pág. 140**). Esta diferencia trascendental nos lleva a colegir que el Art. 29 del Código Civil, de ninguna manera dispone que el dolo se presume, pues siempre la malicia o mala fe, esto es, la intención (conocimiento y conciencia) de incumplir, engañar o causar daño a otro, deben probarse de manera inobjetable, afirmar lo contrario sería 'aceptar como principio general la mala fe pues ello es precisamente presupuesto del dolo, relegando la buena fe a un supuesto de excepción, cuando justamente lo correcto es lo contrario' (**Rubén y Gabriel Siglitz ob. cit, pág. 141**). Lo que el legislador dispuso en el citado Art. 29, es que, en caso de incumplimiento de las obligaciones principales de un contrato, LAS CONSECUENCIAS CIVILES se asimilan, sea que el incumplimiento se deba a dolo o a culpa grave consideración que, en especial en lo relativo a las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad, es aceptada por la gran mayoría de juristas. Así, Ripert-Boilanger, en referencia a la máxima 'culpa lata dolo a equiparatur' sostiene que 'en materia de responsabilidad contractual se trata únicamente de determinar si las obligaciones que nacen del contrato han sido violadas. El dolo revela que el deudor no ha obrado con buena fe, la falta grave prueba que ha obrado con una ligereza y una torpeza tales que ha hecho la ejecución imposible, esta extrema tontería es CASI tan culpable como el dolo. Es lo que significa el adagio tradicional' ('Tratado Elemental de Derecho Civil', ed París, pág. 245); y la Sala, comparte el criterio de **Rubén y Gabriel Siglitz**, quienes sostienen que, en lo que respecta a las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad, a la culpa y al dolo 'se les debe asignar el mismo tratamiento; no en razón de que la nitidez de la distinción conceptual se diluya en el terreno probatorio, sino porque la culpa grave, por importar una negligencia, imprudencia

o impericia extremas, no prever o comprender lo que todos prevén o comprenden omitir los cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril ignorar los conocimientos más comunes, omitir el mínimo de precaución y de atención que el deudor debe aportar en la ejecución de sus obligaciones, compromete la estructura de la relación obligacional al punto que la asumida por el deudor adoptaría la modalidad de una condición puramente potestativa y por tanto, la cláusula que la consagre es de ningún efecto' (ob. Cit. pág. 143). Insistiendo en este punto, Aguiar (**citado por Rubén y Gabriel Stiglitz, ob. cit. pág. 132-1 33**) afirma que 'el orden civil descansa, en nuestro derecho positivo en la responsabilidad que surge de la imputabilidad moral, cuyo antecedente primario es la culpa o dolo del agente, de tal suerte que si los hombres pudieran de antemano, dispensarse de la responsabilidad por las consecuencias del incumplimiento culpable o doloso de sus respectivas obligaciones sean estas contractuales o legales, es indudable que aquel orden zozobraría al quebrantarse su base, o sea, la responsabilidad y con ella, sus derivados naturales tales como la efectividad de aquellas obligaciones y la buena fe y la actividad que el deudor esta obligado a poner para cumplidas. No se puede afirmar que el derecho eventual concedido por la ley a quien resultare perjudicado por el incumplimiento imputable de una obligación, haya sido creado más en su interés particular que en mira del orden público, el que resultaría afectado si la sanción destinada a mantenerlo, y con la cual se previene y castiga su infracción pudieren los particulares, por un acto de voluntad, dejarla sin efecto, pues de este modo ellos impondrían la suya a la voluntad soberana del legislador, en detrimento del bienestar de que goza la sociedad cuando todos cumplen con sus obligaciones y deberes públicos y privados. En consecuencia un pacto que deje librado el cumplimiento de las obligaciones emergentes de un contrato o de la ley a la sola voluntad del obligado, liberado anticipadamente de las consecuencias eventuales de su impericia, de su negligencia, de su imprudencia y hasta de su malicia, es un pacto no tolerado por las buenas costumbres, las cuales repudian no sólo que alguien pueda beneficiarse de sus propias formas, sino también, como se ha dicho, que se infrinja la regla moral. Desde otra perspectiva concluye señalando que toda convención de irresponsabilidad es nula como violatoria a la ley que manda al deudor, imperativamente, dar o hacer lo prometido, y poner a ese objeto la diligencia necesaria, y porque en los contratos bilaterales dejarían sin causa la obligación de quien contrajo la suya en mira del cumplimiento de la otra parte, el cual, en virtud de esa convención, podría a voluntad, cumplir o no la propia, sin soportar las consecuencias de su incumplimiento sea cual fuere el motivo que lo determine. Si no hay obligación sin causa, desaparecida la causa de la contraída, ésta también desaparece'.

QUINTO: El citado documento preredactado por la Cooperativa L. en cuya cláusula de limitación de responsabilidad el demandado se quiere amparar, se enmarca dentro de lo que la doctrina jurídica moderna conoce como 'contratos con condiciones generales', entendiéndose 'que se designan, como tales condiciones, a los conjuntos de reglas que un particular (empresario grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar. Mediante tales condiciones se eliminan <a priori> los tratos previos entre las partes; una de estas (el empresario) se ha atribuido el papel de predisponer o dictar, conforme a su interés y a su gusto, la regulación de los contratos; se independiza el establecimiento de las condiciones de la celebración del contrato concreto; las condiciones se imponen de tal modo inexorable que proceden calificarse de apéndice de la prestación; se redactan en la forma abstracta y articulada que se acostumbran en las leyes' (**Federico de Castro y Bravo: 'Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de la Leyes', Editorial Civitas S.A. pág. 12**). En este tipo de contratos, que se celebran con estipulaciones predisuestas o en base a condiciones generales, son particularmente frecuentes las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad y si bien la existencia de contratos con cláusulas generales que han sido pre redactadas por el comerciante; en forma despersonalizada, contribuye a la agilidad de la negociación, evitando la discusión individual y detallada con cada cliente (el regateo), *ello no significa que con este pretexto puedan incluirse estipulaciones que liberen totalmente de responsabilidad al empresario o que señalen que esta será mínima, en caso de que incumpla con su obligación principal o la cumpla deficientemente, o que en general priven al cliente de*

las garantías jurídicas elementales a que tiene derecho: Al respecto, recordemos la disposición del Art. 1589 del Código Civil, que establece 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.' Además, de manera específica debemos recordar el artículo 261 del Código de Comercio, que dice 'Los billetes impresos que entreguen los empresarios con cláusulas limitativas de su responsabilidad, a una determinada cantidad, no los exime de indemnizar, con arreglo a los artículos precedentes, las pérdidas sufridas por los pasajeros y cargadores.'

SEXTO: Por lo expuesto esta Sala considera que las cláusulas que contienen una exoneración total o casi total de responsabilidad o sea aquellas en que se estipula que el deudor no será responsable responderá con una cantidad irrisoria de dinero si la obligación permanece inejecutada o se ejecute deficientemente o en forma parcial en caso de dolo o culpa grave de su parte ('cláusulas exorbitantes'), liberándose de otorgar garantía por la prestación, contradicen la noción misma de la obligación, que en su esencia implica responsabilidad por lo que tales cláusulas carecen de toda validez, pues sería absurdo que en un negocio jurídico, una de las partes deje a su arbitrio cumplir o no su obligación principal, mientras que puede obligar a la otra parte a que cumpla la suya; admitir que el deudor por su sola voluntad pueda exonerarse de ejecutar su obligación implicaría inclusive, como lo señalan los citados Stiglitz, introducir en el contrato una condición meramente potestativa según nuestra terminología usual, la cual es nula de conformidad con el Art. 1521 del Código Civil pretender dar validez a una disposición semejante sería ir contra la buena fe y la equidad y constituiría un abuso del derecho. En consecuencia, la cláusula de limitación de responsabilidad en la que se quiere amparar el demandado, que ha sido impuesta en un contrato de adhesión redactado a gusto de la empresa transportista para descargar sobre el cliente la responsabilidad por todos los hechos que pudieran originar daño o responsabilidad se tiene por no escrita, pues implica condonación de dolo o culpa grave futuros y va contra el principio de la buena fe que debe imperar en los negocios jurídicos.

SÉPTIMO: Los demandados no han rendido prueba alguna tendiente a justificar que la mercadería reclamada por el actor, o su valor equivalente, le hayan sido entregados. Por las consideraciones que anteceden, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, confirma la sentencia venida en grado, que acepta la demanda. ..."

(El énfasis es añadido)

28-IV-2000 (Expediente No. 187-2000, Primera Sala, R.O. 83, 23-V-2000)

- ACTOS, CONTRATOS, Y HECHOS ADMINISTRATIVOS: Competencia
- CLÁUSULA GENERAL DE COMPETENCIA
- PROCURACIÓN COMÚN
- NULIDAD PROCESAL: Procede si la violación de trámite influye en la decisión de la causa
- RECURSO DE CASACIÓN: No procede una nueva valoración de las pruebas aportadas por las partes
- INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS PROVENIENTES DE CUASIDELITO
- RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL DELICTUAL O CUASIDELICTUAL

"... TERCERO.- Sobre el cargo de que el actor S.S. ha comparecido al juicio por sus propios derechos y ofreciendo poder o ratificación de A.V. padre del menor L.V.; V. F., padre del niño C.F.; L.C., padre del menor N.C., entre otros, no obstante no ser abogado; violándose así el Art. 44 del Código de Procedimiento Civil, que expresamente señala que sólo los abogados en el

ejercicio de su profesión podrán comparecer en juicio como procuradores judiciales y asistir a las juntas como audiencias y otras diligencias, en representación de las partes cuando éstas no puedan concurrir personalmente, se considera: S.S. comparece en el proceso por sus propios derechos y en calidad de procurador común de los demás demandantes; en esta virtud su procuración está comprendida dentro de la excepción señalada en el inciso segundo del Art. 56 del Código de Procedimiento Civil, que preceptúa: 'Para el ejercicio de la procuración común no se requiere ser abogado'.

