

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, Karla Mariana Zambrano Bonilla declaro ser la autora exclusiva de la presente tesis académica.

Todos los efectos académicos y legales que se desprendieren de la misma son de mi absoluta responsabilidad.

Por medio del presente documento cedo mis derechos de autor a la Universidad Del Pacífico - Escuela de Negocios- para que pueda hacer uso del texto completo de la Tesis de Grado con fines académicos e investigativos.

Guayaquil, 10 de Octubre del 2008

Karla Mariana Zambrano Bonilla

CERTIFICACIÓN

Yo, Luís Portalanza, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Del Pacífico, como Director de la presente Tesis de Grado, certifico que la Señora Karla Zambrano Bonilla, egresada de la institución, es autora exclusiva del presente trabajo, el mismo que es auténtico , original e inédito.

Guayaquil, 10 de octubre del 2008

**Luís Portalanza C.
DIRECTOR.**

DOCUMENTO DE CONFIDENCIALIDAD.

La Universidad Del Pacífico, se compromete a no difundir públicamente la información establecida en la presente Tesis de Grado, de autoría de Karla Zambrano Bonilla. En razón que ésta ha sido elaborada con información confidencial.

Tres copias, escritas y digitales, de esta Tesis de Grado quedan en custodia de la Universidad Del Pacífico, las mismas que podrán ser utilizadas para fines académicos y de investigación.

Para constancia de este compromiso. Suscribe

.....
AB. Octavio Roca.
DECANO DE LA FACULTAD DE
JURISPRUDENCIA

AGRADECIMIENTO

Agradezco en primer lugar a Díos, ya que sin el nada podemos hacer, El nos da la vida y lo necesario para lograr nuestras metas.

A mis padres Carmen y Ramón por su determinación entrega y humildad porque siempre están conmigo en las buenas y las malas educándome, ayudándome e impartíendome valores para conducirme por este largo camino.

A mis abuelos Carmen y Santiago por ser un perfecto ejemplo de amor eterno.

A mi tía Mónica por su apoyo y voto de confianza

A mis hermanos Christel y Jhon por sus enseñanzas.

A Roberto por atreverse a confiar en mí ya que sin su amor incondicional y apoyo este sueño nunca hubiera podido ser contemplado

A mis hijos Ana Paula, María Mercedes y Roberto Nicolás por ser mi fuerza y templeza.

A mis amigas Anita y Bachi por ser fieles y sinceras a nuestra amistad.

A mis profesores de los que no solamente aprendí sobre leyes si no amor, respeto y amistad (Fanny, Gina, Marianita, Guillermo y Luís Portalanza,)

A todos los que no pudo extraer de mi memoria. No tengo letras para seguir diciendo el gran regocijo que me da poder terminar esta carrera en donde profesores y compañeros dejan parte de su vida, para dar vida a las ilusiones de niño y que hoy en día se hacen realidad.

DEDICATORIA

Esta tesis, esta dedicada en su totalidad a los seres que mas amo en el mundo: mi esposo Roberto que me apoyó de principio a fin en mi carrera profesional, y mis hijos: Ana Paula, María Mercedes y Roberto Nicolás, por ser la fuente de mi inspiración y motivación para superarme cada día más en busca de un futuro mejor.

INDICE

PÁGINAS PRELIMINARES

Portada	ii
Página de Declaración de autoría	ii
Página de Certificación	iii
Página de Documento de confidencialidad.	iv
Página de Agradecimiento	v
Página de Dedicatoria	vi
Índice General	vii
Introducción.....	1
Justificación.....	3

CAPITULO I: ORIGEN HISTÓRICO DEL DERECHO AL CONSUMIDOR

Antecedentes del estudio.....	.4
Consideraciones jurídicas.....	.8
Diferencia entre defensa y protección.....	.9

CAPITULO II: PRINCIPIOS QUE RIGEN LA TUTELA DEL DERECHO AL CONSUMIDOR

Pro consumidor o de concurrencia.....	12
De protección absoluta.....	13
De responsabilidad y solidaridad	13
De Provisión.....	14
De organización colectiva de los consumidores para la defensa común.....	16
Principio de representación	17
De equilibrio.....	18

CAPITULO III: OBJETO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

Análisis.....	20
Conflicto con otros sistemas jurídicos	21

Relaciones del derecho de competencia con el derecho de consumidores.....	24
Derecho de la Competencia	27
Objetivos del Derecho de la Competencia	28
Protección de los consumidores	29
Revisión de la Constitución Política de 1998.....	29
De los consumidores	30
Instituciones Conexas	32
Instituto Ecuatoriano de Normalización	33
La defensoría del pueblo.....	33
En términos generales que puede hacer el Defensor del Pueblo	34
Que no puede hacer el Defensor del Pueblo	36

CAPITULO IV: LA RELACIÓN JURÍDICA DE CONSUMO

Estudio de la Relación jurídica.....	37
Inexactitud del concepto de consumo e inclusión del concepto de prestación de servicio	38

CAPITULO V: LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN

Análisis de los sujetos de la Relación.....	44
Concepto de consumidor.....	46
Consumidor y usuario	47
La empresa como consumidor.....	49

CAPITULO VI: LOS CONTRATOS DE CONSUMO

Introducción.....	49
Pre contractualidad.....	54
Disparidad o ausencia de poder de negociación.....	59
Clausulas abusivas.....	61
Publicidad engañosa y deber de información	64
Contratos de adhesión.....	68
Protecciones	69
Protección Contractual al Consumidor	71

CAPITULO VII: VÍAS DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS CONSUMIDORES

Introducción.....	73
Denuncia ante el Intendente de Policía	74

La apelación ante el Juez de los Penal	76
--	----

CAPITULO VIII: INSUFICIENCIA DE LOS MEDIOS DE TUTELA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVOS MOTIVOS DE FORMA Y FONDO, IMPOSIBILIDAD DE DESARROLLO VÍA JURISPRUDENCIA.

Papel del Estado	77
Papel de la Ciudadanía.....	78

CAPITULO IX: PROPUESTA DE REFORMA LA LODC

Desarrollo del tema.....	82
--------------------------	----

CAPITULO X: Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo y Reglamento de Quejas

Estudio de la Ley.....	92
Proceso de queja ante el Defensor del Pueblo.....	95
Conclusiones.....	99
Bibliografía.....	101

Introducción

La importancia de abordar el estudio del Derecho del Consumidor, a la luz de la nueva legislación de defensa y protección del consumidor, realizando el debido análisis y observaciones tanto en las relaciones de consumo con el proveedor dentro de los bienes y servicios que el mercado ofrece, las ventajas y perjuicios en la celebración de un contrato de consumo, los sujetos participantes de ésta relación contractual, los conflictos de sus derechos adquiridos, consagrados tanto en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su Reglamento con respecto a otras disposiciones legales contenidas en normas del derecho civil y mercantil, sus responsabilidades y sus instituciones públicas circundantes obligadas a coadyuvar la protección y respecto de tales derechos, conlleva a la imperiosa necesidad de difundirla para conocimiento no sólo del universo educativo sino también de la comunidad en general que desconoce en su gran porcentaje los alcances y efectos de sus disposiciones, puesto que de esa manera, aprendiendo y conociéndolos con mayor proporción se podrá hacer respetar, cumplir y defenderlos mejor. Es en virtud de ello que proponemos una serie de notas relevantes sobre distintos aspectos de este tema, comenzando por esta aproximación introductoria.

La Ley de Defensa del Consumidor es el producto de una estandarización jurídica, tanto nacional como internacionalmente, de una situación fáctica de desigualdad en las relaciones de consumo, donde por historia y antecedente el más fuerte impone su voluntad y condiciones injustas en perjuicio siempre del más débil, que es el consumidor. Esta desigualdad se apoyó en un economicismo, que cimentó un régimen de consumismo, de bienes y servicios, resultado de una post-modernidad cuyo estándar de vida fue el mejoramiento del confort.

El Consumo constituye un fenómeno polifacético y como tal puede ser abordado desde diferentes ángulos de observación; así desde la economía, la psicología, la sociología, la historia, y con mayor razón el derecho. Esto es así porque se trata de la primordial función de satisfacción de necesidades del consumidor a través de la oferta y la demanda de bienes y servicios, actividad ejercida por casi todas las personas, aún sin tener cabal conciencia del complejo acto que realizan y sus consecuencias perniciosas en caso de ser inadecuadas.

Justificación

El Derecho del Consumidor ciertamente es nuevo en nuestro medio, ya que hace poco tiempo que se ha hecho conciencia de la existencia de un nuevo sujeto activo (consumidor), que es el destinatario de toda un sistema de tutela y protección Orgánica, diferente del de compraventa – comercial, comprador o cliente, visto en un sentido estricto, social, económico y jurídico distintas a otras figuras jurídicas tradicionales del derecho civil y mercantil que regulan un acto transaccional de comercio; actividad desarrollada que ha dado lugar a la implantación adecuada en nuestro derecho positivo, coherente de reglas que permitan ordenar adecuadamente la relación de consumo de bienes y servicios que requiere el consumidor ceñido a condiciones justas y legales que no lo perjudique en la necesidad de satisfacer sus necesidades, ofrecidas por el mercado, es por eso, la relevancia y trascendencia de conocer los derechos y obligaciones que poseemos como consumidores o usuarios de los bienes y servicios sean estos públicos o privados porque del conocimiento que tengamos de nuestros derechos contenidos en la Ley y sus reglamentos, contribuiremos a un efectiva y fiel cumplimiento de sus disposiciones, que de acuerdo a la realidad actual no se las hace respetar en su contexto porque se las ignora o desconoce en detrimento del consumidor que es el directamente afectado, más aún, si muchas veces contamos con el silencio u omisión administrativo y judicial de las autoridades competentes que por ministerio de la Ley les obliga a cumplir y hacer cumplir sus disposiciones.

Las leyes son las normas que rigen las relaciones y conducta de los ciudadanos del Estado, es por eso su importancia que todos conozcamos su texto legal que son obligatorios y consagran nuestros derechos, deberes y obligaciones como consumidores activos de un mercado cada vez más globalizado y de tendencia neoliberales que procura muchas veces satisfacer sus ofrecimientos empresariales que las necesidades reales del consumidor, abusando del mercado en sus omisiones o no cumplimiento de sus disposiciones legales.

CAPÍTULO I

ORIGEN HISTÓRICO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

Antecedentes del Estudio.- Hace más de medio siglo, nadie hablaba de derecho de consumo; no se practicaba, ni la palabra, ni el concepto.

Sin duda alguna, la historia del derecho nos da algunos ejemplos de lo que llamamos ahora la protección del consumidor. Así, el derecho romano organizaba una protección del comprador contra los vicios ocultos de la cosa adquirida. Y, en Francia, la palabra “consumidor” fue recogida en la ley por primera vez en 1905: la ley relativa a la represión de los fraudes. Es una ley penal que establece un delito contra el que engaña a su co-contratante sobre la mercancía o el servicio que se le ha proporcionado. Más recientemente, textos de 1945 relativos a la reglamentación de los precios mencionaban también al consumidor. Pero estas dos reglamentaciones no formaban un derecho de consumo.

La legislación de protección a los consumidores no es un fenómeno reciente, empieza a desarrollarse con las ideas del derecho común anglosajón desde siglo XIX debido de la necesidad moderna de precautelar el daño que podían causar ciertos productos sensibles como alimentos y medicinas que si no son idóneos pueden afectar, gravemente, a una sociedad; incluso en algunos casos de esta legislación ha sido de carácter penal.¹

Desde mediados del siglo XIX, reglamentos y leyes Orgánicas pretenden regular la relación jurídica que surge, entre los obligados adquirentes de dichos

¹ Recuerdan Kemelmajer de Carlucci y Tavano de Aredes que a mediados del s. XIX, en Francia, conforme a constataciones oficiales, el 53% de la leche comercializada en Paris era adulterada. Abusos tan graves que el legislador terminó por promulgar la ley de 01 de Agosto 1905 de naturaleza penal. (Defensa del consumidor y del usuario - Juan M. Farina – Página 14 – Segunda Edición, 2000)

productos y sus proveedores. Su misión fundamental: proteger y defender al consumidor.²

Las primeras políticas legislativas voluntaristas de protección de los consumidores nacieron en los años 1960 y 1970. El punto de partida de este movimiento se manifestó en los Estados Unidos en 1962 con un discurso público del Presidente Kennedy, donde resaltó que los consumidores formaban el grupo económico más importante y; sin embargo, el menos escuchado. A principios de los años 1970, esta preocupación conoció su traducción en las legislaciones de los Estados europeos. En Francia, fue la ley de 22 de diciembre de 1972 sobre la venta a domicilio la que ha empezado este movimiento legislativo de protección que no ha dejado de desarrollarse desde esta época.

De allí que, América empieza a recoger las ideas fundamentales del derecho de consumidores, formalmente, con el tratado de Roma de 1957 con conceptos como: publicidad engañosa, acceso a la información y cláusulas abusivas; como consecuencia de la actividad incontrolada de los monopolios y cárteles.

La ONU en resolución aprobada el 16 de abril de 1985 emitió directivas de protección al consumidor con énfasis en el derecho de acceso a la información sobre bienes y servicios.

Pero, ¿por qué tal legislación específica?, ¿y por qué en esta época?, ¿cuál es su justificación?

Indiscutiblemente, esta legislación se desarrolla a la par que la sociedad de consumo, a fin de corregir sus excesos.

² Inglaterra se promulgó la Sale of Goods Act de 1893, que determinaba que las mercancías debían tener las características y calidad propias para el fin que estaban destinadas y anunciadas; la Merchandise Markd Act d 1897, tiene por objeto proteger al consumidor de descripciones o anuncios falsos o engañosos; la Adulteration of Food or Drink Act de 1860, protege al consumidor contra los alimentos adulterados; la Pharmacy Act protege contra fármacos, etc. (La protección del consumidor en el derecho privado, en el “Derecho del Consumidor, 1991, nº 1, p 11...)

Los poderes públicos se dieron cuenta de que el libre funcionamiento del mercado no podía bastar para garantizar los derechos de los consumidores. En efecto, la relación profesional-consumidor se presenta hoy en día como una relación desequilibrada entre un fuerte y un débil. La superioridad del empresario es tanto de tipo técnico, como financiero y jurídico. Este último es el mejor experto del producto o servicio que él propone y de su buen uso; conoce también mucho mejor que los consumidores los contratos que les hace firmar.

Precisamente, este desequilibrio se revela con particular importancia en el ámbito contractual.

La relación de hoy entre un profesional y un consumidor no es la relación contractual considerada por los redactores del Código Civil; es decir, una relación entre dos personas iguales que discuten sus intereses libremente y con conocimiento de causa. El contrato de consumo ya no es un contrato según lo convenido libremente, sino un contrato de adhesión, pre-redactado según los intereses del profesional y que el consumidor no puede negociar, discutir o enmendar.

Por supuesto, el consumidor conserva su libertad de no contratar si el contrato que se le propone no le conviene. Pero este argumento no vale, esta libertad no es más que una libertad formal. ¿Cómo, en la práctica, puede el consumidor rechazar la oferta de contratar para su abastecimiento de agua o de electricidad, para su teléfono o sus transportes, etc.?, sería la libertad de no consumir. En estas condiciones, ya no sería un consumidor, sino un excluido de la sociedad.

Así pues, en este ámbito contractual, si el legislador contemporáneo decidió intervenir, fue por la razón de que el derecho común (civil y mercantil) no proporcionaba las soluciones para una protección adecuada de los consumidores.

Cierto que el Código Civil vigente conoce disposiciones en favor de todos los que han contratado en malas condiciones o contra sus propios intereses. Así, se puede citar a las normas que sobre los vicios del consentimiento existen, la lesión enorme, daño emergente y lucro cesante, los requisitos de un contrato para su existencia y validez, el objeto y causa lícita, el abuso de derecho para contratar, el orden público contractual regulaciones que no bastan para proteger a los consumidores porque las disposiciones del derecho común son de aplicación general en todas las relaciones contractuales. En estas condiciones, ¿cómo se podría reservar una interpretación extensiva de aquellos solamente en favor de los contratantes consumidores? Y si se extienden estas interpretaciones cada vez que un contratante está en situación de inferioridad en comparación con su cocontratante, la seguridad jurídica contractual desaparece.

Esta consagración del derecho de consumo no se nota solamente en todos los países de la Unión Europea sino que ahora, atañe a la mayoría de los países, aún menos desarrollados, de los cinco continentes. Por ejemplo, existe una ley de protección de los consumidores en casi todos los Estados de América del Sur; también en África, donde se puede observar el caso de Túnez.

La generalización de este derecho específico responde a una voluntad política destinada a garantizar relaciones económicas equilibradas. Aparece también como un factor importante de cohesión social. No existen, por un lado, los buenos consumidores y, por otro lado, los malos empresarios. Los dos son asociados porque los primeros necesitan a los segundos y viceversa. Es el espíritu del derecho de consumo.

De allí que hemos clasificado la evolución del derecho del consumidor en varias etapas:

A. PRIMERA ETAPA: durante la cual las relaciones de consumo comienzan a revelar al consumidor como parte débil (masificación, desigualdades reales, desinformación, etc.), aún sin respuestas precisas del derecho positivo. Apenas

algunas garantías tradicionales, como la de los vicios ocultos, conferían una cierta protección al comprador.

En esta etapa, las responsabilidades de fabricantes y proveedores podían ser fundadas sólo en la idea de la culpa; la vigencia del principio de autonomía de la voluntad era virtualmente ilimitada, impidiendo la revisión de los contratos inequitativos, y las conductas anticompetitivas o desleales carecían de un sistema de reacción expresa del ordenamiento jurídico.

B. SEGUNDA ETAPA: a partir de la vigencia de las reformas al Código Civil vigente y leyes Orgánicas regulatorias del mercado, permitió diseñar un sistema de protección del consumidor, a través de soluciones que, aunque genéricas y no específicamente dirigidas a aquel fin, importan de todos modos un avance notorio en orden a la equidad y seguridad jurídica en las relaciones de consumo.

C. TERCERA ETAPA: evoluciona con la vigencia de la ley 2000-21 publicado en el Registro Oficial No.116 Suplemento del lunes 10 de julio del 2000. Esta ley de defensa del consumidor termina de consolidar la presencia de un sistema de protección jurídica que, anteriormente, estaba fundado sólo en normas sustantivas y adjetivas generales, no dirigidas directa y específicamente al amparo de los consumidores, (Códigos Civil, de Comercio y Procesal, etc.)³

Consideraciones Jurídicas.-

Cuando se estudia el derecho del consumidor se lo tiene como una rama más del derecho económico, lo que lleva a entender el concepto “consumidor” con una connotación económica, antes que jurídica tradicional, si restringiéramos el concepto, a lo que por nuestra formación entendemos como bienes consumibles, quedarían fuera de la protección de esta rama del derecho todas aquellas

³ (Libre competencia, derecho de consumo y contratos – Víctor Cevallos Vásquez – n° 1, 2001, página 127...)

relaciones de intercambio que no tuvieran por objeto un bien consumible; pero si se aplicase al término, únicamente, el punto de vista económico, la interpretación iría mucho más allá de lo deseado, esto es, regular todas las relaciones de cambio de todos los sujetos u operadores económicos.

