

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

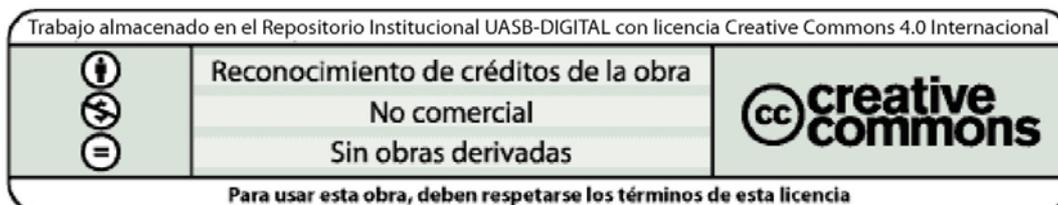
Maestría Profesional en Derecho Procesal

**El procedimiento de reparación por infracción a la Ley Orgánica de
Defensa del Consumidor en el Ecuador**

Leonel Sócrates González Andrade

Tutora: María Elena Jara Vásquez

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Leonel Sócrates González Andrade, autor de la tesis intitulada El Procedimiento de Reparación por infracción a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en el Ecuador, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho con Mención en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito DM., 25 de febrero del 2019

Firma:

Resumen

El presente trabajo busca definir, de manera inicial, cuál es la extensión de la reparación que se debe al consumidor, acudiendo para ello a enfrentar el tratamiento local con experiencias internacionales y posiciones doctrinarias que permitan dimensionar tal reparación, esto es, si se limita al reconocimiento de los daños y perjuicios ocasionados o si el espíritu constitucional y legal nacional permite ampliar la concepción a una reparación integral también en materia de defensa del consumidor.

Se vislumbra necesaria la identificación de la naturaleza jurídica de las acciones de defensa del consumidor, como un paso requerido para establecer la solución procesal, es decir, definir si el espíritu de las normas locales la definen como materia civil o penal, a fin de poder llenar el vacío que dejó la derogatoria del Código de Procedimiento Penal, y si la aprobación del Código General de Procesos permite llenar la laguna.

La investigación busca determinar cuál es el camino procesal para hacer efectiva la reparación integral en materia de defensa del consumidor haciendo un análisis de interpretación normativa, dada la naturaleza híbrida de la materia.

A esto debe añadirse un análisis casuístico de las actuaciones procesales en campo de la referencia, a fin de entender cuáles son las opciones tomadas por los jueces tanto de primer nivel como en las apelaciones y los eventuales conflictos de competencia que se resuelven, así como las posibles respuestas que a las consultas den tanto la Corte Nacional como la Corte Constitucional.

Se contrapondrán las tesis de que la materia de protección al consumidor es contravencional penal o perteneciente más bien al derecho civil - comercial y de la competencia para, de esta manera, definir el espacio procesal en el que debe desarrollarse la vía de reparación.

Tabla de contenido

Introducción	9
Capítulo primero. La necesidad de tutela especial para usuarios y tendencias procesales para su protección	13
1. El derecho de los consumidores y usuarios a la reparación como derecho constitucionalmente reconocido	20
2. Distintas acepciones del derecho a la reparación en materia de defensa del consumidor.....	21
3. La naturaleza jurídica de las acciones de defensa del consumidor.....	27
 Capítulo segundo. La reparación en materia de consumo	 31
1. Mecanismos de reparación en el derecho de consumo	31
1.1. Devolución	32
1.1.1. Trato recíproco en servicios públicos domiciliarios	35
1.1.2. Reintegro por suspensión de servicios públicos domiciliarios	36
1.1.3. Pago proporcional por exceso de facturación en servicios públicos domiciliarios	36
1.2.Reposición	38
1.3. Reparación de productos defectuosos.....	40
1.3.1. Reparación accesoria en servicios públicos domiciliarios.....	41
1.4. Retiro, sustitución o reemplazo de productos riesgosos	42
1.5. Suspensión y rectificación de publicidad engañosa o abusiva	45
2. Los daños y perjuicios	47
3. La acción por daños y perjuicios implícita en sentencia condenatoria.....	49
4. La reparación integral	51
5. Los daños punitivos.....	54
6. Alcance de la reparación en materia de defensa del consumidor	57

Capítulo tercero. El marco procesal actual.....	63
1. Problemas procesales.....	63
2. Normativa vigente.....	74
2.1. La evolución del proceso de conocimiento de infracciones contra consumidores y reparación de los daños sufridos.....	76
2.2. Los vacíos procesales en el sistema vigente en relación con la indemnización de daños y perjuicios.....	78
2.3. La supletoriedad de la norma adjetiva civil y la relación con la naturaleza de las acciones.....	81
3. Vía para resolver sobre daños y perjuicios en la actualidad.....	82
4. El caso específico de los vicios ocultos.....	84
5. Posibles soluciones.....	86
Conclusiones.....	91
Bibliografía.....	95

Introducción

La Constitución de la República (CRE) determina, en su artículo 52, que las personas tenemos derecho a disponer de servicios de óptima calidad, así como a la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de los servicios. Los artículos 53 y 54 *ibidem* obligan a las empresas, instituciones y organismos que presten servicios públicos a incorporar y poner en práctica sistemas de atención y reparación a sus usuarios y los hace responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio.

Del aserto transcrito se deducen, entre otras, dos obligaciones de resarcimiento, impuestas al proveedor por la norma constitucional y que deben regularse legalmente, a saber: a) reparación y, b) indemnización.

En relación con el concepto de “reparación”, en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (LODC), se advierten dos acepciones del término: La primera y elemental, referida como el arreglo, ejecución de garantía de fábrica o reposición respecto del bien defectuoso, que tenga vicios ocultos o mala calidad (artículo 20); y, la segunda y fundamental, que debería entenderse como *reparación integral*. Se trata la *reparación integral* de un concepto de nueva factura en la legislación ecuatoriana, incorporado por la Constitución de 2008 y aplicable respecto de las garantías jurisdiccionales. En materia penal, se incluye en el año 2014 en que se promulga el Código Orgánico Integral Penal.

La LODC –promulgada con anterioridad a la CRE– consagra como derecho del consumidor (artículo 4.10) el 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. La reparación, como se ve, no se refiere en este caso al bien o servicio defectuoso, sino al derecho subjetivo (derechos e intereses), lo cual hace que el texto legal se adecue al principio constitucional. Sin embargo –he aquí un primer problema–, no se ha previsto una vía adecuada de reparación.

Por otra parte, respecto de la indemnización, la LODC desarrolla con relativa claridad la obligación, pues la reconoce como un derecho del consumidor y la declara procedente en todos los casos de infracción, y estima que siempre la sentencia

condenatoria, independientemente de la forma de iniciación del proceso –denuncia, acusación particular–, lleva implícita la obligación del proveedor de pagar daños y perjuicios al afectado.

El problema actual radica en que la liquidación de daños y perjuicios, según la LODC, se refiere a una norma y procedimiento derogado, esto es, en la vía verbal sumaria, ante el mismo Juez, en cuaderno separado. Así pues, en la investigación, se busca establecer cuál es la vía procesal para obtener la reparación al consumidor, esto es, si se aplica el concepto de reparación integral establecido en la legislación penal o procede un nuevo proceso de conocimiento, para su determinación y posterior ejecución.

Para el estudio de la hipótesis propuesta, la presente investigación se estructura de la siguiente forma: el capítulo primero se refiere a la necesidad de tutela especial para usuarios y las tendencias procesales para su protección, desarrollando el contenido del derecho a la reparación y sus distintas acepciones, así como la naturaleza jurídica de las acciones de defensa del consumidor. El capítulo segundo realiza un análisis pormenorizado de las formas de reparación en materia de consumo, los daños y perjuicios implícitos en la sentencia condenatoria, el concepto de reparación integral, los daños punitivos y el alcance de la reparación en materia de defensa del consumidor. Finalmente, en el capítulo tercero se estudia el marco procesal vigente, los problemas y vacíos procesales actuales en relación con el procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios, el caso específico de los vicios ocultos, concluyendo con la presentación de posibles soluciones al problema planteado.

Debe aclararse que la protección al consumidor, por la amplitud de normas que se refieren a este tema, se ha legislado en casi todas las materias, partiendo desde la protección constitucional que considera a los consumidores como un grupo de atención prioritaria, hasta la reciente inclusión de un tipo específico en el Código Orgánico Integral Penal. También se ha desarrollado normativa en el ámbito administrativo con numerosas disposiciones sobre servicios de telecomunicaciones, actividades financieras, seguros, tasas por servicios de ventas a crédito y en otros campos como el alimentario, y de salud pública, que incluyen un sinnúmero de regulaciones sobre comercialización de productos de uso humano y artefactos en general. Empero, este trabajo se concentra de manera específica en las previsiones de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

De otra parte, en relación con el término “reparación” al que alude el título, es menester acotar que se trata de un concepto polisémico y que, en el desarrollo, se estudiarán sus distintas acepciones, tanto en el sentido natural y obvio de la reparación (*service*, sustitución, reparaciones defectuosas, devolución, garantía, entre otras) como en el sentido amplio, esto es, la indemnización o reparación integral al consumidor, incluyendo la eventual inclusión de daños punitivos.

Finalmente, las sentencias que se citan en este trabajo investigativo, en los capítulos segundo y tercero, son extraídas de la información proporcionada por la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial, Unidad Provincial de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial (Sistema Automático de Trámites Judiciales SATJE), al 30 de junio de 2018, en función de la importancia que les ha atribuido el autor dado el *thema decidenci*, el demandado y la judicatura de la que provienen, atendiendo de manera principal los fallos de las provincias con mayor cantidad de carga procesal en la materia.

Capítulo primero. La necesidad de tutela especial para usuarios y tendencias procesales para su protección

La relación que se establece entre quien provee bienes o presta servicios no gratuitos, y la persona que los adquiere o recibe, no siempre es equitativa. De manera general, se estima que el consumidor o usuario se encuentra en situación de desventaja frente a quien obtiene réditos económicos, por la entrega de mercaderías o la prestación de servicios, cuando estos no son de óptima calidad o no se ajustan a lo ofertado. En todo caso, el pago del precio o la entrega de la contraprestación implican la obligación consecuente de que el bien o servicio corresponda efectivamente a lo ofrecido.

El inicio en las sociedades capitalistas de la defensa del movimiento consumerista se dará a partir del discurso que, bajo el título *Protección de los intereses de los consumidores*, el Presidente JF Kennedy pronunció en el Congreso de los Estados Unidos el 15 de marzo de 1962. En esta defendía que la plena ciudadanía no solo dependía de la defensa en las sociedades democráticas de los derechos de naturaleza política sino que, era necesario –en lo que constituía por vez primera una equiparación del consumidor con el ciudadano–, también, garantizar y proteger otros de naturaleza económica. En su discurso recogía cuatro derechos básicos de los consumidores: el derecho de ser escuchado, el derecho a la información, el derecho a escoger y el derecho a la seguridad. Veintiún año más tarde, la Asamblea General de la ONU establecía el 15 de marzo como el Día Mundial de los Derechos del Consumidor.¹

Cuando el postulado precedente –que el bien o servicio no corresponda a lo ofertado– no se verifica, quien pagó el precio correspondiente se encuentra facultado a hacer efectivos los mecanismos de reparación que prevea el propio proveedor o en su defecto la normativa. No obstante, estos medios de solución son eventualmente inalcanzables, ya por el desconocimiento de los mismos, ya por la imposibilidad fáctica de hacer efectivo su cumplimiento, en razón de la negativa del proveedor, de los costos que implican los procedimientos legales para reivindicarlos, o de los problemas de ejecución de las resoluciones que reconocen el incumplimiento del proveedor. En consecuencia, es necesario que el ordenamiento legal establezca procedimientos idóneos y accesibles de efectiva ejecución.

La Decisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas No. 39/248 de 9 de abril de 1985 aprueba las Directrices sobre la Protección al Consumidor, en las que se

¹ Lorenzo Morillas Cueva y José María Suárez López, *Derecho y Consumo. Aspectos Penales Civiles y Administrativos* (Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2013), 28.

incluyen (lit. E) medidas que permiten a los consumidores obtener compensación, con el siguiente texto:

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

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

30. Se debe facilitar a los consumidores información sobre los procedimientos vigentes y otros procedimientos para obtener compensación y solucionar controversias.²

Queda así establecida la obligación de los Estados miembros de dotar de un marco jurídico que, no solamente regule las relaciones entre proveedores y consumidores en general, sino que esta legislación esté acompañada de normatividad procedimental que faculte su exigibilidad y constriña su cumplimiento.

En nuestro ordenamiento jurídico, los consumidores y usuarios son reconocidos por la Constitución de la República del Ecuador³ como un grupo de atención prioritaria y se han establecido, en este nivel normativo, los principios generales de protección a tales personas. Sobre este tema se trata en el acápite siguiente.

El Derecho de Defensa del Consumidor (en adelante DDC) tiene actualmente una ley específica que regula el ejercicio de los derechos de las personas usuarias y consumidoras, así como sus obligaciones y, en particular, regula el ejercicio de las acciones judiciales que se deriven del incumplimiento de las normas sustantivas.

Las normas relativas a la protección de las partes en una relación contractual tienen su antecedente primario (i) en la legislación civil, que marca un punto de partida básico en la definición de los vicios del consentimiento, así como las acciones por vicios ocultos o redhibitorios y, (ii) en la legislación comercial, respecto de las obligaciones de los comerciantes y las regulaciones específicas de los contratos mercantiles, que han sido claves para fijar los márgenes, en sentido amplio, de protección a quien adquiere una mercadería o un servicio.

² ONU Asamblea General, *Directrices sobre la Protección al Consumidor*, 09 de abril de 1985, lit. E, num. 28-30, RES/39/248.

³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 52-5.

Dentro de la dinámica del derecho de nuestro tiempo, lo atinente al encuadre jurídico de las relaciones de consumidores y usuarios ocupa un lugar central. Tanto en su desarrollo propio, como por su impacto en otras áreas jurídicas. No sólo en virtud de los múltiples valores alcanzados, sino por acaecer en un ámbito central de la forma de vida económica de nuestros días. Es que las relaciones de consumo, por necesidad de respuesta frente a una economía estandarizada, masiva e impersonal, se han incorporado por peso propio al derecho del presente, con una importancia difícil de desconocer, y cuya proyección final todavía no ha sido alcanzada en cuanto a su importancia definitiva.

Todo ello hace que la presencia del orden público en la materia, se imponga como necesidad para el resguardo de la parte débil en los vínculos originados en el consumo.⁴

En general, se puede afirmar que la legislación moderna ha influido favorablemente en el desarrollo de una cultura de consumo y ha establecido procedimientos administrativos de control y reclamación. Hoy en día encontramos regulaciones sobre derechos y protección a los consumidores y usuarios en un amplio espectro de normas.⁵

Existe abundante legislación de salud pública⁶ y numerosos reglamentos (normas técnicas –obligatorias y voluntarias– para alimentos, productos destinados a la industria, productos farmacéuticos y veterinarios, artefactos) sobre información al consumidor, certificaciones y registros sanitarios, etiquetado de productos para consumo humano, así como de artefactos en general.

En nuestro país, también ha tenido un importante desarrollo la reglamentación a nivel administrativo, como por ejemplo, en las regulaciones en materia bancaria y financiera hoy vigentes, así como mecanismos de control a las compañías sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en lo relativo a ventas a crédito, tarifas por cobranzas, negocios inmobiliarios, pólizas de seguros, entre otros. Caso emblemático que se verifica en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones⁷ que regula, en su art. 22, los derechos de los abonados, clientes y usuarios.

Sin embargo de lo expuesto, el establecimiento de una legislación de control del poder de mercado⁸ es realmente un hito legislativo en el progreso del DDC. De hecho,

⁴ Luis R. Carranza y Jorge O. Rossi, *Derecho del Consumidor. Derechos y acciones de resguardo de los consumidores y usuarios* (Córdoba: Alveroni Ediciones, 2009), 18.

⁵ Véase por ejemplo el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, art. 78; la Codificación de la Ley General de Seguros, art. 25; la Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria, art. 26.

⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Salud*, Registro Oficial, Suplemento 423, 22 de diciembre de 2006.

⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, Registro Oficial, Tercer Suplemento 439, 18 de febrero del 2015.

⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*, Registro Oficial, Suplemento, 555, 13 de octubre de 2011, art. 9.

se puede afirmar que algunas de las conductas calificadas como abuso del poder de mercado son coincidentes con las infracciones a los derechos de los consumidores y usuarios, evidentemente cuando se trata de operadores económicos con capacidad de afectar el mercado relevante del que se trate.

Es indudable que la perspectiva desde la que se aborda la protección al consumidor en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado es diversa de aquella que enfoca la LODC, toda vez que la primera favorece al consumidor indirectamente a través del control a los operadores económicos, en tanto que la segunda franquea acción directa para el ejercicio de los derechos del consumidor frente a cualquier proveedor, aun cuando no tuviese esta capacidad de dominio o de concertación de prácticas restrictivas.

Sin embargo, las sanciones establecidas en Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado son extremadamente onerosas y graves, por lo que tenderían a equilibrar la balanza entre proveedores y usuarios, representados estos en general por el poder estatal.

La Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dentro del expediente SCPM-CRPI-2015-072 multa al operador económico Industrias Ales C.A. por:

SÉPTIMO.- IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS O PRINCIPIOS VIOLADOS.-

De lo expuesto, la conducta antijurídica de responsabilidad que se imputada (*sic.*) al operador económico INDUSTRIAS ALES S.A. se encuentra tipificada en el numeral 2 del art. 27 de la LORCPM,⁹ norma que fue violada [...] al haber incurrido en un acto de engaño, por haber comercializado el aceite comestible de soya de las marcas “Alesoya Premiun Light”, al no proporcionar a los consumidores la información exacta sobre el aceite comestible denominado Light, afectando al bienestar general y los derechos de los consumidores, presupuesto que se ajusta a lo previsto en la cláusula general prohibitiva contenida en el artículo 26 de la Ley antes invocada...

RESUELVE: [...]

2. Multar al operador económico INDUSTRIAS ALES C.A., por un valor de CATORCE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS TRECE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, CON CUARENTA Y UN CENTAVOS (USD \$. 14.547.213,41) por haber incurrido en la conducta infractora establecida en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM. [...]

⁹ Ídem, art. 27. “Prácticas Desleales.- Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: 2. Actos de engaño.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.”

4. Imponer como medida correctiva, que el operador económico INDUSTRIAS ALES C.A., por el lapso de tres meses, realice una campaña publicitaria, en los principales medios de comunicación masivo [...] mediante la cual se difunda a los consumidores y al público en general las características, los requisitos y condiciones necesarias para que un producto alimenticio sea considerado como “light”.¹⁰

De igual manera, la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dentro del expediente SCPM-CRPI-2015-076 multa al operador económico Corporación el Rosado S.A. por idéntica conducta:

2. Multar al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., por un valor de tres millones noventa y cuatro mil cincuenta y seis con 19/100 dólares de los estados unidos de américa (USD \$. 3.094.456,19) por haber incurrido en la conducta infractora establecida en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM. [...]

4. Imponer como medida correctiva, que el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. por el lapso de tres meses, realice una campaña publicitaria, en los principales medios de comunicación masivos [...] mediante la cual se difunda a los consumidores y al público en general las características, los requisitos y condiciones necesarias para que un producto alimenticio sea considerado como “light”.

Por otra parte, la legislación en materia de propiedad intelectual e industrial busca amparar al titular del derecho, ciertamente; sin embargo, en el caso específico de la propiedad industrial y del derecho marcario, la función esencial de distintividad que reviste a la marca, al identificar claramente productos y servicios en el mercado de un proveedor frente a otros, favorece de forma ineludible y en última instancia al adquirente de los productos o servicios que son objeto de protección, es decir, al consumidor. En este sentido, Ricardo Metke señala, respecto de las funciones principales de las marcas:

La primera es una función de identificación, que interesa tanto al empresario como al consumidor. Si el producto es individualizado en el mercado y aceptado por un grupo de consumidores en razón de su calidad y características, se genera una clientela entorno del mismo que constituye su mercado potencial. De esta manera se justifica para el empresario promocionar el producto y mantener una determinada calidad. Al consumidor, la marca le permite seleccionar el producto de sus preferencias o también rechazarlo cuando no ha cumplido sus expectativas.¹¹

¹⁰ Ecuador Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Comisión de Resolución de Primera Instancia, *Expediente SCPM-CRPI-2015-072*, 15 de abril de 2016.

¹¹ Ricardo Metke Méndez, *Lecciones de Propiedad Industrial* (Colombia, Bogotá, Baker & McKenzie Editorial, 2001), 79

Cabe destacar, como un hecho de particular importancia, la protección de índole penal que recientemente ha sido legislada en nuestro país,¹² como vía de protección al consumidor o usuario, entendido para estos efectos como víctima, y como imputado el proveedor de bienes y servicios. Se avizoran antecedentes en esta materia, en el Código Penal¹³ –hoy derogado– respecto de los delitos contra la salud pública y varias infracciones de naturaleza contravencional.

La cuestión no se presenta precisamente fácil, y es que la economía globalizada de nuestros días y el desarrollo de las nuevas tecnologías en todos los ámbitos, –y también en este–, genera novedosos bienes jurídicos, pero también innovadoras formas de agresión a los mismos. El Derecho Penal, ante esa nueva realidad, –y junto a la consecuencias derivadas del principio de intervención mínima–, no puede dejar de lado la tutela de esos bienes jurídicos de naturaleza y titularidad frecuentemente colectiva, lo que caracteriza una de las tendencias más frecuentes de la Política Criminal moderna.¹⁴

A nivel supranacional, encontramos también normas destinadas a la protección de los consumidores en la Comunidad Andina, sin perjuicio de mencionar que, en el entorno internacional, también se cuenta con instrumentos de protección al consumidor.

Con el objetivo de buscar el bienestar de los consumidores y la eficiencia en los mercados, desde marzo de 2005, la Comunidad Andina cuenta con una norma comunitaria (Decisión 608) que contiene las reglas para proteger y promover la libre competencia en el mercado ampliado. Esta Decisión comunitaria identifica el tipo de conductas que considera restrictivas de la libre competencia y establece las facultades de la Secretaría General para realizar investigaciones relacionadas con la libre competencia. Asimismo, la Decisión andina tiene por objeto la adopción y aplicación de políticas de promoción de la libre competencia entre los países andinos.¹⁵

Como resultado de esta nueva condición impuesta por el mercado, la protección del consumidor pasó a ser un tema que también interesa al Derecho Internacional privado, en donde el sujeto “consumidor”, por su situación de vulnerabilidad, necesita un tratamiento especial que asegure estándares de protección como forma de garantizar la seguridad jurídica en las negociaciones privadas que se desarrollan fuera del ámbito nacional. Es por esta razón que “la internacionalización de la vida de las personas, hace que los Estados deban ponerse de acuerdo para alcanzar mecanismos que permitan la protección de los intereses de aquellas frente a las situaciones privadas internacionales”. [...]Empero, estas tendencias aún no se han generalizado, ya que muchos Estados no cuentan con normas de conflicto especiales relacionadas con contratos internacionales

¹² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial, Suplemento, No. 180, 10 de febrero del 2014, art. 235.

¹³ Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial, Suplemento No. 147, 22 de enero de 1971.

¹⁴ Lorenzo Morillas Cueva y José María Suárez López, *Derecho y Consumo. Aspectos Penales Civiles y Administrativos* (Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2013), 160.

¹⁵ Secretaría General de la Comunidad Andina, *Dimensión Económico Comercial de la Comunidad Andina* (Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 2013) 11, http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/2013422163744Folleto_Dimension.pdf.

de consumo, y muchos bloques económicos tampoco tienen reglas armónicas con relación al consumo transfronterizo.¹⁶

Debe reconocerse que, en casi todas las materias, existen normas dispersas orientadas a la protección del consumidor y usuario, ya sea de forma directa o indirecta. Toda esta normatividad aparece incompleta si no se encuentra acompañada de un sistema procedimental que viabilice la acción correspondiente.

En este sentido, el derecho procesal contempla varias vías de ejercicio del derecho de acción para efectos de obtener tutela: (i) administrativa, (ii) contencioso administrativa, (iii) penal, (iv) civil, (v) constitucional y, finalmente (vi) el proceso de defensa del consumidor propiamente dicho, esto es, el establecido en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor,¹⁷ que es el que será materia de esta disertación.

La protección jurídica de los consumidores se enfrenta al problema de los daños que aquellos puedan sufrir en su integridad física o en sus bienes como consecuencia del uso o consumo de productos defectuosos o de la prestación de servicios deficientes. El movimiento para la defensa y protección jurídica de los consumidores ha supuesto la actualización y redescubrimiento de un problema que tradicionalmente no había sido objeto de atención específica por el legislador.¹⁸

Lo dicho por Klein, encuentra sustento en la multiplicidad de normas que, en todas las materias, buscan hoy en día proteger al consumidor. No obstante, el juzgamiento de las infracciones a la LODC ha tropezado en el tiempo con varios obstáculos que empiezan por la falta de definición específica del procedimiento, en su momento la inexistencia de jueces, y de reciente data, un vacío legal –objeto de este estudio– que crea dificultades respecto de alcanzar una tutela judicial efectiva.

Por las características del proceso, es también lamentable la inexistencia de jurisprudencia, por lo menos indicativa, que permita subsanar las dudas que plantea el ejercicio del derecho de acción en esta materia, lo cual se ve agravado por la indeterminación de la naturaleza jurídica del mismo.

¹⁶ Luciane Klein Vieira, *Protección internacional del consumidor. Procesos de escasa cuantía en los litigios transfronterizos* (Buenos Aires: Editorial Bdef, 2013), 2-3.

¹⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial, Suplemento, 116, 10 de julio de 2000.

¹⁸ Ángeles Parra Lucán, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios* (Madrid: Editorial Reus, S.A., 2011), 8-9.

1. El derecho de los consumidores y usuarios a la reparación como derecho constitucionalmente reconocido

La parte considerativa de la primera norma específica en esta materia en nuestro país, la Ley de Defensa del Consumidor¹⁹ de 1990, recoge los principios constitucionales de la época fundamentando la norma legal en los siguientes postulados:

Que es deber del Estado garantizar el derecho de los ecuatorianos a un nivel de vida que asegure la salud, alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica farmacéutica, la cultura y el arte, y los servicios sociales necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material;

Que es deber del Estado velar por el adecuado abastecimiento de los productos de primera necesidad, en condiciones de cantidad, calidad y precios compatibles con el mejoramiento en el nivel de vida de la población ecuatoriana.

Ya en la Constitución Política de la República codificada en 1996²⁰, el núm. 3 del art. 22 consagró entre los derechos de las personas, derechos civiles, el derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad, así como a ser informado sobre su contenido y características. Se agrega que los mecanismos de control de calidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del consumidor y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos son de orden legal.

La anterior Constitución Política de la República²¹, en el núm. 7 del art. 23, contemplaba el deber del Estado de garantizar el derecho a disponer de bienes y servicios públicos y privados, de óptima calidad; a elegirlos con libertad, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características; el art. 92 de la misma, remitía a la ley la obligación de establecer mecanismos de control de calidad, procedimientos de defensa del consumidor, 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, así como las sanciones por la violación de estos derechos.

