

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO DEL MERCADO

CONTRATOS DE ADHESIÓN Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

José Antonio Burneo Burneo

2008

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.

.....

José Antonio Burneo Burneo

25 de marzo del 2008

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO DEL MERCADO

CONTRATOS DE ADHESIÓN Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

José Antonio Burneo Burneo

Dra. Haydee Alvarado de Paz y Miño

Quito - Ecuador

2008

EXTRACTO

La presente investigación se ha realizado tomando como universo el sistema de consumo en la economía capitalista, que se ha caracterizado por la presencia de un proceso masificado de producción y de contratación estandarizada, justamente por el advenimiento de la sociedad de la información o también llamada posindustrial.

La investigación parte de un análisis teórico de lo que es el consumidor y de sus derechos ciudadanos en el sistema de mercado, profundizando en el análisis de los derechos fundamentales.

En el presente trabajo son analizadas en forma prolija las regulaciones constitucionales y legales que tienen que ver con los derechos subjetivos y difusos del consumidor, trazando diferencias en cada una de las materias jurídicas, en particular en cuanto a los aspectos más relevantes que refieren al Derecho del Consumo. Las legislaciones de los países andinos son examinadas brevemente como una base teórica del Derecho Comparado frente a nuestra legislación.

En el desarrollo del tema se analiza el contenido del contrato de consumo mediante el esquema de adhesión, las condiciones generales de contratación y la naturaleza de las cláusulas predispuestas, como un medio de abuso al consumidor.

Partiendo de la proposición, en los contratos de consumo el proveedor afecta los intereses del consumidor al imponerle su poder a través de cláusulas abusivas. Se concluye que en esa dicotomía entre desiguales, el Estado regulador deberá implementar las políticas de protección de los derechos del menos fuerte y el Poder Público deberá normar los procesos de intercambio, sin que intervenga directamente en las actividades productivas.

Finalmente, luego de un detallado análisis teórico del tema, se proponen mecanismos para la protección de los derechos del consumidor, que a través de las políticas y procedimientos administrativos y legales, además de un ágil y adecuado ordenamiento procesal, permitan conseguir equilibrios en las relaciones de consumo, recomendando para el efecto algunas reformas legales, como el camino más adecuado para cumplir con ese objetivo.

DEDICATORIA

Al ciudadano consumidor

El autor

AGRADECIMIENTO

Dejo constancia de mi profunda gratitud a la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, por el apoyo brindado durante esta etapa de estudios de cuarto nivel, que me consintió para mejorar sustancialmente mis conocimientos profesionales. En particular agradezco sobremanera a sus autoridades, docentes y personal administrativo por su generosa apertura, situación que me fortaleció gratificadamente y me permitió conseguir aquella meta personal.

El autor

CONTENIDO

CONTRATOS DE ADHESIÓN Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

INTRODUCCIÓN

I. DERECHO DEL CONSUMO

1. PRINCIPIOS GENERALES. Fundamentos de Derecho del Consumo.- Vinculación con otras disciplinas científicas.- Contenido y definición del Derecho del consumo.- Los derechos del consumidor.- Protección jurídica del consumidor.4
2. ECONOMÍA DE MERCADO Y LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR. Sistemas económicos.- Globalización, mercado y consumo.- Constitución económica.-11
3. PAPEL DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR.- El Estado de Derecho.- Función reguladora del Estado y garantías al consumidor.....18
4. SOCIEDAD DE CONSUMO Y LAS NUEVAS FORMAS DE CONTRATACIÓN: CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS. Evolución de la teoría del contrato.- Contratos de empresa23

II. NORMATIVIDAD LEGAL EN RELACIÓN A LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN EL ECUADOR

1. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES: Principio de protección al consumidor.-La regulación constitucional27
2. LA LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Atributos.- Contenido.....30
3. OTRAS LEYES DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. En el ámbito penal.- En el ámbito de la salud.- En el ámbito mercantil.....42
4. LEGISLACIÓN COMPARADA ANDINA.- República de Bolivia.- República de Colombia.- República de Chile.- República del Perú.- República de Venezuela.....51

III.	EL CONTRATO DE ADHESIÓN	
1.	EL CONTRATO DE ADHESIÓN. Definición.- Contenido.- Características.- Elementos.- Naturaleza.....	60
2.	LAS CONDICIONES GENERALES EN EL CONTRATO DE ADHESIÓN. Naturaleza jurídica.- Regulación de las condiciones generales.....	72
3.	LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS EN EL CONTRATO DE ADHESIÓN.- Origen y control.-.....	76
4.	LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN. Nociones generales.- Teoría de los daños: daño emergente y lucro cesante.....	80
IV.	MECANISMOS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR	
1.	EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO: Introducción.- Control normativo: La Constitución. La ley.- Control administrativo: El organismo de control.....	86
2.	EN EL ÁMBITO JUDICIAL: Control jurisdiccional.- Naturaleza del proceso.-.....	100
3.	MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE CONSUMO: Negociación.- Mediación.- Arbitraje.-	107
	CONCLUSIONES.....	119
	RECOMENDACIONES.....	121
	BIBLIOGRAFÍA.....	125

INTRODUCCIÓN

Como efecto del advenimiento de la era capitalista nace un sistema de consumo con la participación de dos protagonistas: el capitalista y el consumidor. El primero que entrega sus capitales para producir bienes mediante la transformación de las materias primas, que luego de los procesos de transformación industrial son ofertarlos en el mercado; y, el segundo como consumidor de aquellos productos, los que son adquiridos para compensar sus necesidades de supervivencia. Ahora bien, el desarrollo económico de las naciones induce a producir bienes y servicios masificados y que se estandarice su expendio, sobretodo porque los cambios sociales, el avance tecnológico y la conformación de mercados integrados han producido un nuevo modelo de intercambio de mercaderías, que induce también a un cambio en la forma de vida en las personas que han superado los límites de la modernidad y conviven en un mundo posmoderno, instituyendo de esa forma un sistema de consumo masificado.

Es entonces en esa economía capitalista en donde existen factores que la caracterizan con regulaciones "per se" y que en forma natural reglan la oferta y la demanda, a través de la libre competencia en los mercados, como elementos económicos que fijan los precios. Consecuentemente confluyen sus actores liderados por los emprendedores, que en todo caso su desarrollo, características y particularidades dependerán de un conjunto de normas jurídicas dictadas por el Estado, que en la actualidad tiene como una de sus metas regular los procesos económicos y también proteger los derechos de sus ciudadanos. En ese contexto los negocios jurídicos entre proveedores y consumidores se inician con un contrato, por el cual las partes acuerdan la adquisición de bienes o servicios, a cambio del pago de un determinado valor monetario. En derivación de esa circunstancia de producción masificada y estandarización de los negocios, se han creado los contratos de adhesión, instrumentos que son vinculados a condiciones generales, que consisten en aceptar simples formularios en donde suelen constar cláusulas predispuestas, elaboradas previamente por el proveedor, las que son suscritas entre las partes, sin que esas condiciones se hayan discutido previamente.

El Derecho Mercantil tiene su origen en el Derecho Civil y de una combinación de ambos nace el Derecho del Consumo, como aquella rama especializada de las Ciencias Jurídicas, que tiene por objeto regular las relaciones de los negocios entre el proveedor y el consumidor de productos, es por eso que en muchas legislaciones existen regulaciones específicas aplicadas a las relaciones de consumo. En el

Ecuador las regulaciones tienen su origen en la Constitución Política del Estado que rige desde 1998; en ella se establecen los derechos fundamentales del consumidor, y, además, contamos con la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, y otros cuerpos legales que se relacionan con la materia, que buscan en conjunto viabilizar la tutela de los consumidores; sin embargo, por insuficiente normativa o por falta de políticas públicas vemos que la protección al consumidor es limitada e insuficiente, y en consecuencia no permite garantizar plenamente el goce de sus derechos. En tales circunstancias se hace necesario analizar profundamente el orden social, económico y jurídico en búsqueda de conciliar soluciones adecuadas al problema.

Esta investigación no pretende cubrir todos los campos de la materia, sin embargo partiendo de un análisis teórico sobre el Derecho del Consumo y de su relación con la Economía, Sociología y con otras ramas del Derecho, como una rama especializada que regula el sistema de consumo dentro de la imperante economía de mercado. Esta rama jurídica que ha llegado a cierta madurez jurídico-política, constituye un área específica consolidada por una necesidad social que se ha creado a consecuencia de las políticas dictadas por el Estado de Derecho, socialmente participativo y con sus propias imperfecciones, lo que conlleva en ocasiones a que se produzcan abusos de la empresa en desmedro de derechos particulares, y que los negocios entre proveedores y consumidores se identifican por la existencia de contratos de consumo atípicos, los que se ubican en la categoría de la adhesión, por ser preelaborados unilateralmente por el proveedor sin la participación de la otra parte.

Más adelante, avanzando en la investigación y una vez analizadas las principales regulaciones jurídicas en materia de consumo, se estudian en particular los derechos y obligaciones, así como las limitaciones jurídicas. Luego se hace un breve análisis de la normatividad vigente en los otros países andinos, como herramienta para observar el grado de desarrollo del Derecho Comparado en la región.

En otra parte, en forma particular se hace un análisis doctrinario del contrato de adhesión, tratando de definirlo como la herramienta de ejecución de los negocios de consumo. Se estudia su contenido, sus características, sus elementos y su naturaleza. También se examinan las condiciones generales de contratación por adhesión y el control normativo sobre ellas, así como el control del Poder Público, esbozando brevemente sus defectos de aplicación y efectos que producen. Se cala que en este proceso de contratación por adhesión existen cláusulas abusivas, y se urge sobre las peculiaridades y

efectos en las relaciones interpartes. Se estudia la responsabilidad civil por incumplimientos en los contratos de adhesión conjuntamente con el Derecho de Daños.

Finalizando la investigación, estudiamos los mecanismos de protección jurídica al consumidor en los procesos de contratación por adhesión, que se refieren a controles en el nivel constitucional, administrativo y jurisdiccional; estos pormenores son analizados en forma pormenorizada y objetiva, tomando en consideración los medios alternativos de solución de conflictos, con la aplicación de técnicas válidas y aplicables.

A manera de conclusión respondiendo a la interrogante planteada esta investigación, creemos necesario que exista un control regulado a la contratación por adhesión en materia de consumo, pues se demuestra que dada la nueva cultura del consumismo, provocada por la masificación de la producción y estandarización de la contratación, existen abusos del proveedor que deben regularse, implementando nuevos mecanismos administrativos y de procedimientos legales de control, sin que afecten la libertad de empresa y de libre contratación.

CAPÍTULO I

DERECHO DEL CONSUMO

1. PRINCIPIOS GENERALES

1.1. - **Fundamentos de Derecho del Consumo.**- Contemporáneamente dada la ramificación de las ciencias particularmente del área social en donde se ubica el Derecho, se viene discutiendo sobre la existencia o no de un Derecho del Consumo, como disciplina particular de las Ciencias Jurídicas; en tales circunstancias y por la complejidad del tema, es necesario un minucioso análisis jurídico, económico y filosófico, que permita explicar más ampliamente el universo investigado.

Así mismo, cabría pensar que la revolución industrial europea y su evolución durante los dos últimos siglos "instituyó un nuevo orden mundial, desde lo político, cultural, institucional, etc., fundamentalmente caracterizado por la ruptura de lo local-geográfico y la apertura a lo internacional (...)"¹. En ese contexto, al hablar de consumo nos ubicamos en el sistema de mercado posmodernista, caracterizado por una nueva forma de vida y estándar de consumo. En la sociedad posindustrial el fenómeno mercantilista se debe a que el actual sistema económico en forma natural genera consumo, generalmente por la necesidad intrínseca para su reproducción y convivencia social, obviamente inducida por la publicidad comercial; es por ello que Ghersi anota que "consumo es una estructura -como ubicación de cada actor o agente social- en relación con los recursos y las restricciones socioeconómicas y jurídicas, propias del sistema de economía capitalista, imprescindible para su existencia y reproducción, que ejercen sobre el individuo y su vida una presión que lo convierte a él y a la comunidad, en una forma muy especial, que ha dado en llamarse la sociedad de consumo".² En esas circunstancias, como inicio cíclico de esta nueva forma de producción para el mercado de consumo, se presenta la constante oferta de productos estandarizados, creados en masa y ofertados mediante contratos preelaborados, que se suman al marco sistémico con participación de actores sociales con recursos de poder en la estructura socioeconómica; es decir que opera un mercado en constante contradicción de intereses. Es por eso que

¹ Carlos Alberto Ghersi. Política y Derecho del consumo.- Biblioteca El Milenio. El Navegante. Bogotá Colombia, 1998, p. 40

² Carlos Alberto Ghersi. Política....Ibíd. p. 43

el llamado Derecho del Consumo permite la efectiva armonización en las relaciones de intercambio entre el proveedor y el consumidor.

El Derecho del Consumo es protector de los derechos fundamentales de las personas, tutelados por el Estado contra el abuso del sistema capitalista. De por medio está el principio de acceso a un consumo digno y de promoción del bienestar general, ya que la libre empresa "per se" no es limitante de los derechos del consumidor, pero requiere de regulaciones que tienen su base en el Derecho Social.

1.2. - Vinculación con otras disciplinas científicas.- El Derecho del Consumo se vincula con diferentes disciplinas jurídicas, sociales y técnicas, como el Derecho Constitucional que regula los derechos sociales, con el Derecho Procesal porque regula los mecanismos de acción judicial, con el Derecho Mercantil que regula el comercio y los negocios, con el Derecho Penal que regula la conducta de los ciudadanos, con el Derecho Administrativo que regula las relaciones de los particulares con el Estado y sus instituciones y en general se vincula con las diferentes materias del Derecho Económico en el que se encasilla propiamente, así como con algunas áreas técnicas de la ingeniería, de la industria, del comercio, etc., pues los procesos productivos se apoyan en los conocimientos de la ciencia moderna para cumplir con las metas del mercado; sin embargo de esa amplia interrelación con otras ramas, el Derecho del Consumo se relaciona particularmente con las ciencias económicas y sociales. Está vinculado con la Economía porque convive con los sistemas de producción, mientras que se relaciona con la Sociología porque en la convivencia social se generan contradicciones que caracterizan a cada momento histórico, así en el caso del sistema capitalista impera el fenómeno del consumismo, que caracteriza a las personas como sujetos individualizados, ubicándolas en distintos estratos sociales de acuerdo a su capacidad de poder económico.

Concomitantemente al actual escenario económico y a la estratificación social, el sistema de consumo está determinado por variables especiales dadas por un mercado globalizado, que influyen en la especialización de las diferentes ramas y en su vinculación con otras ciencias del conocimiento humano.

1.3.- Contenido y definición del Derecho del Consumo.- Las relaciones cotidianas de los ciudadanos en la ejecución de sus negocios jurídicos, son actos de carácter privado normados primordialmente por el Derecho Civil y por el Derecho Mercantil, puesto que corresponde a cada individuo velar por sus derechos particulares; sin embargo, es fácil intuir que del entorno socioeconómico del

interés privado se llegó al interés colectivo, pues el proceso de producción, distribución y consumo por sí mismo involucra el interés de la sociedad en general, protegido por el Derecho público, es por ello que el Derecho del Consumo como rama de tutela social esta previsto en el Derecho Constitucional, que se desenvuelve dentro del ámbito público administrativo. Igualmente el Derecho Social y el Derecho Penal se presentan como ordenamientos auxiliares a esta rama especializada, aplicados en la defensa social.

Bourgoigne, refiriéndose al consumidor señala: "El carácter difuso del interés del consumidor conlleva a varias consecuencias negativas en el ámbito de su representación en los distintos mecanismos del proceso de decisión política económica"³, bajo aquella premisa es difícil ubicar al Derecho del Consumo ⁴ dentro del espectro de las Ciencias Jurídicas, sin embargo el autor agrega que "Consumidor es la persona física o jurídica que adquiere, posee o utiliza un bien o un servicio colocado en el sistema económico por un profesional, sin perseguir ella misma la fabricación, transformación, distribución o prestación en el marco de un comercio o de una profesión"⁵.

Los bienes de consumo son aquellos bienes aptos para satisfacer en forma directa las necesidades humanas, pero se distinguen de los bienes de capital que son medios de producción utilizados para la elaboración de otros bienes consumibles, que por su naturaleza son regulados por el Derecho Mercantil, aunque en la práctica se presentan confusiones que deben aclararse.⁶ El proveedor⁷ de bienes o servicios, que tiene una actividad económica industrial o comercial, socialmente identificado como empresa que "es una organización de los factores de la producción con el propósito de lograr una ganancia."⁸ En ese campo el Derecho de la Competencia actúa como regulador de la oferta empresarial, rama que esta relacionado con el Derecho del Consumo, mientras que "las fuerzas del mercado (oferta y

³ Bourgoigne Thierry. Elementos para una Teoría del Derecho de consumo. Victoria. 1994, p. 61

⁴ Algunos tratadistas lo denominan Derecho del Consumidor, aunque considero que Derecho del Consumo es apropiado, pues las regulaciones legales en esta materia involucran otros temas de orden mercantil, de salud, en lo penal, de índole industrial, administrativo y en general del Derecho Económico, más allá de su objeto que es precisamente la protección del consumidor.

⁵ Bourgoigne Thierry. Elementos. Ibíd. p.. 47

⁶ Agustín Digier. Economía para no economistas. Valleta Ediciones. Argentina. 1999, pp. 28 - 30

⁷ Entendido que el proveedor puede ser una persona natural o una sociedad, pero que en todo caso socialmente se lo identifica como empresario o empresa.

⁸ Víctor Cevallos Vásquez. Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano. Ediciones Jurídicas del Ecuador. 1992, p. 12

demanda) determinan la magnitud de la producción, consumo, inversión y su localización, para cada producto o sector. Por éste mecanismo se determina los precios de los bienes y servicios en el mercado".⁹

El conjunto normativo desplegado en defensa de los consumidores presenta como característica evidente su heterogeneidad al integrarse con normas del Derecho Privado y con normas del Derecho Público, simultáneamente, lo que la constituye en una disciplina múltiple que engloba varias ramas jurídicas y de distinta naturaleza. Lasarte Álvarez al referirse a la existencia del Derecho del Consumo nos dice: "(...) cabe afirmar, sin lugar a dudas, que la mayoría de los estudiosos consideran que resulta impertinente y pretencioso defender la existencia de un nuevo sector sistemático del Derecho que pueda considerarse en la actualidad desgajado o separado del resto de las tradicionales disciplinas jurídicas: Derecho civil, penal, mercantil, administrativo, etc. En tal sentido, pues, resultaría inadecuado presentar el Derecho del consumo como una rama radicalmente autónoma o un sector sistemático propio y por completo separado, dentro del conjunto del Derecho."¹⁰ Más adelante el autor ubica a esta rama como un Derecho especial, que en último término tiene por objeto la defensa del consumidor, independizado del Derecho Civil y del Derecho Mercantil en donde tiene su origen.

Definimos al Derecho del Consumo como aquella rama especializada de las Ciencias Jurídicas, contenida en un conjunto de normas o preceptos normativos, que regulan los negocios entre el proveedor y el consumidor, cuyo objeto es la protección del consumidor.

1.4.- Los derechos del consumidor.- Doctrinariamente es necesario diferenciar entre los derechos humanos y los derechos fundamentales.

Los derechos humanos se refieren a aquellos derechos universales que goza en forma natural la persona humana por el solo hecho de ser tal, es decir a derechos que gozamos todos los individuos de la especie; así mismo no cabe duda que los derechos humanos son prerrogativas concedidas al hombre y ellas están en discusión cuando existe limitación de su goce, como derechos morales del más alto orden filosófico, que se encuentran relacionados con los derechos inferiores que se derivan como consecuencia del respeto a los primeros.

⁹ Agustín Digier. Economía..... *Ibíd.*, p. 160

¹⁰ Carlos Lasarte Álvarez. Manual sobre protección de consumidores y usuarios. Ed. Dykinson. Instituto Nacional del Consumo. Madrid. 2003, p. 23

Al referirnos a la teoría de los derechos fundamentales hablamos de los derechos básicos del hombre, positivamente válidos, que se distinguen de las teorías histórico-jurídicas de los derechos humanos en general. Alexi afirma: "Una teoría jurídica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es, en tanto teoría del derecho positivo de un determinado orden jurídico, una teoría dogmática (...)".¹¹ De ello se colige que la existencia de un derecho fundamental presupone la vigencia de una norma jurídica preexistente que reconoce una prerrogativa impuesta por el Estado, por medio de un modelo semántico con validez jurídica; en ese mismo contexto hemos de entender que un enunciado normativo-jurídico no solo puede reconocer semánticamente un derecho, sino que su contenido podría expresar mandato, permisión o prohibición para dar, hacer o no hacer algo. También cabe aclarar que la teoría de los derechos humanos considera como normas de derecho fundamental a aquellas constantes en disposiciones constitucionales, pues en aquel ordenamiento jurídico se hacen constar los derechos humanos positivados, aunque se prevean en otros cuerpos jurídicos de menor jerarquía. Al respecto, también el autor -tomado de Carl Schmitt- considera que en un Estado liberal un derecho fundamental en sentido estricto se relaciona con el derecho individual de libertad, aunque hace notar que aquella definición sería un limitante a la conexión sistemática y contextual con otras normas fundamentales, que confieren no solo derechos subjetivos individuales sino también derechos colectivos.¹²

Pérez Luño opina que la doctrina entiende que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivados en las constituciones estatales, y concluye que: "En todo caso, se puede advertir cierta tendencia, no absoluta como prueba el enunciado de la mencionada Convención Europea, a reservar la denominación "derechos fundamentales" para designar los derechos humanos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula "derechos humanos" es la más usual en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales"¹³. Define a los derechos humanos "como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos

¹¹ Robert Alexi. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de estudios Constitucionales. Madrid España. 1997, p. 29

¹² Robert Alexi. *Ibíd.*, pp. 63 - 66

¹³ Antonio Pérez Luño. Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución. V ED. Madrid.1998, p. 31

jurídicos a nivel nacional e internacional¹⁴. Esbozando esa definición entendemos que los derechos humanos se refieren a la potestad que se otorga al hombre para ejercer sus derechos de dignidad, libertad e igualdad, sin embargo la noción de derechos humanos va más allá de esa valoración, pues también existen derechos sociales, políticos y económicos. En todo caso, claro está que al hablar de derechos fundamentales nos referimos a los derechos humanos constitucionalmente reconocidos¹⁵, es decir son aquel conjunto de principios y normas de ese nivel, que reconocen las prerrogativas básicas de la persona humana y las garantías para su ejercicio a través de los órganos del Poder Público.

De igual forma, podemos afirmar que no hay una dicotomía entre la teoría de los derechos humanos y la teoría de los derechos fundamentales, sino que aquellas definiciones se complementan tal como Donnelly lo señala: “existe una interacción constructiva tanto entre la visión moral y la realidad política como entre el individuo y la sociedad -especialmente el Estado-, que configura otra por medio de la práctica de los derechos humanos. Los límites y los requisitos de la acción del Estado están establecidos por la naturaleza humana y los derechos que fundamenta, pero, el Estado y la sociedad, guiados por los derechos humanos, desempeñan un importante papel en la creación (o en la realización) de esa naturaleza”.¹⁶

Los derechos humanos se clasifican:

- a) Derecho de personalidad, referentes a los derechos subjetivos de la persona;
- b) Derechos económicos-sociales, que tienen que ver con los derechos al trabajo, a la salud, a la educación, a la seguridad social y a la vivienda;
- c) Derechos y libertades políticas, que son prerrogativas que se otorga a los ciudadanos nacionales de un Estado -no se reconocen a los extranjeros- para participar en el ejercicio de la potestad pública; y,
- d) Libertades individuales, que se otorgan a los individuos a través de derechos que permiten garantizar una convivencia pacífica y racional, así tenemos el derecho a la inviolabilidad

¹⁴ Antonio Pérez Luño. Derechos humanos.... *Ibíd.*, p. 48

¹⁵ Generalmente recogen principios universales insertos en instrumentos internacionales como la “Declaración Universal de Derechos Humanos” (ONU) y la “Declaración de los Derechos del Hombre” (OEA)

¹⁶ Jack Donnelly. *Derechos Humanos Universales*. Gernika. México. 1994, p. 36

personal, al domicilio y a la comunicación, libertades de asociación y religiosa, a la comunicación, derechos cívicos y a un juicio justo, entre otros derechos.¹⁷

En ese contexto debemos entender que los derechos humanos engloban una amplia gama de derechos, entre los que se encuentran los derechos de los consumidores previstos en la Constitución Política del Estado.

1.5.- Protección jurídica del consumidor.- Los derechos fundamentales están previstos en la Constitución Política del Estado, en donde se ubican los atributos y las prerrogativas de los derechos económicos y sociales, para preservar la salud, la educación, información, un consumo garantizado, etc.

Otros derechos como el goce de la propiedad son generalmente garantizados por la Constitución Política de la República, dado que el sujeto es individualmente identificado, no así cuando una pluralidad de sujetos participan, como sucede con aquellos derechos de los consumidores que la Carta Política los califica como derechos difusos, que permiten una apertura colectiva legítima para su defensa como derechos supraindividuales, sin embargo por su novísima institucionalidad no se regulan objetivamente ni se establecen mecanismos de tutela social, aunque su protección es la contrapartida del principio de vulnerabilidad, toda vez que el consumidor es considerado como un ser vulnerable en el mercado de consumo¹⁸. En ese sentido se presentan conflictos sociales en las relaciones de los agentes de mercado que implican la necesaria intervención del Estado, por ello acertadamente Cascajo señala: "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. En esta vertiente, el respeto a la persona implica la posibilidad de entenderla también con capacidad de ejercer sus derechos, en cuanto agente de esta fase del proceso económico, así pues, la positivación constitucional de esta faceta del ciudadano no carece de importancia".¹⁹

Así mismo, no es de menor importancia el papel que juegan en la sociedad los actores individuales y colectivos, pues actúan en la solución de conflictos derivados de las relaciones mercantiles, situación que se presenta por la insuficiencia de mecanismos legales, pues es evidente que la protección

¹⁷ Carlos Valderrama. Esquemas de Derecho General e Instituciones Políticas. Estado Social de Derecho. Ed. Librería del Profesional. Bogotá, Colombia. 1997

¹⁸ Gabriel Stiglitz. Derecho del Consumidor. Ed. Juris. B.A. 1996

¹⁹ José Cascajo Castro. Consideraciones sobre la protección Constitucional de los Consumidores. Estudios sobre Derecho de Consumo.- Iberduero. Bilbao. 1991, p. 37

de nivel constitucional al consumidor exige un desarrollo más acelerado que cualquier órgano de producción jurídica. Es decir, el mandato constitucional sobre la base de la indiscutible superioridad jerárquica de la fuente, somete a todas las disposiciones del ordenamiento jurídico de un Estado. Al respecto Cascajo concluye "La norma constitucional, cabe señalar, juega un uso que efectiviza un principio rector de la política económica y social, que protege los derechos que corren el riesgo de ser vulnerados, a favor del consumidor como criterio interpretativo-integrador de los actos normativos."²⁰

En ese contexto si la sociedad consigue que el consumo sea algo más que una regla del libre mercado, debe articularse con un ejercicio real de ciudadanía y reunir ciertos requisitos especiales:

"a) Una oferta vasta y diversificada de bienes y mensajes representativos de la variedad internacional de los mercados de acceso fácil y equitativo para las mayorías; b) Información multidireccional y confiable acerca de la calidad de los productos, con control efectivamente ejercido por parte de los consumidores y capacidad de refutar las pretensiones y seducciones de la propaganda; c) participación democrática de los principales sectores de la sociedad civil en las decisiones del orden material, simbólico, jurídico y político donde se agudizan los consumos: desde la habilitación sanitaria de los alimentos hasta las concesiones de frecuencias radiales y televisivas, desde el juzgamiento de los especuladores que ocultan productos de primera necesidad hasta los que administran informaciones clave para tomar decisiones".²¹ Entonces estaremos seguros que existe una protección real de los derechos del consumidor.

2. ECONOMÍA DE MERCADO Y LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

2.1.- Sistemas económicos.- A lo largo de la historia se han conformado determinadas estructuras de orden económico. Contemporáneamente se han creado dos sistemas y cada uno responde a una superestructura como un conjunto complejo de instituciones de orden político, que a su vez conforman subsistemas económicos que se deben a un modelo social determinado. Aquellos subsistemas organizados políticamente buscan satisfacer las necesidades de los ciudadanos, agrupados en el Estado como ente superior regulador de las actividades económicas, a saber:

²⁰ José Cascajo Castro. Consideraciones sobre la protección Constitucional de los consumidores. Estudios sobre el Derecho del Consumo. Madrid. p. 39

²¹ Néstor Conelini García. Consumidores y ciudadanos. Conflictos multiculturales de la globalización. p. 42, 1997

El sistema de economía centralmente planificada, en donde el Estado participa unívocamente en la vida económica de la sociedad, la ordena, la regula e implementa imperativamente las políticas públicas. El socialismo como doctrina política-económica nació como antítesis del capitalismo liberal inspirado en la filosofía Marxista-Leninista. Se desarrolló luego de la revolución rusa de 1917 a lo largo del siglo XX, y tuvo su área de influencia en los países prosoviéticos. Con la caída del muro de Berlín y la Perestroika en la URSS el socialismo llegó a su fin, y salvo algunos países, incluida la gran nación China²², en la actualidad ya no se lo mantiene como sistema económico. Rechaza la propiedad privada sobre los medios de producción, reemplazándola por la propiedad estatal o pública; su desarrollo se dio por la crítica al capitalismo y a la explotación del trabajador asalariado en ventaja del inversionista. Carlos Marx habló de las Teorías del Plus-Valor producidas por el Derecho burgués imperante en el sistema clásico liberal; esa situación produce -según Marx- la lucha de clases, que llevaría a la revolución del proletariado y destrucción del capitalismo, luego el apropiamiento de los medios de producción que impone un nuevo orden basado en el Derecho socialista con monopolio estatal, planificación económica centralizada e inexistencia de la libre empresa.

Por otro lado, el sistema de economía liberal o de mercado en donde el Estado se limita a proteger el desenvolvimiento del orden económico, en el cual las decisiones económicas quedan localizadas en la esfera de los individuos, de la empresa y de la propiedad privada. Concede libertad de empresa y estimula la inversión como factor de la producción, que determinan la magnitud y características de las mercancías, consumo, inversión y localización sectorial. En consecuencia es el mercado el que determina en forma natural los precios de las mercancías, en función de la oferta y la demanda, que busca producir lo que se requiera. Éste sistema tiene como antecedente la innovación industrial en Inglaterra y la Revolución Francesa, que se desarrollaron en el siglo XVIII; dicho sistema económico se inició en el siglo XIX en los países europeos, consolidándose en el siglo XX en todo el mundo. A pesar del esplendor alcanzado durante los dos últimos siglos ese sistema experimentó desajustes que han ocasionado crisis de orden político y desequilibrios en la economía de las naciones,

²² La China continental se ha proyectado como la nueva potencia mundial, especialmente por la conquista de mercados internacionales; ese país asiático combina un sistema comunista -iniciado con la revolución Mahomista de 1949- y un sistema capitalista de Estado, con lo cual está logrando implementar una economía de mercado, sin deslindarse del sistema político comunista.

que llevaron a buscar políticas revisionistas a base de un nuevo rol del Estado, en donde el Poder Público ya no es un simple observador de los procesos económicos sino un regulador, con amplio sentido de protección social. En ese contexto se habla de un "*sistema de economía social de mercado*",²³ aunque contemporáneamente se menciona una "*economía solidaria*", como aquella que pondera una mejor distribución de la riqueza a través de la educación, de un eficiente sistema de salud pública, y en general de oferta servicios públicos de calidad brindados a los ciudadanos, en búsqueda del desarrollo articulado con la economía social.²⁴

2.2.- Globalización, mercado y consumo.- Con el devenir del nuevo siglo nos hemos acostumbrado a hablar sobre la globalización como un fenómeno que consiste en la internacionalización cultural, lo que se refleja en los campos económico, jurídico y político. Sin embargo, aunque el fenómeno es integral, hemos de ahondar en lo que tiene que ver con la globalización económica, relacionada sobretudo con la ampliación de mercados, como un proceso por el cual las economías nacionales se han consolidado internacionalmente, como consecuencia de la "aceleración de los ritmos de apertura económica y de los intercambios de las mercancías y servicios; la liberación de los mercados de capitales que han integrado las plazas financieras y las bolsas de valores de todo el mundo; y la revolución de las comunicaciones y de la informática, que ha conectado el tiempo real con el espacio".²⁵

Como consecuencia de los procesos de integración económica se han desarrollado los mercados financieros globalizados, que han conseguido manejar cifras impresionantes a través de empresas financieras transnacionales. Las empresas de la información cuya tecnología ha conseguido avances antes desconocidos, han llegado de diversa manera a todos los lugares del planeta, sus inversiones en el mercado de la informática y las telecomunicaciones se han colado con gran envergadura.

Sin embargo, como efecto de la internacionalización de la economía contemporáneamente se han producido políticas nacionales de privatización, desregulación y aperturismo, buscando la flexibilización económica en ámbitos de la inversión, así como en la conversión industrial, laboral, comercial, derechos de propiedad intelectual, etc. que han permitido ampliar los mercados. La

²³ La Constitución Política del Ecuador (1998) lo califica como un "Estado Social de Derecho" y lo encasilla en una "Economía Social de Mercado"

²⁴ Consultar: Los ajustes axiológicos para una economía social. Introducción: Roberto Dromí. La economía del consumo posmoderno. Daniel Gustavo Montamat. Ed. Ciudad Argentina, 2005. pp. 11-32.

²⁵ Joaquín Estefanía. La nueva economía. La globalización. Ed. Debate S.A. Madrid España. 1996, p. 14

concentración empresarial en las economías de países de limitado desarrollo responde a la acumulación del capital necesario para participar en sectores de inversión económica, que observa la necesidad de buscar capital foráneo para su desarrollo, mientras que el inversionista indaga para conseguir el mejor rendimiento de sus capitales financieros.

En esas circunstancias la globalización de los mercados ha conseguido que el fenómeno del consumismo llegue a todos los sectores geográficos del mundo, lo que sin duda ha producido el crecimiento de las economías, interviniendo las fuerzas sociales y las empresas transnacionales como los nuevos actores del mercado. El mundo globalizado ha producido una concentración de la riqueza y una expansión de la pobreza, ahondada por la división internacional del trabajo, lo que quizá conlleva a constantes desacuerdos en todos los sectores políticos y sociales.

Ahora bien, Conelini afirma: "En el lenguaje ordinario, consumir suele asociarse a gastos inútiles y compulsivos irracionales. Esta descalificación moral intelectual se apega en otros lugares comunes acerca de la omnipotencia de los medios masivos, que incitan a las masas a avocarse irreflexivamente sobre los bienes".²⁶ Entonces, para entender el fenómeno del consumismo es necesario considerarlo multidiciplinariamente, pues "el consumo es el conjunto de procesos socioculturales en que se realizan la apropiación y los usos de los productos",²⁷ que preponderantemente está comprendido por su nacionalidad económica. En cada sistema económico los bienes tienen un significado particular, así en el sistema de mercado se consideran una mercancía; mientras que los individuos intercambian mercancías para satisfacer necesidades fijadas culturalmente e integrarse paulatinamente a la sociedad.

