



UNIVERSIDAD DEL
AZUAY

Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

La contratación Masiva: Una Nueva Forma de Contratación Comercial Moderna.

Trabajo de Graduación previo a la obtención del título de Abogado de los
Tribunales de la República del Ecuador

Autor: Verónica Orellana Toral

Directora: Abg. María Cristina Serrano

Cuenca, Ecuador

2013

Dedicatoria

A mi esposo Emiliano Andrade y a mi hijo Juan Daniel, quienes son mi mayor fuente de inspiración y admiración.

Agradecimientos.

A mis padres y hermanos por su constante apoyo y amor infinito.

A mis profesores, por sus valiosas enseñanzas a lo largo de toda la carrera.

A mi directora del presente trabajo Abogada María Cristina Serrano por su apoyo, tiempo y dedicación.

INDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA_____	ii
AGRADECIMIENTOS_____	iii
INDICE DE CONTENIDOS_____	iv
RESUMEN_____	vi
ABSTRACT_____	vii
INTRODUCCION GENERAL_____	1
CAPITULO I: DOCTRINAS SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHMERCANTIL_____	3
1.1El Derecho Comercial como el derecho de los comerciantes (doctrina subjetiva)_____	5
1.2 El derecho Comercial como el derecho de los actos de comercio (doctrina objetiva)_____	5
1.3 El derecho comercial como una combinación de la profesión del comerciante y de los actos de comercio en si mismos._____	7
1.4 El derecho comercial como el derecho de los actos en masa_____	7
1.5 El derecho comercial como un derecho de la empresa_____	8
1.6El derecho mercantil como un derecho de los negocios_____	9
1.7El derecho comercial como un derecho de la circulación de las riquezas_____	9
1.8 Referencia al contrato Mercantil: concepto y su regulación legal_____	10
CAPITULO II: LA CONTRATACIÓN MASIVA_____	18
2. Diferencia entre el contrato civil y el contrato comercial_____	18
2.2.-Aparición del contrato en masa_____	21
2.3.-Operación de masa o en masa_____	23
DIVERSAS MODALIDADES DE CONTRATACION EN EL COMERCIO ACTUAL._____	24

3.- Contrato estándar o uniforme_____	24
3.1 Contrato con cláusulas predispuestas: Características._____	25
3.2.-Condiciones Generales de Contratación: Generalidades, Definición y características_____	26
3.3- Contratos de adhesión: Condiciones generales, problemas que plantea este contrato._____	28
3.4.- Cláusulas abusivas en el contrato de adhesión_____	34
3.5.- Contrato tipo o contrato formulario: Definición, y diferencias entre estos contratos_____	35
CAPITULO III: PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR_____	37
Análisis de los derechos contenidos en la ley orgánica de defensa al consumidor_____	37
4.1. Regulación de la publicidad y su contenido_____	40
4.5. Información básica y comercial_____	46
4.7. Idioma y moneda_____	47
4. Garantía_____	48
CAPITULO IV: ANALISIS DE CASO PRÁCTICO_____	54
CONTRATO DE TELEFONIA MOVIL_____	54
Análisis del Contrato de Telefonía Móvil_____	62
Conclusiones_____	74
Bibliografía_____	76

Resumen.

Actualmente, nos encontramos en un mundo en donde la contratación masiva ha ido adquiriendo cada vez más fuerza, y en donde los productores han adoptado la contratación masiva como una nueva modalidad de contratación comercial, debido a la creciente contratación comercial.

Este tipo de contratación ha dejado de lado algunos principios básicos que se utilizan normalmente al momento de la celebración de un contrato, es por esta razón que se ha criticado mucho a esta nueva forma de contratación, aduciendo que con esta nueva modalidad se están vulnerando algunos de los derechos de los consumidores, los mismos que deben estar tutelados por una norma jurídica.

En nuestro ordenamiento jurídico la norma que tutela los Derechos del Consumidor es la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su reglamento, que si bien existe regulación sobre este tema, debe actualizarse para que pueda brindar una verdadera tutela al consumidor

ABSTRACT

Nowadays, massive contracting has been gaining force. Producers have adopted this as a new modality of commercial contracting due to the rising of commercial contracting.

Consequently, some basic principles that are usually considered during contract applications have been set aside. For this reason, this type of contracting has been criticized since it is infringing some of the consumers' rights that are established in the judicial system.

Within our judicial system the regulation that guards Consumers' Rights is the Organic Law for the Defense of the Consumer. Although there is a regulation regarding this issue, it must be updated in order to provide a real protection for the consumer.

A handwritten signature in purple ink, which appears to read "Diana Lee Rodas", is positioned above the printed name. The signature is fluid and cursive.

Translated by,
Diana Lee Rodas

INTRODUCCIÓN

El constante cambio en el comercio en las últimas décadas y la agilidad en las transacciones, ha obligado a que se vayan innovando formas de contratación mercantil, surgiendo así los denominados contratos mercantiles modernos, que no son sino nuevos tipos de contratos que si bien no se encuentran regulados por una norma, surgen del principio de autonomía de la voluntad que prima en el Derecho Privado, tomando sus características los usos y costumbres

La presente investigación tiene por objeto demostrar la importancia de estos contratos comerciales y la necesidad de que sean regulados por norma expresa, evitando que continúen los abusos a los consumidores y creando la posibilidad de negociación entre las partes. Principalmente, los contratos que han sido utilizados para cometer estos abusos, son los llamados contratos tipo, los contratos formulario, los contratos de adhesión, entre otros, cuya característica principal es la imposición de las cláusulas sin que el adquirente tenga opción a modificarlas vulnerando derechos de los consumidores, al existir una clara desventaja entre las partes.

Es por esta razón que se da la necesidad de que se establezca una regulación sobre este tipo de contratos, pues el Código de Comercio es una norma muy antigua, cuya evolución se torna indispensable frente a las nuevas modalidades de contratación comercial

Durante el desarrollo de la presente monografía se analizarán los contratos más utilizados en la contratación comercial moderna, evidenciando el uso dentro de la sociedad y la urgencia de su regulación.

En el primer capítulo se hará un análisis de las diversas doctrinas sobre el concepto de derecho mercantil, así como también una breve introducción sobre el derecho mercantil y la evolución que ha tenido con el transcurso de los años.

En el segundo capítulo me centraré en el estudio sobre lo que es la contratación masiva y las diversas modalidades de contratación en el comercio actual;

además incluiré una breve reseña sobre algunos de los contratos más utilizados en la actualidad, contratos que en tiempos pasados no eran utilizados con la frecuencia actual,

Con posterioridad, en el tercer capítulo se estudiarán los derechos de los consumidores mismos que se encuentran plasmados en la ley Orgánica de Defensa del Consumidor y la manera en que éstos son aplicados en los contratos comerciales modernos.

Finalmente en el capítulo cuarto se realizará un análisis de un contrato de adhesión, el mismo que lo haré utilizando lo establecido tanto por doctrina como por la legislación con la finalidad de demostrar de esta manera, los abusos que pueden existir dentro de este tipo de contratos, debido a los vacíos legales de nuestro sistema.

CAPÍTULO I

DOCTRINAS SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO MERCANTIL.

Para iniciar el presente estudio es importante hacer una breve introducción sobre el derecho comercial.

El derecho comercial surge con la actividad gremial que se venía organizando en las ciudades medievales, esto con el fin de defender los intereses comunes de la clase a la que pertenecían. Estas corporaciones se encontraban debidamente organizadas y estaban regidas por estatutos escritos, que recogían las prácticas mercantiles comunes, además de esto, tenían tribunales en los que resolvían las controversias surgidas por los asociados, y se resolvían utilizando usos y costumbres mercantiles. Esto dio lugar a que se plasmen por escrito las decisiones de los tribunales consulares, naciendo así las primeras normas de derecho mercantil, en las que está el origen de este sistema, y lo que le individualiza y diferencia del derecho civil.

Las principales características del derecho comercial son, entre otras, el ser una rama progresiva, uniforme e internacional.

Es una rama uniforme puesto que las prácticas mercantiles que son utilizadas se desarrollan de la misma manera en diferentes países, y, en caso de que no exista esta uniformidad en los diferentes países, esta se puede lograr mediante acuerdos internacionales, que permitan unificar las prácticas y costumbres mercantiles.

Tiene un carácter progresivo en virtud de que el derecho comercial tiene siempre una constante y sobre todo rápida evolución, siendo la costumbre mercantil la manifestación de una necesidad de nuevas instituciones jurídicas adecuadas al progreso que se va experimentando.

El carácter internacional del derecho mercantil se da porque es una rama del derecho que se desarrolla con prescindencia de las fronteras, adicionalmente, en

virtud del desarrollo de las telecomunicaciones, las negociaciones no sólo se dan dentro del territorio nacional, sino que, por el contrario, éstas se presentan con mucha frecuencia entre contratantes de distintos Estados.

Debido a la importancia del derecho comercial es importante saber de dónde surge esta rama para poder entender su importancia.

Las fuentes del derecho comercial se refieren a de donde nacen o surgen.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico la fuente principal de generación de derecho es la ley, dentro de ésta, la legislación interna representada por los códigos, leyes especiales y los tratados internacionales debidamente ratificados.

Las leyes comerciales son todas aquellas reglas que regulan la materia comercial, por lo que dentro de ellas debemos considerar no sólo el Código de Comercio, sino, en general, todas las leyes que lo complementan o modifican, contenidas tanto en otros Códigos como en leyes especiales.

Sin embargo esta no es la única fuente generadora de derecho, también existen otras fuentes tales como la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

La costumbre se encuentra regulada tanto en el código Civil como en el código de Comercio, sin embargo, el tratamiento que cada una de estas ramas del Derecho da a la costumbre, es del todo diferente.

Así, el Código Civil establece lo siguiente:

Art. 2 Código Civil: La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.

Art. 4 Código de Comercio: Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República, o en una determinada localidad, y reiterados por más de diez años.

En el campo del derecho mercantil la costumbre mercantil es la fuente principal.

Ricardo Sandoval López en su obra denominada "Manual de Derecho Comercial" define a la costumbre mercantil como "Normas de derecho objetivo, creadas por la observancia repetida, uniforme y constante de los comerciantes en sus negocios. Generalmente nacen en el seno mismo del contrato mercantil, ya para suplir la ausencia de una regulación adecuada, ya para colmar las lagunas que existan en el contenido de los contratos o sencillamente para resolver las dudas que surjan en la interpretación de éstos"

1.1.-El Derecho Mercantil como el Derecho de los Comerciantes:

Esta doctrina sostiene que el derecho mercantil en la edad media y hasta la revolución Francesa fue un sistema jurídico aplicable únicamente para los mercaderes, nació con un carácter consuetudinario creado por los mismos comerciantes. Esta concepción se encontraba vinculada a una organización social, y tenía una jurisdicción especial, estuvo vigente hasta 1791, fecha en la que se terminó con los privilegios que existían para estas clases sociales.

Esta doctrina pone acento en la calidad de comerciante, y considera que tanto la persona como su actividad se regulan por un estatuto especial.

En un comienzo era el derecho aplicable en la jurisdicción consular, a las transacciones sobre mercaderías cuando las personas que en ellas intervenían eran comerciantes y miembros de la corporación respectiva; posteriormente se extendió la aplicación de este derecho a los comerciantes que no pertenecían a estas corporaciones.

1.2.-El Derecho Comercial como el Derecho de los Actos de Comercio.

Esta doctrina se la conoce también con el nombre de teoría objetiva; dentro de la misma se cataloga al contrato de comercio como un contenido del derecho mercantil, que no toma en cuenta a las personas que realizan la actividad mercantil, sino a la actividad misma que se realiza.

El origen de esta corriente se da con la Revolución Francesa, como una consecuencia del gran desarrollo capitalista de la época; esto se vio plasmado en el Código de Comercio Francés.

Para este criterio el contenido del derecho comercial está determinado básicamente por la índole del acto; el acto de comercio en sí y no quien lo ejecuta, da carácter comercial a la actividad desplegada y, por tanto, su sujeción a la ley mercantil.

Varios autores establecen que el antecedente del criterio objetivo está a partir de la Revolución Francesa, ya que desde entonces se abrió camino a la idea de que no era posible aceptar un derecho de una clase (la de los comerciantes) pues resultaba violatorio al principio de igualdad ante la ley.

A raíz de esto, comienza a plasmarse el criterio objetivo del derecho comercial que parte de la premisa de que este no es el derecho de los comerciantes, sino el de los actos de comercio, sin importar quien los realice.

Para el criterio objetivo, contrato comercial es todo aquel que tenga por objeto un acto de comercio, sin importar que lo lleve a cabo un comerciante sea realizado habitualmente o se trate de un acto aislado.

Dentro de esta corriente se incluye en el Derecho comercial al comercio ocasional que es el ejecutado por no comerciantes. Es a partir de este cambio que se proclama la libertad de comercio, todos los ciudadanos tiene derecho a realizar actividades mercantiles. Esta teoría se vio plasmada en el Código de Comercio Francés de 1807.

Esta corriente nace como una reacción a la corriente subjetiva, pues al proclamarse la libertad de comercio, los gremios y monopolios dejaron de tener el peso que tenían.

Sin embargo, frente a la estrechez de este criterio, se ha visto la necesidad de un enfoque distinto, un criterio que permita ampliar el concepto de derecho mercantil y otorgarle un verdadero significado económico-social, conforme a la realidad de nuestros días; ya que el criterio objetivo impuso una necesidad de

tomar aisladamente cada acto y someterlo a un análisis para determinar si encuadra o no en la enumeración legal

1.3.-El Derecho Comercial como una Combinación de la Profesión del Comerciante y de los Actos de Comercio en sí mismos.

Fue difícil mantener una corriente que sea exclusivamente objetiva, o al contrario exclusivamente subjetiva, por lo que se dio la necesidad de crear una corriente que abarque aspectos de las dos.

Esta corriente es la que se encuentra plasmada en nuestro Código de Comercio, esta parte del hecho de que los contratos son bilaterales, pero no siempre estos influyen la mercantilidad de los mismos si no que dependerá de la interpretación de cada caso en concreto.

1.4.-El Derecho Comercial como el Derecho de los Actos en Masa.

Esta corriente completa a la que establece al derecho comercial como derecho de la empresa, concepto que lo desarrollaré más adelante, pues establece que la economía en masa presupone necesariamente la presencia de la empresa actuando en el mercado.

La reiteración de las operaciones mercantiles es el criterio determinante de la comercialidad.

Toda actividad económica en masa debe constituir el contenido del derecho comercial.

La actividad mercantil, entendida como actividad en una economía de masa, afecta a la economía general del país y es por esta razón que surge la necesidad de la intervención estatal como moderador con la finalidad de evitar abusos o desbordes de los empresarios en perjuicio del público y del interés general.

