



Universidad de Azuay
Facultad de Ciencias Jurídicas
Escuela de Derecho

**“LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y EL PRINCIPIO DE
AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LA SOCIEDAD
ECUATORIANA”.**

**TRABAJO DE GRADUACIÓN, PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR.**

Autor: Carlos Julio Muñoz Espinoza.

Director: Dr. Jorge Morales Álvarez.

Cuenca, Ecuador

2018

AGRADECIMIENTO.

Primeramente quiero agradecerle a Dios, pues sin su bendición todo esto no hubiese sido posible.

En segundo lugar, agradezco de todo corazón y con mucho amor a mis queridos padres: Carlos Julio Muñoz Heredia y Laura Clemencia Espinoza Parra, por su trabajo; gracias a sus múltiples esfuerzos, los que me han dado el apoyo tanto moral como económico y que siempre, día a día, me señalan el camino correcto a seguir. A mis hermanas: Ana Gabriela Muñoz Espinoza y Emily Alcira Muñoz Espinoza, gracias por su motivación y apoyo incondicional; más que mis hermanas las considero mis grandes amigas. A todos aquellos amigos que, sin duda alguna, me brindaron su mano y su apoyo a lo largo de esta carrera.

Quiero agradecerle de todo corazón por su apoyo y ayuda a mi querido tío, el Dr. Leonardo Muñoz Heredia, quien ha significado un gran aporte para el cumplimiento de este objetivo; a una gran amiga y profesional, abogada Raquel Espinoza, que también me ha ayudado a conseguir mi sueño.

Un agradecimiento especial y cordial al Dr. Jorge Morales, director de este trabajo de investigación y un venerado doctor y maestro; le doy gracias por sus enseñanzas, por el tiempo invertido y quien ha aportado para que este sueño, algún día anhelado, se haga realidad.

Agradezco a la Universidad del Azuay y a la Facultad de Ciencias Jurídicas por haberme acogido en sus aulas y por las enseñanzas que me brindaron sus maestros, lo que no solo me ha permitido crecer como persona sino, también, me permitirá desenvolverme como futuro profesional.

Carlos Julio Muñoz Espinoza.

DEDICATORIA.

Dedico este trabajo de investigación a mis amados padres, a mis hermanas, a mis amigos y demás familiares que creyeron en mi persona. A más de ello, de manera muy especial a mi madre, que fue durante todos estos años de estudio mi pilar fundamental.

RESUMEN.

La aplicación del concepto de voluntad de las partes presupone la existencia de un consenso en la firma de un contrato. Sin embargo, la existencia de nuevas formas de comercialización conllevó a la aparición de los contratos de adhesión. Este tipo de contratos provoca no solo afectaciones a la naturaleza misma del acto sino, además, a los derechos de los consumidores y usuarios de los servicios y bienes que por medio de ellos se presta. Se busca que la voluntad del consumidor se convierta en restringida, por lo que no queda más que someterse, por tanto, a las cláusulas y preceptos que el proveedor ha establecido. Por lo que es importante solventarlo.

Palabra Clave: contrato, adhesión, autonomía de la voluntad de las partes, consumidor, asentamiento, consenso.

ABSTRACT

The application of the concept of the will of the parties presupposed the existence of a consensus in the signing of a contract. However, new forms of commercialization led to the appearance of Adhesion Contracts. This type of contracts caused damages to the very nature of this act. It also affected the rights of consumers and users of goods and services that used the adhesion contracts. Thus, the will of the consumer was restricted and there was no other way than to submit to the clauses that the service provider had previously established. Therefore, it was important to solve it.

Keywords: Contract, adhesion, autonomy of the will of the parties, consumer, consensus.



Translated by

Ing. Paul Arpi

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PORTADA.....	i
AGRADECIMIENTO.....	ii
DEDICATORIA.....	iii
RESUMEN.....	iv
ABSTRACT.....	v
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I	2
EI CONTRATO DE ADHESIÓN.	2
1.1 CARACTERÍSTICAS:.....	2
1.2 ELEMENTOS:.....	4
1.3 MODALIDADES:.....	6
1.4 MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO:.....	13
1.5 PRINCIPIO DE AUTONOMÍA:.....	14
CAPITULO II	24
PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR	24
2.1 ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR, EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE ADHESIÓN.	24
2.2 LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN LA LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.....	34
2.3 ELEMENTOS ACTUALES EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN.	42
CAPITULO III	46
ANÁLISIS DE CASOS PRÁCTICOS DE CARÁCTER JUDICIAL O NOTARIAL	46
3.1 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE ADHESIÓN.	46
3.2 LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.....	47
3.3 AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.....	48

PRIMER CASO JUDICIAL.....	50
SEGUNDO CASO JUDICIAL.....	63
CAPITULO IV.....	87
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	87
PROPUESTA DE REFORMA.....	88
BIBLIOGRAFÍA.....	94

INTRODUCCIÓN.

Uno de los temas que más suscita interés en la actualidad es la autonomía de la voluntad de las partes, toda vez que es importante la defensa de tal principio en los contratos. Ahora bien, se constata la intervención del Estado en las relaciones jurídicas entre particulares al regular diferentes tipos de contratos con el fin de velar por sus cumplimientos, así como por los derechos de los consumidores.

Esta investigación analizará la autonomía de la voluntad de las partes y los contratos de adhesión en su tendencia actual, a la vez que busca contrastarla con la concepción clásica del contrato, determinar su influencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano e identificar su relación con el surgimiento de nuevas figuras jurídicas.

Obviamente, el derecho privado en la contratación no es ajeno a estos cambios, de ahí que han surgido figuras como los contratos de adhesión, los contratos tipo, las cláusulas generales de contratación.

Se desarrollará una revisión del contrato tal como está fijado en el Código Civil y la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, particularmente en temas atinentes a sus efectos, su interpretación, su vigencia ante el mundo moderno, y frente al principio de la autonomía privada, inspirador de normas fundamentales referentes al contrato en nuestra legislación de derecho privado.

El principio de la autonomía de la voluntad se considera fundamental para la formación de los contratos, igualmente merece importancia en la aparición de la llamada crisis del contrato, que de una forma u otra ha sido asimilada o relacionada con el resquebrajamiento del principio de la autonomía privada.

CAPITULO I

EL CONTRATO DE ADHESIÓN.

1.1 Características:

Los contratos de adhesión tienen, según Rackoff (2013), las siguientes características:

1) El contrato es configurado exclusivamente por una de las partes: Esta característica tiene una importancia muy grande pues determina que, a diferencia de los contratos paritarios, no exista una de las dos manifestaciones de la autonomía privada que es la libertad contractual, llamada más propiamente de configuración interna. Una de las partes, el estipulante, fija unilateralmente todos los términos del contrato, de tal manera que, cuando éste se celebra, la relación jurídica patrimonial creada por él responde exclusivamente a la voluntad del oferente.

2) La oferta no puede ser discutida: Lo que da lugar a que el destinatario se vea ubicado en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte. Es necesario que la imposición de esta alternativa fluya claramente de la oferta o de las circunstancias en que ella es emitida. Es un requisito impuesto por el oferente, que no depende del estado de necesidad en que pueda encontrarse el destinatario, ya que sea quien fuere, deberá atenerse a optar por uno de los dos extremos. Se trata, pues, de una oferta especial, distinta de la del contrato paritario, en la que se incorpora, como uno de los elementos de ella, la alternativa exclusiva entre aceptar o rechazar. Se excluye obviamente la contraoferta.

3) El oferente se encuentra en una situación de poderío: Por determinadas circunstancias que pueden variar, goza del poder de disponer la provisión de bienes o servicios que son necesarios para el destinatario. El poder del oferente no radica necesariamente, pues, en tener el control de una provisión cualquiera, ya que si se tratara de bienes o servicios de muy poca necesidad o que son fungibles no tendría ese poder, sino en que la provisión de ellos sea indispensable para el destinatario. Sólo así el destinatario se verá compelido a optar por la aceptación, que es el verdadero poder que interesa al oferente. De nada

valdría a éste que el destinatario que se encontrara, realmente, en la libertad de aceptar o rechazar la oferta, pues el rechazo de ella frustraría el interés del oferente. Esta característica es lo que diferencia al simple contrato por adhesión, ya que el oferente impone al destinatario la alternativa entre aceptar o rechazar las estipulaciones, pero carece del medio compulsivo para llevar al destinatario a la aceptación. Generalmente, el poder del oferente proviene de encontrarse en una situación de monopolio de hecho o de derecho o en cualquier otra situación que le proporcione el control de la provisión de los bienes o servicios. Sin embargo, puede darse el caso que, sin tener el control de la provisión, los bienes o servicios que ofrezca sean de una calidad muy superior a los de la competencia, lo que llevará al consumidor a verse realmente compelido a adquirirlos. Finalmente, debe observarse que el poderío del oferente no tiene que ser necesariamente económico, pues puede ocurrir que en la relación contractual el económicamente fuerte sea el que se encuentre en estado de necesidad.

4) El estado de compulsión en que se halla sometido el adherente motiva a que la alternativa de la que dispone consista en aceptar en bloque el esquema programado por el predisponente o, en su defecto, no contratar: En razón de que el contrato por adhesión ha sido concebido precisamente como una categoría que no consiste en la deliberación previa; y, por tanto, es rígidamente uniforme.

5) Como correlato de la característica anterior, el destinatario de la oferta o de la invitación a ofrecer debe considerarse necesitado del bien o servicio ofrecido: No basta que el destinatario se encuentre en estado de necesidad sino que sea consciente de ello, pues de nada valdrá al oferente poner al destinatario en una alternativa forzosa si es que éste no se da cuenta que se halla colocado entre la espada y la pared, pues no se vería compelido a aceptar. Por otro lado, y como se ha indicado anteriormente, la necesidad del destinatario puede ser real o psíquica, esto es que verdaderamente se encuentra en estado de necesidad o crea encontrarse en ese estado. Esto último suele ocurrir cuando se fomenta el consumismo mediante una propaganda sumamente efectiva, que da lugar o lo que se ha llamado agudamente un poder de seducción.

6) La oferta contiene estipulaciones que agravan la situación del destinatario: Ésta no es una característica indispensable en el contrato necesario por adhesión, pero se da con tanta frecuencia que es necesario considerarla.

En efecto, teniendo el oferente la libertad de fijar las estipulaciones del contrato, cuida con toda razón de velar adecuadamente por sus intereses. Empero, aprovechando de encontrarse en una situación de poderío frente a su contraparte no es raro que establezca estipulaciones que, sin llegar a ser ilícitas, indebidamente le favorecen o que, también indebidamente, perjudican a la contraparte.

7) El contrato por adhesión está integrado por cláusulas que se denominan «condiciones generales»: Esto significa que son redactadas exclusivamente e íntegramente por una parte que adopta el nombre de predisponente. La experiencia nos enseña que en la mayoría de los contratos necesarios por adhesión hay cláusulas que rompen el equilibrio contractual en detrimento del adherente.

1.2 Elementos:

El contrato por adhesión se presenta como una categoría invasora que tiene carácter expansivo. Ello significa que su campo de acción es la disparidad de poder de negociación entre ambos polos de interés contractual. Para ello es necesario que tenga determinados elementos. A continuación se presenta una serie de éstos, contemplada por Alterini (2010):

a) **Predominante:** Ese poder de negociación habrá de coincidir con la disparidad de fuerzas económicas. De allí que sea común que al predisponente se le identifique como la parte económicamente fuerte del contrato y al adherente como la parte débil. Pero aunque se trate del supuesto de excepción, quien ostenta poder económico puede formalizar contratos. De allí que el poder de negociación siempre resulta de la posibilidad de que una de las partes, con abstracción de su poder económico, imponga a la otra el contenido del negocio.

b) **El adherente se halla en estado de compulsión:** Del cual no puede substraerse, pues necesita del bien o servicio que presta el predisponente, preferentemente con motivo del ejercicio de un monopolio de hecho o de derecho.

c) **Ese estado de compulsión a que se halla sometido el adherente motiva que la alternativa de que dispone consiste en aceptar en bloque el esquema programado por el predisponente, o no contratar, en razón de que el contrato por adhesión ha sido**

concebido precisamente como una categoría que no consiente la deliberación previa y por tanto, es rígidamente uniforme.

d) El predominio del empresario se hace ostensible cuando, más allá de la posibilidad que le otorga esta técnica de negociación consistente en predisponer el contenido del contrato.

e) El contrato por adhesión está integrado por cláusulas que se denominan condiciones generales, cuyas notas más salientes responden a la circunstancia de ser redactadas exclusivamente e íntegramente por una parte que adopta el nombre de predisponente.

Se caracterizan por su homogeneidad con fundamento en que la uniformidad de la producción de bienes y servicios que lleva a la estandarización de los instrumentos negociables que sirven a su comercialización y finalmente a su rigidez, elemento que apunta a la severa inmutabilidad de las fórmulas pre-ordenadas. Pero también incluye condiciones particulares que las partes introducirán, conforme a la naturaleza del negocio celebrado, mediante los mecanismos tradicionales de formación del consentimiento.

En ocasiones, las condiciones particulares tienen como propósito consignar los elementos específicos de la relación singular, y en ese caso se suman a las condiciones generales. En otras, apuntan a la sustitución de una estipulación general negocial, que se traduce en una expresión de voluntad que atiende al mecanismo clásico en la formación del contrato, que prevalece sobre la condición general que deviene derogada.

Por su parte, dentro del Código Civil se establece en su art. 1460 lo siguiente:

Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni

naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales (Codigo Civil, 2005).

En síntesis, en los contratos hay: cosas esenciales, aquéllas sin las cuales no podrían existir; cosas naturales, aquéllas que se sobrentienden a pesar del silencio de las partes; y accidentales, aquéllas que se agregan mediante cláusulas especiales.

1.3 Modalidades:

Según Farina (2004) los contratos de adhesión presentan las siguientes modalidades:

a) Contrato Estándar:

Como respuesta a las exigencias de la dinámica mercantil, el comerciante formula un esquema contractual uniforme para todas las operaciones que tienen por objeto bienes y servicios en forma masiva para el mercado. A este esquema se le denomina contrato estándar. El contenido del contrato está determinado por cláusulas predispuestas, en vista de que están establecidas previamente por el comerciante. También es posible que las cláusulas predispuestas asuman el rol de condiciones generales de contratación, en cuyo caso tales cláusulas se tornan inmodificables.

A fin de cuentas, la estandarización de los contratos se traduce en ahorro de tiempo y costos, y se considera una necesidad de la modalidad moderna de contratación. Bajo esta perspectiva conviene analizar lo que en doctrina se denomina contrato con cláusulas predispuestas y las condiciones generales de contratación, para así desembocar propiamente en el contrato de adhesión y sus particularidades.

1) Contrato con cláusulas predispuestas:

Estas cláusulas constituyen la característica usual de las contrataciones masivas, pues es una consecuencia de la necesidad de uniformar el contenido de los contratos, cuya celebración se ofrece al público, en general, en número casi ilimitado.

1.1) Características de las cláusulas predispuestas:

Constituyen el resultado de un poder del predisponente como manifestación unilateral de su autonomía privada. Se caracteriza por ser general y, en consecuencia, inderogable;

sin embargo, por encontrarnos ante una conducta de derecho privado siempre es posible su modificación o derogación, salvo el caso especial de que se trate de orden público. Esta generalidad trae como consecuencia su uniformidad, lo que no necesariamente implica rigidez.

2) Condiciones generales del contrato:

La doctrina plantea la distinción entre condiciones generales de la contratación y condiciones generales del contrato. Las primeras se entienden como el conjunto de reglas dictadas unilateralmente por una empresa mercantil, a fin de regular todas las operaciones y contratos que estas mismas empresas vayan celebrando en sus actividades comerciales; se trata de reglas de carácter abstracto para eventuales contrataciones (Díez, 2007). Las segundas se entienden como una serie de cláusulas típicas que la empresa inserta en cada contrato por adhesión que celebra con el cliente, el cual tiene como única alternativa aceptar o rechazar lo que se le propone (Díez, 2007). Se puede decir que existen antes del contrato.

Las condiciones generales del contrato siempre están establecidas por uno de los contratantes y serán efectivas respecto del otro si en el momento de la conclusión del contrato, éste las ha conocido o hubiera debido conocerlas usando la diligencia ordinaria. En todo caso, no tendrán efecto si no han sido aprobadas por escrito las condiciones que establezcan a favor del que las ha impuesto como, por ejemplo, limitaciones de responsabilidad, facultad de rescindir el contrato o bien derogaciones a la competencia de la autoridad judicial (Ferrer, 2009).

Estas condiciones, a criterio de Farina (2004), constituyen uno de los fenómenos más destacados en los contratos mercantiles, pues debido al funcionamiento y organización de las empresas del comercio actual la implementación de una organización racional de la empresa, necesariamente implica predisponer un esquema contractual por medio de modelos o formularios que se repetirán en forma indefinida en contratos iguales.

Las condiciones generales de la contratación moderna no han anulado la autonomía de la voluntad del particular en la celebración de contratos, aunque sí la han restringido notablemente (Cappella, 2006). No falta una corriente en doctrina que considere que esta situación es una decadencia del derecho civil, en cuanto todas van a parar a una

dispersión de este derecho; en lugar de la intervención individual, interviene la voluntad colectiva de la gran empresa, a la que ha de inclinarse el particular, dejando sin sentido los principios de libertad contractual y libertad de competencia, básicas en la economía liberal.

La justificación de estas condiciones generales está en las ventajas dadas por la contratación en masa, ya que se facilita el tráfico negocial de los grandes establecimientos, fijar los mismos plazos de entrega, condiciones, etc. Con su uso y aplicación, según (Ferrer, 2009) el comerciante logra:

- Celeridad en las contrataciones. Facilidad de la racionalización de la empresa.
- Seguridad jurídica. Ahorro de costos. Posibilidad y facilidad de los cálculos.
- Proyección de una sensación de trato igualitario a los clientes.

3) Distinción entre cláusulas predispuestas y condiciones generales:

Una vez analizadas las características esenciales de las cláusulas predispuestas y las condiciones generales de contratación, resta determinar si éstas son dos modalidades excluyentes o si, por el contrario, se pueden complementar para constituir lo que se denomina «contrato de adhesión». Sobre este particular, la doctrina sostiene posiciones encontradas. Así, por ejemplo, Stiglitz (2004), cuando define el concepto de contrato de adhesión, establece que es aquél que cuenta con cláusulas predispuestas o condiciones generales y que su configuración interna está dispuesta anticipadamente por una sola de las partes, de modo que si la otra quiere contratar, lo debe hacer bajo esa base.

Farina (2004) menciona que no es fácil establecer una diferencia entre una u otra, ya que en la mayoría de los casos, estas últimas se manifiestan por medio de cláusulas predispuestas por el empresario, ya que constituyen el modo como se exteriorizan las condiciones generales que éste impone. Sin embargo, la cláusula predispuesta es siempre un acto de voluntad del empresario; las condiciones generales pueden ser establecidas por una autoridad administrativa, aún en contra de la voluntad del empresario. El autor considera que las condiciones generales presentan un cuadro más amplio que el de las cláusulas predispuestas, por la situación apuntada de que las primeras pueden ser ordenadas por una autoridad administrativa, a diferencia de las segundas.

b) Contrato Tipo:

Se suele confundir a los contratos tipos con los formularios. Se llama contrato de formulario a aquel cuyo texto viene impreso y en el cual las partes únicamente completan los espacios en blanco, dejados así para individualizar a los clientes y especificar algunas condiciones individuales (León, 2001).

De modo que todo contrato de formulario es un contrato tipo, pero no a la inversa; por ejemplo, el contrato de estacionamiento es un contrato tipo, pero no un formulario.

c) Contrato Normativo:

Se considera otra modalidad de contratación en el comercio actual. Esta es una denominación ambigua, pues en el fondo todos los contratos tienen una estructura normativa. Sin embargo, Díez (2007) caracteriza este contrato como aquel en el cual las partes prevén la celebración entre ellas de una serie homogénea de futuros contratos de contenido semejante.

Se distingue entre contrato normativo y contrato preliminar, aun cuando en ambos se prevé la realización de futuros negocios entre las partes. En el contrato preliminar nace la obligación de concluir el contrato definitivo, mientras que en el normativo lo predispuesto se refiere solo al contenido de los posibles contratos que las partes puedan concluir en el futuro, pero sin que exista obligación de celebrarlos.

Otra diferencia es que el preliminar agota su existencia con la celebración del contrato previsto, mientras que el normativo pervive apto para regir la conclusión de cualquier otro contrato futuro que esté dentro de sus regulaciones.

d) Contrato de Fijación:

Son aquellos cuya función se limita a constatar la existencia o inexistencia de una relación jurídica, de su contenido o del valor que haya de atribuirse a las anteriores declaraciones contractuales de las mismas partes. En esta modalidad de contrato, las partes buscan precisar, fijar o hacer cierta una situación jurídica preexistente, determinando la existencia, el contenido y los límites de una determinada relación jurídica (Ferrer, 2009).

e) Contrato Autorizado:

Sobre esta modalidad no existe una posición uniforme de la doctrina; sin embargo, se le denomina así a aquel contrato que, en virtud de una disposición legal, necesita ser autorizado por la pertinente dependencia administrativa; esto constituye una modalidad de contrato de adhesión, en el que el contenido no está predispuesto a la voluntad del empresario sino que requiere una autorización administrativa (Alterini A. , 2005).

Se constituye una modalidad de contrato de adhesión, cuando su contenido no está a disposición o a la libre voluntad del empresario, pues requiere, previa autorización administrativa. No obstante, este contrato plantea una dificultad y es determinar hasta qué punto puede impugnar el cliente las condiciones generales que han sido aprobadas por el órgano de fiscalización (Ferrer, 2009).

