CAPÍTULO XXII

POSIBLE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN LAS MODALIDADES CONTRACTUALES APLICADAS PARA IMPLEMENTAR TELEMERCADERO Y MAILING DIGITAL: CASO ECUADOR

Jorge Núñez Grijalva

Esp. en Desarrollo Local, Centro Internacional de Formación de la OIT (Italia).
Mgt. en Economía y Derecho del Consumo. Universidad Castilla La Mancha (España). Doctor(c) en Ciencias Jurídicas. Universidad Católica Argentina. Profesor Titular de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Correo electrónico: jnunez@pucesa.edu.ec.

María Daniela Núñez Viera

Abogada. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Mgt. of Arts in International Trade. Università degli Studi di Palermo (Italia). Asistente de Comercio Exterior. Compagnia I Peccatucci di Mamma Andrea, Srl. Sicilia, Italia. Correo electrónico: daninu@hotmail.com.

Resumen

La presente investigación jurídica-teórica buscó evidenciar las modalidades contractuales que usualmente emplean el telemercadeo y del *mailing* digital. Estas modalidades contractuales principalmente son los tipos de contratos de adhesión y a distancia, los cuales dadas sus propias características, posiblemente puedan considerarse como elementos que vulneren los derechos del consumidor. Al respecto, como ideas previas a favor del consumidor se consideró que este tipo de contratos usualmente se aplican de forma sistemática, impositiva y poco informada. De otra parte, a favor de la empresa, se analizó que en la casi totalidad de casos, es el propio consumidor quien solicita comprar algún producto o servicio ofertado mediante telemercadeo o *mailing* digital, aceptando las condiciones que la oferta contiene; no obstante, es importante verificar que este consentimiento no esté viciado. En su desarrollo, el estudio empleó el método exegético-crítico, en la búsqueda de cumplir el objetivo general del mismo, cual es: identificar si los contratos de adhesión y contratos a distancia utilizados en transacciones de telemercadeo y *mailing* digital, vulneran los derechos del consumidor. Como resultado se logró determinar que el uso de contratos de adhesión y a distancia, en las transacciones comerciales efectuadas por telemercadeo y *mailing* digital, viola los derechos del consumidor consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, así como en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, y en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado.

Palabras clave: contrato de adhesión, contrato a distancia, derechos del consumidor.

POSSIBLE VIOLATION OF CONSUMER RIGHTS IN CONTRACTUAL MODALITIES APPLIED TO IMPLEMENT TELEMARKEET AND DIGITAL MAILING: CASE ECUADOR

Abstract

The present legal-theoretical research sought to demonstrate the contractual modalities that telemarketing and digital mailing usually use. These contractual modalities are mainly the types of accession and distance contracts, which, given their own characteristics, can possibly be considered as elements that violate consumer rights. In this regard, as previous ideas in favor of the consumer, it was considered that these types of contracts are usually applied in a systematic, tax and poorly informed manner. On the other hand, in favor of the company, it was analyzed that in almost all cases, it is the consumer himself who requests to buy some product or service offered through telemarketing or digital mailing, accepting the conditions that the offer contains; however, it is important to verify that this consent is not vitiated. In its development, the study used the exegetical-critical method, in the search to fulfill its general objective, which is: to identify if the adhesion contracts and distance contracts used in telemarketing and digital mailing transactions, violate the rights of the consumer. As a result, it was possible to determine that the use of adhesion and distance contracts, in commercial transactions carried out by telemarketing and digital mailing, violates the rights of the consumer enshrined in the Constitution of the Republic of Ecuador, as well as in the Organic Law of Defense of the Consumer, and in the Organic Law of Regulation and Control of Market Power.

Key words: adhesion contract, consumer rights, distance contract.

Proyecto de Investigación

El presente capítulo es el resultado de un proyecto de investigación en curso, actualmente en su primera fase, al interior de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato, del cual forman parte los autores. El proyecto es financiado por la PUCE Sede Ambato.