Ambos extremos son erróneos, el primer caso es restrictivo y el segundo se desnaturaliza la relación de consumo al abarcar supuestos que no implican satisfacción personal y final de una necesidad. Se la hace extensiva a los operadores económicos profesionales que no consumen para satisfacer necesidades finales o a quien no se encuentra en desventaja económica, es decir, quien no se debe considerar consumidor y sujeto de la tutela. Por otro lado, respecto de las diferencias, jurídicamente trascendentes, entre los términos: “Consumidores y Usuarios”, pretender encontrarlas a cuenta de ser el primero adquirente de bienes y el segundo adquirente de servicios; es ocioso, la primera implica la segunda y así lo entiende nuestra legislación por lo que no cabe mayor digresión.

Diferencia entre Defensa y Protección.-

Ordinariamente, ambos términos se utilizan como sinónimos pero nada más lejos de la realidad; el término protección se refiere al compromiso del estado asumido a través de los organismos competentes para desplegar, en forma permanente, actividades destinadas a evitar que el consumidor sea víctima de una actividad de mercado desleal o ilícita de parte de los operadores económicos empresariales, tendente a confundir su decisión económica, someterlo a una contratación abusiva u obligarlo a padecer daños sin reparar consecuencia de bienes o servicios defectuosos: sin necesidad de mediar petición expresa del consumidor ofendido. Esta defensa en todos sus aspectos la cumple el estado ecuatoriano a través de la Defensoría del Pueblo.

El término defensa, en cambio, se refiere a toda legislación de quienes coloquen bienes o servicios en el mercado, respetando en su publicidad y demás medios de oferta, en la forma de contratar y en la responsabilidad posterior al contrato; normativa que el consumidor puede exigir sea cumplida por el oferente profesional; o, en caso extremo invocarla ante la autoridad administrativo u judicial en tutela de sus derechos.

La ley de la materia, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, engloba normativas de las dos clases, pues no cabe discusión sobre el hecho de no ser contradictorias sino más bien complementarias. La meta fundamental de este trabajo es identificar y proponer correctivos a las deficiencias de nuestra norma base en ambos aspectos, protección y defensa.

En consecuencia, la defensa y protección se ejercerá en contra de la inequidad económica del contrato de consumo, la información asimétrica, la contratación abusiva, los incumplimientos empresariales, daños en los productos o deficiencia en los servicios, protección de la salud y la vida del consumidor respecto de daños en los bienes o servicios adquiridos; y, daños que el consumidor cause a terceros como efecto del uso de bienes o servicios defectuosos.

Esto incluye también la provisión de ciertos bienes o servicios conexos o accesorios a los principales que son adquiridos. Una Orgánica atención merece la provisión de servicios financieros ya que esta forma de crédito sale del ámbito de la banca tradicional y puede ser causa de inequidades sobrevenidas posteriormente, que burlarían el marco de defensa del consumidor.

De modo que en una relación de consumo perfectamente reglada el consumidor no podría ser víctima de una cláusula abusiva, cuya interdicción legítima no podría lograr y que en otras circunstancias podría lograr fácilmente. En nuestro caso por ejemplo, el contrato de provisión de un servicio público

contractualmente, contiene la cláusula de suspensión del servicio básico de no cumplirse, oportunamente, con el pago.

Si ocurriera que el cobro se basa en una presunción y no en una lectura real, bastaría con la denuncia para lograr de inmediato la interdicción de la orden de corte del servicio; pero ¿qué pasa si el consumidor fuera obligado a suscribir un instrumentos de crédito como garantía?, el instrumento podría ser ejecutado por la vía jurisdiccional civil mercantil, reduciendo al consumidor a todos los vicios del desequilibrio económico, como si se tratara de una relación mercantil común.

Al respecto, en nuestra legislación no hay ninguna forma de defensa como si la existe en los países que adoptaron el Uniform Consumer Credit Code. Menos aún, observando en nuestra legislación el uso de tarjetas de crédito como una relación de consumo.⁴

⁴ (Las letras de consumo y su problemática jurídica - Bergel Paol Antonio, 1991 – B – 7)

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS QUE RIGEN LA TUTELA DEL DERECHO AL CONSUMIDOR

Desarrollo.- Estos principios son aquellos que buscan establecer una relación de armonía y equidad entre consumidores y proveedores para evitar la brecha de desigualdad económica que subyuga a los consumidores a padecer, en manos de proveedores, abusos, inequidades, incumplimientos y daños sin sanción.

El derecho comparado y nuestra legislación contemplan:

Pro Consumidor o de Concurrencia.-

Determina la interpretación de las normas en el sentido más favorable al consumidor, que deben hacer las autoridades administrativas y judiciales en los conflictos de protección y defensa del consumidor; así lo ratifica taxativamente la parte última del inciso primero del Art. 1 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que a su texto expresa: “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.” En concordancia con lo que expresa el 8vo numeral del Art. 43 de la Ley Orgánica, al señalar que toda estipulación en contrario de los intereses del consumidor es nula de pleno derecho y no producen efecto jurídico alguno en contra del usuario.

De Protección Absoluta.-

En la aplicación de sanciones, obligaciones y beneficios; se aplicará siempre la sanción que más favorezca al consumidor, así lo expresa el Art. 30 de la Ley Orgánica: “La mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor de bienes o servicios, permitirá al consumidor pedir la resolución del contrato, sin perjuicio de las indemnizaciones que pudieren corresponder.”

De Responsabilidad y Solidaridad.-

Significa que los operadores económicos que integran la cadena de producción y circulación de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado responden de la indemnización debida al consumidor en forma solidaria, así lo expresa el Art. 28 de la Ley: “*Serán solidariamente responsables por las indemnizaciones civiles derivadas de los daños ocasionados por vicio o defecto de los bienes o servicios prestados, los productores, fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, quien haya puesto su marca en la cosa o servicio y, en general, todos aquellos cuya participación haya influido en dicho daño.*”

La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Tratándose de la devolución del valor pagado, la acción no podrá intentarse sino respecto del vendedor final.

El transportista solo responderá por los daños ocasionados al bien con motivo o en ocasión del servicio por él prestado. ”

Así mismo lo expresa el Art. 71 de la Ley: “*Los consumidores tendrán derecho, además de la indemnización por daños y perjuicios ocasionados, a la reparación gratuita del bien y, cuando no sea posible, a su reposición o a la devolución de la cantidad pagada, en un plazo no superior a treinta días, en los siguientes casos:*”

1. Cuando en el producto que se hubiere adquirido con determinada garantía y, dentro del plazo de ella, se pusiere de manifiesto la deficiencia o características del bien garantizado, siempre que se hubiere destinado al uso o consumo normal de acuerdo a la naturaleza de dicho bien. Este derecho se ejercerá siempre y cuando el proveedor haya incumplido con la garantía;

2. Cuando cualquier producto, por sus deficiencias de fabricación, elaboración, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, no sea apto para el uso al cual está destinado; y,

3. Cuando considerados los límites de tolerancia permitidos, el contenido neto de un producto resulte inferior al que debiera ser o la cantidad sea menor a la indicada en el envase o empaque. Sin perjuicio de las acciones civiles, penales o administrativas a que hubiere lugar, el proveedor que incurriere en uno de los casos contemplados en este artículo, e incumpliere su obligación una vez fenecido el plazo establecido, será sancionado con una multa equivalente al valor del bien o servicio, que en ningún caso será inferior a ciento veinte dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda de curso legal, sin que ello se extinga su obligación de reparar o reponer el bien, o en su caso restituir lo pagado.”

Como podemos observar aquí se encuentra responsabilidad solidaria, susceptible de repetición, siempre a favor del consumidor. De lo que la Ley no nos habla es de la responsabilidad penal que se le debe aplicar al proveedor infractor, encontrándonos con un vacío legal dentro de la presente Ley que debería ser implantada para su mejor cumplimiento y aplicación.

De Provisión, de Información.-

Tiene que ser veraz, clara y oportuna. La buena información conduce al consumidor a elegir con máxima eficiencia en cuanto a la mejor calidad, precios y soporte de los bienes y servicios que se ofertan en el mercado, con el fin de precautelar la decisión económica del consumidor al elegir uno u otro producto o

servicio sin ser víctima de la publicidad engañosa o abusiva que confunda su decisión; esta información debe contener una clara y precisa determinación del origen, composición y finalidad del producto; calidad, cantidad, denominación usual o comercial; precio o presupuesto de la compra; condiciones jurídicas y económicas de la adquisición o utilización del producto; indicación clara de descuentos o incrementos debido a promociones, el importe de los costos asociados o servicios vinculados; fecha de fabricación, plazo recomendado de uso o consumo y o fecha de caducidad, instrucciones de uso o consumo correctos, advertencia y contraindicaciones, y advertencia de riesgos previsibles debidos a materiales en descomposición o al uso inadecuado; y, finalmente, información sobre antecedentes de premios o galardones otorgados al producto por sus bondades o eficiencia de calidad, otorgados por personas o instituciones públicas competentes o privadas de reconocido prestigio.

De Organización Colectiva de los Consumidores para la Defensa Común.-

Esto es el derecho de constituir asociaciones y veedurías de ciudadanos consumidores que observen, públicamente, los procesos del mercado de consumo con el propósito de defender sus intereses ejerciendo acciones efectivamente en el ámbito administrativo y judicial en representación de los consumidores; acciones que lo regulan los artículos del 61 al 63 de la Ley Orgánica, que a su texto señala: *“Art 61.- Asociación de Consumidores.- Se entenderá por Asociación de Consumidores, toda organización constituida por personas naturales o jurídicas, independientes de todo interés económico, comercial, religioso o político, cuyo objeto sea garantizar y procurar la protección y la defensa de los derechos e intereses de los consumidores; así como, promover la información, educación, representación y el respeto de los mismos.”*

Art. 62.- Requisitos.- Para poder actuar válida y legítimamente en la promoción y defensa de los derechos que esta Ley consagra, las asociaciones

de consumidores deberán cumplir, además de los requisitos exigidos por la legislación general, con los siguientes:

- 1. Obtener su personería jurídica en el Ministerio de Bienestar Social;*
- 2. Conformarse con un número no menor a cincuenta miembros;*
- 3. No incluir como asociados a personas jurídicas que se dediquen a actividades comerciales;*
- 4. Mantenerse al margen de actividades comerciales, religiosas o políticas;*
- 5. No perseguir fines de lucro;*
- 6. No aceptar anuncios de carácter comercial en sus publicaciones; y,*
- 7. No realizar una explotación comercial selectiva en la información y consejos que ofrezcan al consumidor.*

Art 63.- Objetivos.- *Entre otros, son objetivos de las asociaciones de consumidores:*

- 1. Difundir el conocimiento de las disposiciones de esta Ley y sus disposiciones conexas;*
- 2. Promover y proteger los derechos de los consumidores;*
- 3. Representar los intereses individuales o colectivos de los consumidores ante las autoridades judiciales o administrativas; así como , ante los proveedores, mediante el ejercicio de acciones, recursos, trámites o gestiones a que esta Ley se refiere, cuando esto sea solicitado expresamente por los consumidores;*
- 4. Realizar programas de capacitación, orientación y educación del consumidor,*

5. *Promover la organización de los consumidores con sentido solidario para proteger sus derechos;*
6. *Promover el conocimiento sobre el precio, la cantidad, la calidad, peso, medida, rotulado e información de los bienes y servicios;*
7. *Denunciar la práctica o manejo que atente contra los derechos del consumidor consagrados en la presente Ley;*
8. *Desarrollar una conciencia ambiental, individual o de grupo sobre las consecuencias del consumo en el ambiente y la necesidad de preservar los recursos naturales; y,*
9. *Prestar la debida colaboración a las autoridades que requieran de su contingente para la investigación de las infracciones establecidas en la presente Ley.*

Principio de Representación.-

Se refiere al derecho de representación que entidades como la Defensoría del Pueblo en nuestro caso, puede ejercer en representación colectiva o individual del consumidor ante las autoridades administrativas y judiciales. Así lo establece el Art 2 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo:

- a) *Promover o patrocinar los recursos de Hábeas Corpus, Hábeas Data y de Amparo a las personas que lo requieran;*
- b) *Defender y excitar, de oficio o a petición de parte, cuando fuere procedente, la observancia de los derechos fundamentales individuales o colectivos que la Constitución Política de la República, las leyes, los convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador garanticen; y,*
- c) *Ejercer las demás funciones que le asigne la Ley.”*

Normativa que está instituida en la Carta Magna, como principio fundamental de los ecuatorianos y de las entidades respectivas que se ciñan para su efecto en su Art. 96 inciso 2º que expresa: *“Habrá un Defensor del Pueblo, con jurisdicción nacional, para promover o patrocinar el hábeas corpus y la acción de amparo de las personas que lo requieran; defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que esta Constitución garantiza; observar la calidad de los servicios públicos y ejercer las demás funciones que le asigne la ley.”*

De Equilibrio.-

Lo debe ejercer el Estado en el control del mercado, precios, índices especulativos y monopólicos, mediante diversas entidades encargadas de controles específicos tales como: Instituto Ecuatoriano de Normalización respecto de la Calidad, Intendencias, Comisarías de Salud y Policía, respecto del control de mercado y productos sensibles; o, en ámbitos más complejos como el control que deberían ejercer las autoridades de telecomunicaciones sobre publicidad engañosa; ejemplo lamentable de la inejecución de este principio perfectamente consagrado en nuestras leyes, la impunidad con la que obran las empresas proveedoras de servicios de telefonía celular. Así lo expresan los artículos 52 y 53 de la Ley Orgánica:

“Art. 52.- El INEC o el Organismo que haga sus veces elaborará mensualmente, en base de criterios netamente técnicos, el Índice Oficial de Inflación, el Índice de Precios al Productor y el Índice de Precios al Consumidor.”

“Art. 53.- Cuando se detecte indicios de procesos especulativos los Intendentes de Policía, Subintendentes de Policía, Comisarios Nacionales y demás autoridades competentes, a petición de cualquier interesado o aún de oficio podrán realizar los controles necesarios a fin de establecer la existencia de tales procesos especulativos.”

Y sólo en casos excepcionales, mediante decretos ejecutivos, el Presidente de la República puede fijar precios y regularlos dentro del mercado, conforme lo señala el Art. 54 de la Ley Orgánica:

“En casos de excepción, el Presidente de la República, fundamentando debidamente la medida, podrá regular temporalmente los precios de bienes y servicios. Dicha regulación la podrá ejercer el Presidente de la República cuando la situación económica del país haya causado una escalada injustificada de precios. Se ejecutará mediante Decreto Ejecutivo, en el que se debe establecer el vencimiento de la medida cuando hayan desaparecido las causas que motivaron la respectiva resolución. En todo caso, la regulación debe ser revisada dentro de períodos no superiores a los seis meses, o en cualquier momento a solicitud de los interesados.

Para determinar los precios por regular, deben ponderarse los efectos que la medida pueda ocasionar en el abastecimiento. La regulación referida en los párrafos anteriores, podrá consistir en fijación temporal de precios, el establecimiento de márgenes de comercialización o cualquier otra forma de control.

Los Ministros de Economía y Finanzas y, de Comercio Exterior y las autoridades competentes establecidas en la presente Ley, velarán por el cumplimiento correcto de la regulación mencionada en el presente artículo.”⁵

⁵ Todo este el régimen referido se encuentra aún vigente al término de este trabajo, sin perjuicio de lo que pueda ocurrir con la Constitución de Montecristi.

CAPÍTULO III

OBJETO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR.

Análisis.- “El objeto de esta Ley es normar las relaciones entre proveedores y consumidores promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones entre las partes.”

El derecho de consumidores como cualquier otra rama debe analizarse en sus aspectos objetivos y subjetivos. En cuanto al factor objetivo, debe tenerse en cuenta la relación de naturaleza y destino de los bienes puestos en el mercado que son de consumo común, ordinario y generalizado, así como las circunstancias que intervienen en la oferta, de modo que si se trata de un bien con estas características, ofrecido en tales circunstancias de desventaja en la posesión de información y poder de negociación para una de las partes contratantes. Esto para algunos autores es motivo suficiente para que se otorgue la tutela, sin preocuparse si el bien o servicio se adquirió para consumo personal o familiar final. Por mi parte considero que el factor subjetivo debe tenerse en pie de igualdad y debe enlizarse cuidadosamente, las circunstancias del adquirente de dichos bienes, pues si no se encuentra en las desventajas antes señaladas no se lo debe considerar como sujeto de la protección.

Como he sostenido en líneas anteriores, consumidor no es un simple adquirente de bienes consumibles; ya que visto así, cualquier gran empresa es consumidora pero no por ello se encuentra en desventaja al contratar y no será sujeto de cláusulas extorsivas en contratos de adhesión, ni se encuentra en desventaja económica frente al proveedor, no padece la falta de información sobre los productos que adquiere, ni falta de información y demás desventajas que si pesa sobre el ciudadano de a pie; vale reflexionar también sobre la situación de la

persona natural que en el ámbito de su actividad “profesional” consume pero sin caer en ninguna desventaja económica.⁶

Debe entenderse siempre que el objetivo de la tutela es proteger los derechos de la persona natural en desventaja económica; es decir, quien no actúa como profesional en el mercado porque adquiere para sí mismo o su familia, no para el ejercicio de su negocio o profesión.

Por lo que concluyo además, que nuestra legislación es incorrecta y defectuosa porque hace extensiva la tuición a las personas naturales o jurídicas, empresarios que no están en desventaja económica o que no son afectados por la desventaja económica o falta de información; por lo que la tutela de sus derechos en conflicto se debe resolver en otro ámbito: el común civil – mercantil.

Conflicto con Otros Sistemas Jurídicos

Es de suma importancia práctica y metodológica determinar si el Derecho del Consumidor tiene algún grado de conflicto o apremio con alguna otra rama del Derecho Positivo Ecuatoriano, tanto en sus normas sustantivas o adjetivas, porque de ello se pueden derivar consecuencias favorables o no para su mejor aplicación en la praxis jurídica y judicial, como en su estudio sistemático, con fines investigativos y académicos.⁷

⁶ Consumo, consumir y consumidores términos de uso común en esta materia que analizamos en sentido técnico-jurídico sin reparar en su significado ideológico, por en capitalismo moderno edifico sobre estos términos la sociedad en que vivimos: la Sociedad de Consumo. Lo poco que este humilde trabajo trasunta del análisis político y económico se inspiro en la obra: Cuantificación Económica-Contratos de Consumo de Carlos Alberto Ghersi, edición 2005. paginas 1 y siguientes.

⁷ El derecho de consumidores tiende a chocar fundamentalmente, con el derecho de Competencia, en cuanto a la confusión doctrinal que se hace de sus fines, pero hay que aclarar que en nuestro sistema jurídico no se ha promulgado legislación alguna al respecto. Aunque esta vigente en el derecho comunitario andino la decisión No. 608 que establece un régimen de competencia que complementaria el de consumidores.

Con base en lo anterior, podemos iniciar el análisis sobre este tema diciendo que la tendencia del estudio realizado en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su Reglamento dentro de los Derechos del Consumidor, es la de otorgar autonomía y supremacía a esta parte de la ciencia del derecho; haciendo la advertencia de que no se plantea esto con el objetivo de aislar el Derecho del Consumidor, sino más bien para resaltar su estructura legislativa particular, uniforme y coherente, su régimen organiza con principios, institutos, conceptos y métodos de investigación propios (tal y como conforma el espíritu legislativo) sobre los demás cuerpos legales vigentes, puesto que significa la presencia de un derecho a favor del consumidor o usuario, que regula relaciones concretas también con el proveedor y que mantienen entre sí una particular homogeneidad sustancial sobre las demás normas que dan lugar a que también se les otorguen un tratamiento unitario y orgánico dentro de su procedimiento y aplicación. Esto es corroborado en el Art. 1 de La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor - Capítulo I, cuando dice a su texto lo siguiente:

“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.