Ante la característica de esta modalidad de contrato, de requerir autorización estatal, algunos consideran que pierde su naturaleza contractual; sin embargo, se ha determinado que el requerir aprobación administrativa solo significa que el órgano de control no tiene nada que oponer a las condiciones generales del contrato de adhesión, pero no puede pensarse en elevar al plano legislativo las condiciones generales redactadas por una empresa.

f) Contrato Reglamentado:

Dado que el concepto de contrato normativo no satisface a los doctrinarios, algunos consideran más apropiado denominarlos contratos reglamentados, y ocurre cuando el Estado, respecto de determinadas relaciones jurídicas, adopta una política de dirigir, más o menos acentuada, mediante pautas contractuales impuestas obligatoriamente para ambas partes, con carácter de orden público, sin admitir modificaciones por voluntad de ellas, ya que el propósito de esas relaciones es que se adapten a las necesidades de la economía y política social de cada país.

g) Contrato corregido o transformado:

La doctrina se refiere a este tipo de contratos cuando, ya sea directamente por Ley o a instancia de la parte, se origina una corrección del contrato. El contrato, aun con las transformaciones que se hagan, sigue siendo un contrato de derecho privado.

h) Contrato de agarrotamiento o extorsivo:

Se trata de aquéllos contratos entre particulares en los que hay una inadmisibles limitación de la libertad de contratación de una de las partes, como consecuencia de su inferior situación económica o tecnológica respecto de la parte contraria, la que puede ejercer una verdadera coacción, obligándolo a aceptar unas condiciones que en otras circunstancias no lo haría.

Esto sucede generalmente con las empresas que necesitan determinado elemento para producir su mercadería.

i) Contrato de líneas rectoras:

Es una denominación que acuña la doctrina alemana y cuyo único efecto es establecer las bases o directrices de futuros contratos. La diferencia con el contrato normativo es que en éste, los acuerdos de las partes y el contenido del documento aparecen en forma explícita por medio de cláusulas que formarán parte en los contratos que lleguen a celebrar las partes. Por otro lado, en el contrato que aquí se menciona se trata de pautas generales que pueden ser el resultado del acuerdo de ambos contratantes, o bien tratarse de cláusulas predisuestas por una de ellas a las cuales se adhiere la parte contraria.

j) Contrato estatuto:

Se define al estatuto como un sistema normativo de orden institucional, al cual se someten quienes forman parte de la entidad regida por éste, ya sea de sus miembros fundadores o aquéllos que se incorporen luego. Esta entidad está por encima del interés particular, de modo que quien ingrese posteriormente debe adherirse a esta.

k) Contrato abierto:

Tiene la particularidad de permitir el ingreso de un tercero en una relación contractual ya constituida como, por ejemplo, en los círculos de ahorro previo. En este contrato la libertad de contratar se ve afectada, pues el tercero solo tiene la posibilidad de ingresar si acepta todas las partes del contenido de esa relación jurídica pre-constituida.

l) Contrato obligatorio:

Bajo esta denominación cabe conjuntar a aquellas formas contractuales cuya celebración aparece como obligatoria, por lo que, como consecuencia, queda limitada la libertad contractual. El principio general es que nadie está obligado a contratar; sin embargo, en la práctica forense se pueden apreciar abundantes casos donde la ley o una resolución administrativa, impone a una de las partes la obligación de contratar. Tal es el caso de los impuestos y los servicios públicos.

m) Contrato dictado:

Se considera una subespecie del contrato obligatorio. Este ocurre cuando el Estado impone la obligación de contratar bajo condiciones previamente establecidas. En realidad es un contrato ficticio, cuyo efecto es el de un acto administrativo de soberanía.

n) Contrato celebrado por medios mecánicos:

Ocurre cuando se utilizan aparatos automáticos para el expendio de productos o utilización de un servicio, mediante la introducción de una moneda. Algunos teóricos han puesto en duda que exista contratación, pues no existe manifestación de voluntad; sin embargo, quien realiza tal prestación demuestra que su voluntad ha sido cumplirla, y que la promesa del otro le merece una confianza concreta. El hecho de que se cumpla, acepte o reciba una de las prestaciones, supone que las partes han superado la fase de negociación preliminar y han pasado a la fase de conclusión del contrato.

o) Contrato denominado de ventanilla:

Se refiere al modo de contratar, como ocurre al adquirir una entrada de un espectáculo, el boleto o billete para viajar en un medio de transporte. La característica de este tipo de contratación es que el cliente se limita a solicitar los bienes o servicios, conforme a las condiciones generales predispuestas, a un empleado de la empresa ubicado detrás de una ventanilla.

p) Contratación por ordenadores:

Los ordenadores funcionan en cuatro fases o etapas: entrada, memoria, proceso y salida. La entrada consiste en suministrar los datos al ordenador, la memoria es donde se conservan los datos hasta que se requiera utilizarlos, el proceso es la expresión para

describir la manera según la cual el ordenador trata los datos que tiene acumulados y la salida se utiliza para denominar los resultados que produce el ordenador.

Este nuevo modo de contratar se basa en mensajes emitidos y recibidos, con claves, códigos y sistemas de redes de interconexión; a veces con estaciones de reanudación y registrando las operaciones en las memorias de cada equipo. No existe un papel que contenga el contrato con las firmas de las partes.

En el Código Civil, la clasificación de los contratos en reales, solemnes y consensuales, tiene importancia para determinar el momento en que el contrato se genera, en que nacen las obligaciones para las partes y en que comienzan a producirse todos los efectos que le son propios.

1.4 Manifestación del consentimiento:

Para tener valor en la vida jurídica la voluntad debe manifestarse. Como señala León (2001): “la voluntad no manifestada no existe para el Derecho”. La voluntad puede manifestarse en forma expresa o tácita; el silencio puede significarla. Manifestaciones del consentimiento que se analizarán a continuación.

La manifestación de voluntad es expresa, en términos de Somarriva (2008), cuando: “el contenido de nuestro propósito es revelado explícita y directamente sin ayuda de circunstancias concurrentes. Ejemplo: la celebración de un contrato de compraventa por escritura pública”.

La manifestación de voluntad expresa puede ser formulada mediante cualquier medio idóneo al efecto, ya sea verbalmente, por escrito, mediante gestos o indicaciones; en ese sentido León (2001) expresa que: “cualquier medio es aceptable si permite traducir nuestra verdadera voluntad o intención”. Debe ir dirigida a un destinatario y ser clara.

Para Somarriva (2008) la manifestación de voluntad es tácita cuando:

[...] el contenido de nuestro propósito no es revelado explícita y directamente, sino que se deduce de ciertas circunstancias concurrentes, de la conducta o comportamiento de una persona. Pero el comportamiento y los hechos de los

cuales se deduce la voluntad deben ser concluyentes o unívocos; es decir, no deben ofrecer la posibilidad de diversas interpretaciones.

Cuando la manifestación de la voluntad es tácita, ésta se infiere de un comportamiento del actor, de conductas positivas. La doctrina habla de conducta concluyente, es decir, debe tratarse de una conducta cuya única conclusión posible es que el actor consienta en el acto. El silencio como manifestación de voluntad, según Vial (2003), consiste en: “una conducta omisiva, constituida por hechos negativos”.

Para Somarriva (2008) “el silencio, considerado en sí mismo, no es ni afirmación ni negación, y por eso no puede estimarse como manifestación de voluntad”. En ese mismo sentido, León (2001) señala que: “el silencio no es manifestación de voluntad ni expresa ni tácita, ni positiva ni negativa, pues el silencio en sí, es siempre equívoco, no traduce voluntad alguna” (pág. 112).

Por lo tanto, la regla general es que no puede atribuirse al silencio el significado de una manifestación de voluntad ya que no permite conocer el pensamiento del actor. Sin embargo, excepcionalmente puede tener el valor de ésta: cuando la ley, una resolución judicial o las partes le atribuyen ese valor.

1.5 Principio de autonomía:

El principio de autonomía de la voluntad. Los conceptos de libertad y voluntad dan origen a este principio, que es la facultad o poder que la ley reconoce a los particulares para regular sus intereses, actuando según su propio juicio y responsabilizándose por las consecuencias de su comportamiento. La autonomía, según León (2001) es: “un principio de derecho privado que permite a los particulares ejecutar los actos jurídicos que deseen y determinar libremente su contenido y efectos, con ciertas limitaciones”.

Del Torno (2008) afirma que:

[...] el principio de la autonomía de la voluntad es una sintética expresión con la que los juristas tratan de resaltar que los ordenamientos jurídicos reconocen a los

particulares un amplio poder de autorregulación en sus relaciones privadas, y en particular, patrimoniales. (pág. 133)

Dentro de todas estas libertades se encuentran aquéllas relativas a los actos jurídicos que los individuos desean realizar. Es por esto que se hace un reconocimiento muy amplio a un principio consagrado dentro de los anales del derecho privado, que goza toda persona física o jurídica manifestada a través de sus representantes, el cual permite auto determinarse en relaciones jurídicas, y este principio es la autonomía de la voluntad.

Con respecto a la autonomía de la voluntad como rol dentro del Estado, Deguit (1997) manifiesta lo siguiente:

La autonomía de la voluntad es, ya lo he dicho, un elemento de la libertad en general, es la libertad jurídica y es, en suma, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, cuando este acto tiene un objeto lícito. En otros términos, en el sistema civilista, la autonomía de la voluntad es que ese querer sea socialmente protegido. (págs. 57-58)

Este principio de la autonomía de la voluntad permite a cada persona tomar decisiones en ámbitos sociales, económicos, familiares y también jurídicos. Dentro del ámbito jurídico, que es el que interesa en este estudio, este principio permite que las personas realicen actos jurídicos de forma unilateral, testamentos o actos jurídicos compartidos con otras personas, y así llegar a un fin requerido (Soto, 2005).

Cuando se habla de actos jurídicos compartidos, se hace referencia a aquellos que están dirigidos a crear, modificar o extinguir obligaciones, por medio de un instrumento conocido como «contrato» (Gómez, 2010). El contrato, reconocido hasta nuestros días como fuente de derecho, permite el tráfico actual de todo el sistema económico. Toda transferencia de bienes comerciales debe hacerse mediante contrato, que si bien algunas veces no consta por escrito, no pierde la calidad de tal. Para Mosset (2003) la autonomía de la voluntad contractual, en un sentido positivo, consiste en que las partes pueden con un acto de su voluntad, constituir, regular o extinguir relaciones patrimoniales, es decir,

pueden disponer de sus bienes o pueden obligarse a ejecutar prestaciones a favor de otro.

Por lo tanto, el Estado no solo debe seguir reconociendo la autonomía de las personas que están a su cargo, sino también respetar el derecho de auto-determinación en cada situación de su vida.

Del Torno (2008) sostiene que el principio de la autonomía de la voluntad expresa una doctrina de filosofía jurídica, según la cual la obligación contractual reposa exclusivamente sobre la voluntad de las partes: voluntad que es, a la vez, la fuente y medida tanto de los derechos creados como de las cargas asumidas por aquellos que lo han expresado.

Límites de la autonomía: Cuando este principio de derecho se ve cercenado se infiere que existe censura como en cualquier otro derecho; sin embargo, hay algunas particularidades. Es claro que en la actualidad no se reconoce ningún derecho como absoluto, todo derecho consignado en las máximas cartas constitucionales ven así mismo un límite, y este límite son los otros derechos. El derecho o principio de autonomía de la voluntad no es la excepción; también, al igual que cualquier otro derecho, tiene sus límites en el orden público, en las buenas costumbres y en el borde de los demás derechos. Ginea (2010) afirma lo siguiente:

También es principio general del derecho que no hay derechos absolutos, por lo tanto los alcances de la autonomía privada “es un problema de límites”: otorgar carácter absoluto a la autonomía de la voluntad genera un imperio sin límites al arbitrio personal que provoca la anarquía (págs. 1189-1190).

Así que, a pesar de que existe un reconocimiento a “hacer lo que queramos”, éste está limitado por normas nacionales y supranacionales a “hacer lo que queremos, pero que podemos hacer”. Si no fuera así, el caos sería impensable, tanto como la impunidad. Es fácil pensar en temas penales, en que hay todo un código que taxativamente expone las conductas que son sancionadas si se llegasen a cometer, reduciendo ampliamente la autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad también encuentra límites en el ámbito civil, especialmente cuando se piensa en una actuación meramente individual, en una decisión autónoma que no necesita de otras voluntades para concretarse, como es el caso del testamento. En este el testador no dispone totalmente de sus bienes, puesto que no podría desconocer a los herederos forzosos; de ahí que el testamento, más que una disposición final de los bienes de una persona, es un estilo de repartición que respetaría lineamientos normativos.

Así, se reconocería una autonomía de voluntad aunque limitada al marco normativo en que se desarrolla. Del Torno (2008), al respecto, manifiesta lo siguiente:

La voluntad no es como un poder que emana de cada sujeto de derecho, del cual puede hacer uso libremente, dentro del marco jurídico establecido por la ley. En este sentido, la voluntad es un instrumento de la ley, que es asegurada por el contrato, la asunción de la dirección de los comportamientos sociales, en los detalles en los cuales la misma no puede entrar. (pág. 140)

También dentro del tema contractual la autonomía de la voluntad habría sufrido cambios. Cuando el mundo se abrió a la industrialización este principio regía tanto para fabricantes como para trabajadores, ambos estaban en un mismo plano contractual. Así, bajo el parámetro de este principio los fabricantes proponían cualquier tipo de oferta laboral, empleando para ello los parámetros que cada uno consideraba, mientras que los trabajadores, en su libre actuación, aceptaban o rechazaban la propuesta.

El gran objetivo era, precisamente, colocar a estas dos partes en un mismo plano contractual, en una simetría de poder. Las personas, por su necesidad de trabajar para conseguir los bienes y servicios que satisfacían las exigencias de su núcleo familiar, debían trabajar bajo condiciones pésimas, en un estilo de esclavitud con ropaje de libertad de trabajo. Por esto se vio la necesidad de crear un sistema protectorio de trabajadores que nivelase un poco las cargas de poder y que asimilase al trabajador como una parte débil del contrato y que, por ende, lo encuadrase como sujeto de protección.

Pese a que hoy en día se propugna la autonomía de la voluntad en todas las áreas, en el derecho laboral el principio de autonomía está muy limitado; hay una serie de derechos a los que el trabajador no puede renunciar, ni por necesidad ni porque quiera realmente hacerlo. Ginena (2010) sostiene que: “La „irrenunciabilidad” pone, con base en el sistema jurídico, un límite a la autonomía de la voluntad del sujeto de protección, un coto vedado a la voluntad contractual de las partes en el contrato de trabajo” (pág. 1198).

Sin embargo, aquellos contratos ubicados dentro de las áreas comercial y civil eran estudiados bajo el principio de la autonomía de la voluntad. Estos contratos que podían darse entre comerciantes y la comunidad fuera de este comercio también presuponían una igualdad entre las partes.

Tal como ocurría en el plano laboral, se comenzó a tejer sobre la realidad una serie de normativas en torno a estas relaciones jurídicas. A una parte se la llamó consumidor, a la otra, proveedor y/o fabricante, mientras que a dicha relación se le denominó como relación de consumo.

Esta figura jurídica, introducida en la mitad del siglo XX, se sostiene sobre la base del equilibrio entre las industrias o empresas y las personas que adquieren sus bienes o servicios, denominados consumidores, donde el Estado es responsable de verificar que este equilibrio se mantenga. Karpiuk (2010) manifiesta que: “La autonomía de la voluntad cede en casos en que el legislador no puede ser ajeno a la realidad de que existen débiles jurídicos que merecen protección” (pág. 131).

Estos contratos, en esencia iguales a cualquier otro y en los que hay un acuerdo de voluntades para contratar con miras a producir un efecto jurídico, se enmarcan en una clasificación llamada «contratos de consumo», en la que media entre ellos una relación de consumo.

La libertad, ciertamente, es un derecho inalienable de cada persona. La autonomía de la voluntad es una expresión de la libertad individual. Sin embargo, muchas veces es necesario restringirla para poder salvaguardar los propios derechos del censurado. Con respecto al derecho de la libre contratación, es claro que cualquier persona posee ese derecho, por lo que está protegida para contratar lo que considere, siempre que no

transgreda normas de orden público, pero esto también significa que no puede imponérsele cualquier tipo de contrato sin su consentimiento.

La libertad contractual dentro de los contratos de consumo es uno de los aspectos más importantes; no obstante, y salvo en muy pocos casos, resulta una libertad inexistente. Así mismo, la autonomía de la voluntad no tendría ninguna cabida. Es así que:

1. Los consumidores no pueden negociar cláusulas.
2. Si llegaren a hacerlo, no les es permitido renunciar a derechos.
3. Los lineamientos contractuales no dependen de la voluntad del consumidor, sino que responden a lineamientos del fabricante o proveedor y a políticas estatales.
4. Debido a la evolución del tráfico económico, ni consumidores ni fabricantes están interesados en detenerse a negociar la contratación.
5. Sin importar la capacidad o pericia del consumidor, cualquier controversia se debe dirimir basándose en normas favorables a aquél, por lo que esa voluntad, queda subsumida a una protección por parte del Estado.

Es por ello que se hace totalmente necesario un control efectivo y eficaz por parte de las instituciones estatales en pro de salvaguardar los derechos de los consumidores. De esta forma, lo apremiante sería que se identificaran las empresas que ofrecen bienes o servicios y que tengan el mayor impacto en la sociedad y, de este modo, ejercer controles extenuantes para revisar los formatos de contratos que ofrecen al público.

Así mismo, es indispensable hacer campañas y publicidad sobre la importancia de acomodar políticas empresariales hacia la protección de los derechos de los consumidores y, de esta forma, otorgar series de certificados de cumplimiento de calidad. Con esto, las empresas se verán en la obligación de competir tanto en calidad como en precio, todo lo cual significaría una mejoría al sistema de consumo del país.

Los consumidores realizan a diario múltiples contratos, sin saber muchas veces que llevan a cabo actos jurídicos, y sin importarles que no existan contratos escritos, verbales o directos con el fabricante. Se ha establecido que estos contratos se enmarcan dentro de los contratos de adhesión o dentro de los contratos de cláusulas predispuestas.

Los contratos de adhesión se observan en compañías de telefonía o bancarias, así como en muchas otras, donde el usuario, al adquirir un bien o servicio, firma un contrato previamente redactado por la empresa y, por lo tanto, tiene todo el contenido listo solo para ser aceptado o rechazado por el usuario. Estos contratos no son negociables en principio, a menos que sea un caso muy especial que exija ciertas modificaciones puntuales.

Acá también pueden enmarcarse los contratos realizados por internet, en los que para acceder a cierto servicio informático se deben aceptar unos términos y condiciones, todo ya predispuesto por el prestador del servicio.

Al respecto María del Torno (2008) afirma que:

Un mínimo criterio de racionalización y de organización empresarial, que es también de reducción de costos, y hasta muchas veces imposibilidades técnicas ante la masiva cantidad de requirentes de los servicios, determina la necesidad del contrato único o del contrato tipo preestablecido por medio de formularios y de impresos. Las empresas mercantiles o industriales, mediante esos contratos en masa, imponen a sus clientes un clausulado previamente redactado, de suerte que la única posibilidad que a la otra parte le resta es la de prestar su adhesión o rehusar. (pág. 135)

Los contratos con cláusulas predispuestas son aquéllos en que no se necesita adherirse, o firmar un documento, pero que al realizarse tienen una serie de elementos jurídicos alrededor de los mismos.

Sin embargo, una política proteccionista hacia los consumidores es la que debe prevalecer, en la cual el Estado, a través de sus organismos, revise incansablemente tanto los contratos de adhesión o formularios que las empresas ofrecen junto con sus servicios o bienes, así como también las cláusulas predispuestas que están inmersas en los diferentes bienes del tráfico cotidiano. Esto con el fin de generar condiciones más

justas y equitativas para la parte débil de los contratos de consumo, que sin duda son los consumidores. Ritto (2014) al respecto sostiene que:

[...] la nueva realidad negocial, y la generalización de los contratos por adhesión a cláusulas generales predisuestas unilateralmente por el predisponente y de los contratos en formularios, requieren de nuevos límites que aseguren condiciones más equitativas para el aceptante (pág. 84).

Hay situaciones, aunque muy pocas, en que el consumidor puede negociar la obtención de una libertad contractual. Un ejemplo es el locatario. La relación de locación podría enmarcarse como una relación de consumo, y en una gran variedad de casos el locatario puede llegar a un acuerdo con el locador sobre temas como: el precio, los plazos, las multas, y, por ende, poder negociar el clausulado del contrato (Del Torno, 2008). Pero en la gran mayoría de los contratos de consumo esta libertad contractual es inexistente. Por eso es muy importante el rol del Estado como regulador de estas relaciones, siempre con la finalidad primordial de proteger al consumidor.

Por eso la autonomía de la voluntad es casi inexistente en este tipo de contratos. Por un lado no se permite la libertad contractual a los consumidores por orden público superior y, por otro, a los consumidores, en su gran mayoría, no les interesa involucrarse en temas contractuales solo para adquirir un bien.

Según Ferrer (2009), la autonomía de la voluntad se manifiesta de la siguiente manera:

1. En la existencia de libertad contractual sujeta a especiales restricciones como: estén en juego derechos fundamentales, se trate de servicios públicos, cuando una de las partes ocupe una posición dominante o cuando los acuerdos versen sobre prácticas restrictivas de la competencia.
2. Se entiende que el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual persigue no solo el interés particular sino también el interés público o bienestar común.
3. Corresponde al Estado intervenir para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos.