Introducción

En Ecuador diariamente se realizan innumerables transacciones comerciales a través del uso de herramientas modernas como son el telemercado y el *mailing* digital, las cuales se materializan mediante el uso de contratos de adhesión y a distancia; sin embargo, estas modalidades contractuales, dadas sus principales características (no consensuales,

no personales, poco informados), posiblemente vulneren en su aplicación, los derechos del consumidor. Ante este problema, el estudio pretende identificar si los contratos de adhesión y contratos a distancia utilizados en transacciones de telemercadeo y *mailing* digital, vulneran los derechos del consumidor. El estudio se limita a un análisis jurídico, doctrinario y normativo del tema, aplicando el método exegético-crítico por ser el más adecuado para esta tarea. En Ecuador, no existen trabajos precedentes que analicen la posible vulneración de los derechos del consumidor, desde una visión de los tipos de contratos empleados (de adhesión y a distancia) para materializar las actividades comerciales que se realizan a través de telemercadeo y *mailing* digital.

Como apertura al tema de estudio, es necesario recordar que según la tradición civil-mercantil el contrato es ley para las partes, estando por tanto las mismas obligadas a respetarlo y cumplirlo a cabalidad. Sin embargo, cuando este contrato ha sido fruto de la aplicación de técnicas modernas de comercio, como el telemercadeo o el *mailing* digital, en las cuales las dos partes no han tenido la oportunidad de ‘mirarse a los ojos’ personalmente, y de consuno, negociar y acordar los términos contractuales, surgen ciertas dificultades para su efectiva implementación, tanto prácticas como jurídicas.

Respecto a las dificultades de tipo jurídico de este tipo de contratos, es necesario considerar que ni el telemercadeo ni el *mailing* digital, conducen a lograr un modelo de ‘acuerdo ideal’ dentro de la tradición mercantil clásica, para la cual un contrato o convención se genera entre dos partes que hacen uso de su propia autonomía de la voluntad, alcanzando de forma libre, leal y legal, un acuerdo de mutuo beneficio, equitativo, justo y factible de ser ejecutado.

Es así que por ejemplo, para Kant (1968, p.136) afirma que la voluntad no se somete sencillamente a la ley, “sino que lo hace de modo que debe ser considerada también como autolegisladora, y precisamente por y sólo a partir de ello, sometida a la ley (de la que ella misma puede considerarse originadora)”, es decir, la voluntad de una persona comprometida de manera legal, es la que origina obligaciones para quien la ha comprometido; y si en un contrato se requieren dos partes, como dice Larroumet (1998), como consecuencia lógica el contrato sería el acuerdo resultante de las voluntades de las dos partes que intervienen en él.

Además, es necesario recordar que según autores latinoamericanos modernos como Momberg (2013), que guardan la línea clásica del Derecho Mercantil, el contrato exige su cumplimiento a las dos partes suscriptoras del mismo, en base al principio de la fuerza obligatoria del contrato (*pacta sunt servanda*), el cual como se conoce, constituye uno de los pilares básicos del derecho de contratos, reconocido universalmente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos y consagrado en los textos legales, tanto de la antigüedad como del tiempo moderno. Basta decir que según el mismo autor, este principio al igual que los principios de libertad contractual y del efecto relativo de los contratos, es considerado como el corolario necesario del conocido dogma de la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, sucede que existen dos razones principales para que la mayor parte de los contratos alcanzados a través del telemercadeo o *mailing* digital, no pueda considerarse dentro de este planteamiento clásico, a saber: i) el hecho de que el contrato de compra-venta alcanzado corresponda a aquellos denominados contratos de adhesión (Término utilizado por primera vez por el francés Raymond Saleilles en 1901, en su obra *De la déclaration de la volonté*) y, ii) cuando el que el contrato alcanzado haya sido logrado a distancia.