El objeto de esta Ley es normar las relaciones entre proveedores y consumidores promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones entre las partes.”

Sin embargo hay que estar claros en que al ser un cuerpo legal de relativa corta edad, no ha sido ni es fácil lograr adecuarse al sistema jurídico en razón a los distintos obstáculos para lograr una verdadera aplicación, conocimiento de la misma y autonomía como cuerpo legal; ya sea, la novedad del tema y desconocimiento del mismo, el estado asistemático o metodológico de las normas de consumo en la Ley de Defensa del Consumidor, la supraindividualidad del

interés del consumidor, el tratamiento ya dado por otras ramas del derecho (código civil y código mercantil o de comercio) a ciertas materias reivindicativas por el derecho del consumidor, y la mutabilidad que observamos en el mercado local en cuanto a los servicios y productos, precios de oferta y demanda ofrecidos al consumidor final.

El Derecho del Consumidor, como indiqué anteriormente, es nuevo, reciente, ya que hasta hace poco tiempo se ha hecho conciencia de la existencia de un nuevo sujeto (consumidor), que es el destinatario de toda una tutela de protección Orgánica, diferente de la del vendedor, comerciante, comprador en sentido estricto, y otras figuras tradicionales del derecho civil y mercantil; sin embargo, es importante señalar que, por sí sola, esta novedad no es óbice absoluto para llegar a la aplicación y autonomía, ya que todas las ramas del Derecho fueron nuevas en determinado momento y esto no solamente se observa en nuestro medio; ya que existe un desorden generalizado en relación con la uniformidad y producción de normativa de la materia, en diversos países del mundo (Costa Rica, Brasil, Argentina, E.E.U.U.), que dificultan la labor de estudio, interpretación y análisis del Derecho del Consumidor, que va de la mano con el hecho de que es una **NORMATIVA DE DERECHO MUY NUEVO EN NUESTRO MEDIO**, pero que poco a poco nos debe conducir a la implantación adecuada, de todo un sistema legal coherente de reglas que hagan más sencilla su aplicación y comprensión.

Y si hablamos de su conflictividad en cuanto a su aplicación con relación a otros cuerpos legales también podemos decir que el derecho del consumidor es multidisciplinario, ya que se relaciona con otras ramas del derecho y sus normas, como por ejemplo: derecho civil, de competencia, mercantil, procesal, administrativo, tributario, penal y otros; así como se relaciona con disciplinas extrañas al derecho, como es el caso de la economía, mercadeo, sociología etcétera. Aunque esta característica puede constituir un serio obstáculo para los que entienden la autonomía de las ramas del derecho como absoluta y positivista;

en el sentido de que no es aislada en su contenido, sino más bien todo lo contrario, sin embargo, otra posición ve en esa particularidad su mayor cualidad.

Por último; el hecho de que la materia que me interesa sea muy cambiante, por la tecnología y otras variables de mercado, tampoco afecta la autonomía, sino simplemente es un rasgo Orgánica que la distingue. Mi opinión es coincidente con la tendencia actual, en el sentido de procurar una autonomía para el derecho del consumidor, toda vez que de ello dependerá una efectiva aplicación del mismo, a nivel real como formal, ya que se logra tener una disciplina que se estudie por separado dentro de las facultades de derecho, autonomía procesal y por ende jurisprudencial, doctrinaria, legislativa y otras; aunque reiteramos que en nuestro país estamos apenas en pañales en tal pretensión ya que esta rama del derecho no tiene acceso al desarrollo jurisprudencial.

Relaciones del Derecho de Competencia con el Derecho de Consumidores.

La otra gran vertiente que tiene la Ley es la de promover la Libre Competencia, que no le corresponde y genera confusión; justa, equitativa y regulada por la Ley de Defensa del Consumidor en la relación de consumo celebrada entre el consumidor y el proveedor mediante la implantación de normas que eviten la existencia de reglas que limiten los derechos y obligaciones de las partes contratantes en detrimento del usuario, monopolios de bienes y servicios que hagan dependiente al consumidor (salvo las excepciones constitucionales), o prácticas monopolísticas que pueden ser generados por el proveedor para su conveniencia en su contratación de consumo; aunque encontramos un gran vacío legal en cuanto a esta normativa en la Constitución Política actual y sus leyes accesorias en este sentido.

Encontramos a manera de ejemplo, prácticas monopolistas ofrecidas o demandadas de los bienes o servicios en los mercados intentando establecer la

obligación de producir, procesar, distribuir o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, volumen o frecuencia restringida o limitada de servicios al consumidor; así cuando también intenta o hace dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado de bienes o servicios, actual o futuro, mediante la clientela, proveedores y tiempo o espacio determinado o determinable. O cuando establece, concerta o coordina las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas bajo sus premisas.

Todos los actos descritos, constituyen prácticas que de forma total y absoluta que establecerían monopolios a favor de determinados comerciantes o proveedores obligando a los consumidores a tener que adquirir los bienes y servicios de tales proveedores sin la oportunidad de escoger entre una gama de posibilidades para que el consumidor pueda decidir según sus necesidades y posibilidades. Así lo manifiesta el Art. 17, Obligaciones del Proveedor cuando manifiesta su texto lo siguiente:

“Es obligación de todo proveedor, entregar al consumidor información veraz, suficiente, clara, completa y oportuna de los bienes o servicios ofrecidos de tal modo que éste pueda realizar una elección adecuada y razonable.”

Así mismo el Art. 18 menciona: *“Todo proveedor está en la obligación de entregar o prestar, oportuna y eficientemente el bien o servicio, de conformidad a las condiciones establecidas de mutuo acuerdo con el consumidor. Ninguna variación en cuanto a precio, tarifa, costo de reposición u otras ajenas a lo expresamente acordado entre las partes, será motivo de diferimiento.”*

Por supuesto que si se prueba la existencia de tales actos, estos estarán revestidos de nulidad absoluta y se sancionará al proveedor que propició tales prácticas, conforme a las sanciones que regula la misma Ley de la materia.

Por otra parte la Ley hace una distinción en el caso de otras prácticas monopolísticas, prohibidas o abusivas en la relación de consumo y de mercado cuando; por ejemplo, el proveedor trata de condicionar transacciones a la compra o venta de un bien o de servicios adicionales, establecer situaciones de presión sobre clientes o usuarios para disuadirlos de ciertas conductas aprovechándose de alguna incapacidad, acudir a la fijación de precios inferiores a su valor normal, imponer políticas de precios y de productos no acorde a la realidad local, establecer condiciones de exclusividad y otras. Así lo manifiesta el Art. 55 de la Ley.

“Constituyen prácticas abusivas de mercado, y están absolutamente prohibidas al proveedor, entre otras, las siguientes:

- 1. Condicionar la venta de un bien a la compra de otro o a la contratación de un servicio, salvo que por disposición legal el consumidor debe cumplir con algún requisito;*
- 2. Rehusar atender a los consumidores cuando su stock lo permita;*
- 3. Enviar al consumidor cualquier servicio o producto sin que éste lo haya solicitado. En tal hipótesis, se entenderá como muestras gratis los bienes y/o servicios enviados;*
- 4. Aprovecharse dolosamente de la edad, salud, instrucción o capacidad del consumidor para venderle determinado bien o servicio;*
- 5. Colocar en el mercado productos u ofertar la prestación de servicios que no cumplan con las normas técnicas y de calidad expedidas por los órganos competentes;*
- 6. Aplicar fórmulas de reajuste diversas a las legales o contractuales;*
- 7. Dejar de fijar plazo para el cumplimiento de sus obligaciones, o dejarlo a su único criterio; y,*

8. El redondeo de tiempos para efectivizar el cobro de intereses, multas u otras sanciones económicas en tarjetas de crédito, préstamos bancarios y otros similares.

Vemos como estas conductas perjudicarían al consumidor, ya que son el primer paso para que se constituyan prácticas monopólicas abusivas, desvirtuándose la Libertad de Elegir que tiene el consumidor mediante mecanismos y conductas tendientes a indicar el error económico.

Recordemos que la mejor defensa del consumidor es una política sana de libre competencia que es difícil de implementarla por las causas señaladas y por deficiencias a la hora de implementar los controles y sanciones que dispone la ley.

Derecho de la Competencia.- (Competition Law - Antitrust Law) es la rama del Derecho que se encarga de regular el comercio mediante la prohibición de restricciones ilegales, la fijación de precios y los monopolios. Busca promover la competencia entre las empresas existentes en un mercado y el fomento de la calidad de bienes y servicios al menor precio posible, garantizando una estructura de mercado eficiente.

El "Antitrust" tiene su origen en el Derecho de los Estados Unidos. El nombre se debe a que esta rama del Derecho fue creada para combatir los monopolios de comercio. Posteriormente, otros países adoptaron el Antitrust en su ordenamiento jurídico utilizando otros términos como "leyes de competencia", "de libre competencia" o "antimonopolios". En la actualidad, la mayor parte de los países industrializados y algunos países en desarrollo tiene leyes Antitrust.

Desde un punto de vista general, estas restricciones pueden ser de cuatro tipos distintos: acuerdos horizontales entre competidores, acuerdos verticales entre compradores y vendedores, el abuso de una posición dominante, y las fusiones. En el caso europeo se prohíben también las ayudas de Estado.

Desde un punto de vista teórico, el objetivo último del Derecho de la Competencia es la maximización del excedente del consumidor, lo que implica unos precios lo más reducidos posibles para que el consumidor pueda adquirir un mayor número de productos y variedades de éstos. Sin embargo, la realidad es más compleja y se han intentado alcanzar otros objetivos mediante la competencia, produciéndose que en ocasiones la ley haya intentado alcanzar objetivos contrarios.

Sin intención de que la siguiente lista sea exhaustiva, se pueden citar los siguientes objetivos:

- a. Protección del Mercado
- b. Protección de los Competidores.

En opinión de muchos abogados y economistas, dicho bienestar del consumidor debe de ser alcanzado mediante la protección del proceso competitivo y no mediante la protección del consumidor en sí. Un ejemplo típico es el de la jurisprudencia en materia de precios excesivos: durante muchos años se intentó utilizar las leyes de competencia para acusar a las empresas de fijar precios demasiado altos.

Objetivos del Derecho de la Competencia.- El problema con la utilización del Derecho de la Competencia para asumir un control directo de los precios de las empresas es que en muchas ocasiones el regulador está en una mala posición para poder determinar cual sería el precio en un mercado competitivo. Sin ir más lejos, se necesitaría conocer las curvas de costes de las empresas, la demanda en el mercado y demás aspectos cuyo cálculo es altamente complicado. De hecho, al fijar un precio, el regulador puede terminar provocando mayores distorsiones que las que intenta paliar conforme las doctrinas contrarias a la regulación, en la practica la regulación dista mucho de lograr resultados perfectos pero es eficiente.

Protección de los Competidores.- Esta visión considera que la competencia debe aplicarse de tal forma que proteja a los competidores pequeños de los rivales más fuertes, viendo este objetivo como intrínseco a la protección del proceso competitivo. El problema de esta forma de ver la competencia es que mediante la protección del más pequeño se puede estar premiando a la empresa ineficiente y castigando a la eficiente, puesto que si la última es capaz de fijar precios menores que eliminen a sus competidores más pequeños, esto será seguramente debido a que tiene unos menores costes o márgenes precio-coste. Sin embargo esta es la que genera mayor competencia y empleo.

En realidad como se observa ambos regimenes no se contraponen pero son diversos en sus fines. Pues al derecho del consumidor le interesa proteger derechos específicos del consumidor frente al profesional, y al de competencia le interesa proteger la libre concurrencia al mercado y a los competidores, que el cumplimiento de estos objetivos redunde en Beneficio del consumidor no confunde los dos regimenes.⁸

Revisión de la Constitución Política de 1998

Como citamos anteriormente, mediante disposición del artículo 92 de la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 1 del 11 de Agosto de 1998 se encuentra institucionalizada la defensa de los derechos del consumidor de la que tal artículo dice textualmente:

Sección Tercera

⁸ Es lamentable que en el nuevo proyecto de constitución no se prevea la existencia de un régimen de competencia económico que complemente el de consumidores.

DE LOS CONSUMIDORES

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

Las personas que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la prestación del servicio, así como por las condiciones del producto que ofrezcan, de acuerdo con la publicidad efectuada y la descripción de su etiqueta. El Estado auspiciará la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, y adoptará medidas para el cumplimiento de sus objetivos.

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

Esta reforma aporta una serie de elementos muy significativos, que iré disgregando a continuación:

a) Protección en Diversos Ámbitos

La norma transcrita claramente establece el derecho de los consumidores y usuarios a estar protegidos en los ámbitos de la salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; lo que nos indica que la concepción que se tiene del consumidor es integral, desde el punto de vista de que no se limita a ver a éste como un simple sujeto que utiliza bienes y servicios, sino que se le ve como un ser humano que debe desenvolverse en un medio sano y adecuado para poder realizarse de forma correcta.

La Libertad Empresarial o de Comercio ha tenido tal auge, que ha provocado que los empresarios hayan diversificado sus actividades, las cuales comprenden sectores como el financiero, bancario, bursátil, salud, servicios y otros, dando como resultado daños patrimoniales a los consumidores y al ambiente, por lo que la protección debe darse a todo nivel y no sólo en el aspecto meramente mercantil.

B) Derecho a Información Veraz y Libertad de Elección

El consumidor no solamente tiene derecho a recibir un bien en buen estado, sino que tiene derecho a que la información disponible en el mercado, sobre bienes y servicios, sea verdadera y conforme a las expectativas que ha generado para no conducir a engaño. Esta información se refiere no sólo a la que directamente da el comerciante de forma verbal, sino a la que se encuentra a mano de forma escrita, publicitaria, o por los diferentes medios que nos ofrece la tecnología. Por otra parte el consumidor tiene garantía de poder elegir el bien, producto o servicio que desee, o que se ajuste a sus necesidades y posibilidades; lo que se deriva en el principio de antimonopolio que deben proteger los gobiernos; ya que, de lo contrario se estaría obligando al consumidor a tener una sola opción, una elección monolítica.

Así mismo el consumidor tiene derecho a un trato equitativo, en tanto no sea sujeto a discriminación al momento de adquirir bienes y servicios, inquirir sobre calidad y condiciones del producto y; en general, en todo acto tendiente a ejercer sus derechos como consumidor, dentro de lo que se encuentra el hecho de que no debe hacerse diferencia entre consumidor nacional y extranjero.

C) Organizaciones de Usuarios - Apoyo Estatal

El Estado no sólo procurará que se respeten los derechos de los consumidores, sino que; además, debe apoyar vigorosamente la iniciativa privada de los mismos en relación con la defensa efectiva del consumidor, lo que se materializará por medio de la constitución de Organizaciones No

Gubernamentales que velarán por el cumplimiento cabal de la normativa de la materia.

Después de conocer el fundamento constitucional del Derecho del Consumidor hay que empezar a abordar el contenido doctrinario del mismo, para así concretar el punto central del presente ensayo.

Instituciones Conexas

Como Organismos de Control, Regulador y Coordinador de Acciones y Actividades con la Defensoría del Pueblo encontramos al Instituto Ecuatoriano de Normalización (INEN), Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censo (INEC), Comisión de Control Cívico de la Corrupción, Ministerios de Gobierno y Policía, Ministerio de Salud, Ministerio de Comercio Exterior, Ministerio de Educación, Ministerio de Medio Ambiente y el Ministerio de Relaciones Exteriores; Intendencias de Policía, Subintendencias de Policía, Comisarías Nacionales; Juzgados Penales y Juzgados Civiles; las demás autoridades competentes establecidas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Se debe tener presente a la **Comisión Orgánica Permanente de Defensa del Consumidor, del Usuario, del Productor y el Contribuyente del Honorable Congreso Nacional del Ecuador**, como función principal es la de iniciar los estudios de uno o mas proyectos reformativos a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que vayan acorde a la época y a las nuevas actividades comerciales, entre el proveedor de bienes y servicios, y consumidor y usuario. De acuerdo a la norma constitucional, es facultad privativa del Pleno de las Comisiones Legislativas, de conformidad al artículo 10 estipulado en Reglamento Interno, la codificación de las leyes.

Instituto Ecuatoriano de Normalización (INEN)

De acuerdo a lo que establece el Art. 66 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor: *“El control de calidad y cantidad se realizará de conformidad con las normas técnicas establecidas por el Instituto Ecuatoriano de Normalización, INEN, entidad que también se encargará de su control sin perjuicio de la participación de los demás organismos gubernamentales competentes. De comprobarse técnicamente una defectuosa calidad de dichos bienes y servicios, el INEN no permitirá su comercialización; para esta comprobación técnica, actuará en coordinación con los diferentes organismos Orgánicos públicos o privados, quienes prestarán obligatoriamente sus servicios y colaboración”*.

La Defensoría del Pueblo

La Defensoría del Pueblo, con jurisdicción nacional, es una institución que fue creada mediante disposición del artículo 29 de la Constitución Política de la República del Ecuador que rigió hasta el 10 de agosto de 1998, actualmente se encuentra institucionalizada mediante la disposición del artículo 96 de la Constitución, para promover o patrocinar el Hábeas Corpus y la Acción de Amparo a las personas que lo requieran y a petición de parte, patrocinar el Hábeas Data; defender y excitar la observancia de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza, observar la calidad de los servicios públicos y ejercer las demás atribuciones que le asigne la ley.

El **artículo 18 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo**, le faculta vigilar el respeto al debido proceso, en todos los casos en que las quejas recayeren en materia que se halle sometida a resolución judicial o administrativa que, según lo sabemos, está reglado en el **artículo 24 de la Constitución**, que contiene 17 reglas básicas para asegurar que a nadie se le juzgue al extremo de privarle de su libertad, de sus bienes o de otros derechos sin sometimiento estricto de las normas de procedimiento que, siendo de derecho público, se hallan dirigidas más a los jueces que a los ciudadanos, ya que son los llamados a aplicarlas y respetarlas.

Si el Defensor del Pueblo encuentra que se ha procedido coartando el derecho de defensa de uno de los litigantes, puede ejercer alguna de sus atribuciones como la de excitar u observar al juez para que se someta el trámite las reglas del debido proceso, que en el caso consiste en darle al agraviado toda la oportunidad de hacer valer sus derechos mediante el ejercicio de los medios de defensa en cualquier estado o grado del proceso.

El Defensor del Pueblo puede emitir censura pública en contra de los responsables materiales o intelectuales de actos o comportamientos contrarios a los derechos humanos; así como pronunciamientos públicos en los casos sometidos a su consideración, con criterios que pasan a constituir doctrina para la defensa de los derechos humanos.

EN TÉRMINOS GENERALES QUE PUEDE HACER EL DEFENSOR DEL PUEBLO

De conformidad con el Art. 2 y 8 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo corresponde:

1. Orientar a los ciudadanos sobre la forma de como ejercer sus derechos.
2. Recibir las quejas de las personas cuando sus derechos son vulnerados.
3. Investigar y denunciar.
4. Vigilar el debido proceso.
5. Informar y orientar a las personas sobre como ejercer sus derechos.
6. Promover una cultura respetuosa de los derechos humanos.
7. Promover y/o patrocinar la acción de amparo, hábeas corpus.
8. Patrocina a petición de parte el recurso de hábeas data.
9. Presentar los recursos de apelación en los casos en que el Alcalde respectivo el juez de primera instancia negaren el recurso de hábeas corpus, hábeas data y la acción de amparo.