La ejecución de los actos de comercio en masa exige reglas jurídicas especiales, menos rígidas y formales que las que exige el derecho civil. "Según este enfoque, actos mercantiles son aquellos que se realizan en gran número, con carácter típico en forma reiterada, más o menos iguales y que presuponen una actividad

económica organizada". Vásquez, V. C. (2006). Manual de Derecho mercantil. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.

1.5.-El Derecho Comercial como un Derecho de la Empresa.

Esta corriente intenta superar al sistema objetivo.

Para esta corriente el derecho mercantil es un derecho de la empresa por que las operaciones mercantiles se efectúan en serie o masivamente y a criterio de esta corriente es necesario que exista un ente organizado, en este caso la empresa que se ocupe de la producción masiva y la distribución de los bienes.

Endeman señalaba que es un elemento de la realidad económica que está regulada por el derecho mercantil y que adquiere una esencial importancia, incluso superior al empresario

Wieland fue quien identificó al derecho mercantil con el derecho de la empresa, este autor señala que la empresa como organización de los factores de producción e intermediación está en el centro de la actividad económica moderna y, por tanto constituye el núcleo central de las diversas actividades mercantiles.

Este autor define al derecho mercantil como el derecho de las empresas y de su tráfico.

Sin embargo, surge la duda de que también existen empresas que no son mercantiles, por lo que se establecen tres criterios para determinar cuándo una empresa es mercantil:

- 1.- La forma externa de manifestarse.
- 2.- La presencia de una organización comercial y,
- 3.- El volumen de la actividad.

Es decir, para este autor la pequeña empresa no es mercantil.

Por el volumen y la estructura necesaria, esta exigencia puede ser cumplida únicamente por empresas.

Existen varias críticas a esta doctrina pues si se afirma que el derecho mercantil es el derecho de la empresa, se tendría que admitir que serían mercantiles todas las normas que inciden sobre la empresa, y por lo tanto que al derecho mercantil se encuentran sometidas todas las empresas, sean estas comerciales o no.

Broseta Pont afirma que este criterio no es correcto en virtud de que no todas las actividades realizadas por la empresa son de índole mercantil.

Esta doctrina no es aceptada en virtud de que excluye de la mercantilidad a los actos de comercio ocasionales.

1.6.-El Derecho Mercantil como un Derecho de los Negocios.

Según esta corriente el derecho mercantil es cada vez más un derecho de los negocios, por lo que dentro de esta corriente se excluyen a la agricultura, la sucesión por causa de muerte y en general las que se encuentran fuera del ámbito económico.

1.7.-El Derecho Comercial como un Derecho de la Circulación de la Riqueza.

Esta doctrina tiene poca aceptación, pues sólo hace referencia a la intermediación entre productores y consumidores, al movimiento de dinero, de títulos valores o de productos, dejando de lado aspectos importantes del derecho mercantil tales como la regla a instituciones ajenas a la circulación de la riqueza.

Una vez que se han revisado las diferentes doctrinas sobre el derecho mercantil, es importante recalcar que, si bien cada una de ellas ha tenido su importancia, también han existido doctrinas que no han podido ser aplicables para la actualidad. Considero que la doctrina más acertada es la doctrina que define el derecho comercial como el derecho de los actos en masa pues en la actualidad sería imposible prescindir de este tipo de contratación. La actividad mercantil se ha constituido esencialmente en un medio de contratación masiva, sin embargo esto ha tenido también un impacto negativo, puesto que se ha prestado para

que existan abusos por parte de los comerciantes, dejando en indefensión a los consumidores, utilizando cláusulas abusivas dentro de estos contratos; es por ello que considero imperante la necesidad de que intervenga el Estado regulando eficientemente esta relación a través de normativa que logre un equilibrio entre las dos partes, sin dejar desprotegido al consumidor, que dentro del contrato se vuelve la parte más vulnerable.

1.8.-Referencia al Contrato Mercantil: Concepto y su Regulación Legal.

La Compraventa es uno de los contratos más antiguos y es considerada como la principal de todos. En cuanto a su nombre, ha recibido varias denominaciones como compraventa, venta, compra, etc.

La Compraventa podría definirse como el contrato mediante el cual una de las partes (vendedor) se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra parte (comprador) se obliga a pagar por ella un precio en dinero; y si la Compraventa es mercantil se le debe añadir el elemento intencional, es decir, que se compra con el objetivo de revender la cosa y obtener lucro.

Respecto a su regulación, en nuestro sistema jurídico, la compraventa está sujeta a 3 regímenes: el del Código Civil, el del Código de Comercio y la Compraventa Internacional establecida en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980).

Existen varias definiciones sobre el concepto de compraventa mercantil, entre las más importantes tenemos las siguientes:

El Art. 325 del Código de Comercio Español define a la Compraventa Mercantil: "Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa".

El Art. 905 del Código de Comercio Colombiano: " La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero por ella".

La Enciclopedia Jurídica Omeba la define de la siguiente manera: " Este es el típico contrato comercial .."En lo que se refiere a la regulación jurídica de la compraventa manifiesta " ... la compraventa mercantil es un contrato por el cual una persona, sea o no propietaria o poseedora de la cosa objeto de la convención se obliga a entregarla, o hacerla adquirir en propiedad a otra persona, que se obliga por su parte, a pagar un precio convenido, y la compra para revenderla o alquilar su uso ". Código de Comercio Argentino en su Art. 450.

En nuestro Código Civil se establece:

Art. 1732 "Compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero"

En nuestro derecho, no se transmite la propiedad sino que se promete hacerlo, por lo tanto, mediante la compraventa, no se transmite el dominio de una cosa sino que el vendedor se obliga a transferir la propiedad. Obliga al vendedor a entregar la cosa objeto del contrato, pero no se transmite por sí el dominio de esa cosa. La propiedad de la cosa sólo se adquiere cuando al contrato se añade la tradición de aquélla, lo que cabe decir, cuando el comprador toma posesión de la cosa que le entrega el vendedor.

Del concepto que trae nuestro Código Civil, podemos encontrar dos elementos principales:

- Elementos Subjetivos: Vendedor y Comprador.
- Elementos Objetivos: Cosa Vendida y Precio.

En el Código de Comercio se señala que es mercantil la compra de cosas muebles hechas con ánimo de revenderlas.

En la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías o bienes muebles no se establece un legal de compraventa por considerarlo claro.

Compraventa Civil y Compraventa Mercantil.

La compraventa es un contrato que puede ser civil o comercial, pero que puede tener la calidad de civil para una de las partes y de comercial para la otra. Este doble carácter lo establece el inciso primero del artículo 3 del Código de Comercio, al expresar que son actos de comercio "ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos", los que señalan en sus 16 numerales.

En cuanto a la distinción entre compraventa civil y mercantil, es importante definir claramente cada una pues si bien parten de un tronco común, la compraventa mercantil tiene sus particularidades de gran importancia en nuestros tiempos por la actividad comercial que se realiza. Es necesario hacer hincapié en que a raíz del surgimiento de las líneas de producción en masa la Compraventa Mercantil se ha convertido en el eje principal sobre el cual giran las actividades comerciales modernas.

En cuanto a cómo se determina la naturaleza civil o mercantil de la compraventa, el Código de Comercio señala de modo objetivo que, una compraventa solo podrá calificarse como mercantil si puede tipificarse como acto de comercio, ajustándose al marco del artículo 3 de dicho cuerpo normativo.

Dentro de los caracteres que distinguen a la compraventa mercantil, el art. 3 numeral 1 del Código de Comercio, señala que es mercantil "la compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas...".

Este precepto elimina la posibilidad de que la compra de bienes raíces pueda ser un contrato comercial. Es decir, solo pueden ser mercantiles la venta de bienes muebles, por lo tanto según lo establece dicho artículo, exclusivamente será mercantil el contrato de compraventa de bienes muebles. Resulta anacrónica nuestra legislación pues actualmente esto no se puede concebir, por ejemplo en empresas corredoras de bienes raíces ya que constituyen actos de comercio tan completos como los que se ejecutan cuando recae los mismos contratos sobre cosas muebles. Nuestra Ley Mercantil, en esta parte es deficiente; pero su tenor literal es claro y no es lícito en este caso desentenderse de él, a pretexto de interpretar o consultar su espíritu.

Una segunda e importante característica hace relación a la intencionalidad del comprador, ya que para que la compraventa de cosas muebles constituya un acto de comercio, se requiere que la compra sea hecha con la intención, "con ánimo", de revenderlas, permutarlas o arrendarlas de la misma forma o en otra distinta, es decir, se compran cosas para revenderlas al por mayor o menor con o sin transformación posterior, es por ello, que si la compra es para el consumo, será civil.

Esta intención o elemento intencional que es lo que permite diferenciar una compra civil, de una compra comercial debe ser coetánea con la compra, es decir debe existir en el momento mismo de adquirir una cosa el comprador debe tener el ánimo de venderla nuevamente. Es por ello que si el comprador decide posteriormente usar él mismo la cosa comprada el contrato no dejará por eso de ser mercantil. Y en sentido contrario, si compró la cosa para su uso personal, la compraventa será civil, aunque la revenda posteriormente.

Dicha intención de revender según Vivante, debe ser reconocible por el vendedor.

Para Tartufari, la intención de quien compra es "absolutamente autónoma", no tiene la naturaleza de una estipulación contractual; y por esto, para producir sus efectos no tiene necesidad alguna de ser compartida, o aún solo conocida por el

otro contratante. Considero que esta doctrina es la correcta, puesto que el ánimo o propósito de venta, debe ser principal, constituir el móvil mismo del acto; si el ánimo es secundario, la situación cambia.

Para que un contrato de compraventa revista el carácter de comercial, se requiere, además, la finalidad de lucro, el anhelo de realizar una ganancia. Puede afirmarse que todos los actos de comercio persiguen un lucro. Consecuentemente sin esa finalidad desaparece la mercantilidad del acto o contrato.

En la compraventa encontramos obligaciones recíprocas: entrega de una cosa contra la entrega de un precio. De esta base contractual, surgen algunas características básicas de la compraventa mercantil que son:

CONSENSUAL.- El Art. 1740 del Código Civil inciso primero señala "La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio". Es por tanto consensual, porque se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes, sin que se requieran indispensablemente ni la tradición de la cosa, ni el pago del precio, porque estas prestaciones miran al cumplimiento del contrato. El contrato es perfecto desde el momento mismo en que se produce el acuerdo de voluntades, que según los casos puede ser escrito y aún verbal.

BILATERAL.- La compraventa es un contrato bilateral, porque las partes contratantes se obligan recíprocamente. Esta bilateralidad produce importantes efectos, principalmente en los casos de incumplimiento total, parcial o tardío por una de las partes, frente a lo cual las partes contratantes tienen la facultad para pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, ya que la bilateralidad del contrato involucra la existencia implícita de la condición resolutoria.

ONEROSO Y CONMUTATIVO.- Oneroso, porque tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, fruto de las contraprestaciones que cada una de ellas han pactado en el contrato, y; Conmutativo, porque las prestaciones que se obligan las partes se miran como equitativas.

TÍPICO Y NOMINADO.- Este contrato está previsto en el ordenamiento legal ecuatoriano, en una doble regulación de Derecho Privado, sin contar las reglas de Derecho de la Compraventa Internacional de Mercaderías. En tal sentido es nominado. Es típico desde que sus caracteres han obtenido una clara distinción negocial.

PRINCIPAL.- No necesita de otro contrato para tener vigencia jurídica y producir efectos.

EXCEPCIONALMENTE SOLEMNE.- El Código Civil dice: "El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne, cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil..".

Si bien esta no es una característica esencial del contrato de compraventa mercantil, este contrato puede ser solemne excepcionalmente, ya sea en virtud de la ley como en la venta de la totalidad de mercaderías o efectos de un comerciante, que deberá hacerse por escritura pública, la venta con reserva de dominio que deberá hacerse por escrito y en tres ejemplares, la venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública, etc. Pero también puede ser solemne por voluntad de las partes.

Para que exista compraventa mercantil el comprador y el vendedor al participar en el contrato de compraventa deben generar una declaración válida de voluntad, para que aquella sea eficaz. Para ello es indispensable que se cumpla con los siguientes elementos:

- Elementos Personales: Capacidad y Consentimiento y la intencionalidad.
- Elementos Reales: La cosa y el Precio.

CAPACIDAD.- En principio, la capacidad para intervenir en un contrato de compraventa mercantil es la misma capacidad Civil, de manera que bastará ser mayor de edad y no estar comprendido en ninguna de las causas de incapacidad que la Ley fija. En los casos en que un no comerciante intervenga en una compraventa mercantil, deberán reunir las condiciones de capacidad que señala el Derecho Común, es decir, que no sean los que la ley los declara inhábiles para celebrar todo contrato.

CONSENTIMIENTO.- El consentimiento como manifestación libre y espontánea de cada parte se da y perfecciona la compraventa, cuando los actos de voluntad del comprador y vendedor concuerdan en obligarse, el uno a entregar la cosa y el otro a entregar el precio. Normalmente se presenta, cuando el comprador acepta la propuesta que le ha hecho el vendedor de celebrar el contrato y se supone que éste ha recibido la aceptación. Asimismo, cuando el destinatario de la oferta la acepta inmediatamente después de oírlo, si se trata de una propuesta verbal entre presentes.

El Código de Comercio dice: "para que la propuesta verbal de un negocio obligue a un proponente, debe ser aceptada inmediatamente por la persona a quien se dirige. En defecto de esa aceptación, el proponente queda libre".

Si la propuesta es escrita, se da el consentimiento cuando el destinatario de la oferta (comprador) manifiesta su aceptación dentro de 24 horas si las partes residieran en la misma plaza.

El consentimiento puede expresarse en cualquiera de las formas que en la actualidad son utilizadas, entre ellas, la posibilidad de adherirse a las condiciones propuestas por una de las partes; discutir previamente las condiciones del contrato, puede realizarse de forma verbal, por escrito e incluso en forma tácita dando comienzo a la ejecución del contrato.

Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico éste no se formará mientras no se realice. Un ejemplo claro

de este supuesto son los requisitos de forma del contrato, que conste por escrito sin que sea admisible otra prueba; y a falta de escritura, el contrato se tiene como no celebrado.

LA COSA O BIEN.- En el contrato de compraventa mercantil el vendedor se obliga a transmitir la propiedad de una cosa que puede consistir en bienes corporales e incorporales. Para que pueda presentarse una cosa como objeto de una compraventa se requiere:

1. Que exista o se espere que exista;
2. Que sea susceptible de ser vendida;
3. Que sea singular y determinada o determinable:

EL PRECIO.- Es otro de los elementos esenciales del contrato de compraventa. Si no existe no habrá contrato de compraventa. Para que exista precio es necesario que él llene determinados requisitos a saber:

- Que sea en dinero:
- Precio representado en Títulos valores:.
- Que sea determinado o determinable:

CAPITULO II

LA CONTRATACION MASIVA

2.-Diferencia entre el contrato civil y el contrato comercial

Es importante diferenciar entre el contrato civil y el contrato mercantil.