4. El papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes.

Es interesante el punto 4. Más allá de lo que quieren las partes dentro de un contrato de consumo, si las dos o una de las partes (que por lógica serían el fabricante o proveedor) estipulan condiciones que afectan a los derechos del consumidor, el juez está en la obligación de desatender esa pauta, excluyendo la intención o querer de las partes, y de fallar con base en una protección superior hacia el consumidor, quien es la parte débil de un contrato y quien seguramente contrató de esa forma por desconocimiento o impericia en el comercio (Cappella, 2006).

En el derecho ecuatoriano la vigencia y límites de este principio no se encuentran consagrados en el Código Civil (2005) de manera expresa, sin embargo, se encuentran tácitamente regulados en diversas disposiciones que dan clara cuenta de la libertad de los contratantes para imponerse un régimen contractual particular, siempre que éste no contravenga el derecho ni la moral.

Se colige que en todos los casos se recogen los límites tradicionales en la autonomía de la voluntad (ley, moral y orden público). En el Código Civil existen otros artículos limitativos que desarrollan estos parámetros genéricos relativos a la nulidad, a la renuncia y a la exigibilidad anticipada del dolo. En el Art. 1477 del Código Civil se establece:

No solo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

En este artículo se proscriben las condiciones opuestas a las buenas costumbres y prohibidas por la ley, anulando la obligación que de ellas depende el art. 1483 por el que los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno.

CAPITULO II

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.

2.1 Análisis de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en relación con el Contrato de Adhesión.

Contrato de Adhesión.- En la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor se regula el contrato de adhesión en el artículo 2 que lo transcribo a continuación “El contrato de adhesión es aquél cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de un contrato impreso o en formularios, sin que el consumidor, para celebrarlo haya discutido su contenido” (pag.2). En vista de que casi todos los consumidores, personas naturales o jurídicas como destinatarios finales adquieran utilicen o disfruten bienes o servicios sin discutir las cláusulas contractuales establecidas unilateralmente por el proveedor es necesario hacer un breve análisis de la Ley de la materia.

La ley Orgánica de Defensa del Consumidor, publicada en el Registro Oficial Suplemento número 116 de fecha 10 de julio de 2000, cuenta con Quince Capítulos, 95 artículos, tres disposiciones finales y cinco disposiciones transitorias. La ley se realizó con el objeto de “normar las relaciones entre proveedores y consumidores, promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en dichas relaciones entre las partes” (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, pág. 2). Así, el Estado impone nuevamente su esencia, su razón de ser, que es el ser árbitro neutral entre las partes para conciliar sus intereses y evitar que el hombre sea el lobo del hombre.

En ese sentido, es importante tomar en cuenta los considerandos establecidos en la ley que palmariamente hacen referencia a la situación de abuso a la que puede someter una persona a otra persona, o mejor propuesto, una organización o institución a una persona natural o jurídica; en este sentido, un considerando señala que muchos ciudadanos ecuatorianos son víctimas permanentes de todo tipo de abusos por parte de empresas públicas y privadas de las que son usuarios y consumidores (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000). Vale destacar que el legislador ha reconocido los abusos por parte del mismo Estado hacia los usuarios, de ahí que la ley surja como un corrector y

vigilante de las actuaciones abusivas de las propias instituciones públicas. Por ello, otro de los considerandos, apoyándose en el numeral 8 del artículo 244 de la Constitución de Ecuador, hace referencia a que el Estado debe velar por los derechos de los consumidores. El Capítulo I trata de los Principios Generales; así, el artículo 2 de la ley se refiere a las definiciones. Para los fines de este trabajo de investigación es importante resaltar el concepto de consumidor, el cual se entiende a “toda persona natural o jurídica que como destinatario final adquiera utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello” (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, pág. 2).

Otro concepto como ya lo mencioné es el del Contrato de Adhesión, el cual es “aquél 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” (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, pág. 2). Por lo general, estos contratos no particularizan al cliente o consumidor, lo uniforman de manera que simplemente se diferencien por, verbi gratia, el número de contrato. Los contratos de adhesión también suelen celebrarse cuando el servicio es masificado, como por ejemplo: la luz, el agua, el teléfono, suscripción por televisión, o en un supermercado. Podría pensarse que por razones prácticas el proveedor ha impuesto las condiciones, incluso el cliente en ocasiones no llega a establecer ninguna relación física, ni siquiera verbal, con el proveedor.

Es decir, en ciertas ocasiones, gracias a la evolución de las herramientas tecnológicas, los bienes y sobre todo los servicios, se han desarrollado a tal punto que las relaciones entre proveedor y usuario se han conformado de una manera muy diferente a la que tradicionalmente se conoce. De ahí que emerjan muchos atropellos hacia el consumidor, los proveedores gracias a ello se han hecho grandes, organizados, con carácter incluso transnacional, mientras que el consumidor en la mayoría de los casos sigue siendo la misma persona natural, pero también se han dado avances de constituciones de organizaciones no gubernamentales que velan por el consumidor mediante el cual el consumidor puede formar parte activa.

Finalmente, entre los conceptos más importantes para esta investigación, está el del proveedor, que se define como:

Toda persona natural o jurídica de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución, alquiler o comercialización de bienes, así como prestación de servicios a consumidores, por lo que se cobra 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. (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, pág. 2)

Como puede deducirse, existe un sujeto activo que es el proveedor del bien o servicio, y un sujeto pasivo que es el consumidor, usuario o cliente. En este sentido, muchas ocasiones la única obligación de este último, es efectuar el respectivo pago para el disfrute del bien o servicio, mientras que el proveedor tiene la responsabilidad de cumplir con que el bien y servicio sea de calidad y que llegue al comprador. Sin embargo, también, en los contratos de adhesión, la unilateralidad del contrato es tomada como una ventaja por parte del proveedor para cuidarse las espaldas y procurar establecer cláusulas mediante las cuáles pueda librarse de cualquier falla o desperfecto en el bien o servicio. El Capítulo II se refiere a los Derechos y Obligaciones de los Consumidores. Los derechos se abordarán profundamente en el siguiente punto, por lo que conviene fijarse en las obligaciones. En este sentido, revisamos brevemente las obligaciones del consumidor contenidas en el artículo 5, que son las siguientes:

- 1.- Propiciar y ejercer el consumo racional y responsable de bienes y servicios. Obligación que se torna muy interesante porque la expresión “propiciar” tiene una connotación de compromiso social para que cada consumidor a su vez cree conciencia sobre el uso basado en la razón, no conducido por los placeres o la falta de sensibilidad social y ecológica.
- 2.- Preocuparse de no afectar el ambiente mediante el consumo de bienes o servicios que puedan resultar peligrosos en ese sentido. La concepción ecológica es reciente, se ha hecho énfasis en problemas mundiales como el calentamiento global, y la extinción de especies y destrucción del ecosistema por el mal uso y las malas prácticas de los seres humanos.

3.- Evitar cualquier riesgo que pueda afectar su salud y vida, así como la de los demás, por el consumo de bienes o servicios lícitos. En este caso, el numeral está bien estructurado porque se refiere a las personas que consumen cigarrillos las cuales deben hacerlo en espacios abiertos y respetando siempre a los demás.

4.- Finalmente, el consumidor tiene la obligación de informarse responsablemente de las condiciones de uso de los bienes y servicios a consumirse. Esto podría tener varias intenciones pues un consumidor responsable optimizará el producto y se prevendrá de causarse daño o causar daño a los demás y se informara adecuadamente, y así podrá ahorrarse procedimientos administrativos y judiciales en contra de los proveedores de ciertos bienes o servicios.

El Capítulo III hace referencia a la Regulación de la Publicidad y su Contenido. Por ello la publicidad no puede ser engañosa ni pueden inducir al error en la elección del bien o servicio. El artículo 7 establece que:

Comete infracción a esta Ley el proveedor que a través de cualquier tipo de mensaje induce al error o engaño en especial cuando se refiere a:

1. País de origen, comercial o de otra índole del bien ofrecido o sobre el lugar de prestación del servicio pactado o la tecnología empleada;
2. Los beneficios y consecuencias del uso del bien o de la contratación del servicio, así como el precio, tarifa, forma de pago, financiamiento y costos del crédito;
3. Las características básicas del bien o servicio ofrecidos, tales como componentes, ingredientes, dimensión, cantidad, calidad, utilidad, durabilidad, garantías, contraindicaciones, eficiencia, idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y otras;
4. Los reconocimientos, aprobaciones o distinciones oficiales o privadas, nacionales o extranjeras tales como medallas, premios, trofeos o diplomas. (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, pág. 4)

El Capítulo IV se refiere a la Información Básica Comercial. El artículo 9 señala que los bienes deben tener información de sus precios, pesos y medidas; los bienes y servicios deben tener su precio en total. El artículo 10 se refiere al idioma y moneda, el cual debe ser en castellano y la moneda que sea de curso legal. El artículo 11 trata sobre la garantía del producto, en el cual se debe establecer las condiciones y de qué se trata tal

garantía. El artículo 12 hace referencia a que se debe indicar si un producto es deficiente o usado, mientras que el 13 debe indicar si se ha hecho uso de material genético para mejorar el producto. Los artículos 14 y 15 se refieren al rotulado mínimo de alimentos y medicamentos respectivamente; y finalmente el artículo 16 se refiere a la información que debe darse cuando el producto es de naturaleza durable.

El Capítulo V regula las Responsabilidades y Obligaciones del Proveedor. Este capítulo se estudiará en buena medida en el siguiente punto, pero vale acotar que es obligación del proveedor brindar información de su producto a los usuarios para que puedan hacer una elección adecuada y razonable, también debe indicarse el precio del producto; responder en caso de vicios ocultos o defectos en el producto. Existe también la obligación de emitir facturas o en su defecto, cuando no se ha podido terminar la transacción, un comprobante firmado por las partes. El proveedor responderá si ha hecho una reparación defectuosa, resarciendo el daño sin cobrar nuevamente. En caso de deterioro de bienes de prestación de servicios, debe restituir el bien e indemnizar al consumidor por la pérdida ocasionada. En casos de reparación, el proveedor está en la obligación de entregar repuestos nuevos y adecuados para tal fin. En cuanto al servicio técnico se refiere a la asesoría y a los instrumentos y bienes necesarios para responder por el producto durante su vida útil.

El proveedor también está en la obligación de reponer la totalidad o la parte que hace falta para restablecer su funcionalidad. Si se trata de servicios profesionales, los proveedores tienen el deber de hacerlo con ética profesional y deben informar sobre sus precios por sus servicios desde el inicio de su gestión. Existe una responsabilidad solidaria y derecho de repetición por los defectos del producto entre fabricantes, distribuidores y comerciantes. El Estado cuenta con el derecho de repetición, según el artículo 29, si ha sido condenado a pagos por violación o inobservancia en los derechos establecidos en la ley por parte del funcionario público.

El Capítulo VI trata de los Servicios Públicos Domiciliarios. Aquí se establecen obligaciones; en este sentido, el artículo 32 señala que “las empresas encargadas de la provisión de los servicios públicos domiciliarios, sea directamente o en virtud de contratos de concesión, están obligadas a prestar servicios eficientes, de calidad, oportunos, continuos y permanentes a precios justos (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, pág. 9).El artículo 33 contempla que los servidores públicos domiciliarios,

deben mantener informados permanente a los usuarios para que éstos estén cabalmente enterados de las condiciones, obligaciones, derechos y modificaciones en la contratación del servicio.

Para fines de este trabajo de investigación resulta pertinente el artículo 34 pues habla de la reciprocidad, aplicando para el reintegro los mismos criterios que se utilizan para la mora. Es decir, la ley interviene para equilibrar la relación asimétrica que ha existido en los contratos de adhesión donde el consumidor, por lo general, participaba en la relación en condiciones desiguales. Con el artículo 34 se garantiza la reciprocidad, al menos en el aspecto ya mencionado, y ello contribuye a una relación más igualitaria y horizontal.

Los proveedores de servicios públicos domiciliados también deben llevar un registro de reclamos; deben informar a los consumidores sobre las condiciones de seguridad, instalaciones y de los artefactos. El artículo 37 vale tomar en consideración porque señala que la autoridad competente intervendrá para verificar los Instrumentos y Unidades de Medición y por lo tanto el buen funcionamiento de los servicios. Reconocerá los daños y perjuicios ocasionados al consumidor por la alteración o interrupción culposa del servicio.

El Capítulo VII concerniente a la Protección Contractual, mediante el cual se abordará con mayor detalle en el punto 2.3 de este trabajo de investigación, que se refiere a los elementos del Contrato de Adhesión. En efecto este capítulo VII, es parte esencial del trabajo de investigación, pues contempla de manera exclusiva lo referente al Contrato de Adhesión, que merece un punto aparte para ser estudiado.

El Capítulo VIII establece el Control de la Especulación, entendida como una práctica desleal que tiende al alza indiscriminada de precios de los bienes y los servicios. Se debe controlar de la misma manera, aquellos alimentos que se importan y exportan del país sin previa revisión de las autoridades. Inclusive para poder controlar la especulación el usuario, o cualquier interesado, también puede contribuir denunciando ante las autoridades competentes.

Por su parte, el Capítulo IX establece las Prácticas Prohibidas al proveedor, las cuales son:

- 1.- Condicionar la venta de un bien a la compra de otro o a la contratación de un servicio, salvo que por disposición legal el consumidor deba cumplir con algún requisito. Esto implica un abuso por parte del proveedor, para poder salir de productos

impopulares obliga al consumidor a comprarlo como condición para disfrutar de los productos populares.

2.- Rehusar atender a los consumidores cuando su stock lo permita.

3.- También está prohibido enviar al consumidor cualquier servicio o producto sin que éste lo haya solicitado. En tal hipótesis, se entenderán como muestras gratis los bienes y servicios enviados. Esto surge, como una muestra más de la necesidad de controlar la arbitrariedad del proveedor con respecto al sujeto, prácticamente forzándolo a consumir productos o servicios.

4.-Aprovechase dolosamente de la edad, salud, instrucción o capacidad del consumidor para venderle determinado bien o servicio. En este caso un sector poblacional susceptible es el de niños, niñas y adolescentes; así como los adultos mayores; muchas de las veces el proveedor se enfoca en la familia como potencial consumidor de un servicio. Aunque cada proveedor tiene una población a la que va destinada, el propósito de la ley es que no aproveche sus vulnerabilidades o necesidades propias de la persona para convertirlo en un potencial consumidor.

5.- Está prohibido colocar en el mercado productos u ofertar la prestación de servicios que no cumplan con las normas técnicas y de calidad expedidas por los órganos competentes.

6.- Aplicar fórmulas de reajuste diversas a las legales o contractuales.

7.- Dejar de fijar plazo para el cumplimiento de sus obligaciones, o dejarlo a su único criterio; y, finalmente, el redondeo de tiempos para efectivizar el cobro de intereses, multas u otras sanciones económicas en tarjetas de crédito, préstamos bancarios y otros similares.

El Capítulo X contempla la Protección a la Salud y Seguridad que tiene un carácter supletorio con respecto a normas especiales que regulan determinados bienes y servicios. El artículo 57 establece una obligación para el proveedor pues debe incorporar en los bienes, o en instructivos anexos, las advertencias o indicaciones necesarias para que su empleo se efectúe con la mayor seguridad posible. Así mismo, en lo que hace referencia al expendio de bebidas alcohólicas, cigarrillos y otros productos nocivos para la salud, el proveedor debe expresar clara, visible y notablemente la indicación de que su consumo es peligroso para la salud. En cuanto a la presentación de servicios riesgosos, el proveedor debe adoptar las medidas necesarias para que dicho

servicio se realice en condiciones de seguridad adecuadas, dejando claro los riesgos y las medidas preventivas a tomar. Como es notorio, este artículo también va relacionado con los deberes del proveedor a informar y los deberes del consumidor a ser informado. Igualmente ocurre con el artículo 58 que se refiere a los productos riesgosos y a la obligación del proveedor de informar que tal producto puede afectar la integridad física de la persona, el ambiente, incluso si se usa de forma adecuada, y en consecuencia retirarlo del mercado y sustituirlo. De igual manera, los productos muy tóxicos o riesgosos también deben ser retirados del mercado; en este caso, por las propias autoridades. Finalmente, el artículo 60 contempla lo de las licencias que son necesarias para el trato, investigación y comercialización de bienes y servicios que puedan ser peligrosos o nocivos para la salud del consumidor.

El Capítulo XI regula la Asociación de Consumidores, entendida como “toda organización constituida por personas naturales o jurídicas, independientes de todo interés económico, comercial, religioso o político, con el objeto de garantizar y procurar la protección y la defensa de los derechos e intereses de los consumidores; así como promover la información, educación, representación y el respeto de los mismos” (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000). Estas organizaciones pueden constituir el mejor medio para lograr una relación más justa e igualitaria entre los consumidores y proveedores, donde prevalezca el principio de autonomía de las partes.

El artículo 62 se refiere a los requisitos para actuar válida y legítimamente en la promoción y defensa de los derechos. Entre dichos requisitos vale resaltar que las asociaciones no pueden tener fines lucrativos, deben tener más de cincuenta miembros, y no pueden estar dedicados a actividades comerciales, religiosas o políticas. El artículo 63 contempla los objetivos de las asociaciones, se deja constancia de los más importantes:

- a) Difundir el conocimiento de las disposiciones de Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.
- b) Promover y proteger los derechos de los consumidores.
- c) Representar los intereses de los consumidores ante las autoridades así como, ante los proveedores.
- d) Realizar programas de capacitación, orientación y educación del consumidor.

- e) Promover la organización de los consumidores con sentido solidario para proteger sus derechos.
- f) Promover el conocimiento e información de los bienes y servicios.
- g) Denunciar la práctica o manejo que atente contra los derechos del consumidor.
- h) Desarrollar una conciencia ambiental, individual o de grupo sobre las consecuencias del consumo en el ambiente y la necesidad de preservar los recursos naturales.
- i) Prestar la debida colaboración a las autoridades que requieran de su contingente para la investigación de las infracciones establecidas en ley (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, pág. 19).

El Capítulo XII contempla el Control de Calidad que corresponde al Estado a través de sus diversos organismos o instituciones. Uno de ellos es el Instituto Ecuatoriano de Normalización (INEN), que determina la lista de bienes y servicios que deben ser sometidos a control de calidad. El INEN elaborará una lista de productos que se consideren peligrosos para el uso industrial y agrícola para el consumo. Las autoridades competentes expedirán el Registro Sanitario y los certificados de la venta libre de alimentos.

El control de calidad y cantidad se realiza de acuerdo con las normas técnicas establecidas por el INEN, y de no cumplir con las exigencias del instituto, se prohibirá su comercialización. Ciertas competencias del INEN pueden ser delegadas a los municipios que demuestren capacidad para asumir tal responsabilidad. El INEN también promoverá la creación de departamentos de control y servicios dentro de cada empresa proveedora de bienes o servicios. Finalmente, el Instituto realizará programas permanentes de educación sobre normas de calidad a los proveedores y consumidores, utilizando, entre otros medios, los de comunicación social, en los espacios que corresponden al Estado según la Ley.

El Capítulo XIII, se refiere a las Infracciones y Sanciones. Primeramente habla de una sanción general que va de cien a mil dólares. Se toma en cuenta en este capítulo la indemnización, reparación, reposición y devolución, que son derechos del consumidor que de no ser cumplidos por el proveedor, le puede originar nuevas sanciones. Si la publicidad del proveedor es engañosa o abusiva, la multa será de mil a cuatro mil dólares. Si incumpliese el artículo 58, que se refiere a los productos riesgosos, será

sancionado con multa de mil a cinco mil dólares. Por servicios defectuosos, además de indemnizar al consumidor, debe pagar una multa entre 50 y 500 dólares. Si los proveedores realizan más ventas de la capacidad que tiene el espacio donde se desarrolla el espectáculo público tendrá una multa del 10% del valor total recaudado.

Si hay una suspensión injustificada del servicio la multa será de mil a cinco mil dólares. Si el proveedor cobra durante un servicio suspendido, está en la obligación de reembolsar. Si el proveedor se niega a proporcionar información o impide de alguna manera la inspección de las autoridades, debe pagar una multa entre 500 y 5 mil dólares. Por último, en caso de reincidencia la sanción podrá elevarse al doble y además podrá cerrarse temporal o definitivamente el establecimiento.

El Capítulo XIV, se refiere a la Competencia y Procedimiento. Tenemos a la Defensoría del Pueblo que conoce y se pronuncia de las quejas que hagan los consumidores. Así, se refuerza el trabajo de las asociaciones y también sirve a aquellos consumidores que no se han organizado en asociaciones de consumidores. El procedimiento de la Defensoría del Pueblo se rige por lo establecido en su respectiva ley; y en caso de que las partes no llegasen a un acuerdo, se remitirá un informe al juez de contravenciones para que tenga conocimiento del caso. En esta parte de la ley representa un elemento distinguible porque otorga primeramente la oportunidad a las partes para que a través de una jurisdicción graciosa o voluntaria, con la autonomía de las partes, se llegue a un acuerdo. Ya en jurisdicción contenciosa podrán intervenir peritos, a criterio del juez, para que elaboren informes que ayuden a esclarecer los hechos. De acuerdo con el artículo 86, de la sentencia que dicte el juez se podrá interponer recurso de apelación. Por último, el artículo 88 señala que se concede acción popular para denunciar las infracciones previstas en la ley.

Finalmente el Capítulo XV establece las Disposiciones Generales. Está relacionado con la educación del consumidor se contempla como un eje transversal del pensum de asignaturas de la educación formal, y hará énfasis en lo siguiente:

- 1.- Promover la capacidad para elegir con mayor libertad y eficacia entre los bienes y servicios que ofrece el mercado.
- 2.- Planificar y satisfacer mejor sus necesidades,
- 3.- Evitar riesgos derivados de un uso inadecuado de bienes y servicios.