10. Presentar el recurso de Hábeas Corpus en los casos de los detenidos con prisión preventiva por más de 6 meses en delitos de prisión y de un año en los delitos de reclusión.
11. Emitir informe de procedencia, para ante el Tribunal Constitucional, de las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, reglamentos, ordenanzas, resoluciones, estatutos, emitidos por órganos de las instituciones del Estado y cuando se trate de actos administrativos de toda autoridad pública.
12. Intervenir como mediador en los conflictos que las personas jurídicas o las organizaciones populares mantengan con la administración pública.
13. Intervenir como parte en los asuntos relacionados con la protección del medio ambiente y del patrimonio cultural, para asegurar el interés de la colectividad.
14. Realizar visitas periódicas a los centros penitenciarios del país, recintos policiales y militares para comprobar el respecto a los derechos humanos.
15. Orientar a los ciudadanos sobre el ejercicio de sus derechos.
16. Emitir censura pública.
17. Excitar a los funcionarios públicos para que cumplan a cabalidad con la Constitución y las leyes.
18. Vigilar la buena calidad de los servicios públicos.
19. Apoyar las soluciones pacíficas.
20. Presentar proyectos de ley en representación de la iniciativa popular.
21. Informar sobre la firma y ratificación de los pactos, convenios y declaraciones internacionales en materia de derechos humanos y vela por el efectivo cumplimiento de los mismos.
22. Representar al país en foros internacionales, sobre materias de su competencia.
23. Coordinar con los Adjuntos, Comisionados, Directores y Coordinador nacional, todas las políticas que sobre derechos humanos, derechos constitucionales y demás de competencia de la Defensoría, para que se implementen oportuna y adecuadamente.

24. Proteger y defender de oficio o a petición de parte, las violaciones de derechos humanos que sufran los ecuatorianos residentes en el exterior.
25. Informar anualmente al Congreso Nacional.

QUE NO PUEDE HACER LA DEFENSORIA DEL PUEBLO

1. No atiende problemas entre particulares.
2. No dicta sentencias.
3. No tiene poder coercitivo.
4. No ordena prisión o reclusión.
5. No tramita procesos judiciales de orden civil o penal.
6. No impone sanciones.
7. No fomenta el enfrentamiento.
8. No opina sin conocimiento de causa.
9. No es el reemplazo necesario e inevitable de los abogados en libre ejercicio.

“No se requiere de la presencia de un abogado, los trámites en la Defensoría del Pueblo SON ABSOLUTAMENTE GRATUITOS”

CAPÍTULO IV

LA RELACIÓN JURÍDICA DE CONSUMO

Estudio de la Relación Jurídica.- Cuando la ley rige, norma o regula las relaciones entre los “**consumidores o usuarios**” y los comerciantes, empresarios, distribuidores, mayoristas, productores etc. a los que les denomina “**proveedores**”, esta relación se considera “**relación jurídica de consumo**” cuya **finalidad principal es precautelar los intereses y/o derechos de los consumidores** dentro de un marco transparente, equitativo y de seguridad jurídica entre las partes contratantes.

De allí su omisión o el quebrantamiento jurídico, de la relación de consumo entre las partes contratantes (sea por violación a la Ley, imposición de acuerdos o cláusulas prohibidas en el contrato o decisiones unilaterales abusivas del proveedor de bienes o servicios) da lugar a los alcances de la responsabilidad derivada de la afectación de uno o varios derechos del consumidor, sancionada en la misma Ley Orgánica y su Reglamento de conformidad a cada caso; las que podrán ser resueltas por las partes (transacción), un tercero (conciliación administrativa, arbitraje) o decisión judicial (resolución del intendente o juez). Es por eso que definimos a la relación de consumo como aquella conducta que implica un conocimiento mínimo sobre el objeto de consumo, un vínculo subjetivo, económico, jurídico y social entre los consumidores, proveedores y el producto o servicio materia de transacción comercial y el ánimo de querer o no consumir. Su naturaleza puede ser privada, pública o mixta.

El Art. 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en su inciso 2 expresa taxativamente lo inicialmente descrito: “El objeto de esta Ley es normar las relaciones entre proveedores y consumidores promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones entre las partes.” Implica a todas luces que la relación de consumo está debidamente regulada por un marco legal Orgánica para este tipo de relación jurídico contractual que ha originado un conjunto de derechos y obligaciones entre el consumidor y el proveedor de las que deben sujecionarse.

Inexactitud Del Concepto De Consumo E Inclusión Del Concepto De Prestación De Servicio.

Consumir una riqueza es utilizarla para la satisfacción de nuestras utilidades; es, por tanto, darle el empleo con vistas al cual ha sido creada. El consumo es la causa final y como su nombre bien lo dice, "cumplimiento" de todo proceso económico: producción, circulación, repartición. Por esto debería comenzarse por él; y, cuando al comienzo de este tema hemos hablado de las necesidades y de la utilidad final del consumidor amparado en una norma legal, estábamos ya en el dominio del consumo.

La palabra o concepto de "consumo" se presta a algunos malentendidos, equivocaciones respecto a los cuales debe tomar la debida atención. Como el consumo es el fin de toda producción, bienes o servicios de cuyo destinatario final es el consumidor, resulta evidente que el día en que los hombres dejaran de consumir, dejarían de producir. De allí que, a veces, se llegue a concluir que para impulsar la producción es necesario impulsar lo más posible el consumo.

Sin duda el consumo intenso, a la “americana”, es un poderoso estímulo de la producción, como sucede en Estados Unidos. Es necesario ponerse en guardia, sin embargo, porque si bien el consumo es la causa final de la producción, las únicas causas de la producción son los factores ya conocidos: trabajo, tierra, capital. Y resulta claro que no será el consumo el que pueda tener como efecto

crear o aumentar a ninguno de esos tres. Es cierto que toda producción de riquezas exige un consumo incesante de materias primas, hulla, etc., y del capital circulante. En este sentido bien podría decirse que el consumo es la condición indispensable y causa de la producción. Los economistas designan generalmente este consumo de capital con el nombre de "consumo reproductivo", para distinguirlo del otro, aquel que sirve para la satisfacción inmediata de nuestras necesidades o servicios requeridos por el usuario o consumidor y que ellos llaman "consumo improductivo". Pero este último, solamente, es la verdadera y el único al que debería reservarse el nombre de "consumo".

Sin duda el proceso económico forma un circuito cerrado; el hombre produce para comer y es necesario también que coma para producir. Esto es tan cierto que algunos economistas ven en la siembra, incluso, un acto de consumo; otros autores, han visto en la alimentación un acto de producción porque ven en los alimentos consumidos por los trabajadores el mismo tipo de capital. Resulta de esto que cuando el hombre no es más que un simple instrumento de producción -el esclavo para el amo, o el asalariado para el patrón-, el punto de vista cambia: el consumo del esclavo o del mozo de la granja puede correctamente considerarse para aquel que los emplea, como un gasto de producción.

La inclusión del concepto de prestación de servicio para nuestra legislación Orgánica (LODC), se la define en su glosario cuando señala qué son prestadores: “**Las personas naturales o jurídicas que en forma habitual prestan servicios a los consumidores**”. Esto no indica que tipo de servicios presta o confiere a los usuarios (profesionales, no profesionales, técnicos), ni bajo que ámbito o naturaleza se den estos servicios públicos o privados.

De acuerdo al artículo 18, quienes presten un servicio tienen la obligación de respetar los términos, las condiciones, los plazos y las modalidades que hayan sido ofrecidos o publicitados por ellos, o convenidos con el consumidor; así lo expresa el Art. 18 de la Ley Orgánica: “*Todo proveedor está*

en la obligación de entregar o prestar, oportuna y eficientemente el bien o servicio, de conformidad a las condiciones establecidas de mutuo acuerdo con el consumidor. Ninguna variación en cuanto a precio, tarifa, costo de reposición u otras ajenas a lo expresamente acordado entre las partes, será motivo de diferimiento”.

El artículo 24 establece que si el servicio que se contrata es de reparación, mantenimiento, limpieza o similar, existe la **obligación de emplear materiales o productos nuevos o adecuados a la cosa o bien de que se trate**. Si los materiales que se vayan a emplear en el trabajo no serán nuevos, esto debe decirse en forma notoria y destacada, así lo expresa el cuerpo Orgánica:

“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.”

El artículo 22 regula las deficiencias en la prestación del servicio técnico; si se evidencian fallas en el trabajo realizado, el consumidor tiene 90 días para reclamar al prestador del servicio, y éste deberá corregir todas las deficiencias o defectos relacionados con el servicio, sin costo adicional para el consumidor. El plazo de 90 días para reclamar por las deficiencias comienza a correr desde el momento en que se realizó la recepción del bien , salvo que exista garantía en contrario que aumente dicho plazo: *“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. ”

Dentro del estudio de prestación de servicios la Ley de la materia hace hincapié claramente en cuanto a los servicios públicos domiciliarios que ofrece el prestador del mismo siendo servicios esenciales para la comunidad que deben prestarse bajo condiciones que aseguren su regularidad, su continuidad y su eficiencia, así en el glosario de definiciones de la Ley Orgánica nos indica que : *“Se entiende por servicios públicos domiciliarios 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”*.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece claramente cuales son las obligaciones para los proveedores de servicios públicos domiciliarios y entre ellas indica la **obligación de prestar servicios eficientes, de calidad, oportunos, continuos y permanentes precios justos.**

Esta ley establece, que las empresas deben proveer al consumidor de información escrita sobre sus derechos y obligaciones, en donde consten las condiciones de prestación del servicio. Se refiere a los reglamentos de servicios, información que deberá estar a disposición de los consumidores en todas las oficinas de las empresas prestadoras de cada uno de ellos, conforme lo expresa el Art. 33 de la Ley Orgánica: *“Las condiciones, obligaciones, modificaciones y derechos de las partes en la contratación del servicio público domiciliario, deberán ser cabalmente conocidas por ellas en virtud de la celebración de un instrumento escrito. Sin perjuicio de dicho instrumento, los proveedores de servicios públicos domiciliarios mantendrán dicha información a disposición permanente de los consumidores en las oficinas de atención al público. El consumidor tiene el derecho de ser oportuna y verazmente informado sobre la*

existencia o no de seguros accesorios al contrato de prestación del servicio, cobertura y demás condiciones.

En caso de seguros de vida, su monto nunca podrá ser menor al establecido en el Código del Trabajo. 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”.

Además, como establece el artículo 34, deben otorgar a los usuarios **reciprocidad de trato**, deben aplicar a los reintegros a los usuarios los mismos criterios que se establezcan para los cargos por mora que cobra la empresa.

Según el artículo 35, las empresas prestadoras de servicios deben llevar un registro de reclamos, en donde quedarán asentadas las presentaciones de los usuarios. Estos reclamos deberán ser respondidos en un plazo de 15 días corridos, conforme el Art. 33 del Reglamento General a la Ley.

Los usuarios deberán ser informados sobre las condiciones de seguridad de instalaciones y artefactos, en aquellos casos en que se requieran instalaciones específicas. Las autoridades, es decir los entes reguladores, están facultados de oficio o a petición de parte para intervenir en la verificación del buen funcionamiento de los consumos. Sin perjuicio de esto, las empresas deben garantizar al usuario el control individual de los consumos. Las facturas deben llegar con un mínimo de 10 días de anticipación al vencimiento. (Arts. 36 y 37)

De acuerdo al artículo 38, si el servicio sufre una interrupción, la ley presume que se debe a una falla de la empresa. Realizado el reclamo por parte del usuario, la empresa tiene 30 días para demostrar que la interrupción no le es

imputable. Si no lo hace, tiene la obligación de devolver al usuario el monto total del servicio no prestado, sea en efectivo o deduciéndolo de la siguiente factura.

El usuario puede imponer su reclamo hasta 10 días después de la fecha de vencimiento de la factura.

La autoridad de aplicación intervendrá en los casos en que los recargos por mora en facturas de servicios públicos pagados fuera de término, fuesen excesivamente elevados en relación a las tasas activas vigentes en el mercado.

(Art. 39)

CAPÍTULO V

SUJETOS DE LA RELACIÓN

Análisis de los Sujetos de la Relación.- Obviamente el sujeto de la relación jurídica de consumo es el Consumidor, aunque también se habla conjuntamente de Usuario. En la mayoría de los casos no se hace una diferencia sustancial entre consumidor y usuario; ya que, se entiende que engloban el mismo concepto pero hay autores que hacen la diferencia basándose en que los consumidores son adquirentes de bienes muebles o inmuebles y los usuarios son los destinatarios de los servicios que se ofrece en el mercado.

Ahora bien, indistintamente si nos referimos a consumidor y/o usuario, lo cierto es que se trata de un nuevo sujeto del proceso económico que merece Orgánica tutela por ser la parte más débil de la relación jurídica de consumo.

También podemos decir que los consumidores son aquellos a los que la producción es destinada y que están en situación de inferioridad o desventajas ante las empresas, comerciantes, distribuidores, productores, importadores o más conocidos como proveedores; tanto en lo que concierne a la reparación de los daños causados, como en lo que se refiere a la prevención.

Otros han dicho que los consumidores son aquellos que no disponen del control sobre los bienes de producción y, por consiguiente, deben someterse al poder de los titulares de éstos. Dice además que la *summa divisio rerum* es hoy entre bienes de producción y bienes de consumo, entre propiedad dinámica y estática.

Vemos como el consumidor y/o usuario es un nuevo sujeto social, jurídico-económico adecuado a la época actual, como en el pasado lo fueron el obrero o proletario, el sujeto agrario, la mujer y otros que se encuentran en una relación jurídica de desigualdad, por lo que el Estado interviene en tales relaciones, a efecto de "**equilibrar**" la situación de inequidad y seguridad jurídica entre el usuario y el proveedor, por medio de todo un sistema normativo-valorativo, establecido por leyes de orden social. Es innegable que el desarrollo de la producción en masa de bienes y la diversificación de servicios que provoca abusos en contra del consumidor, por lo que se debe dar una efectiva protección de sus derechos para hacer valer los derechos subjetivos de este nuevo sujeto social, dándole la preservación de mercado y teniendo en cuenta el interés social.

El otro sujeto participante en la relación de consumo; lo constituye el **Comerciante o Proveedor**, en general el profesional, quien es definida por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en su Capítulo I - Art. 2, inciso octavo como: *“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”*.

Esta definición nos parece que engloba de forma adecuada el rol del proveedor, quien en determinado momento puede tener el rol de consumidor (aunque no con la misma protección que el primero); ya que la conceptualización de consumidor es amplia, y todos los sujetos de una sociedad "consumen". Así lo ha entendido la moderna doctrina alemana, al decir que el conjunto de consumidores es igual al total de la población.

Concepto de Consumidor

La Ley número **Nº 2000-21**, del Lunes 10 de Julio del 2000, conocida con el nombre de Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que nos proponemos comentar a grosso modo, define por **Consumidor**, según el Capítulo I del artículo 2: *“a toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente Ley mencione al consumidor, dicha denominación incluirá al usuario”*, como se puede observar la no diferencia con el término usuario, sino que por el contrario se lo asemeja a su denominación en el concepto que lo engloba como un solo término cada vez que se incluye la adquisición de servicios junto a la de bienes; como sí lo hace el artículo 92 de la Constitución Política al señalar que el Estado auspiciará la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, haciéndonos notar su diferencia de denominación . Queda consagrada así la figura del consumidor como nuevo sujeto dentro del tráfico mercantil, nacional e internacional, sujeto a una serie de derechos fundamentales que se verán más adelante.

Es de relevancia agregar que la Ley no exige que para que un sujeto sea considerado consumidor, haya tenido que realizar negocios a título oneroso, pudiendo perfectamente alcanzar negocios a título gratuito.

El Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor señala en su Capítulo I – artículo 1 como consumidor lo siguiente:

“De conformidad con los incisos tercero y noveno del Art. 2 de la ley, no serán considerados consumidores aquellas personas naturales o jurídicas que adquieran, utilicen o reciban oferta de bienes o servicios para emplearlos en la explotación de actividades económicas con fines de lucro o, en beneficio de sus clientes o de terceros a quienes ofrezcan bienes o servicios”; es decir que se establece sus propias excepciones para denominar a un consumidor o usuario.

Consumidor y Usuario

El Consumidor y Usuario, es un ciudadano que en muchos de los casos no está informado sobre sus derechos y a duras penas conoce los derechos elementales para su existencia, como el derecho a la vida, salud, alimentación, seguridad, etc.; en el consumo de bienes o servicios, el derecho a la satisfacción de sus necesidades básicas de subsistencia tal como lo consagra el Art. 4 de la Ley de Defensa del Consumidor al hablar de los derechos del consumidor.

De allí, tal como se mencionó anteriormente se considera *consumidores y usuarios* (por disposición de la misma Ley Orgánica), **toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello.**

Encontramos establecidos así los elementos que definen al consumidor o usuario en la relación de consumo:

- a. La adquisición, o usufructo de bienes muebles e inmuebles por el destinatario final; y,
- b. La adquisición, o usufructo de la prestación de un servicio sea este público o privado.

Tal como se mencionó inicialmente en la mayoría de los casos no se hace una diferencia sustancial entre consumidor y usuario porque se entiende que abarca el mismo concepto; sin embargo hay autores que hacen la diferencia o distinción respecto del uno y del otro, basándose en que los consumidores son los que adquieren bienes muebles o inmuebles y los usuarios son los destinatarios de los servicios que se ofrece en el mercado.

Otros autores mencionan que al Consumidor se lo entiende como el que consume o gasta lo que el medio o el mercado le presenta con la finalidad de

satisfacer sus necesidades. Y el usuario es el titular del derecho que nace de un contrato para usar un servicio, y que proviene de una cosa que es propiedad de la otra parte. De allí encontraremos distintas clases de consumidores y de usuarios tales como: Consumidores de Alimentos del Más Variado Tipo en Provisiones, Consumidores de Bienes Muebles e Inmueble, Consumidores de Medicinas, Consumidores de Juegos de Azar y Espectáculos, etc.; como también, Usuario de Servicios Profesionales en Distintas Áreas, Usuario de Servicios Públicos Domiciliarios Esenciales o Básicos, Usuario de Servicios Electrónicos, Satelital y Cable, Usuarios de Créditos, sean estos de empresas financieras o no, Usuarios de Servicios Generales o Adicionales, etc.

La empresa como consumidor

La empresa como se deriva del análisis de este trabajo no es ni puede ser considerada bajo ningún concepto como consumidor.

CAPÍTULO VI

CONTRATOS DE CONSUMO

Introducción.- Estos contratos son aquellos que se caracterizan por tener por objeto el regular las relaciones que llamamos de consumo.

Las relaciones de consumo se verifican entre **consumidores**, (en los que quedan comprendidos los usuarios de servicios públicos) y los **proveedores** (también suministradores de tales servicios).

Sin abandonar el contexto de fondo se crea una categoría autónoma, caracterizada para normar sobre las desigualdades que suelen producirse entre consumidores y proveedores.

La crisis del contrato al ser incumplidos por la partes, el advenimiento de los contratos de adhesión, la masificación del consumo, la globalización de los negocios, las privatizaciones con participación de empresas multinacionales que constituyeron oligopolios estructurales, los contratos de larga duración con modificaciones unilaterales de las condiciones por parte de los predisponentes, fomentaron las negociaciones desiguales, en las que los proveedores generalmente se ven perjudicados.