El código civil en su artículo 1454 establece la definición del contrato.

Art. 1454.-"Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas".

Si analizamos las primeras formas de contratos, el primero de ellos fue el trueque como medio de intercambio; la compraventa constituye una forma evolucionada del trueque. En las épocas primitivas el tráfico comercial se lo hacía a través de trueque, sin embargo, a medida que el comercio se fue intensificando, se intensificó también el comercio, por lo que este resultó ser insuficiente, viéndose en la necesidad de adoptar una nueva forma de intercambio, la misma que consistió en adoptar una medida de valor, el mismo que les permitiría adquirir un bien; es por esta razón que con la aparición de la moneda la compraventa sustituye al trueque y, en la actualidad la moneda ha sido sustituido por modernas formas como el dinero, pagos por transferencias, tarjetas de crédito, débito etc.

ES importante adentrarnos en uno de los elementos más importantes de los contratos, la autonomía de la voluntad, la misma que es entendida como el derecho de las partes contratantes para tomar decisiones referentes a un negocio. Es en ejercicio de esta autonomía de la voluntad que dentro de los contratos se pueden establecer derechos y obligaciones acordados por las partes contratantes. Es claro que, al analizar los contratos estamos frente al principio que rige el derecho privado, en tal virtud, se podrá negociar sobre todo

excepto, lo que la ley expresamente nos prohíbe. Así no podrá pactarse sobre actos atentatorios al orden público, contrarios a la moral o a las buenas costumbres, ya que la misma anularía los efectos de las mismas. Para que la autonomía de la voluntad surta efectos jurídicos las partes deben actuar con libertad y voluntad.

La autonomía de la voluntad implica:

- 1.- potestad de las personas a celebrar o no contratos;
- 2.- posibilidad para los contratantes de discutir las cláusulas que integran al contrato
- 3.- facultad de elegir la ley aplicable, siempre que este no atente al orden público.

Ahora bien, los contratos crean derechos y obligaciones recíprocas, para ello es importante iniciar este análisis teniendo claro lo que son las obligaciones. Para ello es necesario hacer una distinción entre civiles o mercantiles.

Las obligaciones civiles se refieren a aquellas que nacen de actos regulados por la ley civil; mientras que las obligaciones mercantiles tienen relación a los actos que nacen de negocios del comercio o celebrados entre comerciantes.

Obligación mercantil es el vínculo legal, voluntario o de ipso que impone a una persona el cumplimiento de alguna prestación. Ciertamente puede emanar de una disposición de la ley mercantil para un hecho jurídico, en el que no interviene la voluntad del obligado, o del acto jurídico configurado por una manifestación de voluntad, pero cuyos efectos se producen independientemente de dicha voluntad; o del negocio jurídico que se integra por una o más declaraciones de voluntad privada encaminadas a producir determinados efectos jurídicos.

Es importante realizar una diferencia entre el contrato civil y el contrato mercantil:

- 1.- El contrato civil se celebra esporádica y aisladamente, mientras que en los contratos mercantiles se llevan a cabo en serie, sucesiva e interrumpida,

2.- Los contratos mercantiles, a diferencia de los contratos civiles, se establecen generalmente en formularios, en donde se llenan los espacios en blanco para completarse con datos y condiciones particulares relacionadas a los hechos, a las personas, cantidades, valores de mercancía, tipo de servicios, etc. Sin embargo lo que interesa en los contratos mercantiles es la intención con las que estos se celebran.

3.- La suscripción de varios contratos mercantiles da lugar a operaciones sucesivas o que tengan relación vinculante.

4.- La contratación civil se da entre presentes, por personas vecinas de un lugar, mientras que en el contrato mercantil puede darse entre personas residentes o no en una localidad, así como también puede convenirse a distancia a través de medios de comunicación como el uso telefónico, el internet, etc.

5.- La celeridad con que se celebra un contrato mercantil causa consecuencias económicas, que no sucede en los contratos civiles.

6.- La finalidad de los contratos mercantiles es obtener lucro, mientras que en los contratos civiles la finalidad son diferentes: los medios de prueba de los contratos son diferentes dependiendo de su naturaleza.

7.- La caducidad para accionar en los contratos mercantiles es más corta que en el caso de los contratos civiles.

Como conclusión podemos decir que los contratos mercantiles se refieren a aquellos actos celebrados en las actividades económicas. Estos se realizan en serie, bajo condiciones generalmente impuesta por el empresario o comerciante; estos pueden ser nominados e innominados. La libertad contractual se aplica siempre y cuando no se contraponga a la ley, al orden público y a las buenas costumbres, que estén exentos de vicios y tengan objeto y causas lícitas.

Otro factor importante es la diferencia que existe entre la costumbre civil y la costumbre mercantil; pues la costumbre mercantil a diferencia de la costumbre civil tal como lo establece el Artículo 4 del Código de Comercio "Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, cuando los hechos que las constituyen son

uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República, o en una determinada localidad y reiterados por más de diez años"; mientras que en el ámbito civil la costumbre constituye derecho únicamente en los casos en los que la ley se remita a ella.

2.1.-Aparición del Contrato en Masa.

Es importante tomar en cuenta que en un inicio las negociaciones se daban mediante el trueque que era un intercambio de bienes que se realizaba entre las personas, este tipo de acuerdos se lo majeo por algún tiempo; sin embargo posteriormente se crea la moneda y con esta surge la necesidad de que este intercambio que se lo venía haciendo sea suplido por el contrato, el mismo que consiste en un acuerdo de voluntades entre las partes mediante la cual una parte se obliga a dar una cosa y la otra a pagar un precio por ello, es así como se ha venido manejando el contrato, e incluso así se encuentra regulado en el Código Civil. Sin embargo en la actualidad han surgido nuevas modalidades de contratación que agilitan el comercio actual y es aquí donde surge la contratación masiva, modalidad muy utilizada en el comercio actual.

El código Civil en su artículo 1454 define el contrato: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas".

Esta es la definición clásica del contrato que se ha venido manejando al momento de celebrar contratos entre particulares, teniendo esta figura sus características propias para configurar un contrato civil.

Frente a este sistema aparecen las modernas modalidades de contratación en el comercio actual, lo cual hace difícil ubicarlos dentro de la teoría clásica de contrato.

El código civil regula los contratos clásicos, y nada dice sobre este tipo de contratación. Son en cambio los contratos innominados los que nacen en el ámbito del derecho comercial, donde claramente vemos que se rompen las clásicas estructuras del contrato que se ha venido estableciendo en nuestro

Código Civil; sin embargo se debe tener especial cuidado con este tipo de contratos, puesto que al ser establecidos mecánicamente pueden incluir en muchos casos cláusulas atentatorias a los derechos de los consumidores.

El actual sistema comercial implica en el ámbito mercantil la sustitución del contrato que resulta del acuerdo de voluntad de las partes contratantes, por el contrato en masa, el mismo en el que no existe el acuerdo de voluntades de las partes al momento de redactar las cláusulas que se establecen en el contrato, teniendo únicamente la posibilidad de adherirse al contrato. Sin embargo aún en este tipo de contratos debe existir siempre la manifestación de voluntad, tal como lo dice Galgano "siempre es necesario un acto de adhesión al contrato en serie y, si bien el consentimiento del individuo es superfluo para la determinación del contenido del contrato, pero es indispensable para la conclusión de este".

Ya no estaríamos hablando de un contrato redactado por ambas partes, si no que en este caso el consumidor se limita únicamente a aceptar o a rechazar las cláusulas establecidas y, en el caso de que las rechace, simplemente queda fuera de poder adquirir el bien o servicio deseado, puesto que la gran empresa no va a redactar un contrato específico para un consumidor que no desea adherirse a dicho contrato en los términos preestablecidos

En la contratación masiva no existe el presupuesto de la igualdad de las partes que se establece en el Código civil, al contrario, las partes no están en igualdad de condiciones, ya que la una parte ejerce supremacía respecto de la otra parte, imponiendo su esquema contractual.

Dentro de nuestra legislación civil no se establece una regulación sobre la contratación en masa, la cual si se ve plasmada en la gran empresa que utiliza este tipo de contratación para facilitar la comercialización de sus productos y resultaría imposible además que la gran empresa celebre contratos individuales con cada uno de sus clientes.

Las grandes empresas mercantiles celebran contratos en masa, imponiendo a sus clientes un contrato que se encuentra previamente redactado. Ello no significa que tenga atribuciones ilimitadas en el establecimiento de dichas cláusulas, pues tendrán como limitación, el no atender a los derechos del consumidor ni violentar normas básicas establecidas para los consumidores, así mismo, tendrán las limitaciones generales a todos los contratos, esto es, el orden público, la moral y las buenas costumbres

No obstante, es importante tener en cuenta que si bien la contratación masiva nace como una nueva forma de contratación comercial moderna y que no se encuentra regulada por el Código Civil, esto no justifica que se deje de lado o sin importancia las estructuras clásicas establecidas por el derecho civil, puesto que estas son las estructuras básicas de todo contrato.

Como lo señala SOTO lo que sucede es que se ha propendido por una agilización en la concertación de los contratos, de modo tal, que sin suprimir el consentimiento, puede alcanzarse muy rápidamente el acuerdo contractual, logrando una reducción en los costos de transacción y potencializando la eficiencia de la negociación.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia e Colombia, en un fallo emitido en el año de 1997 al referirse a estas nuevas modalidades de contratación comercial, y sobre el acuerdo de voluntades en este tipo de contratos establece: "Para que un acto jurídico productivo de obligaciones constituya contrato, es suficiente que dos o más personas concurren a su formación y poco importa que, al hacerlo, una de ellas se limite a aceptar las condiciones impuestas por la otra; aun así, aquella ha contribuido a la celebración del contrato, puesto que voluntariamente lo ha aceptado, habiendo podido no hacerlo"

2.2.-Operación de Masa o en Masa

Dados los antecedentes establecidos podemos llegar a sostener que el derecho comercial es el derecho de la contratación en masa.

La operación en masa se establece mediante el empleo de formularios, los mismos que contienen cláusulas predispuestas y condiciones generales de contratación.

Las modalidades de la contratación en masa han generado una serie de tendencias de negociación, tales como los contratos formularios, en el que las cláusulas se encuentran ya previamente redactadas

El derecho de los contratos comerciales se ha desarrollado en los usos y costumbre mercantiles, dando surgimiento al contrato de adhesión, contrato que hoy en día constituye una de las modalidades más utilizadas en el tráfico comercial.

Lo que ha alentado las modernas contrataciones comerciales es el gran número de bienes y servicios que se publicitan en el mercado actual y, no necesariamente como respuesta a una demanda sino más bien como una consecuencia de la producción en masa generada por el empresario creando de esta manera necesidades en el público consumidor de adquirir productos.

DIVERSAS MODALIDADES DE CONTRATACION EN EL COMERCIO ACTUAL.

2.3.-Contrato Estándar.

El contrato estándar se da como una respuesta a la dinámica mercantil pues, el empresario formula un esquema contractual uniforme para todas las operaciones que tienen por objeto los bienes o servicios ofrecidos masivamente al Mercado; este se caracteriza por la uniformidad de su contenido.

Este tipo de contrato se encuentra determinado por las llamadas clausulas predispuestas, llamadas así porque son establecidas con anterioridad por el empresario.

En determinados casos es posible que el empresario recurra a contratos formulario, los mismos que son una variante del contrato estándar y, esta caracterizado por hallarse redactado en un formulario pre impreso adoptado por voluntad del empresario.

El contrato estándar se manifiesta mediante cláusulas predispuesta, las condiciones generales de contratación el contrato de adhesión.

No es necesario que todo contrato estándar sea celebrado por escrito, ya que existe gran cantidad de condiciones generales de contratación impuestas a través de anuncios, carteles, etc., además no es necesario que estas se encuentren dentro del contrato, pues se entienden aceptadas por el consumidor.

2.4.- Contrato con Cláusulas Predispuestas

Esta es una de las características de la contratación masiva ya que se da la necesidad de crear uniformidad en el contenido de los contratos que se ofrecen masivamente al público; dichas clausulas pueden hallarse dentro del contrato o bien en un anexo que se encuentre adjunto al contrato, pero siempre estas cláusulas deben ser conocibles por sus destinatarios.

Estas cláusulas pueden estar formuladas dentro del texto del contrato o pueden ser enunciadas verbalmente: para que estas tengan eficacia siempre deben ser conocibles por los destinatarios y también es necesario que conozcan el alcance de las mismas.

El predisponente debe siempre asegurarse de que las cláusulas vayan acompañadas de estas dos características, utilizando para esto los medios que permitan tener como probado su conocimiento por parte del contratante; esto siempre que la cláusulas se encuentre en un anexo adjunto al contrato o se lo haya dado a conocer verbalmente puesto que si se lo hice en el mismo contrato el predisponente queda dispensado de probar su conocimiento por la otra parte.

El objetivo de las cláusulas predispuestas es el de fijar unilateralmente el contenido del contrato lo cual elimina por completo la posibilidad de que la otra parte pueda intervenir en el contenido de las mismas, ya que si se existirá cooperación en ambas partes se convertiría en un contrato típico y ya no sería de cláusulas predispuestas si no que se convertiría en un contrato de cláusulas particulares, que es lo que se quiere eliminar en la contratación masiva.

Estas se encuentran presentes tanto en los contratos formulario como en los contratos de adhesión.

El predisponente que generalmente es el empresario redacta las cláusulas predispuestas con el fin de facilitar y asegurar la contratación en serie.

La predisposición de la cláusula viene dada por el predisponente, sin embargo puede modificarse o derogarse si el predisponente así lo desea. La generalidad trae como consecuencia su uniformidad, lo cual no implica necesariamente rigidez, pues pueden darse negociaciones sobre estas cláusulas en base a la autonomía privada, ya que estas no son de orden público, si no establece el interés privado del predisponente

CARACTERISTICAS DE LAS CLAUSULAS PREDISPUESITAS

La predisposición es una de las características primordiales de estas cláusulas, ya que esta es el resultado del poder del predisponente, y la manifestación unilateral de su autonomía privada.

Estas cláusulas se caracterizan también por su generalidad, es decir que se utilizan para todos los contratos.

2.5.-Condiciones Generales de Contratación

Las condiciones generales de contratación se caracterizan por su generalidad, de ahí viene precisamente su definición; son clausulas predispuestas no para un determinado contratante, si no para todas las personas que puedan llegar a contratar con una determinada empresa.