La Defensoría del Pueblo realiza trabajos de difusión de los derechos, principios y normas establecidos en la ley. De acuerdo con el artículo 92 las autoridades de los organismos seccionales crearán centros de acopio para que los productores puedan comercializar directamente sus productos. Aquello no contemplado en la ley, en cuanto al procedimiento para el juzgamiento de infracciones, se regirá por el Código Civil.

Por último, en cuanto a las Disposiciones Transitorias, solo se hará mención de su segunda disposición la cual establece que “los proveedores tendrán el plazo máximo de nueve meses contados a partir de la promulgación de la Ley para dar cumplimiento a lo dispuesto en sus artículos 14, 15 y 16, tiempo en el que deberán incorporar en sus etiquetas, envases, empaques o manuales de uso de los bienes ofrecidos, los cambios establecidos” (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, pág. 26).

Como puede observarse, en general es una ley que defiende al consumidor; quizás no haga mayor hincapié en establecer y defender el principio de la autonomía de las partes entre el proveedor y el consumidor, pero le da más garantías y derechos a este último, y mayores responsabilidades y regulaciones al primero, lo cual contribuye a que haya una relación más horizontal y menos atropellos hacia el consumidor. Éste, por cierto, tiene el compromiso a su vez de informarse e informar y contribuir social y ecológicamente en el uso óptimo de los bienes y servicios.

2.2 Los derechos del consumidor en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

El primer derecho del consumidor está claramente contenido en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, específicamente en el artículo 2, que es el derecho de devolución, entendido como la:

“Facultad del consumidor para devolver o cambiar un bien o servicio, en los plazos previstos en esta Ley, cuando no se encuentra satisfecho o no cumpla sus expectativas, siempre que la venta del bien o servicio no haya sido hecha directamente, sino por correo, catálogo, teléfono, internet, u otros medios similares” (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, pág. 2)

El artículo 4 de la ley hace clara referencia a los derechos del consumidor. El primer derecho es a la protección de la vida, salud y seguridad en el consumo de bienes y servicios, así como a la satisfacción de las necesidades fundamentales y el acceso a los

servicios básicos. Es decir, en una sociedad cada vez más competitiva y exigente, los seres humanos nos creamos nuevas necesidades; por ejemplo, hace veinte años el servicio de internet o de telefonía móvil era prácticamente inexistente, hoy día tiene un carácter de primer orden. Por supuesto, a ello habría que agregarle los servicios tradicionales como el agua y la electricidad en una sociedad que también está creciendo cada año y exige más recursos.

A su vez, las sociedades y los gobiernos se destacan por bienes y servicios que le den prioridad al ser humano y no al capital, es decir, que el bien o servicio sea, en primer lugar, para satisfacer al proveedor y en segundo lugar para enriquecerse de manera pecuniaria; esto implica y obliga a un cambio de paradigma por parte del proveedor. En este sentido, el servicio debe proteger la vida, la salud y la seguridad de los involucrados. En el caso del servicio eléctrico, el proveedor debe no solo otorgar el servicio sino todas las condiciones e informaciones posibles para que el usuario no se vea en estado de vulnerabilidad o peligro mientras disfruta del servicio.

Otro derecho es que los proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad y a elegirlos con libertad. Con esto se refiere a que sean capaces de competir con otras empresas similares en cuanto a sus productos y servicios. Cuando se refiere a óptima calidad hace alusión a bienes y servicios con un máximo rendimiento en sus propiedades inherentes. Ahora bien, en cuanto a elegirlo con libertad podría plantearse todo un debate, porque muchas veces un bien o un servicio se elige más por la necesidad, porque hay un monopolio por parte del proveedor, que se ejemplifica mejor en las competencias del Estado en cuanto a servicios públicos, por lo que el usuario no tiene otra opción que aceptar las condiciones impuestas por el proveedor para disfrutar del servicio. Idealmente, se espera que el consumidor tenga diferentes opciones y que entre las opciones pueda a su vez elegir, qué bien o servicio quiere y cómo desea recibir dicho bien o disfrutar de dicho servicio. La elección con libertad que significa en buena medida un contraste con el contrato de adhesión.

Otro derecho se refiere a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los

mismos, incluyendo los riesgos que pudieren presentar. Este derecho es importante porque deja las cuentas claras en cuanto al bien y servicio que se prestará, de forma tal que el consumidor, al recibir el bien o servicio, estará al tanto de lo que está comprando, y no podrá alegar nada que esté contemplado en la información que él reconoce haber leído y aceptado.

Por otra parte, esto podría afectar al proveedor porque significa que tiene que ser sincero con el cliente, que no puede apelar a la publicidad engañosa ni omitir detalles que pudieran perjudicar su venta. Tiene que ser veraz, lo que significa que tiene que profesar siempre la verdad y ajustarse a ella. Así, la empresa que vende cigarrillos, tabacos o fábrica licores, con casos ilustrativos, tiene que informar al consumidor de las terribles consecuencias de consumir en (exceso) el producto. Otro ejemplo son los juegos de video que hacen recomendaciones al usuario para que haga pausas después de una hora o se abstengan de jugar si han sufrido episodios de epilepsia.

Este derecho está relacionado con los artículos del 9 al 16 de la ley, la cual contempla que los bienes deben exhibir su precio, peso y medida, los servicios también deben reflejar sus precios; el idioma debe ser en castellano, el precio debe ser en moneda de curso legal; productos como artefactos eléctricos y mecánicos éstos deben indicar que tienen garantía, especificando en qué consiste tal garantía y cuáles son sus condiciones; también debe informarse si un producto sufre algún desperfecto, si ya ha sido usado o si es reconstruido; asimismo, si el producto ha sido mejorado a través de trasplante de genes o manipulación genética.

Con respecto a los alimentos, deben tener un rotulado mínimo que indique:

- a) Nombre del producto.
- b) Marca comercial.
- c) Identificación del lote.
- d) Razón social de la empresa.
- e) Contenido neto.
- f) Número de registro sanitario.
- g) Valor nutricional.
- h) Fecha de expiración o tiempo máximo de consumo.
- i) Lista de ingredientes, con sus respectivas especificaciones.
- j) Precio de venta al público.

- k) País de origen.
- l) indicación si se trata de alimento artificial, irradiado o genéticamente modificado (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, pág. 6).

En cuanto al rotulado mínimo de medicamentos debe indicar:

- a) Nombre del producto, genérico o de marca.
- b) Marca comercial.
- c) Identificación del lote.
- d) Razón social de la empresa.
- e) Contenido neto.
- f) Número de registro sanitario.
- g) Fecha de expiración o tiempo máximo de consumo.
- h) Lista de componentes, con sus respectivas especificaciones.
- i) Precio de venta al público.
- j) País de origen.
- k) Contraindicaciones.
- l) En cuanto a productos naturales, debe identificarse la procedencia, y si hay elementos culturales o étnicos y su origen. Si se trata de bienes de naturaleza durable, debe contener información sobre la seguridad de uso, instrucciones para el uso adecuado y advertencias.

De esta manera, a medida que el consumidor tenga la mayor información será más libre podrá con mayor libertad elegir el bien o servicio de su preferencia, y será más consciente en su uso.

El quinto numeral del artículo 4 se refiere al derecho a un trato transparente, equitativo, no discriminatorio, ni abusivo por parte de los proveedores de bienes o servicios, especialmente en lo que hace alusión a las condiciones óptimas de calidad, cantidad, precio, peso y medida. En este caso el legislador protege a los consumidores que son víctimas de los especuladores que no respetan a cabalidad las peticiones del consumidor. En el caso de los víveres como frutas y hortalizas ha sido muy común que se realicen estas prácticas donde el vendedor entrega productos dañados o por vencerse, por debajo del peso solicitado, en menor cantidad e incluso medidas más cortas.

El sexto numeral trata sobre el derecho a la protección contra la publicidad engañosa y abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales. La ley comprende a la publicidad engañosa como:

[...] 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 utilicen 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 (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, pág. 3).

En este sentido, la ley protege al consumidor que compra un producto o servicio llevado por la buena fe, convencido por los medios de que el producto cumple con sus expectativas. En el caso de los productos como (juguetes), que son promocionados desde canales de televisión infantiles, se hacen una exageración de las propiedades del producto, aunque también se advierte, que cierto producto no tiene tales o cuales propiedades, por ejemplo, que tal vehículo no vuela por sí solo.

Otro derecho es a la educación del consumidor, orientada al fomento del consumo responsable y a la difusión adecuada de sus derechos. Derecho que está relacionado con las obligaciones del consumidor contempladas en el artículo 5; a saber:

1. Propiciar y ejercer el consumo racional y responsable de bienes y servicios.
2. Preocuparse de no afectar el ambiente mediante el consumo de bienes o servicios que puedan resultar peligrosos en ese sentido.
3. Evitar cualquier riesgo que pueda afectar su salud y vida, así como la de los demás, por el consumo de bienes o servicios lícitos.
4. Informarse responsablemente de las condiciones de uso de los bienes y servicios a consumirse. (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, pág. 4).

Es evidente que el consumidor que no esté informado es un consumidor que no hace un consumo responsable. El uso de pilas, de bolsas plásticas, que son agentes contaminantes y atentan contra la vida animal y humana, requieren de una alta conciencia por parte del consumidor. Por ello, el derecho a estar informado es fundamental, porque es posible que el cliente tenga la buena intención de querer

colaborar con un uso más adecuado del producto pero no tenga el acceso a la información pertinente y necesaria.

El octavo numeral hace referencia al derecho a la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de los bienes y servicios. Esto es clave en la relación entre proveedor y consumidor. Si este derecho no estuviera garantizado por el Estado, el proveedor podría vender un producto o servicio en las condiciones, calidad y cantidad que él arbitrariamente considere, el consumidor en ese caso podría rescindir del contrato pero no tendría derecho a que el agravio le sea reparado o indemnizado. Con este derecho, el consumidor puede exigir bienes y servicios de calidad y en caso de que sea perjudicado, con o sin intención del proveedor, pueda tener derecho a reparación o indemnización. Un ejemplo muy claro y común se da en los establecimientos de comida donde un cliente compra un producto, como una leche, y está en mal estado aunque su fecha de vencimiento no se haya cumplido, en ese caso el cliente tiene derecho de que el proveedor le devuelva el dinero o le entregue una leche en buen estado.

Otro derecho es a recibir el auspicio del Estado para la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, que serán consultados al momento de elaborar o reformar una norma jurídica o disposición que afecte al consumidor. Como ya se había señalado en el punto anterior, los proveedores cada vez son instituciones más complejas y su relación con el consumidor se hace cada vez más automática. Podría pensarse en las máquinas expendedoras, que son muy populares en Japón, en la que en ningún momento hay un intercambio entre el responsable del bien y el consumidor. Por lo tanto, el consumidor también debe adaptarse a los nuevos paradigmas de la relaciones de compra y venta de bienes y servicios, una de esas formas es a través de las asociaciones. Dichas asociaciones sirven para hacer más presión al Estado para que cumpla con las leyes y defender al consumidor tanto de los proveedores posmodernos como de los proveedores tradicionales.

Lo anteriormente mencionado está relacionado con el décimo numeral, el cual se refiere al derecho a acceder a mecanismos efectivos para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a la adecuada prevención sanción y oportuna reparación de su lesión. El Estado por lo tanto debe contemplar en su

estructura instituciones y mecanismos para canalizar el cumplimiento de los derechos e intereses de los consumidores que se vean afectados en su ejercicio. Garantizando que se sancione al proveedor y se le dé una reparación al consumidor. De igual manera, tales instancias son creadas con el propósito de prevenir para que se materialicen este tipo de violaciones al consumidor.

El penúltimo de los derechos contenidos en el artículo 4 se refiere al derecho que tiene el consumidor de seguir las acciones administrativas y/o judiciales que correspondan. Esto es muy favorable porque da cuenta de una cultura cívica en el consumidor el cual no quiere que simplemente sea compensado por el daño sino dejar precedentes y contribuir en el orden y en el buen servicio que debe ser parte de la cultura del proveedor; por lo tanto, al actuar de esa manera, el usuario también facilita a que los próximos usuarios cuenten con un bien y servicio de óptima calidad.

Finalmente, la ley contempla el derecho a que en las empresas o establecimientos se mantenga un libro de reclamos que estará a disposición del consumidor, en el que se podrá anotar el reclamo correspondiente, lo cual será debidamente reglamentado. Este último ratifica lo que se ha venido planteando, una forma de poder mantener un contacto entre el proveedor y el usuario es a través de un libro de reclamos, donde pueda existir una retroalimentación y el consumidor pueda expresarse, hacerle llegar sus quejas, inquietudes y sugerencias al proveedor, y éste también pueda saber qué opinan sus clientes sobre sus bienes o servicios y en consecuencia mejorar o mantener su calidad.

Otra manera de visualizar los derechos del consumidor es a través de la obligación del proveedor. En este sentido, el derecho a una elección adecuada y razonable depende de que el proveedor entregue al consumidor información veraz, suficiente, clara, completa y oportuna de los bienes o servicios ofrecidos. El artículo 18 le da al consumidor el derecho de establecer condiciones con el proveedor para la entrega y prestación oportuna y eficiente del bien o servicio ofrecido. Por tal razón, el proveedor no puede variar el precio, costo o reposición sin que se acuerde entre las partes.

El derecho a la elección del consumidor depende de que el proveedor indique el valor final de manera claramente visible (artículo 19). El consumidor tiene derecho a rescindir del contrato, a la reposición o a la reducción del precio cuando la cosa objeto del

contrato tuviese defectos o vicios ocultos que hicieran inadecuado o disminuya el uso del producto, y que si lo hubiera sabido el consumidor, no hubiese adquirido el objeto.

De conformidad con lo que establece el artículo 21, el consumidor tiene derecho a que el proveedor le entregue una factura que documente el negocio realizado; o en su defecto un comprobante que deba reflejar los componentes y materiales que se empleen con motivo de la prestación del servicio, el precio por unidad de los mismos y de la mano de obra; así como los términos en que el proveedor se obliga, en los casos en que el uso práctico lo permita (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000).

Si un objeto ha sido reparado, el consumidor tendrá derecho a que se repare nuevamente si en el plazo de 90 días se manifiesta defectos en la reparación. El consumidor tiene derecho a ser indemnizado, si los bienes o servicios del proveedor están deteriorados y si le han afectado de alguna manera. El consumidor tiene derecho a que en los servicios profesionales sea atendido con ética profesional. De conformidad con el artículo 30, el consumidor tiene derecho de pedir la resolución del contrato si hay mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor de bienes y servicios.

En cuanto a los servicios públicos domiciliarios, de acuerdo al artículo 33, el consumidor tiene derecho a ser oportuna y verazmente informado sobre la existencia o no de seguros accesorios al contrato de prestación del servicio, cobertura y demás condiciones. De acuerdo con lo que dispone el artículo 35, el consumidor tiene derecho a reclamar, y la empresa la obligación de llevar un registro de reclamos. Según el artículo 36, los usuarios tienen derecho de ser convenientemente informados sobre las condiciones de seguridad de las instalaciones y de los artefactos, las empresas prestadoras de servicio tienen el deber de hacerlo. De acuerdo con el artículo 39, cuando el consumidor considere que existe una facturación excesiva en la planilla de un período, podrá cancelar únicamente un valor equivalente al promedio del consumo mensual de los 6 meses inmediatamente anteriores (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000, pág. 16). Para poder ejercer este derecho, el consumidor debe presentar dentro de los 10 días posteriores al vencimiento de la factura, o planilla, correspondiente, al período de 6 meses inmediatos anteriores a la factura a la que se objeta una facturación excesiva.

Otro derecho está contemplado en el artículo 40 que señala que es un derecho del consumidor conocer el valor exacto que debe cancelar por concepto de consumo y recargos legales adicionales. Por lo tanto, está prohibido el cobro en exceso en base en sistemas diferentes a la medición directa, tales como valores presuntivos o estimativos, salvo si es del sector rural porque no disponen de instrumentos de medición.

2.3 Elementos actuales en los Contratos de Adhesión.

En primer lugar, puede decirse que el contrato de adhesión debe estar elaborado de manera legible, con un tamaño de letra legible, no menor a 10 puntos, con términos claros y comprensibles y no puede remitirse a textos que no estén previamente al alcance del consumidor. Se considerará no escrito, si el contrato de adhesión ha sido redactado con letras y números muy pequeños. Un primer elemento, por lo tanto, es que su redacción sea legible y que la información esté disponible para ambas partes.

Cabe señalar que cada parte tiene el derecho de que se le entregue copias debidamente suscritas de cada contrato y todos sus anexos. Sin embargo, si no se logra el acto por carecer de alguna firma, el proveedor está en la obligación de entregar una copia que resalte constancia de ser fiel al original suscrito por éste; la copia entregada tendrá el texto fidedigno de lo planteado anteriormente para todos sus efectos legales.

Otro elemento está en el artículo 42, que se refiere al idioma oficial. Así, los contratos de adhesión relativos a las actividades reguladas por la presente ley, deben estar redactados en idioma castellano, salvo determinadas palabras de otro idioma en el cual el uso haya sido incorporado al léxico. Las cláusulas que no obedezcan dichos requisitos, no producirán efecto alguno a favor del consumidor. En los contratos impresos o formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen con respecto a las del formulario, siempre y cuando el consumidor lo apruebe de forma escrita. Dichas condiciones de la oferta se entienden siempre incorporadas al contrato.

Un tercer elemento son las cláusulas prohibidas en el contrato, las cuales están contenidas en el artículo 43, que son nulas de pleno derecho y no podrá producir efecto alguno, las cláusulas contractuales que:

- 1.- Eximan, atenúen o limiten las responsabilidades de los proveedores por vicios o cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados;

- 2.- Impliquen renuncia a todos los derechos de los consumidores o de algún modo limiten su ejercicio;
- 3.- Inviertan todas las cargas de las pruebas en perjuicio del consumidor;
- 4.- Implanten la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, a menos que el consumidor lo consienta;
- 5.- Posibiliten al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato;
- 6.- Permitan exclusivamente al proveedor resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, excepto cuando tal modificación esté condicionada al incumplimiento imputable al consumidor;
- 7.- Aparten espacios en blanco, que no hayan sido llenados o utilizados anteriormente de que se suscriba el contrato, o sean ilegibles;
- 8.- Impliquen renuncia por parte del consumidor, de sus derechos procesales legales.

Otro elemento es la terminación anticipada. En los contratos de adhesión, alusivo a la prestación de servicios, verbigracia, telefonía celular, medicina pre-pagada, televisión satelital u otros servicios similares a estos, el consumidor podrá dar por finalizado unilateralmente el contrato en cualquier tiempo, con previa notificación por escrito con al menos quince días de anticipación. En estos casos en el contrato, no se podrá anexar cláusulas ni disposición alguna que impongan al consumidor multas, sanciones o recargos de ninguna naturaleza, y en caso de incluirlas no tendrán ningún efecto jurídico. El consumidor, por su parte, mantendrá la obligación de cancelar todos 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.

Un quinto elemento, que es más relativo y dependiendo de otros factores, de acuerdo con lo establecido en la ley, es el derecho de devolución que implica que el consumidor que logre obtener bienes o servicios por teléfono, catálogo, televisión, internet a domicilio, disfrutará del derecho de devolución, el mismo que deberá ser ejercido dentro de los tres días posteriores a la recepción del bien o del servicio, siempre y cuando su

naturaleza lo permita y el estado del bien sea el mismo en el que se lo recibió. En el caso de los servicios, el derecho de devolución se ejercerá mediante la cesación inmediata del contrato de provisión del servicio (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000). El artículo 46 se refiere a las Promociones y Ofertas, y cada una de éstas deberá indicar, además del tiempo de duración, el precio anterior de cada bien o servicio y el nuevo precio o, en su defecto, el beneficio que obtendría el consumidor en caso de aceptarla. Cuando se trate de promociones en que el incentivo consista en la participación en concursos o sorteos, el anunciante deberá informar al público sobre el monto de los premios, el plazo y el lugar donde se podrán reclamar. Como puede observarse, este artículo y el anterior se refieren a los elementos del contrato de adhesión que no son imprescindibles sino que, al menos en cuanto a promociones y ofertas, dependen de las estrategias del proveedor para atraer a su clientela.

Los sistemas de crédito están regulados en artículo 47, significa que en cada uno de los sistemas de crédito el consumidor deberá obtener determinados bienes o servicios; el proveedor, por su parte, deberá estar en la obligación de distribuir la información de forma previa, clara y precisa. Cabe señalar que se prohíbe el establecimiento y cobro de intereses sobre los intereses, es decir que el cálculo de todos los intereses en las compras a créditos deberán hacerse exclusivamente por encima del saldo capital, cada vez que se cancele una o dos cuotas, el interés deberá ser recalculado para de esta forma evitar que se cobre sobre el monto del capital. (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000).

Otro aspecto que identifica a los contratos de adhesión es el pago en cada una de las ventas o prestación de servicio a crédito, el cual el consumidor tiene el derecho a pagar anticipadamente la totalidad de lo adeudado, o a realizar pre-pagos parciales, en cuotas o en cantidades mayores a una cuota. Sin embargo, en este caso, los intereses serán pagados exclusivamente sobre el saldo pendiente. Por otra parte, con respecto a la cobranza de créditos, el consumidor no deberá ser expuesto en ridículo o a la difamación, ni a cualquier otro tipo de coacción ilícita ni mucho menos a amenazas de cualquier tipo que suela ser dirigidas hacia su persona o por el proveedor quien actué en su nombre (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000).