Se creó una cultura de crisis, que fomentó la polarización de los consumidores en asociaciones que buscan espacios de protección y seguridad para poder trabajar desde todos los planos en la solución de las diferencias entre consumidores y proveedores.

La generalización de estas relaciones ha generado una estandarización y categorización en una rama propia del derecho privado.

Se combina normas de derecho privado, por la regulación de los elementos esenciales de los contratos, de la autonomía de la voluntad y la formación del consentimiento y del ámbito público, la regulación estadual y normativo protectora de los consumidores, su poder de sanción.

Estos últimos alientan, la concertación social de ambas partes.

La noción de contrato como el acuerdo bilateral destinado a reglar los derechos de los contratantes, su finalidad económica y social, son las mismas que en el contrato tradicional; se le adiciona la masificación del consumo, y las modalidades de formación del consentimiento, por vía de la oferta pública, sus modalidades y el deber de información.

A continuación analizaré los *elementos del contrato de consumo*:

- Proveedor o Profesional.

- Consumidor.

El **Proveedor** o **Profesional**, es la persona física o jurídica que en forma profesional aún ocasionalmente, suministre, fabrique, preste, comercialice o importe; o que pone en el mercado sus bienes y servicios a disposición de los consumidores; se incluye Estado, por los servicios que preste, sin perjuicio de la ineludible responsabilidad que le competa por su omisión. Tal y conforme lo define el Art. 2, inc. 8 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Los **Consumidores** son todas aquellas personas naturales o jurídicas que como destinatario final adquiere, utiliza o disfruta cosas muebles, la prestación de servicios, y la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda. Incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y

dirigida a persona indeterminada. Tal y conforme lo define el Art. 2, inc. 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Requisitos para ser consumidor están dados por:

- A)** El *carácter de consumo o destinatario final*, lo que le excluye la mercantilidad del acto. Este carácter de consumo final, esta dado por la potestad de hacer uso del bien para el consumo, uso o utilización de los bienes o servicios, para satisfacer sus necesidades personales o familiares, en beneficio propio.

No revisten este carácter aquellas personas que adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes y servicios, con el fin integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización, o pretación a terceros. Quedan comprendidas dentro de esta definición las personas jurídicas cuando adquieran bienes o servicios con destino a su consumición final.

Tal circunstancia es un hecho de prueba que le compete a la persona moral, para desvirtuar la presunción de que su adquisición no conlleva fin de lucro.

- B)** La contratación *a título sea gratuito u oneroso*, porque en su definición dada por la ley no se especifica que la adquisición se la hace bajo qué naturaleza. Aunque cuando se reciban muestras o pruebas de productos o servicios en forma gratuitas, en función de una eventual contratación a título oneroso, esos convenios son tenidos por actos de consumo, e incluidos bajo el manto protectorio de la LODC.

Se excluyen los contratos celebrados por los consumidores, por cosas usadas, pero se infiere que sí, si las cosas fueren nuevas, aún cuando en tal

acto tenga una finalidad de lucro, aunque no sea su profesión, sino un acto ocasional. Las normas protectoras del consumidor, no le serán aplicables entonces a los negocios de los consumidores entre sí, pero en el caso de que una persona jurídica obre negocie una relación de consumo para su consumo final, si importará un acto de consumo.

C) La *cosa objeto del consumo*, no existe una limitación en la LODC en cuanto a los bienes del consumo, puesto que nos habla de bienes muebles o inmuebles y servicios independientemente si es para satisfacción personal o social del consumidor, satisfacción de grupo, colectiva o familiar.

Lo que si exige jurídicamente en la LODC y su reglamento como normativa regulatoria básica en la celebración de un contrato es que sus cláusulas mínimas de contratación no estén viciadas y sean de fondo o de forma a fin de evitar perjuicios en la relación de consumo que originen incumplimiento y violaciones de los mismos; para ello se debe cumplir los requisitos formales básicos que determina el Art. 43 de la LODC, que a su texto dice lo siguiente:

“Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que:

- 1. Eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados.*
- 2. Impliquen renuncia a los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores o de alguna manera limiten su ejercicio.*
- 3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.*
- 4. Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento.*
- 5. Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato.*

6. *Autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, excepto cuando tal resolución o modificación este condicionada al incumplimiento imputable al consumidor.*
7. *Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o utilizados antes de que se suscriba el contrato, o sean ilegibles;*
8. *Impliquen renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en esta Ley, sin perjuicio de los casos especiales previstos en el Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Ley de Arbitraje y Mediación y demás leyes conexas.*
9. *Cualquier otra cláusula o estipulación que cause indefensión al consumidor o sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres.”*

Del breve análisis de este artículo podemos colegir que se trata de precautelar los principales derechos del consumidor en la suscripción de algún tipo de contrato de consumo que realice con el proveedor de algún bien o servicio puesto que si existiera alguna cláusula que vulnera o atente con sus derechos adquiridos estas serán consideradas como **NULAS** o **SIN NINGÚN EFECTO JURÍDICO** dentro del mismo, e incluso le da al consumidor la potestad de declarar rescindido el contrato cuando éste notara algún vicio o defecto oculto en la cosa u objeto materia del contrato; así lo dispone el Art. 20 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (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, 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. ”*⁹

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor ha establecido, como una regla obligatoria de interpretación, que “en caso de duda se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor” (in dubio pro consumatore).

Precontractualidad.-

La premisa fundamental de un contrato es aquella que se lo considera un acuerdo de voluntades; es decir, sujetos que libremente pactan unas prestaciones que mutuamente se cumplirán, (Art. 1481 y siguientes del Código Civil - Libro IV - De las Obligaciones en General y de los Contratos).

Tácitamente se supone la existencia de una etapa precontractual en la que se realizó la oferta y definieron la forma de tiempo y lugar para cumplir las prestaciones. No obstante, según exista o no equilibrio económico entre los contratantes que haga posible la discusión en pie de igualdad, el contrato será realmente negociado o no, previa concreción. Este fenómeno es una consecuencia más de la contratación en masa que trajo consigo la modernidad que conlleva la **imposición de los términos contractuales en formatos prefabricados no consultados con el consumidor**, en si no tiene nada de patológico, pues la relación precontractual se manifiesta en el mercado por la publicidad y el mercadeo que realiza el proveedor que crea vínculos con el consumidor que identifica en personas o marcas sus preferencia, pero se convierte en mero sujeto pasivo de lo que impone el proveedor, así reducido el consentimiento nos encontramos ante una situación diversa de la reglada por el régimen común del Código Civil y Mercantil; que someta al consumidor a las siguientes consecuencias:

⁹ Debe entenderse que la nulidad a que se hace referencia no afecta la validez del contrato de consumo sino únicamente a la cláusula abusiva. Conforme al principio de vitatur sed non vitiat.

- 1. Cláusulas Abusivas**, son las que menoscaban los derechos que protegen al consumidor o cualquiera que afecte el equilibrio de las prestaciones en los llamados *contratos de adhesión* que contienen un marco de obligaciones autoritariamente impuesto so pena de no poder acceder al bien o servicio deseado. Si el consumidor accede al contrato serán nulas de pleno de derecho y consecuentemente, sancionadas con la inoponibilidad así lo manda el Art. 43 de nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor; lamentablemente el ámbito que nuestra ley impone es restringido a un funcionario de dudosa capacidad como es el Intendente de Policía, cuya decisión se impugna ante un juez penal lo que desnaturaliza el conflicto que por su esencia es de mercado y no se ajusta a las estructuras legales y conceptuales de la jurisdicción penal.
- 2. Desnaturalización de las Obligaciones**, es la primera consecuencia de la cláusula abusiva, se conjugan una o más cláusulas con la finalidad de desequilibrar el contrato, esto es, las prestaciones debidas entre las partes, lo que da como resultado que el proveedor de los bienes y servicios resulta liberado de la mayor parte de las obligaciones e incrementados sus derechos contra el consumidor; mientras que el consumidor ve incrementadas sus obligaciones y limitados sus derechos frente al proveedor al punto que el cumplimiento contractual depende de éste exclusivamente.
- 3. Limitación de la Responsabilidad por Daños**, esta no es una novedad, desde siempre se ha tratado de delimitar la obligación de responder por la indemnización que por dolo o culpa que el Código Civil. En el ámbito de derecho de consumidores esta interdicción se amplía por cuanto la responsabilidad de proveedores se extiende no solo a la garantía del producto o servicio, sino al daño que los bienes adquiridos puedan causar al consumidor o incluso a terceros.

- 4. Renuncia de Derechos por parte del Consumidor**, es clara nuestra legislación al permitir la renuncia de todo derecho que la ley no prohíba; en nuestra legislación de consumidores se prohíbe la renuncia de estos derechos pero sin establecer mecanismos que permitan, de manera expedita, ejercer este derecho. Como consecuencia los derechos del proveedor se ven incrementados aún a pesar de que la legislación expresamente pretende lo contrario.
- 5. Inversión de la Carga de la Prueba**, esta vía de elusión de los derechos del consumidor, aunque prohibida por Ley Orgánica, es práctica común y debería ser de urgente preocupación al legislativo, la inequidad más común en este aspecto es que adosado al contrato de prestación de servicio se pacta además, un servicio de crédito o se gira algún título en garantía del contrato.

Inconduca común en las escuelas de idiomas; demandar el pago de dichos títulos para obligar al interesado a pagar por un servicio que dejó de recibir o que nunca recibió, luego de haber sido víctima de un agresivo mercadeo que en ningún modo puede a mediano plazo esconder las falencias del servicio ofrecido, que en consecuencia o es abandonado o nunca tomado, pero en proceso de oferta se firmó un contrato y los instrumentos de garantía, esto es aprovechado por el prestador para demandar al consumidor ante los jueces de la jurisdicción común civil - mercantil y por la vía ejecutiva que por su naturaleza impide la defensa del consumidor que en este caso debe defender como si tratara de un operador económico común, pues los jueces no admitirán la excepción derivada de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor porque el funcionario competente para aplicarla es el Intendente de Policía, funcionario que por su parte no puede plantar un conflicto de competencia al juez civil; ya que carece de facultades para dirimir conflictos derivados de instrumentos de crédito, menos aún tiene esta competencia el Juez de lo Penal ante quien se apela la decisión del Intendente.

Esta situación aberrante conlleva dos consecuencias:

- A) El profesional puede atacar al consumidor por la vía judicial sin que el consumidor pueda hacer valer sus derechos como tal.
- B) El derecho de consumidores al ser parte del derecho de regulación del mercado se ve privado del necesario desarrollo jurisprudencial.

En la Precontractualidad el *proveedor* “predispone las cláusulas” y *usuario* “asiente”.¹⁰ No hay en este tipo de negocio jurídico discusión entre las partes (consumidor - proveedor) sobre cómo cada uno de ellos se va a comprometer frente al otro. Es una cláusula no negociada que ya está debidamente “prerredactada”. Es en este contexto en el que hay que regularizar, normar las relaciones de consumo; y es por esto que, se otorgaron plenos de derechos y garantías específicos para tutelar a los consumidores y usuarios, que se encuentran en un estado de **disparidad de negociar** frente a sus co contratantes. Así el Art. 4 de Ley Orgánica de Defensa del Consumidor avalando sus derechos, dispone lo siguiente:

“Son derechos fundamentales del consumidor, a más de los establecidos en la Constitución Política de la República, tratados o convenios internacionales, legislación interna, principios generales del derecho y costumbre mercantil, los siguientes:

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

¹⁰ Contrato de adhesión es el que se caracteriza por ser el resultado de un proceso histórico que se inicia con la revolución industrial los productos y servicios son iguales, los precios son iguales por tanto las empresas homogenizan los formas de comercialización lo que da lugar a las llamadas cláusulas predispuestas. Contratos de Consumo, Carlos A. Ghersi, Contratos de Consumo, paginas. 27-28 edición 2005.

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

3. *Derecho a recibir servicios básicos de óptima calidad;*

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

5. *Derecho a un trato transparente, equitativo y no discriminatorio o abusivo por parte de los proveedores de bienes o servicios, Orgánicamente en lo referido a las condiciones óptimas de calidad, cantidad, precio, peso y medida;*

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

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

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

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

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

11. *Derecho a seguir las acciones administrativas y/o judiciales que correspondan; y,*

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

Disparidad o Ausencia de Poder de Negociación.-

Desde el punto de vista jurídico, esta concentración del consumo masivo de bienes y servicios trajo consigo la necesidad imperiosa de simplificar los trámites de la contratación; toda vez que surge claramente la imposibilidad de aplicar el viejo modelo de la discusión y negociación de cada una de las cláusulas del contrato, con cada una de las personas o usuarios que pretenden establecer una relación jurídica con el proveedor de bienes o servicios.

Resulta interesante destacar que en una economía de mercado **de la era de las comunicaciones y de la globalización del comercio a nivel mundial** corresponde que esas partes sean quienes regulen adecuadamente, a través de la oferta y la demanda, su contratación.

Sin embargo, resulta muy fácil establecer que, al menos en América Latina y más precisamente en Ecuador, no existe en la realidad un mercado perfecto y, por tanto, una situación de paridad que permita tal regulación equitativa por las mismas partes.

En esta instancia surge con claridad meridiana la asimetría habida entre Productor, Distribuidor, Industrial o Proveedor y Consumidor o Usuario, a los efectos de poder discutir o acordar cláusulas contractuales, en cada caso.

Esta diferencia o disparidad en el poder de negociación en la mayoría de los casos tiene un fundamento económico; y en todos, una disparidad de tipo jurídica, partiendo de la base que una de las partes, el Empresario, es fuerte y puede imponer sus condiciones, al ser el predisponente de las cláusulas contractuales; y la otra, el Consumidor, es débil y sólo puede adherir a las

condiciones predeterminadas o ya determinadas por el Empresario o Proveedor, sin discusión alguna. De esta situación deviene con toda certeza la necesidad de existencia de una regulación protectoria por parte del Estado, traducido en normas que consideren la debilidad estructural y funcional del individuo – consumidor, a efectos de restablecer el orden público económico de protección.

Reconocida la necesidad de estandarización de los contratos, como único modo eficiente para responder a la demanda de bienes y servicios producidos masivamente; le corresponde al Estado regular el Derecho del Consumidor partiendo de la situación de debilidad jurídica que lo aqueja.

Rubén y Gabriel Stiglitz expresan que el derecho del consumidor “es un sistema global de normas y principios institucionales y medios instrumentales consagrados por el ordenamiento jurídico para procurar al consumidor una posición de equilibrio dentro del mercado en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios en forma masiva”.¹¹

El nacimiento de esta particular orientación del Derecho Privado, que algunos doctrinarios consideran como una rama independiente, podemos encontrarlo a mediados del Siglo XX. Siempre es recordado al respecto el mensaje al Congreso de los Estados Unidos, en 1962, de su entonces Presidente - Jhon F. Kennedy, cuando expresó: “consumidor, por definición, nos incluye a todos”; poniendo de realce que proteger al consumidor importaba proteger al ciudadano, en su vida común, en su diario quehacer.¹²

A partir de la Constitución de la Comunidad Económica Europea, ésta se convirtió en líder en el desarrollo de estas normas protectorias. También la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de abril de 1985 aprobó una serie de directrices internacionales para la protección del consumidor, patentizando, una

¹¹ Citado por Liliana Schvartz., en su manual teórico practico de Defensa de los Derechos de los Consumidores y Usuarios. Pág. 24, edición 2005.

¹² Citado Por Farina.

vez más, la necesidad de que cada país atendiera el tema, otorgándole la trascendencia que se merece.

Su desarrollo fue dispar en los distintos países y regiones, alcanzando en la actualidad una presencia en la mayoría de las legislaciones del mundo. Haciendo referencia al MERCOSUR, esta temática se encuentra abordada en el Código de Defensa del Consumidor Brasileiro por Ley 8078, de 1990; en Argentina, Ley N° 24.240, de 1993; en Paraguay, en la Ley de Defensa del Consumidor y el Usuario N° 1334, de 1998; en Uruguay, en la Ley de Relaciones de Consumo 17250, del 2000.

En Argentina el término “consumidor” fue utilizado, por primera vez en un texto constitucional de la Provincia del Chaco, de 1958, al tratar el monopolio, en su artículo 42.

Cláusulas abusivas.-

Dentro de la protección contractual consumidor-proveedor existen tres situaciones que la legislación individual de cada país debe solucionar para esquematizar adecuadamente esta protección.

Estas son:

- 1) Cuál es el ámbito de protección contra las cláusulas abusivas.
- 2) Cuáles son las cláusulas abusivas.
- 3) Cuál es la sanción de las cláusulas que son consideradas abusivas.

El ámbito de protección contra las cláusulas abusivas, varía sustancialmente en cada uno de los sistemas legales. Sin embargo, existen a su vez otros elementos que deben estar claramente definidos. En algunos sistemas la ley protege únicamente ciertas cláusulas dentro de los contratos. Por citar un ejemplo, la Ley Francesa de 1978 protege únicamente las cláusulas relativas al precio, al pago, a la extensión de las responsabilidades, a las condiciones de ejecución, y a la rescisión. Por su parte, en Ecuador la Ley Orgánica de Defensa

del Consumidor otorga una protección general a todas las cláusulas de los **contratos de adhesión** y no únicamente a determinadas cláusulas. Otro elemento que varía dependiendo del sistema legal es el relativo a las partes que se benefician de la protección contractual. En algunos sistemas no todas las partes se benefician de la protección contractual, limitándose ésta a ciertos consumidores. En Ecuador, al igual que en Alemania, la protección contractual beneficia a todas las partes que se adhieren a un contrato. Esta protección contractual es definitivamente más avanzada que aquella que protege a un grupo restringido de personas. Más aún, en determinados sistemas no se admite que las personas jurídicas se beneficien de esta protección, sin embargo en Ecuador la protección contractual beneficia también a las personas jurídicas.

Según la Directiva Europea de 1993 definió las cláusulas abusivas de la siguiente manera: **"una cláusula es abusiva cuando a pesar de la exigencia de buena fe, provoca, en detrimento del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones originados por el contrato"**.

En esencia, las cláusulas abusivas carecen de equivalencia entre la parte que predispone las cláusulas y la parte adherente.

La doctrina ha identificado algunas cláusulas que deberán ser siempre consideradas abusivas, estas son:

- 1) Las que limitan la responsabilidad del predisponente;
- 2) Las que trasladan los riesgos al consumidor;
- 3) Las que restringen la facultad del adherente de oponer determinadas excepciones;
- 4) Las que invierten la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
- 5) Las que le permiten al predisponente dar por terminado unilateralmente el contrato;
- 6) Las que prorrogan la competencia territorial de alguna autoridad;
- 7) Las que establecen caducidades Orgánicas;

- 8) Las que permiten al predisponente modificar unilateralmente alguna condición del contrato;
- 9) Las que imponen al adherente obligaciones accesorias; y,
- 10) Las que le otorgan el carácter de exclusivo al contrato.

Sin embargo, en vista de que las cláusulas abusivas pueden tener un sin número de formas, la enumeración que hace la ley de éstas cláusulas no es taxativa, e incluso en algunos sistemas se deja una cláusula en blanco que determina situaciones generales como "y otras", o "entre otras".