Es importante analizar el concepto de condiciones generales; se refiere a generales puesto que son aplicables con carácter uniforme a todos los sujetos que celebran con la misma empresa contratos de la misma especie.

Para Farina constituyen como uno de los fenómenos más destacables de los contratos mercantiles ya que resultan indispensables para el desenvolvimiento de la contratación masiva, pues esto implica predisponer por medio de modelos o formularios un esquema contractual que se repite uniformemente para una serie de contratos iguales.

Santos Briz establece que "las condiciones generales de la contratación moderna no han anulado la autonomía de la voluntad del particular en la celebración de contratos, aunque si la han restringido notablemente. No falta, sin embargo una corriente doctrinal que en forma demasiado absoluta opina que las condiciones generales son una prueba de la decadencia del derecho civil, en cuanto todas van a parar una dispersión de este derecho; en lugar de la voluntad individual, intervienen la voluntad colectiva de la gran empresa la que ha de inclinarse el particular, dejando sin sentido los principios de libertad contractual y libertad de competencia, básicas en la economía liberal".

Generalmente cada empresa predispone sus propias condiciones generales, pero puede darse el caso de que varias empresas acuerden la utilización de condiciones generales uniformes, en cuyo caso se estaría cayendo en un fenómeno que podría considerarse atentatorio al principio de libre competencia.

Farina define a las condiciones generales de contratación como la cláusula o conjunto de ellas pre formuladas e impuestas por el estipulante sin previa negociación particular, concebidas con caracteres de generalidad, abstracción y uniformidad para ser aplicables a un número indeterminado de relaciones contractuales.

Cabe diferenciar las clausulas predispuestas de las condiciones generales de contratación , ya que si bien estas se manifiestan por medio de las cláusulas predispuestas por el empresario, ya que constituyen el modo como se exteriorizan las condiciones generales impuestas por el; sin embargo la cláusula predispuesta

siempre es un acto de voluntad del empresario predisponente; mientras que las condiciones generales pueden también ser establecidas por la autoridad administrativa, aun prescindiendo de la voluntad del empresario.

Diez Picazo manifiesta que se entiende por condiciones generales de contratación el conjunto de reglas dictadas unilateralmente por una empresa mercantil, o por un grupo de ellas, a fin de regular todas las operaciones y contratos que estas mismas empresas vayan celebrando en sus actividades comerciales.

Las condiciones generales de contratación se caracterizan precisamente por su generalidad, pues se predisponen no precisamente para un contrato en específico, si no para todas las personas que puedan llegar a contratar sobre bienes o servicios; están concebidos para una pluralidad indefinida de contrataciones como por ejemplo: espectadores de un teatro, compradores de un supermercado, etc.

Las condiciones generales de contratación se imponen por las empresas debido a que existen varias ventajas, mediante las cuales se facilita el tráfico comercial de grandes establecimientos, al fijar por ejemplo iguales plazos de entrega, similares condiciones de pago, y en general todas las cláusulas que permitan abarcar una pluralidad de negocios, logrando así celeridad en las contrataciones, seguridad jurídica, ahorro de costos, entre otros.

2.6.-Contrato de Adhesión.

Cabanellas al referirse al termino adhesión señala que es la aceptación de reglas contractuales impuestas por una de las partes, sin discutir las mismas; es decir que la adhesión es aceptar una propuesta presentada por otro, sin contravenir sus condiciones.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en su artículo 2 define al contrato de adhesión como aquel cuyas clausulas han sido establecidas unilateralmente por

el proveedor a través de contratos previamente impresos o en formularios, sin que el consumidor para celebrarlo, haya discutido su contenido.

Stiglitz lo singulariza como "aquel en que las cláusulas son predispuestas por uno de los futuros contratantes de manera que el otro no pueda modificarlos ni pueda hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas."

Partiendo de esta explicación Stiglitz establece que el contrato de adhesión tiene las siguientes características:

1.- Tiene dos partes suscribientes: La parte fuerte llamada predisponente y, otra parte la llamada parte débil que es la parte adherente, en donde este no tiene la posibilidad de discutir las condiciones contractuales, si no que por la necesidad se ve obligado a aceptar las condiciones del producto o a no aceptarlas.

2.- Carácter expansivo

3.- El contrato de adhesión contenido en las cláusulas generales insertadas es un contrato rígido, es decir que sus condiciones no varían en cada caso, si no que obedecen a un sistema masificado de oferta estandarizadas y de similar contenido. En este tipo de contratos no se cuenta con el usuario, pues está dirigido al público en general.

Elementos del contrato de adhesión:

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

2.- Tiene necesariamente dos partes: un predisponente y un adherente, de lo contrario no se podría dar este tipo de contrato; sin importar que cada parte pueda estar conformada por una o más personas.

3.- Son sinalagmáticos: establece obligaciones para ambas partes suscribientes.

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

El contrato de adhesión nace a partir de la necesidad de facilitar las relaciones comerciales entre las personas; 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 estas.

Es importante tomar en cuenta que los contratos de adhesión no son un tipo independiente de contrato; es decir los contratos de adhesión no tienen un contenido determinado como la compraventa o el contrato de arrendamiento, si no que imponen una forma a cualquier tipo de contrato, así, como un contrato de arrendamiento o de compraventa, pueden también ser un contrato de adhesión.

En vista de que en el contrato de adhesión existe una parte que únicamente puede adherirse a las cláusulas establecidas, se ha considerado necesario proteger al adherente para evitar cualquier tipo de abuso proveniente de la parte que se encuentra en una mejor situación; es por esta razón que la ley otorga protecciones especiales a la parte que está en inferioridad de condiciones, es decir, el adherente.

La Jurisprudencia Argentina estableció un criterio acerca de los contratos de adhesión la misma que establece: " 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."

Juan Manuel Farina sostiene que al hablar de 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 especial.

El Tratadista francés Saleilles lo define de la siguiente manera: "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 “.

La Ley de Defensa del Consumidor en su glosario define a los contratos de adhesión como: “Aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de los contratos impresos o formularios, sin que el consumidor, para celebrarlo haya discutido su contenido”.

La necesidad de una protección contractual para esta parte que se encuentra en desventaja, ha sido plasmada en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la cual otorga protección contractual a favor del consumidor.

La protección contractual busca eliminar de este tipo de contratos las cláusulas que son consideradas abusivas, o también las llamadas vejatorias, opresivas, leoninas o gravosas, que son impuestas por la parte que está en una posición de ventaja.

Existen ciertos principios en la protección contractual, estos son:

1.- Principio “contra proferente”: Según este principio los contratos de adhesión deben ser interpretados en contra de la parte que ha predispuesto las cláusulas. La jurisprudencia Argentina ha explicado este principio de la siguiente manera: en la interpretación de los contratos de adhesión se debe acentuar el conjunto de derechos del adherente, volcándose el peso de las obligaciones sobre el contratante que ha predispuesto las cláusulas. En nuestra Ley Orgánica de Defensa del Consumidor también se encuentra recogido este principio, ya que se establece que todas las disposiciones legales en ese cuerpo legal se interpretarán en beneficio del consumidor.

2.- Principio de claridad: En virtud de este principio se establece que los contratos de adhesión en general y sus cláusulas deben gozar de una transparencia y claridad absoluta.

3.- Principio de prevalencia de las condiciones particulares: En este tipo de contratos existen ciertas condiciones generales que son propias del contrato de adhesión, pero también existen las condiciones particulares que son aquellas que

se incorporan tomando en cuenta la singularidad del adherente. Según este principio 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.

4.-Principio de preeminencia de las cláusulas incorporadas: Según este principio las cláusulas que se incorporan al contrato que no son propias de él, prevalecerán por sobre las cláusulas propias del contrato de adhesión.

5.- Principio de inequivalencia de las condiciones generales a los usos y costumbre: 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.

Dentro de la protección contractual es importante tomar en cuenta algunos aspectos tales como cuál es el ámbito de protección contra las cláusulas abusivas, cuales son las cláusulas abusivas, y cuál es la sanción de las cláusulas que son consideradas abusivas.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor otorga una protección general a todas las cláusulas de los contratos de adhesión y no únicamente a ciertas cláusulas.

En nuestra legislación la protección contractual es benéfica a cada una de las partes que se adhiere a un contrato. Esta protección contractual es más avanzada que aquellas en las que se protege únicamente a un grupo restringido de personas; es más, en algunos sistemas no se admite que las personas jurídicas se beneficien de esta protección; sin embargo en nuestro país la protección contractual beneficia también a personas jurídicas.

Características:

1.- El contrato de adhesión tiene dos partes suscribientes: una parte fuerte e imponente llamado predisponente, y la otra parte constituye la débil, que es el adherente, en donde este no tiene posibilidad alguna de discutir las cláusulas

contractuales, si no que debido a la necesidad este se ve obligado a aceptar las condiciones o a no aceptarlas.

2.- Es de carácter expansivo, es decir que se libra como efecto como una manifestación de consumo, en donde el adherente se halla en su estado de compulsión, ya que necesita consumir para suplir sus necesidades.

3.- tiene un efecto compulsivo: esta influye en la conducta del consumidor, es decir que por efecto del consumo, el individuo busca compulsivamente suplir la necesidad-

4.- No es un contrato deliberante: es decir que las partes no lo discuten, sino que el predisponente es quien genera las condiciones del contrato, y por otra parte el adherente lo acepta, pues no tiene la oportunidad de discutirlo, situación que pone en desventaja al consumidor.

5.- Tiene cláusulas rígidas: es decir que sus condiciones no varían en cada caso, si no que obedecen a un sistema masificado de ofertas.

Elementos:

1.- Existe un convenio que produce efectos jurídicos entre las partes, ya que al suscribir un contrato de adhesión se formaliza una convención.

2.- Necesariamente cuenta con dos partes: un predisponente y un adherente, de lo contrario no podría existir este tipo de contratos; cada una de las partes puede estar conformada por una o más personas.

3.-Establece obligaciones tanto para el predisponente como para el adherente, es decir son sinalagmáticos ya que por igual se obligan a cumplir cada uno sus obligaciones.

4.- Tiene condiciones generales donde se establece el objeto, el plazo, el precio y demás estipulaciones contractuales.

En los contratos de adhesión no existe negociación previa, es decir las condiciones generales del contrato son elaboradas por una de las partes; estos

contratos son creados estandarizadamente por efecto de la producción en masa de bienes y servicios cuya oferta se hace también en forma masificada , ya que para una empresa en la actualidad resultaría muy complicado discutir individualmente.

Las condiciones generales son los supuestos que se hacen constar en un contrato de adhesión.

En los últimos tiempos se ha hecho muy común la contratación por adhesión, mediante contratos tipo o través de condiciones generales, lo que pone en desventaja al consumidor, es por esto que se ha visto la necesidad de que el Estado dictara regulaciones que normen este tipo de contratación.

Para que las condiciones generales sean jurídicamente consideradas como tal es necesario que estas hayan sido elaboradas con anterioridad ya que si estas fueran incorporadas con posterioridad se estaría dando un abuso por parte del predisponente.

2.7.-Cláusulas Abusivas en el Contrato de Adhesión.

En la contratación moderna se han dado nuevos cambios tales como la fabricación en serie, mayor cantidad de personas que intervienen, estandarizaciones contractuales, etc., esto con el fin de agilizar procesos al momento de la contratación pues resultaría ilógico que se siga elaborando un contrato para cada caso en particular, existiendo la posibilidad de agilizar este proceso que además implica una reducción de costos y tiempo en la contratación

La ley Orgánica de Defensa del Consumidor prohíbe que se haga constar en las cláusulas de adhesión renuncias expresas de los derechos del consumidor; por su parte la doctrina y la Jurisprudencia señalan que siempre debe tenerse en cuenta in dubio pro consumidor, ya que es el oferente quien estableció las condiciones del contrato, e incluso dentro de estas se pudieron haber incorporado cláusulas abusivas, que afecten los intereses del contratante.

Son consideradas, entre otras, como cláusulas abusivas las siguientes:

Aquellas que amplían prerrogativas al proveedor, restringiendo los derechos del consumidor, permitiendo modificar en forma unilateral y con posterioridad las cláusulas establecidas en el contrato. Dentro de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor se prohíbe al predisponerte terminar unilateralmente el contrato.

El hecho de que una cláusula contractual autorice en forma unilateral la terminación del contrato, sin que medie incumplimiento, implica una desigualdad entre las partes, dejando al consumidor en una clara desventaja, pues lo lógico sería que se pueda dar por terminado cuando cualquiera de las partes lo desee, debería incorporarse una cláusula en la que cualquiera de las partes pueda dar por terminado el contrato, siempre y cuando se le notifique a la otra parte.

Las que imponen limitaciones en el ejercicio de las acciones del consumidor, tales como renunciar a su domicilio, imponer una determinada jurisdicción.

Aquella que limita la responsabilidad por daños, pues al aceptar el contenido de las cláusulas establecidas en el contrato presupone que el consumidor estaría garantizado por el derecho a reclamar los vicios ocultos que podría tener un producto.

Aquella que va en detrimento del medio ambiente, la salud de las personas, etc. En estos casos la ley además penaliza este tipo de actos.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece que la escritura debe ser legible y de tamaño no menor a diez caracteres, que sea comprensible para el usuario, no podrá remitirse una cláusula a otros textos sin conocimiento del consumidor y, las cláusulas deberán estar escritas en idioma castellano.

2.8.-Contrato Tipo o Contrato Formulario

Es importante diferenciar entre los contratos tipo, los contratos formulario, y los contratos de adhesión.

Los contratos formulario son aquellos cuyas clausulas están previamente impresas, y las partes se limitan a llenar los espacios en blanco que expresamente se los ha dejado para llenarlos con ciertos datos.

Los contratos tipo son aquellos contratos cuyas clausulas no varían, son además el antecedente necesario para la existencia de los contratos de adhesión.

La diferencia entre los contratos formulario, los contratos tipo y los contratos de adhesión, es que en los contratos tipo y en los contratos formulario existe una uniformidad de contenido, y no necesariamente hay el sometimiento de una de las partes como en los contratos de adhesión

CAPITULO III

PROTECCION AL CONSUMIDOR

4.-Derechos Establecidos en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Al existir tanta demanda en la actualidad de contratos en masa y con el propósito de regular las obligaciones que se generan en este tipo de contratos, en nuestro país existe la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la misma que tiene influencia en la teoría general de contratos.

Esta ley fue publicada en el Registro Oficial Número 116 del 10 de julio del 2000, la misma que tiende a proteger a la parte más débil o vulnerable de la relación contractual, esto es al consumidor. En la misma podemos encontrar los derechos contemplados para los usuarios, así como también las acciones que se pueden ejecutar cuando existe algún daño o perjuicio.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor al tener el carácter de orgánica prevalece sobre cualquier otra disposición que contenga una ley ordinaria.