El consumidor a través de los mercados internacionalizados ha conseguido reducir costos y mejorar la calidad de los productos, que a su vez permiten al empresario dirigir objetivamente sus mercancías con ciertas ventajas de producción, por ello Pretel de la Vega afirma: "Bajo el contexto expuesto, es innegable que atrás ha quedado en estigmatización del consumidor como la parte indefensa y supeditada en el intercambio de bienes y servicios, pues la mejor y más amplia satisfacción de sus necesidades como bandera de todas las empresas que concurren en el mercado, lo han erigido en un

²⁶ Néstor Conelini García. Consumidores y ciudadanos.... Ibíd. p. 41

²⁷ Néstor Conelini García. Consumidores y ciudadanos.... Ibíd. p. 42

soberano decidor de la supervivencia de las empresas que cumplan con mayores agregados sus requerimientos de consumo”;²⁸

Dentro del mercado globalizado la sociedad civil lucha por la defensa de sus derechos “basando su acción en el reconocimiento de ocho derechos básicos de los ciudadanos en su carácter de consumidores. Ellos son, el derecho a la satisfacción de las necesidades básicas; a obtener servicios y productos seguros; a la información; a elegir; a ser escuchados; a la reparación; a la educación; a un medio ambiente sano y saludable.”²⁹

De otro lado, en amplia crítica Trimboli afirma: “En un contexto global en que los predicamentos economicistas, consumistas y pragmáticos han ido desplazando a los principios de la solidaridad, la tolerancia y la sustentabilidad del desarrollo económico, resultan difícil imaginar la construcción de políticas eficientes y estables de protección de los consumidores, si nuestros programas y actividades en el ámbito de la educación no se desplieguen en toda su potencialidad”.³⁰ En ese aspecto, recordemos que el capital financiero se establece en donde encuentra ventajas, caracterizadas por la ausencia de regulación ambiental, de control de inversiones y de falta de defensa del equilibrio necesario en la protección de derechos económicos y sociales, a debida cuenta que el capital especulativo que se identifica con el fenómeno de “externacionalización del capital productivo” busca las mejores condiciones de inversión.

Ahora bien, por la existencia de los fenómenos propios de la emergente economía globalizada, en donde el mercado y el consumo siguen paralelamente esta secuencia, es fácil deducir que los hábitos y tradiciones se vinculan entre culturas, conformando verdaderas comunidades de consumidores que tendrán que organizarse para la consecución de una ciudadanía crítica sobre el consumo y la defensa de los ciudadanos.³¹ Octavio Ianni, en ese sentido afirma “el capitalismo se ha tornado propiamente global. La reproducción ampliada del capital, en escala global, pasó a ser una determinación predominante en el modelo según el cual se organizan la producción, la distribución, el intercambio y el consumo. El capital, la

²⁸ Sabas Pretel de la Vega. Política y Derecho del Consumo. Biblioteca Millenio. El Navegante Editores. Bogotá. 1998, p. 444

²⁹ Juan Trimboli. Política y Derecho del Consumo. Biblioteca Millenio. El Navegante Editores. Bogotá. 1998, p. 352

³⁰ Juan Trimboli. Política y... Ibid. p. 355

³¹ Un ejemplo de la incipiente organización constituye la creación de “Consumers International”, organismo que agrupa a más de doscientos cincuenta entes gubernamentales y ONGs, cuyo objetivo es la defensa de los derechos de los consumidores internacionales.

tecnología, la fuerza de trabajo, la división del trabajo social, el mercado, el marketing, el lobbying y la planeación, tanto empresarial como de las instituciones multilaterales, además del gubernamental, todas esas fuerzas que están actuando en escala mundial. Fuerzas que, aunadas a otras, políticas y socioculturales, son decisivas en la creación y generalización de las relaciones, procesos y estructuras que articulan y tensan el nuevo mapa del mundo.³² Es por eso que se considera que la economía, al igual que la cultura, la tecnología y el derecho se hallan vinculados globalmente, lo que incentiva al consumo de productos externos regulados generalmente por convenios de comercio y procesos integracionistas, que buscan la protección de mercados y la estabilidad del sistema económico.

En ese contexto, dados los rápidos cambios que se han presentado en el orden mundial, cabe resaltar lo afirmado por el profesor Boaventura de Sousa Santos, quien señala: “la ideología cultural del consumismo es tan cultural (se refiere a símbolos, valores o modos de vida) como económica (no habría consumismo sin la posibilidad de la producción y el consumo masivo) y la política (la cantidad, la calidad y la distribución social del consumo masivo en un conflicto político central en cualquiera de los estados-nación de hoy, y el consumismo es considerado un importante ingrediente de la “nueva política cultural” de conformidad política y abstenciones electorales)”,³³ lo que nos hace reflexionar sobre la necesidad de establecer una protección jurídica internacional del consumidor, regulada por políticas y normas dictadas por organismos supranacionales dentro del contexto globalizado.

2.3.- Constitución económica.- Viciano conceptúa a la Constitución Económica como “el conjunto de normas que, con rango constitucional, establecen la legitimación para ejercer la actividad económica, el contenido de las libertades y los poderes que se derivan de esta legitimación, las limitaciones que afectan a los mismos y a la responsabilidad que grava su ejercicio, así como los instrumentos y medidas con los cuales el Estado puede actuar o intervenir en el proceso económico.”³⁴, por lo que intuimos que la Constitución económica es un conjunto de preceptos superiores de los que deriva la estructura y el funcionamiento de la actividad económica del Estado; es decir que éste instrumento jurídico es la base para la implementación de un sistema económico predeterminado.

³² Octavio Ianni Octavio. La era del globalismo. Siglo XXI Ed. S.A. 2da. Edición. México 2001, p. 17

³³ Boaventura De Sousa Santos. La Globalización del Derecho. Universidad Nac. de Colombia.1998, p. 54

³⁴ Javier Viciano. Libre competencia e intervención pública en la economía. Universidad de Valencia, España. 1995, pp. 105 - 106

Con estos antecedentes, debemos entender que la Constitución económica en un Estado de Derecho debe tener un contenido social de principios, derechos, competencias y organización, tomando en cuenta el desarrollo que se hubiese dado dentro de un ordenamiento jurídico sistematizado; así mismo, concomitantemente a esa percepción, debe existir cierta flexibilidad jurídica y económica, en donde reconozca la libertad de empresa y la libertad de acción privada. De igual forma en una economía de mercado los poderes públicos deben reconocer esa libertad de empresa, sin exonerar la obligación del propio Estado con los ciudadanos para garantizar los servicios públicos.

En cuanto a derechos ciudadanos se refiere la Constitución económica debe regular la libertad de empresa, la limitación de abusos, declarar la igualdad entre los sujetos, velar por la eficacia horizontal de los derechos privados y en general establecer una dimensión subjetiva institucional del Estado, para la consecución de los fines sociales como objetivo primordial del Derecho Económico. Sin embargo el instrumento constitucional debe también reconocer el derecho de la iniciativa pública en las actividades económicas, por tanto, la Constitución económica de un Estado debe velar por el equilibrio del Poder Público y la libertad particular, impidiendo los monopolios y limitando los abusos de la libre empresa.

Anota bien, a pesar de que el Poder Público es único y es el elemento esencial de un Estado basado en su soberanía, cuyo titular es el pueblo, se requiere también de una estructura jurídica para cumplir con sus propios fines. Derecho y política son dos magnitudes con puntos de contactos paralelos pero no similares, sin embargo que el Derecho como producto de las políticas públicas, es generador de otras regulaciones enmarcadas en un ordenamiento jurídico jerarquizado.

El Estado concede atribuciones a los órganos del Poder Público y se delega también atribuciones a particulares para ejercer actividades económicas, cediendo potestades que antes estaban dentro de la exclusiva esfera estatal, y así lo prevé coincidentalmente nuestra Constitución Política³⁵ cuando establece que los servicios públicos deben ser otorgados por el Estado directamente o a través de terceros particulares. El Estado implementa los procesos de regulación y el Poder Público aplica mecanismos de protección ciudadana, manteniendo el orden y buscando el equilibrio económico, sin que se intervenga en las actividades propias de la economía ejecutadas por particulares.

³⁵ La Constitución Política del Ecuador aprobada en 1998, sin embargo actualmente la Asamblea Nacional Constituyente instalada a finales del 2007, se halla preparando una nueva Carta Política del Estado, que de aprobarse en el próximo Referéndum, podría variar en su contenido filosófico, jurídico y económico.

Los desequilibrios del mercado producidos por sus imperfecciones demuestran la necesidad de implementar regulaciones de orden económico, las que colaboran al buen funcionamiento de la competencia económica que conlleva a disminuir abusos de proveedores e impide la existencia de monopolios naturales, que afectan a la libre empresa, buscando proteger los derechos del consumidor.

3.- PAPEL DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

3.1.- El Estado de Derecho.- Ramón Martín Mateo³⁶ nos explica que el Estado de Derecho como modalidad de organización de la convivencia humana, se impone como una necesidad inevitable, a medida del avance social que cada vez va haciéndose más complejo; agrega que, las teorías iusnaturalista y pactista señalan que el ser humano entra en sociedad por su conveniencia, para defenderse de mejor manera de la naturaleza y sobre todo de otros grupos humanos y en base a esa asociación consiga prosperidad y logros comunitarios. Con el transcurrir del tiempo el hombre consigue sociabilidad y a través de un proceso de maduración se inicia en pequeños espacios, para luego organizarse en clanes o tribus, pasando por organizaciones más grandes dirigidas por líderes guerreros, que a la postre determinaron la creación de reinos, feudos e imperios, hasta llegar a la Edad Media con el nacimiento del Estado-ciudad, que es el antecedente más cercano del Estado moderno.

El pueblo se aglutina y se organiza, creando asambleas medievales, constituyendo cortes, tribunales y formas de gobierno, en principio bastante limitadas. La doctrina del Derecho Político enseña que el Estado nació con el imperio romano, pues se desarrolló un sistema jurídico con elemental sentido democrático y republicano, que ha permitido veinte siglos después llegar a concebir el Estado de Derecho. En la Edad Media el ordenamiento establecido protegía la existencia de dos derechos: la libertad y la propiedad. Esos dos fundamentos son los que a la postre van a definir la existencia de un Estado racionalmente concebido y estructuralmente organizado.

El Estado de Derecho es aquel que tiene un orden jurídico preestablecido; es decir tiene una estructura jurídico-política basada en un ordenamiento administrativo, que cuenta con apoderamientos legales concretos, que a su vez permiten ejecutar formas y modalidades operativas.

³⁶ Ramón Martín Mateo. Manual de Derecho Administrativo. Editorial Trivium 21ª Edición. Madrid España. 2002, p.37 y ss.

Las normas obligan a todos los asociados a demostrar determinadas conductas, evitando abusos de poder y violación de derechos del hombre. El ordenamiento jurídico del Estado establece los derechos de las personas, la forma como protegerlos y los órganos para demandarse su respeto, así como los procedimientos de control de la administración del Estado y de los servicios públicos.

Ahora bien, el Derecho no es imperecedero ni permanente, se transforma conforme evoluciona la sociedad, adaptándose a las nuevas formas de convivencia social; esto quiere decir que el Derecho esta estructurado de acuerdo a la sociedad imperante, en consecuencia en un Estado democrático y de libertades económicas no cabría otra concepción jurídica que la de libre empresa y de desarrollo de los mercados. También el Estado de Derecho exige legitimidad en la integración de los órganos supremos que lo conforman y detentan el poder. Se entiende entonces que el Estado de Derecho modernamente concebido es aquel que se basa en una estructura jurídico-política, con división de poderes, que fundamentalmente dedica su existencia a la satisfacción de las necesidades de la sociedad, pues su Constitución Política es la garantía del respeto a los derechos fundamentales, a la estructura política-jurídica del Estado, a la independencia de sus funciones, al principio de legalidad, del sometimiento a la ley y de la existencia de tribunales de justicia, subordinándose la autoridad a la ley, que esta obligada a garantizar y respetar el orden jurídico.

3.2.- Función reguladora del Estado y garantías al consumidor.- Gabriel Stiglitz manifiesta que: "En efecto, la producción industrial, en virtud de un condicionamiento psicológico, propone al consumidor novedades constantes, capaces de crear una nueva demanda para la satisfacción de necesidades que aquel ya tiene completamente colmadas. Se trata de la política del "consumismo" desarrollada por la gran empresa, con una estricta funcionalidad de orientación al público, en pos del acrecentamiento de la propensión a la adquisición."³⁷, justificándose de esa forma la intervención reguladora del Estado, de tal manera que los principios generales contenidos en el Derecho del Consumo cumplan la tutela pública en defensa de los derechos del consumidor.

Es necesario ponderar que desde los inicios de la sociedad humana han existido hábitos, usos y costumbres, convertidos en regulaciones y estructurados en ordenamientos jurídicos propios de un

³⁷ Gabriel Stiglitz. Protección jurídica del consumidor.- Ed. Depalma Buenos Aires, 1986, p. 3

Estado, que han desarrollado dos clases de regulaciones: unas como normas de Derecho subjetivo y otras que constituyen normas de Derecho objetivo, paralelamente unidas y que se complementan entre sí.

De otra parte, tomado de Cotta³⁸, el hombre como actor social y político, es un ser limitado en cuanto a sus capacidades, es un ser finito porque tiene un fin, es un ser en relación porque vive en sociedad y es además conciente de su imperfección; por esas razones el hombre se apoya en el Derecho, a fin de superar los límites dados por su propia naturaleza humana. Estos hechos son elementos de la estructura ontológica del hombre, por lo que al ampararse en el Derecho subjetivo exige del Estado por medio del Derecho objetivo que se expresa en la ley, se reconozca y proteja sus derechos y los tutele permanentemente, para que goce de ellos con la limitación que se establezca en la misma norma, razón que justifica suficientemente la creación de los sistemas normativos.

De igual forma, el hábito del consumo cíclico que se presenta en la economía permite el nacimiento de los mercados, por ello compartimos lo que Stiglitz menciona: "El reconocimiento de los derechos del consumidor, revestido de validez formal en virtud de su proclamación en cartas o declaraciones, tiende a mejorar el funcionamiento del mercado, corrigiendo sus deficiencias y la posición subordinada del consumidor en las relaciones personales con la empresa."³⁹ Ricardo de Ángel Yaguez al abogar por el consumidor opina que "en la vida diaria es frecuente hablar de *los derechos del consumidor*, sin embargo, aunque todos entendemos la expresión, creo que contemplar al consumidor desde la amplia perspectiva de sus derechos es del todo correcto. Se crea la impresión de que aquél ostenta unas perspectivas especiales, como si se tratara de un titular de derechos de carácter privilegiado"⁴⁰. Entonces el consumidor es reconocido como tal, porque es parte de los negocios jurídicos cotidianos que se presentan en la convivencia social.

Como nos enseña la doctrina clásica, el Derecho permite a los individuos la libre elección de consumo, sin embargo en la sociedad actual, el consumo se somete a una auténtica obligación, puesto que aparentemente una persona puede negarse a consumir, pero que en la praxis se demuestra lo contrario, ya que si un individuo se abstiene de consumir se condenaría a un aislamiento social. Por ello

³⁸ Sergio Cotta. *Que es el Derecho*.- Anzos, S.L. Fuenlambrada. Madrid, 1995, pp. 9 - 31

³⁹ Rubén y Gabriel Stiglitz. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor* Depalma. Buenos Aires, 1985, p. 6

⁴⁰ Ricardo De Ángel Yaguez. *La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos*.- Estudios sobre el consumo. Iberduero S.A., Bilbao. 1991, p. 52

intuimos que la opción que tiene el consumidor para contratar -entendiéndose como la libertad de la que goza una persona para someterse o no a las condiciones impuestas por otra- le permite disfrutar de los bienes y servicios que se le ofrecen, pero para su protección se requiere establecer limitaciones. Al respecto el mismo autor afirma: "En presencia de casos como éstos, y contemplando la cuestión con el debido desapasionamiento, no puede ignorarse la concurrencia de intereses contrapuestos. De un lado, la necesidad de dotar de suficiente protección a los consumidores, persiguiendo la máxima pulcritud en la fabricación de los bienes y en la prestación de los servicios, pero por otra parte la necesidad también de no sofocar el progreso industrial y la implantación de nuevas tecnologías o la introducción de productos nuevos"⁴¹. Desde esa consideración, es necesario que el Estado busque el equilibrio social entre los intereses particulares de los consumidores y los de la colectividad como sistema económico, por lo que amerita su intervención a través del ordenamiento jurídico, en donde se reconocen los derechos del consumidor y los mecanismos tutelares de orden público.

Como consecuencia de las crisis en las economías públicas, el Estado de Bienestar se ha transformado en un Estado facilitador y regulador de las actividades económicas, provocando procesos de privatización y concesiones a particulares para el ejercicio de actividades económicas, políticas de apertura para la inversión, flexibilización laboral e industrial, revisión de las políticas arancelarias, implementación de nuevos regímenes de intercambio económico, desgravación arancelaria e implementación de reformas estructurales, que a la postre han implicado nuevos roles del Estado y también de la empresa que se incluye en el universo de la sociedad civil.

El declive del capitalismo liberal fue paulatinamente renovado por el sistema social de mercado. La "*mano invisible*" que intuyó el Smith (economista inglés del siglo XVIII), es sustituida por la mano visible del Estado, que asume la conducción del proceso económico y deja de ser exclusivo productor del Derecho, para convertirse en proveedor de seguridad jurídica, ordenador de políticas públicas, cubriendo todas las formas de intervención del Poder Público en la vida social. El Derecho contemporáneo funciona como política pública, medio por el cual el Estado preserva los mercados, constituyéndose en el instrumento de defensa del sistema económico sin dejar de tutelar los derechos sociales. La idealización

⁴¹ Ricardo De Ángel Yagüez. La posición del consumidor..... Ibid. , p. 57

del Estado posmoderno es la sustitución de la regulación estatal por regulaciones nacidas en la propia sociedad civil organizada.

Jorge Witker, afirma: "En las economías de mercado, la libre competencia económica es un valor o interés protegido de alta significación. Se busca que los operadores y agentes promuevan la eficiencia económica y respeten un auténtico proceso competitivo, esto es un escenario en que los empresarios compitan entre sí, vía costos menores, innovaciones tecnológicas, mejores servicios y lógicamente menores precios para los consumidores."⁴² En consecuencia, el Poder Público evita la concentración monopólica, favorece la eficiencia empresarial e impide que sean afectados los intereses del consumidor. Por ello en el contexto económico contemporáneo, los marcos regulatorios de protección al consumidor resultan ineficaces frente a los monopolios, entonces los propios ciudadanos deben buscar su protección a través de las políticas dictadas por el Estado.

Stiglitz, al respecto también opina: "El correcto desenvolvimiento de las economías nacionales sobre la base de mercados libres, competitivos y abiertos, exige como recaudo complementario, pero condicionante a la vigencia de un efectivo sistema político-jurídico de protección de los consumidores, que garantice a éstos, la concreta y real oportunidad de situarse en un punto de equilibrio con los proveedores de bienes y servicios, en las relaciones de consumo."⁴³ "La ciencia jurídica llegó en este siglo, a un grado de evolución que ningún sistema político-económico puede hacer retroceder: cuando el puro juego de una libertad meramente formal, de la que sólo goza efectivamente el sujeto más fuerte de la relación negocial, suponga dejar a su merced al más débil, entonces el Estado debe intervenir para reestablecer el equilibrio (...)". El derecho y la política de protección de los consumidores suponen el "reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor en las relaciones de consumo", porque aun en el marco de un mercado libre y competitivo, el consumidor queda igualmente sometido, en los hechos y habitualmente, a cláusulas contractuales abusivas; a publicidades engañosas; a técnicas de comercialización que presionan sobre su poder de decisión, restringiendo la espontaneidad de las elecciones; a hipótesis de productos o servicios defectuosos; a obstáculos para el acceso a la justicia, etcétera."⁴⁴

⁴² Jorge Witker V. *El Derecho Económico en los Sistemas Económicos del Siglo XX*. 1998, p 29

⁴³ Gabriel Stiglitz. *Defensa de los consumidores de productos y servicios*. Ed. La Rocca. B.A. Argentina. 2001, p. 113

⁴⁴ Gabriel Stiglitz. *Defensa..... ibid.* pp 115 - 116

En esas circunstancias, debemos resaltar que en una economía social de mercado el bien jurídico protegido es la tutela del consumidor, sin embargo, concordamos que no es suficiente la protección normativa, sino que se hace necesario implementar mecanismos de ponderación frente a los desequilibrios naturales, lo que se logra con una transparente regulación jurídica, brindando un ambiente favorable y desestimando prácticas abusivas, que conlleva a implementar un régimen sancionador. Además es necesario que el Estado dicte políticas de consumo que permitan mantener el equilibrio entre los derechos del consumidor y el desarrollo del emprendedor, propendiendo a crear una cultura de consumo que posibilite la libre elección de productos que no le sean nocivos y de esa manera el Estado vigile la protección de su economía, además que supervise que se de una adecuada y veraz información, que se le reconozca el derecho a la compensación en caso de ser afectados sus intereses, brindar la educación necesaria del consumidor y tutelar la libertad de asociación, entre otras, que busquen no solo el bienestar y el desarrollo ciudadano como garantía básica al consumidor.⁴⁵

4.- SOCIEDAD DE CONSUMO Y LAS NUEVAS FORMAS DE CONTRATACIÓN: CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS

4.1.- Evolución de la teoría del contrato.- El dogma de la autonomía de la voluntad desarrollado por la doctrina civilista francesa en los siglos XVIII y XIX se concibe como la libertad de los particulares para celebrar contratos de acuerdo a sus intereses, es decir las partes creaban el marco de regulación en los contratos (el contenido, el objeto, los derechos y las obligaciones), por tanto los contratantes consideraban que las leyes son supletorias de su voluntad y solo se aplicaban en lo que no se estipulaba. La autonomía de la voluntad se manifiesta como un principio organizado de la estructuración social, que busca adecuar las normas a la realidad, interpretando la voluntad de los contratantes, pero que atiende estrictamente a su intencionalidad más que a lo expresado literalmente, y así lo señala nuestro Código Civil⁴⁶ en los artículos 1561 y 1576.

Sin embargo de esa interpretación histórica a lo largo del siglo XX se debatieron múltiples criterios sobre la teoría de la autonomía de la voluntad, que al igual que todos los derechos tienen sus limitaciones, así por ejemplo: los contratantes no podrían alterar la esencia del contrato, pues en tal caso

⁴⁵ Estos principios constan en las directrices de defensa del consumidor aprobadas en la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución Nro. 39/248 de 16 de abril de 1985

⁴⁶ Codificación Resolución 0002-06-DI (Suplemento del Registro Oficial 274, 19-V-2006).

produciría su nulidad; tampoco podrían estipular que se cumpla lo que esta prohibido por la ley o disponer la alteración del orden público y contrariar las buenas costumbres, evitando con ello licitud en el objeto y en la causa. De acuerdo a ello existen limitaciones: en el orden positivo, que la ley manda cumplir y que tienen que ver con el consentimiento, la capacidad, la causa y el objeto, conforme lo establecen los artículos 1461 y 1698 del Código Civil; en el orden negativo, que se refieren a aquellas que la ley prohíbe y van contra el orden público y las buenas costumbres, normadas por los artículos 1477 y 1483 *Ibíd.* Sin embargo, a decir de Narváez "La absoluta libertad contractual, tal como lo fue preconizada en la Revolución Francesa y la consagró el Código Civil de Napoleón, generó abusos e injusticias. De ahí que las legislaciones contemporáneas, en aras de la preeminencia del interés colectivo sobre el individual, se orientaron a reglamentar y fiscalizar las relaciones contractuales en su formación, ejecución y duración."⁴⁷ Consecuentemente, en la actualidad el contrato es considerado como un fenómeno social y no como un hecho individual, que llevo a la defensa doctrinaria de que la declaración de la voluntad es necesaria para reconocer la sumisión de las partes a la ley, y por consiguiente la libertad de contratar esta supeditada a las disposiciones emanadas por la norma legal.

En la vida económica contemporánea se hace cada vez más intenso el tráfico de bienes y servicios ofertados en el mercado, en una abierta guerra por captar al consumidor cautivo; en esa situación los negocios jurídicos se regulan por el contrato, instrumento que se manifiesta con condiciones no contempladas generalmente en los marcos legales, sino que se consideran figuras atípicas que se van amoldando de acuerdo a las circunstancias del mercado, que dinamiza la economía y al Derecho. Por ello la teoría general de los contratos ha evolucionado sobretodo por la óptica moderna de protección social.

Tomando en cuenta que la producción y el consumo toman parte en la regulación económica, debemos aceptar que la defensa de los consumidores debe ser regulada por el Derecho, particularmente en lo atinente a las relaciones contractuales de consumo. De igual forma en el sistema económico imperante surgen relaciones jurídicas que crean derechos y obligaciones, por así haberlo convenido las partes, pero deben encasillarse en la norma legal y en su instrumentación; es decir surgen los contratos

⁴⁷ José Ignacio Narváez García. *Obligaciones y Contratos Mercantiles.* Ed.Temis. Bogotá Colombia. 1990, p. 6

innominados y atípicos, pero en todo caso aquellos contratos no pueden contrariar la ley, ni el orden público o las buenas costumbres.

4.2.- Contratos de empresa.- Pablo Barbieri al referirse a los contratos de empresa señala: "(...) hemos notado la importancia que ha adquirido la empresa en las relaciones jurídicas de nuestros días. Sea cual fuere la forma de organización que ésta adopte, se ha convertido en un sujeto sumamente activo en las distintas transacciones comerciales diarias y a distinta escala. La intervención de estos entes en las relaciones jurídicas las tiñe de determinadas particularidades que se traducen en las estipulaciones contractuales que se pactan. No podemos afirmar que se establece un "régimen exorbitante" como en los contratos regulados por el Derecho Administrativo (...), pero la envergadura de las empresas contratantes tiende a colocarlas en cierta posición de superioridad, sobre todo con relación a los consumidores de determinados servicios; prueba de ello son los contratos con cláusulas predispuestas -o de adhesión- que han generado una copiosa jurisprudencia de nuestros tribunales. El Derecho interviene, entonces, en estas modalidades contractuales, tratando de restablecer el equilibrio entre las partes, esencia de este tipo de relaciones jurídicas. (...). Por otra parte, las constantes variaciones de las relaciones económicas y los nuevos negocios comerciales que día a día se concretan brindan una riqueza inconmensurable a la temática en análisis. Es por ello que se deben establecer las pautas mínimas indispensables para regular jurídicamente toda esta nueva fenomenología, para lo cual, a nuestro entender, resultan insuficientes las pautas establecidas en los clásicos Código Civil y de Comercio."⁴⁸ (...) "Es el Derecho Contractual de las empresas como sujetos contratantes, de los consumidores como destinatarios de las ofertas al público indeterminado, de los contratos de adhesión, de la contratación en masa, de la utilización de los medios modernos de contratación y del nacimiento de distintas figuras que tienden a satisfacer las necesidades de las partes intervinientes. El desafío de nuestros juristas es adecuarse a esta nueva realidad con la mayor eficacia y previsión posibles."⁴⁹

De ese modo, el nuevo estilo de hacer negocios empresariales así como la difusión masiva de mercancías, han orientado al usuario a consumir productos o servicios inadecuadamente, mediante el esquema de adhesión establecido dentro de los límites de la ley. La necesidad de consumo y la falta de

⁴⁸ Pablo Barbieri. Contratos de Empresa. Editorial Universidad. Buenos Aires Argentina. 1998. p. 51- 52

⁴⁹ Pablo Barbieri. Contratos de Empresa..... Ibid., p 93

información afectan el consentimiento, por ello se debe buscar que la ley este orientada a proteger los derechos del consumidor, así por ejemplo debe regular la propaganda comercial, de tal manera que el ciudadano obtenga información veraz y suficiente de lo que va a consumir. El Estatuto del Consumidor Colombiano,⁵⁰ considera propaganda comercial como "Todo anuncio que se haga público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas, y en general todo sistema de publicidad", es por eso que por la directa relación entre la ley y el contrato, se requiere de una correcta información al usuario y de esa forma se brinde protección.

Igualmente, otro parámetro importante de protección precontractual al consumidor se da mediante la regulación en las ventas, ya en cuanto a sus procedimientos o en lo que tiene que ver con el plazo de reflexión, por ello analizamos los dos casos:

1) En lo atinente a los procedimientos: vale señalar que actualmente los proveedores manejan técnicas y habilidades que pueden ocasionar perjuicios al consumidor, pues se dan prácticas desleales y peligrosas, por ello la norma legal debe ser preventiva; y,

2) En lo referido al plazo de reflexión: la ley debe prever el derecho al arrepentimiento a favor del consumidor, pues con la prisa que en la actualidad se pactan los negocios, muchas veces el usuario no analiza el producto; de otro parte, el proveedor debe prevenirse para ofertar un producto conforme sus posibilidades reales dependiendo de su capacidad.

Para la validez jurídica del contrato debe cumplirse un procedimiento formal, así: las ofertas constituyen las condiciones particulares del contrato tipo, entonces, si esa oferta es aceptada las condiciones forman parte del contrato de adhesión. Un contrato está regulado por las condiciones generales dictadas por el proveedor, pero ellas deben estar acordes con la ley, en consecuencia es de entender que el *Derecho de los contratos* debe regular la protección de los derechos particulares, autorizando o prohibiendo ciertas prácticas en las relaciones de oferta y demanda de productos.

⁵⁰ Vigente en la República de Colombia desde 1982

CAPÍTULO II

NORMATIVIDAD LEGAL EN RELACIÓN A LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN EL ECUADOR

1. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

1.1.- **Principio de tutela al consumidor.**- En la llamada sociedad de consumo el Estado de Derecho asume la protección del consumidor, así pues el ciudadano protegido jurídicamente por los principios establecidos en la Constitución Política de la República, ejerce derechos como agente activo en el proceso económico; en ese sentido dicho instrumento actúa como técnica ordenadora de una realidad social, en donde se contienen un conjunto de preceptos, integrador de todo el contexto normativo subordinado, cuyo fin es la tutela del ciudadano.

Desde esa perspectiva, dada la ineficacia jurídica de normas consideradas de menor jerarquía, no resulta inofensiva la protección constitucional del consumidor; por el contrario, aquella tutela es relevante y necesaria, pues al verse afectados los intereses subjetivos del ciudadano, el individuo puede hacer válidos sus reclamos, invocando directamente los derechos constitucionales; sin embargo, más allá de la propia acción de los perjudicados, el Estado está obligado a actuar a través de sus instituciones como legítimo protector de los asociados. Por otro lado, debe considerarse que al existir la tutela constitucional, permite que cualquier órgano de producción jurídica desarrolle mecanismos de protección al consumidor; al respecto, es relevante el papel que desempeñan los tribunales de control constitucional⁵¹ en cuanto a velar por el respeto a los derechos fundamentales del ciudadano.

Las relaciones que los agentes del mercado mantienen entre sí, no dejan de producir conflictos de orden social, que implican la intervención del Estado como un gran ente regulador de ese tipo de relaciones. En esa conformación tripartita frente a la posición de los productores y consumidores, el Estado actúa por medio de las disposiciones emanadas soberanamente, que a la postre deja en claro la necesidad de que existan preceptos superiores a otros mandatos, que buscan implementar mecanismos de justicia y mediar entre los intereses contrapuestos, tal como Cascajo manifiesta: "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

⁵¹ De acuerdo a la Constitución Política del Ecuador dictada en 1998, corresponde al Tribunal Constitucional el control constitucional y de los derechos fundamentales.

posibilidad de entenderla también, con capacidad de ejercer sus derechos en cuanto agente de esta fase del proceso económico, así pues, la positivación constitucional de esta faceta del ciudadano no carece de importancia⁵². En ese sentido la Constitución Política del Ecuador dictada en 1998, introdujo múltiples preceptos a favor de los ciudadanos, estableciendo sus derechos y prerrogativas. También en el artículo 1 Ibíd. declara al Ecuador como un "Estado social de derecho", y más adelante el artículo 244 lo ubica "Dentro del sistema de economía social de mercado", es decir, la economía por mandato constitucional se identifica con el sistema de consumo, en donde se destaca la coexistencia de tres actores: el Estado como ente regulador, los proveedores y los consumidores.

Por otra parte, dadas las circunstancias socio-económicas que nos ofrece el imperante sistema de mercado, cabe destacar que la ubicación desventajosa de los consumidores conlleva a la instauración de normas constitucionales de protección al consumidor, más allá incluso de la existencia de un Derecho del Consumo. En ese sentido señala Cascajo: "Se ha escrito que las políticas estatales desmercantilizan considerablemente la vida cotidiana de la población, al sustituir el "contrato" por el "estatus" político y los "derechos de propiedad" por los "derechos de ciudadanía"⁵³, agrega, "La norma constitucional, cabe señalar, juega un uso que efectiviza un principio rector de la política económica y social, que protege los derechos que corren el riesgo de ser vulnerados, a favor del consumidor como criterio interpretativo-integrador de los actos normativos".⁵⁴

1.2.- La regulación constitucional.- Partiendo de la norma constitucional, señala:

"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, y las sanciones por la violación de estos 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 las condiciones del producto que ofrezcan, de acuerdo con la publicidad efectuada y la descripción de su etiqueta. El Estado auspiciará la constitución de asociaciones de consumidores y

⁵² José Luis Cascajo Castro. Consideraciones sobre la protección Constitucional de los consumidores. Estudios sobre el Derecho del Consumo. Madrid-España. 1994, p. 31.

⁵³ José Luis Cascajo Castro. Consideraciones..... Ibíd. p. 36

⁵⁴ José Luis Cascajo Castro. Consideraciones..... Ibíd. p. 39

usuarios, y adoptará medidas para el cumplimiento de sus objetivos. 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”⁵⁵

Esta disposición tiene que ver con los derechos primarios de la persona humana: derecho a la vida, derecho a la integridad física, derecho a la salud, derecho a la propiedad y derecho a la intangibilidad de la dignidad humana. Dispone que la ley establezca los mecanismos de control de calidad, los procedimientos de defensa del consumidor, la forma de cuantificar la reparación de daños morales y económicos irrogados por la deficiencia en la calidad del producto, así como las sanciones aplicables por infracciones en esa materia. En ese sentido y con el fin de tutelar al consumidor, la disposición constitucional responsabiliza civil y penalmente a los proveedores, es decir que, al ser responsables de la buena calidad y eficacia en la entrega de aquellos productos o servicios, están obligados también a responder por daños a los usuarios o a terceros, si fuere del caso; prevé también que el productor cumpla con la oferta que pone a consideración del usuario a través de la publicidad y de la etiqueta que lleva el producto, que implica el cumplimiento de lo ofertado y de las condiciones generales establecidas por el propio productor, situación que es avalizada por el Estado, así por ejemplo cuando un producto observa las barras de seguridad, los sellos, códigos de seguridad o su registro sanitario, se está garantizando el consumo, porque el producto fue autorizado por la autoridad, previo un control de calidad. Vale ponderar que la norma responsabiliza por daños y perjuicios que se ocasionen por negligencia en la prestación de servicios públicos a cargo del Estado o terceros y también por carencia de esos servicios, si hubiesen sido pagados, pudiendo por tanto demandar judicialmente al Estado o a sus instituciones por causar daño al consumidor o por la deficiencia en la prestación de servicios públicos, situación que concuerda con lo establecido en el artículo 20 *Ibíd.*

De igual forma, el Estado auspicia la consolidación de asociaciones de consumidores y productores, como medio de protección social de los ciudadanos. Sobre el accionar de estos organismos se han dado muchísimos casos en el mundo, en donde la sociedad civil se ha organizado para de esa forma proteger la salud y la economía de los consumidores. En nuestro país ya se están creando algunos

⁵⁵ Art. 92 de la Constitución Política del Ecuador dictada en 1998

entes en representación de la sociedad, en donde se investiga y se apoya sobre hechos que van contra el usuario, así podemos mencionar a la "Tribuna del Consumidor", en donde se han defendido muchos casos de daños a particulares nacidos en las relaciones de consumo.