Es por esto que en el **artículo 43, N° 9** de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor **“prohíbe cualquier cláusula en los contratos de adhesión que cause indefensión al consumidor”**. De esta forma es claro que la enumeración que hace la ley de las cláusulas prohibidas no es taxativa, e incluso se ha dejado una cláusula en blanco, precisamente para prever las distintas formas que pueden adoptar las cláusulas abusivas. Adicionalmente, es preciso tomar en cuenta lo afirmado por el tratadista Larroumet: "De hecho, una cláusula aisladamente contemplada no puede ser abusiva de una manera abstracta. Podrá aparecer como tal solo después de un análisis del conjunto de las disposiciones del contrato en el que está estipulada". Por tanto, para determinar si una cláusula es abusiva es preciso analizar su contexto dentro del contrato de adhesión.

La sanción de las cláusulas que son consideradas abusivas, también varía sustancialmente dependiendo del sistema legal. En la mayoría de ellos, las cláusulas abusivas son consideradas ineficaces, es decir, que la parte adherente, luego de que una cláusula ha sido declarada como abusiva, no puede estar ligada a ella, así ocurre en los sistemas Francés y Alemán. Por su parte en Ecuador, por expresa disposición del artículo 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor **“las cláusulas abusivas se consideran nulas de pleno derecho y no surten efecto alguno”**.

Evidentemente, es necesario que una autoridad competente declare como abusivas a las cláusulas, lo que les hará ser consideradas como no escritas. Por otro lado, podría discutirse si luego de que una o varias cláusulas son declaradas abusivas el contrato seguiría vigente. Al respecto la doctrina ha interpretado esta situación afirmando que si luego de que determinadas cláusulas son declaradas como abusivas, el contrato de adhesión sigue teniendo validez, éste subsistirá, pero si en virtud del tipo de cláusulas que son declaradas abusivas el contrato pierde su sentido o se torna inaplicable, éste quedará sin efecto.

Publicidad Engañosa y Deber de Información.-

Con el objetivo de que las relaciones comerciales y de consumo ocurran en el ámbito de completa información y considerando el poder de manipulación de los medios de comunicación o el uso abusivo de las informaciones en perjuicio del consumidor, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su reglamento exige que toda información sea clara y prohíbe la publicidad engañosa y la publicidad abusiva. Por publicidad engañosa entiende la Ley aquella que contiene informaciones inexactas sobre el producto o servicio en cuanto a sus características, cantidad, origen, precios, calidad y usos u omite datos esenciales al consumidor. Conforme lo define el **Art. 2, inc. 12** de la LODC cuando dice:

*“Toda modalidad de información o comunicación de carácter comercial, cuyo contenido sea total o parcialmente contrario a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos o que utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor.”*¹³

¹³ La publicidad moderna surge en la Exposición Internacional del Londres de 1851, en la que el periódico francés “La Presse” publicó por primera vez anuncios gráficos donde aparecían marcas. Mientras en los Estados Unidos W. Thompson en 1864 funda la primera agencia de publicidad.

La publicidad abusiva es la publicidad que genera discriminación de cualquier naturaleza, provoque violencia, explote el miedo o la superstición, aproveche la falta de experiencia o capacidad de juzgar de los niños y adolescentes, induzca a un comportamiento perjudicial para la salud y la seguridad, etc. Conforme lo define el **Art. 2, inc. 11** de la LODC cuando dice:

“Toda modalidad de información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, alterar la paz y el orden público o inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva.

Se considerará también publicidad abusiva toda modalidad de información o comunicación comercial que incluya mensajes subliminales.”¹⁴

Este tipo de publicidad queda completamente prohibida para su empleo y distribución por parte del proveedor, así lo señala expresamente el **Art. 6** de la ley en mención cuando señala: *“Quedan prohibidas todas las formas de publicidad engañosa o abusiva, o que induzcan a error en la elección del bien o servicio que puedan afectar los intereses y derechos del consumidor.”*

Pero ¿cómo identificamos los usuarios, cuándo una publicidad usada por el proveedor es engañosa o abusiva?

Art. 7.-“Comete infracción a esta Ley el proveedor que a través de cualquier tipo de mensaje induce al error o engaño en Orgánica cuando se refiere a:

¹⁴ La publicidad subliminal también llamada invisible no esta definida en nuestra legislación por lo expongo la definición de la legislación española: “...la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos, puede actual sobre el publico destinatario sin ser conscientemente percibida” Art. 7 ley 34/1988.

1. País de origen, comercial o de otra índole del bien ofrecido o sobre el lugar de prestación del servicio pactado o la tecnología empleada;

2. Los beneficios y consecuencias del uso del bien o de la contratación del servicio, así como el precio, tarifa, forma de pago, financiamiento y costos del crédito;

3. Las características básicas del bien o servicio ofrecidos, tales como componentes, ingredientes, dimensión, cantidad, calidad, utilidad, durabilidad, garantías, contraindicaciones, eficiencia, idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y otras; y,

4. Los reconocimientos, aprobaciones o distinciones oficiales o privadas, nacionales o extranjeras, tales como medallas, premios, trofeos o diplomas.”

“Art. 8.- Controversias Derivadas de la Publicidad.- En las controversias que pudieren surgir como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en los artículos precedentes, el anunciante deberá justificar adecuadamente la causa de dicho incumplimiento.

El proveedor, en la publicidad de sus productos o servicios, mantendrá en su poder, para información de los legítimos interesados, los datos técnicos, fácticos y científicos que dieron sustento al mensaje.”

De tal manera que la publicidad, además de ser precisa según la Ley, obliga al proveedor del producto, bien o servicio a cumplirla porque su incumplimiento es objeto de sanción tal como lo prescribe el **Art. 72** de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor: *“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.”

En base a estas breves consideraciones es importante tener en cuenta lo expresado para no ser vulnerados en nuestros derechos y así realizar los reclamos correspondientes cuando en base a la publicidad nos mienten de alguna de las maneras comentadas.

Independientemente de la publicidad que emplee el proveedor para hacer conocer sus bienes y servicios, este también debe procurar por mandato de la Ley otorgar una información básica comercial y veraz apegada a la realidad del bien o producto, relacionada en cuanto al valor de los bienes y servicios, como al precio, peso y medida del producto tal como lo estipula los siguientes artículos:

“Art. 9.- Información Pública.- Todos los bienes a ser comercializados deberán exhibir sus respectivos precios, peso y medidas, de acuerdo a la naturaleza del producto.

Toda información relacionada al valor de los bienes y servicios deberá incluir incluir, además del precio total, los montos adicionales correspondientes a impuestos y otros recargos, de tal manera que el consumidor pueda conocer el valor final.

Además del precio total del bien, deberá incluirse en los casos en que la naturaleza del producto lo permita, el precio unitario expresado en medidas de peso y/o volumen.”

“Art. 10.- Idioma y Moneda.- Los datos y la información general expuesta en etiquetas, envases, empaques u otros recipientes de los bienes ofrecidos; así como la publicidad, información o anuncios relativos a la prestación de servicios, se expresarán en idioma castellano, en moneda de curso legal y en las unidades de medida de aplicación general en el país; sin perjuicio

de que el proveedor pueda incluir, adicionalmente, esos mismos datos en otro idioma, unidad monetaria o de medida.”

Asimismo su omisión o incumplimiento a esta norma o su información emitida de manera falsa es objeto de sanción tal como lo prescribe el **Art. 79** de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor:

*“Art. 79.- **Requerimiento de información.**- Sin perjuicio de la facultad de las autoridades de asistirse por la fuerza pública, será sancionado con multa de quinientos a cinco mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda de curso legal, el proveedor que se negare a proporcionar la información requerida por autoridad competente o que proporcionare información falsa.*

La misma pena será impuesta al proveedor que impida a la autoridad competente, por cualquier medio, la inspección de los lugares de prestación de servicios, producción, expendio o almacenamiento de bienes, productos o que se oponga a la verificación de la información proporcionada.”

Contratos de Adhesión.-

Los contratos de adhesión nacen a partir de la necesidad de facilitar las relaciones comerciales entre las personas, sean estos consumidores o usuarios. Son contratos en los cuales las partes no discuten su contenido, ya que una de ellas impone las condiciones contractuales y la otra se adhiere a éstas. Es por ello que un importante sector de la doctrina pone en duda la existencia de un verdadero consentimiento de la parte que se adhiere. En todo caso, los contratos de adhesión son cada vez más utilizados por su utilidad práctica.

Es importante aclarar que los contratos de adhesión no son un tipo independiente de contrato, sino que constituyen una forma que puede tener un contrato determinado. Es decir, los contratos de adhesión no tienen un contenido

determinado como la compraventa o el contrato de arrendamiento, sino que imponen una forma a cualquier tipo de contrato. Así, un contrato de arrendamiento o de compraventa puede ser un contrato de adhesión. En la práctica, los contratos de adhesión son usuales en la contratación de tarjetas de crédito, telefonía móvil celular, televisión por suscripción, seguros, internet domiciliaria o de oficina y diversas actividades bancarias.

Protecciones.-

En vista de que en los contratos de adhesión existe una parte que se encuentra en una mejor situación, la cual predispone las cláusulas y condiciones, se ha considerado oportuno proteger al adherente o consumidor para evitar cualquier tipo de abuso proveniente de la parte que se encuentra en una mejor situación. En los contratos de adhesión las partes no están en igualdad de condiciones, pues una de ellas se encuentra en una mejor situación, por esta razón la ley le otorga protecciones Orgánicas a la parte que esta en inferioridad de condiciones, es decir al adherente, para tratar de igualar las condiciones de las partes.

En países como Francia o Argentina existe una muy rígida protección legal en favor del consumidor entorno a los contratos de adhesión, e incluso la jurisprudencia ha ampliado esta protección con el fin de igualar en la práctica las condiciones de desigualdad que existe entre la parte que predispone las cláusulas y el adherente. En Ecuador, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor busca proteger al consumidor el momento de suscribir contratos de adhesión.

Así lo ha entendido la jurisprudencia Argentina, a los Contratos de Adhesión, la cual en el fallo Capel Civ Com Junín, del 26 de Octubre de 1988 estableció: "Son contratos de adhesión aquellos cuyo clausulado general es predispuesto, es decir, redactado previamente por uno de los contratantes para

regular uniformemente determinadas relaciones convencionales". Sin embargo, también se puede estar frente a un contrato de adhesión cuando una autoridad estatal impone las condiciones generales del contrato, y no lo hace una de las partes. Conforme se mencionó anteriormente, el tratadista Juan M. Farina sostiene que el hablar de los contratos de adhesión es referirse a un modo y a ciertas condiciones en que las partes celebrarán el contrato, aclarando de esta forma que los contratos de adhesión no son contratos independientes con un contenido Orgánica.

El tratadista francés Saleilles amplía la definición de la siguiente forma:

"Se refiere a aquel negocio en cuya celebración las cláusulas previamente determinadas por una de las partes no admiten ser discutidas por la otra, que no tiene la posibilidad de introducir modificaciones; si no quiere aceptarlas debe abstenerse de celebrar el contrato, pues las propias circunstancias y las características de éste impiden cualquier negociación."

En su glosario de términos del **Art. 2** la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor define a los contratos de adhesión como: "***Aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o formularios, sin que el consumidor, para celebrarlo haya discutido su contenido***".

La definición contenida en la ley no es del todo exacta pues conforme se analizó anteriormente, las cláusulas en un contrato de adhesión pueden ser impuestas por una autoridad estatal, y la definición de la Ley no permite esta posibilidad.

Una de las características esenciales del derecho privado es el consensualismo, sin embargo, en los contratos de adhesión, debido a la protección que la ley le otorga al adherente, prima el formalismo. Las distintas protecciones que la ley establece constituyen una imposición de formas que deben ser

observadas. En el caso Ecuatoriano, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor también impone ciertas formas a los contratos de adhesión, convirtiéndolos en contratos formales y dejando de lado el consensualismo.

Protección Contractual al Consumidor.-

La protección al consumidor en los contratos de adhesión responde a una corriente muy reciente que ha coincidido en la necesidad de proteger a una de las partes que se encuentra en posición de desventaja. Esta corriente también llegó al Ecuador, y se ha cristalizado en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la cual contiene este tipo de protección en favor del consumidor.

En general, la corriente proteccionista al consumidor ha ganado mucho espacio, el Francés Christian Larroumet la explica así:

"Es sólo en épocas recientes que apareció la protección de una parte débil y desarmada frente al predominio de otra, a través de la noción de la cláusula abusiva. Es una forma totalmente nueva de proteccionismo contractual. Se trata de permitir la supresión en forma general en todos los contratos de las cláusulas que parecen abusivas".

En definitiva, la protección contractual busca eliminar de este tipo de contratos las cláusulas que son consideradas abusivas, o también llamadas vejatorias, opresivas, leoninas o gravosas; que son impuestas por la parte que esta en una mejor situación.

Existen además ciertos principios en la protección contractual, estos son:

a) Principio "contra proferente": Según el cual los contratos de adhesión deben ser interpretados en contra de la parte que ha predispuesto las cláusulas.

b) Principio de claridad: En virtud del cual el contrato de adhesión en general y sus cláusulas particularmente consideradas deben gozar de una transparencia y claridad absolutas.

c) Principio de prevalencia de las condiciones particulares: En este tipo de contratos existen ciertas condiciones generales que son propias del contrato de adhesión en sí, pero también existen las condiciones particulares que son aquellas que se incorporan tomando en cuenta la singularidad del adherente. Según el principio de prevalencia de las condiciones particulares, en los contratos de adhesión deben primar aquellas condiciones particulares que se incorporan a él tomando en cuenta la singularidad del adherente, por sobre las condiciones generales propias del contrato de adhesión.

d) Principio de preeminencia de las cláusulas incorporadas: En los contratos de adhesión se pueden incorporar ciertas cláusulas que en un principio no son parte de él, según el principio de preeminencia de las cláusulas incorporadas, las cláusulas que se incorporan al contrato que no son propias de él prevalecen por sobre las cláusulas propias del contrato de adhesión.

e) Principio de inequivalencia de las condiciones generales a los usos y costumbres: Según el cual todas las cláusulas de los contratos de adhesión deben sujetarse a una lógica racional y no pueden irse en contra de las costumbres comerciales. La legislación que protege al consumidor se apoya en estos principios para equiparar las condiciones de la parte que predispone las cláusulas y las del adherente.

CAPÍTULO VII

VÍAS DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS CONSUMIDORES

Introducción.- La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, establece que es un derecho de los consumidores el reclamo o la acción para denunciar el quebrantamiento de sus derechos e intereses o cuando tales derechos garantizados resulten afectados o amenazados, así lo expresa taxativamente el numeral 10 y 11 del Art. 4.

Así mismo, dispone en el artículo 63 en su numeral 3, que las asociaciones de consumidores tienen como objetivo interponer acciones, recursos, trámites, cuando sean solicitados por los consumidores. Las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores, sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor:

*“Entre otros, son objetivos de las asociaciones de consumidores:
3. Representar los intereses individuales o colectivos de los consumidores ante las autoridades judiciales o administrativas; así como, ante los proveedores, mediante el ejercicio de acciones, recursos, trámites o gestiones a que esta Ley se refiere, cuando esto sea solicitado expresamente por los consumidores.”*

Más allá del derecho de todos los ciudadanos de acudir al Poder Judicial para solucionar sus problemas, la ley de Defensa del Consumidor establece algunas normas precisas para estos casos de allí que podemos resumir específicamente que la acción le corresponde al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio publico; que cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

En lo que se refiere a la recepción de reclamos o quejas propuestos por el consumidor o usuario, estas la conocerá la Defensoría del Pueblo, quien se pronunciará motivadamente o bajo fundamentos que expliquen sus decisión, quien podrá promover la mediación si se diera el caso conforme lo establece el Art. 81 de la Ley que expresa:

“Es facultad de la Defensoría del Pueblo, conocer y pronunciarse motivadamente sobre los reclamos y las quejas, que presente cualquier consumidor, nacional o extranjero, que resida o esté de paso en el país y que considere que ha sido directa o indirectamente afectado por la violación o inobservancia de los derechos fundamentales del consumidor, establecidos en la Constitución Política de la República, los tratados o convenios internacionales de los cuales forme parte nuestro país, la presente Ley, así como las demás leyes conexas. En el procedimiento señalado en el inciso anterior, la Defensoría del Pueblo podrá promover la utilización de mecanismos alternativos para la solución de conflictos, como la mediación, siempre que dicho conflicto no se refiera a una infracción penal.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, el consumidor podrá acudir, en cualquier tiempo, a la instancia judicial o administrativa que corresponda.”

Denuncia ante el Intendente de Policía.-

Realizado el procedimiento anterior y en caso que las partes no hayan llegado a un entendimiento recíproco, la Defensoría elabora un informe en base de las cuales solicita a las autoridades competentes, Juez de Contravenciones o Intendente de Policía, la iniciación del respectivo proceso investigativo para que ésta autoridad establezca las responsabilidades debidas y sus sanciones correspondientes de ser el caso. El informe emitido por la Defensoría será apreciado por el Juez o Intendente de acuerdo d ala sana crítica. Así lo expresa el Art. 83 de la Ley Orgánica para que se haga el respectivo inicio, trámite y sanción

de la queja o reclamación planteada, el Art. 84 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en concordancia con su primera disposición Transitoria nos indica el juzgamiento de las infracciones, quienes son competentes y cuál es sus sustanciación, expresando a su texto lo siguiente:

“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.

El juzgamiento de las infracciones previstas en esta Ley se iniciará mediante denuncia, acusación particular o excitativa fiscal.

Propuesta la denuncia y una vez citado el acusado, el Juez señalará día y hora para la audiencia oral de juzgamiento, la misma que deberá llevarse a cabo dentro del plazo de diez días contados a partir de la fecha de la notificación.

Dicha audiencia iniciará con la contestación del acusado. A esta audiencia concurrirán las partes con todas las pruebas de las que se crean asistidos, previniéndoles que se procederá en rebeldía.

Se dispondrá que las partes presenten sus pruebas, luego de lo cual se dictará sentencia en la misma audiencia, de ser posible, caso contrario, se lo hará dentro del plazo perentorio de tres días.

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

Asimismo si para dictarse resolución motivada se necesita la intervención de peritos o de informes técnicos, el Juez de contravención así lo efectuará:

“Art 85.- Si para el establecimiento de los hechos fuere necesaria, a criterio del juez, la intervención de peritos o se requiere informes técnicos, se suspenderá la audiencia solo para este objeto y se concederá el plazo de hasta quince días para la presentación de los mismos, al vencimiento del cual, previo

señalamiento de día y hora, se reanudará la audiencia y se procederá en la forma en que se indica en el artículo anterior.

Si el peritaje o informe técnico, a criterio del juez tuviere que practicarse en el exterior, el plazo antes señalado podrá extenderse hasta por treinta días. ”

La Apelación ante el Juez de los Penal.-

De dicha sentencia emitida por el Juez de Contravenciones o Intendente de Policía la parte o partes que no se consideren satisfechos con su resolución podrán apelar ante el órgano jurisdiccional respectivo, en este caso, el Juez de lo Penal conforme lo expresa el Art 86.

De la sentencia emitida por el juez a quien conllevará implícitamente la reposición del pago de daños y perjuicios a favor del afectado conforme lo señala el Art. 87 de la ley Orgánica de defensa del Consumidor.