Finalmente, en lo que se refiere a pagos con tarjeta de crédito, las ofertas, promociones, rebajas o descuentos que son exigibles en la modalidades de pago al contado, serán de igual modo exigibles al consumidor en tarjeta de crédito, salvo que se coloque en su conocimiento oportuna y adecuadamente, en la publicidad o información que suela ser respectiva y de manera expresa a lo contrario (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000).

CAPITULO III

ANÁLISIS DE CASOS PRÁCTICOS DE CARÁCTER JUDICIAL O NOTARIAL.

A continuación se presenta el capítulo III, donde se muestran casos prácticos y, a manera introductoria, los elementos de los contratos de adhesión, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y la autonomía de la voluntad de las partes.

ANÁLISIS PREVIO AL CASO.

3.1 Elementos del contrato de adhesión.

Los elementos del contrato constituyen parte esencial del mismo. A continuación se presentarán, siguiendo los aportes de Palacios (1997), cuáles son:

El consentimiento de las partes: Es el acuerdo entre dos o más personas con el fin de producir un efecto jurídico. Este consentimiento debe ser prestado por personas que tengan la capacidad para contratar y además, las partes no deben haber cometido ningún error, sea por la naturaleza del contrato o sobre su objeto. Una de las partes ofrece una prestación de servicio o un bien, y la otra decide o no dar su consentimiento para adherirse.

La capacidad de las partes: Cualidad que tienen las partes para contratar o adherirse a un contrato; en ella se encuentra, el sexo, la edad, entre otros. Se trata de estar apto para firmar un contrato, sin que ello signifique un menoscabo en sus intereses y en la integridad de quien se adhiere al contrato.

El Objeto: El contrato debe reunir características como: ser posible, lícito, procurar al acreedor una ventaja apreciable en dinero y estar suficientemente determinado. El oferente debe tener un producto para ofrecer, porque de ello se basa que pueda captar la atención de los posibles firmantes del contrato de adhesión.

Todos los elementos antes expuestos convergen para que se den los contratos de adhesión; si alguno de estos no se encuentra presente no podría existir este tipo de contrato.

3.2 Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

La ley señala, en líneas generales, cuáles son los derechos que se le reconocen al consumidor. La ley sobre la materia se halla compuesta por 15 capítulos que regulan, entre otros aspectos, el control de precios, calidad, cantidad, asociaciones de consumidores, prácticas prohibidas, las infracciones y penas, la competencia y procedimiento. Se pretende que pueda garantizarse la participación activa del Estado para la defensa de personas usuarias y consumidoras y establecer principios y normas que permitan conformar un sistema de protección, reparación y sustitución de derechos.

La ley establece los derechos de toda persona natural o jurídica que adquiera, consuma o utilice un bien o servicio, así como obligaciones que tiene el proveedor para poder garantizar los derechos del consumidor, los cuales pueden establecerse como: el derecho a recibir productos y servicios de óptima calidad; garantizar la salud, vida, seguridad en el consumo y satisfacción de necesidades fundamentales; el derecho a tener información veraz, adecuada, clara; a la protección contra la publicidad engañosa y abusiva, y a la tutela efectiva para la protección de sus derechos y reparación de daños (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000).

Además la ley establece obligaciones a los proveedores para garantizar los derechos del consumidor. Todo proveedor es responsable de entregar al consumidor información veraz, clara y completa de los bienes o servicios ofrecidos, así mismo se establece la obligación de que toda empresa o establecimiento comercial mantenga un libro de reclamos a disposición del consumidor. La normativa ecuatoriana regula la publicidad y la información que se entrega al consumidor. Igualmente se prohíbe todo tipo de publicidad engañosa y abusiva que incite a la violencia, y portadora de mensajes subliminales (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000).

El proveedor comete infracción cuando su publicidad induce a un error respecto a: origen del producto, los beneficios y consecuencias del uso del bien o de la contratación del servicio, las características básicas del bien o servicio como componentes, ingredientes, dimensión, cantidad, calidad, utilidad (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000).

Los proveedores deben brindar la información básica, peso, medida y precio, incluyendo cargos de impuestos de manera que se indique el precio final del producto. La facultad para pronunciarse sobre cualquier reclamo del consumidor la tiene la Defensoría del Pueblo; sin embargo, se podrá acudir, en cualquier tiempo, a la instancia judicial o administrativa que corresponda (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000).

La ley que de alguna manera trata de defender los derechos de los consumidores, para garantizarles acceso a la justicia y que se cumplan una serie de condiciones que suele ocurrir con regularidad en el campo del comercio y en las interacciones de las personas.

3.3 Autonomía de la voluntad de las partes.

Según Altereni (2010) tal principio consiste en considerar que toda persona solo puede obligarse en virtud de su propio querer libremente manifestado, en ello no puede coadyuvarse a una persona en contra de su voluntad manifiesta. Solo esa voluntad de un sujeto de derecho es apta para producir obligaciones. En el campo contractual el principio produce efectos determinados que contribuyen a perfilar aún más sus alcances.

Para Burneo (2008) se trata de un principio básico del derecho contractual visto como algo elemental de cada contrato. El valor de este principio se aprecia en el hecho de considerarse como una manifestación de la libertad del individuo, cuyo reconocimiento por la ley positiva se impone, y que se traduce en la posibilidad que tienen las personas de regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales son titulares y concertar negocios jurídicos.

La autonomía de la voluntad de las partes considera los siguientes aspectos en los contratos de adhesión de manera esencial, así lo afirma Echeverri (2010):

- 1.- Las partes pueden pactar entre ellas las prestaciones que deseen, ello facilita los contratos innominados.
- 2.- El consentimiento es la piedra angular para la formación de la mayoría de los contratos, lo que explica el auge y la abundancia de los contratos consensuales y la limitación de los otros dos tipos de contratos: los reales y los solemnes.

3.- Las partes son libres de regular como bien lo quieran, las prestaciones de un contrato. Por ello, la mayoría de las normas legales en materia de contratos son supletorias de la voluntad de las partes, rigen en los casos en que nada haya sido previsto por estas. Igualmente las partes pueden derogar la mayoría de las normas del código civil, y aun establecer formalidades especiales distintas de las legales o de las no contempladas en el ordenamiento legal (págs. 35-36).

PRIMER CASO JUDICIAL.

FUNCIÓN JUDICIAL DEL AZUAY.

Juzgado: “A” Único de Contravenciones del Cantón Cuenca.

Diligencia Procesal No: 01151-842-2014.

Materia: Defensa del Consumidor.

Actora: Guanuche Ramírez Mónica Patricia.

Abogado Defensor: Dr. Pedro Leonardo Muñoz Heredia.

Demandado: Santiago Hermida Serrano, Gerente y Representante legal de CONFIAMED, compañía limitada de seguros.

Abogado Defensor: Sin abogado defensor.

Jueza: Dra. Iliana Pachar.

Fecha de Ingreso: El 29 de abril del año 2014.

1. RELACIÓN CIRCUNSTANCIADA DE LOS HECHOS.

La parte actora Mónica Patricia Guanuche Ramírez, en fecha 1 de Mayo del año 2012, contrató un seguro de salud a la aseguradora denominada CONFIAMED, seguro que tenía un costo mensual de 35,78 dólares de los Estados Unidos de Norte América, dinero que fue descontado todos los meses de la tarjeta de crédito VISA BANCO DE GUAYAQUIL, el seguro que contrató cubriría un límite máximo por incapacidad de 3.000 dólares de los Estados Unidos de Norte América, por cobertura hospitalaria 100 dólares, entre otros rubros más conforme lo demuestra con el certificado de afiliación medica pre-pagada.

Resulta que en fecha 25 de Mayo del año 2012, fue ingresada a la Clínica España por presentar una enfermedad denominada infección endometriosis, dicha enfermedad le mantuvo internada por un lapso de dos días siendo atendida durante todo el tiempo en la casa médica, por lo que al momento de realizar el pago de la curación le salió un rubro equivalente a 1.385.63 dólares, por lo cual se acercó a la aseguradora CONFIAMED, a que cubra el gasto médico, conforme lo había contratado, presentando todos los requisitos solicitados por la aseguradora, sobre todo la factura emitida por la clínica. Resulta que al pedir el desembolso de lo gastado le supieron dar una respuesta inconsistente le indicaron que la factura presentada no era válida. Sin dar ninguna otra respuesta, más bien, solo le han dado una serie de largas y no han cumplido con lo acordado a pesar de haber suscrito un contrato de adhesión.

Incluso, luego de que le negaron el desembolso del dinero gastado en la Clínica, continuaban descontándole de la cuenta; no había cómo evitarlo. Después de haber cumplido el año para el cual se contrató le seguían descontando, al punto que se vio en la obligación de cerrar la cuenta de la tarjeta para que no le siguiesen perjudicando.

Posterior a los hechos anteriormente expuestos, la actora presenta una denuncia en el Juzgado Único de Contravenciones del Cantón Cuenca, a través de su abogado defensor legalmente autorizado el Dr. Leonardo Muñoz Heredia, una vez realizado el sorteo correspondiente de la causa, se tramitó en el Juzgado „A“ de Contravenciones del Cantón Cuenca de la Dra. Iliana Pachar. Una vez admitida a trámite la denuncia, el Juez le concede un término de tres días para que proceda la parte actora a reconocer la

denuncia, es así que el día 9 de mayo del año 2014 a las 8h30 minutos, se reconoció la denuncia interpuesta como suya.

El Juez ordena que se le cite a la parte demandada al señor Santiago Hermida Serrano, gerente y representante legal de CONFIAMED, compañía limitada de seguros, por lo que se realizó la citación el 19 de mayo del año 2014.

Una vez que la parte demandada ha sido citada, el Juez, de acuerdo a lo que dispone el artículo 84 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, convoca a la audiencia oral de juzgamiento para el día 26 de Agosto del 2014 a las 9h00, a la misma hora que concurrirán las partes con todas las pruebas de las que se crean asistidas, previniéndoles que se procederá en rebeldía.

Se llevó a cabo la audiencia oral de juzgamiento únicamente con la parte actora y se la toma en rebeldía a la parte demandada por su no comparecencia a la audiencia. La parte actora se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho y solicita que se tengan reproducidas como pruebas a su favor la factura y todo lo que de autos le sea favorable, el señor Juez manifiesta que la factura emitida por la Clínica España, sea sometida a un peritaje que observe si cumple con todos los requisitos de ley.

Se nombró como perito previo sorteo de ley del Sistema Informático Pericial de la Función Judicial al Contador Público, C.P.A. Daniel Tello Córdova, a fin de que intervenga en el presente trámite y pueda presentar el informe técnico en el plazo de ocho días, por cuanto la ley orgánica prevé plazos y no más de veinte días. El perito C.P.A. Daniel Tello Córdova, presenta su informe técnico, mediante la cual se pone en conocimiento de las partes para que realicen observaciones en un término de tres días.

No existiendo ningún tipo de observaciones por las partes del informe técnico pericial conforme lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, se convoca para el día miércoles 08 de octubre del 2014 a las 14h30 minutos, para la reanudación de la audiencia oral de juzgamiento.

Se reanuda la audiencia acudiendo únicamente a la parte actora y el señor perito C.P.A. Daniel Tello Córdova, nombrado en esta causa, quien manifiesta que la factura emitida por la Clínica España cumple con los requisitos de reimpresión; sin embargo, en cuanto

a los requisitos de llenado no consta la firma del adquiriente, se ha consultado telefónicamente y se ha verificado en lo que hace referencia al desglose de la factura que es la misma que la que utiliza la clínica. El Juez, emitirá su correspondiente resolución dentro del término de ley.

Cumplido el término de ley correspondiente que es de diez días, para emitir la resolución el Juez señala el día 13 de Octubre del 2014 a las 08h10.

Ante todo lo anteriormente expuesto y con el posterior análisis del señor Juez Dr. Alfredo Serrano Rodríguez, el mismo alega y considera que existe una prescripción de la denuncia, presentada por la parte actora. Tal como está reflejado y establecido en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que se refiere a la prescripción de las acciones. “Las acciones civiles que contempla esta Ley prescribirán en el plazo de doce meses contados a partir de la fecha en que se ha recibido el bien o terminado de prestar el servicio. Si se hubiese otorgado garantía por un plazo mayor, se estará a éste, para efectos de prescripción”.

Lo cual significa que la actora debía respetar dichos lapsos a fin de hacer efectivos sus reclamaciones, por lo que se declara sin lugar la demanda de la actora en contra del señor Santiago Hermida Serrano, gerente representante legal de la aseguradora.

La parte actora manifiesta por medio de su abogado defensor no estar de acuerdo con la sentencia dictada dentro de la presente causa, en fecha 13 de octubre del año 2014 por la que interpuso, recurso de apelación ante el superior de conformidad con el derecho constitucional reconocido en el artículo 76 numeral 7 literal m, de la Carta Magna.

Teniendo conocimiento, la Jueza Dra. Iliana Pachar, integrada nuevamente a sus funciones, concede el recurso de apelación interpuesto a la sentencia dictada dentro de esta causa, y ordena que se remita el proceso a la oficina de sorteos de la Función Judicial del Azuay a fin de que se radique la competencia a uno de los jueces de la Unidad Judicial de lo Penal del Cantón Cuenca.

Realizado el sorteo, avoca conocimiento de la causa la Dra. Sonia Cárdenas Unidad Judicial „C“ de lo Penal del Cantón Cuenca, cuya resolución de la apelación da el día 7 de marzo del año 2015 en lo que manifiesta lo siguiente:

Admitido el recurso de apelación a trámite, la Dra. Sonia Cárdenas analiza que el artículo 31 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que el señor Juez Dr. Alfredo Serrano Rodríguez se basa para declarar sin lugar la demanda, es el que hace referencia a la prescripción de las acciones.

Las acciones civiles que contempla esta Ley prescribirán en el plazo de doce meses contados a partir de la fecha en que se ha recibido el bien o terminado de prestar el servicio. Si se hubiese otorgado garantía por un plazo mayor, se estará a este, para efectos de prescripción (pág. 9).

Al respecto, la denuncia se presenta el 29 de Abril del año 2014, pasados doce meses de haber recibido la atención médica que se asimila a haber recibido el bien, según dispone el artículo 31 en referencia.

Sin embargo, la Dra. Sonia Cárdenas constata que la aseguradora Confiamed seguía cobrando la cuota mensual exigida por la póliza de seguro. El cobro ha sido realizado por el lapso de un año, esto es, desde el 1 de mayo del año 2012, hasta el 1 de junio del año 2013, a pesar de haberse negado a pagar la factura de la clínica, tal y como lo admite la propia aseguradora.

Evidentemente esto prueba que la demandante se encontraría dentro del plazo establecido en la disposición referida, cuando incluye el supuesto “terminado de prestar el servicio” de seguro de salud.

Como lo señala la respectiva sentencia:

El demandado tiene como actividad comercial la prestación de servicios de seguro de salud y medicina y se encasilla dentro del concepto de proveedor, mientras que la actora, al ser receptora de esa prestación tiene la calidad de consumidora. Por lo tanto, al haber justificado el siniestro, que consistió en el quebrantamiento de salud de la actora, el demandado estaba en la obligación de cumplir con esos términos del contrato, según aparece en las pruebas

presentadas y válidamente actuadas en audiencia. (Defensa del Consumidor, 2014)

Es así que la certificación de afiliación de medicina pre-pagada se encontraba con vigencia de un año, es decir, desde el 1 de mayo del año 2012 hasta el 1 de Junio del año 2013, que vuelve al accionante titular de la prestación. En tal caso, no se cumple el plazo para la prescripción de la acción, porque la denuncia fue presentada el 29 de Abril del año 2014. Se demuestra que la aseguradora Confiamed no cumplió con la devolución de lo reclamado y con devolver el valor cancelado por la accionante a la Clínica España, alegando defectos en la factura, argumentando que no cumple con los requisitos de ley. Cuestión que fue totalmente desmentida por el perito a cargo, cumpliendo así la factura con todos los requisitos establecidos. Por lo tanto, el demandado vulneró los derechos de la consumidora consagrados en la Constitución y en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

En tal razón, se acepta el recurso interpuesto y se falla a favor de la demandante; se revoca la sentencia venida en grado y se declara con lugar la acción propuesta en contra de Confiamed, en la persona de su gerente y representante legal señor Santiago Hermida Serrano. Se ordena al demandado que restituya a la actora los valores especificados en la factura 0014428, expedida por la Clínica España, que tendrá un plazo de quince días; además se le impuso al demandado una multa de doscientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

2. ARGUMENTOS JURÍDICOS.

2.1. ARGUMENTOS JURÍDICOS EXPUESTOS POR LA PARTE ACTORA.

Los fundamentos de derecho expuestos por la parte actora, que es la señora Mónica Patricia Guanuche, a través de su abogado defensor para la sustanciación de la causa, fueron: 1) el artículo 52 de la Constitución (2008):

Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre

su contenido y características. La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor. (pág. 29)

Y en relación a lo suscrito en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (2000) en referencia a la entrega del bien o prestación del servicio:

Todo proveedor está en la obligación de entregar o prestar, oportuna y eficientemente el bien o servicio, de conformidad a las condiciones establecidas de mutuo acuerdo con el consumidor. Ninguna variación en cuanto a precio, costo de reposición u otras ajenas a lo expresamente acordado entre las partes, será motivo de diferimiento. (pág. 6)

Por lo que en consideración a los fundamentos de derecho expuestos con anterioridad, la actora, acudió al Juzgado Único de Contravenciones del Cantón Cuenca, y presentó la denuncia en contra del señor Santiago Hermida Serrano, gerente y representante legal de Confiamed, a fin de que el señor Juez ordene se devuelva el dinero de curación gastado en la Clínica España y se mande a cancelar todos los daños y perjuicios ocasionados.

3. CRITERIO JURÍDICO PERSONAL

La parte actora, la señora Mónica Patricia Guanuche Ramírez, consideró que se le están perjudicando y menoscabando sus derechos, por lo que es absolutamente lógico y conveniente que acuda a la Administración de Justicia para la protección de los mismos y evitar que le sigan perjudicando. Fue debidamente patrocinada desde un inicio por su abogado defensor el Dr. Leonardo Muñoz Heredia, quien se basó en la Constitución de la República y en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en los hechos y demás

pruebas, para presentar la denuncia, puesto que se le venía otorgando a la actora un servicio defectuoso por parte del proveedor. Todos los ciudadanos, cuando se ven perjudicados o envueltos en distintas situaciones que ocurren diariamente, tienen que liberarse del temor a alguna represalia, romper esos lazos que les atan y reclamar por lo justo, acudir a la justicia para que se valore y se reconozcan los perjuicios causados por quienes no cumplen lo pactado y que poseen un afán de perjudicar, pese a que exista un contrato legalmente celebrado. La actora tomó en consideración todos aquellos argumentos jurídicos necesarios y correctos, pero no le sirvieron de mucho o de nada. A pesar de reclamar por lo que le correspondía, la autoridad judicial, al motivar su fallo, dio una respuesta negativa, lo que le causó aún más perjuicio. Se puede observar claramente el desempeño de una justicia que deja mucho que desear.

4. SITUACIÓN DEL DEMANDADO.

En este caso en concreto se verifica que la parte demandada no tiene la más mínima intención de comparecer a la audiencia para dar contestación a la denuncia legalmente presentada, y así poder esclarecer los hechos y brindar una mayor agilidad al proceso. No solo las autoridades judiciales tienen la obligación de otorgar agilidad y eficacia procesal, también les corresponde a las partes procesales; todos deben colaborar para llegar a un fin común, que es dar a cada uno lo que le corresponde, es decir, lograr hacer justicia.

Se ve a diario en nuestro ordenamiento jurídico que algunos piensan que, por el hecho de no compadecer o hacer caso omiso a un reclamo legalmente presentado, se escaparán de una sanción ejemplar. Tales hechos resultan penosos y dan lugar a injusticias, a acciones poco o nada profesionales que dan resultados muy repudiables. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico no se cambia la forma de administrar justicia porque siempre realizan los mismos actos bochornosos.

No me parece bien la forma de administrar justicia dentro de nuestro país. No solamente tienen responsabilidad las autoridades judiciales sino las mismas personas, quienes no permiten hacer de la justicia una práctica diaria con actos nada honrosos. Espero que algún día esta situación tan preocupante que se vive día a día en el Ecuador, cambie.

5. RESOLUCIÓN DEL JUZGADO.

Juez Ponente: Dr. Alfredo Serrano Rodríguez (Encargado).

Proceso No: 842-2014.

Fecha: Cuenca, 13 de octubre del 2014 a las 08h10.

1.- PARTE EXPOSITIVA.

El Juez en la parte expositiva manifiesta que comparece la ciudadana Mónica Patricia Guanuche Ramírez, proponiendo una denuncia en contra del señor Santiago Hermida Serrano, que en fecha 1 de Mayo del año 2012. Había contratado los servicios de un seguro de salud con una aseguradora denominada CONFIAMED, por un costo mensual de 35.78 dólares, los mismo que se ha sabido descontar de su tarjeta de crédito VISA BANCO DE GUAYAQUIL, seguro que llegaba a cubrir un límite máximo por incapacidad de 3.000 dólares, por cobertura hospitalaria 100 dólares, entre otros rubros más, conforme indica, justifica con el certificado de afiliación medica pre-pagada. Que en fecha 25 de Mayo del 2012 ha sido ingresada en la Clínica España por presentar una enfermedad denominada infección endometriosis, por lo que se le ha internado por un lapso de dos días, siendo atendida en dicha casa de salud hasta su curación, la curación ha tenido un costo de 1.385.63 dólares, monto que ha reclamado a la aseguradora, para que cubra el gasto médico conforme lo contratado, presentando todos los requisitos solicitados sobre todo la factura de la clínica. Que al pedir el desembolso de lo gastado, ha recibido una respuesta absurda de parte de la aseguradora, quienes le han indicado que la factura presentada no era válida, sin darle ninguna otra respuesta por el contrario únicamente le han dado largas y no han sabido cumplir con lo acordado.