La vigente CRE, en el art. 11, referente a los principios para el ejercicio de los derechos, determina (núm. 9) la obligación de Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, de reparar las violaciones a

¹⁹ Ecuador, *Ley de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial 520, 12 de septiembre de 1990.

²⁰ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 969, 18 de junio de 1996, art. 22.

²¹ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, art. 23.

los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos.

Como se mencionaba en la parte introductoria de este capítulo, la CRE ha elevado a la categoría de grupo de atención prioritaria a las personas usuarias y consumidoras.²² Al efecto, se establecen prescripciones en el art. 52, en relación con (i) el derecho a recibir bienes y servicios de óptima calidad,²³ (ii) la existencia de sistemas de atención y reparación, (iii) la responsabilidad civil y penal de los proveedores y prestadores de servicios, y (iv) la promoción de los derechos de los consumidores y usuarios. Así, la norma constitucional es concordante con la doctrina, que se orienta en el sentido de que la legislación debe cubrir todos los aspectos de protección al consumidor en su relación con el proveedor. Sobre la relación jurídica de consumo Wajtraub opina que “es una definición normativa y su extensión surgirá de los límites que la legislación le establezca a sus elementos: sujeto, objeto, fuentes. [...] Además, teniendo su fundamento principal en la normativa constitucional, esta amplitud de criterio es la que mejor se adecua a la correcta hermenéutica”.²⁴

2. Distintas acepciones del derecho a la reparación en materia de defensa del consumidor

La CRE, en el art. 52, prescribe que las personas tenemos derecho a disponer de servicios de óptima calidad, así como a la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de los servicios. Los arts. 53 y 54 obligan a las empresas, instituciones y organismos que presten servicios públicos a incorporar y poner en práctica sistemas de atención y reparación a sus usuarios, y los hace responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio.

Al hablarse de responsabilidad básicamente se alude a la obligación que tiene de reparar un daño quien lo ha causado. Los presupuestos para que se origine esta obligación de reparar son: a) la antijuridicidad; b) la existencia de un daño; c) la relación de

²² *Ibíd.*, art. 52-55.

²³ Ecuador Defensoría del Pueblo de Ecuador, Coordinación General Defensorial Zonal 9, *Revisión 034-ADHN-DPE-2016*, 7 de abril de 2016. “Con estos antecedentes, del análisis anterior se puede identificar una condición sine qua non que debe cumplir cualquier servicio público para que garantice los estándares establecidos en la Constitución y las leyes aplicables, nos referimos a la “óptima calidad.”

²⁴ Javier H. Wajtraub, *Justicia del consumidor* (Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2014), 57.

causalidad sobre una conducta y el resultado dañoso, y d) la existencia de un factor de atribución de responsabilidad, que puede ser subjetivo u objetivo. El término *responsabilidad* incluye también a categorías conceptuales (el *daño*, el *agente dañador* y la *víctima*). La trama que vincula inseparablemente a estas nociones puede expresarse como un principio general del derecho que impone, a cada sujeto, la obligación de no dañar a otros, o –lo que viene a ser lo mismo– la obligación de compensarlo una vez que lo ha dañado. Pero esta formulación genérica dice poco acerca de cuándo, o en qué casos, o bajo qué condiciones un sujeto debe ser declarado responsable y, por tanto, obligado a reparar el daño que ocasionó a otro.²⁵

En relación con el concepto de “reparación” en la LODC, se advierten dos acepciones²⁶ del término: La primera y elemental, referida como devolución, el arreglo, aplicación de garantía de fábrica, reposición respecto del bien defectuoso, que tenga vicios ocultos o mala calidad (art. 20). Estos mecanismos inmediatos se estudiarán en el siguiente capítulo. La segunda y fundamental que debería entenderse como “reparación integral”. Nótese para ello que ya la Constitución Política anterior, en el art. 92, disponía que la ley estableciera 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.

En efecto, la LODC –promulgada con anterioridad a la CRE– consagra como derecho del consumidor (art. 4 núm. 10) el 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.

La reparación, como se ve, no se refiere en este caso al bien o servicio defectuoso, sino al derecho subjetivo (derechos e intereses), lo cual hace que el texto legal se adecue al principio constitucional. Sin embargo, no se ha previsto una vía idónea para obtener este tipo de reparación.

Por otra parte, respecto de la indemnización, la LODC desarrolla con relativa claridad la obligación, pues la reconoce como un derecho del consumidor y la declara procedente en todos los casos de infracción, y estima que siempre la sentencia condenatoria, independientemente de la forma de iniciación –denuncia, acusación particular–, lleva implícita la obligación del proveedor de pagar daños y perjuicios al afectado.

²⁵ Fernando E. Shina. *Daños al consumidor* (Buenos Aires-Bogotá: Editorial Astrea, 2014), 105.

²⁶ Se utiliza la palabra acepción con el solo fin de identificar el alcance inmediato de ciertos mecanismos de reparación previo su cotejo con el concepto de reparación integral.

En la legislación comparada, se reconoce el derecho de los consumidores, tanto como un derecho de orden constitucional como de nivel legal, según se explica a continuación:

Tabla 1
Comparación de normativa constitucional y legal extranjera

Argentina	
Reconocimiento constitucional	<p>Art 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.</p> <p>Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.</p> <p>La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.²⁷</p>
Reparación en norma constitucional	<p>Art. 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación... al usuario y al consumidor...²⁸</p>
Normativa legal	<p>Ley N° 24.240, Boletín Oficial No. 27.998, 13 de octubre de 1993. Al igual que la ley ecuatoriana ha consagrado el derecho de los consumidores a ser indemnizados frente a los daños que les ocasionen los proveedores, al sancionar las conductas contrarias a los derechos de los consumidores han recogido el derecho a indemnización en el art. 31 el mismo que únicamente establece indemnización para el caso de facturación en exceso, definiendo previamente cuál es la indemnización, la misma que consiste en el reconocimiento de lo pagado excesivamente como crédito en la factura siguiente y el reconocimiento de intereses.</p>
Reparación	<p>Ley 26.361, modificación de la Ley N° 24.240. Boletín Oficial 7 de abril del 2008. Artículo 52 bis: Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no</p>

²⁷ Argentina, *Constitución Política de Argentina*, Registro Oficial 27.959, 23 de agosto de 1994.

²⁸ *Ibíd.*

	podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.
Colombia	
Reconocimiento constitucional	Art 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.”. ²⁹
Reparación en norma constitucional	La Constitución colombiana, tampoco recoge el concepto de reparación integral; sin embargo de esto, la práctica judicial sí. La Corte Constitucional colombiana ha desarrollado el tema a través de las acciones de amparo frente a la vulneración de un derecho constitucional, estableciendo varios mecanismos de reparación de los daños ocasionados a las víctimas de estas vulneraciones.
Normativa legal	Ley 1480, Estatuto del Consumidor, Diario Oficial 48.220, 12 de octubre de 2011.
Reparación	El Estatuto del Consumidor prevé varias normas que al igual que en la ley ecuatoriana, están encaminadas a que los consumidores sean indemnizados por los perjuicios que se les ocasionen. En el art. 3 de la norma precitada, se consagran los derechos del consumidor y dentro de estos no se establece el derecho a ser indemnizado. Sin embargo, se establece este derecho en el art. 81 ³⁰ y al desarrollar el texto normativo sí se establece en el art. 20 ³¹ responsabilidades por daños ocasionados por productos defectuosos considerándose como daño únicamente los siguientes: 1.- muerte o lesiones corporales, causadas por el producto defectuoso; 2.- los producidos a una cosa diferente al producto defectuoso, causados por el producto defectuoso. Se establece, en el art. 32, el procedimiento especial para el trámite de peticiones, quejas y recursos y solicitudes de indemnizaciones.
España	
Reconocimiento constitucional	Art. 51. Defensa de los Consumidores: 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus

²⁹ Colombia, *Constitución Política de Colombia 1991*, Gaceta Constitucional 116, 20 de julio de 1991, art. 78.

³⁰ Colombia, Ley 1480, *Estatuto del Consumidor*, Diario Oficial 48.220, 12 de octubre de 2011, “...el Gobierno Nacional garantizará la participación de las ligas y asociaciones de consumidores en la reglamentación de la presente ley... se garantizarán los derechos a la representación, a la protección, a la educación, a informar en sus medios de comunicación y ser informados, a la indemnización, a la libre elección de bienes y servicios y a ser oídos por los poderes públicos.”

³¹ *Ibíd.* “Responsabilidad por daño por producto defectuoso. El productor y el expendedor serán solidariamente responsables de los daños causados por los defectos de sus productos, sin perjuicio de las acciones de repetición a que haya lugar... Como daño, se entienden los siguientes: 1. Muerte o lesiones corporales, causadas por el producto defectuoso; 2. los producidos a una cosa diferente al producto defectuoso, causados por el producto defectuoso. Lo anterior, sin perjuicio de que el perjudicado pueda reclamar otro tipo de indemnizaciones de acuerdo con la ley.”

	organizaciones y oírán a estas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales. ³²
Reparación en norma constitucional	No aplica
Normativa legal	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
Reparación	La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su art. 2, establece que son derechos básicos de los consumidores y usuarios: c) La indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos. De manera que se consagra como derecho al igual que en el Ecuador la reparación e indemnización correspondiente al daño emergente y lucro cesante. Estos daños conforme lo dispuesto por el art. 25 deben ser producto del consumo y utilización de bienes o servicios y deben ser probados. Adicionalmente, el art. 29 establece el derecho a ser indemnizado por daños contractuales y extracontractuales, compensación que se determinará según lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, es decir, que al igual que en Ecuador antes de la derogatoria del Código de Procedimiento Penal, el cálculo de los daños y perjuicios se hace a través de la normativa civil. En la disposición adicional primera en la que se sanciona el establecimiento de cláusulas abusivas en los contratos, se establecen también indemnizaciones cuando se incurra en privación de derechos básicos del consumidor, ³³ en la misma disposición se establece derecho a indemnización cuando se actúe con falta de reciprocidad. ³⁴
Perú	
Reconocimiento constitucional	Art. 65°.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los 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. ³⁵
Reparación en	

³² España, *Constitución Española*, Registro Oficial 311, 29 de diciembre de 1978, art. 51.

³³ España, *Constitución Española*, Registro Oficial 311, 29 de diciembre de 1978. Especialmente cuando incorporen en su texto: “ 9ª) La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional. En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyen o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conformen las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultasen insatisfactorias.”

³⁴ Ídem, especialmente cuando se incurra en:

15ª) La imposición de obligaciones al consumidor para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el profesional no hubiere cumplido los suyos.

16ª) La retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia

17ª) La autorización al profesional para rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la posibilidad de que aquél se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien rescinda el contrato.

24ª) Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.

³⁵ Perú, *Constitución Política del Perú*, Diario Oficial s/n, 30 de diciembre de 1993.

norma constitucional	
Normativa legal	Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley N° 29571) Diario Oficial s/n, 02 de octubre de 2010
Reparación	<p>El art. 6 establece las políticas públicas que debe adoptar el Estado en este tema y, dentro de estas, el núm. 6 establece la necesidad de mecanismos eficaces para la solución de conflictos entre proveedores y consumidores, así como la garantía de acceso a procedimientos administrativos y judiciales ágiles, expeditos y eficaces para la resolución de conflictos y la reparación de daños.</p> <p>El art. 1³⁶ reconoce el derecho a la reparación e indemnización por los daños y perjuicios que el consumo de bienes y servicios puedan ocasionarles. El art. 100³⁷ establece la obligación de reparación e indemnización así como los elementos que componen la responsabilidad civil. Los proveedores, frente a un incumplimiento, están sometidos al pago de una indemnización, sanciones ya sean penales o administrativas y a implementar medidas correctivas reparadoras y complementarias, siendo un mecanismo de reparación adicional a la indemnización civil.</p> <p>El art. 114 establece que el órgano sancionador, INDECOPI, puede dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas reparadoras y complementarias, ya sea a pedido de parte o de oficio, siempre y cuando sean expresamente informadas al proveedor. En el art. 115³⁸, define las medidas correctivas reparadoras, destinadas a resarcir las consecuencias patrimoniales nocivas para el consumidor, directas e inmediatas. Las</p>

³⁶ Perú, Ley N° 29571, *Código de Protección y Defensa del Consumidor*, Diario Oficial s/n, 02 de octubre de 2010.. “Artículo 1.- Derechos de los consumidores. 1.1. En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos: I.- Derecho a la reparación y a la indemnización por daños y perjuicios conforme a las disposiciones del presente Código y a la normativa civil sobre la materia.”

³⁷ *Ibíd.* “Artículo 100.- El proveedor que ocasione daños y perjuicios al consumidor está obligado a indemnizarlo de conformidad con las disposiciones del Código Civil en la vía jurisdiccional correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad penal, así como de las sanciones administrativas y medidas correctivas reparadoras y complementarias que se puedan imponer en aplicación de las disposiciones del presente Código y otras normas complementarias de protección al consumidor”.

³⁸ *Ibíd.* “Artículo 115°.- Medidas correctivas reparadoras: 115.1 Las medidas correctivas reparadoras tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior y pueden consistir en ordenar al proveedor infractor lo siguiente:

- a. Reparar productos.
- b. Cambiar productos por otros de idénticas o similares características, cuando la reparación no sea posible o no resulte razonable según las circunstancias.
- c. Entregar un producto de idénticas características o, cuando esto no resulte posible, de similares características, en los supuestos de pérdida o deterioro atribuible al proveedor y siempre que exista interés del consumidor.
- d. Cumplir con ejecutar la prestación u obligación asumida; y si esto no resulte posible o no sea razonable, otra de efectos equivalentes, incluyendo prestaciones dinerarias.
- e. Cumplir con ejecutar otras prestaciones u obligaciones legales o convencionales a su cargo.
- f. Devolver la contraprestación pagada por el consumidor, más los intereses legales correspondientes, cuando la reparación, reposición, o cumplimiento de la prestación u obligación, según sea el caso, no resulte posible o no sea razonable según las circunstancias.
- g. En los supuestos de pagos indebidos o en exceso, devolver estos montos, más los intereses correspondientes.
- h. Pagar los gastos incurridos por el consumidor para mitigar las consecuencias de la infracción administrativa.
- i. Otras medidas reparadoras análogas a las anteriores...

	<p>medidas correctivas reparadoras están dirigidas a resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas originadas por la infracción, buscan corregir la conducta infractora y no tienen naturaleza indemnizatoria. Por otro lado las medidas correctivas complementarias³⁹ tienen un efecto disuasivo, ya que buscan evitar que la infracción vuelva a producirse y constituyen más bien sanciones de índole administrativo. Respecto del procedimiento, se ha regulado uno administrativo ante el INDECOPI y otro judicial. Se permite, al tenor del art. 131 la acumulación de pretensiones, pudiéndose ordenar indemnizaciones, medidas correctivas y sanciones. Según lo dispuesto en el art. 103⁴⁰ de la ley, son objeto de indemnización hasta los daños morales.</p>
--	--

Fuente: Legislación de Argentina, Colombia, España y Perú.

Elaboración: Propia.

3. La naturaleza jurídica de las acciones de defensa del consumidor

La LODC juzga las infracciones que se presentan entre proveedores y usuarios. Esta norma fue aprobada en el año 2000 con el carácter de orgánica. Según se recoge en el art. 1, las disposiciones legales contenidas en ella son de orden público y de interés social.

Aunque queda claro el carácter de público y social del DDC, su naturaleza jurídica, desde la óptica de la LODC, genera controversia, pues recoge principios, procedimientos y conceptos punitivos del derecho penal, se ventila conforme una normativa propia apoyada en la norma adjetiva civil y tiene su origen en relaciones contractuales reguladas por normas propias del derecho civil y comercial. Esta discusión

³⁹ *Ibíd.* “Artículo 116°.- Medidas correctivas complementarias: Las medidas correctivas complementarias tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro y pueden ser, entre otras, las siguientes:

- a. Que el proveedor cumpla con atender la solicitud de información requerida por el consumidor, siempre que dicho requerimiento guarde relación con el producto adquirido o servicio contratado.
- b. Declarar inexigibles las cláusulas que han sido identificadas como abusivas en el procedimiento.
- c. El decomiso y destrucción de la mercadería, envases, envolturas o etiquetas.
- d. En caso de infracciones muy graves y de reincidencia o reiterancia:
 - (i) Solicitar a la autoridad correspondiente la clausura temporal del establecimiento industrial, comercial o de servicios por un plazo máximo de seis (6) meses.
 - (ii) Solicitar a la autoridad competente la inhabilitación, temporal o permanente, del proveedor en función de los alcances de la infracción sancionada.
- e. Publicación de avisos rectificatorios o informativos en la forma que determine el Indecopi, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción ha ocasionado.
- f. Cualquier otra medida correctiva que tenga el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro. El Indecopi está facultado para solicitar a la autoridad municipal y policial el apoyo respectivo para la ejecución de las medidas correctivas complementarias correspondientes.

⁴⁰ *Ibíd.* “Artículo 103°.- Daños indemnizables: La indemnización comprende todas las consecuencias causadas por el defecto, incluido el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.”

es importante a efectos de determinar la vía de reparación cuando se produce infracción a la LODC.

Así, los actos de iniciación⁴¹, que son la denuncia, la acusación particular, la acción pública y antes excitativa fiscal, corresponden al ámbito penal. La competencia y jurisdicción de juzgamiento de infracciones ha sido otorgado a jueces de materia penal⁴² –aunque los comisarios e intendentes de policía mantienen ciertas competencias específicas relativas al control de precios y especulación–. Como referencia adicional a la norma procesal penal, el art. 87 de la LODC se remite al 391 del Código de Procedimiento Penal⁴³ para la tramitación del juicio de por daños y perjuicios.

Si bien la sustanciación del proceso de juzgamiento de las infracciones tiene una normativa propia, esta se apoya, tanto en lo relativo a diligencias preparatorias como en su tramitación, en la norma supletoria del Código Orgánico General de Procesos⁴⁴ – antes Código de Procedimiento Civil⁴⁵– conforme lo dispone en el art. 95.⁴⁶

No obstante lo señalado, para un sector de la doctrina, la defensa del consumidor forma parte del derecho de la competencia y está, por tanto, relacionada con el Derecho Comercial.⁴⁷ Tal posición parece razonable, pues las relaciones entre proveedores y usuarios nacen de relaciones contractuales y mercantiles.

Pensamos que la relación de consumo es de naturaleza obligacional y como tal tiene como uno de sus elementos a la causa fuente o fuente de la obligación. La fuente contractual de la relación de consumo es el llamado *contrato de consumo*.

La *fuentes extracontractual* se refiere a hechos dotados de virtualidad jurídica como para vincular a consumidores con proveedores. En palabras de HIGHTON DE NOLASCO, son *todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente de la*

⁴¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial, Suplemento, 116, 10 de julio de 2000, art. 47. "El juzgamiento de las infracciones de esta Ley se iniciará por iniciativa fiscal, denuncia o acusación particular."

⁴² Ídem, art. 84. "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, el Juez de lo Penal de la respectiva jurisdicción (...)" Dicha competencia es ratificada por el art. 231 num. 3 y el art. 225 num. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial.

⁴³ Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*, Registro Oficial, Suplemento, 360, 13 de enero de 2000.

⁴⁴ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial, Suplemento 506, 22 de mayo de 2015.

⁴⁵ Ecuador, *Código de Procedimiento Civil*, Registro Oficial, Suplemento, 58, 12 de julio de 2005.

⁴⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial, Suplemento, 116, 10 de julio de 2000, art. 95, "Supletoriedad.- En todo lo no previsto en esta Ley, en lo relativo al Procedimiento para el juzgamiento de las infracciones aquí determinadas, se estará a lo que dispone el Código Orgánico General de Procesos."

⁴⁷ Vid. Juan M. Farina, *Defensa del consumidor y del usuario* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2009), 3.

actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios. Pueden ser anteriores o independientes de cualquier contrato que celebre el consumidor con el proveedor.⁴⁸

Así, las infracciones a la LODC son violaciones de índole contractual, al orden público y, en general, hechos o actos ilícitos⁴⁹, delitos civiles o cuasidelitos⁵⁰. Por tanto, resulta falaz argüir que la infracción a la LODC sea una contravención penal. Tampoco es enteramente acertado otorgarle el carácter de acción civil o mercantil por incumplimiento contractual dado el carácter de público y social del DDC. En todo caso, se ha desarrollado como una rama independiente del derecho con naturaleza jurídica propia.

Cabe resaltar que aunque se han dado avances en materia de procedimiento en el campo procesal penal y procesal civil, el procedimiento para el juzgamiento de las infracciones a la LODC no ha sido modificado y no le es aplicable ninguno de los procedimientos establecidos en la nuevas legislaciones, como se analiza en capítulo tercero de este trabajo.

En virtud de lo expuesto en este capítulo, puede afirmarse que, tanto en nuestra legislación como en el marco jurídico internacional, se encuentra una amplia variedad de normas que protegen y reconocen los derechos del consumidor o usuario y, a su vez,

⁴⁸ Luis R. Carranza y Jorge O. Rossi, *Derecho del Consumidor* (Córdoba: Alveroni Ediciones, 2009), 12.

⁴⁹ Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Juicio No: 43-2002*, 22 de mayo de 2003. “Hechos o actos ilícitos son los contrarios a las normas legales o reglamentarias. Se clasifican en delitos y cuasidelitos. Los primeros son aquellos realizados con malicia, con la intención positiva de cometer el daño y pueden ser delitos civiles o delitos penales; estos últimos están tipificados y sancionados por la ley penal, mientras que los delitos civiles no lo están. Dicho en otra forma, todo hecho o acto ilícito cometido con la intención de realizar el acto contrario a la ley, pero que no está tipificado y sancionado con la ley penal, es delito civil”.

⁵⁰ Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Gaceta Judicial: 9, Serie XVII*, 23 de Mayo de 2002. a) Según nuestro ordenamiento legal, el que ha cometido un hecho ilícito que ha inferido daño a la persona o propiedad de otro incurre en la responsabilidad civil de pagar indemnización al agraviado. b) El hecho ilícito puede constituir las figuras jurídicas del delito o del cuasidelito. Delito es el hecho cometido con la intención de dañar, esto es, con dolo o malicia, que según la definición del último inciso del artículo 29 del Código Civil es la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. Cuasidelito es el hecho ilícito cometido con culpa, que según el inciso tercero del mismo artículo es la falta de aquella diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. El mismo hecho ilícito puede constituir delito o cuasidelito de acuerdo con las circunstancias de haber sido cometido con malicia o dolo o sin él.- c) El delito o cuasidelito puede ser penal o civil. El delito o cuasidelito es penal cuando el hecho ilícito está tipificado como infracción penal por la ley, y es civil en los demás casos. Por lo común el delito es penal, puesto que el dolo o malicia es uno de los elementos constitutivos de la acción penal; sin embargo, existen hechos dolosos que no están tipificados como infracciones por la ley penal, en cuyo caso, el hecho ilícito no obstante ser malicioso o doloso constituye únicamente delito civil.”

que han dado pasos importantes hacia mecanismos de reparación, mediante el establecimiento de una legislación específica en la materia.

Capítulo segundo. La reparación en materia de consumo

Según los presupuestos normativos establecidos en el capítulo precedente, el consumidor, cuando ve afectados sus derechos, debe ser reparado; la consecuencia por la vulneración de sus derechos se establece en el antes referido art. 52 CRE que, en lo pertinente dispone: “La ley establecerá [...] las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos [...].”⁵¹

La LODC establece como un derecho básico del consumidor (art. 4. 8.) el de acceder a la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios.

1. Mecanismos de reparación en el derecho de consumo

De acuerdo al autor argentino Jorge M. Bru, los daños indemnizables, es decir, aquellos que deben reparados, se clasifican entre los daños del propio producto (intrínsecos) y las afectaciones que exceden el marco del propio bien (extrínsecos):

Los daños intrínsecos son los que, en razón de sus defectos, provocan su deterioro o destrucción o la inutilidad para satisfacer las necesidades a las que estaba destinado. Cuando el reclamo del consumidor está sustentado en el incumplimiento de garantías expresas o en el régimen de responsabilidad por vicios redhibitorios, entonces estos daños intrínsecos solo son indemnizables, a través de:

- el reembolso del precio pagado;
- o la reparación (*service*, repuestos, etc.) o, en su caso, la sustitución de producto por otro idéntico;
- o la compensación dineraria del menor valor que el producto posea en razón de sus defectos.

En cambio, cuando el reclamo del consumidor está sustentado en el incumplimiento contractual (de los deberes generales de seguridad y garantía) o de la responsabilidad extracontractual, por parte de los empresarios, también son indemnizables los daños extrínsecos. Estos son los daños sufridos por el

⁵¹ El ámbito del presente estudio, no abarca la responsabilidad civil y penal de las personas o entidades que prestan servicios públicos, ni la mala práctica en el ejercicio profesional a que se refiere el art. 54 CRE. No obstante, el caso específico de los vicios ocultos se trata en el siguiente capítulo, Vid. 3.3.1

consumidor, no en el propio producto adquirido, sino en sus demás bienes, o en su persona.⁵²

A través de diversos mecanismos, nuestra legislación reconoce en buena medida estos daños indemnizables. Revisaremos a continuación los modos de reparación⁵³ establecidos legalmente, aclarando, para efectos de este desarrollo, que nos referimos exclusivamente a la LODC⁵⁴ y que el tema de los daños y perjuicios será específicamente tratado en el acápite siguiente.

1.1. Devolución

El art. 2 LODC, al definir los términos aplicables a la normativa, se refiere a este derecho y señala que consiste en la posibilidad de “devolver o cambiar un bien o servicio”, en el evento de que el consumidor “no se encuentr[e] satisfecho o no cumple sus expectativas”. La norma no señala la obligación de devolución del precio o de la cantidad pagada, aunque debe sobreentenderse en virtud del principio general recogido en el art. 71. LODC, en el sentido de que procede la devolución de la cantidad pagada cuando no haya lugar a la reparación del bien o no sea factible la reposición (cambio por otro de similares características).

Es procedente el ejercicio de esta prerrogativa, entre otros, en el caso de ventas indirectas, es decir aquellas que se realizan por “correo, catálogo, teléfono, internet [televisión o a domicilio]⁵⁵, u otros medios similares”.⁵⁶ Se conoce también como derecho al arrepentimiento:

La finalidad de la norma es proteger al consumidor de las contrataciones irreflexivas. En todos estos casos, el consumidor no estaba pensando adquirir un producto o servicio sino que le vienen a ofrecer. En clase solemos decirles a los alumnos, para graficar la situación, que es una suerte de “venta de arrebato”. El potencial cliente es “atacado” o “abordado” cuando estaba pensando en

⁵² Jorge M. Bru, Manual de Derecho del Consumidor (Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2016), 575.

⁵³ Entendidos en su acepción básica. Vid. 1.2.