CAPÍTULO VIII

INSUFICIENCIA DE LOS MEDIOS DE TUTELA JUDICIAL Y ADMINISTRATIVOS MOTIVOS DE FORMA Y FONDO, IMPOSIBILIDAD DE DESARROLLO VÍA JURISPRUDENCIA

Papel del Estado.- El Estado tiene la indelegable obligación de procurar la vigencia de los derechos de usuarios y consumidores, para ello debe asegurar:

- 1) Una educación para el consumo: es necesaria y urgente una gran obra educativa y cultural para nuestro país, que comprenda la educación de los consumidores para un uso responsable de su capacidad de elección, la formación de un profundo sentido de la responsabilidad en los productores, y sobre todo en los profesionales de los medios de comunicación social, además de la necesaria intervención de las autoridades públicas.
- 2) Procurar la defensa de la competencia sana y equitativa: contra toda forma de distorsión de los mercados y control de los monopolios naturales y legales.

En este sentido algunas formas de distorsión de los mercados se dan en el país:

Acuerdo de Precios.- Consiste en la imposición por parte de un grupo de empresas de precios semejantes a los de monopolio o monopsonio, e implica por lo tanto una concertación destinada a aprovechar el poder de mercado conjunto de las empresas. (Ejemplo: leche o arroz)

Reparto de Mercado.- Consiste en transformar un mercado más grande e inicialmente competitivo en un conjunto de monopolios o monopsonios menores, en los que las empresas que operan pueden ejercer su poder de mercado. (Ejemplo: porta)

- 3) Adoptar acciones inmediatas cuando no se cumpla con la ley por omisión o violación del proveedor: Son conductas denunciadas como violatorias de

la ley de defensa del consumidor. Comprenden casos tales como denuncias de propaganda desleal, precios exagerados, ofertas incumplidas, garantías no respondidas y abusos de publicidades que distorsionan al consumidor que se dan a menudo en nuestro mercado.

- 4) Propender la calidad y eficiencia de los Servicios Públicos: El Estado debe obligarse a controlar el cumplimiento de las funciones adquiridas y de los servicios que prestan las empresas que le pertenecen, como de los servicios concesionados conforme los contratos respectivos con el objetivo final de mejorar las condiciones de vida de sus consumidores.

Papel de la Ciudadanía.- La ciudadanía tiene la indelegable obligación de procurar hacer respetar y cumplir la vigencia de los derechos de usuarios y consumidores, garantizados en Constitución Política y la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su Reglamento, aptitud que no se logrará si no hay un verdadero interés en conocer a fin de entender la comunidad de consumo en sus bienes y servicios cuales son sus deberes, derechos y responsabilidades en una relación de consumo.

Es este desconocimiento generalizado que nos conlleva a tener un inequívoco acceso a los mecanismos de tutela judicial que la misma Ley Orgánica lo concibe y regula dentro de sus normas adjetivas y sustantivas; así lo expresa el Art. 4 N° 10 de la LODC.

Dentro de su imposibilidad de desarrollo vía jurisprudencia podemos establecer que es poca o casi nada conocida la jurisprudencia que se encuentra dentro del ámbito legal, puesto que ni la misma Ley en sus disposiciones y resoluciones la cita, ora por su desconocimiento ora por su desinterés en la ciudadanía de conocer la Ley peor aún la escasa jurisprudencia que inclusive, es exiguamente difundida por la misma defensoría del pueblo y sus instituciones

conexas, o ya sea porque no hay una institución, autoridad o entidad orgánica dentro de la Defensoría que lo haga conocer.

Dentro del presente estudio realizado se agrega el contenido de un informe emitido por la Defensora Adjunta del Guayas con fecha 21 de diciembre del 2007, de una queja presentado por Jorge Burbano García en contra de la compañía proveedora de agua potable de la ciudad de Guayaquil, Interagua, por un exceso de facturación de agua potable en contra del reclamante y de la que la Defensoría Adjunta le concede a favor del perjudicado, el informe respectivo:

Queja No. 1178-DASLG-2007

Guayaquil, 21 de diciembre de 2007, a las 11H00.-

Vistos: Avoco conocimiento de la queja presentada, en mi calidad de Adjunta Segunda de la Defensoría del Pueblo para el Litoral y Galápagos (e). A fojas uno comparece Jorge Antonio Burbano García, con cuenta en Interagua 0089442 para manifestar que en su calidad de arrendatario del inmueble ubicado en la ciudadela Guangala Mz. E47, Villa 4 de esta ciudad de Guayaquil. Que INTERAGUA, en el año de 2005 le instalo un medidor agua en su domicilio y que en cada factura de consumo de agua se registra un incremento permanente del valor, hasta la actualidad.- Que no las ha cancelado porque el aumento es 935%, que nunca ha aumentado el numero de personas en su hogar, que no tiene ningún negocio, y que cuida del mantenimiento de las tuberías; solicita nuestra intervención, ante los señores de INTERAGUA. Aceptada la queja al tramite correspondiente, por reunir los requisitos señalado en el auto inicial, en el que se dispuso notificar a los señores Gerente General y Gerente. Comercial, Ing. Guillermo Mingolla y Steve Hervouett, respectivamente, para que den contestación a la queja en el plazo de 8 días y den solución al reclamo presentado en un plazo de 15 días conforme lo dispone el Art. 33 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, disponiéndose además la prohibición de suspender el servicio, mientras este pendiente el reclamo bajo prevenciones de ley y convocadas las partes a audiencia publica, que tuvo lugar en la Sala de este despacho el 27 de agosto de 2007, a la que concurrieron

las partes.- Asimismo de autos consta el informe defensorial y efectuada las investigaciones correspondientes, hallándose la queja en estado de resolver, para hacerlo se considera lo siguiente.- **PRIMERO:** En la tramitación de la presente queja se ha observado el cumplimiento de las solemnidades sustanciales contempladas en las Leyes y Reglamentos de la Ley de Defensa del Consumidor y de la Defensoría del Pueblo, por lo tanto el proceso es válido; **SEGUNDO:** Es facultad de la Defensoría del Pueblo conocer y pronunciarse sobre los reclamos y las quejas que presenten cualquier consumidor que se considere afectado por violación de sus derechos fundamentales establecido en la Constitución, Tratados, Convenios y la Ley de Defensa del Consumidor: **TERCERO:** El quejoso comparece con la cuenta No. 0089442, a quien se le ha emitido alta facturación por parte de INTERAGUA por consumo de agua potable y alcantarillado.- Que a la fecha de la presentación de la queja, el quejoso había reclamado anteriormente y que rechaza la alta facturación en su predio y que aún siguen llegando planillas con altos valores.- **CUARTO:** Acciones como las que se ha denunciado, constituye una franca violación a los derechos constitucionales de los usuarios y titulares de derechos fundamentales, constitucionales y del consumidor, que se oponen al abuso y a la indolencia de la Empresa encargada de la prestación del servicio público de agua potable, favorecida con el contrato de concesión celebrado con ECAPAG.- **QUINTO:** De la inspección realizada por el perito Joel Jara Espinosa, verifica que hay medidor de agua, suministro normal del líquido vital y se encuentra en buen estado las instalaciones internas o puntos de agua. Que los consumos correspondientes a meses posteriores a febrero de 2007 se incrementaron excesivamente.- El perito sugiere una verificación de exactitud de registro en el banco de pruebas correspondiente de acuerdo a normas técnicas recomendadas, del medidor que presta servicios al usuario. En tal virtud, esta Adjuntía Segunda de la Defensoría del Pueblo para el Litoral y Galápagos, dispone: 1.- Aceptar la queja presentada por Jorge Antonio Burbano García, con cuenta No 0089442.- 2.- Que habiéndose establecido que las facturas emitidas por Interagua, violan los derechos del consumidor, establecido en el Art. 39 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, hasta tanto Interagua inspeccione, verifique

y permita establecer el valor real y exacto del consumo: y por considerar el consumidor facturación excesiva en las planillas de un periodo, podrá cancelar el promedio de 6 meses inmediatos anteriores a las objetadas. 3.- Que hasta tanto se solucione el problema de la excesiva facturación debe darse de baja los valores de los meses febrero, marzo y siguientes de 2007, facturas emitidas hasta la solución definitiva; planillas que son objetadas desde el mes de febrero de 2007. De conformidad con lo establecido en el Art. 83 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, de agotarse el procedimiento señalado en ley, y sin que las partes no hayan llegado a un acuerdo, este Despacho elaborara un informe en base del cual solicitará a las autoridades competente la iniciación del respectivo proceso para imponer sanción sin perjuicio de acudir ante el Juez de Contravenciones de esta jurisdicción, a fin de solicitar el inicio del respectivo proceso.- Actúe como secretaria Ad-hoc Alba Moran Rodríguez. **CÚMPLASE Y NOTIFIQUESE.** F)- Ab. Susana Silva Calderón. **ADJUNTA SEGUNDA DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO PARA EL LITORAL Y GALÁPAGOS (e).** **Lo que comunico para los fines pertinentes. Lo certifico.-**

Nota: Hay que mencionar que la Defensoría del Pueblo del Guayas, el año que decurrió (2007) recibió un valor estimativo de 3.900 quejas, es decir, el 70% de consumidores insatisfechos, por algún bien o servicio recibido de parte del proveedor o comerciante.

CAPÍTULO IX

PROPUESTA DE REFORMA A LA LODC

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, publicada en el Registro Oficial/Suplemento 116 de 10 de julio de 2000, durante estos 8 años de vigencia al terminote este trabajo que ha significado un importante aporte jurídico. Respecto a las experiencias en cuanto a su debida aplicación en nuestro sistema jurídico, por lo que se requiere incorporar algunas reformas que garanticen que los derechos de los consumidores se protejan y defiendan de manera más efectiva, sea la protección judicial y administrativa que debe otorgar el Estado a sus ciudadanos o el ejercicio individual de la defensa; de allí que se ha establecido ciertos parámetros o propuestas que se ponen a consideración dentro del presente estudio, no sin antes acotar, que por su reciente aplicación en nuestro derecho positivo no están exentas de ser las únicas propuestas, observaciones, consideraciones jurídicas, ni reformas que se darán a la Ley Orgánica y su Reglamento.

Detallaré desde un análisis objetivo, las siguientes observaciones:

a) Elaborar una Propuesta de Ley de Competencia.- El sistema de economía social de mercado, de acuerdo al Art. 244, numeral 3º de la Constitución Política del Ecuador, debe promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, impulsar la libre competencia y sancionar las prácticas monopólicas y las que afecten al consumidor protegiendo sus derechos (Nº 8). Sin embargo el Ecuador es el único país de la Comunidad Andina que no cuenta con un régimen jurídico de competencia, no obstante que en el Protocolo de Adhesión del Ecuador a la Organización Mundial del Comercio (OMC), se asumió el compromiso de establecer un sistema de control de las prácticas comerciales desleales, puesto que el objeto de un régimen jurídico en esta materia es eliminar las prácticas monopólicas, controladoras y restrictivas de la competencia en la producción y

comercialización de bienes y prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva en beneficio de las y los consumidores ecuatorianos.

En el Ecuador, las distorsiones del mercado han provocado perjuicios a las y los consumidores y a los microempresarios, quienes se ven imposibilitados de competir en igualdad de condiciones frente a grupos oligopólicos, que abusan de su posición dominante en el mercado. En la medida en que las leyes de competencia crean una estructura y condiciones favorables al funcionamiento de un mercado más transparente, se constituyen en el complemento indispensable para una adecuada protección a las y los consumidores, de la que hoy no gozan. No obstante, si bien existen puntos de contacto entre los temas de consumidor y de competencia, hay que recordar que las normas presentes regulan la defensa de los intereses de las y los consumidores con relaciones entre proveedores. Por tanto, es indispensable contar con una legislación específica sobre el tema. En modo emergente establecer los mecanismos necesarios para la aplicación directa de decisión 608 de la Comunidad Andina

b) Elaborar Propuestas para Insertar la Perspectiva del Consumidor en el Régimen Jurídico de Modernización.- Debe contemplarse la elaboración de normas legales y reglamentarias que indispensablemente sean consideradas en el nuevo esquema de modernización; en particular, en la concesión de servicios, para evitar que las reglas de la privatización perjudiquen a las y los consumidores.

Los aspectos que deben tenerse en consideración son:

1. Establecer normas claras para la privatización de servicios, caso de darse, que prevean los parámetros que incidirán en la eficiencia y en el procedimiento para establecer los pliegos tarifarios en los casos de servicios públicos, en los cuales la competencia no es elástica
2. Determinar las obligaciones de los proveedores de los servicios (concesionarios), respecto a las condiciones que se aplicarán luego del período de transición, con énfasis sobre precios y condiciones que deben

darse al consumidor cuando los servicios se abran a los mercados competitivos.

3. Cumplir los principios consagrados en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (eficiencia, calidad, continuidad, permanencia y precio justo), y las normas específicas del capítulo de servicios públicos domiciliarios.
4. Promover la aprobación por parte del H. Congreso Nacional de proyectos de ley que regulen la privatización y prevean la participación efectiva de las y los consumidores en la elaboración de políticas de servicios públicos, en los órganos de control y en la determinación de tarifas.

En resumen, las reglas que rijan el esquema de modernización de los servicios no alterarán los principios generales consagrados en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

- d) Participar en la Elaboración, Ejecución, Seguimiento y Evaluación de las Políticas Estatales de Protección al Consumidor.- Las políticas estatales proporcionan un conjunto de objetivos básicos para la estructuración y fortalecimiento de organismos y leyes de protección al consumidor.

Tradicionalmente, las políticas estatales han provenido de iniciativas de funcionarios públicos, sin considerarse los puntos de vista de la sociedad civil. Esta práctica, en ocasiones, ha derivado en lineamientos y estrategias inadecuados a la realidad y a las necesidades nacionales. Se recomienda la creación de instancias de discusión, donde las decisiones sean tomadas en forma conjunta por funcionarios estatales y la Subcomisión.

La estructura estatal ecuatoriana ofrece pocas posibilidades de participación de las y los consumidores en materias que directamente les afectan. Un ejemplo de cómo esta participación conjunta es viable se refleja en los comités técnicos de normalización que se dan en el seno del INEN.

Sin embargo, esto no es suficiente. Se requiere abrir nuevos espacios, sobre todo en lo relativo a alimentos procesados, comunicación (publicidad), medicamentos y al proceso de privatización de las empresas que prestan servicios básicos.

La propia ambigüedad de la política de consumo, que comprende materias tan heterogéneas como el fortalecimiento de la competencia, la política alimentaria, la protección al medio ambiente, entre otras, hace necesario que la voz de las y los consumidores sea canalizada por un ente Orgánica con incidencia en las esferas estatales y que, por tanto, negocie y ayude a delinear y diseñar políticas de Estado sobre la materia.

d) Incorporar los Intereses de Las y Los Consumidores dentro del Ámbito de Acción de los Gobiernos Locales.- Para generar una cultura de consumo, es importante introducir los cambios que permitan el involucramiento de las autoridades competentes y la población en general, a fin de alcanzar el desarrollo humano y mejorar su calidad de vida.

Ello implica acercarse y acercar al Estado, coordinando acciones con los organismos seccionales autónomos, como consejos provinciales, concejos municipales y juntas parroquiales, que son los encargados de promover varias actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad. Además, puesto que las juntas parroquiales son las entidades de mayor sensibilidad ante las carencias de la población, debe existir una coordinación directa con los organismos seccionales autónomos, para difundir los derechos y obligaciones de las y los consumidores, y hacer practicables las garantías constitucionales.

La Comisión Orgánica Permanente de Defensa del Consumidor, del Usuario, del Productor y del Contribuyente del H. Congreso Nacional, en el ejercicio de su competencia y en coordinación con los diferentes organismos seccionales autónomos, organizaciones nacionales e internacionales, y la sociedad

civil, propondrá el marco jurídico adecuado para la defensa y ejercicio de las libertades constitucionales, que garantice los derechos del Consumidor.

La Defensoría del Pueblo mantendrá su verdadero rol de defender y excitar de oficio o a petición de parte cuando fuere procedente la observancia de los derechos fundamentales individuales o colectivos, que garantizan la Constitución Política de la República, las leyes, los convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador, en acuerdo con los gobiernos seccionales.

Por consiguiente, los consejos provinciales, concejos municipales y juntas parroquiales, en coordinación con las organizaciones nacionales e internacionales y autoridades competentes, fomentarán un cambio de conducta para alcanzar una verdadera “cultura de consumo”. Para ello, sugerirán los mecanismos de acción, considerando las necesidades prioritarias que se requieran para el efecto.

e) Fortalecer las Atribuciones de la Subcomisión Sectorial de Trabajo de los Derechos del Consumidor.- De conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, le compete al Estado ecuatoriano velar por la institucionalización de una verdadera defensa de los derechos de las y los consumidores y usuarios. En tal sentido, el Gobierno Nacional debe proponer un esquema que permita cumplir con este cometido.

Una de las vías para lograr ese propósito constituye el Plan Nacional de Derechos Humanos del Ecuador, que crea una instancia de coordinación entre el sector gubernamental y la sociedad civil en procura de la promoción y defensa de los derechos ciudadanos.

Este plan contempla la estructuración de subcomisiones sectoriales de trabajo, divididas por temática. Una de ellas es la Subcomisión de Derechos del Consumidor, que se ha reunido periódicamente desde el mayo de 2000. Esta Subcomisión ha realizado un trabajo continuo, que se refleja en la elaboración de

un anteproyecto de Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y del Plan Operativo de Derechos del Consumidor. Sin embargo, se han detectado algunos problemas que ameritan ser solucionados.

Adicionalmente, la estructura orgánica que establece el Reglamento de Creación y Funcionamiento de la Comisión Permanente de Evaluación, Seguimiento y Ajuste de los Planes Operativos de Derechos Humanos del Ecuador, prevé una dependencia de las subcomisiones sectoriales de trabajo frente a la Comisión Permanente, lo cual limita su campo de acción y autonomía. Por tanto, es necesario que la Subcomisión de Derechos del Consumidor obtenga la categoría de Comisión Permanente. De esta manera, adquirirá mayor trascendencia y capacidad de acción, por cuanto sus pronunciamientos y actividades serán considerados por la sociedad civil y los organismos que dictan las políticas públicas.

f) Incorporar en los Programas de Estudios la Perspectiva, los Derechos y la Problemática de Las y Los Consumidores, Estableciendo Mecanismos de Coordinación, Vigilancia y Exigibilidad con las Instancias Correspondientes.- El Art. 89 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece que “el Ministerio de Educación y Cultura incluirá, como eje transversal, dentro del pénsum de asignaturas ya existentes, un componente relacionado a la educación del consumidor. Con tal finalidad, ejecutará programas de capacitación docente e incluirá mensajes acerca de los derechos del consumidor en los textos y otros medios pedagógicos”. Corresponde, en consecuencia, establecer diversos mecanismos para poner en vigencia aquél artículo, a través de propuestas que incorporen la educación del consumidor tomando en cuenta la reforma curricular.

Con tal propósito, se coordinará de manera Orgánica con las instancias competentes del Ministerio de Educación, proporcionando la suscripción de convenios con universidades y politécnicas nacionales y extranjeras.

g) Crear un Sistema Nacional de Capacitación para la Defensa de los Derechos del Consumidor.- Este sistema deberá abordar la capacitación del consumidor, como instrumento para promover una cultura de consumo responsable y sustentable, mediante campañas y programas de trabajo.

La capacitación deberá desarrollarse en tres niveles: autoridades de control, consumidores y proveedores.

El sistema estará coordinado por la Subcomisión Sectorial de Trabajo de los Derechos del Consumidor, la cual establecerá las pautas y prioridades de los grupos a capacitarse.