CUARTO.- Acerca del cargo de que se han transgredido los ordinales 2o. y 7o. del Art. 71 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto la demanda no señala el estado civil, de los actores ni señala los nombres completos de los demandados y peor aún individualiza a los representantes legales y judiciales de las empresas PETROCOMERCIAL y CONGAS., se considera: 1.- La falta de alguno o algunos de los datos que contendrá la demanda, exigidos por el Art. 71 del Código de Procedimiento Civil, debe ser advertida oportunamente por el Juez de la causa; quien está obligado, con arreglo al Art. 73, a ordenar que el actor la complete o aclare. Los defectos de la demanda no corregidos oportunamente pueden ocasionar la nulidad procesal, en razón de lo previsto por el Art. 1067 del Código de Procedimiento Civil, sólo si son de tal trascendencia que impidan al fallador contar con los elementos necesarios para tomar su decisión o provoquen indefensión de la contraparte; de allí que el mismo Art. 1067 del Código de Procedimiento Civil determine como requisito sine qua non para que exista nulidad procesal que la violación del trámite hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa. En el presente caso, la omisión de los datos en la demanda alegada por el recurrente en nada ha influido para la decisión de la causa y, consecuentemente, no han tenido trascendencia alguna sobre las garantías de defensa de los demandados en el juicio.

QUINTO.- Acerca del cargo de que se ha transgredido el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, en concordancia con el Art. 1 de la Ley No. 77, publicada en el Suplemento del R.O. No. 290 de 3 de abril de 1998, en el sentido de que sólo las causas por controversias derivadas de los contratos suscritos por el Estado u otros organismos del sector público serán conocidas y resueltas por los juzgados y cortes, de lo que se establece que las controversias de actos y hechos serán conocidos por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, todo esto en armonía con las resoluciones obligatorias de la Corte Suprema de Justicia de 1 de diciembre de 1997 (R.O. No. 209 de 5 de diciembre de 1997) y de 13 de enero de 1999 (R.O. 120 de 1 de enero de 1999) y que el incendio origen de este juicio es un hecho y no un contrato se considera: a) En el ejercicio de la actividad administrativa de las entidades y organismos del sector público se suscitan conflictos con los intereses particulares, por responsabilidades derivadas de contratos, actos y hechos administrativos, cada uno de los cuales tiene distintos contenidos y efectos subjetivos; es necesario, por tanto, precisarlos. El Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, que recoge con propiedad los elementos doctrinarios respectivos, los define así: 'Los actos administrativos normativos: Son toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa. Actos de administración o de simple administración: Son actos jurídicos de las administraciones públicas que no crean, modifican o extinguen derechos subjetivos. Contrato administrativo: Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común, productor de efectos jurídicos entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas legales aplicables. Hechos administrativos: El hecho administrativo es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, ya sea que medie o no una decisión o acto administrativo previo.' b) Sobre la competencia de jueces y tribunales jurisdiccionales para conocer de las reclamaciones de los particulares en contra de las entidades y organismos del sector público, por controversias derivadas de contratos, actos o hechos administrativos, el legislador ha expedido reformas y contra reformas, sin observar la debida precisión, correspondencia y unidad, lo que ha ocasionado inseguridad jurídica acerca de la competencia. En efecto: Originalmente, los jueces de lo civil ordinarios o comunes eran competentes para conocer todas las controversias derivadas de contratos, actos y

hechos administrativos. La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, creó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con sede en la capital de la República y con jurisdicción en todo el territorio nacional, encargado de conocer los recursos contencioso-administrativos, interpuestos por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante. También tenía competencia para conocer los recursos contencioso administrativos contra resoluciones administrativas, que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con éstas se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos. La Ley de Contratación Pública, publicada en R.O. No. 501 de 16 de agosto de 1990, dispuso en el Art. 113 que las controversias de los contratos sometidas a dicha ley serán resueltas en primera instancia por una de las Salas de la corte superior del distrito correspondiente, y la segunda instancia se ventilará ante una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia. En posterior reforma, publicada en el R.O. No. 612 de 28 de enero de 1991, se dispuso que la primera instancia sea conocida por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, la segunda instancia por una de las Salas de la misma. El Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, publicada en el R.O. No. 341 de 31 de diciembre de 1993, dispone: 'Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recurso derivados de actos, contratos, y hechos que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado y otras entidades del sector público. El administrado afectado por tales actividades, presentará su denuncia o recurso ante el Tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento aplicable será el previsto en la ley de la materia'. De otro lado, el Art. 63 de la misma Ley dispone: 'Las controversias que se suscitaren en relación a los procesos contemplados en esta Ley se resolverán en juicio verbal sumario, en primera instancia ante el Presidente de la Corte Superior del respectivo distrito y en segunda y definitiva instancia, ante una Sala de la Corte Superior de Justicia correspondiente determinada mediante sorteo. **Los asuntos que versaren sobre materia comercial podrán resolverse a través de arbitraje nacional o internacional**, según se establezca en el respectivo contrato y de acuerdo con las leyes vigentes.' En vista de haber surgido dudas sobre la aplicación del Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, la Corte Suprema de Justicia, en uso de la facultad que le concede el Art. 15 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, dictó una resolución publicada en el R.O. No. 209 de 5 de Diciembre de 1997, con carácter generalmente obligatorio, mientras no se disponga lo contrario por la ley, en el sentido de que toda causa civil o administrativa por controversias derivadas de actos, contratos y hechos administrativos, que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado u otros organismos entidades del sector público debe ser conocida y resuelta por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo respectivo, a partir del 31 de diciembre de 1993 y los recursos que en ella se interpusiere para ante la Corte Suprema de Justicia, por la Sala especializada de lo Contencioso Administrativo. En el Art. 3 se reconoce implícitamente la validez de los procesos en trámite ante los jueces y tribunales de lo civil, cuando dice: 'Salvo lo dispuesto en el artículo precedente, la presente resolución no afectará la validez, por razones de competencia, de las providencias que se hallaren ejecutoriadas al tiempo de su publicación en el Registro Oficial, dentro de los procesos que se hallan en trámite. El Plenario de las Comisiones Legislativas. Permanentes del Congreso Nacional, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la Ley No. 77 publicada en R. O. No. 290, de 3 de abril de 1998, en la que, contrariamente a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia, dispone que las causas antedichas sean conocidas por la jurisdicción civil. Si bien el Art. 1 de la Ley No. 77 nombra solo a los 'contratos suscritos por el Estado y otros organismos del sector público', la imprecisión de los considerandos y, particularmente, del Art. 2 dejan abierta la posibilidad de interpretación en el sentido de que la Ley No. 77, abarcaba también a las controversias derivadas de contratos y hechos administrativos. Finalmente, la Ley No. 2000.4, publicada en el Suplemento del R.O. No. 34 de 13 de marzo del 2000, deroga expresamente la Ley No. 77 (Art. 100, letra h), y en el Art. 82 se sustituye el Art. 42 de **la Ley de Contratación Pública, por el siguiente: 'Art. 114.- De surgir controversias en que las partes no**

concuermen someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidir la sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los tribunales de lo contencioso administrativo, aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Será competente para conocer dichas controversias el tribunal distrital que ejerce jurisdicción en el domicilio del co-contratante del Estado o de las otras entidades del sector público. En cuanto a la prescripción de las acciones derivadas de los contratos, se estará a lo dispuesto en el Art. 2439 del Código Civil, para las acciones ejecutivas. Estas disposiciones regirán exclusivamente para las causas que se inicien a partir de la vigencia de la presente ley'. Luego de la inestabilidad legislativa anteriormente analizada, esta Sala considera que, actualmente, son competentes para conocer de las controversias por responsabilidad civil derivada de actos y hechos administrativos y de contratos sometidos a la Ley de Contratación Pública, los tribunales distritales de lo contencioso administrativo. Naturalmente, las controversias por responsabilidad civil derivada de actos, contratos y hechos suscritos o producidos por los particulares les corresponde conocer a los jueces de lo civil. c) La jurisdicción es una emanación jurídica de la soberanía del Estado, y como tal es una sola; pero la necesidad de especialización ha impulsado a dividir la jurisdicción en varias ramas. Por ello, nuestra legislación, manteniendo la jurisdicción ordinaria o común, como base, ha ido desprendiendo de ella jurisdicciones especializadas o privativas, de acuerdo con las necesidades y circunstancias, limitadas al conocimiento de cierta especie de asuntos o de cierta especie de personas. Esta división de la jurisdicción permite la tecnificación de los jueces de acuerdo con la especialidad y, por consiguiente, que la justicia sea más rápida y acertada. Como se manifiesta en la letra anterior, de la jurisdicción ordinaria común, que ejercen los jueces de lo civil, se desprendió la jurisdicción administrativa, que ejercen los tribunales de lo contencioso administrativo. En el caso sub lite, es evidente que la pretensión deducida por los actores en contra de Petrocomercial se refiere a hechos administrativos, porque los actores aducen que por incumplimiento de las obligaciones impuestas por las normas reglamentarias por parte de Petrocomercial se ha producido la explosión de un tanque de gas y el consiguiente incendio que ha ocasionado la muerte de tres personas, lesiones graves a otras cinco y cuantiosos daños materiales; es decir por la responsabilidad derivada de un cuasidelito civil. El Art. 2241 del Código Civil dispone: 'El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito'. El delito civil es el hecho ilícito que causa daño, y el cuasidelito civil es el hecho ilícito no intencionado que también lo causa, en otras palabras que el delito civil es el hecho doloso perjudicial y el cuasidelito civil, el hecho culpable perjudicial. El delito y el cuasidelito civil son siempre la consecuencia de un hecho; así lo dispone, en la parte pertinente, el Art. 1480 del Código Civil, que dice: '... y a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos...' d) Si bien el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado establece que los tribunales distritales de lo contencioso administrativo competentes conocerán de todas las demandas y recursos derivados de hechos que hayan sido producidos por el Estado y otras entidades del sector público, ni esta ley ni ninguna otra nada dicen de cuál es el Juez o Tribunal competente cuando la demanda se dirija en contra del Estado y otras entidades del sector público y, simultáneamente, en contra de una persona particular, como acontece en el presente juicio, en que la demanda se dirige en contra de Petrocomercial (Empresa del sector público) y, simultáneamente, en contra de Congas. (Empresa perteneciente al sector privado). En este evento, habiendo dos jueces con distinta competencia para juzgar controversias derivadas de unos mismos hechos, el uno de jurisdicción ordinaria común y el otro de jurisdicción especial o privativa, ¿Cuál es el Juez o Tribunal que atrae la competencia del otro?. Este Tribunal de Casación considera que, en el caso, el Juez ordinario común es el que atrae la competencia del Tribunal distrital de lo contencioso administrativo, aplicando la regla sexta de hermenéutica jurídica prevista en el Art. 18 del Código Civil, de que se interpretará la ley del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural, porque al Juez ordinario o común de lo civil, le toca conocer de todos los asuntos que la ley no le asigna expresamente a un Juez especial, por lo cual en la doctrina se llama, al Juez de lo civil, también 'juez residual'. Sobre el tema, el tratadista colombiano Edgardo Villamil Portilla dice: 'Todos los códigos de procedimiento prevén que hay asuntos que la ley no alcanza a distribuir a cada uno de los jueces de manera