Llevado a cabo la audiencia de juzgamiento conforme lo dispone el artículo 84 de Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, únicamente con la presencia de la parte actora esto es Mónica Patricia Guanuche Ramírez, con su abogado defensor, Dr. Leonardo Muñoz Heredia, se ha practicado la prueba por la parte actora, ésta indica que reproduce todo cuanto de autos le sea favorable en especial a) La factura que obra a fojas 1, con la cual justifica los gastos de 1.385.63 dólares, por concepto de atención médica recibida en la casa de salud „Clínica España“: b) El documento de fojas 2, que

corresponde a la solicitud de reembolso realizada a la aseguradora „CONFIAMED“; c) Documento de fojas 3, que se refiere a la negativa de reembolso, indicándose que se devuelve la reclamación por cuanto la factura otorgada por la Clínica España, no cumple con los requisitos de ley; d) De fojas 4 a fojas 15, copias de la historia clínica de la actora; e) De fojas 16 a fojas 18, certificado de afiliación medica pre-pagada, o contrato de seguro de Mónica Patricia Guanuche Ramírez, con la aseguradora „CONFIAMED“; y f) El documento de fojas 18 que se refiere a la devolución del reclamo. En este estado suspende la audiencia de juzgamiento a fin de nombrar un perito que realice un examen de la factura entregada por la Clínica España, con la finalidad de que se verifique si cumple o no con los requisitos de ley.

Reanudada la audiencia en el día y hora señalada, con la concurrencia del señor perito, C.P.A. Daniel Tello Córdova, sobre los puntos esenciales de su informe, indica que, la factura a la cual ha realizado el examen o estudio a fin de determinar si cumple con los requisitos de ley, manifiesta que la factura de la Clínica España, si cumple con los requisitos de ley y de los artículos 18 y 19 del Reglamento de Comprobantes de Ventas, Retención y Documentos Complementarios, vigente, haciendo una observación, que en dicha factura no consta la firma del adquiriente.

2. PARTE MOTIVA.

Por lo que el Juez en la parte motiva expresa que, el artículo 169 de la Constitución de la República, dispone que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, las normas procesales consagraran los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, haciendo efectivo las garantías del debido proceso, situación que se encuentra en relación con lo dispuesto en los artículos 75, 76, 77 y 82 ibídem, esto es, la parte actora está en la obligación de demostrar los hechos alegados a fin de llevar al juzgador a la certeza de que los hechos han sido probados conforme a derecho. En el caso que nos ocupa, si bien la actora ha justificado con su factura No. 001-001-0014428, el monto que ha significado las curaciones recibidas en la Clínica España, así como, el hecho de que dicha factura si cumple los requisitos de ley, en la forma como lo ha expuesto el señor perito, sin embargo, conforme a lo que dispone el artículo 82 de la Constitución de la República, que se refiere a la seguridad jurídica, la actora, conforme a la fe de presentación de la

presente acción en la respectiva Sala de Sorteos, de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, la denuncia ha sido presentada en fecha 19 de Abril del 2014, esto es, a más del año, que tenía para hacerlo en los términos del artículo 31 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que en forma expresa dispone: „**Prescripción de las Acciones.**- Las acciones civiles que contempla esta Ley prescribirán en el plazo de doce meses contados a partir de la fecha en que se ha recibido el bien o terminado de prestar el servicio. Si se hubiese otorgado garantía por un plazo mayor, se estará a éste, para efectos de prescripción” (p. lo cual significa que la actora debía respetar dichos plazos a fin de hacer efectivas sus reclamaciones, por lo que esta autoridad sin entrar a realizar otras consideraciones.

3. PARTE RESOLUTIVA.

El Juez en la parte resolutive dispone que, administrando justicia en nombre del pueblo soberano del Ecuador por autoridad de la Constitución y las leyes de la República, se declara sin lugar la demanda planteada en esta vía por, Mónica Patricia Guanuche Ramírez, dejando a salvo el derecho que a la actora le pueda asistir en otras vías.

6. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA SENTENCIA.

Según la resolución anteriormente expuesta, es evidente que existe una vulneración a los derechos del consumidor, en este caso puntual a la señora Mónica Patricia Guanuche Ramírez, (consumidora) el demandado tiene como actividad comercial la prestación de servicios de seguro de salud y medicina y encasilla dentro del concepto de proveedor.

Aprovechándose esta compañía aseguradora, de que tiene la facultad absoluta, por haber suscrito un contrato de adhesión con cláusulas previamente estipuladas a su gusto sin existir una negociación previa, pero ante la necesidad de la actora tuvo que firmar el contrato, eso no les da el derecho de hacer y deshacer las cosas como a ellos mejor les convengan dejando en el desamparado y causándole molestias a la parte más débil del contrato a la que se denomina consumidor (usuario).

Hoy en día es muy común observar múltiples casos mediante las cuales, los prestadores de determinados servicios, (proveedores) provocan perjuicios a mas no poder, gracias a que la justicia es muchas veces ingrata con aquellos ciudadanos que reclaman o exigen el cumplimiento real de un derecho, en otras circunstancias se aprovechan por ser una rama del derecho poco practicada como la Defensa del

Consumidor, inclusive no tienen conocimiento a plenitud las mismas autoridades judiciales y abogados patrocinadores, como si lo tienen en diferentes ramas del derecho como es el Penal, Civil, Laboral, Administrativo y el Constitucional, todo ello implica dejar impune toda queja o denuncia interpuesta por el perjudicado, como si fuese una rama totalmente ajena a derecho, o a su vez expresan una resolución sin justificación ni motivación adecuada, sin pies ni cabeza todo eso nos ha llevado a dejar a la gracia de Dios, sin tomar en consideración de que por medio existen personas afectadas, aquellas que acudieron a la justicia con ese afán de que se les pueda hacer justicia, sin pensar que van obtener como resultado aún mucha más vulneración e injusticias.

Me ha llamado la atención la resolución tomada por el Dr. Alfredo Serrano en este proceso judicial sobre la Defensa del Consumidor, es muy discutida y no comparto, de ninguna manera, porque no constata todos los medios de pruebas que se practicaron, a pesar de existir la pruebas evidentes a favor de la actora la señora Mónica Patricia Guanuche Ramírez, el señor Juez motiva su fallo basado en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que establece: „***Prescripción de las Acciones.- Las acciones civiles que contempla esta ley prescribirán en el plazo de doce meses, contados a partir de la fecha en que ha recibido el bien o se haya terminado de prestar el servicio***”... (P. 9) sin embargo no consideró que la aseguradora compañía limitada de salud y medicina CONFIAMED, en fojas 30 y 42 otorgada por la misma aseguradora, consta que a pesar de haberse negado a pagar la factura de la clínica, ésta seguía cobrando por un lapso de un año por concepto de prestación de servicios de salud y medicina pre-pagada por el contrato No. 719.1, la suma de 35.78 dólares mensuales hasta el mes de Junio del año 2013.

Esto precisa que la actora se encontraba dentro del plazo establecido, porque la denuncia fue presentada el 29 de Abril del año 2014, fecha en la cual no se terminaba aún de prestar el servicio, es decir no se cumplió el año para que pueda operar la prescripción de la acción, por lo que no lo veo correcto que el señor Juez, motive su decisión en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, resolución desde mi punto de vista apresurada, no realizó una valoración completa del caso, esto le llevó a tomar una resolución injusta, le agrava aún más la situación a la parte actora, que a la final declara sin lugar la demanda, cuando la parte actora tenía todo el derecho de

interponerla, el Juez con su actuar le otorgo la facultad a la parte demandada de salirse bien librado que poco o nada le importo este proceso desde un inicio.

Algo absolutamente insólito que se den este tipo de situaciones dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ya que las personas acuden a la justicia para que se les haga justicia y no para que más bien se menoscabe un derecho y mucho menos causarle más perjuicios, sin ninguna duda las autoridades judiciales son los primeros llamados a realizar de la justicia una práctica diaria, autoridades que conocen el derecho las leyes, como aquel aforismo jurídico *Iura novit curia* (El Juez conoce el Derecho)en todo su sentido y contenido por esa razón son nombrados Administradores de Justicia, sin embargo pasan casos ajenos a nuestra voluntad que por más que acudamos a la tutela judicial efectiva nos encontramos ante una respuesta negativa y perjudicial. Situación desde mi punto de vista lamentable, que existan autoridades judiciales que poco o nada saben sobre una eficaz administración de justicia, esto conlleva no solo a causar perjuicio, sino a transgredir las normas comunes del debido proceso.

Es por ello que la accionante, por medio de su adecuada defensa y su pronta acción dentro esta causa al percatarse que se le estaban todavía vulnerando sus derechos, al declararle sin lugar la denuncia presentada, interpuso un recurso de apelación, es así que el Tribunal Superior, consideró todos los medios de prueba, realizó un análisis exhaustivo, especialmente de que la Clínica España, seguía cobrando por un lapso de un año por concepto de prestación de servicios de salud y medicina pre-pagada, verificó que no se cumplía el plazo que establece el artículo 31 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, para que tenga lugar la prescripción de la acción. Además de ello consideró que existía una vulneración evidente a la consumidora, inclusive por parte del Juez de primera instancia.

La parte demandada tenía toda la obligación de cumplir con lo acordado que es la devolución del valor cancelado a la Clínica España, se aceptó el recurso y se revocó la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO CASO JUDICIAL.

UNIDAD JUDICIAL DE LO PENAL DE CUENCA.

Proceso No: 01283-2017-00549.

Materia: Contravenciones al Código Orgánico Integral Penal.

Tipo de Proceso: Contravenciones a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Acción /delito: Derechos Fundamentales del Consumidor.

Actor: Roberta Camila Fiallo Flor.

Abogados Defensores: Francisco González y David Solano.

Demandados: Miguel Salomón Masri Palma, en calidad de gerente general y representante legal de Movilmax compañía limitada y el señor Juan José Espinoza en calidad de jefe del local de servicio técnico de Movilmax compañía limitada.

Abogado Defensor: Jesira Mariana Marín Piña.

Juez: Abogado Jorge Bladimir Iñiguez Guerra.

Fecha de Inicio: 16 de marzo del año 2017.

1. RELACIÓN CIRCUNSTANCIADA DE LOS HECHOS.

La parte actora Roberta Camila Fiallo Flor acude el 2 de septiembre del 2016 a dejar su teléfono celular marca Iphone 6s en el local de servicio técnico Movilmax Compañía Limitada, supuestamente es un centro debidamente autorizado por Movistar, que está ubicado en el interior del centro comercial Milenium Plaza, que se encuentra localizado en las Calles José Peralta y Cornelio Merchán de la ciudad de Cuenca. El motivo principal por la que acudió la parte actora es para que le arreglen el pin de carga del celular marca Iphone 6s. Es así que al día siguiente nuevamente se dirigió al centro comercial Milenium Plaza, específicamente a Movilmax Compañía Limitada, le supieron indicar que habían cambiado la pieza del celular por otra nueva y original, sin embargo al regresar a su domicilio el celular no funcionaba. De manera inmediata se regresó al mencionado local y lo encontró totalmente cerrado.

Al día siguiente, sábado 3 de septiembre del año 2016, nuevamente se dirigió al local pero no le atendieron indicándole que el servicio técnico, le podía atender el día lunes, día en el cual le recibieron el celular que no se encontraba en funcionamiento, ahí le supieron manifestar que iban, abrir el celular de nuevo y revisar circuito por circuito.

Tuvo que esperar aproximadamente dos semanas, pero resulta que a la final no le supieron arreglar el celular, posteriormente le devolvieron el celular totalmente inactivo, es por ello que acudió a Macwork, que se encuentra ubicado en el edificio la fragata en la Calle Alfonso Moreno Mora y Avenida Solano de la ciudad de Cuenca, en donde como servicio debidamente certificado de la marca Apple, le certificaron que debido al uso de herramientas incorrectas o la indebida manipulación de quien intervino en el teléfono, se produjo un sobre voltaje dejándolo, sin funcionamiento y la placa lógica que debía haber sido reemplazada tiene un valor de novecientos dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Por ello acudió en primera instancia a la Delegación Provincial de la Defensoría Pública, Coordinación General Defensorial Zonal 6, el día 5 de diciembre del año 2016, para ejercer los derechos del consumidor, se admitió a trámite, se convocó a las partes a la única audiencia pública, fijada para el día 21 de Noviembre del 2016 a las 08h30, para procurar un acuerdo entre las partes, lo cual no se pudo llegar a un acuerdo por la no comparecencia de la parte demandada.

RESOLUCIÓN DE LA DEFENSORÍA PÚBLICA.

Realizado el análisis por la Coordinación General Defensorial Zonal 6, de acuerdo a lo que dispone el artículo 81 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, considera que presuntamente se están vulnerando los derechos del consumidor a una información clara, veraz, completa y oportuna y acceder a bienes privados de calidad de conformidad con lo que establece el artículo 52 y 66 numeral 25 de la Constitución de la República y los artículos 4 numerales 2, 4 y 8; artículos 22 y 23 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Puesto en conocimiento de las partes interesadas el informe motivado de la Defensoría del Pueblo, y en concordancia con lo que dispone el artículo 83 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor será apreciado por el Juez de acuerdo a las reglas de la sana crítica, por lo que se solicita al señor Juez de la Unidad Judicial Penal del Cantón Cuenca, que inicie el respectivo proceso investigativo, tomando en consideración los hechos que se han mencionado en el informe motivado.

ACTUACIÓN JUDICIAL.

El señor Juez, a petición de la ciudadana, Roberta Camila Fiallo Flor, y de conformidad con lo previsto en el artículo 84, de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, convoca a las partes a la audiencia oral de juzgamiento para el día 26 Junio del año 2017 a las 9h00, diligencia en la cual el demandado contestará a la demanda; las partes concurrirán con todas las pruebas de las que se crean asistidas, la disposición legal anteriormente referida indica que se podrá proceder en rebeldía.

Se llevó a cabo la audiencia oral de juzgamiento, en la que se evacuó las pruebas tanto de cargo como de descargo. El Juez resuelve suspender la audiencia, requiere la intervención de un perito, para que verifique el estado técnico actual del teléfono Iphone 6s Rose Gold, Imei 355764077820274, y sus componentes. A su vez, para que determine el daño existente en el teléfono y si la avería se debe al cambio de repuestos que se hace alusión en la denuncia, y si el daño se puede dar como consecuencia de mal uso, mal manejo del teléfono o por indebida manipulación del equipo al realizar trabajos de arreglo o cambio de piezas.

Se nombró como perito previo sorteo de ley del Sistema Informático Pericial de la Función Judicial al señor Moscoso Arévalo Hugo Vicente, de profesión ingeniero con especialidad electrónica, a fin de que intervenga en el presente trámite y pueda presentar el informe técnico en el plazo de diez días, por cuanto la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor prevé plazos y no más de veinte días. Al perito designado se le concede el término de tres días para su posesión, una vez posesionado el perito el día jueves 29 junio del 2017, promete desempeñar su función fiel y legalmente, se le concede un plazo de diez días para que emita y remita el informe al juzgado. Es así que el señor Moscoso Arévalo Hugo Vicente presenta su informe técnico, mediante el cual se pone en conocimiento de las partes, de modo que realicen observaciones en un término de tres días.

Al no existir observaciones de las partes del informe técnico pericial, conforme lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, se convoca para el día 9 de Noviembre del 2017 a las 09h00, para la reanudación de la audiencia oral de juzgamiento.

Se reanuda la audiencia oral de juzgamiento, en la que se recibe el testimonio del señor Giovanni Jaramillo, técnico en Movilmax. Al interrogatorio responde que es técnico de Movilmax, distribuidor autorizado de Movistar, que ha sido técnico durante 4 años, no solo de esta empresa sino de otras.

[...] El equipo fue ingresado para la reparación del pin de carga, se reparó y se entregó, pero el cliente regresó a los dos días manifestando que el celular no encendía, se revisó para determinar la nueva falla. En Latinoamérica no existen repuestos originales del celular, el equipo fue entregado encendido después de 12 horas de prueba, al teléfono se le cambió el pin de carga. El celular fue ingresado dos días después, no me acuerdo la fecha exacta, tuve conversaciones por whatsapp con la señorita Fiallo y le manifesté que las bovinas del teléfono tenían un daño superior y que eso quemó el teléfono. Cuando el teléfono se reingresó se le sugirió a la señorita Fiallo que el daño pudo haber sido por un

sobre voltaje. Soy técnico de Movilmax y no le indiqué a la señorita que en caso de abrirse el teléfono perdería la garantía, no se le indicó sobre el repuesto cambiado.

A su vez, se receiptó el testimonio del señor Pablo Berrezueta, técnico en productos Apple, quien ante el interrogatorio responde:

[...] Trabajo en computadoras desde 15 años atrás, en el país hay solo dos coordinadores Apple el uno de ellos soy yo, he trabajado dentro y fuera del país con equipos Apple y soy técnico certificado. Conozco a la señorita Roberta Fiallo, es nuestra clienta y nos trajo un teléfono que había sido reparado en otro lugar, todos los equipos tienen garantía a nivel mundial, el teléfono no encendía, la señorita nos explicó que había llevado el teléfono a otro lugar a que le cambien el pin de carga, eso no es correcto ya que si el teléfono tiene garantía no debe ser abierto porque pierde su garantía. Le abrí el teléfono y verifiqué que faltaban tornillos y blindaje del teléfono, y tenía un pin de carga pirata. Le indicamos a la señorita cuando abrimos el teléfono y procedimos a cerrarlo para que haga el reclamo correspondiente. La pieza dañada es la pieza principal del teléfono, es el cerebro del teléfono dañado por el posible uso de la pieza pirata. Los operadores en el país no tienen permiso para reparar teléfonos, sí lo hacen, pero sin autorización de Apple, la reparación tiene un costo de novecientos dólares. La señorita Fiallo, es nuestro cliente por más de seis meses, soy técnico certificado de Apple, persona avalada por Apple para estos trabajos, trabajamos con canales autorizados y usamos solo piezas originales. El 90% de daños de los teléfonos se dan por piezas piratas. Una vez que se abre el teléfono pierde la

garantía, yo revisé el teléfono en el mes de octubre del 2016 y el mismo día emití un certificado que tiene mi firma en calidad de coordinador técnico certificado de Apple.

Se recepa la declaración de la parte actora Roberta Camila Fiallo Flor, al interrogatorio responde:

[...] realicé el reclamo porque mi celular Iphone 6s tenía una falla al momento de cargar por lo que le llevé a repararlo en el Milenium Plaza, en el local de Movilmax que tiene el nombre de Movistar. La factura que me dieron era de Movilmax, yo dejé el celular para que se reparé el pin de carga, al día siguiente me devolvieron pero regresé a los diez minutos porque mi celular no estaba reparado, el local estaba cerrado regresé el sábado y no estaban trabajando, regresé nuevamente el día lunes pero tampoco estaba el técnico; sin embargo, dejé el celular para que lo revisen; estaba esperando unas tres semanas y me dijeron que estaban revisando circuito por circuito; a las tres semanas me dieron el teléfono totalmente muerto, los circuitos estaban dañados, es por eso que tuve que irme a otro lugar y fui al Macwork, y en ese momento me dijeron que el celular estaba dañado y faltaban piezas y tenía una pieza pirata, en Movilmax me dijeron que era una pieza original, el coordinador de Macwork me dio un certificado, y posteriormente acudí a la Defensoría del Pueblo y realicé este proceso. La factura que recibí de Movilmax era de 40 dólares. Al conrainterrogatorio responde que desconocía que perdería la garantía, yo conocí a Macwork a raíz del problema con Movilmax, el día viernes retiré el equipo a las seis de la tarde, el equipo recibí encendido pero no reparado, cuando regresé

al local ya estaba cerrado, el día sábado me dijeron que ese día los técnicos no trabajaban por lo que me acerqué el día lunes en la mañana.

Se recibe el testimonio del señor Diego Álvaro Roberto Fiallo:

[...] Conozco a Roberta Camila Fiallo Flor por cuanto soy su padre, mi hija se acercó a Movistar en el Milenium Plaza para que sea arreglado su Iphone, ya no se prendía. Un día fuimos a retirar pero ya no funcionaba, fuimos varias veces, después nos fuimos a las oficinas de Macwork y ahí un técnico dijo que faltaban piezas y estaba colocada una pieza pirata, lo que causó el daño del celular, es por eso que presenté la demanda. El local en el Milenium se llama Tecnocell y queda en la José Peralta y Cornelio Merchán; el técnico abrió el celular en frente de nosotros y dijo que una pieza pirata ocasionó la quema del teléfono y no pudo hacer nada, faltaban algunas piezas.

Al contrainterrogatorio responde:

Algunas veces acudimos a buscar al técnico y no lo encontramos, acudimos a Macwork un fin de semana luego de que sacamos el celular, yo no soy técnico para poderle informar, el señor de Macwork abrió el teléfono y manifestó que faltaban algunas piezas y una pieza pirata ocasionó la quema del celular.