⁵⁴ Como se explicó en el capítulo precedente, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado sanciona conductas de los operadores económicos que afectan a los consumidores y otorgan acción de daños y perjuicios

⁵⁵ Se incorporan por lo previsto en el art. 45 LODC.

⁵⁶ Se aprecia una aparente contradicción entre el tiempo concedido por la ley para el ejercicio del reclamo en el caso de ventas indirectas -3 días- y contenido del principio general del derecho de devolución contenido en el numeral 1 del art. 71 LODC pues el bien adquirido puede tener garantía por tiempo superior. No obstante, al tratarse de manera independiente el derecho de garantía, se estima que este sigue siendo procedente aun en el caso de ventas indirectas.

otra cosa y se busca una decisión irreflexiva y/o compulsiva.[...] Aquí hablamos de una contratación a distancia, vía carta, teléfono, fax, mail, televisión, sitio de Internet, etc. Lo importante aquí es que el consumidor no va a ir al local del proveedor para ver el producto o servicio y luego cerrar el trato. Lo ve por televisión, o por un catálogo que le llegó por correspondencia o en un sitio de Internet y aceptará por vía telefónica, o por correo electrónico o enviando una carta, por ejemplo. El famoso “llame ya” es un gran ejemplo de esta modalidad.⁵⁷

La reclamación debe ejercerse dentro del plazo de tres días de manera directa al proveedor. En caso de inoperancia del reclamo directo, procede la acción judicial. No obstante que en lo relativo al criterio de satisfacción o cumplimiento de expectativas se atiende la sola liberalidad del consumidor, deberían verificarse la manifiesta deficiencia, ineptitud para el uso y diferencia en cantidad del bien del que se trate.⁵⁸

La devolución debe ser entendida también como una obligación a cargo del proveedor; así, el art. 16 del Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor⁵⁹ (en adelante RLODC) dispone que, cuando el juez sancionare al proveedor con la devolución de la cantidad pagada, se observará lo previsto en el artículo 71 LODC, esto es, un plazo no superior a treinta días o superior –que no exceda de seis meses– al tratarse de bienes importados.

En el caso de prestación de servicios, la regla estima que la devolución se produce con la cesación inmediata del mismo, lo cual se adecua a la imposibilidad de devolver o cambiar el servicio prestado. Se encuentra implícita en la norma la devolución de los valores pagados, pues recuérdese que no se establece relación consumidor⁶⁰-proveedor⁶¹ cuando no se ha pagado precio por el bien o servicio que, en caso de haberse enviado sin solicitud del consumidor, debe considerarse muestra gratis⁶² (según el art. 55.3 LODC). La devolución en estos casos es consecuencia de la

⁵⁷ Luis R. Carranza y Jorge O. Rossi, *Derecho del Consumidor. Derechos y acciones de resguardo de los consumidores y usuarios* (Córdoba: Alveroni Ediciones, 2009), 80.

⁵⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial, Suplemento, 116, 10 de julio de 2000, art. 71.

⁵⁹ Ecuador, *Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial 287, 19 de marzo de 2001.

⁶⁰Ídem, art. 2 es consumidor o usuario “[t]oda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello.”

⁶¹ Ibíd. Art. 2 “Proveedor.- Toda persona natural o jurídica de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución, alquiler o comercialización de bienes, así como prestación de servicios a consumidores, por lo que se cobre precio o tarifa. Esta definición incluye a quienes adquieran bienes o servicios para integrarlos a procesos de producción o transformación, así como a quienes presten servicios públicos por delegación o concesión.”

⁶² La definición de consumidor o usuario no está sujeta al pago de una contraprestación económica; sin embargo la normativa de la LODC, al estimar que se debe cumplir este presupuesto, deja un vacío que, en mi opinión, no es compatible con los principios del DDC. Piénsese por ejemplo en el caso del sorteo de un bien que resulta defectuoso (¿es posible reclamar la garantía, reparación o servicio

resolución contractual, aun cuando no sea ocasionada por el incumplimiento del prestador del servicio:

De una lectura minuciosa de este artículo podemos inferir que en el momento en que cesa el contrato de provisión del servicio, como por ejemplo en el caso en que las partes rescindan el contrato, genera de manera inmediata el derecho de devolución en la persona del cliente. Es así que en el caso *sub judice* en el momento en que se produce la rescisión del contrato cesa además el contrato de provisión de servicio generando un derecho de devolución a favor del consumidor [...]. Evidentemente este derecho no es absoluto en los casos de prestación de servicios, pues al ser un contrato de tracto sucesivo, cuyo cumplimiento depende de una variedad de actuaciones a lo largo del tiempo que implicaron un gasto por parte del proveedor, la devolución solo podrá ascender hasta al monto del dinero que no fue usado para la prestación del servicio, siempre y cuando este haya sido realizado con el fin de brindar un servicio de calidad, ya que caso contrario entraríamos en una nueva infracción a la Ley de Defensa al Consumidor. [...] Concluyéndose que, de la revisión de los recaudos procesales, se puede evidenciar que la sentencia recurrida abarca los elementos necesarios que han servido para asegurar la protección al Derecho de Devolución que se originó tras la cancelación de la prestación del Servicio.⁶³

En este caso, el juez determina que la devolución de lo pagado por un servicio se encuentra limitada al monto que no se haya devengado en la ejecución del contrato. En efecto, en contratos de tracto sucesivo, el derecho de devolución se genera tras la cancelación del servicio –siempre que medie notificación al proveedor–, y cabe devolución pese a que el servicio se haya prestado, cuando este ya no era requerido por el consumidor. En sentido contrario, los valores cancelados durante la prestación del servicio, con anuencia del consumidor, no están sujetos a devolución.

La obligación de devolución como forma de reparación es consecuencia, en los casos de mora del proveedor, de la resolución del contrato, en la forma determinada en el art. 30 LODC; al respecto, se ha señalado que:

Se ha verificado el incumplimiento del promitente vendedor al no entregar en el tiempo estipulado el inmueble descrito en la cláusula tercera de la promesa de compraventa, pese a la entrega de los dineros que le ha entregado (*sic.*) la señorita Ruth Cecilia Palma Arbito [...] [*por lo que*], declara con lugar el presente juzgamiento[...], y se declara la resolución del contrato de promesa de compraventa celebrado entre las partes; [...] ordenando en consecuencia, que [...] devuelva los valores entregados.⁶⁴

técnico?) o en una prestación de servicios no remunerada o pro bono que ocasiona daños. Tales supuestos, al no estar previstos en el marco normativo de la LODC, deben ser ventilados en otras vías.

⁶³Ecuador Juzgado Décimo Octavo de Garantías Penales, “Sentencia”, en *Juicio No: 17268-2014-1848*, 17 de octubre de 2014.

⁶⁴ Ecuador Juzgado Único de Contravenciones del Cantón Cuenca, “Sentencia”, en *Juicio No: 01151-2014-1571*, 14 de octubre de 2014.

En el caso de prestación de servicios defectuosos que no sean de naturaleza inmaterial⁶⁵, la devolución se verifica por el reembolso del valor pagado según lo preceptuado en el art. 75 de la LODC, que prevé esta forma de reparación cuando los servicios prestados sean manifiestamente defectuosos, ineficaces, causen daño o no se ajusten a lo expresamente acordado.

[...] declara la responsabilidad del señor [...], de la infracción tipificada en el artículo 75 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y se lo condena: 1) al pago de la multa de CIEN (100) Dólares de los Estados Unidos de América conforme lo dispuesto en el artículo 75 de la referida Ley, [...]; 2) a la devolución del valor pagado de CIENTO SESENTA DÓLARES (160,00) Dólares de los Estados Unidos de América, pues al manifestarse expresamente que el acusador particular se encuentra conforme con las puertas instaladas y del recibo N° 0018 consta que el valor de las mismas asciende a USD 240, al descontar este valor de los USD 400 cancelados como anticipo o abono, queda un total restante de USD 160; [...]-⁶⁶

Como se evidencia de la cita, el juez sentenciador únicamente declara la devolución del precio no devengado en la ejecución del contrato, al disponer la devolución del saldo, esto es, la diferencia entre el anticipo y valor proporcional del bien recibido de forma satisfactoria. La interpretación normativa se da en el sentido de que únicamente debe procederse a la devolución del monto que cumpla con los presupuestos establecidos en el artículo 75 y no del valor total, pues se verifica que existe una parte de la ejecución contractual con la que se encuentra de acuerdo el acusador.

En conclusión, los juzgadores desarrollan el criterio de que se debe devolver aquella parte de lo pagado que no ha sido devengado en la prestación del servicio, o de la parte del precio que –aun pese a prestarse el servicio– no se ha brindado con la anuencia del consumidor.

1.1.1. Trato recíproco en servicios públicos domiciliarios

El trato recíproco se refiere a la igualdad de condiciones en la contratación; en

⁶⁵ Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial 287, 19 de marzo de 2001. art. 62. “Las sanciones establecidas en el artículo 75 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor para la prestación de servicios defectuosos, no se aplicará con respecto a los servicios inmateriales.”

⁶⁶ Ecuador Juzgado Sexto de Contravenciones, en *Juicio No: 17555-2015-00180*, 28 de julio de 2018.

este caso particular, supone que, cuando fuere procedente reintegrar o devolver valores cobrados, el proveedor debe aplicar los mismos criterios que aplica en los casos de mora del usuario; es decir, debe reconocer intereses –en igual proporción al interés de mora cobrado– por los valores indebidamente pagados o por el valor del servicio no prestado que se ha pretendido cobrar al consumidor afectado.⁶⁷

1.1.2. Reintegro por suspensión de servicios públicos domiciliarios

En los casos en que se paga una tarifa fija por la prestación de un servicio público domiciliario, la suspensión de la misma obliga al proveedor a la devolución del valor cobrado por el servicio no prestado, en los casos de suspensión o falta de continuidad. De la misma manera, si la interrupción ocasionase daños, el proveedor es responsable de indemnizar los mismos, según lo previsto en el art. 38 de la LODC⁶⁸. Tal disposición encuentra sentido en la obligación estatal de prestar servicios públicos de óptima calidad; al respecto, Carranza y Rossi señalan:

Se presume, *iuris tantum*, que cualquier “alteración” o “interrupción” en la prestación del servicio público domiciliario es “por causa imputable a la empresa prestadora”, la cual para liberarse de responsabilidad, debe demostrar que la misma “no le es imputable”, es decir que se trata de *causa ajena* (es decir, caso fortuito, culpa o hecho del usuario o culpa o hecho de un tercero por quien no deba responder).

En materia de responsabilidad civil, esta presunción podrá hacerse valer contra la prestadora del servicio en un eventual proceso de responsabilidad por daños.⁶⁹

1.1.3. Pago proporcional por exceso de facturación en servicios públicos domiciliarios

⁶⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial, Suplemento, 116, 10 de julio de 2000, art. 34 “Reciprocidad.- Las empresas proveedoras de servicios públicos domiciliarios están en la obligación de otorgar un trato recíproco a los consumidores, aplicando en lo referente a reintegros y devoluciones, los mismos criterios que se utilicen para los recargos por mora en el pago del servicio”.

⁶⁸ Ídem, art. 38. Art. 38.- Interrupción de la prestación del servicio.- Cuando la prestación del servicio público domiciliario se interrumpa o sufra alteraciones por causas imputables al proveedor, este deberá reintegrar los valores cobrados por servicios no prestados, dentro del plazo de treinta días, contados desde la fecha en que se realice el reclamo. Sin perjuicio de lo señalado, el proveedor reconocerá los daños y perjuicios ocasionados al consumidor por la alteración o interrupción culposa del servicio.

⁶⁹ Luis R. Carranza y Jorge O. Rossi, *Derecho del Consumidor. Derechos y acciones de resguardo de los consumidores y usuarios* (Córdoba: Alveroni Ediciones, 2009), 210.

En los casos de presunta facturación excesiva, en tanto se verifique realmente el monto o precio que debe ser facturado, se estima que la reparación al consumidor se produce mediante la prerrogativa de pagar un promedio de consumo igual al del semestre inmediato anterior al período en que se produce el exceso.

Art. 39.- Facturación de consumo excesivo.- Cuando el consumidor considere que existe facturación excesiva en la planilla de un período, podrá cancelar únicamente un valor equivalente al promedio del consumo mensual de los seis meses inmediatamente anteriores. [...].⁷⁰

Respecto de esta forma de reparación, los fallos analizados suelen ser concordantes y de manera general ordenan además el cambio de medidores y otras medidas de reparación tendientes a la restitución del derecho conculcado:

[...] Tramitada la causa por el Juez de contravenciones, esto es, el Señor Intendente General de Policía de Manabí, se dictó la sentencia con fecha 15 de mayo del 2014 disponiendo lo siguiente: 2.- Que la empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Portoviejo, facture el consumo de agua potable y alcantarillado de la cuenta [...] a nombre de [...] en la cantidad correspondiente a 30 DÓLARES MENSUALES a partir del mes de Agosto del 2013 hasta la ejecución de la presente sentencia.- 3.- Conforme a lo preceptuado en el Art. 70 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, se impone una multa de CUATROCIENTOS DÓLARES AMERICANOS, los mismos que deberán ser depositados en la cuenta corriente No. [...], a órdenes del Ministerio del Interior, debiendo remitir a este despacho el certificado original de depósito a efectos de contabilidad.- 4.- El resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la reclamante señora [...], conforme el Art. 87 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.-5.-Se dispone el cambio de instrumento de medición instalado en el domicilio de la señora [...] de la cuenta No. [...], por otro medidor de agua. De la antes indicada Resolución el señor Ing. Lenin Mendoza Bowen, Gerente Encargado de la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Portoviejo (EPMAPAP), y el señor Dr. Jaime Robles Cedeño, en calidad de Director Regional de la Procuraduría General del Estado (sede Portoviejo), interpusieron el RECURSO DE APELACIÓN, por lo que una vez realizado el sorteo correspondiente en la Corte Provincial de justicia de la ciudad de Portoviejo, se radicó la competencia en esta Judicatura y encontrándose la causa para resolver, [...]se confirma en todas sus partes la sentencia recurrida”.⁷¹

En el caso materia de análisis, el juzgador dispone otras medidas de reparación, aparte del cambio de medidor que habría ocasionado el perjuicio como son la facturación del servicio en una cantidad fija y la multa. Adicionalmente, conforme se

⁷⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial, Suplemento, 116, 10 de julio de 2000, art. 39.

⁷¹ Ecuador Unidad Judicial Penal de Portoviejo, “Sentencia”, en *Juicio No: 13283-2014-2173*, 23 de octubre de 2014.

encontraba legislado a la fecha, determina el reconocimiento de daños y perjuicios, los mismos que debían tramitarse en cuaderno separado, a efectos de su cuantificación.

1.2. Reposición

Se entiende por reposición el cambio de un bien defectuoso por uno nuevo apto para el adecuado funcionamiento del bien, sea que este forme parte como componente del mismo o la integridad del bien en cuestión.

Art. 26.- Reposición.- Se considerará un solo bien, aquel que se ha vendido como un todo, aunque esté formado por distintas unidades, partes, piezas o módulos, no obstante que estas puedan o no prestar una utilidad en forma independiente unas de otras. Sin perjuicio de ello, tratándose de su reposición, esta se podrá efectuar respecto de una unidad, parte, pieza o módulo, siempre que sea por otra igual a la que se restituya y se garantice su funcionalidad.⁷²

El art. 20 LODC⁷³ estima procedente la reposición del bien o producto de que se trate ante la existencia de vicios ocultos que impidan el normal uso del mismo. La reposición se verifica por la entrega de parte del proveedor de un bien de similar naturaleza y características al de aquel que fuera objeto del reclamo:

[...] se observa que la moto fue entregada siete días después de haberla comprado ya que en el almacén indicaban que no tenían la batería para la moto y que pronto llegaría luego lo llaman indicándole que ya estaba la moto y estando en uso empezó a fallar, diciendo el almacén Japón que era normal, luego la motocicleta se incendió debiendo llevarlo a revisar al técnico y no le dieron solución al problema. Con estos antecedentes [...] se dicta sentencia a favor del ciudadano [...] y se dispone conforme el artículo 71 numeral 1 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor LA REPOSICIÓN DE LA MOTOCICLETA DE LAS MISMAS CARACTERÍSTICAS O SIMILARES O EN SU DEFECTO LA DEVOLUCIÓN TOTAL DEL VALOR CANCELADO teniendo en consideración que el señor [...] ha realizado el pago de 18 cuotas por el valor de \$118, 34 por el pago financiado de dicha motocicleta[...].⁷⁴

⁷² Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial, Suplemento, 116, 10 de julio de 2000, art. 26.

⁷³ Ídem, art.20. Defectos y vicios ocultos.- El consumidor podrá optar por la rescisión del contrato, la reposición del bien o la reducción del precio, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios, cuando la cosa objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que la hagan inadecuada o disminuyan de tal modo su calidad o la posibilidad del uso al que habitualmente se le destine, que, de haberlos conocido el consumidor, no la habría adquirido o hubiera dado un menor precio por ella.

⁷⁴ Ecuador Unidad Judicial Penal de Portoviejo, “Sentencia”, en *Juicio No: 13283-2015-02171*, 17 de agosto de 2016.

Tanto la devolución como la reposición son procedentes cuando se violan preceptos relativos al derecho de garantía. Sobre el alcance del concepto de garantía Carranza y Rossi señalan:

La LDC utiliza la expresión *garantía* en varios sentidos. Por un lado, se refiere a la seguridad que da el proveedor del buen funcionamiento de la cosa, y el consiguiente deber de reparación gratuita que vendedores o, fabricantes de ciertos productos deben otorgar durante un lapso determinado a los consumidores. Por otro lado, es la seguridad de que las cosas vendidas son de la calidad y cantidad pactadas.⁷⁵

El capítulo IV de la LODC se refiere a la Información Básica Comercial, criterio este que deben cumplir los bienes muebles de naturaleza durable para su comercialización en los siguientes términos:

Art. 11.- Garantía.- Los productos de naturaleza durable tales como vehículos, artefactos eléctricos, mecánicos, electrodomésticos y electrónicos, deberán ser obligatoriamente garantizados por el proveedor para cubrir deficiencias de la fabricación y de funcionamiento. Las leyendas “garantizado”, “garantía” o cualquier otra equivalente, sólo podrán emplearse cuando indiquen claramente en qué consiste tal garantía, así como las condiciones, forma, plazo y lugar en que el consumidor pueda hacerla efectiva.

Toda garantía deberá individualizar a la persona natural o jurídica que la otorga, así como los establecimientos y condiciones en que operará.⁷⁶

La enumeración que consta de la norma transcrita, que es de cláusula abierta, debe ser entendida en el contexto de la misma, es decir, que tal garantía aplica respecto de bienes sujetos a procesos de producción que posean deficiencias de fabricación o funcionamiento. Veamos un caso de aplicación de este precepto normativo:

[...] adquirió un artefacto específicamente un televisor marca Samsung, de 46 pulgadas en los Almacenes de Marcimex, sucursal Quevedo con una garantía extendida de dos años, artefacto que le fue entregado en mala calidad y el remplazo que le entregaron otro televisor al séptimo mes ya no encendió, solamente se escuchaba la voz y con una mancha en la parte superior izquierda [...] dentro del proceso lógico de los elementos de prueba tenemos la orden de reparación de artefactos expedido por la compañía demandada Marcimex, en que en su parte del registro del artefacto, establece como daño del artículo que no sale imagen y que presenta un mancha en el lado izquierdo, situación que la compañía demandada ha alegado [...] no cubre la garantía[. T]anto la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, como el certificado de garantía de la compañía Samsung, establece[n] como causa de anulación de la garantía cuando el artefacto ha recibido por fuentes externas golpes, rayado, fisuras, elemento probatorio

⁷⁵ Luis R. Carranza y Jorge O. Rossi, *Derecho del Consumidor. Derechos y acciones de resguardo de los consumidores y usuarios* (Córdoba: Alveroni Ediciones, 2009), 137.

⁷⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial, Suplemento, 116, 10 de julio de 2000, art.11.

que no tiene sentido de un mayor análisis por cuanto la misma compañía Marcimex establece el daño presentado por el televisor, es porque no presenta imagen y presenta una mancha al lado izquierdo.⁷⁷

El derecho de garantía frente a deficiencias de fabricación o funcionamiento en los bienes no fungibles implica las siguientes obligaciones del proveedor: reparación, reposición, provisión de servicio técnico y de repuestos. Al analizar este derecho, respecto de un caso concreto en el que se alega falta de motivación, de manera muy sucinta la Corte Constitucional recoge los siguientes criterios:

De la lectura de la decisión impugnada, en el considerando tercero la jueza expresa que los bienes de naturaleza durable como los vehículos y otros, serán garantizados por el proveedor por un tiempo razonable para cubrir deficiencias de la fabricación y de funcionamiento. Más adelante indica que la garantía debe constar en un documento, por último enfatiza el peritaje realizado al motor del vehículo, culminando con la absolución del denunciado y revocando la sentencia subida en grado.⁷⁸

El fallo determina que, en la sentencia impugnada, no existe comprensión ya que no basta determinar la existencia de una garantía, sino que esta debe ser específica, por un tiempo razonable y constante en documento escrito.

1.3. Reparación de productos defectuosos

La reparación o reposición también pueden provenir de reparaciones defectuosas. Bajo este supuesto, se encuentran los bienes de naturaleza durable que sean objeto de reparación o arreglo cuando presenten defectos en su fabricación o indebido funcionamiento proveniente de la nueva reparación⁷⁹ –recuérdese que cuando sean manifiestamente ineptos para su uso procede la reposición del bien o la devolución del precio–. Tal garantía es exigible tanto respecto del fabricante como del prestador del servicio de reparación. Al efecto, debe entenderse que el bien reparado es sujeto de un

⁷⁷ Ecuador Juzgado Cuarto de lo Penal de los Ríos, “Sentencia”, en *Juicio No. 12254-2014-0033*, 18 de marzo de 2014.

⁷⁸ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” No. 077-15-SEP-CC, en *Caso No: 2108-11-EP*, 18 de marzo del 2015.

⁷⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial, Suplemento, 116, 10 de julio de 2000, art.22. Reparación defectuosa.- Cuando un bien objeto de reparación presente defectos relacionados con el servicio realizado e imputables al prestador del mismo, el consumidor tendrá derecho, dentro de los noventa días contados a partir de la recepción del bien, a que se le repare sin costo adicional o se reponga el bien en un plazo no superior a treinta días, sin perjuicio a la indemnización que corresponda. Si se hubiere otorgado garantía por un plazo mayor, se estará a este último.

nuevo derecho de garantía, aplicable al servicio de reparación, considerado como una nueva prestación ajena o accesoria a la garantía inicial.

La garantía por reparación defectuosa es exigible dentro del plazo de noventa días desde que se recibió el bien reparado y, en este caso, el consumidor puede optar por las siguientes opciones: (i) nueva reparación gratuita o, (ii) reposición del bien.

Ahora bien, debe quedar claro que se exime de responsabilidad al prestador del servicio de reparación cuando ha informado expresamente sobre el riesgo de nuevo daño o transitoriedad del arreglo del bien de que se trate. Así lo determina el RLODC.⁸⁰

Procede también la reposición o restitución por pérdida ocasionada en reparación defectuosa.⁸¹ En el evento de que por efectos de un servicio (reparación, mantenimiento, limpieza u otros similares) el bien objeto del mismo se pierda o deteriore total o parcialmente, habrá lugar a la restitución del valor del bien.⁸²

La reposición puede también provenir del uso de repuestos o componentes que no sean nuevos, pues por regla general los repuestos que se utilicen en la reparación de bienes con defectos de fabricación o indebido funcionamiento deben revestir tal calidad, salvo estipulación en contrario. En caso de que los repuestos resulten defectuosos, habrá lugar a la sustitución gratuita, es decir, reposición de los mismos, sin perjuicio de otras sanciones aplicables.⁸³

1.3.1. Reparación accesoria en servicios públicos domiciliarios

⁸⁰ Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial 287, 19 de marzo de 2001. art. 24.

⁸¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial, Suplemento, 116, 10 de julio de 2000, art.23. Deterioro de los bienes.- Cuando el bien objeto del servicio de acondicionamiento, reparación, limpieza u otro similar sufre tal menoscabo o deterioro que disminuya su valor o lo torne parcial o totalmente inapropiado para el uso normal al que está destinado, el prestador del servicio deberá restituir el valor del bien, declarado en la nota de ingreso, e indemnizar al consumidor por la pérdida ocasionada.

⁸² Es también procedente la sanción de clausura por no restitución del valor de bienes deteriorados: LODC: “Art. 73.- El proveedor que incurra en lo establecido en el artículo 23 de la presente Ley, e incumpla las obligaciones allí establecidas, será sancionado con la clausura temporal o definitiva del establecimiento”.

⁸³ Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial, Suplemento, 116, 10 de julio de 2000, art.24. Repuestos.- En los contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea la reparación de cualquier tipo de bien, se entenderá implícita la obligación de cargo del prestador del servicio, de emplear en tal reparación, componentes o repuestos nuevos y adecuados al bien de que se trate, a excepción de que las partes convengan expresamente lo contrario.

El incumplimiento de esta obligación dará lugar, además de las sanciones e indemnizaciones que correspondan, a que se obligue al prestador del servicio a sustituir, sin cargo adicional alguno, los componentes o repuestos de que se trate.

De acuerdo con la definición contenida en el art. 2 de la LODC los “servicios públicos domiciliarios [son] los prestados directamente en los domicilios de los consumidores, ya sea por proveedores públicos o privados tales como servicios de energía eléctrica, telefonía convencional, agua potable, u otros similares”.⁸⁴ La obligación de prestar servicios eficientes, de calidad, oportunos, continuos y permanentes, a precios justos, surge en los términos del art. 32 *ibidem* en cualquier forma en la que se preste el servicio, ya directamente o como consecuencia de contratos de concesión otorgados por el Estado. Cuando el proveedor de estos servicios ocasione a los consumidores daños, ya por negligencia o mala calidad, será responsable de indemnizar por los daños causados, ello mediante reclamación de seguros que se debiese contratar para este fin⁸⁵ o de manera directa.⁸⁶

1.4. Retiro, sustitución o reemplazo de productos riesgosos

La Ley Orgánica de Salud establece las infracciones de carácter administrativo y regula el procedimiento sancionador, cuando se verifica en el mercado la existencia de productos riesgosos:

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

- a) El uso de aditivos para disimular, atenuar o corregir las deficiencias tecnológicas de producción, manipulación o conservación y para resaltar fraudulentamente sus características;
- 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;
- j) La exhibición y venta de productos cuyo período de vida útil haya expirado.⁸⁷

Dichas infracciones se encuentran sancionadas con multa de diez salarios básicos unificados del trabajador en general, decomiso y clausura temporal o definitiva del establecimiento, al igual que la comercialización y expendio de productos

⁸⁴ Ídem, art.2.

⁸⁵ El segundo inciso del art. 33 de la LODC obliga a informar al consumidor sobre la existencia o no de seguros accesorios al contrato de prestación del servicio, cobertura y demás condiciones.