específica. Es decir, la gama de posibilidades de conflictos es tan amplia que la ley apenas describe los principales y entrega la competencia a un determinado juez. Pero, como pueden quedar asuntos no incardinados, se ha creado el artificio de la cláusula general de competencia o cláusula residual de competencia. De conformidad con ella, todo asunto indeterminado no adscrito específicamente a un juez se le entrega en abstracto al Juez del Circuito: Así en materia civil, los asuntos no atribuidos a un juez civil específico, son competencia siempre del juez civil del circuito. Y en materia penal los delitos cuyos juzgamiento no se ha entregado a ningún juez en particular, son de conocimiento del juez penal del circuito. En materia contencioso administrativa, los asuntos que no sean competencia de juez administrativo particular son de competencia del Consejo de Estado. Como se aprecia, la cláusula general de competencia es un artificio sumamente útil para poder afirmar que una causa siempre tiene un juez, porque si así no fuera, una controversia, que no tenga juez asignado por la ley estaría huérfano de protección, ya que de conformidad con el Art. 121 de la Constitución los funcionarios públicos sólo conocen de los asuntos que específicamente les atribuyan la Constitución y la ley. Si no hay juez para una controversia planteada por un sujeto, a éste se le está negando la existencia misma de todo el ordenamiento constitucional y legal' (Teoría Constitucional del Proceso, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Santa Fe de Bogotá 1999, Pág. 305). Además, en la presente litis hay que tomar en consideración que por la inestabilidad legislativa, analizada anteriormente, no ha habido suficiente certeza sobre cuál es el Juez o Tribunal competente, tanto que Petrocomercial al contestar la demanda no impugna, fundada en el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, la competencia del Juez de lo Civil de Esmeraldas; la Procuraduría General del Estado tampoco hace objeción en lo que atañe a este motivo de incompetencia; sólo a raíz del voto salvado emitido por el Ministro doctor M. H., en el fallo de segunda instancia, en el sentido de que era competente el Tribunal de lo contencioso administrativo para conocer la causa, se acoge este argumento por parte de los demandados. Por estas circunstancias, y en virtud de que las partes demandadas han ejercitado en la forma más amplia su derecho de defensa, declarar la nulidad de la causa por incompetencia del Juez, a estas alturas después de un largo y fatigoso proceso, significaría una denegación de justicia.

QUINTO (SIC).- El cargo de que se ha transgredido el Art. 25 del Código de Procedimiento Civil, porque Petrocomercial, de acuerdo con el Art. 1 del Reglamento, tiene su domicilio en la ciudad de Quito es así mismo improcedente; puesto que si bien el Art. 25 del Código de Procedimiento Civil dispone que una persona tiene derecho para no ser demandada sino ante el Juez de su fuero, esto es, ante el Juez de su domicilio, complementariamente el Art. 30, ordinal 5to. del Código de Procedimiento Civil, establece también como Juez competente el lugar donde fueren causados los daños en las demandas sobre indemnización o reparación de estos, que en este caso es la ciudad de Esmeraldas. Se trata de los llamados por la doctrina 'fueros concurrentes por elección', porque la ley deja a la libre elección del actor proponer la demanda ante el Juez del domicilio del demandado o ante uno de los jueces puntualizados en el Art. 30 del Código de Procedimiento Civil. La utilización del adverbio además (a más de esto o aquello) al iniciarse el texto del Art. 30 no deja la menor duda sobre el particular.

SEXTO.- El recurrente apoya también su recurso en la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación que dice: 'Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto'. Como ha expresado esta Sala en numerosas resoluciones, la apreciación o valoración de la prueba es una atribución autónoma o privativa de los jueces y tribunales de instancia; la potestad del Tribunal de Casación está constreñida exclusivamente a fiscalizar o controlar que en la apreciación o valoración de la prueba el Tribunal ad quem no haya violado o transgredido las reglas sobre valoración de la prueba establecidas por la ley. El Tribunal de Casación no está facultado, pues, para hacer una revaloración de la prueba ni alterar ni modificar las conclusiones sobre el material fáctico a que haya llegado el Tribunal ad quem a menos que se hubieren violado las normas legales reguladoras de la prueba. Por esta razón el recurrente necesariamente debe singularizar el elemento o elementos de prueba que estima han sido valorados con

transgresión de la ley, así como también identificar dichas reglas legales y demostrar con lógica jurídica, cómo y cuándo se ha producido esa violación. Es indispensable, igualmente, que cite las normas sustantivas o materiales que han sido aplicadas equivocadamente o no han sido aplicadas en la parte resolutive de la sentencia, como efecto o consecuencia del error en la apreciación de la prueba. Nada de esto aparece en el escrito que contiene el recurso de casación y, consiguientemente la acusación por la causal 3ra. del Art. 3 de la Ley de Casación formulada por Petrocomercial no pasa de ser un mero enunciado.

SÉPTIMO.- Otro de los cargos formulados por Petrocomercial es el de que en la sentencia se han transgredido los numerales 23 y 24 del Art. 1 y los Arts. 23, 24, 59, 63, 178 y 179 del Reglamento Relativo al Manejo y Uso de Gas Licuado de Petróleo, contenido en el Decreto Ejecutivo No. 3380, publicado en el R.O. No. 946 del 29 de mayo de 1992, porque el recurrente aduce que el incendio se ha producido en una panadería - pastelería que utilizaba un cilindro de gas de 15Kg. destinado exclusivamente al servicio doméstico, cuando debía utilizarse un cilindro de 45 Kg. de capacidad de GLP, destinado a actividades comerciales, y que el solo hecho de utilizar un cilindro destinado al uso doméstico en una actividad comercial es motivo suficiente para demostrar que la sentencia no ha aplicado las disposiciones jurídicas objetivamente. Agrega, que el cilindro debieron ubicarlo en áreas abiertas bajo cubierta, en donde la ventilación sea amplia y natural, así como también utilizarse en su instalación las tuberías de diámetro adecuado y observarse las condiciones técnicas de seguridad, nada de lo cual se ha hecho; es decir existió, por parte del consumidor una suma de contravenciones a normas específicas y especiales de seguridad destinadas a precautelar accidentes; contravenciones que hacen responsable al consumidor por los accidentes ocurridos por este motivo. En lo que atañe a este cargo se considera: a) *El título XXXIII del Libro Cuarto del Código Civil trata de las responsabilidades civiles derivadas de un delito a cuasidelito civil.* El delito y el cuasidelito civil tienen la característica común de constituir un hecho ilícito que ha inferido injuria o daño a otra persona. Se diferencia en la intención de su autor, pues mientras el delito es el hecho ilícito cometido con malicia, con la intención de dañar, el cuasidelito es el hecho ilícito cometido sin esa intención. El delito supone dolo, la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. El cuasidelito supone culpa, falta de diligencia o cuidado, imprudencia, negligencia o descuido. El delito es, pues, el hecho doloso perjudicial y el cuasidelito el hecho culpable perjudicial. El Art. 29 del Código Civil distingue tres clases de culpa o descuido: grave, leve y levísima; pero en materia delictual o cuasidelictual civil la culpa no admite graduación: toda falta de diligencia o cuidado por levísima que sea engendra responsabilidad. b) La culpa puede ser por acción u omisión; por acción cuando consiste en la ejecución de un hecho (culpa cometiendo), y por omisión, cuando consiste en la no ejecución de un hecho, en una abstención (culpa omitiendo). La abstención en la acción, llamada negligencia, consiste en un descuido u omisión, el no tomarse las medidas exigidas por las circunstancias. Si la precaución está ordenada por la ley y los reglamentos su sola omisión constituye culpa, es la llamada culpa contra la legalidad. En la sentencia recurrida se hace el análisis correcto de las normas del Reglamento Relativo al Manejo y Uso del Gas licuado de Petróleo, que a juicio de los falladores han sido omitidos por parte de los funcionarios y empleados de Petrocomercial. Estos son: 'Art. 110.- El mantenimiento y reparación de los cilindros corresponde a Petrocomercial, *debiendo someterlos a un control periódico de acuerdo con las normas específicas expedidas por el INEN, y las regulaciones de la Dirección Nacional de Hidrocarburos*, para este efecto Petrocomercial suscribirá los contratos respectivos los mismos que serán registrados por la Dirección Nacional e Hidrocarburos' 'Art. 121.- La negligencia, el descuido o el dolo en el mantenimiento adecuado de los cilindros y su inoportuno retiro de la circulación, acarrearán, a más de las sanciones previstas en este Reglamento, responsabilidad civil y penal de acuerdo con las leyes'. Asimismo el Tribunal ad quem, acogiendo los informes técnicos del Cuerpo de Bomberos de Esmeraldas y de los peritos designados en el juicio, determina correctamente que la explosión del cilindro de gas y el incendio consiguiente ha sido originado por la fuga de gas por la parte inferior del cilindro, debido a la vetustez de éste, de lo que se infiere que *Petrocomercial omitió hacer el mantenimiento adecuado del cilindro de gas y su oportuno retiro de la circulación impuestas por los artículos reglamentarios citados.* Dicha

explosión y el siniestro no ha tenido, por tanto, relación de causalidad directa o necesaria con el incumplimiento de los usuarios de lo dispuesto por las normas reglamentarias. De haberse utilizado un tanque de gas de 45Kg. con fuga de gas en la parte inferior, es obvio que la explosión hubiera sido de mucha mayor gravedad. No es admisible, entonces, el cargo por la causal primera del Art. 3 de Ley de Casación, por falta de aplicación de las normas reglamentarias invocadas por el recurrente.