La Carta Política de 1998 establece otros principios:

- a) En la declaración de los Derechos Civiles de las personas previstos en el numeral 7 del artículo 23 *Ibíd.*, se establece el derecho a acceder a bienes y servicios de óptima calidad, libertad de elección y el derecho a recibir una información correcta sobre los productos, lo que por mandato de la propia Constitución, aquella información debe ser veraz, clara y precisa, que obliga a que un producto ofertado contenga las condiciones y características que se ofrece. De igual forma, en el numeral 15 del mismo artículo se establece el derecho a dirigir quejas y peticiones que permite que los ciudadanos puedan ejercer la defensa de sus derechos a través de mecanismos administrativos accionados ante las autoridades de control.
- b) En el artículo 244 numeral 8 *Irbid.*, se señala que el Estado se obliga a proteger los derechos de los consumidores y a sancionar la información fraudulenta, la publicidad engañosa, la adulteración de productos, de pesos y medidas y el incumplimiento de las normas de calidad, disposición que garantiza la dinamía del consumo y sobretodo tutela los derechos de los consumidores. La violación de este precepto será sancionada por la ley.
- c) El artículo 249 *Ibíd.*, establece la responsabilidad del Estado en la provisión de servicios públicos básicos, directamente o por delegación a particulares y se garantiza al usuario la calidad y eficiencia de los servicios públicos que reciba.

De otra parte, la Constitución Política de la República protege los derechos colectivos o difusos que tienen relación con la protección del medio ambiente, de utilización de bienes y espacios públicos, a la salubridad, a la seguridad ciudadana, a la seguridad social, a la protección contra amenazas naturales, a la competencia económica y en general con preceptos de defensa colectiva de la sociedad.

2.- LA LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

2.1.- Atributos.- La antigua Ley de Defensa del Consumidor dictada en 1990 estuvo vigente hasta el año 2000, cuerpo normativo que a lo largo de su existencia no cumplió los objetivos esperados, por lo que fue necesario que partiendo de los principios de la Constitución Política de 1998 se dicte la Ley Orgánica

de Defensa del Consumidor⁵⁶, que incluyó aspectos de orden social, político, económico y jurídico, estableciendo mecanismos administrativos, técnicos y políticos que regulan las relaciones entre el proveedor y el consumidor, garantizando el ejercicio de los derechos ciudadanos. La Ley busca el equilibrio de las relaciones de los actores a través del control administrativo, así como en el orden jurisdiccional, sin embargo dicho cuerpo normativo tiene varias falencias que hacen necesaria su revisión.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor tiene el carácter de Orgánica porque regula las garantías y derechos del ciudadano consumidor, y contiene los procedimientos para hacer válidos aquellos derechos.

2.2.- Contenido.- En la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor se hace constar una parte considerativa introductoria, y además doce capítulos que tratan temas importantes, añadiéndose tres disposiciones finales que contienen varios aspectos relevantes.

a) Tutela del consumidor.-

En el Capítulo II de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, los artículos 4 y 5 establecen los derechos y obligaciones de los consumidores.

Derechos:

- 1) *Derecho a la protección de la vida, salud y seguridad en el consumo de bienes y servicios, así como a la satisfacción de las necesidades fundamentales y el acceso a los servicios básicos*

Prevé que el proveedor cumpla con la oferta autorizada para sus productos, que no pueden ser atentatorios a la salud humana, se establece condiciones mínimas para la oferta de productos; para ello es necesario que el proveedor esté autorizado a ejercer la actividad y obtenga su Registro Único de Contribuyente (RUC), el registro sanitario de salud, etc. Esa prerrogativa se complementa con lo que se establece en el Capítulo X de la Ley *Ibíd.* sobre protección a la salud y seguridad, en donde constan un conjunto de normas preventivas de daños en la salud y de acceso a los servicios, sobre control de productos y servicios con regulaciones mínimas que aseguren el libre acceso. También tiene que ver con las garantías en el consumo de productos y servicios, por ello deben adoptarse mecanismos administrativos que supervigilen su expendio para que cumplan requisitos de información, origen, precio, cantidad, fecha de fabricación, caducidad, etc.

⁵⁶ Ley 2000-21, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 116 (1°-06-2000)

- 2) *Derecho a que proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y a elegirlos con libertad*

Estos tienen que ver con aquellos derechos de tercera generación y son del orden económico, relacionados con la oferta en el mercado. Así, la obligación de entregar un producto conforme las condiciones de la oferta y, además, garantizar la calidad, la cantidad y las especificaciones particulares. Las ofertas no pueden ser modificadas conforme la Disposición Final Segunda de la Ley, y constituye una obligación para el proveedor establecidas como parte de las condiciones generales de contratación. Además de la garantía en la calidad, cantidad, precio y más aspectos económicos, implica el derecho a reparación de daños y perjuicios e indemnización civil.

- 3) *Derecho a recibir servicios básicos de óptima calidad*

Se fundamenta en la Constitución Política que se refiere a servicios básicos de agua potable, saneamiento ambiental, energéticos, transporte, telefonía, de salud, etc. Generalmente son contratados por los usuarios y por tanto esa relación contractual está garantizada por esta Ley. Los organismos de control tienen la obligación de supervisar el cumplimiento de las condiciones contractuales de servicios, especialmente en cuanto a que sean de óptima calidad y no se interrumpan.

- 4) *Derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren prestar*

Tiene que ver con la obligación de ofrecer información suficiente en cuanto a las bondades del producto, que permite su selección conforme a la libertad de libre elección. Debe ser pormenorizada, ofreciendo conocimiento de la calidad, condiciones, precio y demás aspectos del producto, que no induzca a error; lo propio en la oferta de servicios, indicando cada uno de los pormenores, situación que se tratan con amplitud en el capítulo IV de la Ley.

- 5) *Derecho a un transparente, equitativo y no discriminatorio ni abusivo trato por parte de los proveedores, especialmente en lo referido a las condiciones óptimas de calidad, cantidad, precio, peso y medida*

Tiene que ver con la buena fe del proveedor en cuanto a ofrecer un producto garantizado, de dar un trato digno al usuario, sin discrimenes y con equidad, que se entregue el producto conforme la oferta; este derecho se lo desagrega con detalle en el capítulo XII de la Ley, en donde se regula la venta de productos y servicios, los cuales son supervisados por el Estado.

6) *Derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales*

La publicidad engañosa es aquella que puede inducir a error al consumidor. La libertad de prensa está garantizada, sin embargo tiene límites cuando se trata de derechos de las personas; en materia de consumo se infringe el derecho del consumidor al no ser informado adecuadamente. La publicidad engañosa puede ser constitutiva de fraude, porque puede engañar al consumidor sometiéndolo a obligaciones, especialmente bajo un contrato. El engaño no solo se produce por información falsa, sino también por ambigüedad, omisión o truco publicitario, lo cual constituye además un fraude al usuario y un acto de competencia desleal frente a otros proveedores. Este derecho y sus implicaciones están regulados expresamente y en forma pormenorizada en el capítulo III de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

7) *Derecho a la educación del consumidor, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada de sus derechos*

El derecho del consumidor a ser educado a través de la información se refiere debe ser capacitado en el uso y consumo de los productos objetivamente, permitiendo que reflexione sobre sus necesidades y a la elección de productos. Además debe orientar al usuario precautelando su salud, bienestar y economía. Una competencia sana permite el desarrollo empresarial, por tanto este derecho protege no solo al consumidor sino también que se da una competencia sana y de libertad de oferta mejorando el sistema económico y abriendo el mercado a productos de mejor calidad. El Estado debe emitir programas, valiéndose de los medios de comunicación, que orienten y capaciten al consumidor.

8) *Derecho a la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios*

Este derecho tiene relación con la necesidad de retribución o reparación cuando una persona haya sido objeto de daño por el consumo de un producto defectuoso o de diferentes características del

que adquirió. También se aplica cuando recibe deficientes servicios ofertados en el mercado. El Estado establece los mecanismos administrativos y judiciales para resarcir el daño ocasionado, Nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor sanciona y prevé indemnizaciones cuando el producto no cumple con las condiciones ofertadas. Cabe comentar que además de la pena establecida en la referida Ley, se aplica la norma del artículo 1572 del Código Civil, en cuanto al daño emergente y al lucro cesante causado al consumidor. El pago de daños y perjuicios al consumidor es solidario entre el productor, fabricante, importador, proveedor, distribuidor o cualquier persona o empresa que intervenga como proveedor del producto al consumidor; en este caso se aplica el derecho de repetición establecido en el Art. 28 *Ibíd.*, lo que permite al consumidor accionar solidariamente contra cualquiera de ellos.

9) *Derecho a recibir el auspicio del Estado para la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, cuyo criterio será consultado al momento de elaborar o reformar una norma jurídica o disposición que afecte al consumidor*

Este derecho consagrado en el Art. 92 de la Constitución Política de la República (1998) está garantizado también por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, regulado en el Capítulo XI sobre la naturaleza, constitución, objetivos y funcionamiento de las asociaciones de consumidores. Tiene como objetivo permitir la creación de entes o asociaciones para supervigilar los medios del Poder Público para la protección de los derechos del ciudadano; son entes de Derecho privado, con finalidad social o pública, cuyo fin es justamente la defensa de los derechos del consumidor. Sería muy provechoso que las organizaciones no gubernamentales de defensa del consumidor coordinen con los entes públicos en sus acciones, para participar en programas de educación y de protección efectiva al consumidor.

10) *Derecho de acceder a mecanismos efectivos para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos que conduzcan a la adecuada prevención, sanción y oportuna reparación de los mismos*

Las garantías para la tutela de este derecho se establecen en el capítulo XIV de la Ley Orgánica del Defensa del Consumidor que analizamos, en concordancia con las normas sacionatorias que se imponen por infracciones en el capítulo XIII *Ibíd.* El consumidor podrá accionar directamente cuando han sido vulnerados sus derechos, así como también podría reclamar a través de las asociaciones de consumidores o acudiendo en busca de protección a la Defensoría del Pueblo.

11) *Derecho a accionar en el ámbito administrativo o judicial que correspondan*

Se refiere al derecho de accionar o reclamar ante los órganos administrativos o judiciales que corresponda exigiendo la reparación de los daños ocasionados.

12) *Derecho a que las empresas o establecimientos mantengan un libro de reclamos, que estará a disposición del consumidor, en el que se podrá anotar el reclamo correspondiente, lo cual será debidamente reglamentado*

Este precepto permite mantener abierto un canal de solución de conflictos entre proveedores y consumidores. Esta forma de reclamo directo resultaría ser un mecanismo adecuado para el resarcimiento de un daño, siempre que la empresa recepte responsablemente esos reclamos, pues la autoridad no podría involucrarse sin que el propio consumidor no acuda a ella.

Obligaciones:

1) *Propiciar y ejercer el consumo racional y responsable de bienes y servicios*

Es fácil intuir que existe en las personas compulsión a consumir irracionalmente, situación que se ha provocado por el mal uso de la propaganda de los productos ofertados, sin embargo no podemos culpar de esa situación exclusivamente a los proveedores, pues los mismos consumidores tienen gran parte de culpa, porque no actúan responsablemente; es por ello que el Estado debe dictar políticas que busquen capacitar a los ciudadanos en el sentido de crear una cultura de consumo sano para cubrir las necesidades. El Estado está obligado a proteger al ciudadano de consumos que afectan su salud y su economía, por ello deben ser regulados los mecanismos de control, los contratos de consumo y la oferta de los bienes y servicios.

2) *Preocuparse de no afectar el ambiente, mediante el consumo de productos peligrosos o nocivos*

El consumidor debe actuar responsablemente en cuanto al consumo de productos que puedan dañar el medio ambiente. Una actitud irresponsable causa daño que generalmente es irreversible.

3) *Evitar cualquier riesgo en el consumo de productos que puedan afectar su salud y vida*

Establece el deber de tomar precauciones en cuanto a consumir productos que atenten contra su salud y vida y la de los demás, por ello debe abstenerse de consumir productos sin registro, pues el Estado garantiza su calidad cuando se halle registrado. Existen regulaciones sobre la calidad que permiten establecer si es recomendable para su uso, que nacen de la Ley Orgánica de la Salud o de otros

cuerpos jurídicos, que prevén sobre los procedimientos de control de calidad, registro sanitario, fecha de expiración, identificación del producto, contenido, cantidad, etc.

4) *Informarse responsablemente de las condiciones de uso de los bienes y servicios a consumirse*

Es responsabilidad del consumidor informarse perfectamente de las condiciones de uso del producto que adquiere, pues pueden ser dañinos para su salud en razón de su condición fisiológica particular. En los productos industriales deben tomarse las precauciones necesarias para evitar accidentes por su mal uso, en donde la responsabilidad ya no es del productor sino del consumidor. A veces la burda ignorancia del consumidor convoca al mal uso de un producto, que puede ocasionar daño a su salud y su economía o lesionar a terceros, situación que exime de responsabilidad civil al productor.

b) Responsabilidades y obligaciones del proveedor.-

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor trata este tema en el capítulo V. El artículo 17 de la Ley señala:

“Obligaciones del Proveedor.- Es obligación de todo proveedor, entregar al consumidor información veraz, suficiente, clara, completa y oportuna de los bienes o servicios ofrecidos, de tal modo que éste pueda realizar una elección adecuada y razonable.” La obligación que tiene el proveedor de entregar información veraz, suficiente, clara, completa y oportuna se desarrolla en el capítulo IV de dicho cuerpo legal. Debemos recordar que el derecho a la información es un derecho fundamental del consumidor, por lo que la Ley lo trata con especial interés. La Ley asume a la cuestión para que el usuario reflexione en base a la información proporcionada en el etiquetado o en documentos anexos sobre las cualidades del producto, pues la producción masificada exige que los individuos se capaciten y se instruyan en el uso de un producto.

En el referido capítulo IV se dispone que la información debe ser pública y debe exhibirse *“con los precios, peso y medidas, de acuerdo a la naturaleza del producto.”*, con amplia información⁵⁷. Además, se establece que la publicidad se expresara en idioma castellano y los productos deben ser garantizados y señalarse todas las características del producto con amplio detalle. Para los medicamentos se dispone una información especial.

⁵⁷ Art. 9 Ley ... *ibid.* (R.O. 10.07.00)

El artículo 16 *Ibíd.* que refiere a la *"Información de bienes de naturaleza durable"*, entendiéndose que los productos por su composición son fabricados para una larga duración, dando instrucciones de uso y advertencias. Se establecen otras obligaciones a cargo del proveedor sobre la entrega del bien o servicio transferido, que se refiere a cumplir con las condiciones pactadas en cuanto al precio, tarifa, costo, etc. También es obligación del proveedor hacer conocer el precio del producto.

El artículo 20 *Ibíd.* trata sobre *"Defectos y Vicios Ocultos"*, que permite al consumidor rescindir el contrato, exigir la reposición del bien o la reducción del precio; además del derecho al cobro de indemnización por daños y perjuicios, si es que existen vicios ocultos que hagan inadecuada o disminuya su calidad o posibilidad de uso, siempre que no haya conocido el usuario sobre esos defectos con anterioridad. Esta norma es sin duda una gran posibilidad para presentar acciones judiciales en contra de proveedores por defectos de los productos, que generalmente no son aprovechadas por el consumidor.

También es una obligación del proveedor entregar facturas de venta conforme a las regulaciones de la autoridad competente, sea por compra de productos o de servicios, en donde se incluirán los componentes y materiales utilizados en esos servicios.

Tendrá derecho el consumidor a reparaciones por productos defectuosos, garantía que se extiende a noventa días desde la recepción del bien. Cuando el bien es sometido a acondicionamiento, reparación, sufre deterioro u otro problema similar, debe restituirse con otro bien o brindarse un nuevo servicio al consumidor, con derecho incluso a indemnización si se hubiere ocasionado daños al usuario.

En contratos de prestación de servicios para reparación de bienes, está implícita la obligación del proveedor de emplear repuestos nuevos y adecuados, so pena de sanciones e indemnizaciones que correspondan. Además, debe ofrecerse servicio técnico y de suministro de repuestos y componentes en función de la vida útil de bien conforme las normas del INEN. Es responsabilidad del proveedor la reposición de piezas cuando se ha vendido un bien como un todo.

En el caso de servicios profesionales el proveedor atenderá con calidad y conforme las normas de ética y ley profesional que correspondan, informándole al cliente las condiciones relativas a honorarios y parámetros en los que se regirá para fijarlos con sentido de equidad.

Existe responsabilidad solidaria y derecho de repetición por vicios o defectos en los productos, para todos los que intervienen en la actividad industrial y comercial hasta llegar al consumidor final, sin

embargo respecto a la devolución del valor pagado, debe accionarse exclusivamente contra el vendedor final. El Estado tiene responsabilidad y podrá repetir contra el funcionario que ocasionó el daño.

La mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor de bienes y servicios es causal de terminación del contrato, pues es obligación del proveedor cumplir con las condiciones de plazo de entrega del producto. Las acciones civiles que contempla la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor prescriben en un año o más, si la garantía del producto es superior.

c) Servicios públicos domiciliarios.-

Sobre los servicios públicos domiciliarios se enuncian aspectos importantes en el capítulo VI de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, a saber:

“Art. 32.- Obligaciones.- Las empresas encargadas de la provisión de servicios públicos domiciliarios, sea directamente o en virtud de contratos de concesión, están obligadas a prestar servicios eficientes, de calidad, oportunos, continuos y permanentes a precios justos.” Esta norma al hablar de *“las empresas encargadas de la provisión de servicios públicos domiciliarios”*, se refiere a la organización empresarial que a cualquier título preste servicios públicos. Ahora bien, esa empresa como ente administrador de servicios públicos domiciliarios puede ser una empresa creada por el Estado o por entidades de Derecho público, con un fin social; en ese caso, la responsabilidad de administrar un servicio público en forma directa o mediante delegación. El Estado delega la prestación de servicios públicos a particulares, utilizando figuras jurídicas establecidas en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada⁵⁸ como la concesión, la autorización, titularización o delegación, ya en servicios de transporte público, telecomunicaciones, provisión de agua potable, energía eléctrica, de salud, educación, etc. Víctor Cevallos al hablar de los servicios públicos los define como: *“Los servicios públicos son aquellos servicios indispensables para los ciudadanos consumidores o usuarios dentro de una determinada organización política, que por la naturaleza referida son reconocidos como tales por los diferentes estados de acuerdo a su realidad económica, política y social. Ordinariamente el Estado asume sobre esos servicios el monopolio en la prestación pero en muchos casos lo hace por vía de concesión a los particulares personas naturales o*

⁵⁸ Ley No. 50, Registro Oficial 349 (31-XII-93)

jurídicas”.⁵⁹. Entonces, en esas condiciones el Estado puede delegar algunas actividades económicas como los servicios públicos. Para el efecto se suscriben contratos de servicios, contratos de gestión, contratos de arriendo y contratos de concesión; también los servicios públicos pueden brindarse a la comunidad a través de una compañía de economía mixta o en venta directa de activos. En general esa modalidad de desconcentración se ejecuta a través de los contratos administrativos, en virtud de los cuales el Estado o una entidad de Derecho público, encarga o delega temporalmente a una empresa u organización de Derecho privado, que se constituye en el “concesionario”, la ejecución de un servicio público, otorgándole el ejercicio de cierta potestad pública para asegurar su funcionamiento, concesionario que tendrá a su cargo la explotación del servicio, bajo la vigilancia y control del organismo concedente. La concesión del servicio público es una manera por la que el Estado satisface las necesidades generales, encargando para el efecto a particulares. En estos casos los derechos del consumidor se mantienen en igualdad de condiciones y garantizados, sin importar la naturaleza del prestador del servicio o concesionario.

De acuerdo a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (Art. 33), el usuario tiene derecho a recibir toda la información necesaria sobre el servicio; deberá dársele un trato de reciprocidad e igualdad de condiciones con la oferente en cuanto a reintegros y devoluciones (Art. 34 *Ibíd.*). De conformidad con el 35 *Ibíd.* existirá un registro de reclamos y deberá hacerse el correspondiente seguimiento para su subsanación. El artículo 38 *Ibíd.* establece que los valores cobrados por servicios interrumpidos deben ser devueltos en el plazo de treinta días, situación que generalmente no se cumple por falta de control de parte de los organismos públicos pertinentes. En el primer inciso de artículo 39 *Ibíd.* prevé un mecanismo de protección por cobro excesivo de planillas al consumidor, y, en el segundo inciso, se establece el procedimiento a seguirse, lo que permite mantener un equilibrio que no afecte al consumidor. El artículo 40 *Ibíd.* enuncia normas sobre los valores de la planilla, que en todo caso se busca proteger el derecho del consumidor, para evitar abusos por parte de empresas encargadas de la provisión de los servicios públicos domiciliarios, que en todo caso, si existieren irregularidades o pérdidas, para el pago de planillas

⁵⁹ Víctor Cevallos Vázquez. *Libre Competencia Derecho de Consumo y Contratos*. Editorial Jurídica del Ecuador. Primera Edición 2001, p 287

los valores no podrán ser mayores al promedio de los últimos seis meses cancelados anteriormente por el consumidor.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en su capítulo VIII trata sobre el *"Control de la Especulación"*, garantiza que los derechos de los consumidores no sean vulnerados y establece: *"Art. 51.- Sin perjuicio de lo que al respecto establecen las normas penales, queda absolutamente prohibida la especulación. Igualmente queda prohibida cualquier otra práctica desleal que tienda o sea causa del alza indiscriminada de precios de bienes y/o servicios (...). Así mismo, se adoptará las medidas necesarias para evitar la fuga de alimentos fuera del territorio nacional, que pudieran provocar desabastecimiento de los mercados internos."* También en el mismo capítulo ordena que el Instituto Ecuatoriano de Normalización INEN, establezca mensualmente el índice inflacionario y de precios al productor y al consumidor, que permita de esa forma monitorear con el debido control la especulación. Se detalla los procedimientos de regulación y control de ese fenómeno, incluyéndose medidas de excepción que pueda implementar el Poder público, norma difícil de aplicar en un sistema de economía de mercado en donde la oferta y demanda imponen precios,

El capítulo IX *Ibíd.* sobre *"Prácticas Prohibidas"*, establece cuales constituyen prácticas abusivas de mercado, y prohíbe al proveedor su aplicación como: condicionar la venta de un bien a la compra de otro; rehusar atender al usuario cuando su stock lo permita; pretender dar un servicio o producto sin haberse solicitado; aprovecharse de alguna manera de la necesidad del consumidor; ofrecer productos que no cumplen con las normas técnicas; aplicar formulas de reajuste que no consten en la ley o en el contrato; no fijar plazo de cumplimiento; y, el redondeo de tiempos en tarjetas de crédito, préstamos y otros.

En el capítulo X *Ibíd.* que trata sobre la *"Protección a la Salud y Seguridad"*, en donde hay que resaltar que la Ley busca prevenir riesgos que pongan en peligro la salud del consumidor, por la peligrosidad o toxicidad de los productos o bienes de consumo o uso humano, que sin duda ayuda a proteger no solo sus derechos sino su bienestar.

El capítulo XI de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor tiene que ver con la *"Asociación de Consumidores"*, como aquella forma de organización de personas naturales o jurídicas, sin interés

económico, comercial, religioso o político, que busca garantizar la protección de los derechos de sus asociados, mediante la promoción de acciones en su defensa.

Sobre el tema de la asociación de consumidores debemos entender que son parte de la sociedad civil, que busca nuevas formas de participación en un mundo globalizado; su credibilidad se basa en la independencia de intereses comerciales y políticos, buscando el reconocimiento y respeto de los consumidores, que tienen que ver con “el derecho a la satisfacción de las necesidades básicas; a obtener servicios y productos seguros; a la información; a elegir; a ser escuchados; a la reparación; a la educación; a un medio ambiente sano y saludable”⁶⁰. La organización de los consumidores en las últimas décadas viene alcanzado un gran impulso, lo que ha permitido conseguir elevar la calidad de vida de los ciudadanos, sobretodo en los países desarrollados.

“Por su parte los organismos gubernamentales, con historias, modalidades y peso específico diverso, buscan materializar una obligación sustantiva del Estado en materias de protección del consumidor. Surgen así desde este ámbito, con ritmos y eficacia diferenciada, iniciativas en el área legislativa, controles en materia de seguridad y sistemas de certificación, en la regulación de la publicidad, en la promoción de programas de información y de educación. En algunos países del continente estos organismos han cumplido, y es justo reconocerlo, un rol destacado en la promoción de la temática y en el apoyo a la constitución de organizaciones no gubernamentales de consumidores”.⁶¹ En ese sentido, la Ley Ibíd. regula el derecho de asociación garantizado por la Constitución Política del Estado, que permite la asociación como un medio de protección social de ciudadanos consumidores, pues los rápidos cambios que devienen de la posmodernidad exigen a las nuevas generaciones mantenerse vigilantes en defensa de sus derechos y de la búsqueda de mejorar la calidad de vida.

El capítulo XII de la referida Ley Orgánica, tiene relación con el “*Control de Calidad*”, aspecto muy importante que involucra a todos los ciudadanos, pues a través de este mandato, el productor debe cumplir con normas técnicas determinadas por el INEN, evitando el riesgo contra la salud del consumidor.

⁶⁰ Juan Trimboli. *Consumers Internacional Subdirector Regional. EL Movimiento de Consumidores: Avances y Desafíos en el Marco de la Globalización. Política y Derecho del Consumo. Millenio. Colección de Derecho Económico y de Negocios. El Navegante Editores. Bogotá. 1998, p. 352.*

⁶¹ Juan Trimboli. *Política.... Ibid., pp. 333 - 334*

Un aspecto relevante tiene que ver con la obligación que tiene dicha entidad de capacitar al proveedor y al consumidor.

El capítulo XIII *"Infracciones y Sanciones"* de la misma Ley, tiene que ver con la penalización de las infracciones cometidas, en donde se establecen multas, decomisos, indemnizaciones, reparación de daños, reposición y devolución de productos.

Sobre la *"Competencia y el Procedimiento"* la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor trata en el Capítulo XIV, que concede atribuciones a la Defensoría del Pueblo para conocer y pronunciarse sobre los reclamos de los consumidores, en donde se resalta que en esa instancia se puede promover mecanismos alternativos de solución en conflictos que se refieran a una infracción penal. En este mismo capítulo se establece también el procedimiento a seguirse sobre el reclamo, sin perjuicio del derecho a acudir directamente ante los órganos jurisdiccionales para que se administre justicia. La Ley *Ibíd.* otorga competencia para el juzgamiento por infracciones en esta materia al juez de contravenciones⁶², quien actúa en primera instancia, con la posibilidad de acudir al juez penal mediante un recurso de apelación.

3.- OTRAS LEYES DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.- La estructura jurídica de nuestro país esta inmersa en un sistema constitucionalizado de normas, que se compone de muchos cuerpos legales y reglamentarios, debidamente jerarquizados y divididos por áreas o materias especializadas. En lo que tiene que ver con los derechos del consumidor se han dictado muchas normas, que van desde la propia Constitución Política de la República, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor antes analizada y otros cuerpos legales especializados.

3.1.- En el ámbito penal.- Aunque las normas del Derecho del consumo están descritas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor existen otras que tienen relación con la protección del consumidor; así, los aspectos del Derecho económico penal en el Código Penal⁶³, algunas otras relacionadas con delitos contra el orden económico tipificados en cualquier sistema penal, que generalmente conllevan a proteger el estatus económico de los ciudadanos y por tanto se diferencian del delito común; es decir se concibe que esos delitos son contra la comunidad, en donde involucra derechos colectivos y difusos.

⁶² En mérito a la Primera Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la competencia se encargo temporalmente a los Intendentes, Subintendentes y Comisarios de Policía, en cuanto a la responsabilidad penal y a los jueces de lo civil en lo atinente a la responsabilidad civil.

⁶³ Codificación del Código Penal (Suplemento del Registro Oficial 147, 22-I-71) y reformas.

El bien jurídico protegido en los delitos económicos tiene que ver con mantener el orden público económico, es por ello que acudimos a lo que nos señala Romera, quien enfatiza: "Por último, por la importancia que ha cobrado la protección de los consumidores y la atención que le depara al tema el ordenamiento jurídico desde su vértice mismo -es decir, la Constitución- hasta su arsenal legislativo disponiendo directa o indirectamente normas tuitivas de los mismos, ha llevado a algún autor a vislumbrar un derecho penal del consumidor como una rama del derecho penal económico que tiene por finalidad el estudio de toda forma de protección penal a la relación de consumo, como bien jurídico inmaterial supraindividual y difuso"⁶⁴

El Código Penal en el Título IV, Capítulo V del Libro Segundo que establece "*DE LOS DELITOS EN PARTICULAR*", se prevé la unidad "*De los delitos relativos al comercio, industrias y subastas*", en donde establecen algunas normas de protección al consumidor, específicamente contra la especulación de mercaderías. Trata de proteger la estabilidad de precios en las mercaderías, sin embargo debe considerarse que en una economía de mercado es la oferta y la demanda la que impone precios.

A continuación del artículo 363 del Código Penal existe un artículo innumerado que establece la tipificación de un delito por la elevación arbitraria de precios y reprime el monopolio, ocultamiento, acaparamiento y otras acciones. Esta norma responde a un momento político histórico, en donde nuestro país se hallaba bajo un régimen de facto, por tanto con este tipo de normas se pretendía controlar la economía. En todo caso dejamos notar que este tipo de normas son importantes en la defensa de derechos del consumidor, pues trata de garantizar la estabilidad de precios en las mercaderías de consumo básico y menciona las acciones delictivas que en la actividad económica pueden en determinada circunstancia ejecutarse.

En el Libro Tercero del Código Penal encontramos normas referentes a las contravenciones que tienen que ver con violaciones de derechos al consumidor o derechos comunitarios, clasificadas en cuatro clases, dependiendo de su gravedad. En cada caso se establecen las características constitutivas y la sanción económica al infractor.

⁶⁴ Oscar Eduardo Romera. Protección penal del consumidor. Depalma. Buenos Aires 1999. p. 11

3.2.- En el ámbito de la salud.- El antiguo Código de Salud estuvo vigente desde 1971, pero fue derogado a fines del año 2006 cuando se dictó la Ley Orgánica de la Salud⁶⁵, que trae consigo regulaciones innovadoras en esta materia.

Esta Ley establece algunos principios ya consagrados en la Constitución de la República, como el derecho a acceso a los servicios de salud, a preservar la vida, a un ambiente sano, a la información, etc. Lo más rescatable son las regulaciones que tienen que ver con la seguridad alimentaria y nutricional, derecho a la salud sexual y reproductiva, a la protección contra desastres naturales, control de consumo del tabaco, alcohol, alcaloides y sustancias psicotrópicas, etc. Así mismo se establece regulaciones de prevención y control de enfermedades, comercialización de órganos, sobre salud y seguridad ambiental, consumo de agua, prevención sobre desechos tóxicos, etc.

Desde el punto de vista de Derecho del Consumo debemos destacar las regulaciones establecidas en la Ley Orgánica de la Salud, referentes a la vigilancia y control sanitario de productos de uso humano, regulados en el Capítulo I del Libro Tercero, estableciendo que todo producto previo a su importación, fabricación o expendio deberá contar con su registro sanitario, constituyéndose en una importante garantía para el consumidor.

Por otro lado, la Ley Orgánica de la Salud, en el capítulo II del Libro Tercero trata *“DE LOS ALIMENTOS”*, conforme se señala en las siguientes normas:

“Art. 145.- Es responsabilidad de los productores, expendedores y demás agentes que intervienen durante el ciclo producción-consumo, cumplir con las normas establecidas en esta Ley y demás disposiciones vigentes para asegurar la calidad e inocuidad de los alimentos para consumo humano.” En esta norma se establece la responsabilidad del expendedor de alimentos, a cualquier título, lo que da como efecto que el proveedor deberá cumplir con las normas legales y reglamentarias correspondientes, caso contrario responderá por su incumplimiento, lo que constituye una buena tutela a favor del consumidor.

El artículo 146 establece las prohibiciones en cuanto a la producción o expendio de alimentos:

“Art. 146.- En materia de alimentos se prohíbe:

⁶⁵ Ley Orgánica de Salud 2006-67 (publicada en Registro Oficial 423-S, 22-XII-2006)

- a) *El uso de aditivos para disimular, atenuar o corregir las deficiencias tecnológicas de producción, manipulación o conservación y para resaltar fraudulentamente sus características;*
- b) *La utilización, importación y comercialización de materias primas no aptas para consumo humano;*
- c) *La inclusión de sustancias nocivas que los vuelvan peligrosos o potencialmente perjudiciales para la salud de los consumidores;*
- d) *El uso de materias primas y productos tratados con radiaciones ionizantes o que hayan sido genéticamente modificados en la elaboración de fórmulas para lactantes y alimentos infantiles;*
- e) *El procesamiento y manipulación en condiciones no higiénicas;*
- f) *La utilización de envases que no cumplan con las especificaciones técnicas aprobadas para el efecto;*
- g) *La oferta de un alimento procesado con nombres, marcas, gráficos o etiquetas que hagan aseveraciones falsas o que omitan datos de manera que se confunda o lleve a error al consumidor;*
- h) *El almacenamiento de materias primas o alimentos procesados en locales en los que se encuentren sustancias nocivas o peligrosas;*
- i) *Cualquier forma de falsificación, contaminación, alteración o adulteración, o cualquier procedimiento que produzca el efecto de volverlos nocivos o peligrosos para la salud humana; y,*
- j) *La exhibición y venta de productos cuyo período de vida útil haya expirado."*

Debe destacarse que se prohíbe el uso de aditivos para corregir deficiencias, utilizar materias primas no aptas para el consumo o sustancias nocivas, exhibir ofertas de productos con información falsa o que induzcan al error del consumidor, cualquier falsificación, alteración o adulteración que cause daño o se expendan productos expirados. Así mismo, se establece control en el expendio y producción de alimentos sin la autorización de la autoridad y registro sanitario, en donde incluye el control de importación o manufacturación de los productos, que garantiza el consumo humano.

En cuanto a medicamentos se regula en el capítulo III, mediante el control de la producción, expendio, importación y uso de los medicamentos a fin de que no se afecte al consumidor. El Consejo Nacional de Salud establecerá los precios de venta al consumidor final. También se regula el expendio de

productos procesados de uso medicinal, los mismos que para su venta deberán contar con autorización de la autoridad de salud. Existe regulación y control en los sitios de expendio farmacéutico, para que no se abuse del usuario en los costos o en la vigencia del producto.

"Art. 170.- Los medicamentos, para su venta deben cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Estar debidamente identificados y etiquetados, sin alteraciones ni enmiendas;*
- b) Contener en sus etiquetas el número de registro sanitario nacional, el precio de venta al público y la fecha de expiración;*
- c) No estar caducados;*
- d) No provenir de instituciones de servicio social, de programas sociales estatales, de donaciones o ser muestras médicas;*
- e) No haber sido introducidos clandestinamente al país;*
- f) No ser falsificados o adulterados; y,*
- g) No tener colocados elementos sobre las etiquetas que impidan la visibilidad de la información del producto, incluidas las que contienen los precios."*

El artículo 171 *Ibíd.* prohíbe la venta de medicamentos con sustancias psicotrópicas o estupefacientes, sin receta profesional. También regula sobre expendio, caducidad, permisos de funcionamiento, etc.

El artículo 177 *Ibíd.* regula el funcionamiento de cualquier establecimiento sujeto a control sanitario en donde existe atención al público, incluidos expendio de alimentos, servicios de educación, y otros.

En el Libro Cuarto de la Ley Orgánica de la Salud se regula el control de establecimientos de servicios de salud y de empresas de medicina prepagada, otorgando garantías al usuario de los servicios de salud, normas que de a poco se reglamentarán para el eficaz control del buen servicio.

De otra parte, la norma del artículo 183 *Ibíd.*, establece:

"Art. 183.- El contrato de prestación de servicios de medicina prepagada debe ser aprobado por la autoridad sanitaria nacional.", (Lo subrayado es mío). Debemos resaltar que esta norma regula sobre el control de las condiciones generales del contrato de adhesión, situación única en la legislación ecuatoriana, que debe reproducirse en otros cuerpos legales.