Se receipta el testimonio del señor perito Hugo Vicente Moscoso Arévalo, quien menciona:

[...] el 21 de julio del 2017 se revisó el equipo en mención materia de la pericia, el mismo que estaba dentro de mi taller especializado para reparaciones, ubicado en el edificio La Fragata, se constató el estado del equipo, se constató las piezas de reemplazo y la que estuvo puesta; actualmente el teléfono no funciona, es un

daño de la placa principal, en la cual va conectada a un dispositivo llamado pin de carga o flex de carga; en primer lugar, este pin estuvo averiado y se lo reemplazó, luego del remplazo, el teléfono dejó de funcionar, se constató la pieza original y la cambiada pero la pieza cambiada era genérica, cuya diferencia es la marca Mac, luego de esto se procedió a dar el informe técnico, la causa más común de la falla del teléfono se da por una sobrecarga, esto se puede dar por un factor externo esto es por un cargador que no es el original y al no ser el repuesto original puede causar la sobrecarga. La falla también se da por un factor interno que pudo haberse dado por un repuesto cambiado que a lo mejor ya vino con el fallo por no ser el repuesto original y al ponerlo en funcionamiento pudo haber generado la falla. Una tercera causa es que pudo haberse usado una herramienta o un dispositivo que no son acordes al momento de manipular el teléfono, la falla de la placa es el motivo por el cual el teléfono no encendía desde mi punto de vista técnico no conozco cuál de estas tres causas ocasionó la falla del teléfono.

Al interrogatorio responde:

[...] Se hizo una investigación acerca del distribuidor de la marca a nivel mundial que es Mac, quien les da soporte a los equipos de su marca y se verificó que el teléfono estaba con garantía hasta el 9 de agosto del 2017. Garantía vigente para centros autorizados, pero si el teléfono es abierto en centros no autorizados pierde la garantía. El orden de las causas de la falla del teléfono no tiene mucho que ver ya que la falla se dio por una sobre carga. El pin de carga sirve para cargar el teléfono y para intercambiar información, el pin de carga

tiene el conector externo. Las causas de la falla puede ser probable que se dio porque el repuesto es genérico, es lógico que por esto se dé la falla del teléfono.

Al contrainterrogatorio responde:

Al tener distintos fabricantes de los repuestos pueden incurrir en algún fallo, el repuesto es funcional pero las características pueden diferir; yo no me dedico a reparar los equipos, por lo que desconozco si existen otros equipos de la misma marca que funcionen con repuestos genéricos. Si ante la reparación se utilizó herramientas que no son adecuadas se entendería que el teléfono no debería encenderse, la garantía del equipo se pierde cuando se abre el teléfono y se los hace en centros no autorizados. No conozco el estado original del teléfono, solo me remito a las condiciones en las que se me entregó.

Al segundo interrogatorio respondió: “Si de pronto el teléfono estuvo funcionando, en la primera carga pudo generarse el daño, no puedo asegurar qué es lo que pasó específicamente en el teléfono”. Al segundo contrainterrogatorio responde: “el uso de un cargador que no es el original o con un cable averiado puede ocasionar el daño, incluso si el pin de carga es original”. A la aclaración solicitada por el señor Juez responde: “el 70% de las causas es el factor externo, es decir, el uso de un cargador o un cable averiado, y un 30% de la causas del daño puede ser por el repuesto genérico.

Alegato inicial realizado en audiencia: La parte actora se ratifica en los fundamentos de hecho; además de ello se adjuntó el informe de la Defensoría del Pueblo, en el anuncio de los medios de prueba se recepta la declaración de la compareciente, el testimonio de los requeridos Pablo Roberto Berrezueta Cabrera, Diego Álvaro Roberto Fiallo Cobos, como prueba documental la factura No. 00400100017407 emitida por Movilmax, reingreso del Iphone 6s se refiere a la factura, informe técnico, certificado de datos generales de la compañía Movilmax, emitida por la intendencia de compañías.

Alegato final realizado en audiencia: Se ha probado de forma documental quién es el representante legal de Movilmax, se ha demostrado que esta empresa recibió el teléfono de Camila Fiallo, el 2 de septiembre del año 2016, se ha comprobado que en fecha 5 de septiembre se reingresó el teléfono; además, se ha escuchado a Pablo Berrezueta Cabrera, quien es técnico coordinador certificado de Apple, concluye que el pin de carga había recibido un corte circuito por una sobrecarga, debido al uso de herramientas incorrectas, la indebida manipulación del equipo y el uso de un repuesto genérico. Además, no cumplió con la obligación de informarle a la accionante sobre los derechos que tiene como consumidora de bienes y servicios y que el teléfono tenía una garantía y un soporte técnico vigente. Por su parte, el perito también recalca la gravedad del hecho de no haber informado sobre el soporte técnico y la garantía que tenía el teléfono al pertenecer a la marca Apple. En tal virtud, pide que se declare a lugar la acción para que al amparo del artículo 84 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor se condene a Movilmax, en la persona de su representante legal, al pago de daños y perjuicios a favor del accionante.

A la réplica responde:

[...] Para que un acto sea válido debe haber consentimiento y éste debe ser expreso; mi defendida firmó un documento, pero este documento se invalida, ya que el testigo de Movilmax dijo que no se le había informado de los derechos a mi defendida por lo que se violenta el artículo 4 numeral 4 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Alegato inicial realizado en audiencia:

La parte demandada, el señor Miguel Salomón Masri Palma, (gerente de Movilmax) con su “Abogada” la Dra. Jesira Marín negamos y rechazamos y contradecimos lo manifestado por el demandante, artículo 22 y 23 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. En este caso el usuario dejó un teléfono con un daño en el pin de carga, el teléfono fue reparado y entregado funcionando

nos oponemos a la denuncia. El daño del equipo se da por un mal uso, el supuesto técnico de Apple manifiesta que el daño se dio por un sobre voltaje, Apple no tiene servicio técnico en el Ecuador niego todos los hechos, amparo mi contestación en el artículo 24 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Anuncio los medios de prueba que es el testimonio de Giovanni Abel Jaramillo Matamoros y como prueba documental el certificado de recepción del equipo.

Alegato final realizado en audiencia: El testimonio del señor Fiallo difiere de la denuncia, dicho testigo menciona:

[...] El teléfono fue llevado a Macwork antes de ser devuelto a Movilmax para cubrir la garantía. Por otro lado el testigo Pablo Berrezueta indica que la perdida de la garantía es porque el teléfono fue abierto por otra empresa diferente a la que realizó el servicio, la cual fue ratificada por el perito. Por otra parte no se cuenta con la certificación por parte de Apple respecto al técnico Berrezueta. El peritaje no arroja la responsabilidad a ninguna de las partes ya que los daños del teléfono se deben a factores internos o externos. La denunciante recibió el equipo encendido, quiere decir que en caso de que el daño fuese por el repuesto o herramientas inadecuadas el equipo no se hubiese encendido ni funcionado. La garantía del equipo debía ser cuidada personalmente por la denunciante y debía saber que la garantía es con el proveedor, es decir, con Mac. En la hoja de recepción consta una advertencia que se refiere al artículo 22 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, esa hoja de recepción del equipo está firmada por Roberta Fiallo, quien en esta misma audiencia reconoció su firma. Por lo que al no haberse demostrado la culpabilidad de las partes procesales en el daño del equipo que hace alusión el artículo 24 del reglamento de la Ley Orgánica de

Defensa del Consumidor, que establece la excepción de aplicabilidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, por lo tanto, la advertencia estaba hecha de manera verbal y escrita a la usuaria, es por eso que ella firmó y aceptó el documento, por lo que no procede la reposición del equipo, ni el pago solicitado por lo que pido que se desestime la petición de la denunciante.

A la réplica responde:

[...] Es falso que no se hizo conocer a la señorita Fiallo de sus derechos como cliente, solamente no se le hizo conocer si en la reparación se iba a colocar el repuesto original o un genérico, ya que el mismo cliente no preguntó sobre este particular. Además, el documento que firmó la clienta está acorde a lo que determina la ley. Es obligación del cliente haber leído el documento que firmó; la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento.

La resolución del Juez es que una vez que se ha evacuado la presente audiencia, manifiesta que emitirá su decisión dentro del término legal. Una vez cumplido el término legal, el señor Juez emite su resolución en fecha 15 de Noviembre del 2017, en la que dispone lo siguiente:

Ante todo lo anteriormente expuesto con el posterior análisis del señor Juez el Abogado Jorge Iñiguez Guerra, realiza una valoración, quien considera que está debidamente probada por la parte actora la relación existente entre el prestador de servicios y usuario. A más de ello, con la prueba incorporada se ha podido demostrar la responsabilidad del proveedor del servicio, quien no ha dado la información eficiente, clara, fidedigna, oportuna, veraz, adecuada a la usuaria del servicio para que pueda tomar una decisión razonable sobre el servicio que iba a contratar, no se informó sobre el cambio de repuesto si iba a ser el original

o el genérico y si el teléfono es abierto en un local no autorizado por Apple, se pierde la garantía, siendo obligación de la empresa proveedora del servicio informar plenamente al consumidor sobre las consecuencias y riesgos de los servicios técnicos de la reparación, situación que incumplió la empresa Movilmax Cía. Ltda. Con lo analizado, este juzgador, a la luz de la sana crítica y con la valoración objetiva de las pruebas actuadas y cumpliendo con los principios de imparcialidad y motivación, considera que la empresa Movilmax Cía. Ltda. ha incumplido los mandatos legales contenidos en los artículos 52 de la Constitución de la República del Ecuador, que es el derecho de todo ciudadano de disponer de bienes y servicios de óptima calidad y elegirlos con libertad, información precisa y no engañosa el artículo 4 numeral 4 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que son derechos de los consumidores a una información veraz, adecuada, clara, oportuna y completa sobre bienes y servicios ofrecidos al mercado, como precios, características y calidad, condiciones de contratación y riesgos; el artículo 17 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que es obligación del proveedor de entregar información veraz, suficiente, clara, completa y oportuna de los bienes y servicios ofrecidos, de modo que el consumidor puede elegir razonablemente; y el artículo 24 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que es obligación del proveedor del servicio de uso de repuestos adecuados y nuevos en la reparación de los bienes del consumidor, y en este caso no fueron adecuados, fueron genéricos.

Por lo que se acepta la denuncia planteada por la ciudadana Roberta Camila Fiallo Flor, en contra de la empresa Movilmax compañía limitada, en la persona del señor Miguel

Salomón Masri Palma como gerente general, se condena a la empresa a la devolución de los valores consignados por su reparación que asciende a la suma de 40 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, se condena al pago del repuesto original que es la suma de 900 dólares; así mismo, una indemnización por daños y perjuicios ocasionados de 200 dólares y el pago de costas judiciales que asciende a la suma de 100 dólares; de acuerdo a lo que dispone el artículo 70 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor se impone a la empresa Movilmax Cía. Ltda., en la persona del señor Miguel Salomón Masri Palma como gerente general, la sanción de multa de 100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

2. ARGUMENTOS JURÍDICOS.

2.1. ARGUMENTOS JURÍDICOS EXPUESTOS POR LA PARTE ACTORA.

Los fundamentos de derecho expuestos por la parte actora, que es la señorita Roberta Camila Fiallo Flor, a través de su abogado defensor para la sustanciación de la causa, fueron los siguientes: El artículo 52 de la Constitución (2008), que se refiere a:

Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor. (pág. 25)

De igual manera, el artículo 66 numeral 25 *ibídem*, que hace referencia a:

[...] Se reconoce y garantiza a las personas, el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así

como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características. (págs. 29-31)

Por otra parte, el artículo 4 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en sus numerales 2, 3, 4, 6, 7 y 8 que se refiere:

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

3. Derecho a recibir servicios básicos de óptima calidad;

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

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

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

8. Derecho a la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios. (pág. 3)

En relación con el artículo 22 *ibídem*, que se refiere a:

[...] Reparación Defectuosa.- Cuando un bien objeto de reparación, presente defectos relacionados con el servicio realizado e imputables al prestador del mismo, el consumidor tendrá derecho, dentro de los noventa días contados a partir de la recepción del bien, a que se le repare sin costo adicional o se reponga el bien en un plazo no superior a treinta días, sin perjuicio a la indemnización

que corresponda. Si se hubiere otorgado garantía por un plazo mayor, se estará a este último. (pág.7

COMENTARIO JURÍDICO PERSONAL.

La parte actora, la señorita Roberta Camila Fiallo Flor, amparada en los argumentos jurídicos anteriormente expuestos, por medio de su abogado defensor, al verificar que la empresa Movimax Cía. Ltda. le estaba causando un gran perjuicio, como todo ciudadano afectado acudió de manera correcta a las autoridades, en primera instancia, a la Defensoría Pública, quien considera que existió una vulneración grave a los derechos del consumidor, inmediatamente remitió al Juzgado Único de Contravenciones, es decir, a la Unidad Judicial “O” de lo Penal. Por no otorgarle mencionada empresa una información veraz, oportuna y eficiente, que está garantizada no solo en la Constitución de la República sino en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, le causó perjuicios que, lamentablemente, muchos ciudadanos día a día tienen que pasar, por actos de ciertas empresas que, ante la necesidad del usuario, buscan sacar ventajas, sin que les importen los derechos de los demás, asegurándose que todo quede en la impunidad.

Los usuarios o consumidores requieren un servicio adecuado, digno, honesto y eficiente, pero ciertas empresas no piensan que esto puede llegar a instancias mayores, desentendiéndose de las quejas, reclamos o denuncias de la parte perjudicada y lograr así un final desastroso para aquellos prestadores de determinados servicios que están acostumbrados solo a perjudicar a la gente, a todos los proveedores de servicio sea de transporte, operadora de tv, servicios técnicos, seguros de salud y medicina y todos aquellos proveedores de productos en todo el Ecuador, existen leyes y justicia para los consumidores que son perjudicados, por su actuar, solo es cuestión de esfuerzo económico y decisión de los afectados para lograr que se les haga justicia y que paguen todos y cada uno de los perjuicios ocasionados a estas personas considerados según la Carta Magna, grupos de atención prioritaria a los que, al parecer, se los tiene totalmente en el olvido.

3. ARGUMENTOS JURÍDICOS EXPUESTOS POR LA PARTE DEMANDADA.

La parte demandada, para dar contestación a la denuncia, se ampara en los fundamentos de derecho expuestos que son los siguientes: El artículo 22 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que se refiere a:

[...] Reparación Defectuosa.- Cuando un bien objeto de reparación presente defectos relacionados con el servicio realizado e imputables al prestador del mismo, el consumidor tendrá derecho, dentro de los noventa días contados a partir de la recepción del bien, a que se le repare sin costo adicional o se reponga el bien en un plazo no superior a treinta días, sin perjuicio a la indemnización que corresponda. Si se hubiere otorgado garantía por un plazo mayor, se estará a este último.

En relación con el artículo 23 ibídem, que se refiere a deterioro de los bienes, el bien objeto del servicio de acondicionamiento, reparación, limpieza u otro similar sufre tal menoscabo o deterioro que disminuya su valor o lo torne parcial o totalmente inapropiado para el uso normal al que está destinado, el prestador del servicio deberá restituir el valor del bien, declarado en la nota de ingreso, e indemnizar al consumidor por la pérdida ocasionada.

Se ampara en lo que dispone el artículo 24 ibídem, que se refiere los contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea la reparación de cualquier tipo de bien, se entenderá implícita la obligación de cargo del prestador del servicio, de emplear en tal reparación, componentes o repuestos nuevos y adecuados al bien de que se trate, a excepción de que las partes convengan expresamente lo contrario.

El incumplimiento de esta obligación dará lugar, además de las sanciones e indemnizaciones que correspondan, a que se obligue al prestador del servicio a

sustituir, sin cargo adicional alguno, los componentes o repuestos de que se trate.

(págs. 7-8)

COMENTARIO JURÍDICO PERSONAL.

Los fundamentos de derecho expuestos en este caso por la parte demandada, desde mi punto de vista, le dan absoluta razón a la actora, porque existe la obligación de parte del proveedor de un servicio, de otorgar la información correcta y adecuada y, ante su incumplimiento, la indemnización de daños y perjuicios que se les puedan ocasionar. En este caso, la empresa incumplió su obligación, porque se realizó una reparación defectuosa del celular; además de ello, no hubo una comunicación a la parte accionante para que tomase una decisión libre y razonable, otorgándole así un contrato de prestación de servicios deficiente con el ánimo de perjudicarla desde un inicio; ante ello, veo justo y necesario que se haga justicia y, una vez probada la vulneración y perjuicio, que se haga la respectiva indemnización.

4. RESOLUCIÓN DEL JUZGADO

Juez ponente: Dr. Jorge Bladimir Iñiguez Guerra.

Proceso no: 01283-0549-2017.

Fecha: 16 de marzo del 2017.

1.-PARTE. EXPOSITIVA

El señor Juez, en la parte expositiva, se refiere al hecho que motivó el reclamo, la denunciante en su alegato inicial, por medio de su defensa considera: que se ratifica en los hechos de la denuncia. El dos de septiembre del 2016, la actora dejó su celular Iphone 6s, en el centro autorizado de Movistar, ubicado en el Milenium Plaza, al día siguiente que se retiró el teléfono, se le había indicado que se ha cambiado una pieza original, si bien el teléfono funcionaba, al llegar la parte actora a su domicilio ya no funcionaba, la señorita Fiallo regresó el día sábado y le manifestaron que el teléfono

debía ingresar el día lunes, luego de varias semanas el teléfono fue devuelto totalmente inactivo, acude a Macwork, ubicado en el edificio La Fragata, en donde le indican que por el uso de herramientas inadecuadas se ha producido un sobre voltaje del equipo, dentro de 90 días la actora acudió a la Defensoría del Pueblo a fin de reclamar los daños y perjuicios, a este proceso se adjuntó el informe motivado de la Defensoría del Pueblo. Como prueba testimonial la parte actora presentó el testimonio de los requeridos: Pablo Roberto Berrezueta Cabrera, Diego Álvaro Roberto Fiallo Cobos, como prueba documental la factura No. 00400100017407 emitida por Movilmax, reingreso del Iphone 6s, el informe técnico, certificado de datos generales de la compañía Movilmax emitida por la Super Intendencia de Compañías, así como el informe motivado de la Defensoría del Pueblo.

Se ha escuchado a Pablo Berrezueta Cabrera, quien indicó ser técnico coordinador certificado de APPLE; que él recibió el teléfono iPhone 6s de la accionante; concluye que el pin de carga había recibido un corto circuito por una sobrecarga, y que se debe al uso de herramientas incorrectas y a la indebida manipulación del equipo y el uso de un repuesto genérico. Además, no cumplió con la obligación de informar a la accionante de los derechos que tiene como consumidora de bienes y servicios, no informó que el teléfono tenía una garantía y un soporte técnico vigente.

Se ha receptado el testimonio de Diego Álvaro Roberto Fiallo Cobos, padre de la actora Roberta Fiallo, quien menciona que se acercó al Milenium Plaza para que le arreglen su celular, ya que no se prendía. Fueron a retirar pero no funcionaba, después acudieron a las oficinas de Macwork, y un técnico dijo que faltaban piezas y que estaba colocada una pieza pirata que ocasiono el daño. Dio su declaración la parte actora Roberta Camila Fiallo, menciona que hizo el reclamo porque el celular tenía una falla al momento de cargarlo, por lo que lo llevó a que le reparen en el Milenium Plaza, en el local de Movilmax. Al día siguiente le devolvieron, pero regresó a los diez minutos porque su celular no estaba reparado y encontró cerrado el local; regresó el sábado pero no estaban trabajando, volvió el día lunes pero no estaba el técnico, dejó su celular para que lo revisen. Esperó tres semanas, luego de lo cual le dieron el teléfono inactivo muerto. Tuvo que irse a Macwork, donde abrieron el celular y le dijeron que faltaban piezas, que estaba colocada una pieza pirata, sobre que en Movilmax le dijeron que era

original. El coordinador de Macwork le dio un certificado; con eso se acercó a la Defensoría del Pueblo a realizar este proceso.

El denunciado presentó como prueba testimonial el testimonio de Giovanni Abel Jaramillo Matamoros y como prueba documental el certificado de recepción de equipos, proveniente del teléfono de la denunciante, y con la firma de recepción del equipo. Al dar su testimonio menciona que el equipo fue ingresado para la reparación del pin de carga, que se reparó y se entregó, pero el cliente regresó a los dos días manifestando que el celular no encendía, se revisó el teléfono por varios días, para revisar la nueva falla. Agrega que en Latinoamérica no existen repuestos originales. El teléfono fue entregado encendido luego de un periodo de 12 horas de prueba, y que se le cambio el pin de carga. El teléfono fue reingresado dos días después, tuvo conversaciones por WhatsApp con la señorita Camila a la que se le indicó que las bovinas del teléfono tenían un daño y eso quemó el teléfono. No se le indicó a la señorita que en caso de abrirse el teléfono perdería la garantía, así como sobre la pieza cambiada.

Por su parte, el perito recalca en sus conclusiones la gravedad del hecho de no haber informado sobre el soporte técnico y la garantía que tenía el teléfono al pertenecer a la marca Apple. El perito determina cuáles son las causas de la avería del teléfono. Si bien el perito hace mención a un factor externo, es decir, al uso de un cargador no original, así también ha señalado que la falla se debe al uso de un repuesto genérico y a una indebida manipulación. El perito dice también que la causa mayor se debe a una causa externa pero no se ha demostrado que esta sea la causa específica del daño del teléfono. Lo que sí se ha demostrado es el uso de un repuesto genérico.

2. PARTE MOTIVA.

El Juez, en su parte motiva, se basa en el artículo 1 de la Constitución de la República, que determina que “El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia”, a su vez, el artículo 82 ibídem establece: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en la Constitución y la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. Se ha impuesto como el más alto deber del Estado el respeto de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la

República (Art. 11.9 C.R.E), sistema que se traduce en la protección de los derechos, uno de estos grupos vulnerables que requiere de protección especial es el de los consumidores, “que tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad...” (Art. 52 C.R.E.).

Se infiere, entonces, la protección especial que gozan los consumidores, a fin de que no sean víctimas de abuso de proveedores de productos y servicios. En caso de lesión a sus intereses se busca mecanismos de reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios.