Participarán representantes de todos los sectores involucrados, para garantizar la uniformidad de los conceptos y criterios manejados. Estos sectores actuarán como multiplicadores y desarrollarán sus propios programas, conforme a planes de trabajo, estrategias y actividades específicas. Los programas incluirán la producción de materiales de apoyos e instrumentos técnicos, respaldados por un plan de comunicación.

Es indispensable que los sectores involucrados coordinen las actividades que realizan, identifiquen las audiencias, socialicen y sistematicen sus experiencias. Las estrategias de educación del consumidor estarán dirigidas en primera instancia a las autoridades de control.

Para trazar las estrategias, se considerarán las diferentes particularidades de los sectores involucrados en el acto de consumo, así como el interés que presentan éstos para tratar la problemática. Esto propiciará su efectiva participación e inserción en el proceso y en la búsqueda de las soluciones. Además, se deberá trazar una estrategia específica para cada uno de los sectores.

h) Crear y Fortalecer las Asociaciones y Comités de Consumidores, con el Propósito de Conformar Redes de Organizaciones de Consumidores.- La

participación ciudadana, en el tema de consumidores, es fundamental. La sociedad civil constituye el actor y beneficiario de una adecuada organización. Para tal efecto, el Estado, a través del Ministerio de Bienestar Social, debe elaborar un catastro de organizaciones de la sociedad civil que trabajen por la protección de las y los consumidores.

Un efectivo instrumento para detectar hechos violatorios a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor son las veedurías ciudadanas, que se pueden ejercer desde muchos ángulos de la comunidad. Las veedurías contribuirán a que las autoridades investiguen y sancionen las infracciones. Las veedurías ciudadanas se ejercen a través de las asociaciones de consumidores, según dispone el Art. 63 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

La participación ciudadana puede hacerse efectiva a través de propuestas ante organismos que establecen políticas y toman decisiones. La Subcomisión canalizará dichas propuestas.

i) Propender a que los Productores Adopten Buenas Prácticas de Manufactura y Cumplan con las Normas Técnicas de Calidad, Orgánicamente en Materia de Alimentos.- La contaminación de los alimentos –como subproducto de la civilización industrial– cualitativa y cuantitativamente, es altamente peligrosa en países que no poseen tecnología suficiente ni procesos adecuados de producción de alimentos, cuyas legislaciones de control son deficientes e incumplen las normas internacionales.

Los productos de ingesta diaria afectan directamente a la salud del consumidor de la cadena alimentaria. Por ello, se requiere conocer los procesos industriales de esos productos.

Es extensa la lista de alimentos contaminados –como frutas, verduras, productos lácteos, cárnicos y elaborados– que contienen sustancias tóxicas

inadmisibles, generadoras de daños irreversibles para las presentes y futuras generaciones.

El repetitivo consumo de estos productos tóxicos –comercializados por representantes de empresas transnacionales estadounidenses o europeas, sin objeción de los gobiernos aún en dosis mínimas, aparentemente inocuas, genera daños irreparables o la muerte.

De esta manera, se generarán acciones que, al defender los derechos del ciudadano consumidor, garanticen la calidad de vida de las actuales y futuras generaciones, borrando el falso criterio de que la lucha contra la contaminación alimentaria es una pérdida de tiempo o que son acciones despreciables o anarquistas.

j) Coordinar con las Instituciones Estatales que Tienen Competencia y Jurisdicción para Realizar las Acciones de Control, previstas en la Normativa Vigente.- El principal deber del Ministerio de Salud Pública es velar por la salud individual y colectiva de la comunidad ecuatoriana. Para hacer efectiva esta finalidad, es necesario que esta cartera de Estado, en coordinación con las instituciones facultadas para realizar acciones de control, cumpla con las normas previstas en el Código de la Salud, que se relacionan con el control del expendio de alimentos, y la elaboración, comercialización y distribución de medicamentos, etc.

De acuerdo a lo que establece el Art. 66 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, *“El control de calidad y cantidad se realizará de conformidad con las normas técnicas establecidas por el Instituto Ecuatoriano de Normalización, INEN, entidad que también se encargará de su control sin perjuicio de la participación de los demás organismos gubernamentales competentes. De comprobarse técnicamente una defectuosa calidad de dichos bienes y servicios, el INEN no permitirá su comercialización; para esta comprobación técnica, actuará*

en coordinación con los diferentes organismos Orgánicos públicos o privados, quienes prestarán obligatoriamente sus servicios y colaboración.”

k) Implementar un Sistema Nacional de Quejas que Rija para todo el Territorio Nacional con Procedimientos Similares.- Los diversos procedimientos que se han aplicado para atender las quejas de las y los consumidores, tanto desde el sector público, a través de la Dirección Nacional de la Defensoría del Pueblo y de los jueces competentes, cuanto desde las ONG's que trabajan en este campo, han originado diversos resultados y, a veces, actuaciones contradictorias. Por esta razón, es preciso aplicar un solo sistema o, en todo caso, analogar los procedimientos.

El Defensor del Pueblo expidió el reglamento que determina un procedimiento de trámite de quejas a nivel nacional, el cual promueve la investigación de la queja y la reparación del derecho vulnerado. El procedimiento incluye el uso de la mediación para obtener solución a la controversia, de conformidad con lo que dispone la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

En todo caso, cabe aclarar que, por la naturaleza de las controversias, tanto la Defensoría del Pueblo como las ONG's, y ahora las asociaciones de consumidores, tratan de llegar a la solución directa de los conflictos utilizando la mediación.

CAPÍTULO X

LEY ORGÁNICA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO Y REGLAMENTO DE QUEJAS

Estudio de la Ley.- En el análisis de la ley hacemos mención que la Defensoría del Pueblo es un órgano institucional público, con autonomía funcional, económica, administrativa y con jurisdicción nacional. Su sede será la capital de la República. Esta presidido por el Defensor del Pueblo quien es elegido por el H. Congreso Nacional en Pleno con los votos de, por lo menos, de las dos terceras partes, de sus integrantes, para un período de trabajo que durará cuatro años, con la posibilidad de ser reelegido por una sola vez; el Abg. Fernando Gutiérrez Vera es el defensor del pueblo del Ecuador, en Guayaquil la defensoría del pueblo está a cargo del Abg. John Caicedo y la Abg. Susana Silva.

El Defensor del pueblo, es un funcionario que supervisa las acciones gubernamentales; toma a su cargo las denuncias del público contra las injusticias y/o mala administración, y tiene poder para investigar. Entre sus principales funciones tenemos las siguientes:

- a) Promover o patrocinar los recursos de Hábeas Corpus, Hábeas Data y de Amparo de las personas que lo requieran;
- b) Defender y excitar, de oficio o a petición de parte, cuando fuere procedente, la observancia de los derechos fundamentales individuales o colectivos que la Constitución Política de la República, las leyes, los convenios y tratados internacionales ratificados por el Ecuador garanticen; y,
- c) Ejercer las demás funciones que le asigne la Ley.

Asimismo dentro de estas funciones, la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo en su Art. 8 señala, también otras atribuciones inherentes a su cargo tales como:

- a) Ejercer la representación legal y la administración de la Defensoría del Pueblo;

- b) Organizar la Defensoría del Pueblo en todo el territorio nacional;
- c) Elaborar y aprobar los reglamentos necesarios para el buen funcionamiento de la institución;
- d) Elaborar el proyecto del presupuesto anual de la Defensoría del Pueblo, y presentarlo, para su trámite ante el Gobierno Nacional, hasta el 30 de Septiembre de cada año;
- e) Intervenir como mediador en conflictos sometidos a su consideración por personas jurídicas y organizaciones populares con la administración pública, siempre y cuando el Defensor del Pueblo lo considere procedente y necesario;
- f) Intervenir como parte en asuntos relacionados a la protección del medio ambiente y del patrimonio cultural resguardando el interés de la colectividad;
- g) Promover la capacitación, difusión y asesoramiento en el campo de los derechos humanos, ambientales y de patrimonio cultural, utilizando los espacios de comunicación y difusión que asigna la Ley al Estado. Hacer públicas las recomendaciones, observaciones que hubiera dispuesto y orientar a los ciudadanos sobre el ejercicio de sus derechos.
- h) Realizar visitas periódicas a los centros de rehabilitación social, unidades de investigación, recintos policiales y militares para comprobar el respeto a los derechos humanos;
- i) Presentar proyectos de ley, en representación de la iniciativa popular;
- j) Pronunciarse públicamente sobre los casos sometidos a su consideración, con criterios que constituirían doctrina para la defensa de los derechos humanos;
- k) Emitir censura pública en contra de los responsables materiales o intelectuales de actos o comportamientos contrarios a los derechos humanos;

- l) Informar sobre la firma y ratificación de los pactos, convenios y declaraciones internacionales en materia de derechos humanos y velar por el efectivo cumplimiento de los mismos;
- m) Representar al país en los foros internacionales sobre las materias de su competencia;
- n) Proteger y defender, de oficio o a petición de parte, las violaciones de derechos humanos que sufran los ecuatorianos residentes en el exterior, mediante la utilización de las vías diplomática o judicial internacional;
- o) Informar anualmente al Congreso Nacional sobre la situación de los derechos humanos en el Ecuador y de las labores de la Defensoría del Pueblo.

Los informes, también podrán ser presentados, en cualquier momento cuando la gravedad del caso lo exija o el Congreso Nacional lo requiera; y,

- p) Las demás que establezcan la Constitución Política de la República y la Ley.

Como podemos observar entre sus atribuciones aparece ésta intervención de mediación enunciada ya, aunque solo procede cuando lo solicitan personas jurídicas y organizaciones populares en aquellos problemas que puedan tener con la administración pública y a discreción del Defensor del Pueblo, o sea, que dicha institución debe previamente considerar que el manejo de un conflicto de estos actores es procedente y necesario.

Y si ya se habla de mediación es porque actualmente y sobre todo en los países desarrollados o centrales, han surgido una serie de nuevas modalidades alternativas para abordar divergencias, así: el llamado mini juicio o pequeño juicio (mini trial), el juicio privado (private trial), oyente neutral (neutral listener), evaluación neutral (early neutral evaluation), entre otras.

Algo muy importante dentro el ejercicio de sus funciones por parte del Defensor del Pueblo, es que dicho autoridad pública goza de inmunidad en los mismos términos que los legisladores del Congreso Nacional

Encontramos dentro de los principios generales de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo que establece que sus investigaciones realizadas organizará el procedimiento basándose en los principios de gratuidad, informalidad e inmediatez.

También, dentro de sus Principios, nos señala taxativamente que el Defensor del Pueblo podrá iniciar y proseguir de oficio, o a petición de parte, las investigaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos a los que se refieren los literales a y b del artículo 2 de esta Ley, ya provenga del sector público o de los particulares.

PROCESO DE QUEJA ANTE EL DEFENSOR DEL PUEBLO

Debe considerarse inherentes siempre a una violación de alguno de los derechos fundamentales consignados en la Constitución Política de la República, la Ley o en los Tratados Internacionales. En los casos de quejas sobre hechos que afecten a la vida, la salud, la integridad física, moral o psicológica de las personas, el Defensor del Pueblo de encontrarlas fundamentadas promoverá sin demora alguna, los recursos y acciones, que impidan situaciones de daño y peligro graves. Independientemente del trámite interno que debe darse a la queja; es decir, de aquella queja o reclamo ordinario que sigue su trámite común.

“Art. 14 ibídem.- *Cualquier persona, en forma individual o colectiva, que invoque un interés legítimo, sin restricción alguna podrá dirigirse al Defensor del Pueblo para presentar una queja, incluyéndose a los incapaces relativos, y por los incapaces absolutos podrán hacerlos sus representantes.”*

“Art. 15.- Las quejas podrán ser formuladas por escrito o verbalmente contendrán la identificación del peticionario y la relación circunstanciada de los hechos.

Las quejas verbales serán reducidas a escrito y firmadas por quien las formule, de no saber firmar, bastará la impresión de la huella digital, el registro de la cédula de identidad o pasaporte. A falta de cédula de identidad, valdrá la de un testigo que declare conocer al actor.”

Presentada la queja, si es verbal se la reduce a escrito, se avoca conocimiento y se la califica, ordenando las diligencias a practicarse, inmediatamente se corre traslado por el plazo de 8 días, a las partes, pudiendo prorrogarse por 8 días más.

“Art. 19 - ibídem.- Se admite cualquier medio de prueba conforme a derecho. La falta de contestación será tomada como aceptación de la queja, debiéndose en todo caso investigar sobre sus fundamentos.”

El funcionario que conozca y trámite la queja, emitirá una resolución motivada mediante la cual excite, observe o decida proponer las acciones constitucionales pertinentes, o pedir que se inicien otras, inclusive las penales que en determinados casos pudieran corresponder; o que se oriente a los interesados para que inicien las acciones que no caen en la competencia de la Defensoría del Pueblo. (**Art. 17, ibídem**).

La resolución será notificada a los interesados, pero éstos podrán apelar en el término improrrogable de 8 días ante el Defensor del Pueblo, quien emitirá resolución de segunda y definitiva instancia, de la que ya no cabe recurso alguno. (**Art. 8 - Reglamento de Trámite de Quejas, Recursos Constitucionales y Demandas de Inconstitucionalidad de Competencia del Defensor del Pueblo**)

Los criterios de resolución definitiva del Defensor del Pueblo, que causen estado, constituyen doctrina para la defensa de los derechos humanos. (**Art. 9, ibídem**)

Las niñas, niños y adolescentes pueden presentar directamente su queja, pues son una prioridad nacional y la Defensoría del Pueblo RECONOCE SU CIUDADANÍA SOCIAL.

Me corresponde únicamente indicar dentro de este tema qué requisitos debe reunir la queja o reclamo propuesta por el usuario o consumidor para tal efecto el Art. 6 del Reglamento de Trámite de Quejas del Consumidor lo señala:

“Requisitos:

- A) Los nombres y apellidos del denunciante o reclamante y de la persona o la entidad contra la cual se formula la denuncia o reclamo; en el caso de que aquel actúe en representación de una comunidad, colectividad o grupo e personas, acompañará la constancia escrita de su delegación para este efecto;*
- B) Las circunstancias en las cuales se produjo la violación o inobservancia del derecho cuya tutela se reclama; el lugar, la fecha, y la autoridad o persona o empresa particularmente responsable;*
- C) El domicilio del denunciante o reclamante y el de la persona natural o jurídica presuntamente responsable de la violación de los derechos del consumidor o inobservancia de la Ley;*
- D) La medida reparatoria que se pretenda; y,*
- E) Las pruebas documentales o testimoniales que fundamenten la queja.”*

En el caso de registrarse cualquier omisión en el cumplimiento de estos requisitos, la Defensoría podrá, de oficio, ordenar que se complete la queja.

Las quejas podrán ser declaradas inadmisibles cuando:

- a. Sean anónimas;
- b. Revelen mala fe o carencia de pretensión y fundamentos;
- c. Irroguen inexcusable perjuicio a derechos de terceros;
- d. Cuando el pedido no sea de competencia de la Defensoría del Pueblo; y,
- e. Cuando se trate de quejas examinadas con anterioridad y el pedido no contenga hechos, datos, elementos o indicios nuevos. En estos casos, se comunicará el rechazo de la queja mediante Resolución Motivada.

CONCLUSIONES

Como conclusión de mi tesis entiendo que la LODC es parte de una combinación de normas jurídicas de mayor amplitud, el Derecho del Mercado, cuya finalidad es proteger las relaciones económicas dentro del mercado y a los sujetos que intervienen, sujetos que por su naturaleza distinta, requieren de un sistema distinto de tutela jurídica. Así como el régimen civil y mercantil regula la forma de los contratos, el Derecho de Competencia protege a los competidores y el Derecho de Consumidores protege al consumidor.

Considero que esta Ley estudia el tema de la Defensa del Consumidor eficazmente, en perfecta concordancia con lo que establece la Carta Magna vigente, lamentablemente no le da al Estado los recursos para ejercer una protección efectiva de los Derechos del Consumidor, a pesar de que reconoce al consumidor sus derechos no le confiere de suficientes y adecuados mecanismos de defensa. En el primer caso debido a la falta de efecto vinculante del Defensor del Pueblo y en el segundo porque se priva al consumidor del desarrollo jurisprudencial puesto que de la denuncia que pueda presentar ante el Intendente de la Policía solo se puede apelar ante un Juez Penal; como es evidente por la naturaleza de esta legislación, sus conflictos escapan en gran medida al ámbito penal creando una desventaja en la tutela judicial y administrativa efectivas respecto por ejemplo, de los expeditos recursos de que está dotada la legislación como la Propiedad Intelectual.

Además esta legislación es complementaria en todos los sistemas jurídicos del mundo con el otro pilar del Derecho del Mercado, la Legislación de Competencia y de Defensa contra la Competencia Desleal; que si bien tienen por finalidad la protección del mercado y los competidores, no del consumidor, tienen el resultado subsidiario de beneficiar al consumidor, pues en un proceso de sana competencia los bienes y servicios tienden a subir su calidad y bajar los precios.

Se podría concluir que se debe reformar la LODC y la LODP y sus reglamentos para que se otorgue al Defensor del Pueblo, en los casos de protección, de la capacidad de disponer de medidas de tutela administrativa; en los casos de defensa, debe darse poder vinculante a su decisión que emita sobre la queja presentada por un consumidor. Finalmente, la competencia sobre las denuncias a la que esta facultado el consumidor deben realizarse según el caso por la vía penal o civil comunes, de modo que, esta rama del derecho recobre la posibilidad de desarrollarse jurisprudencialmente.

BIBLIOGRAFÍA.-

Para el desarrollo de esta investigación, recibimos información de la Defensoría del Pueblo Adjunta Distrito Guayas; así como, la ayuda de los diversos textos que mencionamos a continuación:

- 01.-** Cabanellas Guillermo Dr.- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.- Editorial Heliasta.- Tomo VIII.
- 02.-** Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno.- Editorial Océano.- Año 2002.
- 03.-** Editorial publicado www.tribunadelconsumidor.gov.ec - Año 2006.
- 04.-** Código Civil.
- 05.-** Código de Comercio.
- 06.-** Constitución Política de la República del Ecuador.
- 07.-** Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su Reglamento.
- 08.-** Ley Orgánica de Defensoría del Pueblo y su Reglamento.
- 09.-** Reglamento de Trámite de Quejas del Consumidor o Usuario.
- 10.-** Reglamento de Trámite de Quejas, Recursos Constitucionales y Demandas de Inconstitucionalidad de Competencia del Defensor del Pueblo.
- 11.-** Libre Competencia, Derecho de Consumo y Contratos – Víctor Cevallos Vázquez, primera edición, 2001.
- 12.-** Defensa del Consumidor y del Usuario – Juan M. Farina, segunda edición, 2000.
- 13.-** Defensa de los Derechos de los Consumidores y Usuarios – Liliana Schavartz, segunda edición, 2005.
- 14.-** Contratos de Consumo – Carlos Alberto Ghersi, edición 2005.
- 15.-** Direcciones Electrónicas:
www.consumidoresdecostarica.org
www.mmrree.gov.ec
www.georgetown.edu
www.alipso.com/monografias/derechos_del_consumidor
www.consumo.ayuncordoba.com
www.wikilearning.com

www.eco.unrc.edu.ar/

www.defensoriadelpueblo.gov.ec

www.dlh.lahora.com.ec

http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_civil