Fundamentación teórica

Cuando el contrato de compra-venta es un “contrato de adhesión”.- Según autores norteamericanos como Slawson (1996), un contrato de adhesión es la expresión del ‘poder de negociación’ de una de las partes, la misma que para De la Maza (2003) está en capacidad de imponer a la otra parte el contenido prescriptivo del negocio o bien fijar los términos del contrato. No obstante, más allá de la definición del contrato de adhesión, lo relevante es analizar sus características, las cuales lo hacen peculiar y diferente de los contratos clásicos a los que hemos hecho referencia de inicio.

Al respecto, según la doctrina norteamericana los contratos de adhesión son reconocibles a través de siete características principales, a saber: i) el documento impreso cuya validez legal está en entredicho es una formato impreso con una pluralidad de términos, el cual aspira a ser considerado un contrato; ii) dicho formato ha sido redactado exclusivamente por una de las partes de la transacción que aspira a celebrarse;

iii) aquella de las partes que ha redactado los términos del formato, de manera usual efectúa numerosas transacciones valiéndose de este mismo documento, siendo algo rutinario el hacerlo de esta manera; iv) el formato impreso en cuestión, se le presenta a la otra parte del contrato (a la adherente), previniéndole de que este documento no puede ser modificado (salvo algunos pocos términos, si es que hubiera esta posibilidad), debiendo mantenerse la estructura del contrato elaborado por la parte redactora; v) una vez que las dos partes lleguen a un acuerdo sobre los términos abiertos a negociación (de haberlos) planteados en el formato, la parte adherente debe simplemente firmar (suscribir) el documento; vi) comparada con la parte adherente, la parte redactora del documento usualmente lleva a cabo un número reducido de actos de negociación abierta, en relación al formato pre-elaborado por ella misma; y, vii) en este tipo de contratos que contienen una transacción vista de manera holística, como bien lo anota Rakoof (1983), la principal obligación de la parte adherente se reduce simplemente a pagar una suma de dinero.

Dadas estas características, el contrato de adhesión se aleja del concepto clásico del contrato acordado y celebrado en estricta libertad de decisión e igualdad de oportunidades, en el cual la voluntad de las dos partes configura los términos del acuerdo mutuo alcanzado, ya que en el contrato de adhesión más bien expresa solamente la voluntad de una de las partes, la cual ha configurado los términos y se los impone a la otra parte para una pretendida aceptación, con características de ser indiscutible e irrevocable. Esta situación se considera un abuso contractual, el cual si lo aplicamos a la venta de productos o servicios a través de telemercadeo o *mailing* digital, donde las personas ni siquiera tienen la posibilidad de conocerse, dialogar y establecer condiciones comerciales de mutuo beneficio, 'en persona', refuerza la posición de que el contrato de adhesión utilizado por estas nuevas modalidades comerciales, violenta los derechos del consumidor.

Además, de otra parte es necesario mencionar que los contratos de adhesión son considerados como elementos restrictivos de la libre competencia. Al respecto, existen dos elementos clave para que se cumpla con esta condición negativa:

La existencia de condiciones de competencia imperfecta en el mercado

Estas son generadas por el hecho de que en la mayor parte de los casos, los contratos de adhesión son el resultado de la imposición del poder de mercado del oferente (ej.

monopolio, oligopolio), el cual usualmente ignora las opiniones de los demandantes (v.gr. consumidores). Al respecto, para los autores clásicos europeos como Messineo (1952, p.441), la falta de negociaciones y de discusión, así como también de participación en la determinación del contenido del contrato (propia de la adhesión), “implica una situación de disparidad económica y de inferioridad psíquica para el contratante débil”.

Así las cosas, esta imposición que hace una de las partes (en base al abuso del poder de mercado que ostenta) cambiaría ostensiblemente o simplemente no existiría en condiciones de competencia perfecta, ya que dada la existencia de otros oferentes, y con el objeto de atraer a nuevos clientes, posiblemente varios de estos estarían dispuestos a concederle al consumidor condiciones más favorables, incluso aceptando su participación en la construcción conjunta de las cláusulas contractuales.