OCTAVO- Finalmente acerca del cargo de que en la sentencia se ha interpretado erróneamente los Arts. 1600 y 1602 del Código Civil y el Art. 101 del Código de Procedimiento Civil, ya que en estas disposiciones se fundamenta para otorgar el supuesto derecho de los actores a cobrar como lucro cesante los intereses legales sobre el monto de la indemnización liquidada desde la citación con la demanda se considera: Nuestro ordenamiento legal contempla la responsabilidad civil contractual que es la que proviene de un contrato, esto es, la que supone una obligación anterior y que se produce entre personas ligadas por un vínculo legal preexistente, cuya violación sirve de sanción. Contempla también la responsabilidad civil delictual o cuasidelictual, que supone la ausencia de obligación porque se produce entre personas extrañas, por lo menos en cuanto al hecho de que se deriva, y es el hecho ilícito el que crea la obligación de reparar el daño; puesto que con anterioridad no existía entre las partes ninguna obligación con la cual se relacione el hecho que la genera. Estas dos clases de responsabilidades son distintas; de ahí que las responsabilidades contractuales estén reguladas en el Título III, del Libro Cuarto del Código Civil, mientras que las responsabilidades delictuales y cuasidelictuales están reguladas en el Título XXXIII del mismo Libro Cuarto del Código Civil. Los Arts. 1600 y 1602 corresponden a las obligaciones contractuales y, consiguientemente, no son aplicables a las obligaciones generadas por los delitos y cuasidelitos. Desde este punto de vista existe en verdad en la sentencia recurrida una indebida aplicación de los artículos citados. Ciertamente, al condenarse al pago de daños y perjuicios generados por un delito o cuasidelito civil, el juzgador puede incluir el rubro de intereses, apoyado en las reglas sobre las reparaciones compensatorias o moratorias previstas en el Título XXXIII, del Libro Cuarto del Código Civil, de los Delitos y Cuasidelitos, y siempre que hubiere un monto ya establecido o las bases para fijar ese monto de la indemnización correspondiente; pero no es factible condenarse al pago de intereses si ese monto recién va a ser fijado en la liquidación que se practicará en juicio verbal sumario posterior. Por lo dicho, es admisible el cargo concerniente al pago de intereses y procede casarse la sentencia en lo que a esto corresponde. Por las consideraciones expuestas, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa parcialmente la sentencia en lo que se refiere al pago de intereses y declara que no ha lugar. En cambio, en lo demás, rechaza el recurso de casación interpuesto por Petrocomercial. ..."

(El énfasis es añadido)

3-X-2003 (Resolución 261-2003, Primera Sala, R.O. 262, 29-I-2004)

- CONTRATO DE SEGURO: Condiciones generales y particulares; solución de controversias
- CONTRATOS DE ADHESIÓN: Cláusulas prohibidas
- PRINCIPIOS RELATIVOS A LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: Sana crítica
- CONVENIO ARBITRAL: Incompetencia del juez

“... PRIMERO.- El recurrente señala como normas infringidas en la sentencia los artículos 5 inciso segundo, 6, 10, 17 inciso tercero, 46 literal b) **de la Ley de Arbitraje y Mediación**; 608 del Código de Comercio; 2 y 7 del ‘Contrato de Seguro’; 25, 27, 105, 119 y 278 del Código de Procedimiento Civil. Funda el recurso en las causales primera, segunda y tercera previstas en el artículo 3 de la Ley de Casación. Para el mejor análisis de estos cargos, debe considerarse que la sentencia impugnada declara sin lugar la demanda, aceptando la excepción de incompetencia

planteada por la demandada, que se funda en la existencia de un convenio arbitral estipulado entre las partes.

SEGUNDO.- Se examinará en primer lugar la acusación, fundada en la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, de que se ha producido la violación de normas procesales que han viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, pues de aceptársela, la Sala de casación, sin entrar a considerar cualquier otra impugnación, debe anular el fallo y remitir el proceso al órgano jurisdiccional que corresponda para que lo reponga a partir del punto en que se produjo la nulidad, conforme lo establece el inciso segundo del artículo 14 de la misma ley. Sin embargo el recurrente no determina, en la forma expresa y concreta que el recurso exige, cuáles son las normas procesales infringidas y obviamente tampoco señala en qué ha consistido la aplicación indebida, la no aplicación o la errónea interpretación de normas que hayan provocado la nulidad insanable o la indefensión. Esta falta de determinación lleva a la Sala a rechazar este cargo.

TERCERO.- Dice el recurrente en el correspondiente escrito que en la sentencia 'ha existido aplicación indebida y errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, pues, la sentencia no se ajusta a resolver con claridad los puntos que fueron materia de la demanda, no se fundamenta en la ley procesal y en los méritos del proceso, y por ende, esta esquiva apreciación vulnera el contenido de la sentencia y la divorcia del artículo 278 del Código de Procedimiento Penal'. Más allá del lapsus en que incurre el recurrente al citar el Código de Procedimiento Penal en vez del Código de Procedimiento Civil, se advierte que la acusación alega como concurrentes dos vicios en rigor incompatibles: la aplicación indebida y la errónea interpretación de preceptos jurídicos, sin precisar tampoco cuáles son esos preceptos relativos a la valoración de la prueba que han sido infringidos en la sentencia. Finalmente se hace notar que la violación del artículo 278 del Código de Procedimiento Civil, que regula el contenido de sentencias y autos, no puede encasillarse en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación (violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba), sino que debía sustentarse en las causales cuarta o quinta, pero en todo caso con señalamiento preciso, ya sea de los puntos que fueron resueltos sin haber sido materia del litigio o de los puntos que, habiéndolo sido, dejaron de resolverse, en el un caso; o, en el otro caso, de los requisitos exigidos por la ley de que carece la sentencia o de las contradicciones o incompatibilidades que en ella se contienen. Como ninguna de estas precisiones se ha realizado también este cargo debe ser rechazado.

CUARTO.- Sostiene el recurrente que se ha violado el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil, 'pues los juzgadores han sobredimensionado documentos deducidos como pruebas, que no se ajustan a lo expresamente dispuesto en diversas leyes para su eficacia jurídica'. El artículo citado dice: 'La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. El juez no tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren decisivas para el fallo de la causa'. Conviene reiterar en este punto el criterio mantenido por la Sala en cuanto al alcance de esta disposición legal. El artículo 119 contiene dos principios relativos a la forma o metodología que el Juez debe emplear para apreciar la prueba: debe hacerlo en su conjunto y debe hacerlo de acuerdo con las reglas de la sana crítica, aunque debe tomar en cuenta las exigencias de la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. El primero, o principio de unidad de la prueba, exige al juzgador el examen concienzudo de cada uno de los medios de prueba; para que desestimando las pruebas indebidamente actuadas o impertinentes, confronte las admisibles y saque las conclusiones del caso. El resultado particular de una prueba puede, confrontándola con otras, tomar un significado distinto aumentando, corroborando o perdiendo su idoneidad frente al ánimo del juzgador. Al decir de Gladis E. de Midon: 'En un proceso con pluralidad de pruebas, la apreciación o hermenéutica probatoria demanda generalmente una triple tarea: a) Fijar cuidadosamente las varias pruebas referentes a cada hecho conducente y, desde luego, controvertido; b) Relacionarlas entre sí para apreciar su

concordancia, debida a conexiones más o menos estrechas entre ellas, o bien su discordancia, en cuyo caso; y, c) Se agruparán las que resulten favorables con una hipótesis y las que por el contrario las desfavorezcan para, luego de sopesar los elementos de cargo y los de descargo, concluir si se neutralizan mutuamente o bien cuáles prevalecen. O sea: un método crítico de conjunto y al mismo tiempo analítico, que se aplica a cada fuente pero que debe ser lo suficientemente sistemático para comprender las relaciones con las demás, sin limitarse a analizar su exclusiva significación directa, sino teniendo en cuenta las necesarias conexiones, concordancias o discrepancias con las restantes...' (La Casación, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, página 300).