⁸⁶ Ídem, art.33. Información al consumidor.- [inc. 3] Sin perjuicio de la cobertura que los seguros accesorios den para el caso de muerte o perjuicio a la salud del consumidor, la empresa proveedora de servicios públicos domiciliarios, será directamente responsable de indemnizar por los daños causados a los consumidores por negligencia o mala calidad en la prestación de dichos servicios

⁸⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Salud*, Registro Oficial, Suplemento, 423, 22 de diciembre de 2006, art. 146.

procesados para el uso y consumo humano que no cumplan con la obtención previa de la notificación o registro sanitario.

La aplicación de sanciones en esta materia es acumulativa, es decir, que se aplica la sanción legal a cada una de las infracciones que se hayan verificado, sin perjuicio de que se pueda iniciar acciones de naturaleza penal si la autoridad así lo estima. La competencia dependerá de las infracciones que se evidencien, pues, en primera instancia pueden actuar el Director Ejecutivo de la Agencia, las autoridades zonales de la Agencia y los comisarios de la Agencia.⁸⁸

La existencia de esta normativa no impide el ejercicio de las acciones establecidas en la LODC respecto de la existencia en el mercado productos riesgosos (bienes de consumo), según lo regulado en el Capítulo X de la LODC que se refiere a la protección a la salud y seguridad.⁸⁹

En la sentencia dictada dentro del proceso por infracción a la LODC, seguido en contra de The Tesalia Springs Company S.A.,⁹⁰ por un ciudadano que reclamaba por la aparición de un objeto extraño en una bebida, el juez, estimando la procedencia de la denuncia, dispuso se remita el proceso en copias certificadas, junto con el envase de la botella de bebida gaseosa, al Ministerio de Salud y a la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigencia Sanitario, a fin de que inicien las acciones

⁸⁸ El procedimiento administrativo según la Ley Orgánica de Salud se iniciará con la notificación del auto inicial y señalamiento del día y hora para que tenga lugar la audiencia de juzgamiento. En la audiencia de juzgamiento, se oirá al infractor, que intervendrá por sí o por medio de su abogado; se recibirán las pruebas que presente o se abrirá la causa a prueba por el término de seis días, en la cual se practicarán todas las pruebas que se soliciten. Finalmente, de no haberse solicitado que se abra la causa a prueba, o una vez vencido el término de prueba y practicadas todas las diligencias oportunamente solicitadas, la autoridad dictará la resolución en el término de cinco días. Las resoluciones pueden ser apeladas dentro del término de tres días luego de ser notificadas. No obstante, el Código Orgánico Administrativo, en plena vigencia a partir del mes de julio del 2018, modificaría este procedimiento en varios aspectos como el contenido y notificación del acto de iniciación, la necesidad de adjuntar y anunciar prueba en la primera comparecencia, siendo el señalamiento de audiencia facultativo de la autoridad. Respecto de bienes de naturaleza fungible o de consumo, en muchos casos publicitados con “garantía de satisfacción”, se debe estar además a lo dispuesto en las normas sobre rotulado mínimo de alimentos o productos de consumo humano o a las reglas generales sobre productos riesgosos, bienes que puedan causar daño o que posean mala calidad.

⁸⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial, Suplemento, 116, 10 de julio de 2000, art.58. Productos riesgosos.- En caso de constatarse que un bien de consumo adolece de un defecto o constituye un peligro o riesgo de importancia para la integridad física, la seguridad de las personas o del medio ambiente, aun cuando se utilice en forma adecuada, el proveedor del mismo deberá, sin perjuicio de las responsabilidades a las que hubiere lugar, informar de tal hecho a los consumidores del bien, retirarlo del mercado y, cuando sea procedente, sustituirlo o reemplazarlo a su costo.

⁹⁰ Ecuador Unidad Judicial Penal con sede en la Parroquia Iñaquito, “Sentencia”, en *Juicio No: 17151-2013-3248*, 22 de julio de 2014.

administrativas y apliquen las sanciones pertinentes a la empresa The Tesalia Springs Company S.A.

El descrito es sin duda un caso aislado, pues se trataba de la presencia de un objeto extraño en una botella de gaseosa. Sin embargo, cuando la generalidad de los productos de una misma especie, destinados al consumo, revisten peligrosidad o toxicidad procede también la prohibición de comercialización.⁹¹

Independientemente de las facultades jurisdiccionales, la obligación de impedir la comercialización de productos riesgosos debe radicar de manera principal y primaria en el propio proveedor. Al comentar el Real Decreto 1801/2003 de 26 de diciembre sobre Seguridad General de los Productos, María Ángeles Parra Lucán distingue entre la recuperación y retirada, y señala:

La recuperación incluye las medidas destinadas a obtener la devolución de un producto ya puesto a disposición del usuario final y la retirada cualquier medida destinada a prevenir la comercialización de un producto que se encuentre en la cadena de suministro.[...] Así, los productores que descubran o tengan indicios suficientes de que han puesto en el mercado productos que presentan para el consumidor riesgos incompatibles con el deber general de seguridad, deben adoptar, sin necesidad de requerimiento de los órganos administrativos competentes, las medidas adecuadas para evitar los riesgos, incluyendo informar a los consumidores mediante, en su caso, la publicación de avisos especiales, retirar los productos del mercado o recuperarlos de los consumidores.⁹²

El Real Decreto, que se ha citado, hace una diferenciación en los conceptos presentados: (i) la *retirada*, que procede cuando el producto ya ha sido puesto a disposición del usuario, y por tanto es necesario impedir que continúe en el comercio para que no llegue a ser adquirido; y, (ii) la *recuperación*, que procede cuando el bien ya fue adquirido por el consumidor y es necesario recabarlos directamente del consumidor para evitar los daños. Conforme lo establece la autora, estas acciones deberían realizarse incluso sin necesidad de requerimiento, únicamente ante el conocimiento de que se ha puesto en el mercado productos que presentan riesgos a la seguridad de los consumidores.

⁹¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial, Suplemento, 116, 10 de julio de 2000, art.59. Prohibición de comercialización.- Comprobada por cualquier medio idóneo, la peligrosidad o toxicidad de un producto destinado al consumo humano, en niveles considerados como nocivos o peligrosos para la salud del consumidor, la autoridad competente dispondrá el retiro inmediato de dicho bien o producto del mercado y la prohibición de circulación del mismo.

Los daños y perjuicios producidos por la acción de dichos bienes o productos serán de cargo del proveedor, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

⁹² Ángeles Parra Lucán, *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, (Madrid: Editorial Reus, S.A., 2011), 32-33.

1.5. Suspensión y rectificación de publicidad engañosa o abusiva

Los casos de publicidad engañosa o abusiva (art. 2 LODC) están sujetos a sanción en caso de verificarse la conducta tipificada en el art. 72 de la LODC⁹³, que incluye como medidas de reparación la suspensión de la publicidad y la difusión de la rectificación de contenido. Adicionalmente, procede el comiso de los bienes o la suspensión del derecho a ejercer actividades en el campo de la prestación del servicio o publicidad.⁹⁴ Se trata, a decir de Fernando E. Shina, de una infracción formal, que viola el principio general de buena fe y que por tanto no requiere de prueba:

[...] por tratarse una infracción formal, no requiere prueba de la intencionalidad de producir confusión o engaño, ni que efectivamente lo haya ocasionado, ni que de ese engaño se haya derivado un beneficio material para el infractor; la infracción se perfecciona por la simple existencia de la propaganda falsa. Sin duda, el otro principio general del derecho que viola toda publicidad falsa es el de buena fe, consagrado en el art. 1198 del Cod. Civil. Dicho de otro modo, quien contrató, animado por una publicidad engañosa, no tiene verdadero entendimiento de los alcances del acto jurídico que ha consentido. Tampoco ocasiona dudas afirmar que quien propició este acto no lo hizo de buena fe, como lo establece este principio rector.⁹⁵

En un importante fallo, ratificado en apelación, propuesto contra una empresa aparentemente dedicada a la venta de vehículos, que sin embargo no los comercializaba sino que captaba recursos del público para invertirlos a su arbitrio, se ha estimado lo siguiente:

[...] de igual manera es evidente que el contrato firmado entre la reclamante y CONECA violenta lo determinado en el Art. 44 *ibidem*, pues como ya se ha señalado el contrato impone, el cobro de multas, comisiones, intereses y penalizaciones en perjuicio del consumidor, sin que tengan justificación alguna el cobro de estos rubros, pues es obligación del consumidor pagar únicamente por los servicios que efectivamente haya

⁹³ Ídem, art. 72. El proveedor cuya publicidad sea considerada engañosa o abusiva, según lo dispuesto en el artículo 7 de esta Ley, será sancionado con una multa de mil a cuatro mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda de curso legal. Cuando un mensaje publicitario sea engañoso o abusivo, la autoridad competente dispondrá la suspensión de la difusión publicitaria, y además ordenará la difusión de la rectificación de su contenido, a costa del anunciante, por los mismos medios, espacios y horarios. La difusión de la rectificación no será menor al treinta por ciento (30%) de la difusión del mensaje sancionado.

⁹⁴ Ídem, art. 70. Sanción general.- Las infracciones a lo dispuesto en esta Ley, siempre que no tengan una sanción específica, serán sancionadas con multa de cien a mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda de curso legal, y si es del caso, el comiso de los bienes, o la suspensión del derecho a ejercer actividades en el campo de la prestación del servicio o publicidad, sin perjuicio de las demás sanciones a las que hubiere lugar. El pago de las sanciones pecuniarias no libera al proveedor de cumplir con las obligaciones que le impone la ley.

⁹⁵ Fernando E. Shina, Daños al consumidor (Buenos Aires: Astrea, 2014), 60.

recibido, lo que en este caso no ha sucedido pues la reclamante [...] no ha recibido servicio alguno por parte de CONECA, por lo que los cobros de comisiones, multas e intereses realizados por CONECA devienen en ilegales y perjudiciales a los intereses del consumidor.- De los recaudos procesales y de la prueba documental, que la reclamante ha agregado al proceso es decir los recibos de los pagos realizados a favor de CONSORCIO AUTOMOTRIZ CONECA, queda totalmente justificado a criterio de este juzgador que la [...] ha realizado entregas de dinero en favor de CONSORCIO AUTOMOTRIZ CONECA, por la suma de total de SEIS MIL TRES DÓLARES AMERICANOS 33/100 (USD. 6003,33) dinero que como ya se ha dicho ha sido utilizado por CONECA a su arbitrio; sin que haya entregado servicio, bien o beneficio alguno en favor de la reclamante. [...].⁹⁶

En el fallo de apelación de esta causa, se realiza un interesante y pormenorizado análisis de la forma en la que se verifica la existencia de la publicidad engañosa:

La imagen consta de un dibujo que sugiere un vehículo y en el texto se lee “plan auto CONCECA CONSORCIO AUTOMOTRIZ”. Información que trasmite dos ideas principales la de un plan (servicio) y la de un auto (bien). [...] Es decir, la información constante en el imagotipo con el cual se identifica a la oferta realizada por la demandada, provoca confusión, pues si entendemos el texto en su sentido literal, el servicio-producto ofertado es un plan para adquirir un auto, y que la empresa comercializa autos, por ello se llama Consorcio Ecuatoriano Automotriz. [...]. De ninguna forma se entiende se trata de un servicio de gestión de compra o que consista en un sistema de auto financiamiento, en que los integrantes del grupo se financian entre todos para la adquisición del bien que desean comprar y que la empresa CONECA no pone recursos en las operaciones sino que cobra por la gestión que realiza, por el servicio, con la desventaja de que el integrante del grupo no tiene certidumbre del momento exacto en que le será adjudicado el bien, pero conoce que el tiempo no podrá exceder de setenta y dos meses (6 años). Un servicio como aquel debería tener nombres como “administradora de fondos grupales sin beneficios asegurados y con costos a 72 meses o 6 años” o “servicios de financiamientos grupales programados sin beneficios asegurados y con costos a 72 meses o 6 años”. De manera que con el uso de este imagotipo se ha omitido información y datos esenciales del producto y/o servicio que inducen a error al consumidor.⁹⁷

Llama la atención, en este caso, que se deslinda o exime de responsabilidad al usuario, quien más allá del imagotipo o presentación gráfica del servicio o nombre comercial del mismo, no ha cumplido su deber de informarse responsable y adecuadamente sobre los productos o servicios que adquiere y que, evidentemente, deben constar en el contrato de adhesión suscrito.

⁹⁶ Ecuador Juzgado Tercero de Contravenciones, “Sentencia”, en *Juicio No: 17553-2015-00075*, 30 de septiembre de 2015.

⁹⁷ Ecuador Unidad Judicial Penal con sede en la Parroquia Carcelén del Distrito Metropolitano de Quito, “Sentencia”, en *Juicio No: 17256-2015-00767*, 18 de abril de 2016.

2. Los daños y perjuicios

En las relaciones jurídicas, en general, es imposible asegurar o garantizar que las partes cumplan con sus obligaciones a cabalidad; en tal virtud, el legislador ha previsto la existencia de la llamada condición resolutoria y, como consecuencia de ella, la indemnización de daños y perjuicios.⁹⁸ En el juicio ordinario No. 488-2011, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, al citar y analizar la sentencia emitida por la Sala de Apelación, precisó que:

[...] esta opera en el caso de que exista un contrato válidamente celebrado y que uno de los contratantes no cumpla con su obligación contractual, puesto que los contratos son ley para las partes, pudiendo entonces el otro contratante, esto es, el que sí ha cumplido con su obligación, pedir a su arbitrio o la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo [...].⁹⁹

El art. 1572 del Código Civil establece que la indemnización de perjuicios es exigible por no haberse cumplido la obligación, cuando esta se ha cumplido imperfectamente, o en el caso de retardo en el cumplimiento. El artículo 1573 *ibídem* precisa que tal indemnización se debe desde que el deudor se ha constituido en mora. Finalmente, se agrega en el art. 1574 que ante, la inexistencia de dolo, el deudor responde de los perjuicios previsibles al tiempo del contrato y, en caso de dolo, de todos los perjuicios, sea que provengan del incumplimiento o del retardo.¹⁰⁰

En otras legislaciones relacionadas con el DDC, el tratamiento de este tema podría asimilarse al concepto de “daño directo” en la medida que este excluye a los daños no patrimoniales o morales, y es susceptible de apreciación pecuniaria. Wajtraub, al comentar el texto del art. 40 bis¹⁰¹ de la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina, manifiesta:

⁹⁸ Ecuador, *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial, Suplemento, 46, 24 de junio de 2005, art. 1505.- En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

⁹⁹ Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Juicio No: 488-2011*, 19 de julio de 2011.

¹⁰⁰ Ecuador, *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial, Suplemento, 46, 24 de junio de 2005, art. 1574.

¹⁰¹ Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afectaciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida, ni en general, a las consecuencias no patrimoniales.

La reforma integral de la legislación sobre protección de los consumidores introducida a través de la Ley 26.361 significó la incorporación de un instituto particular que posibilita la obtención de una reparación de ciertos daños sufridos por la víctima en el marco del procedimiento administrativo del microsistema de consumo. [...]

Decía el texto legal que “daño directo” es todo perjuicio o menoscabo al derecho del consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

En el debate parlamentario en el que se trató la incorporación de la figura se manifestó que lo que se permite es que los usuarios y consumidores obtengan una reparación que de otra manera sería impracticable.¹⁰²

En nuestra jurisprudencia, respecto de la procedencia de la acción de daños y perjuicios, se ha manifestado:

Toda acción de perjuicios impone la existencia de éstos; no puede responderse civilmente por lo que no existe. El daño se clasifica en material o patrimonial y moral. En la responsabilidad civil contractual, nuestra legislación solo admite el daño material o patrimonial. El daño material es el menoscabo o detrimento en sí mismo del patrimonio de una persona y puede dividirse; según el artículo 1599 del Código Civil, en daño emergente y lucro cesante. El primero es la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, el empobrecimiento del patrimonio, que es el perjuicio efectivamente jurídico. El segundo implica la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, la pérdida de ganancias de las cuales se ve privado el damnificado. La comprobación de los daños es previa a cualquier otra. No comprobarse el menoscabo patrimonial significa que no hay sujeto activo que lo haya ocasionado, ni sujeto pasivo que lo haya padecido. Es por ello que el daño es la clave de la responsabilidad en materia civil, y su existencia es requisito sin qua non para la imputación de aquello.¹⁰³

Hasta antes de la expedición del COIP, la acción de indemnización de daños y perjuicios resultaba accesoria, consecuencia de la sentencia condenatoria en caso de contravenciones, en tanto se hubiese presentado acusación particular.¹⁰⁴ En efecto, la obligación de pagar daños y perjuicios debía ser establecida por el juez contravencional como parte de los requisitos de la sentencia condenatoria, en la forma establecida en el art. 402 del CPP.¹⁰⁵ Así mismo, en materia civil, si bien era procedente la reclamación

¹⁰² Javier H. Wajtraub, *Justicia del consumidor* (Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2014), 233.

¹⁰³ Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil, *Resolución No. 204-2004*, Registro Oficial, Suplemento, 532, 25 de Febrero del 2005.

¹⁰⁴ Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*, Registro Oficial, Suplemento, 360, 13 de enero de 2000, art. 391. Daños y perjuicios.- El juez que sentencie una contravención es también competente para conocer de la acción correlativa de daños y perjuicios, la que se sustanciará en juicio verbal sumario y en cuaderno separado. De la sentencia que dicte en este juicio no habrá recurso alguno.

¹⁰⁵ *Ibíd.* art. 402.- Sentencia.- La sentencia dictada por el juez será motivada y deberá condenar o absolver. En caso de sentencia condenatoria se ordenará el pago de costas y se mandará pagar los daños y los perjuicios, si se hubiera propuesto acusación particular. En caso de sentencia absolutoria se condenará en costas al denunciante o acusador particular que hubiese procedido temerariamente. La liquidación de las costas la hará el mismo juez de la causa. En cuanto a los honorarios de los abogados defensores, se los fijará de conformidad con la ley”.

de daños y perjuicios como objeto de la acción principal, se tenía similar tratamiento al descrito en materia penal, pues se debían liquidar en juicio verbal sumario los intereses, daños y perjuicios establecidos en sentencia ejecutoriada.¹⁰⁶

La acción en referencia tenía ciertas limitaciones y diferencias respecto del juicio verbal sumario propiamente dicho, como el hecho de que no en todos los casos se requería práctica de prueba¹⁰⁷, además de que la sentencia no era susceptible de recurso.¹⁰⁸

Hoy en día, el juicio verbal sumario para la liquidación de daños y perjuicios ha sido derogado, por lo que se analizará más adelante el mecanismo de reparación pertinente, considerando que el presupuesto normativo que exige tal indemnización, en los casos de condena por infracción a la LODC, mantiene vigencia.

3. La acción por daños y perjuicios implícita en sentencia condenatoria

La LODC establece que es un derecho fundamental del consumidor (art 4.8) el acceder a “la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios”.¹⁰⁹ No obstante, esta reparación e indemnización se encuentra sujeta a otra vía procedimental inaplicable en la actualidad que será objeto de estudio como problema procesal en el siguiente capítulo:

Art. 87.- Daños y perjuicios.- La sentencia condenatoria lleva implícita la obligación del sentenciado de pagar daños y perjuicios al afectado, costas y honorarios. El cobro de daños y perjuicios se lo hará de conformidad con lo que dispone el artículo 391 del

¹⁰⁶ Ecuador, *Codificación del Código de Procedimiento Civil*, Registro Oficial, Suplemento, 58, 12 de julio de 2005, art. 828. Están sujetas al trámite que esta Sección establece las demandas que, por disposición de la ley o por convenio de las partes, deban sustanciarse verbal y sumariamente; las de liquidaciones de intereses, frutos, daños y perjuicios, ordenadas en sentencia ejecutoriada; las controversias relativas a predios urbanos entre arrendador y arrendatario o subarrendatario, o entre arrendatario y subarrendatario, y los asuntos comerciales que no tuviesen procedimiento especial

¹⁰⁷ Ídem, art. 835. De no obtenerse la conciliación y si se tratare de liquidación de intereses, frutos, daños y perjuicios, ordenada por sentencia ejecutoriada, en la que se hayan determinado las bases y el modo de practicarla, la jueza o el juez hará la liquidación en la misma audiencia o dejará notificadas a las partes para practicarla dentro de los tres días siguientes, pudiendo asesorarse con un perito, que él nombrará y cuyo dictamen se agregará a la sentencia. De tratarse de cuestiones de puro derecho, expedirá sentencia en el mismo acto o dentro de los tres días siguientes.

¹⁰⁸ Ídem, art. 845. En el juicio verbal sumario que se efectúe para liquidar intereses, frutos, daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada, el fallo no será susceptible de recurso alguno. En los demás casos de juicio verbal sumario, se concederá el recurso de apelación, únicamente, de la providencia que niegue el trámite verbal sumario, o de la sentencia conforme al artículo 838.

¹⁰⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial, Suplemento, 116, 10 de julio de 2000, art.4.8.

Código de Procedimiento Penal, publicado en el Registro Oficial 360 del 13 de enero de 2000.¹¹⁰

De lo expuesto se colige que en todos los casos de mérito, debía evacuarse, a petición de parte, la acción accesoria de daños y perjuicios. No obstante, existen casos en que esta vía fue negada *prima facie* a pesar de la sentencia condenatoria, bajo el supuesto de que no se podría evidenciar la existencia de daños (afectación directa, física, psicológica o de salud) al evacuar el proceso de juzgamiento, tal como se manifiesta en el siguiente caso:

[...] ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se declara con lugar la Acusación Particular presentada por el señor [...], se condena a la Empresa “THE TESALIA SPRINGS COMPANY S.A.”, representada por el señor [...] por haber infringido las disposiciones de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, contenidas en los Arts. 55 numeral 5; 64; 65; 66; 67; 68; y, de conformidad a lo establecido en el Art. 71 IBÍDEM, en concordancia con el Art. 28 de la precitada Ley que establece la responsabilidad se le impone lo siguiente: 1.- Al pago de (1000.00 USD), UN MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA por concepto de multa que serán depositados en las cuentas que tiene para el efecto el Consejo de la Judicatura; 2.- A la devolución del producto (bebida gaseosa quíntuple sabor a piña de las mismas cualidades que la adquirida), al señor [...] que será consignada en esta Judicatura. 3.- Sin daños y perjuicios que reconocer en virtud de que no sufrió afectación directa, física, psicológica ni de salud; [...].¹¹¹

Aunque la norma general supone que siempre que exista sentencia condenatoria por una infracción a la LODC es pertinente indemnizar al usuario o consumidor, la excepción se presenta cuando no exista daño. Al respecto, se ha pronunciado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de Argentina (Exp. 327076/05 resuelto 20 de mayo de 2008), que confirmó la aplicación de una multa impuesta por la Dirección Nacional de Comercio Interior a una empresa por efectuar publicidad de una oferta de productos sin informar la cantidad con los que contaba para cubrirla en infracción la Ley de Defensa del Consumidor¹¹².

Dicha corte declaró: “Ha quedado suficientemente claro que se trata de una infracción formal que no requiere la existencia de perjuicio concreto alguno en terceros, bastando para su configuración el mero incumplimiento.” De lo expuesto se evidencia

¹¹⁰ Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*, Registro Oficial, Suplemento, 360, 13 de enero de 2000. art. 87.

¹¹¹ Ecuador Unidad Judicial Penal con sede en la Parroquia Iñaquito, “Sentencia”, en *Juicio No: 17151-2013-3248*, 22 de julio de 2014.

¹¹² Cfr. Luis R. Carranza y Jorge O. Rossi, *Derecho del Consumidor. Derechos y acciones de resguardo de los consumidores y usuarios* (Córdoba: Alveroni Ediciones, 2009), 70-72.

que también puede existir infracción sancionable sin que exista un daño reparable inmediato.

4. La reparación integral

Al constatarse la vulneración de derechos del sujeto de protección, debe procederse a la reparación integral, material e inmaterial, así como la especificación e individualización de las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.¹¹³ El desarrollo o contenido del derecho a la reparación integral se encuentra, de manera general, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, art. 18:

Art. 18.- Reparación integral.- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida¹¹⁴

Resulta interesante que, en esta materia –garantías jurisdiccionales–, la determinación de la cuantía de la reparación material, e inclusive la inmaterial en tanto imponga una erogación apreciable en dinero, debe establecerse en procedimiento sumario, que, a diferencia de lo que ocurría con los juicios verbal y sumarios de

¹¹³ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia 146-14-SEP-CC”, en *Caso No. 1773-11-EP*, 01 de octubre de 2014.

¹¹⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional*, Registro Oficial, Segundo Suplemento, 52, 22 de octubre de 2009, art. 18.

liquidación de daños y perjuicios, previstos tanto en la LODC y LORCPM, admite recurso jerárquico e inclusive casación.¹¹⁵

Aunque las normas referidas se vinculan o aplican directamente al ejercicio de acciones de garantías constitucionales jurisdiccionales, debe entenderse que el derecho a la reparación integral es transversal y, por tanto aplicable a todas las resoluciones judiciales, pues se trata efectivamente de un derecho constitucional. Así lo ha señalado la Corte Constitucional:

En este contexto, la reparación integral en el ordenamiento ecuatoriano constituye un verdadero derecho constitucional, cuyo titular es toda persona que se considere afectada por la vulneración de sus derechos reconocidos en la Constitución. Adicionalmente, es un principio orientador que complementa y perfecciona la garantía de derechos; así, esta institución jurídica se halla inmersa en todo el ordenamiento constitucional ecuatoriano, siendo transversal al ejercicio de los derechos.¹¹⁶

La Corte Constitucional ha referido la dimensión histórica del derecho a la reparación integral, entendida también como principio, y ha establecido el alcance de la misma en los aspectos material e inmaterial, procurando el restablecimiento del derecho vulnerado, facultando inclusive al juez constitucional amplia discrecionalidad en el evento de que no quepa dicho restablecimiento:

En este sentido, un cambio sustancial en el modelo constitucional actual en comparación con el modelo del año 1998, es la creación de la garantía de la reparación integral, mediante la cual se consolida la restitución y reparación de los derechos constitucionales que hayan sido vulnerados. La Constitución de 1998 determinaba que ante la violación de derechos la jueza o juez podía "adoptar medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos. Es decir, se limitaba a establecer la adopción de medidas urgentes que quedaban a discrecionalidad del juez, cuyo objeto principal era remediar las consecuencias del acto vulneratorio. [...]

En la Constitución del año 2008 se establece a la reparación integral como un "derecho" y un principio, por medio del cual las personas cuyos derechos han sido afectados, reciben por parte del Estado todas las medidas necesarias, a fin de que se efectúe el resarcimiento de los daños causados como consecuencia de dicha vulneración. [...]

Ante ello, los jueces constitucionales se encuentran en la obligación de ser creativos al momento de determinar las medidas de reparación integral que dentro de cada caso puesto a su conocimiento deban ser establecidas, a fin de que la garantía jurisdiccional

¹¹⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional*, Registro Oficial, Segundo Suplemento, 52, 22 de octubre de 2009, art. 19. Reparación económica.- Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes

¹¹⁶ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia" 004- 13-SAN-CC, *Caso No. 0015-10-AN*, 13 de junio de 2013.

sea efectiva y cumpla su objetivo constitucional, evitando vincular únicamente a la reparación integral con una reparación reducida a lo económico, ya que su naturaleza es distinta. Por esta razón, dicha determinación deberá ser proporcional y racional con relación a la función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación del proyecto de vida de la persona.