Esta ley tiene como objetivo principal normar las relaciones existentes entre proveedores y consumidores y, otorgar una protección integral, protegiendo principalmente los derechos de los consumidores y, procurando que exista una equidad entre las partes.

Es importante antes de entrar a analizar las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, analizar las disposiciones constitucionales que existen sobre derechos del consumidor.

Sin duda alguna los derechos de los consumidores han sido motivo de preocupación del Estado, por los continuos abusos y problemas que se han venido generando, es por esta razón que en nuestra Constitución se ha

incorporado a los consumidores como un grupo de atención prioritaria, así lo establece el Capítulo III de la Constitución denominado "Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria", los mismos que se encuentran regulados en los artículos 52, 53, 54 y 55, estableciendo el derecho que tienen los consumidores a disponer de bienes y servicios de calidad, y a que estos sean ofertados con información clara sobre su contenido.

Establecen también la obligatoriedad de que quienes prestan estos servicios, tenga un sistema de medición de calidad, esto con el fin de poder controlar que los servicios que se estén brindando sean de óptima calidad.

No se puede negar que es un gran avance que en la Constitución del 2008 se haya incorporado los derechos de los consumidores, y más aún que tenga un tratamiento especial dentro del grupo de atención prioritaria, pues esto los coloca dentro de un grupo de atención especial, sin embargo al tener ya un tratamiento constitucional, una ley orgánica de Defensa del Consumidor y, un Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor vemos que aún se dan abusos a los derechos de los consumidores y que debe existir más control por parte de las autoridades, puesto que independientemente de la intervención que se dé por parte del Estado o la regulación legal que exista, la característica principal que pone en desventaja al consumidor es que el proveedor frente al consumidor tiene mayor poder económico, y en caso de suscitarse un reclamo el proveedor tiene a su alcance personas que trabajan con él y por lo tanto no le genera mayormente costos en caso de un litigio, mientras al consumidor le representa dinero y tiempo y enfrentarse ante proveedores sumamente poderosos, por lo que en la mayoría de los casos las personas no llegan a demandar por un bien o servicio deficiente.

Otro factor que pone en desventaja a los consumidores es el desconocimiento de sus derechos, puesto que son escasas las personas que conocen los medios para hacer respetar sus derechos y para que puedan ser compensados en caso de que se haya vulnerado algún derecho, a esto hay que agregarle, que según un documento generado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio

y Desarrollo y el Programa de Fortalecimiento de Capacidades para los países de América Latina en materia de Competencia y Protección al Consumidor, se menciona que a más de los desconocimientos que tienen los consumidores sobre sus derechos, hay que agregarle un factor, que se da sobre todo en países de América Latina, se debe agregar que en determinadas ocasiones se debe tomar en cuenta que existen otros factores que agudizan este problema tales como la pobreza, la falta de educación, grupos raciales minoritarios o mujeres, esto triplica la desventaja en la que se encuentra el consumidor, por lo que se vuelve una obligación regular acerca de este tema.

Una vez analizadas las disposiciones constitucionales veamos lo que establece la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor

La presente ley en su artículo segundo hace referencia a conceptos que se deben tomar en consideración, entre las cuales se encuentran:

Consumidor: Toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien, o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente ley mencione al consumidor, dicha denominación incluirá al usuario.

Es necesario tener en cuenta que para ostentar la calidad de consumidor, estos deben haber sido utilizados para provecho personal, y no tener como objetivo la reventa o comercialización, ya que se desnaturalizaría la figura, y ya tendría una naturaleza mercantilista.

Contrato de adhesión: es aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido.

En este tipo de contratos que en la actualidad son muy usados es donde se generan con mayor facilidad vulneración a los derechos del consumidor, puesto que al no poder discutir las cláusulas que van insertas en este tipo de contratos,

pues quien lo redacta es el proveedor y, el consumidor no tiene otra opción sino aceptarla.

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

Dentro de esta definición es muy importante tomar en cuenta que proveedor no incluye únicamente a quien participo en la contratación final del servicio, si no que existe una responsabilidad solidaria por parte de fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes y en general todos quienes hayan participado en que se haya ocasionado algún perjuicio.

4.1.-Regulación de la Publicidad y su Contenido

Publicidad: La comunicación comercial o propaganda que el proveedor dirige al consumidor por cualquier medio idóneo, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio. Para el efecto la información deberá respetar los valores de identidad nacional y los principios fundamentales sobre seguridad personal y colectiva.

Publicidad abusiva: toda modalidad de información o comunicación comercial capaz de incentivar 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 considerara también publicidad abusiva toda modalidad de información o comunicación comercial que incluya mensajes subliminales.

Publicidad engañosa: 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.

La influencia que ejerce la publicidad para imponer una marca, para orientar al público hacia un producto determinado hace que la gente sienta la necesidad de adquirir bienes o servicios que de otro modo habría ignorado.

No podemos negar la necesidad de publicidad, pues en un un inicio el comercio necesitó de la información para hacer conocer la mercadería ofrecida, y en esto consistió durante mucho tiempo, pero a partir del siglo XX, la promoción de productos y marcas avanzó a un punto tal que su principal objetivo es lograr que la gente compre y utilice los servicios que ofrecen las empresas; es por esta razón que más del 90% de la publicidad está dirigida al público consumidor.

La publicidad no se trata de simples anuncios, si no de verdaderos mensajes destinados a captar voluntades, y esto constituye un aspecto digno de ser considerado en el mundo de los contratos comerciales.

La publicidad comercial ha recibido fuertes críticas por parte de quienes la consideran un servicio maligno, también ha sido considerada un aspecto clave en una economía de mercado, pero el crecimiento descomunal de las inversiones en campañas publicitarias se ha convertido en una verdadera arma para las empresas pequeñas.

Existen algunas definiciones de publicidad como la definición dada por el diccionario de la Real Academia Española, la misma que expresa que es "el conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos.

En la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor se define a la publicidad como "La comunicación comercial o propaganda que el proveedor dirige al consumidor por cualquier medio idóneo, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio. Para el efecto la información deberá respetar los valores de identidad nacional y los principios fundamentales sobre seguridad personal y colectiva"

Es importante diferenciar entre información y publicidad ya que si bien son términos relacionados, no significan lo mismo.

La publicidad intenta convencer al consumidor, creando en este la necesidad de adquirir un determinado bien o servicio: mientras que la información brinda opciones al consumidor y permite que el consumidor conozca las cualidades de determinado bien o servicio que se encuentre a disposición del usuario.

El tratadista Víctor Cevallos en su obra "Libre competencia Derecho de Consumo y Contratos" manifiesta que la información debe ser proporcionada a los consumidores y usuarios libre de errores o defectos, debe ser proporcionada de una forma veraz, clara y completa, esto con la finalidad de que los consumidores puedan criticar y escoger el producto que más le convenga, estos con datos claros de precios, características, calidad, etc.

La publicidad existe para informar, pero en el tráfico mercantil su función es ante todo persuadir; el consumidor se ve obligado a adquirir productos y servicios, adquiere lo que no necesita, cree lo que el mensaje le dice, pierde capacidad de crítica y elección, y en estas condiciones se celebran muchos contratos.

La publicidad sirve para establecer vínculos comerciales, llevando la noción de consumo a una multitud de grupos que muchas veces no logran realizar una diferenciación entre lo vano y lo necesario.

.La publicidad tiene como objeto convencer al consumidor sobre la conveniencia de adquirir determinado bien o servicio, para esto la publicidad presenta este

bien o servicio con todas sus cualidades o ventajas, tratando de esta manera de influir sobre el consumidor.

La publicidad, al tratar de convencer al consumidor, puede ser tan agresiva que puede llegar a anular al consumidor en su capacidad de discernir entre lo que es bueno y lo que es malo, es por esta razón que en nuestra Legislación se encuentra normada y sancionada la publicidad engañosa, puesto que la misma induce a error, logrando que el consumidor adquiera un producto que no necesariamente lo necesite, y que una vez adquirida no cumpla con las expectativas que se le ofrecieron inicialmente.

Existen varios tipos de publicidad, es por esta razón que La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor define algunas de ellas, tales como:

Publicidad abusiva: 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 considerara también publicidad abusiva toda modalidad de información o comunicación comercial que incluya mensajes subliminales.

Publicidad engañosa: 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.

Isabel Lovoce en su libro *Derechos del Consumidor* define a la publicidad engañosa como "toda publicidad que sobre la base de un mensaje total o parcialmente falso, induzca o pueda inducir a error a los receptores del mismo respecto de la naturaleza, características, calidades, origen, precio o cualquier otra característica del bien o servicio".

Víctor Cevallos por su parte sostiene que “En términos generales se puede afirmar que la doctrina considera que la publicidad engañosa comprende aquellos anuncios pagados que pueden inducir a error en los consumidores o usuarios.”

Lo que podemos darnos cuenta es que la doctrina mantiene en general un criterio uniforme en cuanto se refiere al concepto de publicidad engañosa, teniéndola como una actividad que induce a error al consumidor o usuario.

Es importante además tener en cuenta que existe un derecho a la libertad de expresión, sin embargo esto no quiere decir que se pueda en base a este principio transgredir normas tales como una adecuada información, es decir no se deben violar normas de la publicidad, ya que está dirigido a un público y esta publicidad no puede contener elementos que induzcan al error o al engaño.

Existe además dentro de la publicidad un principio importante que no se puede dejar de lado, esto es el principio de veracidad, el mismo que implica que el mensaje que se está difundiendo debe ser del todo verdadero, esto es que no debe inducir a error o a engaño a las personas; también puede originarse publicidad engañosa por omisión, esto se da cuando el proveedor omite datos fundamentales del bien o servicios que se está publicitando, ya que de la misma manera se estaría induciendo al error en el consumidor

En el Art. 4 numeral 6 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor incluso se establece como un derecho del consumidor el derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales.

En la referida Ley, en su capítulo III se da un tratamiento específico a la Regulación de la Publicidad y su Contenido, estableciendo en su artículo 6 que quedan prohibidas todas las formas de publicidad engañosa o abusiva, o que induzca error en la elección del bien o servicio que pueda afectar a los intereses y derechos del consumidor.

Es decir, la publicidad en si no es mala, lo que se sanciona es cuando este medio, es utilizado para engañar o persuadir sobre la capacidad de decisión de las

personas, haciendo que de una u otra manera se adquiriera un producto no deseado.

En la contratación masiva la publicidad puede llegar a tener mucha más influencia, pues al estar dirigido a un público global, la publicidad juega un papel fundamental, pues lo que el proveedor va a tratar de conseguir es vender un determinado bien o servicio, y utilizará como medio principal para promocionar el producto la publicidad. Es por este motivo que se ha empezado a legislar sobre este tema, pues se han dado ya muchos casos en los que se ha utilizado la publicidad como medio de engaño para vender un producto, afectando de esta manera al consumidor, de manera que al recibir el producto final pueden existir diferencias respecto del precio pactado, del producto en si, etc.

En el Art 72 de la presente ley se sanciona con una multa de un mil a cuatro mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica a aquel proveedor que cuya publicidad sea considerada abusiva o engañosa; además de dicha multa la autoridad competente dispondrá que se suspenda la difusión su rectificación en los mismos espacios y horarios.

El Art. 7 de la mencionada Ley hace referencia a cuatro casos en los que se estaría cometiendo infracciones publicitarias, entre estos están:

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

Si bien en este artículo se enumeran cuatro tipos de infracciones publicitarias, en su enunciado claramente establece que comete infracción a esta ley el proveedor que a través de cualquier tipo de mensaje induce a error o engaño en especial cuando se refiere a las cuatro causales enumeradas previamente.

Por lo que deja claro que estas no son las únicas clases de infracciones publicitarias que se pueden cometer, únicamente se enumeran las que podrían ser las más comunes, pero deja abierta la posibilidad a que se puedan considerar a otras como infracciones publicitarias, que no necesariamente deban estar encasilladas en estas cuatro enumeradas.

Existen fundamentalmente dos clases de publicidad:

1.- Aquellas cuyos destinatarios son empresarios, hecha con el objetivo de lograr un contrato, en este caso la publicidad suele tener información sobre el bien o servicio que se ofrece.

2.- La publicidad destinada al público consumidor, en esta la información es lo menos importante, esta publicidad se ha convertido en la industria de la persuasión. La publicidad tiene como objetivo vender más.

4.2.-Información Básica y Comercial.

Según la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor la información básica comercial consiste en los datos, instructivos, antecedentes, indicaciones o contraindicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al consumidor, al momento de efectuar la oferta del bien o prestación del servicio.

Es decir, con esta disposición se obliga al proveedor que debe dar a conocer toda la información acerca del producto que está ofertando, esto no es únicamente sus ventajas, sino también sus desventajas, sus pros y sus contras, con el fin de que, una vez que se le haya otorgado al consumidor toda la información, esté en la posibilidad de elegir si desea o no determinado producto antes de adquirirlo.

En el capítulo cuarto de la presente ley se regula sobre este tema, el mismo que en su artículo nueve establece lo siguiente:

Art 9.- 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, además del precio total, los montos adicionales correspondientes a impuestos y otros cargos, 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.

Es decir el proveedor al momento de lanzar un determinado producto al mercado deberá siempre tener en cuenta que debe exhibir el precio total del producto, con todos los impuestos que este tenga, con la finalidad de que el consumidor pueda saber el precio total del bien. Esto se encuentra plasmado en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en su artículo 17 que establece que 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 este pueda realizar una elección adecuada y razonable.

En la ley se prevé que se exhiba toda la información para que el consumidor pueda formarse un criterio claro del producto que está adquiriendo, y de esta manera pueda inclinarse por una u otra marca.

4.3.-Idioma y Moneda.

El artículo 10 de la presente Ley establece que: "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 expresaran 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. La información expuesta será susceptible de comprobación".

Dentro de esta disposición se establece claramente que las especificaciones sobre el producto que se está comercializando debe en primer lugar encantarase en idioma castellano; esto con la finalidad de que el público, al cual va dirigido la comercialización del producto, pueda tener un criterio sobre el producto que va adquirir, ya que resultaría ilógico que las especificaciones de dicho producto estén contenidas en otro idioma, distinto al que conoce el consumidor trayendo como consecuencia que éste no tenga acceso a una información clara sobre el producto que está adquiriendo; sin embargo como claramente se establece en la mentada disposición, esto no excluye que el proveedor además de las especificaciones que debe dar a conocer del producto estén en idioma castellano, pueda hacerlas también en otro idioma, siempre y cuando se cumpla con la obligatoriedad de informar en el idioma castellano.