3.3.- En el ámbito mercantil.- Entre los principales cuerpos legales, tenemos:

*Código de Comercio*⁶⁶.- Fue dictado varias décadas atrás y por eso responde a un sistema mercantilista liberal, nacido en el siglo XIX, propio de una época en donde el Derecho del Consumo aún no era reconocido como una rama especializada del Derecho, en consecuencia sus instituciones responden a un sistema de protección de derechos individuales y no de derechos colectivos, así se explica que los contratos de comercio reflejan la vinculación entre dos partes mediante el consentimiento o pacto consensuado, sin observar el poder o circunstancia de cada una de ellas, tal como lo explica Lazarte Álvarez: "El contrato por ende es un mecanismo de generación de derechos y obligaciones respecto de las partes, quienes se encuentran vinculadas a la realización de su promesa por el mero hecho de haberse comprometido a ello, por haber prestado su consentimiento..."⁶⁷, de tal manera que no cabe hacer un análisis más detenido de las normas establecidas en el Código de Comercio, pues en ninguna de ellas se aprecia una tutela de derechos a favor del consumidor o usuario, sino que las regulaciones contractuales se rigen por el principio de cumplimiento del contrato y por el Derecho de los contratos.

*Ley de Comercio Electrónico*⁶⁸.- Dentro de las leyes mercantiles tenemos actualmente cuerpos normativos como la Ley de Comercio Electrónico, que quizá por ser de reciente expedición responde a principios de protección de los derechos del consumidor y del usuario, y así lo establece en su objeto:

"Art. 1.- Objeto de la Ley.- Esta Ley regula los mensajes de datos, la firma electrónica, los servicios de certificación, la contratación electrónica y telemática, la prestación de servicios electrónicos, a través de redes de información, incluido el comercio electrónico y la protección a los usuarios de estos sistemas." El Art. 5 *Ibíd.* protege la confidencialidad como garantía de estos servicios. En la norma establecida en el artículo 31 *Ibíd.* se garantiza al usuario que requiera servicios de las empresas certificadoras de mensajes electrónicos, y en caso de daños se refiere a los derechos previstos en la Ley

⁶⁶ Codificación del Código de Comercio (Suplemento del Registro Oficial 1202, 20-VIII-60) reformado por Decreto Supremo No. 1147, publicado en el Registro Oficial No. 123, 7.XII.63, y reformas hasta el año 2000

⁶⁷ Carlos Lasarte Álvarez. Manual sobre protección de consumidores y usuarios. Instituto Nacional de Consumo. Madrid España. 2003, p. 80.

⁶⁸ Ley de Comercio Electrónico 2002-67, Registro Oficial 557-S, 17-IV-2002

Orgánica de Defensa del Consumidor. En esta Ley también se establece el derecho a la protección de la información garantizada en la Constitución Política de la República y la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. El Art. 33 *Ibíd.* regula la prestación de servicios por terceros. El Art. 34 regula sobre la terminación del contrato y las prerrogativas para el usuario.

En cuanto a la jurisdicción, la ley señala:

“Art. 47.- Jurisdicción.- En caso de controversias las partes se someterán a la jurisdicción estipulada en el contrato; a falta de ésta, se sujetarán a las normas previstas por el Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano y esta ley, siempre que no se trate de un contrato sometido a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en cuyo caso se determinará como domicilio el del consumidor o usuario.”, que establece garantías para la defensa de los derechos del consumidor.

En el Capítulo III de esta Ley, *“DE LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS O CONSUMIDORES DE SERVICIOS ELECTRÓNICOS*, se establecen normas que prevén la protección del usuario. Así el artículo 48 *Ibíd.* que se refiere al consentimiento para aceptar mensajes; el artículo 49 *Ibíd.* sobre el consentimiento para el uso de medios electrónicos; el artículo 50 *Ibíd.* regula sobre la información al consumidor; y en general este cuerpo normativo responde a principios de protección ciudadana.

*Ley General de Seguros*⁶⁹.- Regula las actividades de las personas o compañías que ofrecen servicios relacionados con seguros y reaseguros, cuerpo legal que responde a un sistema de economía de mercado; de acuerdo a esta Ley los procesos y contratos de seguros privados se hallan sujetos al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros, organismo que está obligado a velar por los intereses públicos. En lo que tiene que ver con el Derecho del Consumo, esta Ley garantiza al usuario el control de las cláusulas constantes en los contratos de seguros, y por ello establece que previo a entrar en comercialización, los documentos contractuales y sus anexos deben ser conocidos por la entidad de control y tendrán que cumplir ciertos requisitos, así:

“Art. 25.- Los modelos de pólizas, las tarifas de primas y notas técnicas, requerirán autorización previa de la Superintendencia de Bancos y Seguros, para ponerlas en vigor. Sin embargo copias de las mismas deberán remitirse a dicha institución por lo menos quince días antes de su utilización y

⁶⁹ Ley 2001-55 (Suplemento del Registro Oficial 465, 30-XI-2001).

aplicación... Las pólizas deberán sujetarse mínimo a las siguientes condiciones a) Responder a normas de igualdad y equidad entre las partes contratantes; b) Ceñir su contenido a la legislación sobre el Contrato de Seguro constante en el Código de Comercio, el Decreto Supremo No. 1147, publicado en el Registro Oficial No. 123 de 7 de diciembre de 1963, a la presente Ley y a las demás disposiciones que fueren aplicables; c) Ser su redacción de clara comprensión para el asegurado; d) Los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles; e) Figurar las coberturas básicas y las exclusiones con caracteres destacados en la póliza; f) Incluir el listado de documentos básicos necesarios para la reclamación de un siniestro; g) Incluir una cláusula en la 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; i) Señalar la unidad o moneda en la que se pagarán las primas y siniestros. El valor de la unidad de valor constante (UVC) o la cotización al valor de venta de la moneda extranjera serán los vigentes a la fecha efectiva de pago de las primas y de las indemnizaciones... Cuando las condiciones generales de las pólizas o de sus cláusulas especiales difieran de las normas establecidas en la legislación sobre el contrato de seguros, prevalecerán estas últimas sobre aquellas."

Las tarifas de primas se sujetarán a los siguientes principios:

1. Ser el resultado de la utilización de información estadística que cumpla exigencias de homogeneidad y representatividad; o,
2. Ser el resultado del respaldo de reaseguradores de reconocida solvencia técnica y financiera."

*Ley de Hidrocarburos*⁷⁰.- Este cuerpo legal en su Capítulo VII que se refiere a Comercialización de Hidrocarburos, los artículos 68, 69 y 72, protegen los derechos del consumidor, buscando evitar abusos en cuanto a la calidad, cantidad y precio de los productos hidrocarbúricos combustibles. La Dirección Nacional de Hidrocarburos que sustituyó a la antigua Dirección General de Hidrocarburos, viene cumpliendo escasamente el papel de organismo de control, pues los combustibles se expenden con un alto riesgo de alteración en la calidad y la cantidad, sin que el usuario pueda exigir se le entregue el producto en las condiciones que ordena la Ley. En este caso dependerá de las acciones de la autoridad para el cumplimiento de la normativa, caso contrario el consumidor puede verse burlado por la falta de control público.

⁷⁰ Ley vigente desde 1978 (R.O. 2967 15.XI.1978) reformada por diecisiete leyes posteriores

*Ley de Turismo*⁷¹.- En su Capítulo X protege ampliamente los derechos del consumidor de servicios turísticos, otorgándole garantías en defensa de sus intereses. Sin embargo, se ha visto que en múltiples oportunidades el usuario de servicios turísticos ha sido abusado, sin remediar el daño moral y económico causado. Esta en manos de la autoridad de control (Ministerio de Turismo) ejercer las acciones necesarias en defensa del consumidor y usuario de estos servicios.

*Ley de Propiedad Intelectual*⁷².- Esta Ley exige el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en las leyes y reglamentos, a fin de proteger la salud y derechos económicos de los consumidores.

*Ley de Aguas*⁷³.- Este cuerpo legal también protege al consumidor y dedica el Título segundo a regular el uso y contaminación de las aguas, preservando el recurso y la salud del usuario. Actualmente se discute una nueva Ley sobre Aguas, que esperamos mejore la normativa vigente, que ha sido de gran utilidad desde que fue dictada por el Gobierno dictatorial del General Guillermo Rodríguez Lara en 1972

*Ley Orgánica de Régimen Municipal*⁷⁴.- Por mandato de esta Ley las Municipalidades están investidas para legislar en relación a la protección de los derechos de los consumidores, especialmente en cuanto a prever la protección de la salud de los ciudadanos en el consumo de productos y bebidas,⁷⁵ así como de proteger sus derechos económicos en lo que tiene que ver con el uso de servicios públicos como el transporte, energía eléctrica, agua potable y de entretenimiento público.

*Ley de Tránsito y Transporte Terrestre*⁷⁶.- Esta Ley contiene varios preceptos que protegen al usuario, sobretudo en cuanto a garantías sobre su seguridad, sin embargo por falta de una adecuada aplicación de políticas no se ejecutan. En pocos días se expedirá una nueva Ley sobre esta materia, que se viene discutiendo en la Asamblea nacional Constituyente instalada el año anterior, ley que tiene muchas expectativas ciudadanas especialmente en cuanto conseguir mayores garantías para el usuario

⁷¹ No.2002-97 (Suplemento del Registro Oficial 733, 27-XII-2002)

⁷² Ley No. 2000-16 (publicada en el Registro Oficial No. 77, de 15 de mayo de 2000 Cod. 013 R.O.-S 426 28-dic-2006)

⁷³ Decreto Supremo 369 (publicado en el Registro Oficial No. 69, de 30 de mayo de 1972), Codificación 2004-016 (Registro Oficial 339, 20-V-2004)

⁷⁴ Ley 2004-44 (Suplemento del Registro Oficial 429, 27-IX-2004).

⁷⁵ La Ley Orgánica de Salud autoriza a las Municipalidades regular el control de alimentos

⁷⁶ (R.O. 1002 2-8-96) y posteriores reformas.

del transporte público y preservar el orden público en servicios de transporte. En la regulación vigente se trata vagamente sobre los contratos de servicios al consumidor y no se da mayores garantías al usuario, especialmente en cuanto al cumplimiento de obligaciones contractuales en los servicios de transporte y carga, pues generalmente los abusos e incumplimientos no se corrigen ni se sancionan, lo que afecta al derecho del consumidor y se convierte la ley en letra muerta en materia de consumo.

*Ley de Seguridad Social*⁷⁷.- Ley de carácter social que garantiza al usuario prestaciones de calidad por contingencias de salud, riesgos del trabajo, vejez, invalidez o muerte, así como el acceso a los servicios de salud. Este cuerpo legal prevé la libre elección del prestador de salud, situación que no se cumple pues existen problemas de aplicación de este cuerpo normativo. Los afiliados al Seguro General Obligatorio del Seguro Social no gozan de plenas garantías conforme señala la Ley. El Sistema de Pensiones. No se aplica conforme prevé la Ley de Seguridad Social, pues por una declaratoria de inconstitucional, ha dado lugar a erróneas interpretaciones de la norma, lo que afecta directamente al usuario. Otro grave problema tiene que ver con el financiamiento del fondo de pensiones, causado por la mala administración de los recursos y por un inadecuada estructura legal, lo que podría ocasionar la quiebra del fondo en pocos años, que amerita de una reforma radical a fin de evitar se produzca el colapso, que afectaría a los afiliados que son usuarios del servicio público. En cuanto a servicios de salud no se han dado mayores avances, pues la demanda cada vez es mayor, mientras la oferta es limitada, más aún que no se aplica la normativa legal en cuanto a la prestaciones de servicios de salud a través de prestadoras o proveedores públicos o privados.

4.- LEGISLACIÓN COMPARADA ANDINA

4.1.- República de Bolivia.- En Bolivia se ha venido buscando en los últimos años dictar una Ley de protección al consumidor, conforme un proyecto que fue debatido en el Poder Legislativo de dicho país, pero no logro su vigencia por cuanto no la aprobó el Poder Ejecutivo, conforme corresponde en su legislación interna⁷⁸. El proyecto tenía como objetivo primordial regular las relaciones de consumo; en esas condiciones, los consumidores en Bolivia no se hallan protegidos por una normatividad especial, tal

⁷⁷ 2001-55 (Suplemento R.O.465 de 30 de noviembre del 20001) y sus reformas

⁷⁸ Ley 17.250 de 11 de agosto del 2000

como sucede en la mayoría de los países de la región, sin embargo, los reclamos que se presentan se fundamentan en los principios y normas establecidos en la Constitución Política de esa República, como derechos fundamentales de los ciudadanos. Ahora bien, cabe resaltar que de la información que tenemos, son las diferentes organizaciones no gubernamentales las que en Bolivia vienen luchando por la tutela de los derechos del consumidor, que en forma similar como lo han hecho en otros países, se han destacado por su labor cívica y de lucha en defensa del ciudadano.

4.2.- República de Colombia.- En Colombia la Constitución Política del Estado protege al consumidor en cuanto a sus derechos y acciones, delegando a la ley para que establezca los mecanismos de protección. El Art. 78 de la Constitución Política que se refiere al Derecho del Consumo, que prevé: *“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”*⁷⁹ La norma constitucional colombiana establece los principios generales para la protección y defensa del consumidor, especialmente regula los derechos con relación a la protección de la salud del ciudadano, control de calidad de los bienes y servicios ofertados en el mercado, derecho a la información del público consumidor, garantías para la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios, etc., principios que se tratan pormenorizadamente en la *“Ley de Protección al Consumidor”*, en donde se reconocen los derechos del consumidor, las obligaciones y responsabilidades de los proveedores, los procedimientos administrativos de reclamación y los organismos de control de calidad y cumplimiento de normas. Se encarga esta función a cada una de las superintendencias por rama de producción y delega a la Defensoría del Pueblo, para la defensa de los derechos de los consumidores y haga validas las acciones administrativas o legales que correspondan, en defensa y protección del ciudadano consumidor de productos o servicios ofertados en el mercado. En todo caso la legislación colombiana protege también el Derecho de competencia económica y la libre

⁷⁹ Constitución Política de la República de Colombia 1993

empresa, de tal manera que garantiza los negocios jurídicos que se efectúen lícitamente en un sistema de mercado.

4.3.- República de Chile:

En Chile se han dado múltiples avances en la legislación social y económica, particularmente en materia de Derecho económico en cuanto a regulaciones de competencia y de consumo, consiguiendo múltiples reformas, así en julio del 2004 (Ley 19.955) que introdujo reformas a la Ley de Defensa del Consumidor y Usuario (Ley No. 19496), misma que se refiere a importantes tópicos que cumplen con los principios constitucionales establecidas en la Carta Política de ese país. Dicha Ley esta dividida en cinco títulos, que establece los siguientes temas:

En el Título I se refiere al *“Ámbito de aplicación y definiciones básicas”*, que regula las relaciones entre proveedores y consumidores y busca *“establecer las infracciones en perjuicio del consumidor”*, es decir tiene un objeto específico que se refiere a proteger los derechos de los consumidores y de los usuarios.

Define como consumidores o usuarios, indistintamente, a *“las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios”*. Y, como proveedores, a *“las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa”*. Con estas definiciones se identifica claramente los sujetos calificados como consumidores o proveedores. Enfáticamente no considera proveedor *“a las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente”*, lo que quiere decir que esa relación esta ubicada en un negocio civil y no de consumo, situación que sin duda tiene sobra de razón, a diferencia de nuestra legislación que no hace esa excepción. Se anota también las obligaciones del consumidor.

El Título II habla sobre los derechos y deberes del consumidor, estableciendo detalladamente todas sus prerrogativas y garantías, con extensa literatura sobre las estipulaciones que deberán contener los negocios o contratos de consumo, incluyéndose materias de salud, educación, abarrotes, productos industriales, etc. También en este título se establece el derecho de constituir asociaciones de

consumidores, con las facultades que corresponde y limitaciones para su organización y administración e inclusive con sanciones de incumplimiento. Este título se refiere a las obligaciones del proveedor, estableciendo los parámetros que deben tener los contratos de consumo, el procedimiento, la información, etc. En párrafo independiente se trata sobre los contratos de adhesión, en donde se regula las estipulaciones de cláusulas predisuestas y se anotan expresas prohibiciones que no deben estipularse en un contrato. En otro párrafo se anotan las responsabilidades por incumplimiento, dando de alguna manera protección al consumidor, pues la única obligación a cargo de éste es el pago del valor o precio.

En el Título III, se regula la información y publicidad, las promociones y ofertas del crédito al consumidor, así como regula la prestación de servicios. En todo caso las normas que constan en este título buscan proteger sobretodo los derechos del consumidor.

El Título IV habla de las acciones en el ámbito administrativo y judicial para ejercerlas en caso de infracciones a esta Ley, que refieren a incumplimientos o violación de derechos del consumidor. Se otorga competencia a jueces especiales de policía para administrar justicia en esta materia, otorgándose atribuciones para que deje sin efecto aquellas cláusulas calificadas como abusivas en un contrato de consumo por adhesión, situación que es novedosa pues en nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor no se establece nada al respecto, siendo quizá el vacío más importante que debe suplirse con una reforma legal, pues normalmente esos contratos no son calificados por autoridad administrativa antes de ponerlos a circular. Se aplica un tratamiento especial en cuanto al procedimiento para proteger el *"Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores"*, resultando un novedoso avance que nuestra legislación no contempla; el procedimiento especial se otorga para que las organizaciones pro defensa del consumidor concurren ante los jueces a reclamar por violaciones en materia de consumo, con un procedimiento sumario, de acuerdo al Código de Procedimiento Civil, situación novedosa y que es de gran ayuda en la defensa de sectores colectivos, por ejemplo para la utilización de servicios públicos, que en Ecuador no disponemos de amplias regulaciones ya que la legislación como actualmente esta concebida es incompleta.

Finalmente el Título V crea el "Servicio Nacional del Consumidor", como una entidad descentralizada bajo el control del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que tiene por objeto velar por el cumplimiento de las normas que protegen al consumidor; además, tiene como sus

responsabilidades la capacitación del consumidor y usuario, la información pública en materia de consumo, supervigilar a las empresas en cuanto a calidad y otras particularidades, así como mantener la información necesaria para informar al público, en donde se incluirá un registro de sentencias condenatorias que puedan llevar en algún caso a retirarle la licencia en la actividad a las empresas infractoras. Esta instancia no existe en Ecuador porque la Ley no establece la normativa suficiente, pues la Defensoría del Pueblo que se encarga de esa defensa no tiene la capacidad técnica para ello, y el Instituto Ecuatoriano de Normalización es una entidad reguladora de calidad y no cumple una función de control para velar en cuanto a la protección de los derechos del consumidor, tal como se halla regulado en Chile, en donde realmente se ha logrado una gran avance en esta materia.

4.4.- República del Perú.- La norma constitucional en su artículo 65 señala: "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.", se reconocen principios fundamentales en defensa del consumidor. Así: garantiza a los usuarios productos de calidad, en especial respecto a garantías en salud, integridad y seguridad ciudadana. El texto codificado de la "Ley de protección al consumidor"⁸⁰, ofrece un conjunto muy ordenado de principios que protegen los derechos del ciudadano.

En su Título Primero *DISPOSICIONES GENERALES*, establece el ámbito de aplicación y el objetivo; su artículo 2 señala: "*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*", lo que hace notar que las normas sobre el consumo buscan en todo caso favorecer al consumidor. Define a los consumidores o usuarios (Art. 3) como "*Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios.*", y, a los proveedores, "*Las personas naturales o jurídicas que fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden o suministran bienes o prestan servicios a los consumidores.*"

⁸⁰ Decreto Legislativo 716 sobre Ley de Protección al consumidor, publicado en el Diario Oficial El Peruano (11.12.2000)

En cuanto a los derechos de los consumidores, la Ley establece el derecho a la protección en lo que tiene que ver con el control de calidad de los productos y servicios; el derecho a la información; derecho a la variedad y libre elección de productos; protección de intereses económicos y sin discrimenes de orden racional, político, económico, social etc.; derecho a la reparación de daños y perjuicios causados a los usuarios; derecho a efectuar pagos anticipados en operaciones de crédito y algunos otros. De otra parte, en cuanto a obligaciones de los proveedores, establece aquellas como la de otorgar facturas a los usuarios, la de cumplir con las normas de calidad, exhibir precios finales y en moneda nacional, prohíbe la discriminación de las personas, responsabiliza de la calidad del producto y de los riesgos contra la salud, obligación de suministro de partes o repuestos, prohíbe modificar los términos ofertados y exigir el pago previo condicionado a un reclamo.

En título independiente establece los términos del derecho a la información en la oferta, pormenorizando cada una de las garantías al consumidor y prohibiciones al proveedor. En otro título trata del crédito al consumidor, estableciendo garantías y limitaciones para precautelar los derechos económicos del usuario. Igualmente, en distinto título establece las responsabilidades frente a los consumidores, señalando en múltiples casos derechos de resarcimiento, devolución, desagravio, etc., por causas de mala calidad, error, daño de fábrica de un producto, y garantiza el resarcimiento por el daño físico o de salud que el consumidor pueda ser víctima. Para supervigilar estas garantías se concede competencia al INDECOPI, Instituto especializado a cargo del control de derechos y con competencia administrativa de mediación y de juzgamiento. En título aparte se establecen las infracciones y sanciones, especificándose en cada caso y respecto a la sanción, así como el procedimiento en esta materia.

En otro título establece como política de Estado la promoción de la protección al consumidor, que se refiere a las políticas públicas que el INDECOPI impartirá en defensa de los derechos del consumidor, de su educación, de la propaganda e información, etc., que permitan capacitar a los usuarios de productos y servicios sobre sus derechos y obligaciones, y en general de acciones políticas y públicas para proteger a la comunidad.

4.5.- República de Venezuela: En Venezuela la defensa del consumidor se fundamenta en un principio constitucional establecido en su Carta Política, en donde su artículo 117 señala:

“Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y 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, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos”.

Establece el derecho de las personas a disponer de buena calidad de bienes y servicios, a estar adecuadamente informados, a no ser engañados en sus actos de consumo, etc. El Estado a través de la ley garantiza la defensa del consumidor y el resarcimiento de daños, además de establecer las sanciones a los infractores, principios fundamentales que permiten cumplir el objetivo de protección al ciudadano, elevados a norma constitucional, y de ello nace la *“Ley de Protección al Consumidor y al Usuario”*⁸¹, en donde se establecen amplios mecanismos de protección al consumidor.

En referencia a este cuerpo normativo, en su Título I, *DISPOSICIONES GENERALES*, CAPITULO I, Objeto y Definiciones, prevé que dicha Ley *“tiene por objeto la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, su organización, educación, información y orientación; así como establecer los ilícitos y los procedimientos para la aplicación de las sanciones”.* Más adelante señala que *“(…) se consideran consumidores y usuarios a las personas naturales o jurídicas que, como destinatarios finales, adquieran, usen o disfruten, a título oneroso, bienes o servicios cualquiera sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los produzcan, expidan faciliten, suministren, presten u ordenen.”.* No se da el carácter de consumidores o usuarios a quienes no sean destinatarios finales. Considera *“proveedores a las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización de bienes, prestación de servicios a consumidores o usuarios por los que cobren precios o tarifas”.* Condena los abusos y prevé que el Ejecutivo podrá dictar las medidas necesarias, a fin de evitar el alza indebida de los precios de bienes y las tarifas de servicios.

La Ley *Ibíd.* (Art. 6) prevé los siguientes derechos de los consumidores y usuarios:

⁸¹ Gaceta Oficial de la República de Venezuela (Boletín N° 4.898 Extraordinario de 13.12.1995)

"1. La protección de la salud y su seguridad frente a los riesgos provocados por productos o servicios nocivos o peligrosos autoridades competentes, o llegar a serlo por deterioro, desperfecto o negligencia del fabricante o de quien preste el servicio; 2. La información adecuada sobre los diferentes bienes y servicios, con especificaciones de cantidad, peso, características, composición, calidad y precios, que les permita elegir conforme a sus deseos y necesidades; 3. La promoción y protección de sus intereses económicos, en reconocimiento de su condición de débil jurídico en las transacciones del mercado; 4. La educación e instrucción sobre la adquisición y utilización de bienes y servicios; 5. La obtención de compensaciones efectivas o de la reparación de los daños y perjuicios; 6. La protección de los intereses colectivos o difusos, en los términos que establece esta Ley; 7. La protección contra la publicidad subliminal, engañosa o abusiva; los métodos comerciales coercitivos o desleales que distorsionen la libertad de elegir; y las prácticas o cláusulas abusivas impuestas por proveedores de bienes y servicios; y, 8. La constitución de asociaciones, ligas, grupos, juntas u otras organizaciones de consumidores o usuarios para la representación y defensa de sus derechos e intereses".

En el Título II esta Ley trata sobre aspectos importantes que tienen que ver con la protección de los consumidores y usuarios, así por ejemplo sobre obligaciones del proveedor, establece cada una de las acciones a cumplirse; trata también sobre los contratos de adhesión, definiéndolos y estableciendo regulaciones en cuanto a las condiciones insertas, además prohibición de hacer constar cláusulas contrarias a los derechos del consumidor. También hace referencia, en capítulo aparte, sobre el derecho del consumidor a la debida información, estableciendo obligaciones al proveedor y derechos específicos al usuario sobre información en cuanto a calidad, precios, cantidad, composición de los productos, etc.; se refiere también a las garantías de los servicios domiciliarios, estableciendo condiciones generales para su oferta. Así mismo en capítulo expreso habla sobre los tratos abusivos, arbitrarios o discriminados, estableciendo prohibiciones al proveedor o distribuidor de bienes y servicios. En otro capítulo habla de los productos de primera necesidad, calificados por el ejecutivo que gobierna, buscando evitar la especulación en los precios y abusos en el mercado. También la Ley prevé sobre la publicidad y la oferta como una obligación del proveedor para dar a conocer masivamente las condiciones de los bienes y servicios, prohibiendo expresamente acciones que puedan afectar los intereses del consumidor. En el capítulo VII de este título se establecen las garantías que deben ofrecer los expendedores de productos

de consumo. En otro capítulo trata sobre las ventas a crédito, prohibiendo los abusos y acciones fuera de las regulaciones de la autoridad, especialmente en cuanto al pago de intereses. También norma sobre la importación de bienes prohibidos, a fin de precautelar la salud e interés económico del usuario.

El Título III de la Ley trata sobre el "Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU)", como organismo autónomo encargado de vigilar el cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor y su Reglamento de aplicación. Tiene amplias facultades de acción, especialmente para investigación relacionada con violación de los derechos del consumidor, defendiéndolo en caso de trasgresión legal y además es el organismo encargado de impartir educación al ciudadano en materia de consumo.

El Título IV de esta Ley prevé en cuanto a los ilícitos sobre relaciones de consumo, estableciendo las responsabilidades, penas de multa y obligaciones de resarcimiento en casos de incumplimiento legal o daños causados en los negocios ejecutados por los proveedores. Otorga amplias facultades al Instituto de Defensa del Consumidor y establece el procedimiento de juzgamiento de infracciones con las competencias jurisdiccionales pertinentes.

En el Título V regula los Delitos y las Sanciones, estableciéndose penas de prisión en casos de grave violación a la Ley, especialmente la restricción de productos de primera necesidad, alteración de precios, falsedad de información sobre contenidos del producto, especulación de mercancías, etc. Habla sobre la responsabilidad de las personas y las sanciones económicas y de prisión por delitos contra esta Ley.

El Título VI se refiere a la tipificación de los delitos, de la competencia para el conocimiento de las causas, de las penas, del procedimiento para la sustanciación de la causa, etc. Se establece un rápido procedimiento para juzgar las infracciones en esta materia, otorgando la competencia al juez de contravenciones. Se deja la posibilidad de una solución de las controversias mediante un arbitraje de consumo, que permita solucionar los problemas sin el juzgamiento del proveedor. Se establecen penalizaciones en cada caso con sanciones pecuniarias, sin que exista una pena de pérdida de libertad. El proceso establecido para estas causas, si bien permite garantizar de alguna manera los derechos del consumidor o resarcir los daños causados, tiene un trámite especial que requiere ser perfeccionado.

CAPÍTULO III

EL CONTRATO DE ADHESIÓN

1. EL CONTRATO DE ADHESIÓN: DEFINICIÓN.- CONTENIDO.- CARACTERÍSTICAS.- ELEMENTOS.- NATURALEZA

1.1.- **Definición.-** Antes de definir al contrato de adhesión es necesario analizar el contrato en general. Así: "El contrato tiene por objeto crear efectos jurídicos bajo el entendido de un acuerdo de voluntades. En otros términos es la convención"⁸², entendida como un acto que producirá efectos, es decir obligaciones, derivadas de un acuerdo acogido libremente por las partes involucradas. Ahora bien, las obligaciones pueden ser de dar algo, de hacer, o, de no hacer algo, de parte de unas personas a favor de otras. Dicho de otra manera, el contrato tiene un objeto concertado por las voluntades de quienes lo suscriben y que les compromete a su cumplimiento, ya sea referido a bienes o a las personas.

El Código Civil ecuatoriano define al contrato: *"Art. 1454.- Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas."* Más allá de esta definición de tipo civilista que tiene su origen en el Código Napoleónico, tenemos que considerar "si es cierto que no todo intercambio de bienes y servicios es un contrato, lo es igualmente que la mayor parte de tales intercambios constituyen la base de lo que juristas denominan contrato: esto es, el acuerdo en realizar un determinado intercambio de un bien o servicio cualquiera por otro bien o servicio"⁸³, pudiendo de esa forma constituir el dinero ese bien, que sirve como herramienta de pago, pues su creación se debe justamente para facilitar los intercambios de bienes y servicios. Cabe recordar que la humanidad en sus inicios utilizó el trueque de sus productos para satisfacer necesidades, pero, aquella primitiva forma de intercambio, en la actualidad ha sido sustituida por el dinero, sea a través de moneda de curso convencional o de cualquier otra especie como el uso de tarjetas de crédito o débito, pagos por transferencias y medios electrónicos, etc.; sin embargo, más allá del sistema de cambio tenemos que entender que en los negocios jurídicos comunes, ejecutados a través de contratos de consumo, se da una prestación o entrega de una cosa (bienes o servicios) y a cambio de ella se entrega otra prestación, en dinero o en otro bien.

⁸² Enrique Camilo Noguera Aarón. De los Contratos. Principios y Nociones. Bogota. 1998, p. 3

⁸³ Carlos Lasarte Álvarez. Manual sobre protección de consumidores y usuarios. Ibid. 2003, p. 82

El Código Civil ecuatoriano hace la siguiente clasificación de los contratos:

“Art. 1455.- El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente. Art. 1456.- El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. Art. 1457. - El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio. Art. 1458. - El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella. Art. 1459.- El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento. Art. 1460.- Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”

La doctrina señala que los contratos pueden ser: dependientes, sinalagmáticos, nominados e innominados, de libre discusión y de adhesión, individuales y colectivos.⁸⁴

Contratos dependientes.- Son aquellos que para su ejecución dependen de un contrato principal, es decir no son autónomos.

Contratos sinalagmáticos.- Llamados bilaterales, son aquellos en que las partes suscriptoras se obligan mutuamente a cumplir obligaciones de dar, hacer o no hacer, a favor de la otra parte o de terceros.

⁸⁴ Enrique Camilo Noguera. De los contratos..... *Ibíd.*, p. 11 y ss

Contratos nominados e innominados.- Son nominados aquellos que se encuentran en la ley expresamente reglamentados, tienen un nombre y está regulado su contenido u objeto, como es el caso del contrato de compraventa; los innominados por el contrario son atípicos, es decir no tienen nombre ni están expresamente regulados en la ley, pero para su legalidad no deben ser contrarios al orden público, es decir no contradecir a las normas jurídicas imperantes (Art. 1478 CC). Existe objeto ilícito en todo lo que no contraviene al Derecho público ecuatoriano o a las buenas costumbres, entendidas como aquellas aceptadas por la sociedad y las autoridades en determinada comunidad dentro de un Estado, así por ejemplo el contrato de prestación de servicios.⁸⁵

Contratos de libre discusión y contratos de adhesión.- Los primeros se refieren a que las partes discuten libremente y por propia voluntad las estipulaciones constantes en las cláusulas, es decir que existe un diálogo y un acuerdo previo, que hacen plasmar las propuestas del iter negocio en convenio mutuo y obligaciones posteriores para los participantes; en este tipo de contratos se cumplen los procedimientos formales determinados por la ley, es decir se expresa el contenido del contrato, la forma de ejecutarse, las obligaciones de cada una de las partes y otros puntos de vista que sean del caso, así por ejemplo el contrato de permuta, de arrendamiento, de compraventa, etc. En el segundo caso, los llamados contratos de adhesión son aquellos en donde una parte impone sus condiciones y la otra las acepta, sin que haya pronunciamiento expreso que signifique aceptación, es decir sin discutir condiciones más allá de las estipuladas en las condiciones generales del contrato o en una oferta de bienes o servicios, "y las que emanan de la obligación de contratar que se les impone a los consumidores de bienes o usuarios de servicios suministrados por empresas que explotan servicios públicos o que disfrutan de un monopolio legal o de hecho"⁸⁶, por ejemplo el contrato de póliza de seguro, contrato de servicios domiciliarios o el contrato de transporte personal.

Contratos individuales y colectivos.- Individuales son aquellos que se basan en el consentimiento individual de quien lo suscribe, y se habla de contratos colectivos cuando quien participa es más de una persona, aunque genere obligaciones individuales, típico contrato laboral.

⁸⁵ Carlos Ramírez Romero. Derecho Empresarial Ecuatoriano. Tomo II. Subcomisión Ecuatoriana PREDESUR. Loja Ecuador 1990, pp. 53 -54.

⁸⁶ José Ignacio Narváez García. Obligaciones y contratos. ... Ibid. 1990, p. 13

Desde el punto de vista formal los contratos en general contienen elementos esenciales que no pueden faltar y que son parte del objeto mismo de la convención, que los distingue de la generalidad, así por ejemplo sobre la cosa que se vende; también contienen elementos que son de su naturaleza, que se refiere a aquellas regulaciones contractuales, que sin ser esenciales determinan el carácter del contrato; y, aquellas cosas accidentales, que son complementarias en el instrumento convencional, pero importantes, así la forma o modo de cumplirse la obligación, el tiempo, lugar, etc. Los contratos producen efectos para quienes los suscriben y en algunos casos vincula a terceros, pues las condiciones o cláusulas insertas son ley para los contratantes, conforme lo establece nuestro Código Civil, por lo que sus condiciones no pueden ser invalidadas unilateralmente por cualquiera de las partes, sin autorización o aceptación expresa de la otra parte involucrada, salvo excepciones establecidas por la ley o por decisión judicial, puesto que el juez puede declarar la resolución de un contrato, siempre que se hubiese accionado o utilizado los recursos legales permitidos.

De otra parte, es importante analizar el principio de autonomía de la voluntad, entendida como el derecho de las partes contratantes para tomar decisiones referentes a un negocio; es por ello que en el contrato pueden establecerse obligaciones y derechos acordados por las partes, pero siempre que aquellos acuerdos no sean contrarios al orden público establecido en el ordenamiento jurídico ni tampoco contrarios a la moral o buenas costumbres, puesto que produciría anulación de sus efectos. En ese sentido, para que el principio de la autonomía de la voluntad tenga efectos jurídicos, las partes deben actuar en igualdad de condiciones, con libertad y voluntad. Sin embargo, en cuanto a la interpretación del contrato, extinción de obligaciones y otros hechos referentes a sus efectos, deberá cumplirse conforme lo dispone la ley.