Bajo este supuesto, la reparación integral incluye tanto una reparación material como inmaterial del daño causado, cuyo objetivo es que las personas cuyos derechos han sido vulnerados, gocen y disfruten del derecho que les fue privado, de la manera más adecuada posible, procurándose que se restablezca la situación anterior a la vulneración y se ordenen las compensaciones atinentes al daño sufrido. En los casos en que por las circunstancias fácticas de cada caso, el derecho no pueda ser restablecido, el juez constitucional debe establecer la medida más se aproxime a garantizar el resarcimiento del daño provocado.¹¹⁷

En el mismo orden constitucional, encontramos la obligación de reparar a las personas víctimas de la comisión de infracciones penales.¹¹⁸ Desde esta perspectiva –recuérdese que el procedimiento de juzgamiento de infracción a la LODC tiene amplia relación con normas adjetivas penales–, el alcance del concepto de reparación integral está dado por el art. 77 del COIP, que señala:

Artículo 77.- Reparación integral de los daños.- La reparación integral radicará en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado.

La restitución integral constituye un derecho y una garantía para interponer los recursos y las acciones dirigidas a recibir las restauraciones y compensaciones en proporción con el daño sufrido.¹¹⁹

Un caso reciente, y quizá uno de los pocos que se conocen en que se ha sancionado el delito de engaño al consumidor¹²⁰, ha abordado el tema de la reparación integral de la siguiente forma:

¹¹⁷ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” 146-14-SEP-CC, *Caso 1773-11-EP*, 01 de octubre de 2014.

¹¹⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 78. “Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial... Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado”

¹¹⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial, Suplemento, 180, 10 de febrero de 2014, art. 77.

¹²⁰ Ídem, art. 235 “Engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos.- La persona que provoque error al comprador o al usuario acerca de la identidad o calidad de la cosa o servicio vendido, entregando fraudulentamente un distinto objeto o servicio ofertado en la publicidad, información o contrato o acerca de la naturaleza u origen de la cosa o servicio vendido, entregando una semejante en apariencia a la que se ha comprado o creído comprar, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año./ Si se determina responsabilidad penal de una persona jurídica, será sancionada con multa de diez a quince SBU”

...en cuanto al delito de engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de las cosas o servicios vendidos, infiere fuera de toda duda que hay responsabilidad de la persona jurídica Clínica la Primavera conforme lo establecido en el Art. 235 inciso 2, por lo tanto se le impone la multa de 15 salarios básicos Unificados del trabajador en general. Al tratarse de un concurso real establecido en el Art. 20 del Código Orgánico Integral Penal (*sic.*) y conforme lo establecido en el acápite décimo, corresponde en lo referente a la pena la aplicación del principio de acumulación “La pluralidad de hechos y delitos (el llamado concurso real de delitos, aplicable también a las faltas) se resuelve con la técnica de la acumulación de penas aplicables”, por lo cual se le impone la pena acumulada de multa de 65 salarios básicos unificados del trabajador en general y la extinción de la persona jurídica Clínica la Primavera.[...] ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR LA AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, este Tribunal de Garantías Penales en unanimidad declara la CULPABILIDAD de [...]; de LA PERSONA JURÍDICA CLÍNICA LA PRIMAVERA responsable de los delitos tipificados y sancionado en los Arts. 217 inciso 3; y, 235 del Código Orgánico Integral Penal, a quién, por encontrarse acorde a lo establecido en el Art. 20 del Código Orgánico Integral Penal, se le impone por principio de acumulación la multa de 65 salarios básicos unificados del trabajador en general y la extinción de la persona jurídica Clínicas la Primavera [...] Sustentados con las pruebas presentadas en esta audiencia de los testimonios y de la prueba documental correspondiente se dispone como reparación simbólica y garantías de no repetición: 1.- Disculpas públicas a las víctimas; 2.- Publicación de la sentencia en medios públicos de comunicación impreso y digital; y, 3.- Envío de la sentencia al Ministerio de Salud Pública del Ecuador para que ejerza control efectivo de las instituciones públicas y privadas en este tipo de servicios de parto en agua. [...]¹²¹

Cabe señalar que la sentencia del recurso de apelación¹²² ratifica la condena a esta persona jurídica por el delito previsto en el art. 235 del COIP exclusivamente, por lo que la sanción impuesta fue de 15 salarios básicos unificados del trabajador en general, sin que exista modificación respecto de la reparación integral dispuesta.

5. Los daños punitivos

Bajo los presupuestos estudiados, es pertinente afirmar que la reparación excede claramente la indemnización de daños y perjuicios. En este sentido, dado el alcance – aun creativo, desde la óptica constitucional como eje transversal– del que dispone el operador de justicia para orientar su decisión, procede que la misma establezca mecanismos de reparación que revisten el carácter de punitivo:

La responsabilidad civil asume un carácter punitivo cuando la indemnización excede la reparación del daño causado. En este caso, la indemnización es otorgada al demandante,

¹²¹ Ecuador Tribunal de Garantías Penales con Sede en la Parroquia Iñaquito, “Sentencia”, en *Juicio No: 17282-2017-03061*, 29 de marzo de 2018.

¹²² Ecuador Corte Provincial de Pichincha, Sala Penal, “Sentencia”, en *Juicio No: 17282-2017-03061*, 26 de septiembre de 2018.

al menos en parte en forma de *pena civil*, que es *retributiva* respecto de un comportamiento particularmente impropio, y es una *sanción disuasiva*, que mira hacia el futuro, porque su finalidad es amedrentar al demandado y a los otros que estén en posición de incurrir en la conducta reprochable.¹²³

Para que la estimación y condena de pago de daños punitivos sea procedente, no basta la mera liberalidad o creatividad del juzgador, sino que es necesario que concurren algunos requisitos, producto de su propia naturaleza excepcional o incidental, que, a decir de López Herrera, son:

- a) No son una indemnización ni tiene por finalidad mantener la indemnidad de la víctima, objetivo que se consigue con la acción común de daños de carácter netamente resarcitorio, o como diría la terminología estadounidense compensatoria;
- b) si bien no puede hablarse de que tomen el lugar del daño causado, sustituyendo el perjuicio por un equivalente, los daños punitivos sí pueden ser catalogados como una “reparación”
- c) los daños punitivos son un agregado, un plus a la indemnización por daños sufridos, algo que se concede a título distinto de la mera indemnización del daño causado, que puede tener una finalidad preventiva y también satisfactiva o sancionatoria. He aquí un primer indicio de su naturaleza jurídica: es un instituto jurídico siempre *accesorio*, o como lo ha dicho la jurisprudencia estadounidense *incidental*. Es decir que el daño punitivo no tiene vida por sí mismo. No existe acción autónoma para reclamar daños punitivos. Siempre debe determinarse en el proceso principal una acción, casi siempre por indemnización común de daños y perjuicios, y la especial circunstancia de conducta agravante, dolosa, intencional, etcétera, que hacen procedente este instituto de excepción.¹²⁴

Se ha estimado, de manera general, que los daños punitivos cumplen una función principalmente sancionatoria al agente que ocasiona el daño. En efecto, las definiciones provistas coinciden en el carácter disuasivo o sancionatorio de los daños punitivos, aunque es preciso aclarar que la corriente de pensamiento que considera a los daños punitivos como una verdadera sanción civil, parecería carecer de aplicación actual, siendo lo apropiado considerar que son una forma de reparación.

En materia de responsabilidad civil, hay dos grandes corrientes de pensamiento. Una –casi en desuso en nuestros días– entiende que la finalidad del derecho es castigar la conducta de un sujeto que violó el principio general que lo obligaba a no dañar a otro individuo. Ese sujeto hipotético es culpable del daño causado y debe remediarlo. Sin un sujeto culpable, tampoco existe una obligación de reparar. En síntesis, el eje de la

¹²³ Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 304.

¹²⁴ Edgardo López, *Los daños punitivos* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot Editores, 2008), 20-23.

responsabilidad, para esa corriente de pensamiento, es la culpa probada del agente dañador.

La otra posición sostiene que la tarea central de la teoría general de la responsabilidad civil consiste en resarcir a la víctima, antes que castigar la conducta del dañador. En este caso, la noción de la culpa pasa a un segundo plano, y el protagonismo se lo lleva la víctima del daño, afirmándose que su perjuicio debe ser reparado aun a expensas de no encontrar un sujeto culpable de su ocurrencia.

MOSSET ITURRASPE sostiene que es necesaria la reparación de todo daño con independencia de la existencia comprobada de un sujeto dañador. En otras palabras, siempre que haya una víctima habrá obligación de reparar, por más que no haya un agente dañador *culpable*. Esto determina que para el ordenamiento jurídico es prioritario remediar al lesionado, y luego encontrar al culpable.¹²⁵

En este orden de ideas, es preciso determinar si los daños punitivos son efectivamente una forma adecuada de reparación o, en su defecto generan un perjuicio que excede el daño causado. La respuesta que puede obtenerse es que, en virtud del carácter disuasivo que revisten, favorecen las relaciones de consumo, pues obligan al proveedor a actuar con mayor responsabilidad y diligencia a la vez que proveen al usuario de una mejor expectativa de satisfacción e idoneidad respecto de los productos o servicios que adquiere.

Los DP consisten en un plus indemnizatorio que se impone al agente dañador, a favor del damnificado. Y la finalidad de ese incremento del castigo es de provecho para las relaciones de consumo, porque disminuyen la dañosidad, al persuadir al agente dañador de que es conveniente los daños y evitar el pago de las sanciones elevadas.¹²⁶

Ahora bien, al tratarse principalmente de prestaciones de naturaleza pecuniaria, se debe considerar las consecuencias que ocasionan los daños punitivos tanto en el mercado como para los agentes proveedores. Al respecto, Fernando E. Shina señala:

[...] el monto económico que pueden alcanzar los DP es muy elevado, lo que le ha valido numerosas críticas. Son muchos, y muy acreditados los autores que les endilgan a los DP problemas graves.

- a) Constituyen una reparación excedente para el damnificado.
- b) Son un obstáculo para las inversiones empresarias y, por consiguiente, atentan contra la creación de nuevos empleos.
- c) Incentivan la promoción de juicios

Debemos admitir que las críticas son serias y bien fundadas en lo teórico, pero también en el campo de los hechos. En muchas regiones de los Estados Unidos de América, las legislaciones específicas prohíben la aplicación de los DP, porque los consideran

¹²⁵ Fernando E. Shina. *Daños al consumidor* (Bogotá: Editorial Astrea, 2014), 105-107

¹²⁶ Ídem, 160.

perjudiciales para el desarrollo económico. Algunos datos estadísticos informan que las corporaciones no invierten en aquellas localidades que admiten su aplicación.¹²⁷

No obstante lo expuesto, el autor en referencia establece las siguientes pautas y conclusiones tanto para la procedencia de los daños punitivos como para la estimación de su cuantía:

- a) A pesar de la controversia, en principio la mayor parte de la doctrina coincide en que los DP so una multa de carácter civil.
- b) La finalidad de los DP es disuasoria y preventiva
- c) Los DP castigan conductas indeseables; su cuantía no debe, necesariamente, guardar una relación de proporciones con el daño padecido por el consumidor afectado.
- d) En los últimos años, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América fue reduciendo los montos de su aplicación.
- f) Para lograr una mejor cuantificación de los DP; es necesario realizar proyecciones económicas que permitan demostrar la tasa de rentabilidad que usualmente se sigue de una infracción menor que se repite muchas veces. También se debe hacer una evaluación de la probabilidad estadística de ocurrencia de un daño
- g) Es necesario prestar atención a los aspectos constitucionales derivados de la aplicación de los DP.
- h) La prudente aplicación de los DP no constituye un enriquecimiento sin causa del sujeto que se beneficia con ello. El lucro de la víctima, en todo caso, puede asignarse a que ejerzan un control más severo sobre los proveedores de bienes y servicios.¹²⁸

6. Alcance de la reparación en materia de defensa del consumidor

Del estudio de casos efectuado, se ha verificado muchas formas en que los jueces estiman cumplida la obligación de reparación, más allá de aquellas estudiadas en el numeral 2.1 precedente. Es claro que el cambio de paradigma que resulta de la imposibilidad de aplicar como único remedio la responsabilidad civil contractual (daños y perjuicios) obliga al operador de justicia a apartarse de la corriente imperante en su momento, producto de imposición del juicio verbal sumario de liquidación de daños y perjuicios:

En la responsabilidad civil contractual, nuestra legislación solo admite el daño material o patrimonial. El daño material es el menoscabo o detrimento en sí mismo del patrimonio de una persona y puede dividirse; según el artículo 1599 del Código Civil, en daño emergente y lucro cesante. El primero es la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, el empobrecimiento del patrimonio, que es el perjuicio efectivamente jurídico. El segundo implica la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, la pérdida de ganancias de las cuales se ve privado el damnificado. La comprobación de los daños es previa a cualquier otra. No comprobarse el menoscabo patrimonial significa que no hay sujeto activo que lo haya ocasionado, ni sujeto pasivo

¹²⁷ Ídem, 163.

¹²⁸ Ídem, 195.

que lo haya padecido. Es por ello que el daño es la clave de la responsabilidad en materia civil, y su existencia es requisito *sin qua non* para la imputación de aquello.¹²⁹

Mas, recuérdese, que la reparación como principio está contenida expresamente como derecho de las personas consumidoras y usuarias, y que este derecho no debe entenderse restrictivamente -como arreglo, o reposición del bien-, sino en el sentido más favorable al ser humano, y no de forma restringida, conforme lo prevén los principios de aplicación de derechos contenidos en el artículo 11 de nuestra Constitución. Así, la reparación no debe referirse solamente al arreglo o reemplazo del bien o servicio defectuoso, sino al derecho subjetivo (derechos e intereses), lo cual hace que el texto legal se adecue al principio constitucional. Sin embargo, no existe regla determinadora o reguladora de esta reparación, por lo que el criterio de estimación podría ser -por ejemplo- el que la Corte Constitucional ha manifestado:

...la reparación integral es una forma de hacer justiciables y garantizar los derechos contenidos en la Constitución. Su incumplimiento da paso a que las garantías secundarias actúen para que sus disposiciones sean observadas, por lo que la obligación Estatal no se limita a remediar el daño inmediato. Al contrario, debe reparar el daño íntegro, incluso aquellos que no forman parte de la pretensión del accionante, pero que se deslindan a partir de la violación del derecho fundamental. Esta Corte hace suyo el compromiso real del Estado en plantear una verdadera reparación integral, pues no basta el reconocimiento oficial de una violación a los derechos fundamentales o constitucionales, sino que debe existir una reparación de los daños de manera ejemplar para procurar que esos daños no vuelvan a ocurrir.¹³⁰

Un caso interesante se verifica en el proceso N° 17555-2013-1128 por infracción a la LODC que, fallando en contra de quien propuso la denuncia y por tanto haciendo inviable la acción de daños y perjuicios, establece una fórmula de reparación, obligando al denunciado al pago de los valores recibidos bajo el siguiente argumento:

... por lo que, en base al principio IURA NOVIT CURIA contenido en los artículos 140 del Código Orgánico de la Función Judicial y 280 del Código de Procedimiento Civil (norma supletoria) corresponde a esta Judicatura analizar si la conducta de la hoy denunciada junto con las pruebas presentadas se acoplan a infracción alguna, respecto de lo manifestado por el denunciante y lo manifestado por la Ley: artículo 2.- Se establecen las definiciones de las palabras usadas en la referida Ley, y como éstas deben entenderse para efectos de la misma; artículo 4.- corresponde a los derechos del consumidor, sin embargo en ninguno de los numerales enunciados se desprende infracción alguna que perseguir, simplemente se enuncian los derechos de los consumidores; artículo 84 establece el procedimiento para el juzgamiento de las

¹²⁹ Ecuador Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Expediente No: 200*, 25 de Febrero del 2005.

¹³⁰ Ecuador Corte Constitucional para el periodo de Transición, “Sentencia”, en *Juicio No: 0012-09-SIS-CC*, 08 de octubre de 2009.

infracciones contenidas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. [...] es decir que el denunciante manifiesta que la señora [...], no prestó el servicio acordado; sin embargo de la prueba practicada y aportada por las partes, se encuentra implícito que tanto denunciante como denunciado han rescindido el contrato, en tal virtud no existe infracción alguna cometida por parte de la señora [...]; por lo que en aplicación irrestricta de los principios de independencia, imparcialidad, tutela judicial efectiva de los derechos, seguridad jurídica, verdad procesal, establecidos en los artículos 8, 9, 23, 25 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, y en aplicación de la sana crítica este Juzgado de Contravenciones ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO, LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, desecha la denuncia presentada por el señor [...] en contra de [...] en representación de “RECEPCIONES DEL VALLE.” No obstante, de acuerdo a la SANA CRÍTICA de esta Juzgadora, al verificarse que se ha rescindido el contrato de mutuo acuerdo entre las partes, y al existir gastos ya pagados por la señora [...] con facturas, que han sido observados por esta Autoridad, dispongo la devolución de USD 1278,00 (mil doscientos setenta y ocho dólares) equivalente a la resta del abono del dinero pagado por el denunciante (USD 1.600) menos el gasto del servicio CD Móvil mediante factura 00571 (USD 322,00).¹³¹

En efecto, ante la inexistencia de infracción a la LODC, es improcedente la acción de daños y perjuicios, y también la reparación. Resulta pues que la obligación de reembolso verificada en el caso -si bien ajustada a la finalidad del denunciante y por tanto consecuente con el daño causado- carece de presupuesto normativo. Podría argüirse sustentadamente que se trata de un vicio de congruencia en la resolución, mas recuérdese que la acción prevista en la LODC no contiene una pretensión expresa a satisfacer por parte del operador de justicia, sino que constituye al ser denuncia o acusación particular, la sola enunciación de los hechos supuestamente dañosos. Tómese adicionalmente en cuenta el principio denominado “pro consumidor” recogido en el Art. 1 de la Ley Orgánica de Defensa el Consumidor:

Art. 1.- Ámbito y objeto.- Las disposiciones de la presente Ley son de orden público y de interés social, sus normas por tratarse de una ley de carácter orgánico, prevalecerán sobre las disposiciones contenidas en leyes ordinarias. En caso de duda en la interpretación de esta Ley, se la aplicará en el sentido más favorable al consumidor.¹³²

En la actualidad, la tendencia procesal en la materia de defensa del consumidor es regular en la sentencia de mérito, la reparación integral¹³³ prevista en el COIP. Al

¹³¹ Ecuador Juzgado Sexto de Contravenciones, “Sentencia”, en *Juicio No: 17555-2013-1128*, 07 de julio de 2014.

¹³² Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial, Suplemento, 116, 10 de julio de 2000, art.1.

¹³³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial, Suplemento, 180, 10 de febrero de 2014, art. 622. Requisitos de la sentencia No. 6 “La condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona

haberse derogado el trámite de daños y perjuicios consecuencia de la sentencia ejecutoriada, aunque sin alejarse del esquema tradicional de daños y perjuicios:

[...]Con fecha 9 de junio del 2016, mediante oficio número 516-AJ-PCN-2015 el Director de Asesoría Jurídica de la Corte Nacional de Justicia, emite informe acerca de las dudas enviadas a la Corte Nacional de Justicia por los Jueces de Contravenciones, en el mismo que señala que en vista de que el Código de Procedimiento Penal ha sido derogado y con él se ha derogado la competencia para tramitar juicios de daños y perjuicios desprendidos de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, los jueces deberán aplicar lo dispuesto en los artículos 622 numeral 6 y 78 del Código Orgánico Integral Penal, ordenando en la misma sentencia la reparación integral. En atención a lo manifestado, el Código Civil en el artículo 1572 del Código Civil establece: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o haberse retardado el cumplimiento.” Es decir que debe probarse el daño emergente sufrido y el lucro cesante que se ha causado. El daño emergente es “...el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o un derecho que ya estaba incorporado a ese patrimonio” (Moisset y otros: 2006: 3) y el lucro cesante que contempla “...la ganancia frustrada, es decir, los daños que se producen por la falta de ingreso de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima, que se ve privada de beneficios que hubiera obtenido” (Moisset y otros: 2006: 3). Esto quiere decir que el daño emergente comprende las pérdidas que el acreedor ha sufrido a consecuencia del acto dañoso, por tanto, este es la sustracción de un valor que ya existía dentro del patrimonio del acreedor. El daño por tanto debe ser real, efectivo y cuantificable, constituido por pérdidas, deterioro de bienes o gastos practicados como consecuencia del hecho dañoso.¹³⁴

En otros casos la resolución judicial suele aproximarse más a la reparación integral, estableciendo no solo sanciones e indemnizaciones de daños y perjuicios, sino imponiendo al proveedor obligaciones de reparación inmaterial. Veamos:

[...] En atención a lo manifestado y de conformidad con el artículo 78 del Código Orgánico Integral Penal numeral 3 que dispone: “Art. 78.- Mecanismos de reparación integral.- Las formas no excluyentes de reparación integral, individual o colectiva, son: 3. Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales: se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente.” Se dispone que se entregue al señor [...] la suma de USD 3.400,00 TRES MIL CUATROCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA como daño emergente y por lucro cesante los intereses pagados a la tarjeta de crédito que ascienden a USD 373,38 TRESCIENTOS SETENTA Y TRES 38/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA y los intereses legales de lo cancelado, que es su valor en el tiempo, calculados desde la fecha de entrega, esto es, el 30 de agosto del 2016 a la fecha de pago, los mismos que serán calculados pericialmente como indemnización de daños materiales. Adicionalmente, de conformidad con lo dispuesto en el mismo artículo, y con la finalidad de restituir los derechos del consumidor, al estado que se encontraba

sentenciada a la víctima y demás mecanismos necesarios para la reparación integral, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda.”

¹³⁴ Ecuador Unidad Judicial Penal con Sede en la Parroquia Iñaquito, “Sentencia”, en *Juicio No: 17294-2017-01358*, 12 de marzo de 2018

antes de la comisión de la infracción, en calidad de indemnización por los daños inmateriales se dispone la anulación del contrato y pagaré número EE3143, documentos que anulados deberán ser consignados en esta judicatura.¹³⁵

Sin embargo de lo expuesto, la interpretación de procedencia de la reparación integral (definida por le COIP) no es consecuencia de la adecuada solución de la anomia procedente de la derogatoria del proceso de liquidación de daños y perjuicios ordenado en sentencia ejecutoriada, sino de la aplicación, con carácter de ley, de un criterio jurídico establecido en el oficio número 516-AJ-PCN-2015 9 de junio del 2016 suscrito por el Director de Asesoría Jurídica de la Corte Nacional de Justicia, que emite informe acerca de las dudas enviadas a la Corte Nacional de Justicia por los Jueces de Contravenciones, que además estima que las dudas expresadas por los jueces, no ameritan pronunciamiento del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

¹³⁵ Ecuador Unidad Judicial Penal con sede en la Parroquia Iñaquito, “Sentencia”, en *Juicio No: 17291-2016-00451*, 09 de enero de 2017.

Capítulo tercero. El marco procesal actual

Como se vio, la LODC desarrolla con relativa claridad la obligación a indemnizar a quien se vea perjudicado por la indebida prestación de servicios o defectos en los bienes comercializados, pues la reconoce como un derecho del consumidor y la declara procedente en todos los casos de infracción. Además, estima que siempre la sentencia condenatoria, independientemente de la forma de iniciación del proceso – denuncia, acusación particular–, lleva implícita la obligación del proveedor de pagar daños y perjuicios al afectado.

El problema actual radica en que la liquidación de daños y perjuicios, según la LODC, se debe realizar en la forma establecida en el CPP, esto es, en juicio verbal sumario, ante el mismo juez, en cuaderno separado y de acuerdo con el trámite que establecían los artículos 828 *et seq.* del Código de Procedimiento Civil. Una y otra norma han quedado sin efecto, sin que las derogatorias hayan tomado en cuenta este caso.

1. Problemas procesales

Según información proporcionada por la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial, Unidad Provincial de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial (Sistema Automático de Trámites Judiciales SATJE), al 30 de junio de 2018, entre enero del 2011 hasta el mes de junio del 2018, se ingresaron a nivel nacional 6820 causas de defensa del consumidor, a nivel nacional.

Gráfico 1
Causas de defensa del consumidor ingresadas 2011-2018

NIVEL NACIONAL / CAUSAS INGRESADAS / LEY DEL CONSUMIDOR / AÑO 2011 - 2018 / POR TIPO DE ACCIÓN									
NOMBRE TIPO ACCIÓN	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	TOTAL
ACCION PENAL PUBLICA	44	15	8	4					71
APELACION LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR			2	28	104	52	15	4	205
CONTRAVENCIONES A LA LEY ORGANICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR	219	765	1.259	1.205	1.262	757	687	300	6.454
CONTRAVENCIONES MUY GRAVES			1	13					14
LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR	1	1	3	32	15				52
TRAMITE ESPECIAL			1						1
VERBAL SUMARIO	12	4	7						23
TOTAL	276	785	1.281	1.282	1.381	809	702	304	6.820

Fuente: Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial,
Elaboración: Unidad Provincial de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial (Sistema Automático de Trámites Judiciales SATJE)

De estas, se han resuelto 5878 causas, en total. No obstante, mediante sentencia condenatoria, sanción o aceptando la pretensión o demanda, se han resuelto tan solo 1032, esto es, el 15.13% de las causas ingresadas a nivel nacional.

Es importante señalar que en dicho porcentaje, se incluyen muchos casos de apelación,¹³⁶ resolución de conflictos de competencia –tanto en razón del territorio como de la materia– e, inclusive ciertos casos en que las cortes provinciales han conocido recurso jerárquico o de apelación.

Se debe anotar que existe un sub-registro de resoluciones pues, el operador judicial no introduce adecuadamente la nomenclatura de ciertas actuaciones procesales o procedimientos en el sistema SATJE. En efecto, de las 5878 causas resueltas en el periodo estudiado, no existen datos de 3251 causas resueltas, es decir que, aunque constan concluidas en dicho sistema, no se puede verificar por parte de Unidad Provincial de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial, la forma de terminación, ya por medios extraordinarios convencionales (mediación, transacción) o legales (desistimiento, inadmisión o abandono).

Otro elemento a considerar es que el operador del sistema SATJE, al momento de ingresar la causa, no siempre tiene certeza respecto de la naturaleza de la acción o del procedimiento. Para muestra un botón: aparecen dentro del detalle de causas ingresadas, aunque pocas, 14 contravenciones muy graves, catalogadas como “prácticas prohibidas”. De la revisión de la información, todas ellas corresponden a la Unidad Judicial Penal de Esmeraldas, en el periodo de enero a junio del 2014, y son exclusivamente casos de infracciones de tránsito.

Respecto del criterio denominado “acción penal pública”, se verifica que se trata casi exclusivamente de casos de apelación a las decisiones adoptadas por Intendentes o Comisarios de Policía, ingresadas para conocimiento de la autoridad judicial, en buena parte de los casos, y apenas un par de ellos, anteriores al año 2000, iniciados por excitativa fiscal.