La existencia de asimetría en la información

Dada su propia naturaleza, los contratos de adhesión conllevan un desbalance en la generación y manejo de la información, lo cual a su vez genera como derivación, una segunda asimetría en el poder que tienen el oferente y el demandante al concurrir a la suscripción del contrato. A este respecto, y en razón de estas dos asimetrías, el deber de información entre las partes resulta trascendental, especialmente en aquellos acuerdos en los cuales el desequilibrio de poder contractual es evidente, como ocurre en los contratos de adhesión. Así, en relación a este deber de información entre las partes, autores latinoamericanos como Rengifo (2004, p. 91), han insistido en que se debe informar todo aquello que contribuya a fortalecer el consentimiento, y más acendrado será el deber cuando exista una parte débil en la relación jurídica, ya que “una información adecuada y suficiente de parte del oferente de un producto o servicio viene, en cierta medida, a equilibrar la asimetría de información que existe”.

Es precisamente por los desbalances antes descritos (competencia imperfecta y asimetría en la información) en el acuerdo que suscriben las dos partes, que se considera ciertamente inequitativo al contrato de adhesión, ya que por lo general la parte redactora del contrato ubica cláusulas que en mayor proporción están a su favor, las cuales cuando sobrepasan los límites de lo justo (e incluso del sentido común), muestran claramente

una posición de abuso de parte de la parte redactora por sobre la parte receptora (adherente); por esta razón, las cláusulas que rebasan estos límites adoptan el nombre de 'cláusulas abusivas', las cuales constituyen el verdadero peligro inmerso en los contratos de adhesión.

Y es que como bien lo anota la doctrina clásica europea representada por Josserand (1951, p. 31), en el contrato "las cosas se hacen con igualdad; no parece que una de las partes imponga su ley a la otra; el contrato es verdaderamente la obra de dos voluntades; se prepara y se termina de igual a igual", pudiendo darle a esta construcción conjunta el nombre de un acuerdo (o contrato) 'paritario'. Sin embargo, es importante aclarar que en los contratos de adhesión, esta igualdad entre las partes y su libertad de contratación no se hacen evidentes, por lo que se sugiere que en este tipo de contratos no debería hablarse de restricciones a la 'libertad contractual' sino a la 'libertad de contratar' que poseen las partes, debido a que esta última ha sido afectada, como dice otro clásico europeo como Messineo (1952, p.20), por la acción "de leyes complementarias o de cláusulas contractuales", no existiendo límites resultantes a las normas generales sobre el contrato en sí mismas (ej. sus elementos sustanciales: partes contratantes, objeto, precio, forma de pago, plazo, entre otros).

No obstante todo lo dicho, y dentro de la realidad de la vida cotidiana, es fundamental comprender que el contrato de adhesión representa ciertamente una especie de convención bilateral atípica o *sui generis*, en la cual una específica condición de carencia del consumidor impulsa de forma 'voluntaria' el deseo de satisfacer prontamente su necesidad, lo cual a su vez en palabras de dos autores latinoamericanos como Jansen (2003, p.31), "determina la adhesión a las condiciones estipuladas en los contratos, que la mayoría de las veces en su texto contravienen sus derechos", bajo la condición nunca manifestada abiertamente por el oferente, pero entendida de forma implícita como menciona Figueredo (2013, p.223), de "lo tomas o lo dejas".

El que el contrato alcanzado haya sido logrado "a distancia"

Para el Parlamento Europeo (Directiva 2011/83/UE, Art. 2.7, 304/73), se entiende que un contrato ha sido alcanzado a distancia, cuando su proceso de elaboración y aceptación se ha realizado "sin la presencia física simultánea del comerciante y del

consumidor”. Esta situación acarrea de por sí ciertas complicaciones en la transacción comercial, las cuales se pueden resumir principalmente en la posibilidad de que se presenten acciones conducentes a error o a fraude en el intercambio contractual, razones por las cuales toma mayor relevancia la observancia del deber de información entre las partes.