Una vez probada la relación existente entre proveedor y usuario por la actora, a través del informe motivado no. 0063-CGDZ6-2016 de la Defensoría del Pueblo, de la factura de la contratación del servicio de reparación del Iphone 6s, del documento de reingreso del equipo por garantía y del documento hoja de recepción de equipos y orden de activación.

Con lo analizado, este Juzgador, a la luz de la sana crítica y valoración objetiva de las pruebas actuadas en esta causa, respetando y cumpliendo con los principios de imparcialidad y motivación, considera que la empresa denunciada, Movilmax Cía. Ltda., ha incumplido los mandatos legales contenidos en el artículo 52 de la Constitución de la República del Ecuador, derecho de todo ciudadano a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a la información precisa y no engañosa sobre su contenido, el artículo 4 numeral 4 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, sobre el derecho de los consumidores que son derechos de los consumidores a una información veraz, adecuada, clara, oportuna y completa sobre bienes y servicios ofrecidos al mercado, como precios, características y calidad, condiciones de contratación y riesgos; el artículo 17 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que es obligación del proveedor de entregar información veraz, suficiente, clara, completa y oportuna de los bienes y servicios ofrecidos, de modo que el consumidor pueda elegir razonablemente; y el artículo 24 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que es obligación del proveedor del servicio el uso de repuestos adecuados y nuevos en la reparación de los bienes del consumidor, en este caso no fueron originales fueron genéricos, susceptibles de daños y fallas posteriores debido a la marca y sensibilidad del teléfono.

3. PARTE RESOLUTIVA.

El Juez, en su parte resolutive, administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, por autoridad de la constitución y las leyes de la República, acepta la demanda planteada por la ciudadana Roberta Camila Fiallo Flor, en contra de la empresa Móvilmax compañía limitada en la persona del señor Miguel Salomón Masri Palma, como Gerente General, por haber infringido los artículos 4.4, 17, 24, de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, así como el artículo 52 de la Constitución del Ecuador, y en consecuencia, aplicando el principio de que el Juez conoce el derecho (Art. 140 del Código de la Función Judicial), en cuanto a la sanción aplicable por la falta de información veraz, suficiente, clara, completa y oportuna del servicio ofrecido, y en cuanto a la infracción del artículo 24 de la Ley ibídem, que establece las sanciones pertinentes por uso de repuestos no adecuados en la reparación del bien de la accionante, se condena a la empresa Móvilmax compañía limitada accionada, a través de su representante legal Miguel Salomón Masri Palma, a la devolución de los valores consignados por su reparación, que ascienden a la suma de cuarenta dólares de los Estados Unidos de Norte América de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la Ley de la Materia, y se condena al pago del valor del repuesto original “logicboard”, placa principal del teléfono iphone 6s rose gold, por un valor de novecientos dólares, según el informe del técnico de Macwork, del servicio técnico autorizado Apple, que sería el costo aproximado del repuesto y una indemnización por daños y perjuicios ocasionados de doscientos dólares, así mismo al pago por costas judiciales en los que se incluyen los honorarios profesionales del abogado que representa a la accionante, regulados en la cantidad de cien dólares. Sumados los valores mandados a pagar corresponde el pago total, a la accionante Roberta Camila Fiallo Flor, a título de indemnización, por los daños causados, por parte de la empresa accionada Móvilmax compañía limitada, representada por su gerente general, Miguel Salomón Masri Palma, el valor total de un mil doscientos cuarenta dólares de los Estados Unidos de Norte América. Así mismo, teniendo en cuenta la norma del artículo 70 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor se impone a la empresa Móvilmax compañía limitada, la sanción de multa de cien dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, a ser cancelados en la cuenta de la dirección Provincial del Consejo de la Judicatura del Azuay, una vez que el proceso causa la respectiva ejecutoria.

5. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA SENTENCIA.

Según la resolución anteriormente expuesta, existe evidentemente una vulneración a los derechos de la consumidora Roberta Camila Fiallo Flor, del bien que mandó a reparar el demandado que tiene como actividad comercial la prestación de servicios de reparación y venta de equipos de telefonía. La empresa Móvilmax no prestó en este caso un servicio adecuado, puesto que no usó para la reparación del bien, los repuestos necesarios de calidad que necesitaba el teléfono para su normal funcionamiento, tampoco se le dio a la usuaria la información necesaria en cuanto a garantía, y existencia o no de repuestos originales.

Cuando se presta un servicio es necesario dejar en claro los múltiples escenarios que pueden ocurrir y proveer de los más óptimos al cliente, en este caso la empresa de servicios de teléfonos no tomo en cuenta estas consideraciones y se aprovechó en el desconocimiento de la cliente para ignorar la garantía y colocar una pieza que no era la original, no ponderando que podría generar un daño mayor como en efecto ocurrió con la quema de la tarjeta principal. La parte actora a mi criterio hizo bien en acudir a un servicio especializado en procura de una segunda opinión y allí pudo percatarse que había sido engañada en el servicio que le fue prestado, perjudicando o dañando incluso aún más su teléfono. Al tener esta nueva opinión y al constatar el hecho acudió a la Defensoría del Pueblo con base para formular su denuncia. Así es corroborado luego en juicio por el perito que fue asignado por el Juez, quien señala que debido a la colocación del pin pirata pudo haber causado un daño a un mayor con la quema de la tarjeta principal, por lo que da la razón a la opinión previa del técnico especializado de Macwork.

Considero también que las otras pruebas aportadas, tanto testimoniales como documentales sustentaron correctamente la decisión del Juez. Quien hizo una valoración correcta a mi entender de las mismas. Por otra parte la manera en como el demandado presentó su defensa, fue basarse una vez más en argumentos comunes en estos casos como que la cliente estaba en conocimiento de lo que se hacía, que asintió con su firma la reparación, e incluso que el conocimiento de la garantía era algo que corría por cuenta de ella.

Sin lugar a dudas uno de los aspectos que se maneja en la actualidad en materia de defensa al consumidor es la noción que existe a nivel de los consumidores, que muchas veces pasan por incautos al desconocer aspectos tanto del derecho, como de las leyes y de la Constitución. Por lo tanto creo que es muy importante buscar la información necesaria o asegurarse que el bien o servicio que se está solicitando es el adecuado. Es una sentencia que se ajusta a derecho y está en consonancia con la Constitución y las leyes.

Cumpliendo así la disposición de proteger los derechos de los consumidores que son considerados como grupos de atención prioritaria por la Constitución de la República del Ecuador.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

El contrato constituye, desde la doctrina clásica, un pilar fundamental del surgimiento de la relación jurídica contractual; se funda entre otras cuestiones en la autonomía de la voluntad, de forma tal que exista un acuerdo efectivo y consensuado de voluntades en la que cada parte interviniente aporta sus ideas, deseos y declaraciones que concluyan en la formación de un texto contractual que armoniza los intereses de las partes.

Con la llegada de la industrialización, el crecimiento del comercio y las variaciones en las relaciones económicas, existió la necesidad de disminuir costos generales en relación a los bienes y servicios, es por ello que surgen los contratos por adhesión, como instrumento mediante el cual, con mínimos esfuerzos, se lograba llegar a la mayor cantidad de personas posibles, convirtiéndose desde entonces en una forma o modalidad de contratación en masa. Esta forma de contratación se convirtió en la base del negocio, puesto que generaba una gran suma de dinero atrayendo a nuevos clientes bajo un mismo patrón de contrato.

Inicialmente, hubo una deficiente legislación para brindar protección a los sujetos que adquirirían dichos bienes y servicios; los empresarios u oferentes se aprovecharon, estableciendo cláusulas generales abusivas en el texto de los contratos, que ubicaban al consumidor en una situación de extrema desventaja, de forma tal que provocaban violaciones no solo a la autonomía de la voluntad, sino a los derechos fundamentales de los individuos, quienes no tenían posibilidad económica alguna de enfrentarse a ese fenómeno.

Por lo tanto, se hace necesario regular en las legislaciones internas aquellas normas que brinden una protección eficaz al consumidor en su acto contractual de adquisición de bienes y servicios, de forma tal que se consideraren nulas las cláusulas generales de contratación y las consideradas abusivas que no favorecieran al consumidor. Mediante ello se logra establecer ordenamientos jurídicos caracterizados por la dotación a los consumidores de derechos esenciales en los actos de contratación, proporcionando, en mayor o menor medida, mayor seguridad en dichos actos.

Ecuador cuenta desde el año 2000 con una Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la que regula el contrato de adhesión y las cláusulas que se considerarían nulas por ser abusivas, en la realidad nacional, la mayoría de las relaciones contractuales que tienen lugar se dan mediante la instrumentación de contratos por adhesión, los que implican un resquebrajamiento de la autonomía de la voluntad de la parte adquirente.

Se requiere, por lo expuesto y analizado, una reforma a la legislación nacional, de forma tal que se logre una ley con mayor objetividad, y con ello se brinde mayor seguridad a los consumidores en las relaciones contractuales de adquisición de bienes y servicios.

PROPUESTA DE REFORMA.

Las reformas a proponer son:

Analizado el proyecto de investigación expuesto con anterioridad, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, se ha llegado a una conclusión basándose en la realidad social y actual que se está atravesando, de que es importante proponer una reforma en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en materia de contratos de adhesión, para lograr una mayor protección y garantía a los intereses de los sujetos pasivos donde se respete el principio de autonomía de la voluntad de las partes, considerando que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor no se ajusta a las múltiples necesidades que se pueden presentar actualmente en la vida diaria, específicamente en la defensa de los derechos de los consumidores, que es la parte más débil del contrato de adhesión.

Este proyecto de reforma tiene como objetivo modificar artículos de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, para así poder adaptar la Ley acorde a las necesidades actuales, que se pueden presentar en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por ello considero que el Ecuador es uno de los países donde la repercusión de las políticas sociales constituye, sin lugar a dudas, una prioridad de las políticas del Estado. Teniendo en cuenta aquello, el Estado ha decidido, constantemente, reformar la legislación, en la medida que las condiciones sociales así lo requieran, de forma tal que se logre con mayor fuerza una estrecha identificación entre los intereses de la población con la legislación imperante.

A pesar de que el Ecuador cuenta con una Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, ésta necesita adecuarse a los estudios que en el entorno nacional se han realizado, de forma tal que se logren perfeccionar las relaciones contractuales.

El artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador establece que: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.

Por su parte, el numeral 8 del artículo 375 de la Constitución de la República del Ecuador establece que: “El deber del Estado, es garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción”.

A su vez, el numeral 9 del artículo 11 establece como principio que: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”. Va en relación con el artículo 82, que establece que: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

Y el artículo 84 de la Constitución de la República del Ecuador establece que: “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrán la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales”.

Como resultado de mi investigación propongo que en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, se incorpore la siguiente reforma:

El texto actual del artículo 41 de la citada Ley establece lo siguiente: El Contrato de adhesión:

(...) deberá estar redactado con caracteres legibles, no menores a un tamaño de fuente de diez puntos, de acuerdo a las normas informáticas internacionales, en términos claros y comprensibles y no podrá contener remisiones a textos o

documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato.

Cuando en un contrato de adhesión escrito con determinado tamaño de caracteres existiese además, textos escritos con letras o números significativamente más pequeños, estos 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 este; la copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado para todos los efectos legales.

La propuesta de reforma sería la siguiente:

En aquellos contratos que se suscriban bajo la modalidad de adhesión, y que se refieran a cuestiones esenciales tales como salud y educación; así como aquéllos en los que el valor anual a devengar por el sujeto receptor, exceda los mil dólares de Estados Unidos de Norteamérica, será condición de validez la negociación del mismo, para lo cual se dejará exhaustiva constancia de dicho acto en poder de las partes.

Igualmente, se prohíbe que de forma unilateral se modifique cualquier elemento contenido en el contrato. Solo con el consentimiento de ambos podrán insertarse reformas al mismo.

Cualquier contrato de adhesión, ya fuere del sector público o privado, para surtir efectos legales deberá ser sometido a la consideración de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y de la Defensoría del Pueblo, quienes en el término de tres días contados a partir de la recepción del mismo, emitirán un juicio sobre la pertinencia o no de cada una de las cláusulas contenidas en el mismo.

Si se detectare que cualquier institución pública o privada, posee en el tráfico jurídico-contractual, un contrato de adhesión que no ha obtenido el dictamen de dichas instituciones, será multado acorde al artículo 70, de la presente norma. (Hasta aquí la propuesta de reforma).

Es decir, la reforma se basa en los contratos suscritos bajo la modalidad de adhesión, y que se refieran a salud y educación, cuyo valor devengado por el receptor, exceda los mil dólares deberá ser negociado por las partes, el prestador del servicio y el usuario o consumidor; además, se debe prohibir la modificación unilateral por simple conveniencia de una de las partes, salvo consentimiento de ambas partes. Que cada contrato celebrado bajo la modalidad de adhesión, del sector público o privado, sea conocido por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y de la Defensoría del Pueblo, para evaluar las cláusulas establecidas si son pertinentes o no, en caso de incumplimiento se sujetará a las sanciones establecidas en el artículo 70 de la citada Ley.

A su vez, se considera de vital importancia y necesidad que se reforme el artículo 44 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que establece lo siguiente:

Artículo 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 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 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.

La propuesta de reforma propone añadir lo siguiente al inciso final del mencionado artículo:

Si por cualquier motivo, la persona que adquiere el bien o el servicio, deseara informar a la autoridad pertinente, sobre lo que a su consideración ha existido una violación en la negociación del contrato, o de la existencia de algunas cláusulas abusivas, que lo ubiquen en desventaja con respecto al oferente, acudirá a la autoridad correspondiente, donde recibirá la atención prioritaria, y se procederá como el derecho así lo determine (Hasta aquí la propuesta de reforma).

Es decir, en caso de que el usuario o consumidor de determinado bien o servicio se encuentre en desventaja por la negociación del contrato celebrado bajo la modalidad de adhesión, o si considera que existen cláusulas abusivas podrá acudir a reclamar sus derechos ante las autoridades correspondientes.

Una reforma que se adapta a la realidad nacional, debido a que, de una u otra forma, han existido, existen y existirán abusos por parte de los prestadores de determinados servicios que solo buscan con afán causar daño a las personas, especialmente a aquellas que no tienen la posibilidad de acudir a la justicia, aprovechándose que bajo la modalidad de celebración actual de los contratos como es el de adhesión, o los denominados contratos formularios. Los prestadores tienen el sartén por el mango al elaborar sus cláusulas unilateralmente, son cláusulas abusivas elaboradas a su gusto y comodidad, sin que pueda ser discutido o negociado por la otra parte contratante que es el consumidor o usuario.

Es por ello que se ha planteado la reforma del artículo 41 y del artículo 44 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, porque de esa manera se podría evitar la existencia de vulneraciones y otorgarles de esa manera protección a los derechos de los consumidores, derechos consagrados y garantizados en la Carta Magna, que requieren ser precautelados. Reforma que resultaría positivo se la tome en consideración dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

RECOMENDACIONES.

Proponer una reforma legal al Código Orgánico de Defensa al Consumidor, de forma tal que se logre materializar con mayor certeza, la protección debida a los derechos de los consumidores en las relaciones contractuales que entablen.

Se deben crear o fomentar instituciones más fuertes dentro del Estado ecuatoriano, tendientes a ayudar y apoyar al consumidor, con un conocimiento estructurado del ordenamiento jurídico, con líneas telefónicas y oficinas de atención, con el fin de respaldar y asesorar al consumidor.

Realizar una campaña a nivel nacional sobre estos tipos de contratos y las implicaciones que conllevan.

Explicarles a los consumidores sus derechos, así como las consecuencias que contraen al adherirse a estos tipos de contratos.

BIBLIOGRAFÍA.

- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. (10 de 07 de 2000). *Ley 21. Registro Oficial Suplemento 116*. Obtenido de <http://www.industrias.gob.ec/wp-content/uploads/2015/04/A2-LEY-ORGANICA-DE-DEFENSA-DEL-CONSUMIDOR.pdf>.
- Alterini, A. (2005). *Temas de Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Ciudad.
- Alterini, A. (2010). *Contratación Contemporánea. Contratos modernos. Derecho del Consumidor*. Bogotá: Temis S.A.
- Álzate, C. (2010). *Fundamentos del Contrato*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Amazo, D. (2009). ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales?. *Editorial Red Revista Estudios Socio-jurídicos*, 201, 202.
- Burneo Burneo, J. A. (2008). *Contratos de Adhesión y mecanismo de protección al consumidor*. Obtenido de Tesis de Maestría en Derecho del Mercado. Universidad Andina Simón Bolívar: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/497/1/T593-MDE-Burneo-Contratos%20de%20adhesi%C3%B3n%20y%20mecanismos%20de%20protecci%C3%B3n%20al%20consumidor.pdf>.
- Cappella, G. (2006). Observaciones generales en tema de los contratos de adhesión. Apuntes sobre las nuevas disciplinas. *Revista Iustitia*, 10(116-117).
- Codigo Civil. (2005). http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view. Obtenido de Registro Oficial Suplemento No.46.
- Contravención a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 01283201700549 (Unidad Judicial de lo Penal Cuenca 16 de Marzo de 2017).
- Dávila, L. (2001). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Defensa del Consumidor, 2014842 (Unidad Judicial de lo penal Cuenca 13 de Octubre de 2014).

- Deguit, L. (1997). Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón. 57-58.
- Del Torno, M. (2008). La autonomía de la voluntad en la materia contractual. *Anales*, 39(6), 132-141.
- Díez, L. (2007). *Fundamentos de derecho civil patrimonial* (Sexta ed.). Madrid: Civitas.
- Díez-Picazo, L. (2003). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial - Introducción Teoría del Contrato*. (4ª ed., Vol. I.). Madrid: Editorial Civitas.
- Durán Bustamante, D. (2003). *Las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión*. Chile: Universidad de Talca.
- Echeverri Salazar, V. M. (2010). Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión. *Revista Opinión Jurídica*. Vol. 9. Núm. 17. enero junio, 127-144.
- Ecuador, Código Civil. (10 de 5 de 2005). *Código Civil ecuatoriano*. Obtenido de http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/leyes/codigo_civil.pdf
- Ecuador, Constitución de la República. (2008). <http://biblioteca.espe.edu.ec/>.
- Ecuador, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. (10 de 07 de 2000). *Ley 21. Registro Oficial Suplemento 116*. Obtenido de <http://www.industrias.gob.ec/wp-content/uploads/2015/04/A2-LEY-ORGANICA-DE-DEFENSA-DEL-CONSUMIDOR.pdf>.
- Ecuador, Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. (10 de 07 de 2000). *Registro Oficial Suplemento 116*. Obtenido de <http://www.dpe.gob.ec/wp-content/dpetransparencia2012/literala/BaseLegalQueRigeLaInstitucion/ReglamentoLeyOrganicadelConsumidor.pdf>.
- Escobar, R. (1999). *Teoría General de los Contratos*. Bogotá: Legis.
- Farina, J. (2004). *Contratos Comerciales Modernos*. Buenos Aires: Astrea.
- Ferrer, P. (2009). *Contratos de Adhesión. Contratos con condiciones predispuestas*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferri, L. (1987). *Lezioni sul contratto: corso di diritto civile. Segunda Edición*. Bologna: Zanichelli.

- Gigena, R. (2010). Autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo. Justicia social, principio de protección e irrenunciabilidad. Una concepción robusta de los derechos individuales del trabajador de fuente contractual. *La Ley Córdoba*, 27(11), 1189-1203.
- Gómez, C. (2010). *Estudio Sobre los Contratos por Adhesión a Condiciones Generales*. Pontificia Universidad Javariana.
- González Porras, J., & Méndez González, F. (2004). *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García. Tomo I*. Murcia: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- Larroumet, C. (2004). *Teoría general del contrato* (2ª Ed. ed., Vol. 1). Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis.
- León, A. (2001). *La voluntad y la capacidad en los actos*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. (10 de 07 de 2000). *Ley 21. Registro Oficial Suplemento 116*. Obtenido de <http://www.industrias.gob.ec/wp-content/uploads/2015/04/A2-LEY-ORGANICA-DE-DEFENSA-DEL-CONSUMIDOR.pdf>.
- Messineo, F. (1952). *Doctrina general del Contrato*. Pensilvania: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Mier, P. (2004). El Régimen Jurídico del Contrato Estatal. *Revista de Derecho Público*.(17).
- Miranda, M. (2006). *Teoría de los Contratos*. Lima: Eureka.
- Mosset, J. (2003). *Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni. N°01283-0549-2017. (s.f.).
- Osorio, N. (2008). *Autonomía de la voluntad y Joint Venture en la Contratación Estatal*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Osterling, P. (1992). *La indemnización de Daños y Perjuicios*. Lima: Astra.
- Palacios, G. (1997). *Contratos*. Lima: Edit. HUALLAGA.
- Pardo Gaona, M. (2013). *El Contrato de Adhesión y la vulneración de los derechos de los consumidores del Ecuador*. Obtenido de Tesis previa a la obtención del

grado de abogada. Universidad Nacional de Loja:
<http://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/4527/1/Pardo%20Gaona%20Melania.pdf>.

Proceso judicial no:01283-0549-2017. (s.f.).

Rackoff, T. (2013). *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*. Harv. L.

Ritto, G. (2014). Los contratos de consumo en el proyecto de código civil y comercial de la nación. *Ratio iuris*, 81-103.

Somarriva, M. (2008). *Tratado de Derecho Civil* (Sexta ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Soto, C. (2005). *Transformación del derecho de contratos: contratación predispuesta, cláusulas generales de contratación, cláusulas abusivas o vejatorias, contratación electrónica y contratos informáticos*. Lima: Jurídica Grijley.

Stiglitz, R. (2004). *Derechos y defensa del Consumidor*. Buenos Aires: La Rocca.

Vial, V. (2003). *Teoría general del acto jurídico*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