Ahora bien, sabemos que la iniciativa privada es el marco para la suscripción de los contratos, pero a cada persona le asiste el derecho de tomar la decisión de contratar, esto es de expresar su consentimiento, que es un elemento esencial del contrato, más aún que en un sistema de mercado el ciudadano es libre para aceptar o no las condiciones convencionales. "Esto es, una vez respetados los límites institucionales de la autonomía privada, el contenido de los contratos dependen en exclusiva de la propia voluntad de las partes, quienes pueden dotar al entramado de derechos y obligaciones generado

por el contrato del alcance que les venga en gana⁸⁷. Sin embargo, una vez suscrito el contrato, como efecto de su validez jurídica nace una fuerza vinculante que constriñe a las partes a su cumplimiento. En consecuencia, analizada esa situación, en mi opinión es esa la principal razón por la que la ley debe dar protección contractual a los consumidores en contratos de consumo por adhesión, pues su asentimiento se da el momento de suscribirlo o al menos aceptarlo tácitamente.

Así mismo, aquella libertad jurídica o autonomía de la voluntad que se pregonaba en el Derecho de los Contratos, se expresa por las manifestaciones de los individuos que someten su comportamiento a las reglas de conducta en sus relaciones con los demás, que constituyen el principio rector en la formación, estructura y contenido de los negocios jurídicos, que implica: "1) potestad de las personas de celebrar o no celebrar contratos; 2) posibilidad para los contratantes de discutir las cláusulas que integran el contenido del contrato, sin más restricciones que las impuestas por la ley, el orden público y las buenas costumbres; 3) facultad de elegir la ley aplicable, siempre que no se atente contra el orden público, o de invocar reglas uniformes que imperan en el tráfico mercantil internacional; 4) adoptar las formas más convenientes para expresar su voluntad, salvo las excepciones legales; y 5) atribuir a los contratos los efectos que acuerden, salvo también excepciones."⁸⁸

Desde el punto de vista de las obligaciones, se clasifican como civiles o mercantiles: las primeras se refieren a aquellas que nacen de actos regulados por la ley civil, es decir que atañen al derecho común ya que no son actos de comercio o celebrados con personas que se dedican al comercio; mientras que las segundas tienen relación a los actos que nacen de negocios del comercio o celebrados entre comerciantes. De otra parte, "Obligación mercantil es el vínculo legal, voluntario o de ipso que impone a una persona el cumplimiento de alguna prestación. Ciertamente puede emanar de una disposición de la ley mercantil para un hecho jurídico, en el que no interviene la voluntad del obligado; o del acto jurídico configurado por una manifestación de voluntad, pero cuyos efectos se producen independientemente de dicha voluntad; o del negocio jurídico que se integra por una o más declaraciones de voluntad privada encaminadas a producir determinados efectos jurídicos."⁸⁹

⁸⁷ Carlos Lasarte Alvarez. Manual..... *Ibíd.* p. 85

⁸⁸ José Ignacio Narváez García. Obligaciones..... *Ibíd.*, p. 13

⁸⁹ José Ignacio Narváez García. Obligaciones..... *Ibíd.*, p. 28

En todo caso, concretando nuestro análisis, es necesario diferenciar doctrinariamente al contrato civil del contrato mercantil, así de acuerdo a lo que el profesor Narváez establece tenemos:

- a) Mientras los contratos civiles se celebran esporádica y aisladamente, los mercantiles se llevan a cabo en serie, de manera continua, sucesiva e interrumpida;
- b) Los contratos mercantiles, a diferencia de los contratos civiles, se establecen en formularios, en donde se llenan espacios en blanco para completarse con datos y condiciones particulares relacionadas a los hechos, a las personas, cantidades, valores de mercancía, tipo de servicios, etc.;
- c) La suscripción de varios contratos mercantiles da lugar a operaciones sucesivas o que tengan relación vinculante;
- d) La contratación civil se da entre presentes, por personas vecinas de un lugar, mientras que el contrato mercantil puede darse entre personas residentes o no en una localidad, así como también pueden convenirse a distancia a través de medios de comunicación como el uso telefónico, el uso del Internet, etc.;
- e) La celeridad con que se celebra un contrato mercantil causa consecuencias económicas, que no sucede en los contratos de índole civil;
- f) La finalidad de los contratos mercantiles es obtener lucro, mientras que en los contratos civiles son otras diferentes; g) los medios de prueba de los contratos son diferentes dependiendo de su naturaleza, así por ejemplo los contratos mercantiles se basan en registros; y,
- h) La caducidad para accionar en los contratos mercantiles es más corta que en el caso de los contratos civiles.⁹⁰

En fin, para fines didácticos podemos afirmar que los contratos mercantiles se refieren a aquellos actos celebrados en las actividades económicas; éstos se realizan en serie, bajo condiciones generalmente impuestas por el empresario o comerciante; pueden ser nominados o innominados. La libertad contractual se aplica en tanto y cuanto no se contraponga a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, que estén exentos de vicios y tengan objeto y causa lícitos; de acuerdo a lo que estipulen sus condiciones podrían prevalecer sobre las normas legales, aunque no contradecirlas.

⁹⁰ José Ignacio Narváez García. Obligaciones....., *Ibíd.*, p. 35 y ss

Al referirnos a los contratos innominados podemos hablar de muchas especies de contratos de adhesión a condiciones generales, contratos tipos, contratos de empresa, negocios jurídicos normativos, contratos complejos, contratos múltiples, contratos de know-how, contratos de licencia industrial, contratos de asistencia técnica, contratos de franquicia comercial, contratos de arrendamiento financiero, contratos de consorcio, contratos de administración o compra de cartera, contratos de concesión mercantil, contratos de negocios, etc. Sin embargo, por interés particular en el tema, es necesario referirnos a los contratos de consumo, que se diferencian de la generalidad de contratos porque el consentimiento está sobreentendido cuando el consumidor suscribe un contrato con cláusulas predispuestas (de adhesión) por lo que tácitamente acepta las condiciones generales de la oferta.

En la formación del contrato de consumo, previo a su celebración se presentan fases precontractuales: inicialmente requiere de la existencia de la oferta o propuesta presentada por el proveedor y además que ese contrato contenga elementos esenciales del negocio jurídico que se espera celebrar que se refiere a la obligatoriedad de cumplimiento de las condiciones ofertadas por el proponente y su autonomía, es decir que subsistirán pese a cualquier novedad futura relacionada con el oferente, y de ello se deriva justamente la voluntad de celebrar un contrato. La oferta debe ser completa para que sea apreciada por los receptores, debe provenir de la empresa y no de terceros, debe estar dirigida y hacerla conocer a un destinatario, debe ser definitiva y sin reservas.

Cabe señalar que a pesar de que la oferta contractual es irrevocable, ella puede dejarse sin efecto con cargo de culpa al proponente; tendrá validez temporal de acuerdo a las condiciones del negocio; puede ser ofrecida oralmente o hallarse escrita; puede darse entre presentes o a distancia; y, esta dirigida a cualquier persona o a determinadas personas en forma particular. En todo caso superada esta etapa, la oferta es vinculante para la empresa, es decir las condiciones de la oferta se entienden siempre incorporadas al contrato, como lo establece nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (Art. 42).

En una segunda fase, recibida la oferta, el consumidor podrá aceptarla en forma tácita mediante la exteriorización de actos o en forma expresa cuando suscribe un documento o contrato; en cualquier caso, previamente puede presentarse una contrapropuesta. Superada esta fase precontractual, debe considerarse que el contrato se sella cuando el usuario expresa la aceptación de las condiciones

generales o adhesión a la propuesta en cualquier modalidad que se diere, siempre que el adherente haga conocer al oferente sobre este particular. Puede darse la promesa de contrato mercantil o un compromiso previo a la suscripción del contrato, sin embargo cuando se trata de comercio masificado o de servicios ofertados al público resulta inconveniente y se hace directamente aceptando el contrato, en donde, además de las formalidades mínimas exigidas por la ley, se lo legaliza con la suscripción del documento entre las partes a través de la rubrica, aunque podría ser aceptado verbalmente y ejecutarlo en lo posterior. En todo caso, tanto durante el proceso precontractual al igual que en la ejecución contractual es necesario que exista buena fe de parte de cada uno de los suscribientes del contrato, pues cualquier anomalía en los negocios jurídicos podría volver al contrato ineficaz o correría el riesgo de ser declarado inexistente, de nulidad absoluta o de nulidad parcial, inoponible o puede producir cualquier otro efecto contrario al esperado.

Cabanellas al referirse al término adhesión señala: "Aceptación de reglas contractuales impuestas por una de las partes, sin discutir las mismas.⁹¹, es decir que el acto de adherirse se refiere a sumarse, a aceptar una propuesta presentada por otro, sin contravenir sus condiciones. De otra parte, "la adhesión es un sustantivo derivado del verbo "adherir", que significa convenir en un recurso o dictamen utilizado por la parte contraria. Y a su turno, "convenir" significa coincidencia de dos o más voluntades causando obligación. En suma, gramaticalmente, adherir importa coincidir con lo expresado por otro. Y ya en el plano jurídico la adhesión se instala en la formación del contrato, cuando su contenido es establecido por una persona que para ello toma la iniciativa, y es hecho propio por otra que limita su actividad a expresar su consentimiento en cuanto fue elaborado por la primera."⁹²

Nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor no establece una definición sobre el contrato de adhesión, sin embargo Stiglitz lo singulariza como "aquel en que las cláusulas son dispuestas por uno de los futuros contratantes de manera que el otro no puede modificarlas ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas"⁹³, es decir, el instrumento contractual establece derechos y obligaciones para las partes, pero las cláusulas han sido elaboradas únicamente por el oferente, sin la participación del adherente.

⁹¹ Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental Ed. Heliasta. Argentina, 1997, p. 26

⁹² Rubén Stiglitz. Contratos por adhesión....., *Ibid.* 1985, p. 49

⁹³ Rubén Stiglitz. Contratos por adhesión....., *ibid.* 1985, p. 50

Debemos aclarar que si un contrato es aquel que estipula obligaciones de hacer o no hacer algo, en los contratos de adhesión por consumo, aquella obligación se refiere a la adquisición de productos, que el consumidor o usuario adquiere al proveedor, distribuidor, comerciante o profesional, comúnmente llamado empresa, en donde las partes contratantes se obligan mutuamente, así el primero a entregar un producto, mientras el segundo deberá pagar un valor a cambio. Esta obligación se da bajo la oferta de que cumplan las partes con lo que les corresponda, conforme las condiciones señaladas en el contrato sobre la cantidad, la calidad, la forma, el plazo, etc. Algunos tratadistas se refieren a “contratos por adhesión”⁹⁴, sin embargo ello no es más que una simple diferencia semántica, pues son términos sinónimos.

1.2.- Contenido.- En materia de consumo el contrato de adhesión es el resultado de un proceso histórico que se inicia con la revolución industrial; en tal sentido Mori, referido por Ghersi, señala: “El proceso de la industrialización contemporánea ha sido palanca fundamental de la mayor transformación que ha experimentado la humanidad a lo largo de su historia. Ha contribuido a modificar profundamente las formas de vida de los hombres y, por ello, ha forjado nuevos modos de contemplar las relaciones de los mismos entre sí y con el mundo exterior. Pero también, al tratarse de un fenómeno de cronología e intensidad distintas, según regiones, países y áreas del globo, ha provocado situaciones lacerantes y ha agravado disparidades y desequilibrios...”⁹⁵ Más adelante agrega: “El contrato de consumo, como categoría, desde su historicidad económica (surgido como respuesta a una mutación socioeconómica y cultural) y condición ideológica (desde el poder como situación de dominación), se encuentra inmerso en la estructura de adhesión, de manera que no constituye una tercera categorización desde el estructuralismo, ni tampoco desde la metodología, en la formulación predispuesta.”⁹⁶

Es decir, como lo explica claramente el autor, los contratos de adhesión son también contratos de consumo, constituyendo éstos últimos en una subcategoría de los contratos de adhesión, justamente por efecto de la producción en serie de los bienes y servicios y por la masificación del consumo de productos.

⁹⁴ Los tratadistas Rubén y Gabriel Stiglitz hablan de “contratos por adhesión”, sin embargo considero más adecuado referirse a “contratos de adhesión”.

⁹⁵ Carlos Alberto Ghersi. Contratos de consumo. Ed Astrea. Buenos Aires. Argentina 2005, pp. 26 - 27

⁹⁶ Carlos Alberto Ghersi, Contratos de consumo... *ibid.*, p. 32

Ahora bien, debemos precisar que las cláusulas del contrato de adhesión en materia de consumo contienen el objeto mismo del contrato, es decir los derechos y las obligaciones que tienen cada uno de los contratantes; además, en este tipo de contratos se insertarán las condiciones particulares del negocio o convención en cada caso, tal como lo considera Lasarte Álvarez, quien señala: "De forma relativamente pacífica se considera que la expresión "contenido del contrato" se encuentra referida al conjunto de derechos y obligaciones generados por el contrato en cuestión o que es objeto de análisis. En tal sentido, el contenido del contrato sería una referencia de carácter objetivo que, referida a cada contrato en particular, exigiría determinar concretamente cuál es, de una parte, el cuadro de facultades, prerrogativas y derechos, y de otra, el conjunto de cargas, deberes y obligaciones que competen a cada una de las partes contratantes."⁹⁷ Por las consideraciones anotadas, en los contratos de adhesión por consumo, de una parte el oferente tendrá la obligación de entregar mercaderías o servicios en las condiciones previstas en el contrato, el lugar que se concederá el servicio o entregará la mercancía, el precio, la forma de entrega, etc.; de otra parte, el adherente tendrá la obligación de dar un pago, recibir la mercancía o el servicio, cumplir con las estipulaciones y condiciones contractuales, cumplir con los procedimientos técnicos ilustrados en los avisos, formularios o especificaciones técnicas, etc. Es decir se cumple con la definición del contrato como la obligación de dar algo (un bien), o, hacer o no hacer algo (un servicio) y en contraparte pagar un valor o precio. El objeto es de cumplimiento obligatorio y constituye la parte más importante del instrumento, que por cierto es la razón fundamental del contrato.

1.3.- Características.- Partiendo de la explicación que nos da Stiglitz⁹⁸ el contrato de adhesión tiene algunas características que lo distinguen, a saber:

1) El contrato de adhesión tiene dos partes suscribientes: una parte fuerte e imponente llamado predisponente, y la otra parte que constituye la débil y sin poder de decisión, que es el adherente, en donde éste último no tiene la posibilidad de discutir las condiciones contractuales, sino que presionado por su necesidad se ve obligado a aceptar las condiciones del producto o a no aceptarlas, so pena de quedarse sin la posibilidad de conseguir el bien o el servicio para su uso o disfrute, constituyendo esta su primera y principal característica.

⁹⁷ Carlos Lasarte Álvarez. Manual... .. Ibid. p. 115

⁹⁸ Rubén Stiglitz. Contratos por Adhesión. , Ibid. p. 50 y ss.

2) Otra de las características de este tipo de contratos es el carácter expansivo, es decir que se libra como efecto de una masificación del consumo, en donde el adherente (consumidor) se halla en un estado de compulsión, del cual no puede librarse fácilmente pues necesita consumir para suplir sus necesidades humanas. Esta característica obedece al efecto cultural del posmodernismo de la sociedad de la información o sociedad del consumo.

3) También se caracteriza por el efecto compulsivo que influye en la conducta del consumidor o adherente, es decir que por efecto de la masificación del consumo por la propaganda comercial o promoción del producto, el individuo busca compulsivamente suplir la necesidad, situación psicológica que lo inhibe de tomar una decisión reflexiva sobre aceptar o no la oferta, que a veces puede acompañarse de una estrategia promocional maquillada;

4) El contrato de adhesión no es deliberante, es decir las partes no lo discuten, sino que el oferente o predisponente genera las condiciones generales del contrato, y la otra parte, adherente por naturaleza, lo acepta, pues no tiene la oportunidad de discutirlo, situación que permite al oferente (empresario o proveedor) imponer sus intereses en desmedro de la otra parte (consumidor);

5) El contrato de adhesión contenido en las cláusulas generales insertas es un contrato rígido, es decir que sus condiciones no varían en cada caso, sino que obedecen a un sistema masificado de ofertas estandarizadas y de similar contenido. En este tipo de contratos no cuenta el usuario, pues esta dirigido para todo el público.

1.4.- Elementos.- Aunque los elementos del contrato de adhesión están incluidos en las características, tiene como sus principales los siguientes:

1) Existe un convenio que produce efectos jurídicos entre las partes, es decir al suscribir un contrato de adhesión se formaliza una convención, aunque no se produzca una discusión y peor aún el consentimiento expreso del adherente;

2) Cuenta necesariamente con dos partes, un predisponente y un adherente, caso contrario no podría darse este tipo de contratos. Cada una de las partes puede estar conformada por una o más personas;

3) Establece obligaciones para las dos partes suscribientes, es decir son sinalagmáticos, porque por igual se obligan a cumplir cada uno sus obligaciones; y,

4) Tiene condiciones generales en donde se establecen el objeto, el plazo, el precio, y más estipulaciones contractuales.

1.5.- Naturaleza.- Existe generalmente una clara diferencia entre la naturaleza de los contratos civiles y la naturaleza de los contratos mercantiles que inicialmente tuvieron su origen en el Derecho Civil, pero que evidentemente con el transcurrir del tiempo se han caracterizado cada uno de ellos, especializándose en su área, de tal manera que permite diferenciarlos. Sin embargo, afinando los conceptos se hace necesario analizar la procedencia de los contratos de adhesión por consumo, pues estos diferencian en cuanto a que su naturaleza obedece al tipo de negocio jurídico que se realice, por ello es necesario identificar sus características de ya de orden civil o de orden mercantil, según sea el caso.

Narváez⁹⁹ nos identifica las diferencias entre los contratos civiles y mercantiles, indicando que, mientras los civiles se celebran de modo esporádico los mercantiles se celebran de manera continua, sucesiva e ininterrumpida; de igual forma, los contratos civiles se los suscribe discutiendo sus condiciones y los mercantiles mediante condiciones preestablecidas; en los contratos civiles son operaciones aisladas, en los mercantiles dan lugar a operaciones sucesivas y vinculantes; los civiles se dan lugar entre personas presentes y los mercantiles pueden darse entre personas ausentes y que realizan los negocios por simple cruce de comunicación telefónica o de cualquier otra índole; en materia civil los contratos pueden ser a título oneroso o gratuito, en los mercantiles siempre son onerosos porque se busca el lucro; los medios de prueba en los contratos civiles son formales y generales, mientras que en el contrato mercantil son específicos y uniformes; desde el punto de vista de extinción de acciones o caducidad tienen diferentes plazos, que generalmente son más cortos en los mercantiles.

La empresa entendida como el aglutinamiento de esfuerzos y capitales para producir u bien o servicio tiene su origen mercantil, pues más allá de la legalidad de sus negocios y de la licitud del objeto y causa de un contrato, busca beneficio económico, por tanto las relaciones con el consumidor también serán de índole mercantil; más aún que los negocios de empresa se basan en la oferta de productos que se presentan en el mercado, en forma estandarizada y masificada, de tal manera que no existe duda que lo que se esta realizando es una actividad económica, ya en el ámbito industrial, agrícola, comercial, de servicios, etc., que en todo caso, aprovechando el mercado busca el intercambio.

⁹⁹ José Ignacio Narváez. Obligaciones y contratos mercantiles. , Ibid., p. 35 y ss.

Ahora bien, desde una apreciación particular del Derecho del Consumo nos interesa analizar los contratos de adhesión, es decir aquella relación contractual que nace por efecto de la adquisición de productos por parte del consumidor al proveedor que los ofrece en el mercado. Sin embargo, por las características de orden social que comporta, aunque el origen de los contratos de adhesión por consumo es de orden mercantil debemos entender que su naturaleza es sui géneris porque difiere principalmente en sus efectos, lo que hace aparecer como un tipo de contratos de naturaleza diferente a aquellos civiles y mercantiles, por su connotación social, situación que debe establecerse claramente.

2. LAS CONDICIONES GENERALES EN EL CONTRATO DE ADHESIÓN

2.1.- Naturaleza jurídica.- Partiendo de las premisas del Código Civil para el contrato, se establece que es una convención de voluntades, que presume una etapa previa de discusión y análisis, en donde para la gestación de sus condiciones existió un acuerdo entre las partes involucradas, es decir estuvo de por medio la expresión de voluntad de cada una de ellas. Sin embargo, como lo habíamos señalado anteriormente, además de aquellos contratos negociados -que es a los que nos referimos como regla general-, existen otros contratos, que aunque tienen similares efectos, para su creación no existe negociación previa, es decir las condiciones generales del contrato son elaboradas por una de las partes, es por ello que se les denomina contratos de adhesión, pues son creados estandarizadamente por efecto de la producción en masa de bienes y servicios cuya oferta se hace también en forma masificada, pues en las condiciones negociales de un contrato en la actualidad resulta muy complicado para la empresa discutirlos individualmente. En materia de consumo el oferente es quien establece las condiciones generales y por supuesto quien las impone al adherente.¹⁰⁰

Ahora bien, las condiciones generales son los supuestos que se hacen constar en un contrato de adhesión, así sus cláusulas, estipulaciones, anexos o contenido contractual, que se establecen al suscribir contratos con cláusulas predispuestas, y por ello se habla de contrato de adhesión a condiciones generales, pues esas son condiciones necesarias y que van de la mano, aunque ciertamente se afirma

¹⁰⁰ Liliana Schwartz. Defensa de los Derechos de los consumidores y usuarios. Editorial García Alonso 2005, p. 95 y ss

que la ineficacia de las condiciones generales de la contratación queda reservada a casos que no se pone en conocimiento previo del consumidor.¹⁰¹

De otra parte, se aprecia que en la generalidad de los negocios de consumo, desde las últimas décadas del siglo pasado se ha hecho muy común la contratación por adhesión, mediante contratos tipo o a través de condiciones generales estipuladas en impresos, anexos, formularios, ofertas en lugares públicos, etc., lo que ha hecho más vulnerable al consumidor, por ello se hizo necesario que el Estado dictara regulaciones especiales que normen este tipo de contratación, atendiendo a las peculiaridades de las convenciones negociales estandarizadas.

También es importante aclarar que al hablar de las condiciones generales en el contrato de adhesión nos referimos a las cláusulas que establecen las condiciones contractuales, es decir al contenido del contrato de adhesión, que pese a no haber sido discutido por las partes se entiende conocido por el adherente, de allí que la naturaleza jurídica de las condiciones generales por adhesión es contractual, pues resulta diferente si hablamos de condiciones generales de la contratación como aquellos requisitos precontractuales exigidos a las partes y no al contenido mismo del contrato que obliga a las partes una vez suscrito el documento.¹⁰² La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor no hace referencia a las condiciones generales, pues es de entender que en el contrato de adhesión ya se incluyen, y por ello la Ley *Ibíd.*, habla de cláusulas predispuestas, regulándolas a fin de que no constituyan abusos al consumidor.

Así mismo, para que las condiciones generales sean jurídicamente consideradas como tal es necesario que ellas sean elaboradas con anterioridad, es decir sean cláusulas predispuestas en el contrato de adhesión y por supuesto sean obra del oferente, aunque en algunos casos deben ser calificadas -como sucede en el Ecuador con los contratos de seguro-, pero si es el caso que las cláusulas de adhesión a condiciones generales fuesen elaboradas por un tercero, entonces se desnaturaliza esa calidad y ya no es responsabilidad del oferente únicamente sino también del adherente.

¹⁰¹ Carlos Lasarte Álvarez. Manual..... *Ibíd.* p. 135

¹⁰² Gema Botana García, Miguel Ruiz Muños. Curso sobre protección jurídica de los consumidores. Instituto Nacional de Consumo. Madrid España. 1999, p. 164 y ss

"Las condiciones generales de contratación ponen de manifiesto el proceso de transformación que sufre el contrato, tal como había sido concebido en el pensamiento liberal."¹⁰³, salvo contadas excepciones cuando se afecta al orden público, la moral y las buenas costumbres imperantes, situación en la que la ley prevé el control de la autoridad; sin embargo de ello, en las legislaciones modernas ya se regula abiertamente el control sobre las condiciones generales, aunque con claras limitaciones en casos especiales. Ahora bien, luego del cambio de concepción en cuanto a la autonomía de la voluntad contractual, al contrato de consumo se le ha dado una concepción social, en donde aspectos como el control de legalidad de las condiciones generales del contrato de adhesión es una práctica común. El Estado viene creando regulaciones necesarias en el tema ampliándose el orden público económico y reajustando la legislación, a fin de equilibrar el poder entre las partes contratantes.

2.2.- Regulación de las condiciones generales.- En la legislación nacional no se regula la incorporación de las condiciones generales contenidas en el contrato de adhesión en materia de consumo, salvo excepciones como es el caso de los contratos de seguros o de medicina prepagada, sin embargo la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor prevé que las condiciones generales puedan modificarse mediante condiciones particulares que se agregaren al contrato¹⁰⁴, situación que generalmente no ocurre al celebrar un contrato de consumo, pues el consumidor luego de tomar su decisión sobre la adquisición de un producto debe aceptar las condiciones generales o rechazarlas de plano, en cuyo caso no se presenta la negociación. Ahora bien, Botana y Ruiz con mucha razón señalan: "Hoy no se discute que someter a una disciplina jurídica especial el empleo de condiciones generales como instrumento de contratación tiene sentido en la medida en que se establezcan límites o cortapisas a su contenido de regulación material, o, si se prefiere, que el control de contenido constituye el pilar central de aquélla. Con esta expresión nos referimos al conjunto de operaciones de naturaleza preeminentemente valorativa, destinadas a determinar si la regulación material recogida en las condiciones generales es o no admisible, o sea, compatible con el principio de buena fe. Pues bien, la

¹⁰³ Gabriel Stiglitz. Protección... *ibid.* , p. 190

¹⁰⁴ Artículo 42 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor

disciplina del control de contenido que establece la LCGC constituye, sin duda, una de las partes menos afortunadas de su regulación."¹⁰⁵

En ese sentido, el jurista Rubén Stglitz hace mucho tiempo pregonaba sobre la necesidad de control del contenido de las condiciones generales del contrato por adhesión en materia de consumo, enunciando: "Es entonces cuando se revela la trascendencia que adquiere a favor del adherente, consumidor de bienes o servicios, la ideación de métodos de protección, como controles legales, administrativos (preventivos) o judiciales, que tiendan a recomponer con equidad la desproporción de los intereses recíprocos en juego."¹⁰⁶

Por lo mencionado podemos colegir que realmente existe una necesidad ineludible para que se incluyan en nuestra legislación normas que regulen el control sobre contenido de las condiciones generales de adhesión, sin que de otra parte deban insertarse exageradas regulaciones que limiten el ejercicio de los negocios lícitos garantizados por el Estado. Cabe resaltar que aquellas regulaciones se refieren tan solo al control legal y administrativo de las condiciones generales en los contratos de adhesión, es decir a las cláusulas predispuestas, que sin duda limitarían los abusos que se presentan en esos casos, permitiendo más bien que bajo el mandato legal se declare la ineficacia de una o más de ellas, sin que afecte a la validez misma del contrato, pues de ser ese el caso se causaría más daño al adherente porque se dejaría sin marco de conducta a aplicarse, mientras que si se lo hace en cada una de las cláusulas en forma independiente, subsiste el contrato, sin perjuicio de que en determinados casos exista la posibilidad legal de declarar su nulidad. Si es del caso que el contenido del contrato de adhesión involucra a las condiciones esenciales del instrumento, tales como su objeto, su consentimiento y su causa, entonces, el propio consumidor debe accionar judicialmente para que el juez declare la nulidad.

Sin embargo de ello los contratos de adhesión no siempre se expresan por escrito, más aún con la aplicación tecnología contemporánea que permite por medios electrónicos presentar ofertas masivas al público consumidor, es por ello que el control debe darse también sobre las condiciones generales de contratación por adhesión, regulación que protegería al consumidor de riesgos, dada la masificación del de la producción y del consumo, entonces el control debe darse a nivel administrativo preventivamente de

¹⁰⁵ Botana y Ruiz... Ibid. p. 179

¹⁰⁶ Rubén Stglitz.... Contratos por adhesión.... ibid., 1985, p. 194

la oferta de un producto, etapa precontractual que estructura las condiciones generales del contrato, es decir con anterioridad al negocio jurídico.

3. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS CONTENIDAS EN EL CONTRATO DE ADHESIÓN

3.1.- **Origen y control.**- El contrato constituye la herramienta jurídica adecuada para la circulación de bienes y servicios en la sociedad de consumo, en un marco libertad abstracta, fundada en el consentimiento de las partes; pero el consentimiento y la libertad están limitados por la existencia de cláusulas predisuestas o condiciones generales constantes en las ofertas con contratos de adhesión, que contienen transgresiones a la ley, a través de anuncios en donde se estipulan condiciones que pueden constituir abusos contra los intereses del adherente, conocidas como "cláusulas abusivas".

Al respecto, los tratadistas Lovece y García afirman: "La autonomía privada, que en otra época justificó el origen de las relaciones contractuales y eximía de indagación sobre la justicia de su contenido, encuentra como límite en el Derecho del consumo al orden público económico de protección, resguardo de la economía del mercado y garantía para prevenir iniquidades"¹⁰⁷, en esa perspectiva el libre ejercicio de la actividad económica protegida por la ley, encuentra limitaciones para evitar abusos hasta donde la empresa tiene derecho de imposición, "Debiendo en este contexto existir controles de diferente tipo, legales, administrativos y finalmente judiciales que impongan ese límite"¹⁰⁸.

Dentro del mismo contexto, Lovece y García afirman: "En las últimas décadas la contratación moderna se ha visto enmarcada en un nuevo contexto, fabricación en serie, complejos procesos de tecnificación, mayor cantidad de sujetos intervinientes en la cadena de comercialización, estandarización de las formulaciones contractuales, técnicas agresivas de ventas unidas a la inducción al consumo, son sólo algunas de las variables a las que se encuentra sometido el contrato"¹⁰⁹, por ello concordamos en la necesidad de la regulación jurídica, que permita excluir cláusulas en contratos de consumo en donde existen condiciones generales a través de cláusulas de adhesión u ofertas, pues, aplicar a los consumidores las reglas de la autonomía de la voluntad, el consentimiento o la garantía por vicios ocultos, resulta no solo inconveniente sino casi imposible, dadas las circunstancias de las dificultades de contar

¹⁰⁷ Graciela Lovece y Alejandro García. Derechos del Consumidor. Ed. La Ley. Buenos Aires Argentina. 2005, p. 76

¹⁰⁸ Graciela Lovece y Alejandro García. Derechos..... Ibid. p. 79

¹⁰⁹ Graciela Lovece y Alejandro García. Derechos..... ibid. , p. 80

con medios probatorios y la onerosidad de los procesos administrativos o judiciales que no justifican cuando se trata de pequeñas transacciones de consumo, entonces, aquellas regulaciones deben implementarse sobre la base de la estructura contractual por adhesión, limitando inclusive la libertad del consumidor. En tales circunstancias, es muy común que se presenten casos de contratos con cláusulas de adhesión o predispuestas que desnaturalizan las condiciones obligacionales, limitando los derechos.

De otra parte, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor prohíbe expresamente que se haga constar en las cláusulas de adhesión del contrato renunciaciones expresas de los derechos del consumidor, que van en desmedro del propio adherente o que de otra forma se estipulen disposiciones a favor del oferente, sin embargo no existe control de legalidad que se debería hacer en el orden administrativo preventivo o judicial para el resarcimiento de daños y perjuicios, situación que sin duda deja desprotegido al consumidor. De igual forma, la doctrina y la jurisprudencia señalan que en la interpretación de los contratos de adhesión a condiciones generales debe tenerse en cuenta el principio "in dubio pro consumidor" con fundamento en los principios constitucionales y en la ley, puesto que es el oferente quien estableció las condiciones generales del contrato e inclusive que podrían haberse incorporado entre ellas, algunas cláusulas leoninas, que afectan los intereses del usuario, en tal circunstancia aquellas serán interpretadas contra su redactor y a favor del adherente.

También nuestra legislación prohíbe que se imponga en cláusula contractual y de adhesión, la inversión de la carga de la prueba al consumidor, ya que resulta irracional imponer la obligación de la carga de la prueba a quien ya de hecho tiene limitaciones en el ejercicio de sus derechos, por el contrario el oferente es quien tiene esa obligación para demostrar su honestidad.

En ese mismo contexto, se considera cláusula abusiva aquella que amplía prerrogativas al proveedor restringiendo los derechos del consumidor, permitiendo modificar en forma unilateral y con posterioridad las cláusulas o las condiciones generales establecidas en el contrato, pues sería menoscabar los derechos del consumidor. En la Ley Orgánica de Defensa del consumidor se prohíbe al proveedor predisponente terminar unilateralmente el contrato.

También se considera cláusula abusiva el hecho de que una cláusula contractual autorice al proveedor en forma unilateral a la terminación del contrato, sin que medie incumplimiento o desatención - inclusive en contratos indefinidos-, debiendo existir la cláusula en la que consta el derecho a cualquiera de

las partes, de dar por terminado el contrato, siempre que con la debida antelación se notifique a la otra parte.

Son abusivas también aquellas cláusulas que imponen limitaciones en el ejercicio de acciones del consumidor, así por ejemplo renunciar a su domicilio natural, imponer determinada jurisdicción que impida el libre acceso a la justicia, entre otras, situación que debe establecerse claramente en las normas.

También se considera cláusula abusiva a aquella que limita la responsabilidad por daños, pues al aceptar el contenido de las condiciones generales presupone que el consumidor estaría garantizado por el derecho a reclamar por los vicios ocultos que podría tener un producto y en general cuando se imponga la aceptación de límites de reclamo.

Es nocivo al derecho particular del consumidor y considerada abusiva aquella cláusula que va en detrimento del medio ambiente, de la salud de las personas o de la obligación de aceptar defectos y limitaciones en el servicio o el producto. En esos casos no solo que la ley prohíbe, sino además penaliza esos actos. A través de un proceso se establecen responsabilidades de orden civil y penal de los oferentes del producto. En sentido amplio, se puede tomar como cláusula abusiva a aquella que se escribe en letra de menor tamaño buscando sorprender al adherente, o de otra manera, se recojan instrumentos adicionales como parte del contrato, en donde pueden lesionarse derechos del consumidor.

Si bien la ley prevé prohibiciones generales y particulares sobre el contenido de las condiciones generales predisuestas, sin embargo el oferente busca la forma de burlarla amenazando los derechos del consumidor. De igual forma la ley prevé que en algunas cláusulas en el contrato de consumo por adhesión deben hacerse constar las condiciones del producto para impedir perjuicio al consumidor, pues su inexistencia limita el ejercicio de la defensa de los derechos del consumidor. En ese sentido las cláusulas contractuales deben prever el derecho a la reclamación, a la defensa y al resarcimiento de daños o que de cualquier manera se establece penalizaciones por incumplimientos.