QUINTO.- El segundo principio contenido en el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil determina que la apreciación de las pruebas se hará de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En este, y en muchos otros casos en que se propone el recurso de casación, se alude a este principio, cuya naturaleza no siempre es adecuadamente comprendida. Se citan a continuación los criterios de dos importantes tratadistas, Eduardo J. Couture y Sergi Guach Fernández, que han tratado el tema con particular profundidad. Dice el primero: 'Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano; en ellas intervienen las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del Juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos de que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento. Las reglas de la sana crítica conducen en su sentido formal a una operación lógica. Existen algunos principios fundamentales de la lógica que no podrán ser nunca desoídos por el juez... Las máximas de experiencias de que ya se ha hablado contribuyen tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba. El juez, nos permitimos insistir, no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, pues, la lógica apreciación de ciertas conclusiones empíricas de que todo hombre se sirve para moverse en la vida. Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y con relación al lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una larga cadena de máximas de experiencia derogadas por convicciones más exactas; y frente a la misma manera de desarrollar los principios lógicos, la historia del pensamiento humano es un constante progreso en la manera de razonar. Es necesario, pues, considerar en la valoración de la prueba, el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el derecho se apoya' (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951, páginas 174, 175 y 176). Por su parte Guach señala: 'Por definición, todo juicio ha de ser lógico. Sin embargo, si bien la lógica es esencial, no es suficiente. Con las reglas de la sana crítica el legislador invoca a los órganos jurisdiccionales para que en la apreciación de la prueba utilicen elementos cognoscitivos más amplios que los de la simple lógica. Se ha escrito que las reglas de la sana crítica son standars jurídicos que actúan como principios de la conducta humana a seguir, aunque no son normas jurídicas en sentido estricto, sí lo son los artículos que se refieren a ella... La sana crítica es, básicamente, la aplicación de los principios del correcto entendimiento humano con especiales fundamentos en la lógica jurídica, en la equidad y en la justicia, y en los principios científicos del Derecho. Así, aunque el legislador no impone al juez el resultado de la apreciación, sí le impone el camino, el medio concreto, el método de valoración y éste no es otro que el de la razón y la lógica como elementos de todo juicio. Son, por lo tanto, criterios lógicos los que sirven al juez para emitir juicios de valor en torno a la prueba pero, también referidos a reglas de la experiencia común o de una rama especializada del conocimiento (como pueden ser la sicología, la lógica o la física) que aplica el órgano jurisdiccional incluso sin darse cuenta y aunque hagan referencia a una

materia que él no conozca específicamente... Las reglas de la sana crítica presentan dos elementos esenciales. Por una parte las reglas de la lógica formal (formando en la jurisprudencia alemana una categoría especial llamada 'Denkgesetze') que no derivan de la experiencia sino que estructuran el razonamiento y, por otra, las máximas de la experiencia (sicológicas, científico-técnicas, etc.) conocidas por el órgano jurisdiccional. Respecto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia, éstos son estables y permanentes; en cambio, las máximas de experiencia son contingentes y variables. Por consiguiente, las reglas de la sana crítica son un instrumento que en manos del juez pueden ajustarse a las circunstancias cambiantes, locales y temporales, y a las peculiaridades del caso concreto... En definitiva, las reglas de la sana crítica, del criterio humano o del criterio racional no son más que un instrumento de la apreciación razonada, de la libre convicción, de la convicción íntima (pese a su deformación histórica), de la persuasión racional o de la libre apreciación de la prueba, llámese como se quiera. Es decir, la libertad de apreciación de la prueba dentro de la racionalidad. De ninguna manera es una valoración arbitraria o incontrolada de la prueba o ajena a la misma pues, son un instrumento racional que actúa en la reconstrucción lógica del hecho. Supone una inferencia racional, una apreciación lógica y crítica de la prueba. En caso contrario, se abandonaría la arbitrariedad del legislador para caer en la arbitrariedad de los órganos jurisdiccionales' (El hecho y el derecho en la casación civil, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1998, páginas 330 y siguientes). En el caso de autos, el recurrente no pretende siquiera demostrar qué pruebas no han sido apreciadas dentro del análisis de conjunto que deben realizar los juzgadores, ni tampoco, cuáles son las conclusiones arbitrarias o absurdas a las que han arribado por haber prescindido de las reglas de la sana crítica, con el alcance que estas reglas tienen, en la apreciación de las pruebas. Se limita a afirmar que 'han sobredimensionado documentos deducidos como pruebas', sin especificar tampoco cuáles son esos documentos ni de qué manera ese pretendido error ha conducido a una equivocada aplicación o no aplicación de normas de derecho. Por tanto se rechaza esta alegación.

SEXTO.- La cuestión central que se plantea en el recurso se refiere, como ya se señaló, a la conclusión a la que llega el Tribunal ad quem, de aceptar la excepción de incompetencia planteada por la demandada por no haberse acudido a un Tribunal arbitral para resolver las diferencias surgidas entre las partes. A esta conclusión se ha llegado, argumenta el recurrente, violando varias disposiciones legales: a) **Los artículos 5 y 6 de la Ley de Mediación y Arbitraje, que exigen que el convenio arbitral debe constar por escrito, sin que sea suficiente para cumplir esta exigencia el documento que se presenta como prueba, pues no reúne los requisitos legales ni está suscrito por las partes;** b) Los artículos 10, 17 y 46 literal b) de la misma ley que no han sido cumplidos por la compañía demandada; c) El artículo 608 del Código de Comercio, que determina el contenido del contrato de póliza; d) Los artículos 2 y 7 del 'Contrato de Seguro', más exactamente del Decreto Supremo 1137 (Registro Oficial 123 de 7 de diciembre de 1963), mediante el cual se introdujeron en el Código de Comercio, las disposiciones que regulan el contrato de seguro, entre ellas las que determinan los elementos esenciales de este contrato, entre los cuales no consta la constitución de un arbitraje; y, e) Los artículos 25 y 27 del Código de Procedimiento Civil, que establecen las reglas del fuero competente, del cual considera que se lo quiere distraer. Se examinarán a continuación estas alegaciones.

SÉPTIMO.- El artículo 13 de las condiciones generales, o bases del contrato de seguro suscrito entre las partes (...), que han sido aprobadas por la Superintendencia de Bancos, por Resolución No. 6045-S del 14 de noviembre de 1960, establece que 'Cualquier divergencia que surgiera por razón de esta póliza entre la Compañía y el asegurado, se someterá al fallo de dos peritos árbitros nombrados uno por cada una de las partes'. Y según el artículo 21 solamente las cuestiones que no fueren resueltas en la vía arbitral, serán sometidas a la jurisdicción ecuatoriana y a la vía verbal sumaria. El actor, ahora recurrente, sostiene que se trata de un documento que no ha sido suscrito por las partes y que, por tanto no puede tener efecto jurídico, en virtud de los artículos 5 y 6 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Estos artículos dicen lo siguiente: 'Artículo 5.- El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes

deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje. La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral. No obstante haber un juicio pendiente ante la justicia ordinaria en materia susceptible de transacción, las partes podrán recurrir al arbitraje, en este caso, conjuntamente solicitarán al juez competente el archivo de la causa, acompañando a la solicitud una copia del convenio arbitral y, de hallarse pendiente un recurso, deberán, además, desistir de él'; 'Artículo 6.- Se entenderá que existe un Convenio Arbitral no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al Arbitraje'.

OCTAVO.- La alegación del recurrente se relaciona, en definitiva, con la naturaleza de las llamadas condiciones generales de la póliza y el consentimiento que el asegurado presta, o no, a su contenido el momento en que suscribe el contrato. Por cierto que en el contrato correspondiente, que el actor acompañó a la demanda, se hace constar expresamente que las partes convienen en celebrar 'el presente contrato de seguro, sujeto a las condiciones generales aprobadas por la Superintendencia de Bancos...' (...), y en la foja 7, antes de las firmas del asegurado y de los representantes de la compañía, consta la siguiente frase: 'En lo demás continúan en vigor todas las condiciones generales y particulares de la póliza'. El artículo 6 del Decreto 1147, que regula el contrato de seguros, establece que en este contrato hay cláusulas que necesariamente deben figurar en la póliza, y el artículo 25 de la Ley General de Seguros establece que las condiciones de la póliza deben estar redactadas para ser de clara comprensión por parte del asegurado y deben constar en caracteres tipográficos fácilmente legibles, y agrega finalmente que sobre las condiciones generales de las pólizas prevalecerán las normas constantes en la legislación. Es indudable, tanto por lo que establecen estas normas legales, como por la complejidad de los contratos de seguros, que éstos requieren de numerosas cláusulas, para que consten establecidos con precisión los derechos y las obligaciones recíprocas que las partes contratantes asumen al dar su consentimiento para la celebración del contrato. Es cierto, por otra parte, que la proliferación de este tipo de contratos, denominados de adhesión y que incluyen condiciones generales, ha planteado una ardua discusión jurídica y ha obligado al Legislador a dictar normas reguladoras específicas sobre todo para evitar la comisión de eventuales abusos. *Stiglitz y Stiglitz* al estudiar el tema consideran que efectivamente estos contratos surgen dentro de una situación de evidente desequilibrio en el poder de negociación que caracteriza la actual realidad económico-social, y que este desequilibrio 'ha generado nuevas técnicas o formas contractuales predispuestas, en las cuales el contrato de adhesión juega un rol protagónico por la cantidad de negocios que pertenecen a su categoría. La estructura del contrato se mantiene inalterable. Como quiera que sea, el consumidor emite una oferta sobre la base de una fórmula general e inmutable que le provee el predisponente, y a ella le sucede la aceptación. La naturaleza íntima del contrato no se modifica. Lo expuesto significa que la modalidad de la formación del acto consistente en la adhesión a un contenido predeterminado con anterioridad y no discutido previamente, no priva al negocio de su naturaleza contractual, pues en definitiva hay una declaración sobre la cual las dos partes consienten... Las conclusiones desarrolladas atrapan aun la hipótesis de aquellas condiciones generales que requieren ser aprobadas por las autoridades administrativas de control. Son aquellos supuestos en que hay un interés público comprometido en la actuación de la empresa predisponente, por lo que el Estado ejerce un particularmente intensificado poder de policía... En suma, nos hallamos frente a un contrato que alcanza a perfeccionarse al aceptar el predisponente la oferta formulada por el oferente y que contiene el texto predispuesto por el primero. O sea que el adherente emite su propuesta, de conformidad con las condiciones preestablecidas, y que no consienten tratativas previas, sino solo adhesión a los términos de una única, primera y última oferta, creada con la