Finalmente los criterios ítems “Ley de Defensa del Consumidor” y “Contravenciones a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor” se refieren a la misma

¹³⁶ Los datos incluyen casos de recurso apelación concedida por juez contravencional, y que se identificaban anteriormente con un número distinto, así como apelaciones provenientes de comisarios e intendentes de policía.

materia, aunque se ingresan cual si se tratara de temas distintos. Lo referido se evidencia en el siguiente cuadro:

Gráfico 2
Causas de defensa del consumidor ingresada 2011-2018

NIVEL NACIONAL / CAUSAS RESUELTAS / LEY DEL CONSUMIDOR / AÑO 2011 - 2018 / POR TIPO DE ACCIÓN Y FORMAS DE TERMINACIÓN										
NOMBRE TIPO ACCIÓN	FORMAS DE TERMINACIÓN	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	TOTAL
ACCION PENAL PUBLICA	N/D	22	9	15	5	25				76
	ACEPTANDO DEMANDA	11	5	5	3					24
	SENTENCIA CONDENATORIA	3	10	4				1		18
	CONFIRMANDO	8	2					1		11
	NEGANDO DEMANDA	4	1		1					6
	SENTENCIA ABSOLUTORIA	1	1							2
TOTAL ACCION PENAL PUBLICA		49	28	24	9	25	2	0	0	137
APELACION LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR	N/D					6	28	19	8	61
	SENTENCIA CONDENATORIA				3	16	16	5		40
	SENTENCIA RATIFICATORIA DE INOCENCIA				1	8	7	5		21
	NEGANDO DEMANDA					10	7			17
	CONFIRMANDO					6	5			11
	ACEPTANDO DEMANDA					2	7			9
	SENTENCIA ABSOLUTORIA				5	3				8
	ACUERDO CONCILIATORIO					1	1			2
	REVOCANDO					1	1			2
	REFORMANDO					1				1
	TOTAL APELACION LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR		0	0	0	9	54	72	29	8
CONTRAVENCIONES A LA LEY ORGANICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR	N/D	29	201	442	586	569	561	547	147	3.082
	SENTENCIA CONDENATORIA	6	55	119	59	67	89	85	33	513
	ACUERDO CONCILIATORIO				12	99	126	133	50	420
	ACEPTANDO DEMANDA		28	87	139	89	43			386
	NEGANDO DEMANDA		8	17	86	125	60			296
	SENTENCIA RATIFICATORIA DE INOCENCIA				2	29	109	105	46	291
	SENTENCIA ABSOLUTORIA	5	40	94	89	32	1			261
	NO INTERPUESTO	3	30	59	19					111
	DESISTIMIENTO	2	9	29	8					48
	SANCION	1		2	15					18
	PRESCRIPCION		1	3	12					16
	ABANDONO		7	2	2					11
	ACUERDO TRASACCIONAL		5	2	4					11
	SENTENCIA ABSOLUTORIA Y CONDENATORIA		1		4	3				8
	ACUERDO TRANSACCIONAL O CONCILIATORIO		2	3	1					6
	SOBRESEIMIENTO						2			2
	CONFIRMANDO					2				2
CONDENATORIA CON MEDIDAS			1						1	
SENTENCIA MIXTA								1	1	
TOTAL CONTRAVENCIONES A LA LEY ORGANICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR		46	387	860	1.040	1.015	989	870	277	5.484
CONTRAVENCIONES MUY GRAVES	N/D		1	11						12
	CONDENATORIA CON MEDIDAS				2					2
TOTAL CONTRAVENCIONES MUY GRAVES		0	0	1	13	0	0	0	0	14
LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR	NEGANDO DEMANDA				8	6	1			15
	N/D				2	5	5	2		14
	ACEPTANDO DEMANDA				3	5				8
	SENTENCIA ABSOLUTORIA				1	4				5
	CONFIRMANDO			1	3					4
	SENTENCIA CONDENATORIA				1	1				2
REFORMANDO					1				1	
TOTAL LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR		0	0	1	15	25	6	2	0	49
TRAMITE ESPECIAL	N/D			1						1
TOTAL TRAMITE ESPECIAL		0	0	1	0	0	0	0	0	1
VERBAL SUMARIO	SENTENCIA CONDENATORIA	3	2	4						9
	N/D		4	1						5
	SENTENCIA ABSOLUTORIA	3	1							4
	ACEPTANDO DEMANDA	1		1						2
NEGANDO DEMANDA			1						1	
TOTAL VERBAL SUMARIO		7	7	7	0	0	0	0	0	21
TOTAL		102	422	894	1.086	1.119	1.069	901	285	5.878

Fuente: Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial,
Elaboración: Unidad Provincial de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial (Sistema Automático de Trámites Judiciales SATJE)

Del estudio efectuado,¹³⁷ se comprueban varios problemas procesales, a saber:
(i) La determinación de la competencia en función de la materia, siendo objeto de

¹³⁷ De las 1032 causas resueltas según la información pormenorizada –con numero de proceso– entregada por Unidad Provincial de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial (Sistema Automático de

inhibición por parte de los jueces contravencionales, en razón de estimarse que no pertenecen a la esfera del DDC o por tratarse de acuerdo a su análisis de casos civiles. (ii) El procedimiento aplicable en razón de las reformas a los procedimientos establecidos en el COGEP, así como la sustanciación de las etapas de validez procesal y la procedencia o no de sustanciar las denominadas excepciones previas¹³⁸. (iii) En relación con estas últimas, se aprecia una falta de claridad respecto de la prescripción que establece la LODC, aplicable exclusivamente a las acciones civiles previstas en ella. (iv) Ciertos casos son objeto de estudio por cuanto se discute sobre la competencia para resolver el recurso de apelación de la sentencia. (v) De manera fundamental existe un vacío legal al haberse derogado tanto el trámite verbal sumario para la determinación de los daños y perjuicios establecido en el anterior CPC, y la norma de referencia del CPP.

Sobre la determinación de la competencia en razón de la materia, que ocasiona inhibición por parte de los jueces contravencionales, por estimarse que no pertenecen a la esfera del DDC, se desprende que la relación de los hechos constante en denuncia o acusación particular no logra establecer la relación consumidor – proveedor o que de la misma, se verifica la existencia de un reclamo de naturaleza estrictamente civil. Por ejemplo:

1.- Si el Juez de Contravenciones resolvió declarar la nulidad, resulta incongruente que se haya inhibido del conocimiento de la causa. 2.- Si el Juez de Contravenciones consideró que los hechos relatados en la acusación particular no son materia de la Ley de Defensa al Consumidor, debía de manera motivada, antes de avocar conocimiento, abstenerse de calificar la acusación particular o en auto resolutorio después de tramitar la misma, desechar la acusación particular, si así lo creía pertinente, pero no remitir una acusación particular donde se denuncia una violación a los derechos del consumidor, para que resuelva un juez civil, y luego generar un conflicto de competencia. 3.- El señor Juez de Contravenciones pide a la Corte Provincial dirima competencia en esta causa. Al respecto, hemos de recordar que la competencia está determinada por la ley y distribuida en razón de la materia, del grado y de las personas, conforme así lo determinan los Arts. 156 y 157 del Código Orgánico de la Función Judicial. [...] Lo que sucede es que el Juez de Contravenciones confunde la dirimencia de competencia con la calificación de la pretensión del recurrente, confusión que lo lleva a la inhibición cuando ya pronunció la providencia de fecha 22 de mayo de 2015 con la cual hizo que la causa radicara competencia ante su autoridad. 4.- Este Tribunal de Alzada observa que la actuación del Juez de contravenciones a más de ser contradictoria e incoherente, atenta el derecho que tienen las partes procesales no sólo al debido proceso sino a la

Trámites Judiciales SATJE), se verificaron en dicho sistema sentencias de juzgado de instancia primer nivel y en apelación, así como resoluciones de Corte Provincial, de manera aleatoria en las principales provincias (Azuay, Guayas, Esmeraldas, Manabí y Pichincha), sustanciadas y resueltas después del mes de agosto del 2015 en que entró en vigencia el COIP y mayo del 2016 cuando empezó a aplicarse el COGEP.

¹³⁸ Aquellas determinadas en el Art 153 del COGEP, que deben resolverse en la audiencia preliminar o en la primera fase de la audiencia única.

tutela judicial efectiva y a recibir una respuesta de un órgano jurisdiccional acerca de sus pretensiones. Por lo expuesto, el Tribunal de la Sala, [...], de oficio declara la nulidad procesal de todo lo actuado al instante en que se califica la acusación particular, debiendo el Juez A-quo actuar conforme a la competencia que le otorga el Art. 231.3 del Código Orgánico de la Función Judicial y resuelva lo que en derecho corresponda, con acatamiento al debido proceso, seguridad jurídica y debida diligencia.[...].¹³⁹

En la causa materia de análisis, el juez, luego de realizar la tramitación respectiva, decide que es incompetente en razón de la materia, indicando que se trataría de un asunto civil. Al llegar al conocimiento del juez civil, este tampoco acepta la competencia y se produce un conflicto que debe ser resuelto por la Corte Provincial, órgano jurisdiccional que no se pronuncia sobre el tema de fondo –la competencia– ni aclara si se trata de un asunto de índole civil o de defensa del consumidor. Llama la atención el señalamiento de que únicamente evacuado el procedimiento en su totalidad podría llegarse a esta identificación y fundamenta esa decisión en un tema procesal, al establecer que, habiéndose declarado competente en primera providencia y al haber tramitado la causa, ya no cabía inhibirse ni elevar el conflicto de competencia, porque ya se declaró competente. Se desconoce así el contenido del artículo 129 numeral 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, que faculta al operador de justicia a que, en cualquier estado de la causa, pueda inhibirse. Por tanto, en cualquier estado de la causa, puede generarse un conflicto de competencia, y debería resolverse el tema de la competencia y no otros.

Sobre el procedimiento aplicable, es discutible si las reglas comunes a las audiencias establecidas en el COGEP utilizan a este procedimiento especial, ya que la actividad procesal del COGEP se refiere o se aplica en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal. En este sentido, mediante Oficio N° 1103-P-CNJ-2018, en absolución de consulta no vinculante, se ha señalado que las infracciones “determinadas en la LODC, al estar investidas de punibilidad, tienen, bajo esta óptica, una naturaleza penal”.¹⁴⁰ Efectivamente, en la práctica se evidencian dificultades de aplicación normativa respecto del saneamiento y validez procesal, pues no se apertura debate al respecto en la generalidad de audiencias, por estimarse que no se trata de un caso en que sean aplicables, aun por supletoriedad, las reglas del COGEP.

¹³⁹ Ecuador Corte Provincial de Pichincha Sala Penal, “Sentencia”, en *Juicio No: 17151-2015-00359*, 12 de enero de 2016.

¹⁴⁰ Ecuador Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, *Oficio 1103-P-CNJ-2018*, de 13 de septiembre de 2018.

De otra parte, tómesese en cuenta que el procedimiento establecido en la LODC inicia cual si se tratase de un procedimiento penal y se evacúa ante un juez penal, por lo que se hace manifiesta una duda respecto de si el saneamiento –vicios formales, procedibilidad, cuestiones prejudiciales, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso– propio de la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio en materia penal es aplicable en este procedimiento.

En todo caso debe apreciarse que tanto en la materia penal como la no penal regulada por el COGEP, los principios rectores tienen sustento tanto en el COFJ como en la CRE, respecto del derecho al debido proceso y tutela judicial efectiva, así como en los principios de oralidad e intermediación.

En definitiva, lo relativo a competencia territorial o en razón de la materia se establece en el auto inicial. Como cuestión de procedimiento o validez, se produce la comprobación de la solemnidad sustancial de citación, circunstancia que, en caso de no verificarse, se debe enderezar mediante la correspondiente citación.

En este orden de ideas, en lo relativo a excepciones previas, en la práctica se nota apertura únicamente para la discusión de la existencia del convenio de mediación o de compromiso arbitral. Para que esta excepción prospere, es necesario que, en la contestación a la denuncia o acusación particular, que se realiza de manera oral en la audiencia, se oponga de manera expresa y principal la excepción de existencia de convenio de mediación o de compromiso arbitral, demostrando para el efecto la existencia de la misma. En este caso debe verificarse la aceptación del convenio arbitral o de mediación en la forma prescrita en el art. 40¹⁴¹ del RLODC pues recuérdese que se estima cláusula prohibida aquella que imponga “la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento”.¹⁴²

Cualquier otra excepción previa, en caso de existir y de estimarse procedente, es resuelta en sentencia y no en auto interlocutorio, exceptuando la incompetencia en razón

¹⁴¹ Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial 287, 19 de marzo de 2001. art. 40 “El consentimiento expreso del consumidor de someterse a los procedimientos de arbitraje y mediación en los contratos de adhesión, se podrá manifestar mediante una ratificación impresa debajo de la cual suscriba el consumidor, o con una señalización en un casillero, de la que se desprenda la aceptación para someterse a arbitraje, o cualquier fórmula que permita entender inequívocamente la aceptación expresa de cualquiera de estos procedimientos por parte del consumidor”

¹⁴² Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial, Suplemento, 116, 10 de julio de 2000, art. 43.4.

del territorio, en cuyo caso se aplica lo dispuesto en el Art 129.9 del COFJ,¹⁴³ lo que genera a su vez múltiples casos en que las cortes provinciales deben resolver conflictos de competencia negativa en razón de la inhibición del juez:

VISTOS: En aplicación a lo dispuesto en el Art. 850 del Código de Procedimiento Civil para dirimir la competencia suscitada entre el Juez de Contravenciones del Cantón Cuenca y el Juez de Contravenciones del Cantón Gualaceo, esta Sala Primera de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay llega a tener conocimiento del presente proceso por el sorteo realizado por lo que para resolver considera: [...] SEGUNDO ANÁLISIS DE LA SALA: [...] Hay que tener presente que la Ley de Defensa del Consumidor protege al consumidor, al usuario de un servicio en primer lugar; y, en este caso quien presta el servicio de transporte es la “Cooperativa de Transporte Santiago de Gualaceo”, y quien tiene la obligación de otorgar un servicio de calidad es ella, por lo que al ser la denunciante Ana Méndez la destinataria de la mercadería que salió desde Gualaceo para ser entregado en Cuenca no se le puede obligar a acudir a un domicilio que no le corresponda, pues siendo las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor como establece el artículo 1 de orden público y de interés social no se puede obligar acudir a un lugar ajeno a presentar su reclamo, máxime si su domicilio y el lugar donde se produjo la contravención fue en la ciudad de Cuenca, pues el paquete estaba en Cuenca, y la supuesta negligencia se dio en la oficina de la ciudad de Cuenca . [...] RESOLUCION. Por lo expuesto esta Sala Primera de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en base a las disposiciones citadas dirime la competencia suscitada entre el Juzgado de Contravenciones de la Ciudad de Cuenca y Gualaceo, estableciendo la misma en el Juez de Contravenciones de Cuenca [...].¹⁴⁴

Lo manifestado parece contradictorio con lo resuelto por la Corte Nacional de Justicia, sobre la forma en que debe proceder el juez en caso de proponerse y/o verificarse excepciones previas, y obedece definitivamente a la regulación especial del procedimiento de juzgamiento que mantiene el art. 84 de la LODC. En efecto, en caso de presentarse excepciones previas dentro del procedimiento civil, se debe proceder en la forma establecida por la Corte Nacional de Justicia, en Resolución No. 12-2017, esto es: (i) Las excepciones previas que hayan sido oportunamente planteadas por la parte demandada deberán resolverse en la audiencia preliminar o en la primera fase de la audiencia única. (ii) Las excepciones previas subsanables se resuelven mediante auto

¹⁴³ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial, Suplemento, 544, 09 de marzo de 2009, art. 129.9. “En cualquier estado de la causa, las juezas y jueces que adviertan ser incompetentes para conocer de la misma en razón del fuero personal, territorio o los grados, deberán inhibirse de su conocimiento, sin declarar nulo el proceso y dispondrán que pase el mismo al tribunal o jueza o juez competente a fin de que, a partir del punto en que se produjo la inhibición, continúe sustanciando o lo resuelva./Si la incompetencia es en razón de la materia, declarará la nulidad y mandará que se remita el proceso al tribunal o jueza o juez competente para que dé inicio al juzgamiento, pero el tiempo transcurrido entre la citación con la demanda y la declaratoria de nulidad no se computarán dentro de los plazos o términos de caducidad o prescripción del derecho o la acción”.

¹⁴⁴ Ecuador Corte Provincial de Justicia del Azuay, Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito, “Auto resolutivo”, en *Juicio No: 01121-2013-0160*, 25 de julio de 2013.

interlocutorio, dando lugar al procedimiento de subsanación, bajo apercibimiento de tener por no presentada la demanda. **(iii)** La excepción previa de incompetencia se resuelve mediante auto de inhibición ordenando la remisión del proceso al juzgador competente. **(iv)** Las excepciones previas no subsanables de naturaleza procesal se resuelven mediante auto interlocutorio y las que se refieran a una cuestión sustancial se aceptarán mediante sentencia.¹⁴⁵

En este sentido, aunque forma parte de las llamadas excepciones previas, se verifica también un vacío legal en relación a la prescripción de la acción que establece la LODC. La norma de prescripción establecida (art. 31 LODC) se refiere exclusivamente a las acciones civiles.

Al analizar esta norma, la Corte Constitucional, en sentencia dictada dentro del caso 1155-11-EP, promovido por una ciudadana en contra de AUTOMOTORES Y ANEXOS S.A (AYASA) por infracción a la LODC, ha señaló:

De lo anotado se deduce, que esta norma al señalar el tiempo de prescripción de las acciones civiles, establece previa y claramente su contenido en base a dos presupuestos jurídicos diferentes que deben ser aplicados de manera independiente según la realidad de los hechos que motivan el caso: 1) Que de manera ordinaria, las acciones civiles que contempla la Ley, prescriben en doce meses contados desde la fecha en que se recibió el bien. 2) Que como excepción a la regla, en caso de existir o haberse otorgado una garantía por un tiempo mayor, se tomará en cuenta el tiempo de esta última..¹⁴⁶

Aunque la sentencia en mención no hace un análisis respecto de la naturaleza jurídica de la acción de Defensa del Consumidor, que contiene disposiciones de orden público e interés social, parece estimar, precisamente por esa falta de análisis, que toda acción que proviene de ella es siempre de naturaleza civil. No obstante, las únicas acciones estrictamente civiles previstas en la LODC son: **(i)** acción de rescisión del contrato, reposición del bien o la reducción del precio por defectos y vicios ocultos,¹⁴⁷ y **(ii)** la acción de daños y perjuicios proveniente de la sentencia condenatoria.

Para los demás casos de ejercicio de las acciones previstas en la Ley, no existe una norma de prescripción específica, por lo que debería aplicarse la norma general de

¹⁴⁵ Ecuador Corte Nacional de Justicia, *Resolución No. 12-2017*, Número de Boletín 21, 3 de mayo de 2017.

¹⁴⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Juicio No: 1155-11-EP*, 02 de mayo de 2014.

¹⁴⁷ Ecuador, *Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial 287, 19 de marzo de 2001, art. 15 “Las acciones civiles que podrá iniciar el consumidor cuando la cosa objeto de un contrato tenga defectos o vicios ocultos, según lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley, se sustanciarán por las vías establecidas en el Código de Procedimiento Civil para esos casos, a menos que el contrato contemplare cláusula arbitral, en cuyo caso se estará a ella.”

prescripción extintiva o liberatoria de las acciones, esto es, la prevista en el art. 2415 del Código Civil que prevé que el tiempo es “en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias”.¹⁴⁸

La prescripción establecida en el art. 417 del COIP parecería inaplicable pues está expresamente vinculada a la duración de la pena en el caso de delitos de acción pública, aunque en ningún caso, será menor de cinco años, inclusive en aquellos casos que no revisten penas privativas de libertad, como es el caso de ciertos delitos de tránsito. En este sentido, resulta también improcedente la prescripción establecida para las contravenciones¹⁴⁹, pues la infracción a la LODC no es contravención penal. Sin embargo, en cualquier caso, la interpretación de la Corte Constitucional se aplica de manera general en todos los casos en que se alega expresamente la excepción de prescripción, salvo que se verifique la existencia de una garantía por un tiempo superior a los 12 meses.

Finalmente, en relación con la competencia para conocer la apelación, que corresponde a un juez de la misma materia y grado, se han presentado algunas dudas, resueltas siempre en el sentido de que no cabe que la apelación sea conocida por un tribunal o instancia jerárquicamente superior. Este vicio obedece al hecho de que al momento de promulgación de la LODC en julio del 2000, no existían Jueces de Contravenciones, teniendo jurisdicción prorrogada para conocer las infracciones a la misma los Comisarios e Intendentes de Policía. En esa circunstancia, el mandamiento de que el recurso de apelación sea conocido por el Juez de lo Penal, según el art. 84 *ibídem*, tenía asidero procesal y legal.

No obstante, al derogarse la Disposición Transitoria Primera de la referida Ley, por la promulgación del COFJ, la competencia de los jueces de lo penal –aunque establecida legalmente– parece carecer de fundamento doctrinario, pues “la apelación es la reclamación que alguno de los litigantes u otro interesado hace al juez o tribunal

¹⁴⁸ Ecuador, *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial, Suplemento, 46, 24 de junio de 2005.

¹⁴⁹ La Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, en absolución de consulta no vinculante, Oficio No. 1103-P-CNJ-2018, 13 de septiembre de 2018, sostiene que la infracción a la LODC es de naturaleza penal por el hecho de estar investida de punibilidad; en consecuencia “para que opere la prescripción de la acción penal en las infracciones relativas a la LODC debemos sujetarnos al Art 417.6 del COIP”, esto es, tres meses contados desde que la infracción se comete, y de haberse iniciado el proceso la prescripción operará en el plazo de un año, contados desde el inicio del procedimiento.

superior”¹⁵⁰, según lo previsto en el Art 8, número 2, letra h) de la Convención Americana de Derechos Humanos.¹⁵¹

El juez de garantías penales, y el juez de contravenciones,¹⁵² según lo dispuesto en el COFJ, son jueces de primer nivel, sin que el segundo sea superior respecto de quien ha fallado en primera instancia. Así, varios jueces han optado por remitir la apelación al superior jerárquico con el resultado usual de devolución del proceso para que sea conocido por el juez de garantías penales. Veamos:

Caso 1:

[...] al respecto el artículo 84 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor dice: “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, el Juez de lo Penal de la respectiva jurisdicción”, a su vez en el artículo 225 del Código Orgánico de la Función Judicial, numeral 7, que determina a la competencia de las Juezas y Jueces de lo Penal, señala: “Conocer y resolver los recursos de apelación que se formulen contra las sentencias dictadas por las juezas y jueces de contravenciones en el juzgamiento de infracciones contra la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor”. Por lo tanto en atención a estas disposiciones legales, lo cual guarda relación con normas constitucionales tales como Art. 1, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia; Art. 76.3 principio de legalidad, Art. 82 relacionado a la seguridad jurídica, Art. 167 referente a la potestad de administrar justicia, Art. 169 el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Por lo expuesto y analizado esta Primera Sala especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, resuelve devolver inmediatamente el proceso al Juzgado de origen.¹⁵³

Caso 2:

VISTOS: El Juez del Juzgado Único de Contravenciones de Cuenca, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el ofendido Cristian Oswaldo Sarmiento Ávila de la sentencia emitida en esta causa, dispone enviarse el proceso a la Oficina de Sorteos para que una de las Salas de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay avoque conocimiento de la causa, correspondiendo por el sorteo respectivo a esta Segunda Sala Especializada de lo Penal.- La disposición judicial del Juez Contravencional, contraviene el artículo 225 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial que refiere que los competentes para conocer las apelaciones por las sentencias dictadas por los jueces o juezas de contravenciones en el juzgamiento de infracciones contra la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, son los Jueces o

¹⁵⁰ Según lo determinaba la definición constante en Art. 323 del Código de Procedimiento Civil. El actual COGEP no posee definición al respecto como tampoco lo hace el COIP.

¹⁵¹ OEA Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Registro Oficial 801, 6 de agosto de 1984. Artículo 8. Garantías Judiciales. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

¹⁵² Nótese además que en la actualidad la gran mayoría de jueces competentes para conocer contravenciones penales son jueces de garantías penales en función de las competencias asignadas por el consejo de la Judicatura.

¹⁵³ Ecuador Corte Provincial de Justicia del Azuay Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito, “Sentencia”, en *Juicio No: 01121-2013-0201*, 06 de septiembre de 2013.

Juezas de Garantías Penales; por lo brevemente expuesto, este Tribunal de Alzada por no ser competente, se inhibe de conocer esta causa y dispone remitirse el expediente a la oficina de sorteos para que se radique la competencia en uno de los Juzgados de Garantías Penales.¹⁵⁴

Esta problemática se ha visto solucionada en parte por la Resolución de la Corte Nacional de Justicia No. 08-2013¹⁵⁵ que determina la competencia para conocer de los recursos de apelación en los procedimientos contravencionales. El art. 2 de la misma excluye expresamente a los casos previstos en la LODC, por lo que debe entenderse que la competencia dada al juez de garantías penales se mantiene conforme el artículo 225 del COFJ. Sin embargo de lo expresado, la preocupación de ciertos operadores persiste, por lo que la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en fallo que ha servido de referente en el tema, determinó:

CUARTO.- El artículo 157 del Código Orgánico de la Función Judicial señala: “La competencia en razón de la materia, del grado y de las personas está determinada en la ley”, lo que guarda relación con el Art. 225.7 *ibídem*, reformado en la disposición Reformativa Segunda del Código Orgánico Integral Penal, que determina entre otras competencias atribuidas a las juezas y jueces de Garantías Penales: “Conocer y resolver los recursos de apelación que se formulen contra las sentencias dictadas por las juezas y jueces de contravenciones en el juzgamiento de infracciones contra la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor”; [...] los artículos 424 y 425 sobre la supremacía de la Constitución, establecen que ésta prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico y que las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales y según el orden jerárquico de aplicación de las normas que es: La Constitución; los Tratados y Convenios Internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; los acuerdos y las resoluciones. En la especie la competencia para resolver la impugnación a las sentencias expedidas por las infracciones a la Ley de Defensa del Consumidor está determinada en la ley, en el artículo 225 del Código Orgánico de la Función Judicial, y la Resolución 176 del 2014 referente a la creación de la Unidad Judicial Penal que se menciona, respetando el orden jerárquico de aplicación de la normas, de ninguna manera afecta la disposición legal que establece la competencia para resolver la impugnación a las sentencias a las infracciones previstas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. [...].¹⁵⁶

Llama la atención, sin embargo, que, dentro del universo de casos estudiados, solamente la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha resolvió un caso de apelación proveniente de la aplicación de la LODC, precisamente declarando su

¹⁵⁴ Ecuador Corte Provincial de Justicia del Azuay Segunda Sala Especializada de lo Penal y Tránsito, “Sentencia”, en *Juicio No: 01122-2013-0323*, 23 de diciembre de 2013.