En relación a este deber de información que tiene el oferente o comerciante para con el consumidor, a manera de referencia normativa es necesario indicar que en España, (Directiva 2011/83/UE, Relación con la Directiva de Comercio Electrónico y la Directiva de Servicios, Art. 8.1, 304/77), en los contratos a distancia el comerciante tiene la obligación de facilitar al consumidor la información relevante o de ponerla a su disposición de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, en términos claros y comprensibles; y además, siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero, esta deberá ser legible. De otra parte, en la misma nación (Directiva 2011/83/UE, Relación con la Directiva de Comercio Electrónico y la Directiva de Servicios, Art. 8.2, 304/77), si un contrato a distancia que ha de ser celebrado por medios electrónicos le obliga al consumidor a pagar, el comerciante pondrá en conocimiento del consumidor de una manera clara y destacada, y con anticipación a que el consumidor efectúe el pedido, la información relevante de la transacción, en términos claros y comprensibles.

No obstante lo supra mencionado, y con el evidente ánimo de impulsar el comercio mediante herramientas tecnológicas como el telemercadeo o el *mailing* digital, de otra parte el marco jurídico español dispone que, cuando se trata de facilitar información previa (precontractual), no se requiere de un soporte duradero (lo cual evidencia una clara ‘flexibilización normativa’ a favor de los comerciantes). De esta forma, en la misma España, si el contrato se efectúa mediante una página electrónica, la información se facilitará en línea (que no es un soporte duradero), aunque sí debe permitírsele al destinatario el archivar las condiciones generales aplicables a la contratación (Directiva 2000/31, Art. 10.3) y (Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, Art. 27.4); mientras que si el contrato se realiza a través del teléfono, la información principal se deberá facilitar en la misma conversación telefónica, pero remitiendo al consumidor a otro medio complementario para ampliar la información (ej. mediante correo

electrónico, mensajes de texto telefónico, envío de impresos por correo ordinario) (Directiva 2011/83/UE, Art. 8.4).

No obstante lo mencionado, según la citada normativa española, en todo caso el consumidor tiene el derecho a ser informado respecto a la transacción de la cual se espera que tome una decisión, aunque los medios telemáticos empleados no le faciliten el disponer de la misma en los 'medios considerados duraderos' al estilo clásico (ej. impreso en papel).

Otra situación relevante de comentarse en el marco jurídico español es el relativo a la venta por telemercadeo. En este caso, la ya mencionada (Directiva 2011/83/UE) no establece medidas para evitar el *spam* telefónico, es decir las llamadas telefónicas no deseadas con objetivo comercial, debilidad que requiere ser regulada a favor de evitar el acoso comercial al consumidor. Así, a criterio de la doctrina española especializada, como Mendoza (2012), la normativa se limita a obligar al comerciante que realiza llamadas telefónicas con el fin de contratar a distancia, a informar al inicio de la conversación de su identidad o de la identidad de la persona en nombre de la que actúa (ej. una persona jurídica) y del carácter comercial de la llamada.

En el caso de Ecuador, existen regulaciones similares que de manera expresa exigen que el consumidor sea adecuadamente informado, antes de tomar una decisión sobre cualquier oferta comercial (incluyendo aquellas realizadas a través de medios telemáticos) (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Art. 4.4, 2000, (pp. 3-4), así como también se exige que la información enviada al consumidor pueda ser accesible con posterioridad y pueda ser conservada (Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, Arts. 6, 8, 49 y 50, 2002, pp. 2-11).

Sin embargo, de forma lamentable, no siempre existe una tutela jurídica efectiva de parte de la autoridad de control pertinente (v.gr. Defensoría del Pueblo), que verifique de manera real y sistemática, que el consumidor tenga acceso adecuado y claro a la información, sea esta pre contractual (antes de 'suscribir' el contrato) o post contractual (una vez ya 'suscrito'), como evidencia duradera y legible de la transacción; y de otra parte, tampoco existen regulaciones específicas que protejan al consumidor de actos de

competencia desleal, como por ejemplo el *spam* telefónico¹, considerado como un acto de acoso e influencia indebida contra el consumidor.