Sobre lo comentado, vale aclarar que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece mediante disposiciones expresas, que deben tomarse en cuenta en el contrato de adhesión. Así, la escritura deberá ser legible y de tamaño de al menos diez caracteres, en términos comprensibles para el usuario; no podrá remitirse una cláusula a otros textos sin conocimiento del consumidor (Art. 41ibid.) las estipulaciones deberán escribirse en idioma castellano. Se podrá agregar condiciones particulares,

siempre que las acepte el adherente, y lo que es muy importante, que las condiciones de la oferta se entienden siempre incorporadas al contrato, por lo que deben ser conocidas por el adherente, caso contrario son nulas (Art. 42). Además, el Art. 43 *Ibíd.* señala que son nulas aquellas cláusulas que buscan exonerar, atenuar o limitar la responsabilidad de las obligaciones al proveedor, especialmente por vicios en los bienes o servicios; aquellas que impliquen renuncia en desmedro de los derechos del consumidor; aquellas que imponen la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; las que obliguen a aceptar arbitraje o mediación para la solución de un conflicto entre las partes, salvo aceptación expresa del consumidor; las que permiten la variación de precio o de cualquier otra condición que perjudique al usuario; aquellas que permiten la resolución unilateral del contrato al proveedor; aquellas que incluyen espacios en blancos sin que se llenen al momento de suscribir el contrato; las que prohíben mediante renuncia expresa del consumidor accionar procesalmente por violación de sus derechos; y, en general cualquier estipulación en contra del adherente, incluyendo en la norma en forma expresa a aquellos contratos referentes a los servicios de las instituciones financieras, conforme se establece en los nueve numerales constantes en el referido Art. 43 de la Ley.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor también señala otras prerrogativas que tienen que ver con la terminación anticipada de los contratos (Art. 44), con el derecho a la devolución de dinero en caso de adquisición de bienes o servicios a distancia o por medios informáticos o a domicilio (Art. 45); regula lo que tiene que ver con negocios en promociones (Art. 46) y también sobre los contratos de crédito (Art. 47), acerca de los pagos anticipados de los créditos (Art. 48), sobre la actitud y forma de cobranza de créditos para preservar el buen nombre del consumidor (Art. 49), el pago a través de tarjetas de crédito (Art. 50), etc.

Carlos Lasarte Álvarez, refiriéndose a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión por consumo, afirma: "La determinación exacta de cuándo estamos frente a una cláusula abusiva, con todo, no es cuestión fácil ni susceptible de una aplicación de carácter matemático, como acredita la experiencia práctica. Por ello, con las miras a puestas en evitar la litigiosidad judicial sobre el tema, la mayor parte de los empeños legislativos dirigidos a regular las condiciones generales de la contratación han procurado identificar casuísticamente las cláusulas más conocidas y de frecuente utilización, bien sea para presumir

su ilicitud o bien para decretar *iuris et de iure su nulidad...*¹¹⁰, por lo que reitero sobre la necesidad de regular sobre el control de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en relaciones de consumo.

4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

4.1.- **Nociones generales.**- Responsabilidad civil es la obligación que recae sobre una persona de reparar un daño causado a otro, que puede darse a través de la entrega de un bien de su misma naturaleza o en su equivalente monetario, que se conoce como indemnización de daños y perjuicios. Es decir, que aquella persona que obrando ilícitamente o de forma contraria a las buenas costumbres u orden público cause daño a otro, esta obligado a reparar el daño causado.

La responsabilidad civil por haber causado un daño puede ser extracontractual, cuando se viola una norma legal o una norma reglamentada por autoridad, acción que podría caer en el campo penal si el daño causado fue por una acción tipificada como delito, es decir si existió dolo o mala fe, o en el campo civil, si se trató de una acción cuasidelictual (no dolosa), cuando el perjuicio se ocasionó por acción involuntaria.

Si el daño ocasionado es producto de la trasgresión o incumplimiento de una obligación establecida en una declaración de voluntad particular (contrato, oferta unilateral, etc.), entonces nos hallamos frente a una responsabilidad contractual, que generalmente tiene efectos civiles, salvo que la acción fue producto de un acto deliberado, producido por efecto de la intencionalidad de causarlo, en cuyo caso recae en responsabilidad penal, independientemente que en el mismo contrato se establezca una multa por incumplimiento de las obligaciones (cláusula penal), como una obligación adicional de un valor monetario por causar perjuicio.

4.2.- **Teoría de los daños.**- La doctrina establece que para que se produzca la responsabilidad civil en materia contractual debe existir daño a causa del incumplimiento, sea por obligaciones de resultados o de medios.

Las obligaciones por resultados se presentan cuando por mandato contractual una persona esta obligada a hacer o no hacer algo, así por ejemplo cuando se trata de un servicio de transporte de mercancía, su obligación es trasladarla y entregarla en otro lugar, es decir que tiene como efecto un resultado y si ese resultado no se produce nos encontramos frente a un incumplimiento contractual; y, en

¹¹⁰ Carlos Lasarte Álvarez. Manual sobre protección....., Ibíd. p 143

otra circunstancia, se trata de medios, en el que una persona tiene la obligación de actuar sin tomar en cuenta los resultados, así un profesional médico que atiende a un paciente, su obligación es darle el tratamiento necesario no sanarlo, entonces la obligación es de medios sin importar los resultados. En ambos casos puede existir incumplimiento por causa fortuita o de fuerza mayor, situación que exime de responsabilidad, pero aquella circunstancia debe ser probada.

Considerando que la reparación de daños busca restablecer el equilibrio que existía entre el patrimonio del autor del daño y el patrimonio de la víctima antes de sufrir el daño, su objetivo principal es procurar la reparación, es decir la responsabilidad civil tiene un aspecto preventivo, que lleva a las personas a actuar con prudencia para evitar que con sus actos se cause daño, que puedan comprometer su responsabilidad, que obviamente involucra la imposición de una pena. En todo caso, la responsabilidad civil -a diferencia de la responsabilidad penal-, intenta asegurar a las víctimas la reparación de los daños privados que le han sido ocasionados, tratando de alguna manera de volver al estado anterior en que se encontraban las cosas o circunstancias, que busca restablecer el equilibrio que desapareció entre las partes contractuales, es decir se trata de un principio indemnizatorio y no represivo.

En materia de contratos de consumo, la responsabilidad civil¹¹¹ tiene connotaciones muy particulares, pues, lo que se busca es la protección del consumidor, adaptando el ordenamiento jurídico, a fin de impedir se cause daño moral y económico a las personas. En ese caso hablamos de responsabilidad objetiva porque prevalece el hecho de que se produzca el daño, más allá de la existencia de un contrato. En un principio, en materia de contratos de consumo los problemas de responsabilidad civil dejaba a las víctimas en total indefensión, pues solo tenían el instrumento contractual como único medio de defensa, sin embargo a partir de los años cincuenta y sesenta del siglo veinte se empieza a dar connotación a la responsabilidad civil del fabricante, y en ese sentido se considera como un fenómeno típico de la segunda era industrial.¹¹²

¹¹¹ Ver Guillermo Alcober Garau. La responsabilidad civil del fabricante. Ed. Civitas S.A. Madrid España. 1990, pp. 19 - 25

¹¹² Guillermo Alcober Garau. La responsabilidad..... Ibid. p 20

Debemos considerar que el perjuicio ocasionado puede ser por causa del proveedor o también por causa del propio consumidor. En el caso del proveedor¹¹³ cuando sea el causante de los daños, asumiendo por efecto de violación de sus obligaciones contractuales; y, en el segundo caso, por causa del consumidor, cuando se presenta incumplimiento de una o varias de las cláusulas dispuestas en el contrato, sea por mal uso del producto o por falta de pago. En uno u otro caso existe responsabilidad civil por incumplimiento.

Ahora bien, dada las circunstancias de insuficiencia normativa en cuanto a protección del consumidor se refiere, en la contratación económica ha ido tomando cuerpo la idea de que el proveedor debe responder por los productos defectuosos que circulan en el mercado, es decir, la responsabilidad nace tan solo por el hecho de ser el proveedor, y es aquel quien responde en forma objetiva, sin que hasta la actualidad esta teoría tenga un fundamento preciso por el difuso panorama que exhibe, pues esa apreciación filosófico-social responde más a razones ideológicas del sistema de consumo propias de un Estado Social de Derecho, con connotaciones sociales y económicas de distinta índole, que a fundamentos de orden jurídico. Es decir, la idea general se fundamenta en que el fabricante, distribuidor, importador, vendedor o proveedor de una mercancía responde objetivamente por la calidad del producto ofertado. En consecuencia, todos los que intervinieron en la cadena de producción son responsables, aunque la suscripción del contrato sea con el distribuidor; en los otros casos existe una responsabilidad civil sin importar que sea contractual o extracontractual.¹¹⁴

Partiendo del hecho de se trata de un principio fundamental del contrato la preexistencia de buena fe de las partes, es entonces necesario entender que como consecuencia de la mala fe de una de ellas se presupone la intencionalidad de sobrepasar los límites establecidos en el instrumento, con el objeto de obtener ventajas frente a la contraparte, desatendiendo en todo caso el sentido social del contrato con un sentido individual de aprovechamiento, en tal situación se hace necesario la intervención

¹¹³ Generalmente el proveedor de productos es considerado responsable, sin que el fabricante, el importador o el intermediario estén exentos de responsabilidad como actores en el proceso productivo.

¹¹⁴ Gabriel Stiglitz, Director. Defensa de los consumidores de productos y servicios. Ed. La Roca. B.A. Argentina. 2001, pp. 240 - 244

del Estado a través del accionar judicial, para que se declare el resarcimiento de daños y perjuicios de orden económico y moral.¹¹⁵

En la suscripción de un contrato puede producirse su cumplimiento o su incumplimiento, así: El cumplimiento se presenta cuando las partes ejecutan las cláusulas convenidas, es decir tenemos una obligación exigible, de lugar, cantidad, condiciones del producto, la forma de cumplimiento, etc., en ese caso se llega a un feliz término del contrato. En el caso opuesto, cuando existe incumplimiento por falta de alguno de los elementos esenciales del contrato, esto es respecto de los sujetos, lugar, cantidad y forma, entonces estamos frente a un incumplimiento absoluto que afecta la esencialidad del contrato, pudiendo ser anulable o revisable, o, en otra circunstancia, puede tratarse de un incumplimiento relativo si se presenta una omisión no es esencial, lo que convierte al problema en remediable. Sin embargo, en los dos casos podría acarrear responsabilidad civil por incumplimiento y ocasionar el pago económico por daños y perjuicios.¹¹⁶

En todo caso una vez producido el daño por incumplimiento se requiere ciertos requisitos: "El primero es que el daño sea ocasionado a otro; el segundo, que sea cierto y actual, aun cuando puede haber daño de evaluación futura, y, por último, que lesione un derecho o un interés jurídicamente protegido por los principios generales del Derecho..."¹¹⁷ Las consecuencias pueden ser: inmediatas, es decir aquellas acaecidas como producto del incumplimiento; mediatas, como aquellas que se dan en conexidad con otro hecho acontecido; o, también remotas que tienen alguna relación en el hecho. De otra parte, se puede establecer en los contratos una cláusula reparadora en caso de incumplimiento, denominada cláusula penal, en donde las partes prevén que si una de ellas no cumple sus obligaciones, se obliga para con la otra a resarcir el daño ocasionado por acción u omisión, buscando una fórmula de solución o de penalización. El daño puede ser:

¹¹⁵ Carlos Alberto Ghersi. Derecho y Reparación de Daños. Responsabilidad contractual y daños indemnizables: Daño emergente, Lucro Cesante y Chance. Ed. Univ. Buenos Aires. 2003, pp. 43 - 54

¹¹⁶ Carlos Alberto Ghersi. Derecho. Ibíd., pp. 55 - 65

¹¹⁷ Carlos Alberto Ghersi. Derecho,..... Ibíd., p. 68

a) ***Daño emergente.***- Es aquel daño causado como producto de incumplimiento de una obligación. Si se trata de un bien o de un producto se puede reducir el costo a valor capital, o si se trata de un servicio, se podrá cuantificar el valor de sustitución.¹¹⁸

b) ***Lucro cesante.***- Es una relación de costo referencial entre los beneficios subjetivamente esperados y los objetivamente posibles del mercado; es decir el daño se relaciona entre lo invertido y lo que se deja de percibir por efectos de impedimento de uso o por imposibilidad de aprovechamiento. El lucro cesante puede ser actual y futuro, pues puede ocasionar un daño continuo a partir del hecho de incumplimiento, por falta de aprovechamiento del bien o servicio, falta de pago o por un posible "chance" entendido como la posibilidad de un beneficio probable futuro.

Según refiere Ghersi¹¹⁹ como producto del incumplimiento contractual puede presentarse daño económico y daño extraeconómico: el daño económico se refiere a aquel ocasionado por limitaciones a la persona humana en cuanto a su capacidad de trabajo, instrucción o en el ejercicio de sus relaciones económicas; el daño extraeconómico se refiere al causado: a) con relación directa a la persona humana, y puede ser: daño moral, psíquico, biológico; a los derechos personalísimos: daño estético, a la religiosidad o espiritualidad, y otros; y, b) al patrimonio de propiedad de una persona (humana o jurídica).

Ahora bien, más allá de que la ley establezca mecanismos para solventar el incumplimiento contractual, podría darse por voluntad de las partes la rescisión del contrato, con efectos para el futuro; o también puede darse la resolución del contrato por mandato de la ley o por acuerdo de las partes, con efecto retroactivo inclusive, pero solo cuando se producen causas exógenas que afecten al contrato. En todo caso en las dos situaciones podría existir responsabilidad por daños causados, y entonces deberá establecerse mecanismos propios de resarcimiento por convención, o, de ser el caso, por mandato judicial con fundamento en la ley. La revocatoria de obligaciones contractuales solamente podría darse en contratos suscritos por voluntad de una de las partes, como es el caso de testamentos o legados, pero esto no podría darse en materia de consumo o contratos comerciales en general.

Celia Weingarten con mucho detalle explica que los derechos en expectativa del consumidor pueden ser vulnerados desde la fase precontractual, ya por la oferta ofrecida por la empresa en donde la

¹¹⁸ Carlos Alberto Ghersi. Derecho..... Ibíd., pp. 74 y ss.

¹¹⁹ Carlos Alberto Ghersi. Derecho..... Ibíd., pp. 79 y ss

marca, el diseño, la información y en especial la publicidad constituyen parte de un proceso económico y moral, y por tanto en caso de falta de formación del contrato causan un daño moral al consumidor; así mismo en la fase contractual, puede causarse daño al consumidor a través del contrato de adhesión, ya como un daño económico, ya como un daño moral, o una combinación de ambos, sea por preestablecimiento de cláusulas abusivas o por incumplimiento contractual, pues, en uno u otro caso los derechos en expectativa del consumidor pueden ser vulnerados, que en todo caso establece una insatisfacción. De darse el incumplimiento del contrato de consumo por parte del proveedor constituye una forma de enriquecimiento ilícito, mientras que con esa situación al consumidor se le causa un perjuicio económico que significa su empobrecimiento.¹²⁰

Más allá de las normas establecidas en el Código Civil o en el Código de Comercio, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor prevé algunas regulaciones en defensa del consumidor y en relación a los daños y perjuicios ocasionados como efecto del incumplimiento contractual.¹²¹

¹²⁰ Celia Weingarten. Derechos en expectativa del consumidor. Editorial Astrea. Buenos Aires Argentina. 2004. p. 59 y ss

¹²¹ Aspectos analizados en el capítulo segundo

CAPÍTULO IV

MECANISMOS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

1.- EN EL AMBITO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

1.1.- **Introducción.-** La sociedad humana se conformó a través de los tiempos, iniciándose con la "horda" que era constituida por un grupo de humanos asociados, dirigidos por un jefe o líder que generalmente imponía sus decisiones mediante la fuerza. Esos grupos nómadas por naturaleza sobrevivieron por la caza y la pesca, y posteriormente se anclaron en determinados lugares en donde iniciaron sus actividades agrícolas. Más adelante, aquellos grupos con mayor civilización se congregaron en el "clan", cuyo vínculo principal era el parentesco de sangre, que sustentaban su supervivencia en la cacería y la pesca y el objetivo de su asociación era la supervivencia, protegiéndose de los ataques de otros grupos humanos, igualmente congregados en formas similares. La "tribu" fue la siguiente forma de congregación social, en ella se asociaron personas con características más desarrolladas que las anteriores agrupaciones, en donde empieza a darse el sedentarismo, es decir el hombre por primera vez deja de ser nómada y cazador, para convertirse en agricultor, estableciéndose en forma natural en cualquier lugar escogido. Cabe señalar que a diferencia de las anteriores, en esa forma de agrupación social ya se estableció un régimen político, pues la tribu estuvo gobernada por un consejo, dirigido por los más fuertes y más capaces, que se imponen a través de reglas, que a la postre constituyen los inicios del Derecho. Esas tribus se confederaron, estableciendo sistemas de normas, hasta constituir un Derecho consuetudinario, consiguiendo incluso conformar imperios, dirigidos por líderes que aplicaban los mandatos previstos y cuyo objetivo fundamental era la expansión de sus pueblos a través de las conquistas y las guerras con otros imperios. La agrupación de tribus fue el inicio de la "nación", donde el ser humano ya se identifica culturalmente, constituyéndose como pueblos con características propias, gobernados bajo el imperio de normas dictadas por los grupos sociales relevantes, que dominaron a las clases sociales de menor poder. Esa forma precaria de gobierno y de asociación es sin duda el antecedente histórico del actual Estado.

El Estado esta constituido por una sociedad jurídicamente organizada, en donde se agrupan personas con identidad cultural, idioma, costumbres e intereses comunes; instituye una forma de gobierno en la que prevalece la ley, es decir se imponen las normas jurídicas, que a lo largo de su historia se han

venido implementando. A través del Derecho se instaura las formas de organización social, el sistema económico y los mecanismos para el ejercicio de las actividades productivas, por las que se establece además las formas de propiedad. En ese sistema se delimita y se da protección a los derechos de los asociados, se sanciona por la violación a la ley, y, en general, se regulan todos los actos de las personas y del ejercicio del poder.

El Estado fue reconocido por la comunidad internacional y desde inicios del siglo XX se han realizado esfuerzos para instaurar un régimen de organización supranacional, que ha venido consiguiendo importantes logros.

El Estado moderno se ha caracterizado porque se fundamenta en el Derecho, es decir ha logrado organizarse a través de un sistema jurídico jerarquizado de principios y regulaciones, en donde la Constitución Política del Estado prevé un conjunto de normas del más alto nivel y de ellas dependen los otros sistemas normativos de inferior jerarquía jurídica. Es todo caso, es en aquel cuerpo constitucional que se establece la estructura organizacional, el sistema de funciones o poderes públicos, la forma de gobierno, la organización social, los derechos y deberes de los asociados, y en general todos los principios que permitan la convivencia civilizada de las personas, bajo el imperio de la ley.

En los Estados gobernados por regímenes de facto¹²² se conceden regulaciones jurídicas limitadas por el propio gobernante, es decir que el líder es quien impone las normas, que en muchos casos se presentan como Estados seudo democráticos, en donde se respetan los derechos de acuerdo al criterio del gobernante. En la actualidad pocos son los gobiernos fácticos, sin embargo aún tenemos casos en donde determinados regímenes políticos violentan el Estado de Derecho, es decir acaban con el sistema jerarquizado de normas preestablecidas y dictadas a través de procesos democráticos; sin embargo de ello, en el camino inicial del siglo XXI, la mayoría de Estados ya obedecen a un esquema político-democrático, regido por un sistema de Derecho, en donde se parte de la norma para la aplicación de políticas y del ejercicio del poder, así como el desenvolvimiento de su aparato económico y social.

¹²² Se les denomina como gobiernos fácticos a aquellos que toman el poder absoluto de un Estado, en forma violenta o pacífica, con apoyo de las fuerzas Armadas o directamente dirigidos por oficiales militares, en donde no existe división de las Funciones del Estado, sino que el Gobierno de Facto cumple las tres funciones y dicta las disposiciones constitucionales mediante Decreto o Ley Suprema, tal es el caso por ejemplo del Gobierno de Augusto Pinochet en la República de Chile, que gobernó a partir de septiembre de 1973 por cerca de dos décadas dicho país (Ver Rodrigo Borja. Sociedad, Cultura y Derecho).

Ahora bien, con el avance de la modernidad, los Estados y las organizaciones sociales no gubernamentales han aportado sustancialmente para el desarrollo social. Desde el punto de vista político-económico, los Estados se han clasificado en países desarrollados y subdesarrollados, contexto en el cual los primeros han tomado las iniciativas hegemónicas y han dado pautas de liderazgo en la toma de decisiones, que a la postre han determinado los sistemas políticos contemporáneos y el sistema económico.

Desde el punto de vista económico, el Estado moderno nació con la evolución industrial europea, la Revolución Francesa y la independencia de los Estados Unidos de América, hechos históricos acaecidos a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, que condujeron al establecimiento del sistema económico liberal. Luego de largas experiencias, a lo largo de la historia contemporánea continuaron las grandes transformaciones sociales, políticas y económicas, que muchas veces causaron confrontaciones internas y también guerras entre Estados, llegando incluso a confrontaciones de orden mundial (1914 y 1939). Entre los hechos más relevantes del siglo XX tenemos que mencionar a la revolución en la Rusia Zarista de 1917 que culminó con el triunfo del comunismo; la revolución agraria en México de 1919; la revolución de la China comunista de 1949; la independencia de algunos países del África y Asia; y, recientemente, los procesos de desarrollo económico del emergente sistema mundial, apoyados por los países de occidente, que se han dado justamente como efecto de la devastadora segunda confrontación mundial, que acarreo la división del mundo en dos sistemas políticos, con su propio sistema económico: uno Capitalista, liderado por las potencias occidentales (Estados Unidos de América a la cabeza) y el otro Socialista (con la dirigencia de la Unión Soviética), respectivamente. Los dos sistemas convivieron con disimulada reverencia a lo largo de cinco décadas, hasta su desenlace con el derrumbe del régimen socialista, que se dio con la Perestroika en la URSS y con la caída del muro de Berlín en las últimas décadas del siglo pasado. Con estos hechos se da inició a una nueva etapa mundial, liderada por los países más desarrollados, cuyo sistema económico imperante ha sido el capitalista con características renovadas al estilo moderno y clara distancia del liberalismo clásico de los siglos XVIII y XIX.

De otra parte, la modernidad permitió que los Estados se desarrollen y con ello se impulso el avance social y económico de los pueblos, y además permitió se democratizen sus economías¹²³. La característica más relevante de los Estados modernos esta en el proceso de reestructura del sistema jurídico-político¹²⁴, la modernización en sus formas de organización¹²⁵ y replanteamientos estructurales en cuanto a la prestación de servicios públicos¹²⁶, de una paulatina desregulación de la economía¹²⁷ y, sobretudo, por la inclusión de la sociedad civil en la toma de decisiones del Poder público.¹²⁸

Desde otro ámbito, es necesario relevar el fenómeno de la globalización¹²⁹ como un proceso en el espacio y en el tiempo, que interviene en el desarrollo de la cultura local, que tuvo sus inicios con el imperio romano, sin embargo desde hace cinco siglos que se ha dado con características relevantes y en forma constante, sobretudo porque ha venido desarrollándose tanto de la mano del mercantilismo como del capitalismo liberal, que ha dado lugar a denominarlo como sistema de mercado, es decir que si bien es cierto que el desarrollo de la globalización no ha dependido del sistema capitalista, ha sido en ese sistema económico en donde más desplegó, fenómeno que en un entendido integral se presenta como efecto de la interrelación de los pueblos, que deben integrarse al mundo so pena de quedarse rezagados. En ese sentido, la globalización es más un fenómeno cultural, social y económico que jurídico-político.

En un esquema global e integrado la regulación internacional es cada vez más efectiva, en donde se conforman bloques integrados con ordenamientos jurídicos que superan el límite tradicional, así por ejemplo la Unión Europea estructurada en un sistema único. En ese contexto, los mercados desbordan lo

¹²³ La economía moderna trajo consigo una nueva División Internacional del Trabajo, acelerada por la ficción de la ciudadanía mundial –por las grandes migraciones laborales-, que permite mejorar el estatus social de las clases de menor capacidad económica.

¹²⁴ Con la emisión de nuevas reglas constitucionales en el manejo económico-político, emisión de leyes de mercado, de competencia, de consumo, de libertad y no intervención estatal, de tributación, de ejercicio de derechos, etc.

¹²⁵ A través de una reestructuración del Estado, desburocratización pública, programas de reducción del aparato estatal y programas de desarrollo administrativo, etc.

¹²⁶ Delegando a la participación privada el ejercicio no solo de actividades económicas antes manejadas por el Estado, sino también la prestación de servicios públicos como la salud, transporte, educación, seguridad social y otros.

¹²⁷ Referida originalmente al mercado como respuesta al excesivo intervencionismo estatal; busca la liberación de la economía para facilitar el desenvolvimiento de la libre empresa.

¹²⁸ La sociedad civil como nueva forma de organización, intenta intervenir en las grandes decisiones públicas, notándose su ingerencia especialmente en lo que tiene que ver con las garantías de los derechos fundamentales y la intervención en los poderes públicos como veedores del ejercicio del poder, que reclaman el respeto de los derechos ciudadanos y el ejercicio del buen gobierno, así como la eficiencia de los servicios públicos, garantizados por el Estado.

¹²⁹ Ver Hugo Fazio Vengoa. El Mundo frente a la Globalización. Alfaomega. Ediciones Uniandes. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá I Edición 2002, capítulo primero.

local y se lanzan a la búsqueda de otros escenarios de consumo, que geográficamente se sitúan en puntos distantes.

Cabe señalar que con el devenir del tiempo el fenómeno de la globalización se ha desarrollado por efecto de la interrelación cultural, mercantil y social de los pueblos, pero principalmente por el avance tecnológico de la Sociedad de la Información¹³⁰ fundamentada en la informática, en el progreso de la industria fordista o posfordista de producción masificada, en el desarrollo de la robótica y la telemática aplicadas a los procesos productivos, en la transnacionalización de las finanzas y en la creación de empresas multinacionales, en el aperturismo económico y de desregulación de barreras arancelarias, circunstancias que han permitido a la sociedad contemporánea llegar a niveles antes nunca alcanzados por la civilización humana.

En cuanto a lo cultural, el mundo actual se relaciona intrínsecamente con lo económico y particularmente con los mercados, porque las culturas modernas¹³¹ o posmodernas¹³² tienen sus propias manifestaciones sociales, diferentes por supuesto a las de épocas anteriores.¹³³

Ahora bien, refiriéndonos al mercado como escenario en donde se desarrolla el proceso del consumismo, que se basa principalmente en la oferta y demanda de productos, vemos necesario fijar nuestra atención en sus actores: el consumidor y el proveedor, que nacieron como efecto de las necesidades humanas frente a sutiles emprendedores que interpretaron los gustos y requerimientos de la población, lo que a la postre ha llegado a constituir la llamada Sociedad del Consumo.

De otra parte, indiscutiblemente que el consumo ha existido desde los inicios de la civilización humana, sin embargo de ello a lo largo del tiempo se fue perfeccionando, especialmente por los cambios económicos y sociales dados en el mundo; es decir, eso ha permitido ubicarnos en una época reciente, que coincide con la modernidad y el capitalismo; entonces, se desbordan las interpretaciones aisladas sobre la cultura, la economía, la historia, la ciencia política, el Derecho, etc., puesto que cuando hablamos del consumo, se explica como un proceso multilíneal y dialéctico y por supuesto contradictorio.

¹³⁰ Es otra denominación de la posmodernidad o neomodernidad.

¹³¹ Los teóricos consideran que el modernismo -que nació con la revolución industrial- llegó a su fin en el siglo XX, y en consecuencia estamos iniciando el posmodernismo.

¹³² Se habla de las culturas posmodernas caracterizadas por el cambio de comportamiento social, ya en las costumbres, ya en la forma de vida, ya en los gustos de consumo y en general en la identidad y pensamiento de los individuos.

¹³³ Ver Daniel Gustavo Montamat. La Economía del consumo Posmoderno. Editorial Ciudad Argentina. 2005.

La relación mercantil de intercambio individual fue creciendo a medida del apareamiento de las necesidades sociales, así, con la revolución industrial y el modernismo europeo se dieron cambios en los sistemas de producción y también en la distribución de bienes; la industrialización en la era contemporánea ha sido la más importante en la historia de la humanidad, que ha contribuido a modificar el sistema económico, gravando paulatinamente disparidades y logros sociales.

El sistema de consumo se ha desarrollado con la economía capitalista, puesto que con la implementación de este sistema se permitió al trabajador aportar -a través de su esfuerzo laboral- para la creación de bienes y servicios, a cambio de un salario monetario, provocando poner en circulación en forma inductiva el dinero¹³⁴, que garantiza la supervivencia individual y paralela del sistema. Entonces, la sociedad de consumo más allá de ser la base del sistema de economía capitalista, es primordialmente un modo de vida, una organización del tiempo humano y una expresión cultural, identificada con la neomodernidad.

El sistema de consumo se inicia con el proceso de producción masiva de bienes y servicios, proyectados a las necesidades y supervivencia humanas; la demanda provoca la creación de productos para la oferta de ellos en el mercado, bienes que una vez distribuidos se destinan al consumo de la población. En ese contexto existe contradicción de intereses, pues, por un lado el consumidor requiere satisfacer sus insuficiencias, y, por otro, el proveedor busca réditos económicos a través de la inversión en los medios de producción, actividad que se denomina "empresa", apoyada indudablemente por el trabajador asalariado. Es esa entonces una forma de estructura cíclica por la que se desarrolla el proceso productivo, que también cumple una función social, aunque en condiciones de desigualdad jurídica y económica.

En consecuencia, dentro del proceso productivo cíclico que se inicia con la manufactura del bien hasta su distribución en los mercados, el Derecho cumple un relevante papel regulando los procedimientos productivos, dentro de una fase de transformación de la materia prima para la fabricación de bienes industrializados y posterior transferencia de la propiedad de esas mercancías ofertados en el mercado.

¹³⁴ El dinero ha sido la herramienta de intercambio en las sociedades modernas; hoy el dinero se ha diversificado con otros signos o símbolos estandarizados con las tarjetas de crédito, contratos informáticos, cuentas personales o de empresa, etc.

Ahora bien, dadas las condiciones globalizantes del mercado, en forma paulatina se han venido implementando innovaciones tecnológicas iniciadas con el taylorismo, como forma primaria de producción industrial¹³⁵ y, posteriormente, con el fordismo¹³⁶ y posfordista,¹³⁷ racionalizando los tiempos de producción e incorporando la fuerza energética al proceso productivo. De esa manera se ha conseguido un alto ahorro de mano de obra reduciendo considerablemente los costes unitarios de los bienes, haciéndolos más competitivos en el mercado. En esas condiciones de producción de alta tecnología, también se han construido estructuras económico-sociales del consumo masificado, sobre la base de una publicidad inducida, que de a poco se expandió a través de todos los medios de comunicación buscando promocionar productos universalizando de esa forma el consumo.

Bajo ese contexto en el que se estructura el sistema de consumo de una sociedad en transición, es necesario que existan herramientas jurídicas instituidas para regular los negocios que se ejecutan en el intercambio de bienes y servicios, estableciendo un marco jurídico referente. En ese proceso de intercambio se estructura el "contrato" como instrumento válido por el cual se realizan transacciones, tratando de conseguir la maximización de los objetivos de los participantes, que en forma natural presentan contradicciones.

Dentro del proceso de intercambio de mercancías como efecto de la aceleración productiva masificada, también el contrato de consumo ha sufrido algunas modificaciones, expidiéndose estandarizadamente a través de condiciones generales, que son publicitadas bajo un esquema de cláusulas predisuestas en formularios, tickets u ofertas, distribuidas por medios informáticos o de comunicación al público consumidor, consiguiendo con ese instrumento un estatus con valor jurídico, de tal manera que el contrato de consumo ya no es más un convenio de paridad e igualdad de las partes, propugnado por la concepción clásica del contrato mercantil, y en su lugar se ha convertido en un instrumento de adhesión. En esa realidad económica se hace necesario que se establezcan regulaciones

¹³⁵ El taylorismo se considera un sistema de producción basado en la inserción de máquinas, que busca un aceleramiento de la producción y el ahorro de tiempo en el proceso de fabricación, a través de la sustitución de la mano de obra por máquinas de producción en serie, que a la postre consiguen ahorrar costes y mayor competitividad.

¹³⁶ El fordismo es aquél sistema que introdujo la cadena de producción semiautomática, con el apoyo de máquinas industriales automáticas.

¹³⁷ Contemporáneamente se habla del sistema posfordista o neofordismo porque se han agregado nuevos implementos tecnológicos con la robótica y telemática que aceleran los procesos de producción industrial.

a las condiciones generales del contrato de consumo, y mecanismos eficaces de control de cláusulas abusivas.

1.2.- Control normativo.- En el ámbito constitucional y legal deben existir normativas regulatorias que permitan establecer en forma clara los derechos y obligaciones de las partes intervinientes en las relaciones de consumo, y además prever procedimientos de control normativo y administrativo para hacer efectivos aquellos derechos y obligaciones de las partes.

Al respecto, debemos analizar cada uno de los niveles normativos:

1.2.1.- La Constitución Política del Estado¹³⁸.- El jurista Rodrigo Borja nos dice: "En el ámbito político, se denomina Constitución al conjunto sistemático de normas jurídicas fundamentales que rigen la organización y funcionamiento de un Estado, instituyen su gobierno y señalan los derechos y garantías de sus miembros. Ella establece la forma de Estado y la forma de gobierno que adopta una sociedad y determina las competencias de los órganos gubernativos y los derechos y deberes que corresponden a las personas que se acogen a su ordenamiento jurídico."¹³⁹ Es decir, la Constitución Política de un Estado es sin duda el cuerpo normativo de mayor jerarquía jurídica, en donde se esquematiza la organización y las competencias de los órganos gubernativos.

Este instrumento jurídico primario es el llamado a establecer los derechos de las personas, pero también debe prever varios aspectos que tienen que ver con las relaciones interpersonales como es el caso de las transacciones de consumo y de las prerrogativas del consumidor.

Los negocios de consumo se ejecutan a través de un contrato, generalmente sobre la base de la publicidad y la oferta, instrumento por el cual se perfecciona la transacción enmarcada dentro de las condiciones que allí se establezcan, por el cual se regirá la futura conducta de las partes. En consecuencia, la norma constitucional deberá disponer que se establezcan los mecanismos de control a las condiciones de contratación, que se regule la publicidad y la oferta misma, y también el control de calidad del producto o servicio. También deberá disponer que se establezcan los procedimientos administrativos de defensa del consumidor y las acciones judiciales para la reparación e indemnización

¹³⁸ La actual Constitución Política del Estado fue dictada por la Asamblea Constituyente de 1998 (10.08.98); actualmente la Asamblea Nacional Constituyente está elaborando una nueva Constitución Política de la República, que será consultada mediante Referéndum.

¹³⁹ Rodrigo Borja. Sociedad, Cultura y Derecho. Editorial Planeta del Ecuador. Primera Edición. Quito Ecuador. 2007, pp. 323

por deficiencias, daños y mala calidad de los productos. De igual forma deberá prever el establecimiento de sanciones a los responsables por la violación de derechos y en general las políticas a implementarse.

Las políticas públicas deben considerar como uno de sus objetivos la regulación de la publicidad comercial, pues si la información que se entrega a través de medios de comunicación colectiva es falsa, engañosa o poco precisa, puede provocar la confusión del consumidor. La promoción de una publicidad confiable es de interés de la gente de negocios y de los consumidores; la publicidad puede ser manipulada y el consumidor se convierte en presa fácil que lo lleve a la toma de equivocadas decisiones cuando esta adquiriendo una mercancía. La publicidad, definida como un negocio de conceptualización presentado al público, se vale de los medios masivos de comunicación¹⁴⁰ para exhibir sus productos, presentar las ofertas y en definitiva convencer al consumidor cautivo.

La conducta abusiva o engañosa en actividades promocionales debe estar regulada para proteger los derechos económicos del consumidor, su salud y su bienestar. El Estado debe garantizar el respeto a los derechos del consumidor a través de esa regulación y entonces la norma jurídica es la llamada a prever las conductas que deben demostrarse en la publicidad de productos en el mercado, pues si esas conductas se apartan de prácticas decentes y de las buenas costumbres, entonces la publicidad se convierte en abusiva, pudiendo tener un fuerte impacto sobre la mayor parte de observadores. Las normas sancionatorias pueden ser vulneradas por la tecnología de nuestros tiempos, que permiten que ciertas conductas prohibidas sean generalmente camufladas, confundiéndolas con tácticas comerciales o políticas de marketing, por tanto la norma jurídica debe ser expresa y prohibitiva.