¹⁵⁵ Ecuador Corte Nacional De Justicia, *Resolución No. 08-2013*, Registro Oficial, Suplemento, 176, 04 de febrero de 2014.

¹⁵⁶ Ecuador Corte Provincial de Justicia del Azuay Sala Penal, “Sentencia”, en *Juicio No: 01151-2014-1571*, 28 de noviembre de 2014.

competencia en función de lo determinado por el antes citado Art. 8 numeral 2 letra L del Pacto de San José:

Este Tribunal de la Sala Penal tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver los recursos de apelación interpuestos, de conformidad con lo previsto en los artículos 167, 178 número 2 y 76, numeral 7, literal m) de la Constitución de la República; 8, numeral 2, literal h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14, numeral 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 7 y 208 numeral 1 reformado del Código Orgánico de la Función Judicial; 398 y 653, numeral 4 del Código Orgánico Integral Penal; y, en virtud del sorteo de ley.¹⁵⁷

Finalmente, se ha enunciado la existencia de un vacío legal al haberse derogado tanto el trámite verbal sumario para la determinación de los daños y perjuicios establecido en el anterior CPC, como la norma de referencia a que contemplaba el CPP, el mismo que se estudia de manera pormenorizada en el acápite 3.2.

2. Normativa vigente

La LODC establece (art. 84) un procedimiento especial para el juzgamiento de las infracciones. Dicho procedimiento no ha sido reformado ni por el COIP ni por el COGEP. No obstante, cabe aclarar que la normativa procesal civil es aplicable en este procedimiento solamente de manera supletoria en aquello que no se encuentre previsto en la ley según lo determina el art. 95.

En efecto, para el juzgamiento de contravenciones penales, se ha establecido el denominado procedimiento expedito,¹⁵⁸ con ciertas variaciones en los casos de tránsito y violencia intrafamiliar. En lo relativo a reparación integral, es norma general que la sentencia incluya “motivación completa y suficiente tanto en lo relacionado con la responsabilidad penal como con la determinación de la pena y la reparación integral a la víctima”,¹⁵⁹ la misma que se verifica por la inclusión, en la sentencia escrita, de :

¹⁵⁷ Ecuador Corte Provincial de Pichincha Sala Penal, “Sentencia”, en *Juicio No: 17151-2014-1718*, 04 de diciembre de 2014.

¹⁵⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial, Suplemento, 180, 10 de febrero de 2014, art. 641. “Procedimiento expedito.- Las contravenciones penales y de tránsito serán susceptibles de procedimiento expedito. El procedimiento se desarrollará en una sola audiencia ante la o el juzgador competente la cual se regirá por las reglas generales previstas en este Código. En la audiencia, la víctima y el denunciado si corresponde podrán llegar a una conciliación, salvo el caso de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. El acuerdo se pondrán en conocimiento de la o el juzgador para que ponga fin al proceso.”.

¹⁵⁹ Ídem, art. 621.

6. La condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima y demás mecanismos necesarios para la reparación integral, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda.¹⁶⁰

Respecto de la ejecución de la reparación integral, nada dice el COIP. Mas en aplicación de la Disposición General Primera¹⁶¹ del mismo, debe entenderse que la ejecución se realiza de acuerdo con las normas del COGEP partiendo de que la sentencia ejecutoriada es, en efecto, un título de ejecución según lo determina el art. 363.3 de este último.

En el otro extremo, respecto del juzgamiento de infracciones a la LODC, tenemos que ninguno de los procedimientos establecidos en el COGEP es aplicable en materia de defensa del consumidor por cuanto, se reitera, la LODC, establece un trámite especial. Recuérdese que el COGEP determina (art. 289) que se “tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación”, por lo que debe entenderse que se mantiene la especialidad del procedimiento establecido en la LODC.

Tampoco existe actualmente un procedimiento similar al trámite de juicio verbal sumario para liquidación de daños y perjuicios. Es así que el COGEP (art. 98) señala, como norma general y por tanto aplicable a todos los procedimientos, que la indemnización o las bases para su determinación serán establecidas por el juez cuando hayan sido objeto de la pretensión y demostradas en el juicio, sin necesidad de un procedimiento de conocimiento adicional, accesorio.

Adicionalmente, la sentencia escrita debe contener necesariamente la declaración sobre “la procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas”, según el art 95.9 *ibidem*.

Se verifica, entonces, la subsistencia de un trámite o procedimiento especial para el juzgamiento de las infracciones a la LODC y, de otra parte, la inexistencia de un procedimiento específico para la determinación de los daños y perjuicios consecuencia de la infracción normativa.

¹⁶⁰ Ídem, art. 622.6

¹⁶¹ Ídem, Disposiciones Generales, Primera “En lo no previsto en este Código se deberá aplicar lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial y el Código Orgánico General de Procesos, si es aplicable con la naturaleza del proceso penal acusatorio oral.”

2.1. La evolución del proceso de conocimiento de infracciones contra consumidores y reparación de los daños sufridos

El Capítulo VII de la derogada Ley de Defensa Del Consumidor¹⁶² establecía las siguientes normas de procedimiento y de juzgamiento a las infracciones previstas en la misma:

- a) La competencia, conocimiento, juzgamiento y sanción de las infracciones correspondía a los Intendentes, Subintendentes de Policía y Comisarios Nacionales.
- b) El juzgamiento se iniciaba por iniciativa fiscal, denuncia o acusación particular.
- c) Una vez propuesta la excitativa, denuncia o acusación particular, se citaba al presunto infractor para que conteste dentro de veinte y cuatro horas, bajo apercibimiento de juzgarlo en rebeldía.
- d) Se resolvía en audiencia oral de juzgamiento, a la que concurrirían las partes con todas las pruebas de las que se crean asistidas.
- e) La audiencia oral de juzgamiento comenzaba con la lectura de la excitativa, denuncia o acusación particular, su contestación, y la práctica de la prueba.
- f) La sentencia se dictaba en la misma audiencia de ser posible; caso contrario, lo era dentro del plazo perentorio de seis días.
- g) La necesidad de intervención de peritos facultaba la suspensión de la audiencia por un plazo de hasta treinta días, luego de lo cual se reanuda la audiencia para la correspondiente resolución.
- h) La sentencia podía ser apelada cuando condenaba a penas pecuniarias mayores a cinco salarios mínimos vitales generales, clausura definitiva del establecimiento o privación de la libertad por más de tres días, para ante el Juez de lo Penal.
- i) La apelación se proponía dentro de los tres días posteriores y se resolvía por mérito de los autos, dentro del plazo perentorio de ocho días.
- j) Las sentencias absolutorias se elevaban en consulta al Juez de lo Penal en ciertos casos.
- k) El Ministerio Público siempre era parte procesal.

¹⁶² Ecuador, *Ley de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial 520, 12 de septiembre de 1990. arts. 46 a 57 y Disposición General Primera.

- l) La prescripción de la acción, de la pena y de la reincidencia se regía por las disposiciones del Código Penal.
- m) La norma supletoria era el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal.

Aunque no se determinaba de manera específica, en función de la supletoriedad aludida en la disposición general primera citada, el cobro de indemnizaciones civiles se debía realizar en la forma prescrita en el art. 391 del CPP, esto es, en procedimiento verbal sumario, ante el mismo juez instructor. No obstante, no se conoce de estos casos pues el juez instructor siempre fue un funcionario ajeno a la función jurisdiccional hasta la creación de los juzgados contravencionales con posterioridad a la promulgación del Código Orgánico de Función Judicial en marzo del 2009. Este fue uno de los principales problemas que revistió la reparación al consumidor hasta antes de la promulgación de la LODC.

En función de lo expuesto, vemos que, en la actual ley se evidencia una clara evolución en el proceso de conocimiento de infracciones contra consumidores, que lo ha hecho realmente más ágil y que se sintetiza en la siguiente forma:

- a) La competencia actualmente está radicada en los jueces de contravenciones, operadores de justicia, dependientes de la función judicial.
- b) El juzgamiento de las infracciones se inicia por denuncia o acusación particular, pues ya no existe la excitativa fiscal.
- c) La actual ley permite que se cuente con el informe motivado del Defensor del Pueblo que solicitará a las autoridades competentes la iniciación del respectivo proceso investigativo; además está facultado para acudir ante el juez a fin de solicitar el inicio del respectivo proceso. En la práctica el informe se adjunta a la denuncia o acusación, pues cuando la Defensoría del Pueblo remite a la autoridad jurisdiccional no se impulsa el proceso oficiosamente, en virtud del principio dispositivo.
- d) Presentada la denuncia o acusación particular es necesario su reconocimiento previo a la citación.
- e) La audiencia oral de juzgamiento debe realizarse dentro del plazo de 10 días contados a partir de la fecha de notificación.
- f) La contestación a la denuncia o acusación se realiza en audiencia.

- g) La audiencia oral de juzgamiento inicia por la contestación del acusado, luego de lo cual se dispone que las partes presenten sus pruebas; la prueba debe anunciarse, proveerse y practicarse en la misma audiencia.
- h) La sentencia se debe dictar en la misma audiencia de ser posible, o dentro del plazo perentorio de tres días. En este punto debe tomarse en cuenta lo señalado en el art. 93 y 94 del COGEP respecto del pronunciamiento judicial oral.
- i) La intervención de peritos o informes técnicos, permite suspender la audiencia hasta por quince días cuando se realice en el territorio nacional, y en el exterior hasta por 30 días, al vencimiento del cual, previo señalamiento de día y hora, se reanudará la audiencia.
- j) La actual ley no contempla penas privativas de libertad.
- k) La apelación no está limitada y procede en todos los casos.
- l) Es competente para conocer la apelación el juez de garantías penales de la respectiva jurisdicción (aunque han existido las dudas sobre su competencia que han quedado señaladas), sin que exista un plazo definido para su resolución, más allá de los términos generales impuestos por el COGEP.
- m) La apelación se realiza en audiencia, de conformidad con las normas del COGEP, requiere de fundamentación y, está sujeta al trámite de la misma norma.
- n) No hay consulta de la sentencia absolutoria.
- o) No es procedente la intervención de fiscalía en este procedimiento
- p) La sentencia condenatoria lleva implícita la obligación de indemnizar por daños y perjuicios sufridos.
- q) La prescripción de las acciones civiles que prevé la ley, opera en un año, salvo que la garantía establezca un plazo mayor.
- r) La norma supletoria es el Código Orgánico General de Procesos.

2.2. Los vacíos procesales en el sistema vigente en relación con la indemnización de daños y perjuicios

Sin perjuicio de lo enunciado en el numeral 3 precedente, el principal problema actualmente radica en la forma de liquidar la indemnización que conlleva implícita la sentencia condenatoria.

En su momento, esto es, a partir de la vigencia del COIP, desde el 10 agosto del 2015, el vacío legal se produjo exclusivamente por la derogatoria del CPP, que por referencia implicaba la iniciación de un procedimiento verbal sumario en cuaderno separado ante el mismo juez de primer nivel para su determinación. Posteriormente, a partir del 22 de mayo del 2016, fecha en la cual rige el COGEP, surge otro vacío por la derogatoria del trámite verbal sumario, antes procedente en todos los casos que requerían liquidación de daños y perjuicios.

Varios casos de inhibición, con resultados disímiles, se produjeron respecto del juicio de daños y perjuicios posterior a la sentencia que declara la infracción de la LODC. Veamos:

Al no ser una materia penal, lo que está ratificado por el contenido del artículo 17 del COIP que dispone: “Ámbito material de la ley penal.- Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia.”, no es posible aplicar las normas establecidas en el COIP al juzgamiento de Defensa del Consumidor ni al proceso verbal-sumario que de este se desprende. Por ello tanto la Disposición Transitoria PRIMERA así como el Art. 16 que se refieren a la aplicación temporal de la ley penal no son aplicables en el presente caso. [...] En virtud de lo expuesto me INHIBO del conocimiento y sustanciación de la presente causa por ser incompetente en razón de la materia ya que se ha derogado la competencia de los jueces de contravenciones para la sustanciación de juicios verbales sumarios de liquidación de daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada, por lo que se declara la nulidad de todo lo actuado conforme al artículo precedente.¹⁶³

El perjudicado plantea recurso de apelación de esta decisión, la misma que, en concordancia con la LODC es conocida por el juez de garantías penales, que ratificando el criterio del juez *a quo* desecha la apelación presentada, bajo la siguiente consideración:

el auto inhibitorio dictado por la Jueza de la Unidad Primera Contravenciones del Cantón Quito se sujeta estrictamente a derecho; importante es mencionar lo que estatuye el Art 240 numeral 1 de Código Orgánico de la Función Judicial, cuando trata de las atribuciones y deberes de las Juezas y Jueces de lo Civil y Mercantil : “Conocer y resolver en primera instancia los asuntos contenciosos y de jurisdicción voluntaria cuyo conocimiento no este atribuido a otra autoridad. La demanda de daños y perjuicios consta del expediente que ha sido presentada en la sala de sorteos de la Unidad Judicial Primera de Contravenciones del Cantón Quito el día jueves 19 de febrero del 2015 cuando ya se encontraba en plena vigencia el Código Orgánico Integral Penal en definitiva a la presente fecha los jueces de contravenciones no pueden conocer una

¹⁶³ Ecuador Unidad Judicial Penal con sede en la Parroquia Iñaquito, “Auto de inhibición”, en *Juicio No: 17151-2015-0132*, 02 de abril de 2015.

causa de daños y perjuicios generados de una infracción a la Ley de Defensa del Consumidor correspondiéndole esta potestad a los jueces de lo civil[...]¹⁶⁴

Al radicarse la competencia, por haberse mantenido incólume el auto de inhibición se remite el proceso a sala de sorteos para que sea conocido por el juez en materia civil. No obstante, el juez de lo civil inadmite la acción señalando:

De autos obra que la sentencia dictada por la Jueza de la Unidad Judicial Primera de contravenciones del Cantón Quito, [...], ha sido dictada el 18 de diciembre de 2014, es decir cuando se encontraba en plena vigencia el Código Integral Penal, por tanto de conformidad con el Art. 622.6 de dicho cuerpo normativo, correspondía determinar el monto económico por daños y perjuicios en dicha sentencia. Merced de lo cual no es pertinente que una acción para determinar daños y perjuicios se plantee ante el Juez de lo Civil puesto que el Art. 828 del Código de Procedimiento Civil prevé que están sujetas al trámite verbal sumario las liquidaciones de daños y perjuicios ordenadas en sentencia ejecutoriada, debiendo tomarse en cuenta que únicamente es para materia no penal ya que para materias penales el COIP ya reguló como debe ser la reparación integral en la que se incluyen los daños y perjuicios. Consecuentemente, no se admite a trámite la presente acción.- Devuélvase la documentación adjunta. Hecho archívese la causa.-....¹⁶⁵

Como se evidencia, la inadmisión de la judicatura civil no deja sin efecto la inhibición del juez contravencional que, por tanto, se mantuvo en firme. Lamentablemente, no se produjo conflicto de competencia negativo que hubiera podido determinar la procedencia de la inhibición.

En otra causa, con idéntico antecedente, esta vez producido el conflicto de competencia, la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, sin resolver el fondo del asunto, estimó impropia la inhibición, al considerar que la liquidación de daños y perjuicios es un incidente dentro de la causa principal que no altera la competencia:

De lo dicho, la infracción de la que deviene finalmente la demanda de daños y perjuicios fue cometida en vigencia del Código de Procedimiento Penal, por ello es pertinente la aplicación de dicha norma. [...] Fijada la competencia del juez de primer nivel con arreglo a la ley, queda por el mismo hecho determinada la competencia de los tribunales superiores. La jueza o el juez que conoce de la causa principal conocerá: 1. De los incidentes que en ella se lleguen a producir (...)”. Por las consideraciones mencionadas, este Tribunal de Alzada, razona que la competencia para conocer esta causa, es la Unidad Primera de Contravenciones del Cantón Quito, la misma que es competente para conocer, sustanciar y resolver la liquidación de daños y perjuicios, respecto de la causa 17151-2015-0014.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Ecuador Unidad Judicial Penal con sede en la Parroquia Iñaquito, “Auto resolutivo”, en *Juicio No: 17151-2015-0132*, 05 de junio de 2015.

¹⁶⁵ Ecuador Unidad Judicial Civil con sede en la Parroquia Iñaquito, “Sentencia”, en *Juicio No: 17230-2015-11993*, 21 de agosto de 2015.

¹⁶⁶ Ecuador Corte Provincial de Pichincha Sala Penal, “Sentencia”, en *Juicio No: 17151-2015-0014*, 04 de marzo de 2016.

2.3. La supletoriedad de la norma adjetiva civil y la relación con la naturaleza de las acciones

Resulta pues, que el problema interpretativo se debe a la aplicación de la norma procesal en el tiempo y de la supletoriedad de las normas adjetivas en el procedimiento de juzgamiento a las infracciones de la LODC.

Mediante Oficio No. 1678-SG-CNJ de 11 de diciembre de 2015, relativo a la absolución de consulta en cuanto a la inteligencia y la aplicación de la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, se informa lo siguiente:

Las actuaciones pre procesales dispuestas por Fiscales, Juezas y Jueces, con anterioridad al 10 de agosto de 2014, deben ser concluidas según las reglas del Código de Procedimiento Penal, aun cuando tal cumplimiento sea a partir o con posterioridad al 10 de agosto de 2014.

Si del resultado de tales actuaciones: 1. Debe iniciarse una indagación, o 2. Se decide un procesamiento penal, a partir del 10 de agosto de 2014, han de iniciarse, tramitarse, concluirse tal indagación o el procesamiento, según el Código Orgánico Integral Penal.

Las investigaciones pre procesales iniciadas por fiscales, con anterioridad al 10 de agosto de 2014, deben ser tramitadas y concluidas según las reglas del Código de Procedimiento Penal. Si del resultado de tales investigaciones se decide un procesamiento penal, este se iniciará, tramitará y concluirá, según las reglas del Código Orgánico Integral Penal.

Los procesos penales que se iniciaron con anterioridad al 10 de agosto de 2014, deben tramitarse y concluirse según el Código de Procedimiento Penal.¹⁶⁷

Se deduce entonces, que en virtud del principio de ultra actividad de la norma procesal, las reglas del CPP mantendrían vigencia para el trámite de causas iniciadas con anterioridad a la vigencia del COIP, lo cual incluiría evidentemente la referencia al procedimiento verbal sumario. Sin embargo aunque esta interpretación pudiera prestar una solución al caso, nótese que se refiere de manera exclusiva a materia penal.

Además, la Corte Nacional de Justicia, en Resolución No. 04-2016,¹⁶⁸ estableció que, en lo no previsto en el COIP, “se deberá aplicar de manera supletoria lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial y en el Código Orgánico General de Procesos, si es aplicable con la naturaleza del proceso penal acusatorio oral” agregando

¹⁶⁷ Ecuador Secretaria General de la Corte Nacional de Justicia, *Oficio No. 1678-SG-CNJ*, 11 de diciembre de 2015.

¹⁶⁸ Ecuador Corte Nacional de Justicia, *Resolución No. 04-2016*, Registro Oficial, Suplemento, 847, 23 de septiembre de 2016.

que “en materia penal esta regla será aplicable a todo proceso que se encuentra actualmente en sustanciación”.

Así pues, el vacío legal se mantiene por el hecho de que ninguna de las normas supletorias hace referencia directa a la forma o procedimiento para determinar los daños y perjuicios. En efecto, solamente para fines argumentativos, si al art. 87 de la LODC se le eliminase la referencia al derogado art. 391 del CPP previo a haber sustituido “juicio verbal sumario” por “procedimiento sumario”, podríamos interpretar que se obtiene el siguiente resultado normativo:

Art. 87.- Daños y perjuicios.- La sentencia condenatoria lleva implícita la obligación del sentenciado de pagar daños y perjuicios al afectado, costas y honorarios. El cobro de daños y perjuicios se lo hará en procedimiento sumario y en cuaderno separado. De la sentencia que dicte en este juicio no habrá recurso alguno.

Lo dicho es libre interpretación del autor, no obstante contrario al principio de concentración que se hace evidente en la actual normativa procesal, tanto penal como civil, que tiende a resolver este tema en la sentencia de la acción principal.

3. Vía para resolver sobre daños y perjuicios en la actualidad

En la actual circunstancia, un fallo de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha de fecha 20 de abril del 2018 parece esclarecedor, cuando resuelve nuevamente un conflicto de competencia negativa:

En materia de competencia, se insiste, por el contrario, ni el actual COGEP, ni el Código Orgánico de la Función Judicial, han asignado esta competencia a los Jueces de materia Civil. De otro lado, el hecho de que la competencia de la acción de daños y perjuicios derivada de una sentencia, emitida por un juez, sea conocida por el mismo, como estatúa el derogado Procedimiento Penal, responde a la necesidad de mantener la unidad procesal, puesto que si bien se tramita en cuerpo separado, no puede considerarse ajeno, o divorciado del primero sino precisamente, complementario o derivativo, y es parte de la propia ejecución de la sentencia, que le corresponde por regla general al juez, que dictaminó. En consecuencia el conocimiento de la presente causa es competencia del mismo juez que conoció del asunto contravencional, y referente a infracciones relacionadas con la materia de defensa del consumidor.¹⁶⁹

Hago notar que la causa principal dentro de la cual se produjo el incidente señalado se inició en el mes de marzo del 2014, es decir, antes de la vigencia del COIP,

¹⁶⁹ Ecuador Corte Provincial de Pichincha Sala Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Juicio No: 17295-2017-00291*, 20 de abril de 2018.

y se resolvió en primera instancia en el mes de abril del año 2015 (juicio N° 17553-2014-2806, Juzgado Tercero de Contravenciones de Pichincha) y en apelación el 11 de julio del 2015 (juicio N° 17256-2015-00300, Juzgado Sexto de Garantías Penales de Pichincha). El juicio de liquidación de daños y perjuicios, sin embargo, se inicia con la presentación de la demanda el 27 de julio del 2017 ante el juez de garantías penales de la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Carcelén, que dio lugar al posterior conflicto de competencia.

Del análisis del fallo de marras, podríamos obtener varias e importantes conclusiones. **(i)** La competencia para conocer la acción correlativa de daños y perjuicios no se altera por causa superviniente y se mantiene en el juez que conoció la causa principal en razón de la necesidad de mantener la unidad procesal por ser parte de la ejecución de la sentencia que corresponde al juez que dictaminó. **(ii)** El juez contravencional debe sustanciar la liquidación de daños y perjuicios de conformidad con las normas del COGEP. **(iii)** Este procedimiento resulta aplicable en los procesos iniciados y resueltos hasta antes de la efectiva vigencia del COIP, esto es, hasta antes del 10 de agosto del 2014.

En relación con el procedimiento a seguir, la sentencia descrita no presta mayor información, por lo que corresponde analizarla partiendo del supuesto de que en principio no hay trámite especial por lo que sería procedente el trámite ordinario, aunque en el caso de referencia (17295-2017-00291) se inadmite la demanda, entre otras circunstancias por estimar sin mayor fundamentación que el actor, al determinar que el trámite de la causa será el ordinario, yerra en el procedimiento a seguir.

Sobre la pertinencia del procedimiento sumario, la norma derogada (art. 391 CPP) se refería al trámite verbal sumario, el mismo que de conformidad con la disposición reformativa primera, numeral 2 del COGEP debe ser leído actualmente como procedimiento sumario. Sin embargo el Art. 87 de la LODC no dice “juicio verbal sumario” y, tomando en cuenta además, que el procedimiento sumario cabe en los casos determinados en el art. 332 del COGEP, sin que ninguno de ellos se adecue a la liquidación de daños y perjuicios, siendo por tanto inaplicable de manera directa, sino por analogía a la derogada norma del mentado art. 391 del CPP.

La sentencia dictada por el juez contravencional o el de garantías penales, en caso de haberse declarado procedente la apelación, a pesar de ser título de ejecución, carece del señalamiento de la obligación de pagar una cantidad determinada de dinero

como indemnización de daños y perjuicios, aunque podría pensarse que la misma procedería establecerse pericialmente, considerando al daño emergente como capital, y a los intereses como lucro cesante, según lo previsto en el Art. 371 del COGEP:

Artículo 371.- Inicio de la ejecución por sentencia ejecutoriada. Admitida la solicitud prevista en el artículo anterior o directamente si se trata de ejecución de sentencia ejecutoriada, la o el juzgador designará una o un perito para la liquidación de capital, intereses y costas en el término concedido para el efecto. Previamente la o el actor tendrá el término de cinco días para presentar los comprobantes de respaldo de gastos conforme con las normas de costas previstas en este Código.¹⁷⁰

Por lo expuesto, el procedimiento a seguir es el de ejecución. Lo dicho encuentra sustento en el propio fallo, pues aclara que la determinación de daños y perjuicios “no puede considerarse ajeno, o divorciado del primero sino precisamente, complementario o derivativo, y es parte de la propia ejecución de la sentencia”¹⁷¹ y, en el pronunciamiento de la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha dictado en el proceso N° 17151-2015-0014 que estima a la liquidación de daños y perjuicios como incidente parte de la ejecución.

La posibilidad de apelación queda limitada por el propio contenido de la LODC que concede recurso de apelación exclusivamente de la sentencia que se dicta en juicio principal para ante el juez de garantías penales.

4. El caso específico de los vicios ocultos

El RGLODC¹⁷² establece que la jurisdicción en la que deben sustanciarse las acciones civiles cuando la cosa objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos es la civil, según las normas del COGEP, con excepción hecha de los casos en que el contrato contenga cláusula arbitral.

En efecto en el caso de vicios redhibitorios u ocultos según lo determina el art. 20 LODC, el “consumidor podrá optar por la rescisión del contrato, la reposición del bien o la reducción del precio, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios”.

¹⁷⁰ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial, Suplemento, 506, 22 de mayo de 2015. art. 371

¹⁷¹ Vid. “Sentencia”, en *Juicio No: 17295-2017-00291*.

¹⁷² Ecuador, *Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial 287, 19 de marzo de 2001. Art. 15.- Las acciones civiles que podrá iniciar el consumidor cuando la cosa objeto de un contrato tenga defectos o vicios ocultos, según lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley, se sustanciarán por las vías establecidas en el Código de Procedimiento Civil para esos casos, a menos que el contrato contemplare cláusula arbitral, en cuyo caso se estará a ella.

La acción rescisoria es procedente cuando los vicios “la hagan inadecuada o disminuyan de tal modo su calidad o la posibilidad del uso al que habitualmente se le destine” y en tanto no haya sido de conocimiento del consumidor.¹⁷³ La acción por vicios ocultos puede proponerse tanto respecto del proveedor como de todos quienes han participado en el hecho dañoso, según lo prevé el art 28. LODC.

El procedimiento aplicable, entonces, en los casos de acciones por vicios ocultos es el ordinario conforme lo establece el artículo 289 *et seq.* del COGEP, siendo hoy en día objeto de demanda la rescisión o disminución del precio y la indemnización de daños y perjuicios. La competencia, por tratarse de una materia no penal y de un caso no estimado como infracción a la LODC, corresponde a los jueces de lo civil y mercantil.