De igual manera debe estar especificado el precio del mismo en moneda de curso legal, pues esa es la medida de relación conocida por el consumidor. Además esta medida permitirá valorar con claridad si las ventajas de un determinado bien o servicio justifican el pago de esa cantidad. Además claramente se establece que se debe exhibir el precio total del producto, incluyendo los impuestos del mismo, para que el consumidor pueda saber el costo del real del producto.

4.4.-Garantía.

El artículo 11 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece que: "Los productos de naturaleza durable tales como vehículos, artefactos eléctricos, mecánicos, electrodomésticos y electrónicos, deberán ser obligatoriamente garantizados por el proveedor para cubrir deficiencias de la fabricación y de funcionamiento. Las leyendas "garantizado", "garantía" o cualquier otro equivalente, solo podrán emplearse cuando indiquen claramente en que consiste

tal garantía, así como las condiciones, forma, plazo y lugar en la que el consumidor pueda hacerla efectiva"

Según la definición que nos da el Diccionario de la Real Academia garantías es "Compromiso temporal del fabricante o vendedor, por el que se obliga a reparar gratuitamente algo vendido en caso de avería"

Es entonces importante que exista garantía al momento de adquirir un producto, puesto que se espera que este en excelentes condiciones y que cumpla con las características que a este se le atribuyan; sin embargo puede ocurrir casos en que el producto adquirido tenga alguna falla, por la que el consumidor no está conforme, en este caso el proveedor debe responder con la garantía.

Tal como lo establece el artículo que antecede, se exige garantía para productos durables, esto es vehículos, electrodomésticos, artefactos eléctricos, entre otros. Siempre hay que tener en cuenta que todos estos tipos de productos tienen un tiempo de vida útil, sería entonces ilógico que la garantía sea extendida indefinidamente puesto que un producto no dura para toda la vida, pero es correcto que la ley regule este tipo de casos, ya que puede darse el caso que el consumidor adquiera un determinado producto y al poco tiempo de uso este se encuentre averiado, lo cual estaría afectando un derecho del consumidor.

Además estamos hablando de productos que son costosos por lo que resulta lógico que se brinde una garantía con la adquisición de estos productos

Es por esta razón que es necesario que esta ley regule este tipo de casos para asegurar que se está vendiendo un buen producto y que en caso de daño o avería del producto, el proveedor se encuentra en la obligación de darle mantenimiento al producto, o en su defecto devolverle el dinero o cambiarle por otro producto.

La garantía que se otorga además debe ser gratuita, el consumidor no tiene por qué asumir costo alguno por una deficiencia del producto adquirido, más bien es obligación del proveedor proporcionarla. Es importante también que se sepa con exactitud en que consiste la garantía que se le está otorgando así como el lugar

donde podrá hacer efectiva la misma y el plazo de duración de la misma ya que como se mencionaba anteriormente no podemos hablar de una garantía indefinida teniendo en cuenta la vida útil del producto.

Dentro de esta misma ley a continuación cito textualmente algunas de las disposiciones y regulaciones que se dan sobre los contratos de adhesión en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su Reglamento:

“Art. 41.- EL CONTRATO DE ADHESION.- El contrato de adhesión deberá estar redactado con caracteres legibles no menores a un tamaño de fuente de 10 puntos, de acuerdo a las normas informáticas internacionales, en términos claros y comprensibles y no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato.

Cuando en un contrato de adhesión escrito con determinado tamaño de caracteres existiese además, textos escritos con letras o números significativamente más pequeños, éstos se entenderán como no escritos.

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

“Art. 42.- IDIOMA OFICIAL.- Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley, deberán estar escritos en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos, no producirán efecto alguno respecto del consumidor. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en los contratos impresos o formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen, por sobre las del formulario, siempre que el consumidor lo apruebe por escrito. Las condiciones de la oferta se entienden siempre incorporadas al contrato”.

“Art. 43.- CLAUSULAS PROHIBIDAS.- Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que:

Eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados; Impliquen renuncia a los derechos que esta ley reconoce a los consumidores o de alguna manera limiten su ejercicio; Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;

Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento;

Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato;

Autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, excepto cuando tal resolución o modificación esté condicionada al incumplimiento imputable al consumidor;

Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato, o sean ilegibles;

Impliquen renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en esta ley, sin perjuicio de los casos especiales previstos en el Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Ley de Arbitraje y Mediación y demás leyes conexas; y,

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

Lo determinado en el presente artículo incluye a los servicios que prestan las Instituciones del Sistema Financiero”.

“Art. 44.- TERMINACION ANTICIPADA.- En los contratos de adhesión referentes a la prestación de servicios, tales como telefonía celular, medicina pre pagada, televisión satelital o por cable u otros similares, el consumidor podrá dar por terminado unilateralmente el contrato en cualquier tiempo, previa notificación por escrito con al menos quince días de anticipación a la finalización del período en curso. En estos casos, en el contrato de adhesión no se podrá incluir cláusulas

ni disposición alguna que impongan al consumidor multas, sanciones o recargos de ninguna naturaleza, atribuida a la terminación anticipada de dicho contrato y de incluirlas no tendrán ningún efecto jurídico.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, el consumidor mantendrá la obligación de cancelar los saldos pendientes únicamente por servicios efectivamente prestados hasta la fecha de la terminación unilateral del contrato, así como los valores adeudados por la adquisición de los bienes necesarios para la prestación del servicio, de ser el caso”.

Dentro del Reglamento a la presente Ley, tenemos las siguientes disposiciones:

“Art. 38.- Para los efectos previstos en el Art. 41 de la ley, tanto los contratos de adhesión como los textos a los que éstos se remitan, o formen parte del mismo, deberán tener un tamaño de fuente no menor de diez puntos, salvo lo previsto en regulaciones internacionales”.

“Art. 40.- El consentimiento expreso del consumidor de someterse a los procedimientos de arbitraje y mediación en los contratos de adhesión, se podrá manifestar mediante una ratificación impresa debajo de la cual suscriba el consumidor, o con una señalización en un casillero, de la que se desprenda la aceptación para someterse a arbitraje, o cualquier fórmula que permita entender inequívocamente la aceptación expresa de cualquiera de estos procedimientos por parte del consumidor.

Sin perjuicio de lo indicado .en el inciso anterior, los consumidores y proveedores podrán solucionar sus controversias acudiendo a la mediación, aunque no lo hubieren estipulado expresamente en el contrato”.

“Art. 41.- Las cláusulas que causen indefensión en los contratos de adhesión, serán aquellas que impliquen imposibilidad del consumidor de acceder a las acciones o mecanismos para la defensa de los derechos establecidos en la Ley Orgánica Defensa del Consumidor”.

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

CAPITULO IV

ANALISIS DE UN CASO PRÁCTICO

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

Conste por el presente documento, el Contrato de Prestación de Servicios de telecomunicaciones aplicables a, de una parte, **TELEFÓNICA MÓVILES S.A.** con RUC N° 20100177774, con domicilio en Av. Juan de Arona N° 786 – San Isidro, Lima, a quien en adelante se le denominará “**MOVISTAR**”, y de la otra, “**EL CLIENTE**”, cuyos datos se consignan en el Anexo del presente documento.

1.-FUNCIÓN: EL CLIENTE contrata el servicio de telefonía móvil (en adelante el “Servicio”) y demás servicios de telecomunicaciones que son materia del contrato, que serán prestados por **MOVISTAR** dentro del área de concesión. Si **EL CLIENTE** lo solicita, y previa evaluación de **MOVISTAR**, ésta podrá darle acceso al servicio de larga distancia internacional si el plan contratado no lo incluyese dentro de los minutos libres.

2. RETRIBUCIÓN: EL CLIENTE se obliga a pagar los siguientes conceptos incluidos en el recibo telefónico:

(i) Cargo fijo mensual que se facturará por mes adelantado y cuyo monto se indica en el Anexo (Residencial) o Anexo 1-A (Empresas) o Anexo 1-B (Bolsa de Minutos) o Anexo 1-C (Internet Móvil), según plan contratado.

(ii) Los consumos efectuados, que incluyen el valor de las llamadas locales, de larga distancia nacional e internacional, llamadas a operadores rurales y a operadores satelitales. Dichos consumos se facturarán por mes vencido aplicando las tarifas que se indican en el Anexo (Residencial) o Anexo 1-A (Empresas) o Anexo 1-B (Bolsa de Minutos) o Anexo 1- C (Internet Móvil), según plan contratado.

(iii) La retribución por los consumos, las llamadas realizadas y recibidas a través del servicio Roaming.

(iv) La retribución por los consumos y/o cargos de los servicios adicionales, suplementarios y otros servicios contratados por **EL CLIENTE**, según las tarifas vigentes, las que se encuentran publicadas en la página web de **MOVISTAR**(www.MOVISTAR.com.pe).

(v) De ser el caso, el precio por la venta del equipo terminal cualquiera sea su naturaleza y/o chip **MOVISTAR** (contado o financiado) o la renta por su arrendamiento.

(vi) De ser el caso, el pago de las cuotas que correspondan al financiamiento de deuda e intereses asumidos por **EL CLIENTE**.

(vii) De ser el caso, todos los importes pendientes de pago en su facturación en caso **EL CLIENTE** porte hacia otro operador, la que será emitida en el siguiente recibo de facturación.

(viii) Cualquier otro concepto que admita la legislación vigente.

EL CLIENTE realizará los pagos en las oficinas de **MOVISTAR** o en las entidades recaudadoras designadas por ésta, dentro del plazo de vencimiento indicado en el recibo. El retraso en el pago de algún recibo determinará la automática constitución en mora y el pago de los intereses correspondientes. En caso el Servicio incurra en algún tipo de suspensión por falta de pago, **MOVISTAR** tendrá la potestad de cobrar un cargo por la reactivación del servicio. **MOVISTAR** podrá modificar la retribución mensual, dentro del marco regulatorio vigente, así como en caso de variaciones tributarias.

3. PLAZO: En caso **EL CLIENTE** haya contratado el Servicio bajo un plazo forzoso, una vez vencido éste, el contrato tendrá vigencia indeterminada. El plazo máximo por el Servicio es de 6 meses, el que empezará a regir a partir de la fecha de activación del Servicio.

Durante dicho periodo - que no incluye períodos de suspensión - **EL CLIENTE** debe permanecer en el plan tarifario o bolsa de minutos contratado, en caso contrario,

se aplicará la penalidad correspondiente. **EL CLIENTE** pagará a **MOVISTAR** la penalidad establecida en el Anexo si se pactó plazo y antes de su vencimiento: (i) da término al contrato,

(ii) cambia su plan tarifario por uno de menor cargo fijo, (iii) migra a un plan control o prepago si hubiera contratado un plan de línea abierta, (iv) migra a un plan prepago si hubiera contratado un plan control o (v) porte su número de servicio hacia otro operador.

Límite de Consumo.- Con el objetivo de evaluar el riesgo crediticio de **EL CLIENTE**, **MOVISTAR** establece el "Límite de Consumo" como un parámetro para que **EL CLIENTE** pueda contar con tráfico adicional una vez consumido el correspondiente a su cargo fijo. Este será equivalente hasta un (01) cargo fijo contratado. En caso se alcance el referido límite, **MOVISTAR** podrá restringir el uso del Servicio.

Este Límite no deberá considerarse como un servicio de control de consumo y se dará a conocer al CLIENTE al momento de la suscripción del contrato en el Anexo, al igual que sus modificaciones. La utilización del Servicio por encima del límite, no obliga a **MOVISTAR** a suspenderlo, por lo que **EL CLIENTE** está obligado a pagar a **MOVISTAR** todos los consumos realizados aun cuando éstos excedan el "Límite de Consumo" establecido y/o modificado por **MOVISTAR**, conforme a lo señalado en esta cláusula

Secreto de las telecomunicaciones.- **MOVISTAR** actuará dentro de los alcances de las normas vigentes, protegiendo los datos personales de **EL CLIENTE** y cautelando el secreto de las telecomunicaciones. Sin embargo, advierte que existe un riesgo no imputable a ella que se deriva de la vulnerabilidad del medio radioeléctrico.

Suspensión del Servicio y/o Resolución del Contrato.- Además de las causales establecidas en las Condiciones de Uso de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, **MOVISTAR** podrá suspender el servicio y/o resolver el contrato por los siguientes motivos:

- a) Incumplimiento de requisitos de contratación: si después de la misma se detectase la inconsistencia y/o falsedad de la información y/o de los sustentos presentados por **EL CLIENTE**.
- b) Supuestos de Uso indebido de acuerdo al procedimiento previsto por la legislación vigente.

La resolución no importará condonación o renuncia alguna por parte de **MOVISTAR** al cobro de las acreencias que le correspondan frente a **EL CLIENTE**. Las referidas acreencias incluyen de manera enunciativa y no limitativa: cargos fijos, consumos, cuotas de financiamiento vencidas o por vencer, así como cualquier concepto establecido en la cláusula segunda, que se encontrasen pendientes de pago.

Asimismo, para el caso de financiamiento de equipos terminales o refinanciamiento de deudas, la resolución implicará que las cuotas pendientes de pago se conviertan automáticamente en exigibles a la fecha en que opere la resolución, dándose por vencidos todos los plazos o prórrogas que hubiesen sido otorgados.

Cambio de Equipo entregado en la contratación del Servicio: En caso desee cambiar el equipo terminal y/o chip **MOVISTAR** adquiridos sin mediar causal alguna, sólo podrá solicitarlo en los centros de atención autorizados que **MOVISTAR** designe y publique en la página web www.MOVISTAR.com. Dentro de los dos días hábiles siguientes a la fecha de efectuada la compra o, en caso de haberse presentado una solicitud de portabilidad numérica, este plazo se contará desde que la misma es ejecutada. Vencido este plazo **MOVISTAR** no aceptará devoluciones. Para tal efecto, deberá devolver el paquete completo con todos sus accesorios incluyendo la caja y el manual del equipo. En caso realice este cambio por un equipo de mayor precio, deberá abonar la diferencia.

Procedimiento de suspensión por robo o pérdida de equipo terminal.- EL CLIENTE reportará inmediatamente a **MOVISTAR** el hurto, robo o pérdida del equipo terminal y/o del chip **MOVISTAR** para que se suspenda el Servicio comunicándose

al 104 desde un celular **MOVISTAR** o al (01) 790-0123 desde cualquier otro teléfono (llamada con costo). **EL CLIENTE** será responsable por la indebida utilización del servicio hasta que **MOVISTAR** haya sido debidamente informada de las circunstancias antes indicadas. Recibido el reporte, el chip **MOVISTAR** y el equipo terminal que fueron usados en la última llamada que figura en nuestros sistemas, se registrarán como perdidos o robados. En caso se trate de un equipo terminal arrendado, **EL CLIENTE** deberá presentar la denuncia policial correspondiente.