En consecuencia, apreciamos sustancialmente que la regulación de la publicidad garantiza la veracidad de la información dirigida a la audiencia, con mensajes claros, para la toma de conciencia sobre la conveniencia, calidad y condiciones del bien o servicio a adquirir. La oferta del producto debe estar regulada, especialmente porque constituirá el marco de las condiciones contractuales del consumo.

En ese contexto, consideramos que la norma Constitucional debe prever lo siguiente:

¹⁴⁰ En la actualidad se han conseguido grandes avances en la comunicación masiva, así a través de los medios de comunicación televisiva y de radiodifusión, Internet, telefonía celular, medios electrónicos, medios de comunicación escrita, manifestaciones en centros de acopio, comparsas y certámenes en lugares públicos, pantallas publicitarias y otros medios de difusión masiva.

“Art.-..... El Estado protegerá a sus habitantes frente a los riesgos de salud y de seguridad en la oferta de productos de consumo y tutelaré los derechos económicos de los consumidores. Los proveedores responderán por las condiciones del producto que oferten, de acuerdo con la publicidad y la descripción de su etiqueta. La ley establecerá los mecanismos de control de publicidad, oferta, calidad, los procedimientos administrativos 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, y las sanciones por la violación de estos derechos. Las personas que presten servicios públicos serán responsables civil y penalmente por la deficiencia o falta del servicio. El Estado y las entidades responderán civilmente por los daños y perjuicios causados a los habitantes, por su negligencia y deficiencia en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido costeados por el consumidor. El Estado auspiciará la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, y a través del ente encargado adoptará mecanismos para el control del cumplimiento de sus objetivos, conforme lo establezca la ley. Se establecerán medios alternativos de solución de conflictos generados en el consumo.”

1.2.2.- La ley.- La ley es un conjunto de normas de ejecución obligatoria, que rigen para el desenvolvimiento de la sociedad dentro de un Estado y de ella se sirve la autoridad pública para el ejercicio del poder. Dicho de otra manera, el mandato soberano concebido como ley se expresa en cuerpos normativos, dictados para regular la conducta social.

Se prevé el tratamiento parlamentario para la emisión de una ley,¹⁴¹ se discute y se la aprueba o no, luego, de ser aprobada, se remite al Ejecutivo (Presidente de la República) para su promulgación y una vez promulgada tiene el carácter de obligatoria. Generalmente se emiten leyes que contienen disposiciones normativas referentes a una misma materia, así la Ley de Aguas, el Código de Comercio, la Ley Orgánica de Seguridad Nacional, la Ley de Seguridad Social, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, etc.

Ahora bien, norma constitucional generalmente delega a la ley para ejercer un control normativo a la sociedad, puesto que por aquella regulación de menor jerarquía se da la operatividad jurídica,

¹⁴¹ A través de un legislador, autoridad o determinado grupo de ciudadanos, en la forma determinada por la Constitución Política de la República.

permitiendo la plena aplicación del precepto constitucional. La Carta Política establece los principios generales con relación a las múltiples materias que enmarcan al Estado y a los derechos de las personas, y por tanto son las normas legales las que ejecutan aquellos principios; así por ejemplo: en el artículo 92 de la Constitución Política de la República (1998) dispone que la "ley" establecerá los mecanismos de control de calidad de los productos adquiridos por los consumidores, los procedimientos de defensa del consumidor también los medios para la reparación e indemnización por daños y perjuicios causados por la mala calidad de los productos o por daños causados.

En ese contexto, el control ordenado del consumo se ejerce a través de la ley, que como norma de menor jerarquía establece mecanismos de tutela al consumidor; es por eso que al referirnos a la contratación por consumo, se hace necesario invocar las regulaciones previstas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, como el cuerpo normativo especializado en esa materia.

En el capítulo VII la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor se prevé la "PROTECCIÓN CONTRACTUAL", estableciendo algunas normas que protegen al consumidor, sin que exista amplitud y claridad en la regulación sobre los contratos de consumo y también en cuanto a las condiciones generales de la contratación por adhesión; en esas circunstancias, consideramos necesario una reforma legal, que permita una eficaz tutela del consumidor, particularmente en cuanto a los contratos de consumo.

Así mismo, en el artículo 41 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, debemos reparar que la norma enuncia brevemente la forma en la que deben ser redactados los contratos de adhesión, sin que se los defina, ni se refiera a su objeto o a su caracterización; es decir, la regulación existente se limita a destacar semánticamente la forma en que debe expresarse el contrato, previendo imperativamente que las cláusulas contrarias a la ley no tienen validez jurídica, lo que amerita de una reforma legal.

Más adelante, el artículo 42 *Ibíd.* dispone que los contratos de adhesión deben estar escritos en idioma castellano y prevé también que si éstos constan en otro idioma no producen efecto, situación que es importante señalar, pero esa disposición se limita a simples formalidades, sin que se den regulaciones esenciales sobre esos contratos. En el segundo inciso se hace referencia a los "*contratos impresos o formularios*", refiriéndose a los contratos preestablecidos, que prevé que las cláusulas que se agreguen (condiciones particulares) prevalecerán sobre las preestablecidas. Sin embargo de ello, más allá de las buenas intenciones del legislador, los aspectos relacionados a las condiciones contractuales deben ser

tratados en un artículo específico y con mayor claridad. En la última frase de esta norma se establece que *“Las condiciones de la oferta se entienden siempre incorporadas al contrato”* (condiciones generales), situación que debe ser regulada con más amplitud. Por lo antes analizado, considero que las normas contenidas en este artículo deben sustituirse íntegramente, con un contenido más claro y concreto a fin de conseguir mayor eficacia jurídica.

En lo que se refiere a las sanciones por la violación de derechos del consumidor, la Ley vigente lo regula en el capítulo XIII “DE LAS INFRACCIONES”, en donde establece responsabilidad civil y penal contra los proveedores de bienes y servicios que no cumplieren con sus obligaciones, normado en el artículo 4, numeral 8, en concordancia con los artículos 28, 71 y 87 *Ibíd.* De otra parte, los proveedores están obligados a cumplir con las condiciones del producto de conformidad con sus ofertas, publicidad y descripción.

También, esta Ley se alinea con la teoría de determinación de las llamadas cláusulas abusivas, sin que las defina expresamente, así en el artículo 43 *Ibíd.* prevé la calificación de *“Cláusulas Prohibidas”*; así mismo, en la norma se declara que son nulas y que no producirán efecto alguno aquellas cláusulas o estipulaciones contractuales contra ley, en particular:

1. Si eximen o limiten la responsabilidad de los proveedores, es decir desnaturalicen al contrato de consumo al eximir de obligaciones al proveedor.
2. Renuncien o limiten los derechos de los consumidores, pues si el proveedor es el deudor de la obligación el acreedor es el beneficiario, y por lo tanto no pueden limitarse sus derechos.
3. Que se invierta la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, en este caso se prohíbe que el acreedor del derecho es decir el consumidor se obligue a probar su derecho, pues, es el proveedor quien esta obligado a hacerlo. La norma civil o comercial establece que quien demande el reconocimiento de un derecho debe probarlo, en materia de consumo corresponden al proveedor.
4. Prohíbe imponer al consumidor el mecanismo del arbitraje o mediación, salvo que lo acepte expresamente.
5. Permitan al proveedor variar unilateralmente el precio, pues requiere de una nueva convención.
6. Autorice al proveedor a resolver el contrato, marginando de la decisión al consumidor.
7. Mantener espacios en blanco o ilegibles, que posteriormente puedan ser llenados.

8. También prohíbe renunciar a aquellos mecanismos procesales que puede recurrir el consumidor, lo que implica dejarlo en indefensión

9. Cualquier otra que afecte al consumidor.

1.3.- Control administrativo.- El Estado se apoya en los organismos que por ley están investidos de competencia para ejercer regulación y control de los productos, especialmente en cuanto tiene que ver con servicios públicos. Gonzzáini señala: "Los entes reguladores son un desarrollo particular en el Derecho de usuarios y consumidores, porque generan un mecanismo de control en la aplicación de las normas que regulan la relación usuario-empresa."¹⁴² A ello debemos agregar que además de ejercer el control y la regulación administrativa, el ente tiene como su función principal la de buscar un equilibrio económico entre el proveedor y el consumidor, pues en forma natural existe.

Los entes reguladores deben exigir a los proveedores el cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo a la oferta del producto, y además con la debida prevención de los riesgos; también debe darse un control a los servicios para que sean prestados con eficiencia, oportunidad y calidad, cumpliendo en todo caso con las condiciones generales del contrato y además aplicarse otros mecanismos administrativos de control, que permitan garantizar al consumidor los productos adquiridos. Ahora bien, cabe señalar que es difícil establecer una medida de eficiencia en los servicios, sin embargo el ente de control deberá establecer las metodologías adecuadas para regularlos; así mismo el organismo de control tiene que establecer eficaces medios para la protección de la salud del consumidor, exigiendo se provea una información adecuada, que contenga una explicación clara sobre el contenido del producto o la especificación del servicio, supervisar que se ofrezca un trato digno al usuario, velar por una competencia leal y de libre acceso al consumo, etc. Bajo estos parámetros se garantiza el pleno goce de los derechos al consumidor, tomando en consideración que la gran mayoría de ciudadanos tiene bajos niveles de escolaridad y escasos conocimientos técnicos.

De otra parte para una buena aplicación de políticas de protección pública, lo más importante de la relación del proveedor y el ente de control se refiere a la satisfacción de las necesidades sociales y la concreción del bien común, pues el derecho de libre empresa y de conseguir regalías que aspira el

¹⁴² Osvaldo Alfredo Gonzzáini. *Derecho Procesal Constitucional. Protección procesal del usuario y consumidor*. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 2005, p. 243

emprendedor se complementa con el derecho a conseguir productos de calidad para el consumidor. En ese contexto, el organismo de control deberá aplicar las políticas con la debida equidad de gestión, sin favoritismos ni aberraciones.

1.3.1.- El organismo de control.- Existen deberes de los proveedores que son vigilados por los organismos públicos de control, así en materia de salud será el Ministerio del ramo el encargado de dictar políticas y regulaciones de cumplimiento obligatorio; en materia de hidrocarburos el ente encargado por la ley; en servicios bancarios o de seguros la superintendencia del ramo, etc., sin embargo en muchos casos el Estado no cumple a cabalidad el control y la protección de los derechos, como es el caso en la comercialización de bienes y en la oferta de servicios de consumo masivo, situación que se observa con hesitación cuando se ven burlados los consumidores por el expendio de productos de deficiente calidad, elaborados con insumos no garantizados, o, si es del caso, cuando un servicio adquirido no cumple con las condiciones de la oferta, etc. En esas circunstancias se hace necesario que se dicten políticas de control y regulaciones que propendan al bienestar común y a garantizar el goce de los derechos del consumidor.

En general debemos entender que corresponderá al ente de control público dictar las regulaciones en cada materia, sin embargo también se debe buscar mecanismos de conciliación que busque evitar conflictos e incluya el resarcimiento de daños o compensaciones, evitando también sanciones administrativas por infractores a la ley, propugnando de esa manera a vigilar el respeto de los derechos ciudadanos, para conseguir armonía social. En esa situación, por la disparidad de políticas públicas y la amplitud del universo de control, se requiere de la existencia de un ente encargado de la regulación y supervisión en materia del consumo, función que podría darse al Instituto Ecuatoriano de Normalización INEN, que tiene actualmente el encargo legal de emitir normas de regulación técnica para el expendio de productos, que se sumaría a las atribuciones ya establecidas en el capítulo XII de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Esas funciones puede ejercerlas a través de una Dirección Nacional del Consumo, otorgándole al INEN capacidad sancionatoria para casos de incumplimiento o abuso, que obviamente pueden ser impugnadas por el afectado en la vía Contencioso Administrativa. Las atribuciones que cumpliría el INEN se complementarían con aquellas concedidas a organismos especializados por sectores de la economía.

Cabe señalar que en el Ecuador no existe un Código Administrativo que permita llevar con uniformidad las acciones administrativas ante los organismos del Estado, situación que complica gravemente el ejercicio de reclamos del usuario en la vía administrativa o como recurso de queja, lo que dificulta más aún la situación referente a la defensa de los derechos del consumidor, que en todo caso si la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor estableciere un procedimiento breve y sumario, bien podría de alguna manera superarse aquel vacío normativo. En esta instancia también debe mencionarse la posibilidad de llegar a un acuerdo a través de negociación directa o de la mediación e incluso del arbitraje.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en el capítulo XIV otorga atribuciones a la Defensoría del Pueblo, que le permite participar en defensa de los consumidores, de acuerdo al procedimiento establecido en el Título III de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, pero su participación es de buenos oficios y solamente se limita a emitir un informe para conocimiento del juez, quien resolverá sobre la denuncia. En esas circunstancias no se puede conseguir una virtuosa tutela administrativa al consumidor, entonces por la falta de mecanismos administrativos, el consumidor debe accionar judicialmente, que en ocasiones resulta muy oneroso, más aún si el producto o servicio adquirido es de baja cuantía.

En todo caso, dada la ausencia legal que contenga parámetros claros para la defensa de los derechos de consumidores y usuarios, vemos la necesidad de que la ley regule con mayor amplitud los procedimientos para garantizar al consumidor el goce de sus prerrogativas, y además disponer la implementación de mecanismos administrativos válidos, para que se ejerza un control idóneo al proveedor, evitando abusos al público.

2. EN EL ÁMBITO JUDICIAL

2.1.- Control jurisdiccional.- Los actos de la vida humana tienen dos tipos de regulación jurídica: la sustantiva y la procesal, relacionadas entre sí pero con finalidades diferentes. La primera regula los derechos, mientras que la segunda regula la forma como hacer efectivos esos derechos o el mecanismo para recuperarlos cuando han sido vulnerados.

De acuerdo a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, quien se sintiere afectado en sus derechos puede acudir ante la justicia ordinaria para ejercer una acción contra un infractor, a fin de que luego se consiga su juzgamiento, buscando además el resarcimiento de daños y perjuicios.

En materia civil o mercantil los incumplimientos de obligaciones contractuales se juzgan de acuerdo a la ley civil o mercantil, ejerciendo acciones conforme lo prescribe la ley. En cuanto violaciones a los contratos de consumo¹⁴³, el procedimiento judicial difiere sustancialmente, toda vez que el proceso se regula por la ley especial y subsidiariamente por la ley civil o mercantil; por lo que el afectado denunciará al juez de contravenciones¹⁴⁴ por la violación de sus derechos para conseguir el juzgamiento del infractor.

Ahora bien, conforme invoca la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en esa forma se concede tutela judicial efectiva y en consecuencia se aplica el control jurisdiccional, estableciéndose por cierto un proceso especial, cuyo procedimiento esta regulado en el mismo cuerpo legal.

Sin embargo, dada la simplicidad procesal que se da en este tipo de procesos, es necesario analizar la naturaleza jurídica del proceso, el procedimiento judicial aplicable y la competencia jurisdiccional.

2.1.1.- Naturaleza del proceso.- Para poder encontrar respuestas en cuanto a la naturaleza del proceso por infracciones de consumo, debemos considerar que no esta claro si se trata de un proceso de orden civil o por el contrario nos encontramos frente a un proceso penal.

El proceso judicial es como un "conjunto de actos que las partes deciden elaborar en la finalidad de resolver el asunto planteado"¹⁴⁵, es decir que con ese conjunto de actos procesales se busca solucionar un conflicto de intereses. Sin embargo, de acuerdo a lo establecido por el segundo inciso del artículo 84 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, el juzgamiento de las infracciones se inician previa denuncia, acusación particular o excitativa fiscal; también en el Art. 88 *Ibíd.* se prevé que se concede "acción popular" para denunciar estas infracciones, en consecuencia nos encontramos frente a una típico proceso del ámbito penal, lo que a mí entender no ha sido precisamente la intención del legislador al dictar esta Ley. De otra parte, el sistema del consumo obedece a las reglas del mercado y los

¹⁴³ Asumimos que en las relaciones interpersonales de consumo conllevan implícitamente un acuerdo contractual expreso o tácito.

¹⁴⁴ Como lo hemos señalado, conforme lo prevé la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, temporalmente estas acciones las juzgarán los Intendentes, Subintendentes y Comisarios de Policía; y, en cuanto a las acciones de indemnización de daños y perjuicios, la competencia la tienen los jueces de lo civil.

¹⁴⁵ Guillermo Robles López. Apuntes sobre el Derecho Procesal Civil ecuatoriano. Imprenta Rocafuerte Cuenca Ecuador. 2004, pp. 66

contratos van paralelos a los contratos mercantiles, entonces, desde diferente óptica, parecería que la naturaleza del proceso es civil, más aún que en el artículo 95 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor se establece que a falta de norma expresa, en cuanto al juzgamiento, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil.

El proceso por infracciones de consumo es de un proceso de Derecho público, en tanto su regulación y normación obedece a reglas de supraordinación. En éstos casos no es la autonomía de la voluntad de los intervinientes la que establece las condiciones de tiempo, modo y lugar, sino el propio Estado, pues se entiende que la finalidad esencial de la situación jurisdiccional es la realización de los valores jurídicos, esto es, el orden, la seguridad, la paz, la cooperación, el poder y la justicia.

En consecuencia, dadas las características particulares que enmarca la relación de consumo, podemos intuir que el proceso judicial aplicado en este tipo de infracciones es mixto y combinado, es decir, por una parte constituye una infracción penal que se encasilla como contravención y naturaleza penal; pero, de otra parte se trata de una relación que surge de un negocio de consumo, similar a cualquier negocio mercantil, donde no existe el requisito fundamental para que esa acción constituya una infracción penal que es la intencionalidad de causar daño, tal como sucede en el cometimiento de los delitos comunes, al menos en el sentido de ejecutar una gestión contra una persona determinada, sino que en estos casos el proveedor busca conseguir mejores ganancias en sus transacciones, dirigidas masivamente al público, por tanto, dadas esas circunstancias, no se cumplen los presupuestos legales que se requiere para calificarse como una infracción penal, sino que debe tenérsela como una acción culposa, que podría ocasionar daños ya por negligencia, ya por impericia o simplemente por falta de prevención, claro esta siempre y cuando no existan otros elementos que demuestren que se actuó con dolo o mala fe, en cuyo caso nos ubica en el campo delictivo común, que bien pueden relacionarse con casos fraudulentos identificados con el Derecho Penal económico.

2.1.2.- Procedimiento y actos procesales.- Las acciones de juzgamiento por infracciones a la ley o por estipulación de cláusulas abusivas en un contrato de adhesión, consideradas ineficaces¹⁴⁶, tienen por objeto juzgar efectivamente la violación de derechos al consumidor, partiendo de un examen de legalidad, por tanto el juez calificará esa ilegalidad y de probarse los hechos condenará al pago de daños y

¹⁴⁶ Osvaldo Alfredo Gozaíni. Derecho procesal Constitucional..... Ibid. , pp. 397 a 455

perjuicios al infractor, garantizando el derecho de acceso a la justicia establecido en la Constitución Política de la República.

Las normas de la Ley Orgánica de Defensa del consumidor no precisan con claridad y amplitud los pasos procesales a seguirse, simplemente instituyen un proceso judicial simple y vago, sin mayores formalidades, lo que dificulta conseguir objetividad del reclamo y establecer la afectación civil y moral del reclamante, lo que hace que en muchos casos la resolución no consiga la probidad necesaria para la correcta administración de justicia.

Este proceso contravencional generalmente se inicia por una denuncia, que es el medio por el cual el consumidor pone en conocimiento del juez la violación de sus derechos. No requiere de formalidades, el afectado -o una tercera persona por acción popular- comparece ante el juez de contravenciones y solicita la sanción al infractor. Aunque no lo señale la Ley *Ibíd.* debemos entender que la denuncia deberá cumplir determinados requisitos previstos en la norma penal. Desde el punto de vista civil la denuncia se asemeja a una demanda, por lo que deberá contener los requisitos establecidos en la norma procesal civil, esto es: autoridad a quien se la dirige, nombres completos, edad, ocupación, nacionalidad, estado civil y domicilio del accionante, así como los nombres completos y el lugar donde debe citarse al demandado. Se establecerá cuales son los hechos imputados y la infracción legal cometida por el denunciado, la cuantía, en donde se incluye el daño emergente y el lucro cesante, y debe señalarse domicilio judicial para recibir notificaciones, así como el nombramiento de un profesional abogado para su defensa.

Sin embargo de las formalidades de ley, la denuncia puede ser verbal, en cuyo caso simplemente se tomará nota y se procederá con el trámite legal pertinente. En caso de no contar el denunciante con un abogado, el Estado esta obligado a proveerle de un defensor de oficio.

De otra parte, cuando se presenta una acusación particular requiere el cumplimiento de formalidades y cumplir los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Penal.¹⁴⁷ Si cumple con los requisitos legales se aceptará a trámite y se continuará con el procedimiento legal pertinente. De igual forma, el proceso también puede iniciarse en base a una excitativa fiscal, en cuyo caso el agente público

¹⁴⁷ Ley s/n Suplemento del Registro Oficial 360, 13-I-2000 y sus reformas.

excitará sobre los hechos y solicitará al juez se las diligencias del caso, circunstancia que generalmente no ocurre, pues de parte del Ministerio Público no hay interés en esta materia.

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 84 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, una vez conocida una denuncia o acusación particular, el juez ordenará la citación al denunciado, situación legal que debe cumplirse de acuerdo con "el debido proceso" garantizado por la Constitución Política de la República vigente -dictada en 1998-, considerado como "el acto procesal mediante el cual se da a conocer al reo en forma cierta e indiscutible cual es el contenido de la reclamación formulada en su contra y la orden expedida por el juez"¹⁴⁸.

Cumplida la citación, el juez dentro del término de diez días convocará a una audiencia oral de juzgamiento, bajo prevenciones en rebeldía. Instalada la audiencia de juzgamiento se inicia con la contestación del denunciado y de no asistir se procederá en rebeldía, sin embargo, la norma no indica si el proceso continúa si no asistiere el interesado o su abogado, lo que debe entenderse que procede su archivo. En otro inciso, la misma norma establece que se dispondrá que las partes presenten sus pruebas -se entenderá aquellas permitidas por la ley- sin que permita conceder un término prudencial para ser presentadas, lo que sin duda le resta posibilidades al proceso para desarrollarse con la amplitud y objetividad debida, pues es difícil que en una audiencia se concreten todas las pruebas que tengan las partes, y de esa forma sean analizadas por el juez con amplitud y serenidad, más aún que conforme establece la ley, el juez debe dictar sentencia en la misma diligencia o dentro de un plazo máximo perentorio de tres días, disposición que considero apresurada y quizá por ello estos procesos no han conseguido los resultados deseados.

En esas circunstancias, a fin de conseguir el objetivo deseado, esto es la implementación de mecanismos que permitan administrar justicia, considero que en primer lugar debe procurarse la conciliación de las partes; y, luego de ello, de no darse una conciliación, se continuará con el trámite procesal establecido, en donde a petición de parte se conceda un término para presentación de pruebas de descargo.

¹⁴⁸ Enrique Coello García. *Práctica Civil*. Universidad Técnica Particular de Loja. Segunda Parte. Loja Ecuador. 1999, pp. 88

En ese mismo artículo se prevé que de existir informe del Defensor del Pueblo se dispondrá se anexe al expediente y se considere en sentencia, lo que de alguna manera ayuda al juez a esclarecer los hechos denunciados.

De otra parte, en el artículo 85 *Ibíd.* se establece la posibilidad de conceder un término de quince días para que se presente un informe técnico o pericial relacionado con la denuncia, y puede ampliarse hasta treinta días cuando debe realizarse en el exterior, situación que considero muy conveniente, pues un informe elaborado por un experto clarifica mucho los hechos, permitiendo al juez tener mayores elementos de juicio para su resolución, por lo que no amerita reforma.

Finalmente se dictará sentencia, estableciendo un término perentorio para que el juez resuelva, que estimo no debe ser mayor de tres días y bajo prevenciones de ley a fin de dar celeridad a la causa, situación que debe regularse.

2.1.3.- Competencia jurisdiccional.- La jurisdicción es la potestad de administrar justicia con los límites señalados en la ley, es decir que un juez o magistrado tiene esta atribución por haber sido nombrado como tal; sin embargo en cuanto a la competencia que limita a la jurisdicción, es "la reglamentación del ejercicio de la jurisdicción para distribuirla en cada rama jurisdiccional, entre los distintos jueces y determinar a cuáles sujetos, materias, cuantías y territorios se aplica la función pública de decir el derecho"¹⁴⁹, es decir aquella atribución señalada en la ley que otorga a los jueces potestad para administrar justicia en determinadas materias o por razón de fueros. En el caso que nos ocupa, de acuerdo a lo establecido por el Art. 84 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en las controversias derivadas del consumo la competencia la tiene el juez de contravenciones de cada jurisdicción,¹⁵⁰ para conocer y resolver sobre infracciones referentes a violaciones contra la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

2.1.4.- Recursos procesales.- "Los recursos son los medios creados por el Derecho Procesal para que las personas que intervienen en los procesos puedan solicitar y conseguir que se reexamine una resolución expedida, ya porque el litigante considere que el juez no interpretó debidamente la ley o no

¹⁴⁹ Luis Alfonso Rico Puerta. Teoría General del Proceso. COMLIBROS. Primera Edición. Medellín Bogotá. Colombia. 2006, pp. 445.

¹⁵⁰ De conformidad a la Ley Orgánica de la Función Judicial la Corte Superior de Distrito nombra a los jueces ordinarios y especiales de cada jurisdicción territorial y establece su competencia.

apreció correctamente los hechos y la prueba producida; ya porque hayan violado las solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos, ya por fin, ya porque tengan el propósito de demorar la resolución del conflicto."¹⁵¹

De acuerdo a lo previsto por el artículo 86 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, luego de dictada la sentencia de primera instancia se podrá interponer recurso de apelación para ante el juez de lo penal, quien resolverá en mérito de los autos en segunda y última instancia, situación que es inconveniente por los siguientes hechos:

- 1.- El recurso de apelación debe ser conocido y resuelto por una Sala Especializada de la Corte Superior del Distrito¹⁵², órgano que por constituirse con tres magistrados puede resolver con mayor probidad en segunda y definitiva instancia del proceso, considerando además que de esa forma se dará mayor jerarquía y seriedad procesal; y,
- 2.- De ser el caso, cuando una Sala especializada de la Corte Superior sea la que resuelva el recurso de apelación, existe la posibilidad de una revisión en la vía de Casación por parte de la Corte Suprema de Justicia, lo que puede corregir errores procesales y además dictarse jurisprudencias especializadas en esta materia, que serán ilustrativas y enriquecedoras para la mejor aplicación del Derecho.

Además de las falencias de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, ella no prevé el derecho a presentar recursos de ampliación o aclaración de la sentencia, que en algunos casos amerita completarla, posibilitando una solución definitiva a la controversia en la misma instancia. Por esas circunstancias si amerita reformas en este caso.

2.1.5.- Daños y perjuicios.- La sentencia condenatoria conlleva al pago de daños y perjuicios y debe sustanciarse ante el mismo juez de contravenciones en un proceso verbal sumario, para cuantificar los daños a través de peritajes o informes técnicos, con aplicación al artículo 391 del Código de Procedimiento Penal; es decir, en un procedimiento sumario que permita al juez cuantificar el daño causado al consumidor, de esa manera se recupere de su afectación económica y resarcir el daño moral causado.

¹⁵¹ Enrique Coello García. *Práctica Civil Volumen II*. Ibíd. UTPL Loja Ecuador. 1999, pp. 240

¹⁵² En algunas legislaciones se habla de Tribunales de Apelación o de Alzada, lo que considero más apropiado para nuestro sistema procesal.

3. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE CONSUMO

3.1.- **Introducción.-** La humanidad en éstos dos últimos siglos ha sufrido un gran crecimiento demográfico, sendos cambios políticos y sociales, procesos económicos que se han desarrollado desde el inicio de la revolución industrial, pasando de un capitalismo desordenado hasta un sistema social de mercado; además, con el transcurrir del tiempo se han dado múltiples choques étnicos, políticos y religiosos, que en consecuencia han producido sangrientos enfrentamientos bélicos, y, como resultado de ello, en la actualidad vivimos en un mundo virtual y del desarrollo de la robótica, de la cibernética y de las comunicaciones, que encierran conflictos particulares, corporativos y colectivos.

Los paradigmas dados por un universo en continuo cambio nos presenta innovaciones tecnológicas y comunicacionales, que traen consigo propuestas de un nuevo orden mundial, y sobretodo se presenta una renaciente cultura de convivencia posmodernista, en donde los conflictos sistemáticos siempre estarán presentes, justamente por la crisis de valores y de identidad, así como de representatividad y gobernabilidad. En ese contexto, se han presentado muchas controversias y con ello también naciendo mecanismos no convencionales de resolución de conflictos.

Tradicionalmente los conflictos entre particulares han sido resueltos con la intervención jurisdiccional, es decir que en nuestra sociedad no ha existido una cultura de solución de conflictos por vías alternativas; sin embargo de ello con interés hemos visto que en las últimas décadas se han dado muestras de búsqueda de caminos de solución de diferencias interpersonales en aplicación de contratos, en negocios corporativos y en general entre ciudadanos o entes jurídicos, que han conllevado a acuerdos primarios justamente a través de mecanismos abiertos y voluntarios, ya como negociación directa, con intervención de mediadores o acogiéndose a procesos de arbitraje.

De otra parte, ya en materia de consumo, nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en su Art. 81 prevé que la Defensoría del Pueblo podrá utilizar mecanismos alternativos de solución de conflictos, pero no existe obligatoriedad legal para buscar mecanismos alternativos de solución de conflictos de consumo dentro del procedimiento judicial; es decir, en una etapa inicial originada por la denuncia o el reclamo del consumidor, bien podría aprovechar la ley para intercalar la posibilidad de

agotamiento en cualquiera de los medios conciliatorios, ya a través de una negociación, ya con la intervención de mediadores e incluso mediante un arbitraje, tomando como normas supletorias aquellas establecidas en la Ley de Arbitraje y Mediación¹⁵³ o con base a cualquier otra norma legal.

El mecanismo de negociación o el proceso de mediación puede darse en una primera etapa, cuando se presente una denuncia o un reclamo formal del consumidor en sede administrativa, con la participación directa de la autoridad¹⁵⁴, instancia que actuará como mera conciliadora o mediadora, es decir prestará sus buenos oficios para que las partes en conflicto lleguen a un acuerdo; ahora bien, si no se consigue acuerdo en la instancia administrativa, entonces cabría que en una segunda etapa, en la instancia jurisdiccional, es decir cuando el consumidor formalice una acción judicial de reclamo contra el proveedor, se desarrolla una diligencia conciliadora ante el propio juez de contravenciones¹⁵⁵, buscando un acuerdo que operaría en forma definitiva con fuerza de cosa juzgada, incluyendo el compromiso de cumplir con el resarcimiento de daños. También en cualquier instancia en la vía administrativa o en vía judicial, las partes podrían convenir a fin de que a través de un centro de mediación y arbitraje se consiga resolver el conflicto, y con ello se obviaría un largo litigio, ahorrando tiempo y gastos innecesarios, consiguiendo mayor agilidad en los conflictos y un arreglo directo entre las partes, situación que amerita en todo caso una reforma legal.

Para poder cumplir la etapa de conciliación o mediación en sede administrativa entre las partes en conflicto, es necesario también que se cree una institución especializada -la Ley actualmente no ha previsto-, incluyéndose en ella un centro de mediación y de arbitraje de consumo, en donde pueden desarrollarse los mecanismos de resolución de conflictos, sin que se haga necesario que el afectado acuda a las instancias jurisdiccionales.

Ahora bien, al hablar de técnicas de resolución de conflictos, debemos entender que hacemos referencia a aquellos medios alternativos válidos para superar diferencias que se presentan en el convivir

¹⁵³ Ley s/n (Registro Oficial 145, 4-IX-97) reformada por Ley 2005-48 (Registro Oficial 532, 25-II-2005). Codificación 2006-014 (Registro Oficial 417, 14-XII-2006).

¹⁵⁴ En la actual legislación no se prevé esa etapa, ni autoridad administrativa que conozca sobre este tipo de reclamos, salvo la intervención oficiosa de la Defensoría del Pueblo.

¹⁵⁵ El juez de contravenciones tiene competencia para el juzgamiento de asuntos referentes a denuncias y reclamos de los consumidores, sin embargo, a pesar de que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor tiene algunos años en vigencia, hasta la fecha la Función Judicial no ha implementado esas judicaturas, mandato constante en dicha Ley.

social, sin importar la causa o la materia de controversia, por lo que nos referimos específicamente a la negociación directa, al proceso de mediación o conciliación y al proceso de arbitraje.¹⁵⁶

3.2.- La negociación

3.2.1.- Naturaleza.- Siempre que buscamos conseguir algo estamos negociando, lo que quiere decir que diariamente practicamos esta técnica como una habilidad natural de las personas, que con ciertas metodologías y un nivel básico de escolaridad pueden mejorarse, sistematizando los conocimientos materia de la negociación.

La negociación puede ser competitiva, es decir que trata de ganar y de conseguir lo que busca, o puede ser cooperativa, que trata de identificar los reales intereses de las partes, y de esa forma conciliar aquellos intereses comunes. Esta última es la más aplicada porque acerca a las partes en conflicto, y que se da generalmente con la ayuda especializada de terceros sin que intervengan directamente.

En general la negociación se ha vuelto una herramienta de uso común para todos los ciudadanos y especialmente en los negocios, que ha permitido evitar conflictos que a la postre se convierten en largos procesos judiciales con altísimos costos y tiempo perdido.

En este contexto, la negociación directa no solo es una metodología técnica aplicada, en ocasiones a través de entes especializados o profesionales de apoyo, sino que, más allá de la voluntad, se hace necesario una cultura ciudadana, es decir que el hombre debe ser educado para entender a la negociación como una herramienta metodológica eficiente y eficaz a fin de conseguir acuerdos con otras personas, es decir que el hombre tiene que estar predispuesto a solucionar los conflictos, sin importar que éstos sean familiares, personales o negociales, buscado la ayuda profesional adecuada. En esas circunstancias se hace necesario que dentro de las políticas de educación el Estado implemente enseñanzas curriculares sobre la cultura de solución de conflictos sociales.

La solución amigable de controversias como el mecanismo más idóneo de llegar a acuerdos, lleva al individuo a buscar caminos que permitan solucionar las complicaciones cotidianas que se presentan, como un mecanismo socialmente aceptado y antropológicamente predispuesto, por tanto el conflicto es más cultural que económico o jurídico.

¹⁵⁶ Julio Gottheil, Adriana Schiffrin. *Compiladores. Mediación una transformación en la cultura*. Ed. Paidós. SAICF. B.A. Argentina 1ra Edición. 1996, pp. 40 y ss.

3.2.2.- Efectos.- Toda negociación formal lleva implícita el cumplimiento con la ley, es decir que exista plena capacidad de las partes para celebrar un acuerdo, licitud en el objeto del acuerdo y que dicho acuerdo no se contraponga al orden público y las buenas costumbres, tal como ocurre con la suscripción de los contratos.

3.3.- La mediación

3.3.1.- Definición.- La mediación, es aquella técnica por la cual las partes llegan a la solución de un conflicto, con la ayuda de un tercero mediador. Es decir va más allá de una simple negociación, porque interviene un tercero imparcial, pero que aquél no resuelve nada sino que actúa solamente como conciliador entre las partes. Podemos decir que consiste en un proceso voluntario, confidencial, formalmente flexible, que se desarrolla con la participación activa de los involucrados bajo la dirección del mediador. El acuerdo que se busca conseguir persigue satisfacer a las partes en conflicto, de lo contrario, si solamente satisface a una de ellas, se inicia un nuevo conflicto y consecuentemente no se ha conseguido una solución.