exclusiva y excluyente intervención del predisponente. De tal manera que la propuesta se enuncia sobre la base del esquema negocial preestablecido por la contraparte, o en su defecto no se contrata...' y más adelante explican por qué consideran oferente al que solicita el servicio, es decir al consumidor: 'En consecuencia, de lo hasta aquí expuesto cabe concluir que la circunstancia de que corrientemente los formularios impresos de ofertas los facilite o distribuya el predisponente, no implica que sea de éste de quien parta la oferta, y que con la declaración de voluntad unilateral y recepticia del adherente se perfecciona el contrato. Importa, lisa y llanamente, por parte del primero una invitación a proponer dirigida al segundo, hecha para facilitarle la redacción de su propuesta, y que alcanza relevancia jurídica como elemento de interpretación del contrato definitivo (**Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz, Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985, páginas 69-72**). Por su parte Juan Carlos Rezzónico hace las siguientes observaciones: 'Si hay un contrato en que las CNG (cláusulas negociables generales) son de utilización sin excepciones, es el contrato de seguro. Esta idiosincrasia permite una observación característica a muchos elementos de las CNG y en general al tráfico de masa y deriva del desenvolvimiento del contrato de seguro... Téngase presente, ante todo, que el procedimiento de formación del contrato de seguro es singular: hay una integración sucesiva, un eslabonamiento de actos... El cliente, por medio comúnmente del agente de seguros, llenará un impreso que la ley llama 'propuesta' y que también se suele llamar solicitud (esta palabra nos evita ingresar al eventual punctum dolens de su esencia) que suscribirá teniendo a la vista (o no) las CNG, y que la compañía asegura poder admitir. Surgirá, en definitiva, la relación de seguro instrumentada a través de las condiciones establecidas en la póliza. Se distinguen entonces las condiciones particulares o 'cláusulas especiales', que -al decir de Salandra- constituyen el contenido contractual específico, relativo al contrato en cuestión... En cuanto a las CNG, Salandra las caracteriza como 'condizioni generali di póliza' comúnmente muy elaboradas para aplicar a todos los contratos relativos a un riesgo dado. A este respecto señala Zavala Rodríguez que las pólizas consignan condiciones generales aplicables a todos los riesgos de la misma índole, como seguro contra robo, contra la infidelidad de los empleados, etc.; son cláusulas generales impresas, aprobadas por la Superintendencia de Seguros, que 'facilitan la contratación del seguro y permiten la uniformidad de los derechos y obligaciones de las partes', lo cual es una ventaja en este contrato que es un contrato de intereses o de riesgos en masa basado en la solidaridad' (Contratos con cláusulas predisuestas, Buenos Aires, ASTREA, 1987, páginas 118-120).

NOVENO.- De lo señalado en los tres considerandos precedentes podemos concluir: a) Que las condiciones generales y particulares de una póliza forman parte esencial del contrato de seguro, pues establecen los derechos y obligaciones de las partes y determinan los mecanismos para que éstas puedan exigir su cumplimiento; b) Que el asegurado que celebra este contrato acepta la validez y vigencia de las cláusulas que las contienen, sin necesidad de suscribirlas separadamente; c) Que estas condiciones son aprobadas por la Superintendencia de Bancos y Seguros, en ejercicio de sus facultades de control y vigilancia, precisamente para que se ciñan a las exigencias legales y no estipulen o permitan situaciones de abuso de la compañía de seguros frente al asegurado; d) Que, por tanto, las partes quedan obligadas a cumplir lo preceptuado en tales condiciones; e) Que, en consecuencia, lo dispuesto en el artículo 13 de las condiciones generales o bases del contrato suscrito entre las partes que litigan en este juicio, era obligatorio para los suscriptores del mismo; y, f) Que tal cláusula no contraviene las exigencias previstas en los artículos 5 y 6 de la Ley de Arbitraje y Mediación, pues se trata de un convenio que consta por escrito y que forma parte de un documento, el contrato, en el que se expresa el nombre de las partes y se determina en forma inequívoca el negocio jurídico en el cual pueden surgir controversias que se someten a este sistema de solución de conflictos. Estos razonamientos llevan a la Sala a rechazar la alegación formulada por el recurrente de que se han infringido los artículos citados de la Ley de Arbitraje y Mediación.

DÉCIMO.- Cabe agregar que la **Ley Orgánica de Defensa del Consumidor** contiene una disposición que se refiere a la cuestión que ha sido analizada; pero esta ley entró en **vigencia** el

10 de julio del 2000, es decir **con posterioridad a la celebración del contrato** que es materia de este juicio, que se celebró el 29 de junio de 1998, y sus disposiciones no eran por tanto aplicables al mismo. El artículo 43 de esta Ley, **al enumerar las cláusulas que, por ser abusivas, están prohibidas en los contratos de adhesión y son nulas, señala como una de ellas las que ‘impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento’**; y el artículo 40 del reglamento a esta ley 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. Sin perjuicio de lo indicado en el inciso anterior, los consumidores y proveedores podrán solucionar sus controversias acudiendo a la mediación, aunque no lo hubieren estipulado expresamente en el contrato’**. La simple lectura de estas disposiciones nos llevan a concluir que aquello que quiso *prohibir el Legislador es la ‘imposición’* de un mecanismo al consumidor, en forma unilateral y abusiva, por parte del proveedor de servicios, que quedaría exento de esa obligación; mientras que al redactarse el reglamento se facilitó la expresión del consentimiento admitiendo inclusive que éste podría deducirse de la simple, más bien simplísima señalización en un casillero. Lo cual permite concluir que de ninguna manera la ley pretende obstaculizar la utilización del procedimiento arbitral, ni exigir para su empleo requisitos formales complejos, pues se trata de un mecanismo para la solución que inclusive está reconocido en el artículo 191 de la Constitución.

UNDÉCIMO.- En cuanto a la acusada violación de los artículos 10, 17 y 46 literal b) de la Ley de Arbitraje y Mediación se observa que estas disposiciones legales no son pertinentes para resolver la litis que se está examinando. En efecto, el artículo 10 señala los requisitos que debe reunir una demanda que se presente ante árbitros o centros de arbitraje, el artículo 17 determina cómo se debe constituir el Tribunal de arbitraje y el artículo 46 en sus distintos literales se refiere a la procedencia de la mediación. Se trata de normas relativas a procedimientos ajenos a la presente causa, que se tramitó en la vía verbal sumaria ante la justicia ordinaria.

DUODÉCIMO.- También resulta inaceptable la referencia al artículo 608 del Código de Comercio, pues esta norma dejó de estar vigente cuando se expidió en 1963 el Decreto Supremo 1147, que derogó expresamente los artículos 606 al 636 y 686 al 722 del Código de Comercio, y los sustituyó con las normas constantes en ese decreto, referidas al contrato de seguro.

DÉCIMO TERCERO.- Se acusa la violación de los artículos 2 y 5 del mencionado decreto supremo, pues se afirma que en ellos no se precisa que deba recurrirse al arbitraje para solucionar las controversias entre asegurado y aseguradora. El artículo 2 enumera los elementos esenciales del contrato de seguro y el 7 los datos que debe contener la póliza. Del primero podemos establecer que la cláusula de arbitraje no está considerada como un elemento esencial del contrato de seguro; pero en el segundo se establece que en la póliza deben constar las ‘demás cláusulas’ que deben figurar de acuerdo con las disposiciones legales; y en el artículo 25 de la Ley General de Seguros, que complementa y detalla el alcance del artículo 7 del Decreto Supremo 1147, entre las condiciones a las que deben sujetarse las pólizas, expresamente se señala que ésta debe ‘incluir una cláusula en la que conste la opción de las partes de someter a decisión arbitral o mediación las diferencias que se originen en el contrato o póliza de seguros’. De tal manera que la inclusión de la cláusula de arbitraje entre las condiciones generales del contrato no infringe las normas legales sobre el contenido de las pólizas de seguros.

DÉCIMO CUARTO.- Finalmente se afirma que la sentencia ha violado los artículos 25 y 27 del Código de Procedimiento Civil. Estos artículos establecen el derecho de toda persona a ser demandada ante el Juez de su fuero y que éste es el Juez del lugar donde el demandado tiene su domicilio. Estas son, sin discusión alguna, las reglas básicas para determinar si el Juez ante quien se demanda a una persona es competente para conocer tal demanda; regla a la que debe

someterse el actor en la causa que inicia. En este caso es, curiosamente, el actor el que alega ahora la infracción de estas normas, pero más allá de la incongruencia de tal alegación e interpretando que la argumentación se refiere al hecho de que al someterse el conflicto a un arbitraje se estaría atentando contra tales principios, se le recuerda que la renuncia al domicilio opera aun en los casos en que se acude a la justicia ordinaria y, que tratándose de un convenio arbitral, que nace del acuerdo de las partes, éstas pueden escoger a los árbitros con amplia libertad. Más todavía: la celebración del convenio arbitral impide a las partes someter el caso a la justicia ordinaria, conforme reza el artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Por tanto se desecha también esta acusación.

DÉCIMO QUINTO.- La Sala considera indispensable referirse a la actuación del juzgado de primera instancia frente a la excepción propuesta por la compañía demandada, en la audiencia de conciliación, de incompetencia del Juez por la existencia de un convenio arbitral. El artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación textualmente dice: ‘Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando, presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, en el tiempo de proponer excepciones, la de existencia de convenio arbitral. El órgano judicial respectivo deberá sustanciar y resolver esta excepción, de haberse propuesto, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya comunicado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriada el auto dictado por el Juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales’. Es claro que esta norma establece la renuncia expresa de las partes al convenio arbitral, pero también la renuncia tácita, cuando demandada una de ellas ante la justicia ordinaria, no opone expresamente la excepción de existencia de convenio arbitral. En el caso de autos, la compañía demandada opuso expresamente tal excepción y pidió que el Juez la sustancie conforme lo establece la norma citada. El Juez, en providencia de 27 de abril del 2000, rechazó este pedido y sostuvo que, por disponerlo así el artículo 859 del Código de Procedimiento Civil, todo incidente se debe resolver en la sentencia. Recusado el Juez, el que lo reemplazó sostuvo el mismo criterio en providencia del 20 de julio del 2000. El artículo 859 del Código de Procedimiento Civil, en el que los dos jueces sustentaron sus respectivas resoluciones, dispone que: ‘Ningún incidente que se suscitare en este juicio (verbal sumario), sea cual fuere su naturaleza, podrá suspender el trámite. Todo incidente será resuelto al tiempo de dictar sentencia’. El punto de derecho que debe dilucidarse es si esta disposición prevalece sobre la norma de la Ley de Arbitraje y Mediación. Esta última pretende que la excepción de existencia de convenio arbitral, que es en definitiva una excepción dilatoria de incompetencia del Juez, sea resuelta en forma previa por economía procesal, para que el proceso, si debe seguir en la justicia ordinaria, no sea declarado nulo con posterioridad, con grave perjuicio para las partes. Y no se ve razón para que este procedimiento sea dejado a un lado en juicios verbales sumarios. Téngase en cuenta que esta vía es la propia de los asuntos comerciales, en los cuales es especialmente frecuente el convenio arbitral. De tal manera que debe entenderse que el artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación reformó el artículo 859 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto obliga al Juez ante quien se plantea la excepción señalada a pronunciarse previamente sobre ella y no esperar para hacerlo al momento de dictar sentencia. Es indudable que en este caso se ha producido por lo mismo una violación del trámite que acarrearía la nulidad del proceso, que podría declararse aun de oficio, de acuerdo al artículo 1067 del Código de Procedimiento Civil; pero como este mismo artículo señala, la declaración de nulidad procede cuando la violación del trámite hubiere influido o podido influir en la decisión de la causa, lo cual no aparece en este caso. Por las consideraciones precedentes, esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, no casa la sentencia expedida por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en el juicio verbal sumario que, por pago de póliza de seguro, sigue J. O. en contra de B. C. S.A. ...”