Si la suspensión del Servicio se prolonga por más de un mes y un día calendario a pesar de las facilidades que **MOVISTAR** ofrezca para reactivar el Servicio, **MOVISTAR** podrá resolver el presente contrato, estando **EL CLIENTE** obligado a pagar a **MOVISTAR** la penalidad establecida en el Anexo.

En caso el equipo terminal o chip **MOVISTAR** de **EL CLIENTE** hubiese sido sustraído o extraviado, éste autoriza a **MOVISTAR** para que en su nombre recupere la posesión de cualquiera de ellos cuando sean entregados por algún tercero en sus oficinas comerciales, debiendo **MOVISTAR** poner esta información en conocimiento del abonado.

8. CONTRATACIÓN DE BOLSA DE MINUTOS: EL CLIENTE que cuente con Cuenta Corporativa y que opte por la contratación de Bolsa de Minutos podrá disponer de minutos libres para ser distribuidos a su criterio entre sus líneas. Una vez consumidos los mismos, se aplicará una tarifa de acuerdo al destino de la llamada y según la Bolsa contratada. A cada línea se aplicará un límite de consumo que puede ser modificado en cualquier momento a solicitud de **EL CLIENTE**.

La fecha de activación de la Bolsa deberá coincidir con la fecha de inicio del ciclo de facturación, por lo que **EL CLIENTE** deberá solicitar la activación con cinco días hábiles de anticipación al inicio de dicho ciclo. Mientras las líneas no ingresen a la Bolsa, **EL CLIENTE** acepta pagar el cargo fijo proporcional por los días de activación, de acuerdo al Plan Transitorio correspondiente a la Bolsa. Los minutos libres otorgados al CLIENTE que no fuesen utilizados en el mes respectivo,

se perderán automáticamente. Las llamadas realizadas en exceso a dichos minutos se valorizarán de acuerdo a las tarifas detalladas en el Anexo 1-B. En caso uno de los servicios de la Bolsa adquiriera bonos por alguna promoción, los mismos serán utilizados sólo por el servicio beneficiado. En caso **EL CLIENTE** modifique la Bolsa, las condiciones económicas pactadas podrán ser modificadas por **MOVISTAR**. Dicha modificación entrará en vigencia partir del ciclo de facturación inmediatamente posterior. La solicitud de modificación deberá ser presentada por **EL CLIENTE** con una anticipación no menor de cinco días hábiles previos al cierre de su ciclo de facturación. Si se presentase con una anticipación menor, la modificación entrará en vigencia en el ciclo de facturación subsiguiente. En caso **EL CLIENTE** solicite (i) la suspensión del servicio de una parte de sus líneas o (ii) la suspensión por robo o pérdida de cualquier equipo terminal y/o chip **MOVISTAR**, y no reponga el equipo terminal y/o chip dentro del ciclo de facturación, deberá solicitar la redistribución de los minutos contratados entre sus demás líneas, como mínimo con cinco días de anticipación al inicio del siguiente ciclo de facturación, la cual regirá a partir del ciclo inmediatamente posterior.

En caso **EL CLIENTE** no solicite la redistribución de los minutos contratados en el plazo indicado en el párrafo anterior, **MOVISTAR** quedará facultada a redistribuir los mismos entre las demás líneas, a su sólo criterio. Si por las características contratadas no fuese posible efectuar la redistribución de minutos y **EL CLIENTE** no reactivase las líneas suspendidas por robo o pérdida del equipo terminal y/o del chip **MOVISTAR**, **MOVISTAR** propondrá a **EL CLIENTE** opciones de Planes Tarifarios a los que pueda migrar. En caso

EL CLIENTE no se pronuncie antes de cinco días del inicio del siguiente ciclo de facturación, **MOVISTAR** procederá con la migración al Plan Tarifario que corresponda, perdiendo **EL CLIENTE** derecho a la Bolsa.

En el caso de líneas en bolsa de minutos, durante el periodo de suspensión por robo, anterior a la redistribución de minutos, las líneas suspendidas pierden el saldo de los minutos asignados hasta el fin del ciclo de facturación.

13. DECLARACIONES

El contrato de Prestación de Servicios de Telecomunicaciones incluye su Anexo y/o Anexo 1-A (Empresas) y/o Anexo 1-B (Bolsa de Minutos) y/o Anexo 1-C (Internet Móvil), según plan contratado.

EL CLIENTE declara que le han sido entregados los siguientes documentos: (i) Contrato de Prestación de Servicios de Telecomunicaciones, (ii) Anexo al Contrato de los Servicios de Telecomunicaciones, (iii) Anexo 1-A en caso haya contratado líneas celulares Empresas, (iv) Anexo 1-B, en caso haya contratado Bolsa de minutos, (v) Anexo 1-C en caso haya contratado servicios de Internet Móvil, (vi) Cartilla de Información sobre el Equipo Celular y el Chip **MOVISTAR**, (vii) Cartilla Informativa sobre el Servicio de Internet Móvil, en caso haya contratado servicio de Internet Móvil (viii) Manual del Equipo (en caso de venta de equipo), que en algunos casos incluye también la Cartilla sobre las Condiciones de garantía del equipo (dependiendo de la marca del equipo adquirido), encontrándose conforme con el contenido de la referida documentación.

EL CLIENTE, a la firma del presente documento acepta y declara su conformidad con el mismo y deja constancia que los datos aquí declarados corresponden a la verdad, autorizando a **MOVISTAR** a verificarlos en caso lo considere necesario.

EL CLIENTE declara haber sido informado que toda la información y documentos referidos (con excepción del Manual del Equipo y/o Cartilla de Condiciones de Garantía del equipo celular adquirido) están disponibles en la página web de **MOVISTAR** www.MOVISTAR.com.pe.

EL CLIENTE acepta que se le notifique en el correo electrónico señalado en la sección I. Datos de **EL CLIENTE** del Anexo, cualquier resolución relativa al proceso de reclamos así como cualquier comunicación relativa al servicio contratado, siempre que las disposiciones normativas lo permitan.

EL CLIENTE acepta que está obligado a pagar a **MOVISTAR** todos los consumos realizados aun cuando estos excedan el "Límite de Consumo" establecido y/o modificado por **MOVISTAR**.

ANÁLISIS DEL CASO PRÁCTICO.

El contrato objeto de estudio que se analizará a continuación es un contrato de adhesión de telefonía móvil, el mismo que ha sido elegido por cuanto luego de analizar varios contratos de adhesión este a mi criterio, ha sido el que más vulneraciones a los derechos del consumidor tiene.

Este es un contrato de adhesión, de telefonía móvil de Perú, el mismo que será analizado y aplicado a nuestra legislación, pudiendo plasmar de esta manera que a pesar de ser un contrato de otro país tiene plena cabida para el presente análisis.

Recordemos que el objeto de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor es regular las relaciones jurídicas tanto de proveedores como consumidores y, tutelar los derechos de los consumidores establecidos en esta ley.

Recordemos la definición que nos trae el Art 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor sobre el concepto de contrato de adhesión:

Contrato de Adhesión: Es aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo haya discutido su contenido.

Tomando en cuenta la definición traída por la ley tenemos:

1.- Aquel cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor.- Como podemos ver en este contrato, es un contrato en el que se han establecido unilateralmente las cláusulas por la empresa, cláusulas que no han sido discutidas su contenido, si no que únicamente son impuestas al cliente, y que deberá aceptarlas si desea contratar el servicio de telefonía móvil con esta empresa.

2.- A través de contratos impresos o en formularios.- En este caso estamos frente a un contrato impreso puesto que no existen los espacios en blanco para ser llenados, tanto así que los datos del cliente que va a contratar el servicio no

constan dentro del mismo contrato, si no que constan en un anexo del mismo, por lo que claramente se puede observar que son contratos realizados en masa, para no tener que redactar un contrato cada vez que una persona desee adquirir el servicio de telefonía móvil, si no que se aplica el mismo para todos, sea cual sea el plan que se desea contratar.

A continuación se analizarán las cláusulas en las que he considerado que se están vulnerando los derechos de los consumidores

1.-FUNCIÓN: EL CLIENTE contrata el servicio de telefonía móvil (en adelante el "Servicio") y demás servicios de telecomunicaciones que son materia del contrato, que serán prestados por **MOVISTAR** dentro del área de concesión. Si **EL CLIENTE** lo solicita, y previa evaluación de **MOVISTAR**, ésta podrá darle acceso al servicio de larga distancia internacional si el plan contratado no lo incluyese dentro de los minutos libres.

Con esta cláusula se crea la obligación entre la empresa y el cliente, en la que se contrata el servicio.

2. RETRIBUCIÓN: EL CLIENTE se obliga a pagar los siguientes conceptos incluidos en el recibo telefónico:

1.- Cargo fijo mensual que se facturará por mes adelantado y cuyo monto se indica en el Anexo (Residencial) o Anexo 1-A (Empresas) o Anexo 1-B (Bolsa de Minutos) o Anexo 1-C (Internet Móvil), según plan contratado.

En esta cláusula se establece que se realizará un cobro por cargo fijo mensual el mismo que será facturado por mes adelantado, es decir el cliente se ve obligado a pagar por adelantado por un servicio que todavía no ha recibido, cuando lo lógico sería que se cancelen los valores una vez que se ha beneficiado del servicio, es decir al final del mes, ya que durante este período pueden existir fallas en el servicio, por las que no debería cancelar el cliente.

Se habla además de que el monto a ser cobrado será según lo indicado en el anexo del contrato, cuando estos anexos nunca fueron entregados al cliente, y además los valores a cobrarse deberían estar especificados de manera clara dentro del contrato más no referirse a un anexo.

En el art. 41 de la ley ibídem en el párrafo tercero establece que las partes tienen derecho de que se les entregue copias debidamente suscritas y sumilladas de los contratos y todos sus anexos.

En este caso no solo que no se entregan los anexos de los contratos si no que no se dan a conocer al cliente al momento de la suscripción del contrato, dejándolo privado del derecho de conocer los rubros exactos que deberán ser cancelados.

2.- Los consumos efectuados, que incluyen el valor de las llamadas locales, de larga distancia nacional e internacional, llamadas a operadores rurales y a operadores satelitales. Dichos consumos se facturarán por mes vencido aplicando las tarifas que se indican en el Anexo (Residencial) o Anexo 1-A (Empresas) o Anexo 1-B (Bolsa de Minutos) o Anexo 1- C (Internet Móvil), según plan contratado.

En esta cláusula nuevamente se nos remite a un anexo y nuevamente es sobre valores a ser cobrados.

3.- Cualquier otro concepto que admita la legislación vigente.

Con esta cláusula se deja abierta toda posibilidad a que la empresa pueda cobrar los rubros que desee o que crea eventualmente convenientes excusándose en esta cláusula y alegando que en la suscripción del contrato se dio la aceptación para que la empresa pueda cobrar estos valores, dejando en completa indefensión al cliente y sin derecho a reclamo, puesto que al momento de contratar un plan de telefonía móvil los pagos se hacen a través de débito bancario o de tarjeta de crédito, con lo que la empresa puede fácilmente debitar el valor que ellos creyeren conveniente, y por supuesto el cliente tendrá

que someterse a un proceso de reclamo, pero ya una vez que se ha realizado el pago.

3.- EL CLIENTE realizará los pagos en las oficinas de **MOVISTAR** o en las entidades recaudadoras designadas por ésta, dentro del plazo de vencimiento indicado en el recibo. El retraso en el pago de algún recibo determinará la automática constitución en mora y el pago de los intereses correspondientes. En caso el Servicio incurra en algún tipo de suspensión por falta de pago, **MOVISTAR** tendrá la potestad de cobrar un cargo por la reactivación del servicio. **MOVISTAR** podrá modificar la retribución mensual, dentro del marco regulatorio vigente, así como en caso de variaciones tributarias.

Dentro de esta cláusula se habla sobre el incumplimiento de pago, el mismo que constituye en mora, lo cual es razonable puesto que se debe cancelar por un servicio prestado; sin embargo dentro de esta cláusula también se establece que en caso el Servicio incurra en algún tipo de suspensión por falta de pago, **MOVISTAR** tendrá la potestad de cobrar un cargo por la reactivación del servicio. **MOVISTAR** podrá modificar la retribución mensual, dentro del marco regulatorio vigente, así como en caso de variaciones tributarias.

Aquí podemos ver que se agrega un rubro a cobrar en caso de que por motivo de mora, la empresa haya suspendido el servicio, esta cláusula le faculta a cobrar un rubro adicional por reactivación, sin embargo es a mi parecer una cláusula abusiva ya que si existe falta de pago la empresa está en todo su derecho de suspender hasta que se cancele por el servicio prestado, pero una vez realizado el pago por parte del cliente, el servicio debería activarse automáticamente y no generar recargo alguno, puesto que no se ha hecho uso del servicio durante ese período, por lo que es ilógico que se cobre un rubro adicional por reactivación, además el momento en el que se inicia el servicio no existen costos por activación

4.- PLAZO: En caso **EL CLIENTE** haya contratado el Servicio bajo un plazo forzoso, una vez vencido éste, el contrato tendrá vigencia indeterminada. El plazo

máximo por el Servicio es de 6 meses, el que empezará a regir a partir de la fecha de activación del Servicio.

Durante dicho periodo - que no incluye períodos de suspensión - **EL CLIENTE** debe permanecer en el plan tarifario o bolsa de minutos contratado, en caso contrario, se aplicará la penalidad correspondiente. **EL CLIENTE** pagará a **MOVISTAR** la penalidad establecida en el Anexo si se pactó plazo y antes de su vencimiento:

- 1.- da término al contrato,
- 2.- cambia su plan tarifario por uno de menor cargo fijo,
- 3.- migra a un plan control o prepago si hubiera contratado un plan de línea abierta,
- 4.- migra a un plan prepago si hubiera contratado un plan control o
- 5.- porte su número de servicio hacia otro operador

Para el análisis de la presente cláusula veamos lo que establece la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor respecto de la terminación anticipada.

Art. 44.- Terminación anticipada.- En los contratos de adhesión referentes a la prestación de servicios, tales como telefonía celular, medicina pre pagada, televisión satelital o por cable u otros similares, el consumidor podrá dar por terminado unilateralmente el contrato en cualquier tiempo, previa notificación por escrito con al menos quince días de anticipación a la finalización del período en curso. En estos casos, en el contrato de adhesión no se podrá incluir cláusulas ni disposición alguna que impongan al consumidor multas, sanciones o recargos de ninguna naturaleza, atribuida a la terminación anticipada de dicho contrato y de incluirlas no tendrá ningún efecto jurídico.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, el consumidor mantendrá la obligación de cancelar los saldos pendientes únicamente por servicios efectivamente prestados hasta la fecha de terminación unilateral del contrato, así como los valores adeudados por la adquisición de los bienes necesarios para la prestación del servicio de ser el caso

Como podemos ver existe regulación expresa sobre este aspecto, a mi criterio es una de las cláusulas que más conflictos ha generado a la hora de querer dar por terminado un contrato con determinada empresa, puesto que cuando se desea retirarse de dicho contrato se ha querido siempre cobrar un valor o una “penalidad” alegando que dentro del mismo contrato existe una clausula en la que se determina un plazo forzoso al que debe estar sometido el cliente.