3.3.2.- Formalidades y efectos.- En el proceso de mediación no se requiere de formalidades, pues de darse un acuerdo se suscribe un documento que estipule las condiciones a las cuales las partes han llegado, siempre que aquellas partes sean capaces o se hallen autorizados formalmente. El acuerdo entre dos partes en conflicto generalmente tiene el valor jurídico de un contrato, por ello si no se dio en un centro legalmente establecido, es necesario legalizarlo ante autoridad competente o notario público¹⁵⁷, y, de otra manera, en el caso de elevarlo para resolución judicial, de ser acogido el acuerdo por el juez de la causa, dicho acuerdo tendrá la calidad de sentencia con fuerza de cosa juzgada.

La Ley de Arbitraje y Mediación, en su artículo 15, establece en forma obligatoria, que al presentar una demanda de arbitraje se convoque a las partes a una audiencia de mediación, en donde se provocará un acuerdo, y de ser ese el caso, se suscribirá un acta, la misma que tendrá la calidad de cosa juzgada con eficacia jurídica inmediata.

En contexto general, las normas legales imponen medios jurisdiccionales de solución de conflictos, o sea la ley es coercitiva y obligatoria, que fabrica un perdedor y un ganador, es decir después de terminado un conflicto siempre quedará una parte en desacuerdo o inconforme; en cambio, en un

¹⁵⁷ Es un mecanismo válido para elevar un documento privado a instrumento público.

proceso de mediación, siendo ese un mecanismo voluntario y válido, el acuerdo convenido no solo será el resultado de un consenso sino también que encontrará una ficción de objetividad, que las partes lo aceptan como un triunfo más que una derrota, con connotaciones personales e incluso morales.

3.3.3.- Elementos.- El acuerdo a través de la mediación se consigue porque las partes acuden a esta instancia, con participación voluntaria y sus resultados se obtienen por consenso; en dicho proceso las partes son quienes definen la forma y el contenido de la negociación, usando infinitas fórmulas de arreglo directo y personal, facilitados por un tercero mediador. Es decir que en el proceso de mediación se negocia libremente dentro de los parámetros legales y paralelamente al orden público, dejando al final del asunto un sabor de satisfacción entre los participantes, porque ninguna de las partes en conflicto se siente rival del otro ni tampoco un perdedor, en consecuencia no se sienten afectados por ese acuerdo.

3.3.4.- Particularidades del mediador.- El mediador, como figura profesional recientemente insertado en la sociedad contemporánea, es aquella persona -generalmente un profesional titulado-, quien debe cumplir determinados requisitos técnicos y destrezas especializadas, que se interna en el entramado de los conflictos interpersonales, grupales o colectivos, en ámbitos personales, familiares, de interrelación o de asuntos de empresa, los que pueden darse en el territorio nacional e incluso en ámbitos internacionales.

3.3.5.- Características del proceso de mediación.- La mediación es una propuesta de modelo de solución de conflictos, a través de un proceso voluntario, confidencial, formalmente flexible, limitado en el tiempo, con la participación activa de los involucrados. Como tal, dicho mecanismo es un conjunto de técnicas versátiles que se adaptan para ser utilizadas en temas múltiples, ya en casos familiares, negociales, empresariales, patrimoniales, y principalmente en cumplimiento de contratos.

Cabe destacar que a medida de que avance la cultura de solución de conflictos a través de la mediación, se hace cada vez menos difícil conseguir acuerdos, y para ello intervienen las partes con predisposición en la búsqueda de soluciones, en donde el mediador aprovecha la creatividad propia y de cada uno de los involucrados, también involucra algunos elementos conciliatorios, optimiza el interés de las partes, y principalmente las posibilidades materiales con que cuente, como técnicas válidas para llegar a cerrar los acuerdos.

Es decir, si la mediación como mecanismo eficaz, que incluye un conjunto de técnicas, mediante las cuales las partes mismas están inmersas en un conflicto y tratan de llegar a acuerdos, es entonces un medio ágil, directo y convincente para la resolución de conflictos. En ese contexto, el mediador, como un tercero componedor, no tiene capacidad de resolución, pues solo busca los acercamientos necesarios y aplica las técnicas apropiadas para conseguir consensos entre los oponentes, pero sin duda es el personaje que cumple el papel más relevante en el proceso.

La mediación como proceso de solución de conflictos se caracteriza por ser un asunto voluntario, es decir las partes acuden sin obligación; es flexible en cuanto a su procedimiento, porque no establece términos ni plazos, sino que acuerden las técnicas y los elementos que coadyuven a la solución del problema; es confidencial y no pública, lo que permite la reserva del caso dando mayor confiabilidad, e incluso obliga a mantener discreción al mediador porque constituye un secreto profesional obligado a guardarlo celosamente; es decir que, el proceso de la mediación busca conseguir la paz social, cuyo objetivo principal es identificar los puntos en conflicto, conseguir acuerdos a través de técnicas específicas.

En cuanto a la aceptación social, diremos que aunque aún la mediación al igual que el arbitraje genera resistencia en nuestra sociedad, sin embargo de a poco se va observando avances, en el sentido de que cada vez más personas acuden a estos mecanismos de solución de conflictos, con énfasis en la mediación por ser un medio totalmente democrático y voluntario.

3.3.6.- Etapas del proceso de mediación.- Para lograr acuerdos a través de la mediación se establecen etapas, que parten de la voluntad, del derecho de poner fin al proceso en cualquier momento sin vinculación legal, con obligada imparcialidad mediadora, con asesoramiento profesional y aplicando claridad en el procedimiento a seguir, etc. Este proceso se inicia con la elección del mediador, provoca una reunión conjunta entre las partes bajo su dirección, a la que pueden acudir acompañados de su abogado, que conlleva ya a un acuerdo inicial en cuanto al procedimiento y aplicación de técnicas para el desarrollo del proceso. El mediador puede reunirse cuantas veces sea necesario con cada una de las partes en forma independiente y por supuesto en forma conjunta, con el objeto de conseguir acercamientos. Al final se dan las exposiciones necesarias, concluyendo con el acuerdo debidamente suscrito y legalizado; de no conseguir acuerdo termina el proceso como medio extrajudicial, sin que

produzca efectos que dañen más la relación entre las partes, quedando ellas en libertad de ejercer las acciones que les permita la ley.

3.3.7.- Objeto de la mediación.- Es muy lógico creer que el éxito de la mediación se da en los términos del acuerdo a que hubiese llegado las partes, y básicamente lo que busca es la satisfacción de todos los involucrados, pero para conseguir ese acuerdo tienen que darse limitaciones personales y también renuncias a ciertas pretensiones de cada uno de los participantes. En todo caso, el éxito se da por haber encontrado el camino de solución y sobretodo por detectar con claridad los aspectos centrales de un conflicto, que inicialmente parecía imposible de conseguir solucionarlo. En algunos casos, en donde no se ha llegado a un acuerdo, al menos se han sentado bases para que a futuro se lleguen a consensos, o simplemente se ha intentado el acuerdo y al no haber encontrado solución puede recurrirse a un proceso arbitral o directamente ante el juez ordinario.

Finalmente por los méritos de estos procedimientos, es necesario recalcar que el proceso de mediación más que juzgar los hechos dados en un conflicto, es un medio para la consecución de soluciones válidas, con fuerza de un contrato, y si en lo posterior se presentan nuevas divergencias, podría dejarse abierta la posibilidad de solucionar esos desacuerdos a través de cualquiera de los mecanismos de solución de conflictos, como la negociación, la mediación o el arbitraje.

3.4.- El arbitraje

3.4.1.- Antecedentes.- El hombre en su convivir esta expuesto a conflictos con otras personas, y a medida del tiempo ha conseguido medios de solución en Derecho a través de los organismos jurisdiccionales establecidos por el Estado o también por mecanismos que permitan llegar a un entendimiento directo entre las partes en conflicto.

El Estado crea el Derecho para imponer determinadas conductas ciudadanas, surge entonces la juridicidad para regular conductas humanas impropias, pero en la actualidad se han originado instituciones jurídicas que buscan solucionar cualquier conflicto socialmente producido, aplicando mecanismos menos costosos y más eficaces.

3.4.2.- Naturaleza del arbitraje.- El arbitraje es un proceso de jurisdicción voluntaria, por el cual dos partes en conflicto convienen en elevar un problema surgido entre ellas a decisión de un tercero llamado

árbitro. Su procedimiento es formal como si se tratara de un proceso judicial común y el laudo arbitral tiene fuerza de sentencia.

Preocupa a muchos ciudadanos la eficacia de estos medios de solución de conflictos; al respecto cabe mencionar, que muchas legislaciones -como la ecuatoriana- tienen claramente regulados estos procedimientos, previendo que los acuerdos conseguidos en procesos de mediación y los laudos arbitrales dictados en un conflicto tengan el carácter de cosa juzgada, como si se tratara de una resolución jurisdiccional. Las experiencias nos demuestran que el arbitraje consigue "eficiencia, imparcialidad, economía, rapidez y confidencialidad"¹⁵⁸, a diferencia de los procesos judiciales que son lentos y poco eficaces. Para entender mejor la institución del arbitraje, es necesario profundizar en algunos conceptos e importancia.

3.4.3.- Características del arbitraje.- El arbitraje es sin duda uno de los mecanismos a través del cual las personas encuentran acceso a una justicia administrada por manos especializadas. La Ley de Arbitraje y Mediación reconoce al laudo arbitral con el valor jurídico de cosa juzgada, posibilitando su cumplimiento, acudiendo para el efecto a los jueces ordinarios.¹⁵⁹

El arbitraje es un proceso por el cual se busca una solución extrajudicial de las diferencias entre dos partes en conflicto, surgidas ya por una relación contractual o por cualquier otra causa. Entonces, es un mecanismo típicamente adversarial, cuyo procedimiento es procesalmente similar a un litigio común. El rol del árbitro es el mismo del juez jurisdiccional: las partes presentan el caso, lo defienden con pruebas de cargo o descargo, y finalmente se decide sobre la controversia. Sin embargo, a pesar de su similitud en cuanto al esquema procesal, difiere sustancialmente del sistema procesal judicial porque la resolución (laudo arbitral) pone fin al conflicto, y además es más ágil, económico y concreto. No proviene del Estado, sino de árbitros particulares elegidos libremente, pero se avaliza porque la Constitución Política de la República (1998) y la ley así lo establecen.

Al arbitraje se llega voluntariamente mediante la suscripción de cláusulas arbitrales, discutidas previamente entre las partes, es decir no es un mecanismo impuesto, sino libremente convenido,

¹⁵⁸ Liliana Schvartz. Defensa de los Derechos.....Ibíd. p 236

¹⁵⁹ En ocasiones resulta más engorroso la ejecución de un laudo arbitral que el proceso de arbitraje, pues al remitirse al juez ordinario la ejecución de dicho laudo, es en esa instancia en donde se obstaculiza su cumplimiento.

garantizado por el Estado a través de la ley. El arbitraje aunque generalmente es voluntario, en algunos casos puede ser forzoso por mandato legal.

Es importante aclarar que a diferencia de las herramientas y técnicas utilizadas por el mediador, el árbitro no ayuda directamente a las partes ni busca la conciliación, sino que escucha, estudia y resuelve el conflicto sobre la base de las pruebas presentadas por las partes. El laudo arbitral al tener validez de sentencia surte los efectos legales para su ejecución, a través de los jueces comunes, y quizá con ese mecanismo establecido en nuestra legislación se genera un nuevo problema que cae en el retardo de la aplicación de la justicia ordinaria, que ameritaría una expresa reforma legal.

Ahora bien, el arbitraje como mecanismo formal de solución de controversias no pretende sustituir la labor del Estado prevista a través de la Función Judicial y de los jueces y tribunales de justicia particularmente, sino que con su procedimiento la complementa, creando mecanismos más directos y eficientes, dejando de esa manera que la justicia ordinaria se preocupe por situaciones más complicadas y de mayor conflictividad social.

En materia comercial el arbitraje es una herramienta muy utilizada en la actualidad, más aún en un momento histórico en donde la globalización de los mercados ha cambiado sustancialmente las relaciones de consumo.

En cuanto a su conveniencia se han dado muchas críticas, sin embargo la validez del laudo arbitral radica en la decisión o laudo, emanado del árbitro, entonces la garantía está en el ahorro procesal para llegar a la solución de un conflicto, más aún que la justicia ordinaria, envuelta en las marañas de la burocracia, se ha convertido en un verdadero túnel sin salida, que a la postre causa más daño a los ciudadanos; entonces el arbitraje se convierte en el camino más corto y conveniente para solucionar los conflictos.

3.4.4.- El convenio arbitral.- El convenio arbitral no es otra cosa que un documento previamente elaborado, por el cual las partes acuerdan concurrir ante un proceso arbitral para solucionar las diferencias surgidas en la interpretación de un contrato, en la celebración de un negocio o en cualquier relación interpersonal, documento en donde se establece el tipo de arbitraje a aplicarse, el centro al que se concurrirá, la forma de designar a los árbitros e incluso las regulaciones que se aplicarían en el proceso.

El convenio arbitral es un acuerdo voluntario entre dos partes en conflicto, que busca solucionar diferencias surgidas en una relación contractual o extracontractual, sujeta por cierto a los presupuestos legales. El objeto arbitral por ser parte de un convenio debe tener licitud, no contravenir al orden público y debe ser algo posible de cumplirse, cuyas materias a someterse están reguladas y limitadas por la ley, así por ejemplo no pueden comprometerse a estos procedimientos los asuntos del Estado, o, los derechos referentes a incapaces y menores, sin la intervención de la autoridad pertinente.

3.4.5.- Procedimiento en el proceso arbitral.- Conforme lo señala nuestra legislación, luego de presentada la demanda arbitral y citada la parte demandada, las partes mediante pruebas en derecho tratan de demostrar su razón, para que el árbitro o el tribunal arbitral tome la decisión con aplicación a la ley, y además de aquellas regulaciones previamente aceptadas. El proceso arbitral termina con el laudo arbitral dictado por el árbitro o tribunal arbitral según el caso, documento similar a una sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada.

La legislación ecuatoriana prevé que al inicio del proceso arbitral se lleve a cabo una audiencia de mediación, en donde las partes puedan buscar acercamientos y posibles soluciones al conflicto. Los árbitros promueven hasta donde se posibilite una solución al conflicto, procurando de múltiples maneras la conciliación de las partes, sobre la base de la renuncia de pretensiones de cada una de ellas, es decir, en esa circunstancia se da una etapa previa al procedimiento arbitral, que busca una última posibilidad de arreglo amigable al diferendo entre posiciones contrapuestas.

3.4.6.- Clasificación del arbitraje.- Aunque la Ley ecuatoriana expresamente clasifica al arbitraje en dos clases: Arbitraje en Derecho y Arbitraje en Equidad, sin embargo, desde el punto de vista doctrinario podemos darle la siguiente clasificación:

Arbitraje Administrado o Institucional y Arbitraje Voluntario: El primero cuando se rige por la ley y las reglamentaciones, es decir a través de entidades especializadas, que organizan el trámite y otorgan las debidas garantías del servicio. En el segundo caso, simplemente las partes pueden elegir libremente las reglas, ya tomando estatutos referenciales o estableciendo los procedimientos mediante convenio arbitral.

El Arbitraje en Derecho o Equidad: El Arbitraje en Derecho se rige por las normas legales y en mérito a las pruebas presentadas; en el segundo caso, en cambio, el árbitro analiza casuísticamente y

resuelve en mérito a los hechos, de conformidad a la sana crítica y a la equidad, responsabilidad que tendrá el propio árbitro o tribunal arbitral.

Arbitraje Interno o Doméstico y Arbitraje Internacional: La doctrina también incluye esta clasificación, desde el punto de vista territorial, es decir diferencia el arbitraje que refiere a los asuntos dados dentro del territorio nacional, es decir que nacen en negocios o relaciones entre personas dentro de un Estado, y en consecuencia se aplicará la ley interna; mientras que aquellos asuntos que nacen como efecto de las relaciones del comercio internacional, se hallan regulados por Convenios suscritos entre los Estados. En el ámbito internacional generalmente las controversias se dan por contratos, así por ejemplo referentes al comercio internacional o en compras de mercaderías, en cuyos casos se rigen por Convenios expresos, sin embargo los principios doctrinarios en materia de arbitraje tienen bases y fundamentos similares.

3.4.7.- Del árbitro.- El árbitro es aquella persona elegida por las partes para resolver el conflicto surgido entre ellas. Tiene que ser un conocedor de la materia, con probidad y reconocimiento moral, y en caso de un Arbitraje en Derecho debe tener la calidad de abogado. Tendrá que someterse a la ley y a las reglas de ética establecidas en las regulaciones específicas. Generalmente los requisitos son preestablecidos en la ley y demás regulaciones, que refieren a su capacidad, formación profesional, competencia, etc. Existen impedimentos expresos para ejercer como árbitros, así por ejemplo en el caso de los magistrados de justicia.

3.4.8.- Del laudo arbitral.- El laudo arbitral es la decisión que toman los árbitros para resolver un litigio, en cuyo caso termina su función, a diferencia de los jueces que son permanentes. Los árbitros nacen de una fuente convencional y por tanto limitada al caso encargado, así una vez finalizado el conflicto desaparece sus facultades. El laudo dictado por el árbitro corresponde a una sentencia judicial, que de acuerdo a ley debe ser escrito bajo sanción de nulidad. Del laudo que se dicte no existe recurso alguno salvo de ampliación y aclaración. En consecuencia luego de dictado el laudo, causa estado, es decir se ejecutoria por el mandato de la ley.

3.4.9.- Acción de nulidad.- Se formula acción de nulidad contra un laudo que se considera anulable, con el objeto de revisar un eventual error de juzgamiento de los árbitros, el objeto es que un órgano

superior en jerarquía revise lo decidido por los árbitros en el laudo para confirmarlo, modificarlo o revocarlo.

La demanda de nulidad, de acuerdo a la legislación ecuatoriana, se presenta ante el Presidente de la Corte Superior del Distrito donde se dictó el laudo arbitral, y dentro del término señalado en la ley. La demanda procura se declare la nulidad del laudo arbitral fundamentado en la violación de una norma legal, sea en su procedimiento o en la resolución dictada por el árbitro o tribunal. Culmina con una sentencia judicial sin lugar a recurso alguno. En la resolución del magistrado no se revisa el fondo de lo decidido por los árbitros, sino que se hace un control en cuanto al cumplimiento de los recaudos legales, sin analizar el acierto o desacierto de la decisión adoptada en el laudo arbitral. Es decir, se resuelve sobre la validez o nulidad del laudo, estando prohibido para el juez revisar el asunto materia de la controversia. La decisión de la instancia judicial puede declarar la nulidad o ratificar el laudo arbitral; en este último caso, el laudo deviene en firme con posibilidad de promover judicialmente su ejecución. De anularse el laudo arbitral, queda restablecida la competencia judicial.

De otra parte, en las controversias ejercidas mediante acciones dentro del ámbito judicial, las partes pueden convenir elevar la decisión a árbitros, en cuyo caso se aplicará el procedimiento establecido en la ley, aunque nuestra legislación no contempla instancias de mediación previa o de suscripción obligatoria de un convenio arbitral.

Es importante destacar que la tendencia integradora del arbitraje, como institución jurídica autónoma, se ha reforzado con la globalización del mundo contemporáneo, así por ejemplo no es factible pensar hoy en día en un contrato sin que éste incorpore una cláusula de solución de controversias, que expresamente remita al arbitraje. En consecuencia, es válido sostener que el arbitraje constituye una rama autónoma del Derecho y como tal debe ser considerado una gran herramienta para la solución de controversias.

CONCLUSIONES:

Las experiencias de la presente investigación nos conducen a las siguientes conclusiones:

- 1.- El Derecho del Consumo es una rama especializada de las ciencias jurídicas, interrelacionada con otras ramas de las ciencias sociales y económicas, que tiene su origen en el Derecho Civil y en el Derecho Mercantil, con énfasis social, cuyo objeto es el de regular las relaciones de consumo y proteger los derechos del consumidor.
- 2.- El Estado de Derecho es un ente que se organiza bajo el imperio de la ley, en donde se aplica un sistema jurídico jerarquizado, con primacía de las normas constitucionales, estableciéndose las políticas públicas a aplicarse en los diferentes sectores de la economía y de la sociedad, que se incluye el sistema de consumo y los derechos del consumidor.
- 3.- Es en el sistema de mercado aparece el sistema de consumo, que tiene características y regulaciones propias que convergen a través de la oferta y demanda de productos. Este sistema está regulado por la Constitución económica, en donde se establecen las disposiciones que regulan el intercambio de bienes y servicios e impedir abusos del mercado y consumo.
- 4.- En mayor o menor grado en los diferentes Estados de la región Andina, se han dictado políticas de consumo y se aplican normativas jurídicas especializadas, que buscan la protección de los derechos ciudadanos en materia de consumo, situación que permite apreciar el alto desarrollo que está consiguiendo la normatividad interna en esa materia, lo que se demuestra con el avance legislativo dado en las dos últimas décadas, como consta de las disposiciones constitucionales y legales vigentes que buscan proteger al consumidor.
- 5.- Del análisis de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, apreciamos que en lo relacionado a los contratos de consumo por adhesión amerita una revisión, que permita identificar con claridad las obligaciones del proveedor y los derechos del consumidor, estableciéndose un control legal a dichos contratos y a las condiciones generales de contratación, por lo que requiere una reforma.
- 6.- A lo largo de la investigación hemos apreciado que los mecanismos de control administrativo y jurisdiccional en relación a violación de los derechos del consumidor, y en general el acceso a la justicia en esta materia no está suficientemente desarrollado en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, por lo que amerita algunas reformas legales expresas.

7.- Por la disparidad de políticas públicas y la amplitud del universo de control se requiere de un ente encargado de la regulación y supervisión en materia de consumo, función que podría confiarse al Instituto Ecuatoriano de Normalización INEN, que de acuerdo a la legislación vigente tiene el encargo de emitir normas de regulación técnica para el expendio de productos, por lo que otras atribuciones que se sumarían a las ya establecidas en la ley, que podrían ejercerse a través de una Dirección Nacional de Consumo, otorgándole de esa forma al INEN capacidad sancionatoria para casos de incumplimiento o abuso, que obviamente pueden ser impugnadas por el afectado. Las atribuciones que cumpliría el INEN se complementarían con aquellas concedidas a organismos especializados por sectores de la economía; por lo que se hace necesaria una reforma legal.

8.- Es necesario prever en una norma legal la posibilidad de aplicar medios alternativos de solución de conflictos de consumo, que debe darse tanto en el ámbito administrativo como en el ámbito jurisdiccional, por lo que se requiere de una reforma legal.

RECOMENDACIONES:

Al concluir este trabajo considero necesario realizar algunas recomendaciones que me permito anotar:

1.- En lo que se refiere a políticas públicas, el Estado debe dictar políticas más eficaces para el control del consumo en el país, implementando programas de educación, supervisión y regulación que permitan cumplir los objetivos primordiales establecidos en la Constitución Política de la República, que convergen en la protección del consumidor.

2.- En cuanto a reformas legales:

2.1.- En lo que tiene que ver con los requisitos del contrato de consumo por adhesión previstos en el Capítulo VII de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, sugiero la siguiente reforma:

REFORMA:

Sustitúyase el artículo 41 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor por el siguiente:

“Art. 41- Contratos de adhesión.- El contrato de adhesión es aquel que se emite unilateralmente por parte del proveedor, que regula la adquisición de bienes o servicios ofertados al público consumidor. Contendrá las cláusulas relacionadas a la transacción y no serán válidas ni surtirán efecto alguno si contradijeren las normas legales o reglamentarias. Las condiciones generales de la contratación se entenderán incorporadas al contrato de adhesión. Los contratos con cláusulas predisuestas en formularios o anexos deberán registrarse en el Instituto Ecuatoriano de Normalización INEN, previo estudio de legalidad.

El contrato de adhesión deberá estar redactado con caracteres legibles, no menores a un tamaño de fuente de diez puntos, de acuerdo a las normas informáticas internacionales, en términos claros y comprensibles y no podrá contener remisiones a textos o documentos que no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato. Cuando en un contrato de adhesión escrito con determinado tamaño de caracteres, existiesen además textos escritos con letras o números significativamente más pequeños, éstos se entenderán como no escritos.

Los consumidores tienen derecho a que se les entregue copias debidamente suscritas y sumilladas de los contratos y todos sus anexos. Si no fuere posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, el proveedor entregará de inmediato una copia con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste; la copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado para todos los efectos legales.”

2.2.- En lo que tiene que ver con el control administrativo previsto en el Capítulo XII de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, sugiero las siguientes reformas:

REFORMA:

Luego del capítulo XI de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, agréguese un Capítulo que dirá:

“De las Políticas de consumo y protección al consumidor”

“Art.... Del control.- El Instituto Ecuatoriano de Normalización INEN, será el organismo encargado de dictar las políticas públicas de consumo y además emitirá las regulaciones necesarias para el control y protección de los derechos del consumidor.

Art..... Facultad sancionadora.- De conformidad a lo que establezca el Reglamento, el Instituto Ecuatoriano de Normalización INEN podrá sancionar a proveedores y consumidores, estableciendo multas, clausurando establecimientos o a través de cualquier otro mecanismo legal, si del control ejercido se estableciere violaciones a la presente Ley.

De las resoluciones emanadas por sanciones establecidas por el INEN, podrá interponerse recursos administrativos o impugnarlas ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con la ley. ”

2.3.- En lo que tiene que ver con las normas procesales previstas en el Capítulo XIV de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, sugiero las siguientes reformas:

REFORMA:

En el Capítulo XIV de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, háganse las siguientes reformas:

1.- *Luego del artículo 83 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, agréguese los siguientes artículos innumerados:*

“Art.... Juzgamiento de Infracciones.- Son competentes para conocer y resolver sobre las infracciones a las normas contenidas en la presente Ley, en primera instancia, el juez de contravenciones de la respectiva jurisdicción, y, en caso de apelación, una de las salas especializadas de la Corte Superior de la respectiva jurisdicción. De la resolución de apelación solo podrá recurrirse en la vía de casación.

El juzgamiento de las infracciones previstas en esta Ley se iniciará mediante denuncia, acusación particular, excitativa fiscal o a pedido de la Defensoría del Pueblo adjuntando el informe correspondiente.

Si el consumidor anexa a su denuncia el informe emitido por la Defensoría del Pueblo, se considerará de conformidad a lo dispuesto en la presente Ley.

Art..... Trámite procesal.- Una vez conocido el hecho a través de cualquiera de las modalidades establecidas, el juez en el término de veinticuatro horas dictará un auto iniciando el proceso, y en la misma providencia ordenará se cite al denunciado o al representante legal de ser el caso, entregándole copia del expediente, diligencia que se cumplirá en el término de cuarenta y ocho hora.

Una vez citado el denunciado, el juez en el término de veinticuatro horas convocará a una audiencia en la que se contestará verbalmente la denuncia presentada, dejando en actas su contenido y procurando en dicha diligencia la conciliación de las partes. Podrá acordarse que el conflicto se resuelve de conformidad a cualquier mecanismo de solución, conforme lo establece la Ley de Arbitraje y Mediación, que se hará constar en la misma acta, que tendrá la calidad de instrumento público con los efectos legales correspondientes, luego de lo cual se dará por terminada la diligencia.

De no existir acuerdo que permita culminar la causa, el juez convocará en el término de cuarenta y ocho horas a una audiencia oral de juzgamiento, la misma que deberá llevarse a cabo dentro del plazo de diez días desde su convocatoria. A esta audiencia concurrirán las partes, previniéndoles que se procederá en rebeldía.

Instalada la diligencia, se dispondrá que las partes presenten sus pruebas, concediéndoles hasta dos días como término máximo para la solicitud de pruebas adicionales, luego de lo cual en un plazo máximo perentorio de tres días, se dictará sentencia, bajo responsabilidad del juez.

Notificada la sentencia a las partes, podrán dentro del término de cuarenta y ocho horas solicitar ampliación o aclaración, luego de lo cual se aplicará obligatoriamente, sin perjuicio que se conceda recurso de apelación en efecto devolutivo.

Ejecutoriada la sentencia, en caso de existir obligaciones de las partes el juez que la dictó mandará se de cumplimiento en el término de veinticuatro horas, caso contrario procederá a ejecutarla de conformidad a lo que prescribe la ley para el juicio ejecutivo.

Art.....En cualquier estado de la causa el juez a petición de parte, podrá dictar medidas cautelares, de conformidad a la ley.

2.- Derógase el artículo 84 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor; y,

3.- En el artículo 86 sustitúyase la frase “juez de lo penal” por “para ante una de las salas especializadas de la Corte Superior del Distrito¹⁶⁰, de conformidad con la ley”

¹⁶⁰ En un contexto integral de reformas a la administración de justicia, considero conveniente se sustituya la denominación de las Cortes Superiores de Justicia y Tribunales de lo Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario por Tribunales de Apelación, situación que considero más apropiada para nuestro sistema jurisdiccional.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexi, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de estudios Constitucionales. Madrid España. 1997
- Alcober Garau, Guillermo. La responsabilidad civil del fabricante. Ed. CIVITAS S.A. Madrid España. 1990
- Barbieri, Pablo. Contratos de Empresa. Ed. Universidad. Buenos Aires Argentina. 1998
- Betancourt, Belisario; y otros. Biblioteca Milenio. El Navegante Editores. Bogotá Colombia. 1998
- Bourgoignie, Thierry. Elementos para una Teoría del Derecho del Consumo. Dpto. de Comercio, Consumo y Turismo del Gobierno Vasco. Victoria. España. 1994
- Borja Cevallos, Rodrigo Borja. Sociedad, Cultura y Derecho. Editorial Planeta del Ecuador. Primera Edición. Quito Ecuador. 2007
- Botana García, Gema y Ruiz Muñoz, Miguel. Curso sobre protección jurídica de los consumidores. Instituto Nacional de Consumo. Madrid España. 1999
- Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Ed. Heliasta. B .A. Argentina. 1997
- Cascajo Castro, José. Consideraciones sobre la protección Constitucional de los consumidores. Estudios sobre el Derecho del Consumo. Madrid España. 1994
- Cevallos Vásquez, Víctor. Libre Competencia, Derecho de Consumo y Contratos. Ed. Jurídica del Ecuador. 1ra. Edición. 2001
- Coello García, Enrique. Práctica Civil. Universidad Técnica Particular de Loja. Segunda Parte. Loja Ecuador. 1999
- Conelini García, Néstor. Consumidores y ciudadanos. Conflictos multiculturales de la globalización. 1997
- Corriente Córdova, José Antonio; Cascajo José Luís y otros. Estudios sobre el Derecho de Consumo. Iberduero S.A. Bilbao.1991
- Cotta, Sergio. Que es el Derecho. Anzos, S.L. Fuenlambrada. Madrid España. 1995
- De Ángel Yaguez, Ricardo. La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Estudios sobre el consumo. IBERDUERO S.A. Bilbao España. 1991

- De Sousa Santos, Boaventura. La Globalización del Derecho. Universidad Nacional de Colombia. 1998
- Digier, Agustín. Economía para no economistas. Valleta Ediciones. Argentina. 1999
- Donnelly, Jack. Derechos Humanos Universales. GERNIKA. México. 1994
- Espinosa, Galo. Enciclopedia Jurídica. Volúmenes I. II. III y IV. Instituto de Informática Legal. Quito Ecuador. 1986
- Estefanía, Joaquín. La nueva economía. La Globalización. Editorial Debate S.A. Madrid España. 1996
- Fazio, Vengoa Hugo. El Mundo frente a la Globalización. Alfaomega. Ediciones Uniandes. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá I Edición 2002
- García Candini, Néstor. Consumidores y Ciudadanos. Conflictos Multiculturales de la Globalización. Grijalbo S.A. México. 1995
- Gherzi, Carlos Alberto. Política y Derecho del consumo. Biblioteca El Milenio. El Navegante. Bogota Colombia. 1998
- Gherzi, Carlos Alberto. Derecho y Reparación de Daños. Responsabilidad contractual y daños indemnizables: Daño emergente, Lucro Cesante y Chance. Ed. Universidad. B.A. Argentina. 2003
- Gherzi, Carlos Alberto. Contratos de Consumo. Ed. Astrea. Buenos Aires Argentina. 2005
- Gonzaini, Osvaldo Alfredo. Derecho Procesal Constitucional. Protección procesal del usuario y consumidor. Rubinzal-Culzoni Editores. B.A. Argentina. 2005
- Gottheil, Julio; Schiffrin, Adriana. Compiladores. Mediación: una transformación en la cultura. Ed. Paidós. SAICF. B.A. Argentina. Primera Edición. 1996
- Ianni, Octavio. La era del globalismo. Siglo XXI. Ed. S.A. II Edición. México. 2001
- Lasarte Álvarez, Carlos. Manual sobre protección de consumidores y usuarios. Ed. Dykinson. Instituto Nacional del Consumo. Madrid España. 2003
- Mateo, Ramón Martín. Manual de Derecho Administrativo. Ed. Trivium 21ava. ed. Madrid España. 2002
- Montamat, Daniel Gustavo. Introducción de Roberto Dormí. La economía del consumo posmoderno. Serie Integración Económica. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 2005

- Mosset Iturraspe, Jorge; Louis Lorenzetti, Ricardo. Defensa del Consumidor. Rubinsal Culzoni Editores. Buenos Aires. 1994
- Narváez García, José Ignacio. Obligaciones y Contratos mercantiles. Ed. Temis. Bogotá. 1990
- Noguera Aarón, Enrique Camilo. De los Contratos.- Principios y Nociones. Bogotá. 1998
- Pérez Luño, Antonio. Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución. Madrid España. 1998
- Pretel de la Vega, Sabas. Política y Derecho del Consumo. El Navegante Ed. Bogotá. 1998
- Pizarro Wilson, Carlos. La protección de los consumidores en materia contractual. Ed. Jurídica Conosur. Argentina. 1999
- Ramírez Romero, Carlos. Derecho Empresarial Ecuatoriano. Tomo II. PREDESUR. Loja Ecuador. 1990
- Rezzónico, Juan Carlos. Contratos con cláusulas predispuestas. Astrea, Buenos Aires. 1987
- Rico Puerta, Luís Alfonso. Teoría General del Proceso. COMLIBROS. Primera Edición. Medellín Bogotá. Colombia. 2006
- Robles López, Guillermo. Apuntes sobre el Derecho Procesal Civil ecuatoriano. Imprenta Rocafuerte Cuenca Ecuador. 2004
- Romera, Oscar Eduardo. Protección penal del consumidor. Depalma. Buenos Aires Argentina. 1999
- Schvarts, Lilitiana. Defensa de los derechos de los consumidores y usuarios. Ed. García Alonso. 2005
- Stiglitz, Rubén. Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985
- Stiglitz, Gabriel. Protección jurídica del consumidor. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1988
- Stiglitz, Gabriel. Derecho del Consumidor. Instituto Argentino de Derecho del Consumidor. Nº 4. Ed. Juris. 1994
- Stiglitz., Gabriel. Derecho del Consumidor. Instituto Argentino de Derecho del Consumidor. Nº 7. Ed. Juris. 1996
- Gabriel Stiglitz. Director. Defensa de los consumidores de productos y servicios. Editorial La Roca. Buenos Aires Argentina. 2001
- Trimboli, Juan. Política y derecho del Consumo. Biblioteca Millenio. El Navegante. Bogotá Colombia. 1998

- Valderrama, Carlos. Esquemas de Derecho General e Instituciones Políticas. Estado Social de Derecho. Ed. Librería del Profesional. Bogotá Colombia. 1997
- Viciano. Javier. Libre competencia e intervención pública en la economía. Universidad de Valencia. España. 1995
- Wilker V., Jorge. El Derecho Económico en los Sistemas Económicos del Siglo XX. B.A. 1998
- Weingarten, Celia. Derechos en expectativa del consumidor. Ed. Astrea. B.A. Argentina. 2004