(El énfasis es añadido)

ANEXO II

	COLOMBIA
Leyes	Extensa legislación especial, sin adecuada armonización que se aplica por el principio de especialidad de manera preferente al Estatuto de Protección al Consumidor. Estatuto de Protección al Consumidor- Decreto 3466 de 1982. Decreto 2876 de 1984 Art. 78 de la Constitución Política de Colombia. Ley 446 de 1998 Ley 472 de 1998 acciones de grupo (indemnizatorias en las que participan más de 20 consumidores) Circular Externa No. 10 de 2001.
Institución	SUPERINTENDENCIAS DE INDUSTRIA Y COMERCIO (SIC) competencia residual, ²³⁷ debido a que además son competentes los diferentes Ministerios y Superintendencias en sus áreas, por ejemplo: el Ministerio de Educación, la Superintendencia Bancaria, el Ministerio de Comunicaciones, la Superintendencia de Puertos y Transporte, la Superintendencia de Salud, etc.
Características	Organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, con autonomía administrativa Financiera y presupuestal.
Facultades	Especialidad por la materia. El SIC Funciona con 3 delegaturas entre ellas la especializada en protección al consumidor. ²³⁸ <ul style="list-style-type: none"> • Competencia administrativa. • Vigila la observancia de las disposiciones que regulan la materia. • Da trámite a las reclamaciones o quejas. • Impone sanciones por violación de normas o inobservancia de instrucciones de la SIC. • Solicita a personas naturales y jurídicas datos, informes, libros, etc.(información) • Interroga bajo juramento. • Control y vigila el comercio. • Establece, coordina, dirige y vigila los programas nacionales de control industrial de calidad, pesas, medidas y metrología. • Fija la garantía mínima presunta para bienes o servicios. • Controla la propaganda comercial • Acredita y supervisa los organismos de certificación, laboratorios, etc. • Fija requisitos mínimos de calidad, de idoneidad • Asesora al Gobierno Nacional y participa en la formulación de las políticas en la materia. • Fija requisitos mínimos de calidad e idoneidad mientras se oficializan las normas técnicas • Fija los criterios que facilitan el cumplimiento de la ley y los procedimientos.
Procedimiento	La SIC tramita denuncias ²³⁹ que se presentan e inicia investigaciones de oficio con facultades administrativas para la suspensión de conductas ilegales, sancionatorias para reprimir a los infractores y jurisdiccionales para resolver la efectividad de la garantía a los consumidores. ²⁴⁰
Sanción	Suspensión de comercialización, cierre de establecimiento, hasta 90.000 pesos de multa.
	También el empresario puede reclamar si adquiere bienes que no entran directamente en el proceso de producción como insumo o materia prima (parte accesoria de su labor de empresario)

²³⁷ Ver Decreto 2153 de 1992, art. 2 no. 4 "... cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad. Entre las atribuciones de la S.I.C.

²³⁸ Ver Decreto 2153. Las delegaturas son tres: Promoción de la Competencia, la de Propiedad Industrial y la de Protección al Consumidor.

²³⁹ El promedio mensual de denuncias de protección del consumidor promedio mensual llega a 300 hasta el año 2002, dato tomado de la página www.sic.gov.co

Con relación al procedimiento se debe resaltar las funciones jurisdiccionales asignadas a una institución administrativa en cuanto a la reparación y el cambio del bien, o la devolución del dinero, sin embargo y con motivo de la investigación también es de resaltar que el consumidor no podrá obtener indemnización de perjuicios causados por el defecto del bien, pues esta facultad no fue asignada al SIC, y está reservada a los jueces, razón por la cual el reclamo puede regresar al proceso judicial con las consecuencias lógicas de ello, sin embargo si se opta inicialmente por este procedimiento, la sentencia judicial será más abarcadora y completa y se ocupará además de la garantía de los perjuicios causados.

	<i>ECUADOR</i>
Leyes	<ul style="list-style-type: none"> • Ley del consumidor 1990 (fijación de precios, derogada) • Ley de Defensa del consumidor vigente 2000. • Reglamento a la Ley de Defensa del Consumidor. • Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo • Disposiciones sectoriales.
Instituciones	DEFENSORIA DEL PUEBLO (mediador extrajudicial en los reclamos ²⁴¹) Autoridad administrativa sin coerción. JUZGADOS DE CONTRAVENCIONES, aún no creados, en su lugar la competencia está asignada a los COMISARIOS, INTENDENTES, de la jurisdicción y en apelación el juez penal.
Características	Organismo de carácter público, no adscrito a ningún ministerio, con autonomía administrativa financiera, y presupuestal, elegido políticamente por el Congreso Nacional de una terna enviada por el Presidente de la República, su objetivo es la defensa de los DDHSS.
Facultades	La Dirección Nacional de Defensa de los Consumidores y Usuarios <ul style="list-style-type: none"> • Vigila la observancia de las disposiciones que regulan la materia. • Da trámite a las reclamaciones o quejas. Acepta al trámite, califica, rechaza y se pronuncia motivadamente sobre ellas. • Impone sanciones por inobservancia de instrucciones de la SIC. • Solicita a personas naturales y jurídicas datos, informes, libros, etc.(información). • Difunde la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor • Promueve la creación de Asociaciones de consumidores • Cooperar con organizaciones sociales y entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales, para garantizar la protección a los consumidores.
Procedimiento	<ul style="list-style-type: none"> • Ante el Defensor del Pueblo o Director Nacional de Defensa del Consumidor, quien conoce, resuelve la queja convoca a audiencia pública y en caso de no existir acuerdo emite resolución motivada (no obligatoria para el juez) sobre responsabilidad de un proveedor y solicita (o el interesado) a la autoridad judicial (intendente de policía) para que inicie las acciones civiles o penales. • Trámite directo ante el Intendente, Comisario. Este procedimiento se inicia con la denuncia, acusación particular o excitativa fiscal, y se adelanta mediante un proceso oral, en audiencia pública en la que se presentan pruebas, el juez puede requerir peritazgos o informes técnicos. • La apelación ante el juez penal causa ejecutoria y si es favorable al consumidor implica pagar los daños y perjuicios al afectado, costas y honorarios. • Acción popular en caso de perjudicados indeterminable e infracciones impersonales.
Sanción	1000 no reincidente
	Solo el consumidor final reclama
Utilización de MASC	Se promueve especialmente la mediación que es realizada por la Defensoría del Pueblo

²⁴¹ Ver Reglamento Orgánico Funcional de la Defensoría del Pueblo, Capítulo III sección tercera y Titulo III de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

	PERÚ
Leyes	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de protección al consumidor, Decreto Legislativo 716 • Decreto Legislativo No. 807 Ley sobre facultades, normas y organización del INDECOPI (Art. 9, Título V) • Resoluciones • Lineamientos sobre protección al Consumidor,7-06-01
Instituciones	<p>Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) 1992. Directorio (Presidente, Consejo Consultivo) Órganos Funcionales Órganos Económicos Administración Comisión de Protección al Consumidor (CPC) Servicio de Apoyo al Consumidor (SAC)</p>
Facultades	El SAC o la CPC impone sanciones administrativas, realiza la conciliación
Procedimientos	<p>El proceso inicia de oficio o a petición de parte, ante la Comisión de Protección al consumidor conoce las presuntas violaciones de normas, impone sanciones administrativas o medidas correctivas, decomiso, destrucción de mercadería, clausura establecimientos de comercio y ordena publicaciones de rectificación de información.</p> <p>Sin embargo para la devolución del dinero o el cambio de un producto debe recurrir al poder judicial, así se trate de causas de cuantía mínima.</p> <p>Al igual que en Colombia las indemnizaciones no son de su competencia.</p> <p>PROCEDIMIENTOS JUDICIALES que se adelantan para lograr efectividad de garantía y la indemnización de perjuicios se realiza ante jueces civiles, procedimiento ordinario establecido en el Código Procesal Civil, según la cuantía.</p>
MASC	Conciliación
Sanción	A falta de conciliación, si hay responsabilidad el INDECOPI establecerá una

	sanción administrativa, NO la devolución del dinero ni el cambio del producto
Estadísticas	<p>Durante enero 2003 a julio de 2004</p> <p>Se receptaron un total de 2003 denuncias,²⁴² y procedimientos</p> <p>79.6% Procedimientos de idoneidad.</p> <p>7.2% Información asimétrica</p> <p>4.8% Incumplimiento de acuerdos conciliatorios</p> <p>2.4% Incumplimiento de medidas correctivas.</p> <p>6% Otros.</p> <p>Un total de 8647 desde 1993 a julio de 2004, el cuadro estadístico fuente de esta referencia, demuestra el importante incremento de procedimientos de aproximadamente 600% (200 a 1200)</p> <p>La forma de conclusión de los procedimientos:</p> <p>Denuncias fundadas 37%</p> <p>Denuncias infundadas 21%</p> <p>Conciliaciones 18%</p> <p>Desistimiento 6%</p> <p>Improcedente 10%</p> <p>Otros 8%</p> <p>Los sectores más denunciados son: servicios bancarios y financieros, inmobiliaria y servicios de corretaje, muebles y decoraciones, seguros y AFP, luego encontramos a los servicios educativos, electrodomésticos, transporte, automóviles y servicios profesionales.</p>

Del mismo título del organismo de defensa se infiere que su importancia es ínfima, se prioriza otros temas como la competencia y la propiedad intelectual, es claro concluir también que el consumidor con reclamos de indemnización, devolución del dinero o cambio del bien, además de las denuncias de menor cuantía no son protegidos por este sistema institucional por lo que se tendrá que recurrir a la vía jurisdiccional en este caso el procedimiento civil.