La simple presentación por escrito de que no desea seguir con el servicio contratado presentado en la empresa contratante y con la fecha de presentación en la que se le da a conocer la terminación del servicio, es suficiente para que se suspenda el servicio y no se podrá alegar que no se procedió a la cancelación por cuanto existía una cláusula que lo obligaba a permanecer un tiempo mínimo.

No es necesario además que se alegue razón alguna para dar por terminado el servicio, basta con la simple manifestación de la voluntad.

La única exigencia que hace la ley para este caso es que se lo haga con quince días de anticipación, esto con el fin de que se pueda realizar el corte dentro de un tiempo prudencial, que no afecte ni a la empresa, es decir que no le corra otro mes, ni para el consumidor para que no tenga que cancelar otro mes por este servicio.

Existe además como podemos ver una prohibición expresa sobre la inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos de adhesión y, de existir las se entenderán como no escritas y de ninguna validez; sin embargo esto no se cumple porque casi en todos los contratos de adhesión existen estas cláusulas de plazo forzoso, que si bien la ley dice que se entenderán como no escritas, la mayoría de los usuarios desconocen esta disposición, y se ven obligados a estar pagando por un servicio con el que no están a gusto por desconocimiento de esta disposición.

5.- **Límite de Consumo.**- Con el objetivo de evaluar el riesgo crediticio de **EL CLIENTE, MOVISTAR** establece el "Límite de Consumo" como un parámetro para que **EL CLIENTE** pueda contar con tráfico adicional una vez consumido el correspondiente a su cargo fijo. Este será equivalente hasta un (01) cargo fijo contratado. En caso se alcance el referido límite, **MOVISTAR** podrá restringir el uso del Servicio.

Este Límite no deberá considerarse como un servicio de control de consumo y se dará a conocer al CLIENTE al momento de la suscripción del contrato en el Anexo, al igual que sus modificaciones. La utilización del Servicio por encima del límite, no obliga a **MOVISTAR** a suspenderlo, por lo que **EL CLIENTE** está obligado a pagar a **MOVISTAR** todos los consumos realizados aún cuando éstos excedan el "Límite de Consumo" establecido y/o modificado por **MOVISTAR**, conforme a lo señalado en esta cláusula

Con esta cláusula podemos ver que si bien el cliente está contratando un plan de telefonía móvil, deberíamos entender que una vez que hayamos consumido los minutos por los que hemos contratado este debería bloquearse y no permitir que se sigan realizando llamadas puesto que nos hemos consumido la totalidad de minutos, sin embargo aquí se deja abierta la posibilidad que en el caso de que se sobrepase los minutos para los que se contrató, se puedan seguir realizando llamadas, los mismos que obviamente deberán ser cancelados; además se establece que el mismo deberá hacerse conocer mediante un anexo al contrato, anexo que nuevamente no es entregado al cliente, por lo tanto lo desconoce.

Es importante además que se establezca un rubro por minuto adicional para que el cliente sepa efectivamente cuando se le está cobrando y por cuantos minutos ocupados

6.-Procedimiento de suspensión por robo o pérdida de equipo terminal.- EL CLIENTE reportará inmediatamente a **MOVISTAR** el hurto, robo o pérdida del equipo terminal y/o del chip **MOVISTAR** para que se suspenda el Servicio

comunicándose al 104 desde un celular **MOVISTAR** o al (01) 790-0123 desde cualquier otro teléfono (llamada con costo). **EL CLIENTE** será responsable por la indebida utilización del servicio hasta que **MOVISTAR** haya sido debidamente informada de las circunstancias antes indicadas. Recibido el reporte, el chip **MOVISTAR** y el equipo terminal que fueron usados en la última llamada que figura en nuestros sistemas, se registrarán como perdidos o robados. En caso se trate de un equipo terminal arrendado, **EL CLIENTE** deberá presentar la denuncia policial correspondiente.

Si la suspensión del Servicio se prolonga por más de un mes y un día calendario a pesar de las facilidades que **MOVISTAR** ofrezca para reactivar el Servicio, **MOVISTAR** podrá resolver el presente contrato, estando **EL CLIENTE** obligado a pagar a **MOVISTAR** la penalidad establecida en el Anexo.

En caso el equipo terminal o chip **MOVISTAR** de **EL CLIENTE** hubiese sido sustraído o extraviado, éste autoriza a **MOVISTAR** para que en su nombre recupere la posesión de cualquiera de ellos cuando sean entregados por algún tercero en sus oficinas comerciales, debiendo **MOVISTAR** poner esta información en conocimiento del abonado.

Dentro de esta cláusula se establece que en caso de pérdida o robo del equipo y una vez que este ha sido notificado a la empresa, si la suspensión del servicio se prolonga por más de un mes y un día, la empresa podrá resolver el contrato, obligando al cliente a pagar una penalidad por este.

No existe razón alguna para que la empresa cobre una penalidad por concepto de reactivación de línea, puesto que el abonado no está obligado a reactivar el servicio y mucho menos a pagar una penalidad por ello, penalidad establecida en el anexo que nunca es entregado al cliente.

El cliente si no desea reactivar el servicio deberá notificar a la empresa con l menos quince días de anticipación y no deberá pagar ninguna multa.

7.-DECLARACIONES

El contrato de Prestación de Servicios de Telecomunicaciones incluye su Anexo y/o Anexo 1-A (Empresas) y/o Anexo 1-B (Bolsa de Minutos) y/o Anexo 1-C (Internet Móvil), según plan contratado.

EL CLIENTE declara que le han sido entregados los siguientes documentos: (i) Contrato de Prestación de Servicios de Telecomunicaciones, (ii) Anexo al Contrato de los Servicios de Telecomunicaciones, (iii) Anexo 1-A en caso haya contratado líneas celulares Empresas, (iv) Anexo 1-B, en caso haya contratado Bolsa de minutos, (v) Anexo 1-C en caso haya contratado servicios de Internet Móvil, (vi) Cartilla de Información sobre el Equipo Celular y el Chip **MOVISTAR**, (vii) Cartilla Informativa sobre el Servicio de Internet Móvil, en caso haya contratado servicio de Internet Móvil (viii) Manual del Equipo (en caso de venta de equipo), que en algunos casos incluye también la Cartilla sobre las Condiciones de garantía del equipo (dependiendo de la marca del equipo adquirido), encontrándose conforme con el contenido de la referida documentación.

EL CLIENTE, a la firma del presente documento acepta y declara su conformidad con el mismo y deja constancia que los datos aquí declarados corresponden a la verdad, autorizando a **MOVISTAR** a verificarlos en caso lo considere necesario.

EL CLIENTE declara haber sido informado que toda la información y documentos referidos (con excepción del Manual del Equipo y/o Cartilla de Condiciones de Garantía del equipo celular adquirido) están disponibles en la página web de **MOVISTAR** www.MOVISTAR.com.pe.

EL CLIENTE acepta que se le notifique en el correo electrónico señalado en la sección I. Datos de **EL CLIENTE** del Anexo, cualquier resolución relativa al proceso de reclamos así como cualquier comunicación relativa al servicio contratado, siempre que las disposiciones normativas lo permitan.

EL CLIENTE acepta que está obligado a pagar a **MOVISTAR** todos los consumos realizados aún cuando estos excedan el "Límite de Consumo" establecido y/o modificado por **MOVISTAR**.

En esta cláusula se da una aceptación del cliente a todas las cláusulas contenidas dentro del contrato; dentro de esta se le hace declarar al cliente que le han sido entregados todos los anexos mencionados en el presente contrato.

Una vez analizadas las cláusulas contenidas en este contrato podemos darnos cuenta que en los contratos de adhesión al ser contratos masivos, y al no existir una previa discusión de las cláusulas que han sido establecidas, se nota definitivamente que existe dentro de este contrato una parte débil y una parte fuerte, la misma que tiene ventajas sobre el contratante.

Es además importante tomar en cuenta que la ley exige que en este tipo de contratos no podrán estar escrito en una letra menor a 10 puntos esto con la finalidad de que la información que contenga el contrato pueda ser leída sin dificultad alguna por el contratante, y de existir cláusulas con letra menor a la establecida estas se tendrán como no escritas.

Es además obligación de la empresa que al momento de la suscripción del contrato se le haga conocer todos los anexos que contenga el mismo, para que el cliente pueda tener conocimiento de estos, y además debe entregarse junto con la suscripción del contrato una copia de todos los anexos que contenga este, para que el cliente pueda estar debidamente informado.

Ningún contrato podrá contener cláusulas en otro idioma, puesto que esto pone en absoluta indefensión al cliente, deben todas las cláusulas constar en idioma castellano.

Es importante que el Estado regule ciertos aspectos en estos tipos de contratos puesto que si bien la ley ha establecido como prohibidas algunas cláusulas, poco o nada ha importado a las grandes empresas esta regulación, puesto que como

se ha podido ver estos incluyen cláusulas analizadas en el sentido de que limitan responsabilidad para proveedores por vicios en el producto, o que en cualquier momento el proveedor pueda unilateralmente variar el precio, que autoricen unilateralmente al proveedor a dar por terminado el contrato por cláusulas establecidas por ellos mismos, entre otros.

Este tipo de cláusulas encontramos en la gran mayoría de contratos de adhesión y a pesar que son contratos que están al alcance de cualquier persona y que son además de conocimiento público nada se hace para frenar estos abusos contra los consumidores, es aquí entonces donde se debe dar una intervención estatal que regule de mejor manera la forma en la que se está llevando este tipo de contratación.

El cliente no está obligado además a permanecer o a continuar con un servicio que no desee, por más que en el contrato se haya establecido un plazo forzoso, el cliente tiene todo el derecho de retirarse cuando él así lo desee, sin tener que avocar causal alguna para esto, si no únicamente con la manifestación de voluntad, y no se le podrá cobrar penalidad alguna por retirarse.

En el artículo 91 de la Ley Orgánica de Defensa de Consumidor se establece que: "Las empresas públicas o privadas que presten servicios de telefonía fija o móvil celular, bajo ningún concepto podrán aplicar mecanismos de redondeo de tarifas; la facturación se hará por el tiempo real de uso, expresado en minutos y segundos, según corresponda".

Esta disposición tampoco se cumple, puesto que al momento de facturar por el servicio mensual, en los estados de cuenta no se hace ningún detalle de los consumos, si no únicamente se cobra el rubro total por el que se contrató y, como sabemos los minutos de tiempo aire en telefonía celular no tienen un tiempo límite de consumo, sino que son acumulables, sin embargo, se factura por la totalidad y nada se dice sobre lo que efectivamente se consumió, ni los minutos que se

acumulan para el próximo período, a pesar de existir regulación expresa sobre este tema en telefonía móvil las empresas han hecho caso omiso de la misma.

Conclusiones

Luego de haber realizado este trabajo de investigación la primera conclusión a la que puedo llegar es que es indudable el crecimiento económico que ha existido en los últimos tiempos y sería absurdo negar a estas alturas una nueva forma de contratación que ha surgido como producto de esta expansión comercial, esto es la contratación masiva, modalidad de contratación que tiene ventajas y desventajas tanto para consumidores como para proveedores.

La contratación masiva es una modalidad de contratación muy utilizada en el comercio actual; esta no puede ser dejada de utilizar pues resultaría imposible que las empresas prescindan de este tipo de modalidad debido a la gran demanda que existe de adquisición de productos, sería ilógico, como se ha podido apreciar en el caso práctico, que una empresa de telefonía celular que brinda este servicio a millones de personas elabore de manera individual un contrato para cada caso en concreto. Es aquí donde el Estado debe intervenir para controlar los abusos que existen por parte de los proveedores, ya que sin duda esta es la parte fuerte de la relación contractual ya que son ellos quienes elaboran las cláusulas de los contratos, beneficiándose en este caso ellos mismos, estableciendo cláusulas en las que la ventaja la tienen ellos, colocando al consumidor en una total posición de desventaja, dejándolo en indefensión, y además obligado a tener que adherirse a las cláusulas establecidas por los proveedores para poder adquirir un determinado producto, ya que en este tipo de contratos como se ha visto durante el desarrollo de este trabajo de investigación, las cláusulas que han sido establecidas para este tipo de contratos no son modificables por parte del consumidor, si no únicamente puede adherirse a las ya predeterminadas.

Es importante que el Estado a través de normas tutele los derechos del Consumidor.

También se debe tener en cuenta que para que los productores puedan promocionar el producto que se está comercializando, estos van a acudir a la

publicidad, que si bien es el medio por el cual se publicita y se dé a conocer un determinado producto, ésta muchas veces se la ha utilizado como medio para engañar al consumidor, esto es promocionando un producto con determinadas ventajas cuando en realidad no resulta ser como se lo promocionó.

Es por esto que la ley Orgánica de Defensa del Consumidor acertadamente ha regulado sobre este tema, sancionado incluso a quienes utilicen la publicidad como medio de engaño para vender un producto.

Acertadamente nuestra Constitución ha incluido a los consumidores dentro de un grupo de atención prioritaria, dándole una protección constitucional, que se encuentra por encima de todas las demás normas; sin embargo es necesario que su cumplimiento sea supervisado por las autoridades pertinentes, con el fin de que estas sean cumplidas, y no como vemos en la realidad que todos los días se vulneran derechos de los consumidores.

BIBLIOGRAFIA

Cevallos Vásquez Víctor. Manual de Derecho Mercantil. 4ta Edición revisada, ampliada y actualizada. Editorial Jurídica del Ecuador

Cabanellas. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.

Farina, Juan M. Contratos Comerciales Modernos. Ciudad de Buenos Aires. . Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005.

Garriguez Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo 1.

Garriguez Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo 2.

Macías Hurtado Miguel. Instituciones de Derecho Mercantil.

Pérez Bustamante, Laura. Derechos del Consumidor. Ciudad de Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2004

Pinzón Sánchez Jorge. Condiciones Generales de Contratación.

Ramírez Romero Carlos. Curso de Legislación Mercantil.

Ruiz de Velasco y del Valle Adolfo. Manual de Derecho Mercantil

Código Civil

Código de comercio

Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Constitución Política del Ecuador.

SILEC PRO

FIEL MAGISTER

Textos Electrónicos.

<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/html/825/82510617/82510617.html>

<http://www.palacioslleras.com/VBeContent/library/documents/DocNewsNo37DocumentNo39.pdf>

<http://www.curn.edu.co/revistas/ergaomnes/vol2009/9.pdf>