Finalmente, la Corte Constitucional, en la sentencia 055-14-SEP-CC dentro del caso número 1794-11-EP al respecto resolvió:

La normativa aplicable al caso en mención precisa claramente que en cuanto a controversias respecto a los defectos y vicios ocultos en un bien inmueble objeto de una compraventa, se estará a las acciones civiles, a menos que se contemplare en el mismo contrato una cláusula arbitral, tal como lo determina la Ley de Defensa al Consumidor y su Reglamento General. [...] Es en este sentido que se alega que la denunciante debió presentar la demanda ante los jueces competentes dentro del procedimiento civil, tal como lo precisa la Ley de Defensa del Consumidor antes citada, y no ante el intendente general de Policía de Pichincha en este caso, el que debió excusarse de conocerla y más aún de continuar la tramitación hasta su desenlace mediante recurso de apelación ante el juez octavo de garantías penales, quien revocó la sentencia y dispuso reparar los daños existentes en el bien inmueble, pues la materia jurídica del asunto litigioso, en este caso, es competencia del juez de lo civil. [...]. Por lo expuesto, esta Corte Constitucional concluye que en el presente caso se distrajo del juez competente el conocimiento de un tema que, por la materia y por acuerdo expreso de las partes, correspondía ventilarse ante un Juzgado Civil y no ante el intendente general de Policía, deviniendo en la vulneración del derecho constitucional al debido proceso en relación a la garantía que dispone que solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento, no pudiendo desconocerse entonces el orden jurídico establecido y la competencia que cada juez tiene en cuanto a cada asunto litigioso.¹⁷⁴

En relación con la preeminencia de la cláusula arbitral, es importante recordar que el arbitraje denominado voluntario o convencional, es aquel que “...tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes, quienes eligen la vía del arbitraje para la

¹⁷³ Ecuador Corte Suprema de Justicia, “Sentencia”, *Gaceta Judicial* 12, serie X, 3745, 29 de julio de 1966. “Claramente se ha determinado en la demanda que la acción intentada es la de rescisión por vicios redhibitorios, por lo mismo la actora estuvo obligada a probar, como afirmó, que los vicios existieron al tiempo de la venta que la cosa vendida no sirve para su uso natural y que el vendedor no los manifestó y la compradora pudo ignorarlos sin negligencia grave de su parte ni pudo conocerlos.”

¹⁷⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso No. 1794-11-EP*, 26 de marzo de 2014.

solución de sus controversias. Dentro de esta figura cabe desde la previsión arbitral que abarque la totalidad de las controversias posibles, hasta la previsión arbitral de temas puntuales...”.¹⁷⁵

5. Posibles soluciones

Es evidente que la conflictividad descrita obedece a una anomia producto de varias disposiciones derogatorias en materia procesal. Para los casos iniciados con anterioridad a la efectiva vigencia del COIP el procedimiento aplicable ha quedado establecido en el acápite 3.3 precedente. Respecto de los casos posteriores la posible solución debe encontrar sustento en la regla 20ª del art. 7 del Código Civil, esto es:

Art. 7.- La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes:

[...]

20. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente.

En el mismo sentido el COFJ, en el artículo 163.2 inciso segundo, dispone que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir, por lo que el problema radica en determinar cuál de las normas adjetivas –civil o penal– se debe aplicar al caso de la LODC.

Tal duda obedece a la particular naturaleza jurídica o, mejor dicho, a la forma en que ha sido legislado el derecho del consumidor en nuestro país, pues recuérdese que, en la primera normativa, se establecían penas privativas de libertad en el caso de infracción a la norma, siendo un proceso contravencional penal propiamente dicho. Al iniciar el nuevo siglo y al emitirse el nuevo ordenamiento, se eliminaron las penas privativas de libertad, pero se mantuvo el carácter sancionador, siendo el principal cambio en el aspecto procedimental que la supletoriedad normativa pasó del ámbito penal al civil. Es claro, entonces, que el legislador comprendió que no se trata de un tema penal propiamente dicho y, por tanto, la supletoriedad se ubicó en la esfera

¹⁷⁵ Sara L. Feldstein de Cárdenas, *El Arbitraje* (Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1998), 14.

adjetiva civil, en el sentido de que en lo que no estuviese previsto en la ley, se apliquen las normas del CPC, hoy en día COGEP.

Bajo los preceptos señalados, para estimar daños, perjuicios e indemnizaciones debe acudir a la legislación civil, sin duda, pues ello se deduce del sentido natural y obvio de la norma, del método histórico y de la clara intención del legislador.

Ahora bien, el juicio verbal sumario de liquidación de daños y perjuicios era un proceso de naturaleza estrictamente civil, de instancia única. El COGEP, de manera general, señala que todo proceso que anteriormente se encontraba sujeto al trámite verbal sumario debe actualmente ventilarse en procedimiento sumario, pero no limita el ejercicio del recurso vertical. Adicionalmente, estima que los daños y perjuicios son accesorios a la acción principal, y no prevé, dentro de los casos de procedimiento sumario, aquel que tiene por objeto específico la liquidación de la indemnización. En este orden de ideas, este procedimiento resulta contrario al sentido histórico y al espíritu que mantuvo la LODC respecto de la acción accesoria de daños y perjuicios.

De allí que la posible solución, que guarda uniformidad con la existencia de una acción de naturaleza civil para determinar el importe de la indemnización, se encuentra en el procedimiento de ejecución, toda vez que la sentencia ejecutoriada (aquella dictada por el juez contravencional) es un título de ejecución.

Esta obligación, sin embargo, no es líquida ni determinada, sino en la medida en que el juez que expida la sentencia condenatoria emita las bases para determinación de los daños y perjuicios. Empero, recuérdese que la sentencia que dicta el juez de contravenciones o el de garantías penales, en su caso, no es declarativa ni constitutiva, sino de condena. Resulta entonces que, para que el procedimiento de ejecución sea viable, debe contener una obligación de dar, hacer o no hacer, ello en concordancia con lo determinado en el art. 95.9 del COGEP.

Por lo tanto, el procedimiento a aplicar para la determinación de daños y perjuicios, en estricta aplicación de la supletoriedad conferida por la LODC al COGEP, es el procedimiento de ejecución ante el mismo juez que sustanció la causa principal. Para que ella sea procedente, igualmente acudiendo a la norma supletoria, la sentencia debe contener una declaración expresa respecto de la procedencia de pagar indemnizaciones, intereses y costas; ello a su vez, obliga al sujeto procesal, denunciante o acusador, a probar el importe de daños y perjuicios en la audiencia de juzgamiento, ello en concordancia con el art. 98 del COGEP, pues nótese que no es ajena a la

denuncia la determinación de los daños causados. La eventual existencia de daños punitivos debe ser sustentada adecuadamente por los litigantes, considerada y motivada por el juez.¹⁷⁶

No obstante lo expuesto, la tendencia actual es determinar, en la sentencia condenatoria, los mecanismos de reparación integral, ello en virtud de que se ha aceptado como norma, el criterio de fecha 9 de junio del 2016, contenido en oficio número 516-AJ-PCN-2015 suscrito por el Director de Asesoría Jurídica de la Corte Nacional de Justicia y elaborado por el Dr. Raúl Mariño Hernández, que emite informe acerca de las dudas enviadas a la Corte Nacional de Justicia por los Jueces de Contravenciones. Valga agregar que dicho pronunciamiento considera que no existe duda y que, por tanto, no merece pronunciamiento del pleno de la Corte Nacional:

En tal virtud, con la vigencia del Código Integral Penal, la jueza o juez, en la misma sentencia debe establecer la condena a reparar íntegramente los daños ocasionados por la infracción, con el monto a pagar, conforme dispone el Art. 622 numeral 6 íbidem, mismo que tiene el siguiente texto: "*La sentencia escrita deberá contener: ...6. La condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima y demás mecanismos necesarios para la reparación integral, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda*"; en consecuencia, ya no es necesario que se sustancie otro proceso o juicio aparte para establecer la reparación de daños y perjuicios, siendo por lo tanto, la jueza o juez contravencional el competente para establecer los daños y perjuicios al momento de resolver las infracciones a las normas de la Ley Orgánica del Defensa del Consumidor.¹⁷⁷

La interpretación antedicha parte de una premisa falsa, aunque resulta muy interesante para efectos de lograr la adecuada reparación –no limitada a daños y perjuicios– al consumidor. Afirmo esto porque las normas relativas al contenido de la sentencia en materia de defensa del consumidor son las establecidas en el COGEP y no en el COIP; de allí que no cabría que la sentencia se pronuncie sobre reparación integral, pues los requisitos de la sentencia escrita en materia civil y penal son distintos, así como es distinta la fundamentación de materialidad y la responsabilidad del acusado (pro-reo vs. pro-consumidor).¹⁷⁸

¹⁷⁶ Vid. Capítulo 2.5.

¹⁷⁷ Ecuador Asesoría Jurídica de la Corte Nacional de Justicia, *Oficio 516-AJ-PCN-2015*, de 9 de junio del 2016.

¹⁷⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial*, Suplemento, 180, 10 de febrero de 2014, art. 5.3 "Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable/

Por lo tanto, se requiere ya de reforma legal o de interpretación vinculante con efectos *erga omnes*, pues el procedimiento actual, establecido en el art. 84 de la LODC se aproxima más al procedimiento expedito penal que al procedimiento sumario en materia civil. Hasta podría decirse que es, efectivamente, el procedimiento expedito, con ciertas variaciones de términos, como se aprecia a continuación:

Gráfico 4
Diferencia procedimiento expedito – procedimiento LODC

COIP- Procedimiento Expedito Infracciones no Flagrantes	LODC - Procedimiento de Juzgamiento
Es competente el juez de contravenciones de la respectiva jurisdicción.	Es competente el juez de contravenciones de la respectiva jurisdicción.
El juzgamiento se realiza a petición de parte.	El juzgamiento se realiza a petición de parte. La LODC concede también acción pública para denunciar. El Defensor del Pueblo puede solicitar la iniciación del proceso.
Presentada la denuncia o acusación particular se procede al reconocimiento de la misma.	Presentada la denuncia o acusación particular se procede al reconocimiento de la misma.
El juez de contravenciones notifica con el señalamiento de la audiencia de juzgamiento al supuesto infractor.	El juez de contravenciones ordena citar al denunciado, con el señalamiento de la audiencia de juzgamiento al supuesto infractor.
La audiencia se realiza en el plazo máximo de 10 días.	La audiencia se realiza en el plazo de 10 días.
Hasta 3 días antes de la audiencia, las partes harán por escrito el anuncio de prueba.	A la audiencia concurren las partes con todas las pruebas de las que se crean asistidas.
Si el procesado no asiste a la audiencia de juzgamiento se podrá ordenar su detención que no exceda de 24 horas.	Si el denunciado no asiste a la audiencia se procede en rebeldía.
En la audiencia, la víctima y el denunciado podrán llegar a una conciliación.	En todos los casos el proceso admite conciliación (art. 130.11 del COFJ).
No se admiten incidentes dilatorios.	La audiencia solamente se suspende para obtener informes periciales. Todas las excepciones se resuelven en sentencia.
Al final de la audiencia se dicta sentencia.	Al final de la audiencia de ser posible, se dicta sentencia; caso contrario, se lo hará dentro del plazo perentorio de tres días.
La sentencia condenatoria debe establecer tanto las sanciones aplicables como las medidas de reparación integral, material e inmaterial pertinentes.	La sentencia condenatoria lleva implícita la obligación de pagar daños y perjuicios.
El fallo es recurrible en apelación ante la Corte Provincial	El fallo es recurrible en apelación ante el juez de garantías penales de la misma jurisdicción
Si al juzgar una contravención, la o el juzgador encuentra que se trata de un delito,	Si al juzgar una contravención la o el juzgador encuentra que se trata de un delito, deberá

Ecuador, *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, Registro Oficial, Suplemento, 116, 10 de julio de 2000, art. 1. “Ámbito y objeto.- [...] En caso de duda en la interpretación de esta Ley, se la aplicará en el sentido más favorable al consumidor.”

deberá inhibirse y enviará el expediente a la o al fiscal para que inicie la investigación.	inhibirse y enviará el expediente a la o al fiscal para que inicie la investigación
---	---

Fuente: Código Orgánico Integral Penal / Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Elaboración: Propia.

Conclusiones

Se planteó, como problemática inicial, que la liquidación de daños y perjuicios, según la LODC, se refiere a una norma y procedimiento derogado. La investigación buscó establecer la vía procesal adecuada para obtener la reparación al consumidor, sin limitarse a la indemnización de daños y perjuicios, es decir, si cabe aplicar el concepto de reparación integral en la materia.

De la investigación realizada, se concluye de manera general que, efectivamente, existe y existió una problemática dada en función de la naturaleza jurídica de la acción de defensa del consumidor, que ha ocasionado dificultades de interpretación y aplicación normativa, a propósito también de la anomia producida por la derogatoria del CPP y el juico verbal sumario para la liquidación de daños y perjuicios.

Uno de los problemas procesales radica en el hecho de que el operador de justicia que resuelve el conflicto es un juez de materia penal que, si bien es garantista de derechos, posee formación penal, rama del derecho, que por su propia naturaleza, obliga a la interpretación restrictiva de la norma, contraria al principio de duda en favor del consumidor.

En este mismo orden de ideas, hay otra limitación que impide el adecuado desarrollo del derecho del consumidor. Por la formación penal del juez, este tiende a buscar la prueba de la materialidad de la infracción, sin comprender adecuadamente varios principios aplicables al derecho del consumidor: **(i)** el principio de duda en favor del consumidor, y **(ii)** la inversión de la carga de la prueba o carga dinámica de la prueba.

Este último criterio encuentra sustento en una realidad económica, pues es precisamente el proveedor quien posee mayores recursos, acceso a la información, especificaciones técnicas y poder de imposición contractual. Dicho principio, en nuestra legislación, aparece exclusivamente como una cláusula prohibida en los contratos de adhesión, aunque debe entenderse transversal en la materia.

Hay adicionalmente una vulneración al principio de jerarquía por esta falta de adecuación normativa, toda vez que la causa principal y la apelación son conocidas por un juez de primer nivel, lo que su vez impide que se genere, en esta materia, jurisprudencia indicativa, mucho menos vinculante.

Respecto de la reparación al consumidor, aparece claro que, en función del precepto constitucional –que estima al usuario o consumidor como un grupo de atención prioritaria y al derecho a acceder a bienes y servicios de calidad como un derecho humano– esta debiese entenderse en un sentido amplio que favorezca la efectiva vigencia del derecho. En efecto, aunque la interpretación del operador de justicia imperante en la actualidad permite que se repare integralmente al consumidor, en la práctica, no se alcanzan niveles adecuados de reparación en los aspectos materiales e inmateriales.

En este sentido, se carece de una cultura jurídica respecto de la posibilidad real de incluir, en la reparación integral, daños punitivos, pues no se ha desarrollado de manera suficiente en nuestro ámbito este concepto, lo que impide cumplir la finalidad de disuadir en el proveedor prácticas comerciales lesivas. Quizá la limitación obedece a la propia definición legal constante en el art. 87 de la LODC que limita la reparación a los daños y perjuicios y, evidentemente, a la tradición jurídica de reparación en el país, limitada generalmente a la devolución, reposición y, en el mejor de los casos, al lucro cesante mediante la condena al pago de intereses y costas judiciales.

Pese a la anomia provocada por la derogatoria del CPP y del trámite verbal sumario de liquidación de daños, es evidente que el operador de justicia ha tratado de suplir el vacío legal, aunque debe decirse, con claridad, muchas veces sin adecuado sustento jurídico.

En efecto, hace falta una definición de la naturaleza jurídica de la materia que, si bien nació como un apéndice de la norma penal, en el decurso histórico, ha perdido tal vinculación, sin que quepa tampoco afirmar que se trata de un proceso de naturaleza estrictamente civil o comercial.

Hay, efectivamente una limitación de acceso a la protección en sede jurisdiccional, pues esta genera altos costos de defensa en casos que en muchas ocasiones, son de cuantía mínima. Ello genera, a su vez, que no exista en el consumidor una cultura de reclamación formal, ya que la reclamación se limita al escarnio público en redes sociales. En este sentido, cabe pensar en el ejercicio de la acción pública facultada por la ley y, eventualmente, en acciones colectivas que reduzcan costos para los perjudicados.

No existe una fase administrativa de juzgamiento concentrada y eficiente. En el caso de las actuaciones de la Defensoría del Pueblo, vemos que los pronunciamientos se

limitan, en el mejor de los casos, a exhortar al proveedor a corregir sus prácticas, sin que la autoridad tenga capacidad real de ejecutar sus resoluciones o de participar activamente en el proceso jurisdiccional.

Otras instancias administrativas, como la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, son netamente sancionatorias, pero no se preocupan de la reparación del daño al consumidor, aunque ciertos acuerdos de cese puedan contener medidas de reparación generales.

Respecto de la vía judicial para obtener reparación, se presentan dos momentos de interpretación del vacío normativo y, por tanto, dos vías de reclamación, según el proceso se haya iniciado antes o después de la derogatoria del CPP (10 de agosto del 2014).

Bibliografía

Libros impresos

- Barros, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- Carranza, Luis R. y Jorge O. Ross. *Derecho del Consumidor. Derechos y acciones de resguardo de los consumidores y usuarios*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2009.
- Cueva, Lorenzo y José María Suárez López. *Derecho y Consumo. Aspectos Penales Civiles y Administrativos*. Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2013.
- Farina, Juan M. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2009.
- Feldstein, Sara, *El Arbitraje*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1998.
- Klein, Luciane. *Protección internacional del consumidor, Procesos de escasa cuantía en los litigios transfronterizos*. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2013.
- López, Edgardo. *Los daños punitivos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot Editores, 2008.
- Metke, Ricardo. *Lecciones de Propiedad Industrial*. Bogotá: Baker & McKenzie Editorial, 2001.
- Nallar, Florencia. *Daños Punitivos*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2016
- Parra, Ángeles. *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*. Madrid: Editorial Reus S.A., 2011.
- Rusconi, Dante D., ed. M. *Manual de Derecho del Consumidor*. Buenos Aires: Abeledoperrot, 2016.
- Shina, Fernando E. *Daños al consumidor*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2014.
- Wajtraub, Javier H. *Justicia del Consumidor*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2014.

Fuentes jurídicas

- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

- . *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*. Registro Oficial, Suplemento, 116, 10 de julio de 2000.
- . *Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional*. Registro Oficial, Segundo Suplemento, 52, 22 de octubre de 2009.
- . *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Registro Oficial, Suplemento, 555, 13 de marzo de 2011.
- . *Ley Orgánica de Salud*. Registro Oficial, Suplemento, 423, 22 de diciembre de 2006.
- . *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*. Registro Oficial, Tercer Suplemento, 439, 18 de febrero del 2015.
- . *Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria*. Registro Oficial, Suplemento, 583, 5 de mayo del 2009.
- . *Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial 417, 14 de diciembre de 2006.
- . *Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*. Registro Oficial 287, 19 de marzo de 2001.

Actos Administrativos

- Ecuador Corte Nacional de Justicia. *Resolución No. 04-2016*. Registro Oficial, Suplemento, 847, 23 de septiembre de 2016.
- . *Resolución No. 08-2013*. Registro Oficial, Suplemento, 176, 04 de febrero de 2014.
- . *Resolución No. 12-2017*. Número de Boletín 21, 3 de mayo de 2017.
- Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *Resolución No. 204-2004*. Registro Oficial, Suplemento, 532, 25 de Febrero del 2005.
- Ecuador Defensoría del Pueblo Coordinación General Defensorial Zonal 5. *Resolución Defensorial No. 0117-DPE-CGDZ5-2017-OS*. 4 de agosto de 2017.
- Ecuador Defensoría del Pueblo de Ecuador Coordinación General Defensorial Zonal 9. *Revisión No. 034-ADHN-DPE-2016*, 7 de abril de 2016.
- Ecuador Defensoría del Pueblo. *Resolución de Revisión No. 053-ADHN-DPE-2017*. 20 de septiembre de 2017.

Ecuador Presidencia de la Corte Nacional de Justicia. *Oficio No. 1103-P-CNJ-2018*. 13 de septiembre de 2018.

Ecuador Secretaria General de la Corte Nacional de Justicia. *Oficio No. 1678-SG-CNJ*. 11 de diciembre de 2015.

Ecuador Superintendencia de Control del Poder de Mercado. *Expediente SCPM-CRPI-2015-076*. 11 de abril de 2016.

Ecuador Asesoría Jurídica de la Corte Nacional de Justicia. *Oficio 516-AJ-PCN-2015*. 9 de junio del 2016.

Sentencias Nacionales

Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia 004- 13-SAN-CC”. En *Caso No: 0015-10-AN*. 13 de junio de 2013.

———. “Sentencia 146-14-SEP-CC”. En *Caso No: 1773-11-EP*. 01 de octubre de 2014.

———. “Sentencia 146-14-SEP-CC”. En *Caso No: 1773-11-EP*. 01 de octubre de 2014.

———. “Sentencia” No. 077-15-SEP-CC. En *Caso No: 2108-11-EP*. 18 de marzo del 2015.

———. “Sentencia”. En *Caso No: 1155-11-EP*. 02 de mayo de 2014.

Ecuador Corte Constitucional para el periodo de Transición. “Sentencia”. En *Juicio No: 0012-09-SIS-CC*. 08 de octubre de 2009.

Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala de lo Civil y Mercantil. “Sentencia”. En *Juicio No: 488-2011*. 19 de julio de 2011.

Ecuador Corte Provincial de Justicia del Azuay Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito. “Sentencia”. En *Juicio No: 01121-2013-0201*. 06 de septiembre de 2013.

Ecuador Corte Provincial de Justicia del Azuay Sala Penal. “Sentencia”. En *Juicio No: 01151-2014-1571*. 28 de noviembre de 2014.

Ecuador Corte Provincial de Justicia del Azuay Segunda Sala Especializada de lo Penal y Tránsito. “Sentencia”. En *Juicio No: 01122-2013-0323*. 23 de diciembre de 2013.

- Ecuador Corte Provincial de Justicia del Azuay, Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito. “Auto resolutivo”. En *Juicio No: 01121-2013-0160*. 25 de julio de 2013.
- Ecuador Corte Provincial de Pichincha Sala Civil y Mercantil. “Sentencia”. En *Juicio No: 17295-2017-00291*. 20 de abril de 2018.
- Ecuador Corte Provincial de Pichincha Sala Penal. “Sentencia”. En *Juicio No: 17151-2014-1718*. 04 de diciembre de 2014.
- Ecuador Corte Provincial de Pichincha Sala Penal. “Sentencia”. En *Juicio No: 17151-2015-0014*. 04 de marzo de 2016.
- Ecuador Corte Provincial de Pichincha Sala Penal. “Sentencia”. En *Juicio No: 17151-2015-00359*. 12 de enero de 2016.
- Ecuador Corte Provincial de Pichincha Sala Penal. “Sentencia”. En *Juicio No: 17282-2017-03061*. 26 de septiembre de 2018.
- Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil. "Sentencia". En *Juicio No: 43-2002*. 22 de mayo de 2003.
- Ecuador Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil. “Sentencia”. En *Gaceta Judicial: 9 Serie XVII*. 23 de Mayo de 2002.
- Ecuador Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil. “Sentencia”. En *Expediente No: 200*. 25 de Febrero del 2005.
- Ecuador Juzgado Cuarto de lo Penal de los Ríos. “Sentencia”. En *Juicio No. 12254-2014-0033*. 18 de marzo de 2014.
- Ecuador Juzgado Décimo Octavo de Garantías Penales. “Sentencia”. En *Juicio No: 17268-2014-1848*. 17 de octubre de 2014.
- Ecuador Juzgado Sexto de Contravenciones. "Sentencia". En *Juicio No: 17555-2015-00180*. 28 de julio de 2018.
- Ecuador Juzgado Sexto de Contravenciones. “Sentencia”. En *Juicio No: 17555-2013-1128*. 07 de julio de 2014.
- Ecuador Juzgado Tercero de Contravenciones. “Sentencia”. En *Juicio No: 17553-2015-00075*. 30 de septiembre de 2015.
- Ecuador Juzgado Único de Contravenciones del Cantón Cuenca. “Sentencia”. En *Juicio No: 01151-2014-1571*. 14 de octubre de 2014.
- Ecuador Tribunal de Garantías Penales con Sede en la Parroquia Iñaquito. “Sentencia”. En *Juicio No: 17282-2017-03061*. 29 de marzo de 2018.

Ecuador Unidad Judicial Civil con sede en la Parroquia Iñaquito. “Sentencia”. En *Juicio No: 17230-2015-11993*. 21 de agosto de 2015.

Ecuador Unidad Judicial Penal con sede en la Parroquia Carcelén del Distrito Metropolitano de Quito. “Sentencia”. En *Juicio No: 17256-2015-00767*. 18 de abril de 2016.

Ecuador Unidad Judicial Penal con sede en la Parroquia Iñaquito. “Auto de inhibición”. En *Juicio No: 17151-2015-0132*. 02 de abril de 2015.

———. “Auto resolutivo”. En *Juicio No: 17151-2015-0132*. 05 de junio de 2015.

———. “Sentencia”. En *Juicio No: 17151-2013-3248*. 22 de julio de 2014.

———. “Sentencia”. En *Juicio No: 17151-2013-3248*. 22 de julio de 2014.

———. “Sentencia”. En *Juicio No: 17291-2016-00451*. 09 de enero de 2017.

———. “Sentencia”. En *Juicio No: 17294-2017-01358*. 12 de marzo de 2018.

Ecuador Unidad Judicial Penal de Portoviejo. “Sentencia”. En *Juicio No: 13283-2015-02171*. 17 de agosto de 2016.

Ecuador Unidad Judicial Penal de Portoviejo. “Sentencia”. En *Juicio No: 13283-2014-2173*. 23 de octubre de 2014.

Instrumentos de organismos internacionales

Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. *Decisión para establecer la mesa andina de participación de la sociedad civil para la defensa de los derechos del consumidor No. 539*. Registro Oficial 63, Suplemento, 16 de abril de 2003.

OEA Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 6 de agosto de 1984.

ONU Asamblea General de las Naciones Unidas. *Directrices sobre la protección al consumidor*. 09 de abril de 1985. RES/39/248.

Documentos estatales foráneos

Argentina. *Constitución Política de Argentina*. Registro Oficial 27.959, 23 de agosto de 1994.

Argentina. *Decreto Ejecutivo 2089 Ley N° 24.240*. Boletín Oficial 27.998, 13 de octubre de 1993.

Colombia. *Constitución Política de Colombia 1991*. Gaceta Constitucional 116, 20 de julio de 1991.

Colombia. *Ley 1480 Estatuto del Consumidor*. Diario Oficial 48.220, 12 de octubre de 2011.

España. *Constitución Española*. Registro Oficial 311, 29 de diciembre de 1978.

Perú. *Constitución Política del Perú*. Diario Oficial s/n, 30 de diciembre de 1993.

Perú. *Ley N° 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor*. Diario Oficial s/n, 02 de octubre de 2010.