El medio alternativo de solución de conflictos utilizado es la conciliación con un importante porcentaje de causas resueltas por esta vía.

²⁴² Fuente: Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI. Gerencia de Estudios Económicos.
www.indecopi.gob.pe/boletin/estadistico/

	VENEZUELA
Leyes	<ul style="list-style-type: none"> • Ley de protección al Consumidor y al Usuario de Venezuela, 4 de mayo de 2004, Gaceta Oficial N° 37.930 • Sistema de Normalización, reglamentos técnicos, calidad y metrología de Venezuela. • La Constitución Bolivariana de Venezuela, consagra los derechos de los consumidores y usuarios (arts. 113, 114 y 117).
Instituciones	Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), instituto autónomo con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía, adscrito al Ministerio. Se implementa el Sistema Nacional de Protección al Consumidor, constituido por el INDECU, organismos estatales, municipales y parroquiales de protección, conjuntamente con asociaciones y federaciones de consumidores.
Facultades	<ul style="list-style-type: none"> • Las últimas reformas otorgan mayor poder a los consumidores y refuerzan la capacidad sancionadora y fiscalizadora del INDECU. Organismo competente para la aplicación administrativa de la ley. • La ley señala con claridad los ilícitos administrativos y sus sanciones. <p>Adicionalmente e INDECU es competente para:</p> <p>Orientar y educar a los consumidores y usuarios y defenderlos.</p> <p>Sustanciar y decidir los procedimientos que en materia de protección al consumidor se inicien, de oficio o por denuncia.</p> <p>Fiscalizar e inspeccionar los centros de producción y comercialización</p> <p>Requerir información.</p> <p>Efectuar sondeos, encuestas e investigaciones.</p> <p>Velar por el cumplimiento de normas oficiales sobre calidad, medidas, peso o cantidad.</p> <p>Informar y educar al consumidor y proveedor.</p> <p>El Instituto tiene una organización y regulación especial, un Consejo Directivo con presidente y directores.</p> <p>La ley dedica un título completo a los Delitos y sanciones, en este se establece también la facultad del perjudicado de ejercer acciones civiles para la reparación de daños y perjuicios.</p>
Procedimientos	<p>Procedimiento administrativo Especial realizado por el INDECU o los alcaldes aplicarán los procedimientos administrativos para imponer sanciones y además la conciliación y el arbitraje.</p> <p>Contra las decisiones del Presidente del INDECU, cabe el recurso de reconsideración, que es decidido por el Consejo Directivo y que agotará la vía administrativa.</p> <p>Procedimientos Jurisdiccionales.- a más de sanciones por ilícitos administrativos la ley establece acciones civiles que se llevan a cabo por procedimiento oral establecido en el Código de Procedimiento Civil.</p> <p>Sistema descentralizado a través de las alcaldías, el Alcalde es competente para aplicar la Ley de Protección al Consumidor y del Usuario siempre que no funcionen oficinas del INDECU.</p>
MASC	<p>La ley incorpora claramente los procedimientos de Conciliación y Arbitraje, a través de una Sala de Conciliación y Arbitraje que es parte del INDECU.</p> <p>El procedimiento de arbitraje de consumo venezolano es sumamente abreviado, el Jefe de la Sala de Conciliación y Arbitraje del INDECU actúa como árbitro. Para dictar el laudo arbitral puede solicitar a las partes la presentación de un informe con los fundamentos, argumentos y pruebas, revisado el expediente dicta laudo en 10 días luego de la fecha fijada para el acto de presentación de informes.</p>
Sanción	El INDECU impone multas, ordena publicidad correctiva a cargo del productor, y cuando cabe legalmente debe promover los procedimientos penales.

ANEXO III

**CUADRO COMPARATIVO
PROCESO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN CHILE Y ECUADOR**

	CHILE	ECUADOR
Autoridad judicial	Jefe de Policía Nacional, siendo competente el que corresponda a la comuna en que se hubiera celebrado el contrato, se hubiera cometido la infracción o dado inicio a su ejecución, a elección del actor. Juzgados de Letras Apelación: Corte de Apelaciones No hay casación	Jueces de contravenciones, intendentes, subintendentes y comisarios nacionales comisarios nacionales Jueces de lo civil (indemnizaciones por daños y perjuicios, mientras empiezan a funcionar los juzgados de contravenciones Apelación: juez de lo penal No hay casación.
Autoridad administrativa	SERNAC (Servicio Nacional del Consumidor) <ul style="list-style-type: none"> Órgano descentralizado, regional y municipalmente, adscrito a la Presidencia y al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Con patrimonio propio y financiado por los aportes que la ley de Presupuestos de la Nación le asigne o de la cooperación internacional. Acciones: educar, informar, proteger al consumidor. Realizar análisis selectivos de productos a través de entidades especializadas. Apoyo al acceso a la justicia: mediación, presentación de demanda ante autoridad judicial y ser parte en las causas en que estén afectados los intereses generales de los consumidores.. Sin facultad fiscalizadora, ni para exigir pago de indemnizaciones, no impone multas, ni sanciona. De actuación gratuita. 	Defensoría del Pueblo <ul style="list-style-type: none"> Organismo público con autonomía funcional, económica y administrativa y con jurisdicción nacional creada para promover o patrocinar los recursos de habeas Corpus, habeas data y de amparo, defender y excitar, de oficio o a petición de parte la observancia de los derechos fundamentales individuales y colectivos independiente del Estado Actuación a través de la Dirección Nacional de Defensa de los Consumidores, funciones: acepta al trámite, califica, rechaza y se pronuncia motivadamente sobre los reclamos y quejas; difunde la LODC; promueve la creación de asociaciones Procedimiento ante la Defensoría se aplica el Título III de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo. La Defensoría, en caso de que las partes luego de la mediación no lleguen a un acuerdo, elaborará un informe del cual solicita la intervención de las autoridades para la iniciación del proceso investigativo, el juez apreciará el informe de conformidad con su sana crítica.
Inicio del procedimiento judicial	Demanda, denuncia, querrela según corresponda, no requieren de patrocinio de abogado y serán por escrito. Se califica la demanda y si tiene fundamento La causas que no excedan de 10 UT se tramitarán en única instancia, sin	Denuncia, acusación particular o excitativa fiscal (art. 84. LODC) Citado el acusado, el juez señala día y hora para la audiencia oral de juzgamiento, la misma que se da en plazo de 10 días contados a partir de la fecha de notificación.
	posibilidad de apelación.	La audiencia de juzgamiento inicia con la contestación del acusado, a esta audiencia concurren las partes con todas las pruebas, luego de lo que se dicta sentencia en la misma audiencia o en 3 días. Si el juez considera necesaria la intervención de peritos se suspende la audiencia y concede el plazo de hasta 15 días para la presentación luego de lo cual se reanuda la audiencia, o 30 días cuando sean pericias que deban realizarse en el exterior. La sentencia lleva implícita la obligación de pagar daños y perjuicios, costas y honorarios, el cobro procede conforme el art. 391 CPP
Tipos de procedimiento	<i>Juicios colectivos</i> .- para la defensa de un interés colectivo o difuso, tiene doble instancia, es propuesto ante juzgados de letras en juicio sumario. <i>Juicios individuales</i> .- procedimiento para la defensa de un interés a título individual, con instancia única dependiendo de la cuantía (10 UT, 296.200 pesos), ante juzgados de policía local (Ley No. 18.287) quienes conocen procesos por contravenciones y faltas y las materias de orden civil que sean de la competencia.	<ul style="list-style-type: none"> Acción popular, se regula en el art. 88, pero no se establece un procedimiento diferente, ni requisitos para su procedencia. Tampoco se establece diferencias de procedimientos en virtud de la cuantía. Juicios individuales, el ya señalado. Las acciones civiles prescriben en un año
Leyes supletorias	El Código de Procedimiento Civil. Las normas de protección al consumidor chileno están dispersas en normas especiales que se aplican subsidiariamente a la actual.	El Código de Procedimiento Civil es la normativa supletoria en lo relativo al procedimiento para el juzgamiento de las infracciones.
Sanciones	Multas de hasta 50 Unidades Tributarias (UT) mensuales si no se hubiera señalado sanción diferente. En caso de publicidad falsa 750 UT hasta 1000 UT, en caso de reincidencia se pueden duplicar las multas. Procede además la indemnización de daños y perjuicios, el retiro del bien, la reposición, la reparación, la sustitución, amular las cláusulas abusivas, obtener prestación de la obligación incumplida hacer cesar el acto que afecte los derechos.	Siempre que no tengan sanción específica, la sanción es una multa de cien a mil dólares, el comiso de los bienes, o la suspensión del derecho a ejercer actividades en el campo de la prestación del servicio o publicidad, derecho a la indemnización por daños y perjuicios ocasionados, ala reparación gratuita del bien, su reposición, devolución de la cantidad pagada, clausura del establecimiento temporal o definitivamente. Publicidad engañosa, multa de mil a cuatro mil dólares, suspensión de la difusión publicitaria.