La posibilidad de tornar anulable el contrato efectuado a través de telemarketing o *mailing* digital, a causa de la existencia de posibles errores que vicien el consentimiento del consumidor

En este punto, es necesario recordar la clásica doctrina jurídica del siglo XIX, la cual hasta la fecha permanece vigente en el (Código Civil Ecuatoriano, 1861, Arts. 1453-1454, p. 73)², norma para la cual las obligaciones (en este caso mercantiles), nacen "(...) del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones"; siendo a su vez, un contrato o convención, el "(...) acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa".

Para autores latinoamericanos como González (2017), los contratos son desde una perspectiva estructural, actos humanos bilaterales de índole patrimonial; sin embargo desde una perspectiva funcional, son un mecanismo que permite el intercambio de bienes y servicios para el logro de fines valiosos, como por ejemplo, la satisfacción de las necesidades de las personas. Dentro del tema objeto de investigación, las ofertas comerciales efectuadas a través de telemarketing o *mailing* digital, conllevan obligaciones de 'dar o hacer' alguna cosa, como pueden ser la venta digital y posterior entrega material (o asimilable a lo material) de: teléfonos móviles y el servicio tecnológico para su operación, servicio de internet, servicio de televisión digital, crédito bancario, vehículos y el servicio de mantenimiento de los mismos, paquetes turísticos, o quizá una diversidad de servicios de seguros para personas y bienes; entre muchos otros.

Es pertinente recordar también que el (Código Civil Ecuatoriano, 1861, Arts. 1461, 1467, pp.73-74), dispone que para que una persona se obligue para con otra por un acto o declaración de voluntad (v.gr. un contrato o convención), es necesario que: i) sea legalmente capaz; ii) que consienta en dicho acto o declaración de voluntad y su

¹ Por ejemplo, normas regulatorias de defensa del consumidor contra el *spam* telefónico, como la Ley 26.951 en Argentina, creada en 2014, la cual impulsa el funcionamiento del Registro NO LLAME; y con propósito similar, la Ley 29/2009 del año 2009 en España, conocida como 'ley anti *spam* telefónico'; en Estados Unidos el Registro "National Do Not Call Registry" creado en 2003; o en Alemania la Ley de Telemarketing, la cual regula el *spam* telefónico.

² El Código Civil Ecuatoriano, que comenzó a regir a partir del 1 de enero de 1861, es una fiel adaptación del Código Civil Chileno (elaborado por Andrés Bello), el cual a su vez, fue promulgado por Ley el 14 de diciembre de 1855 y entró en vigencia desde el 1 de enero de 1857, habiendo sido adoptado con posterioridad por varias naciones latinoamericanas, entre ellas: Ecuador, Colombia, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Panamá.

consentimiento no adolezca de vicio; iii) que recaiga sobre un objeto lícito; y, iv) que tenga una causa lícita. Además, según el mismo cuerpo legal, respecto al numeral ii) ya citado, los vicios del consentimiento pueden ser de tres clases: error, fuerza y dolo.

En relación al tema de investigación, sucede que en muchos casos como ya se ha mencionado en el presente documento, la información entregada al consumidor, sea verbal a través de telemarketing o digital a través de mensajes de texto (*mailing* digital), no es completa o suficiente para orientar su decisión de compra, por lo que se generan errores en la transacción mercantil, los cuales podrían viciar el consentimiento y tornar anulable el contrato alcanzado entre las partes.

Como ejemplo de esta muy frecuente situación, tenemos el hecho de que algunas operadoras telefónicas ofertan planes de telefonía móvil con determinadas características (ej. tiempo de minutos para llamadas o número de mensajes de texto) y a determinado precio. No obstante, dada la limitada información que se comparte y la rapidez con que se lo hace (por teléfono o mensajes de texto), y debido a la falta de contacto directo y personal entre el vendedor y el comprador, resulta que en ocasiones este último no entiende la oferta completa o la entiende de manera diferente a la realidad; sin embargo, a causa de la sistemática presión ejercida mediante insistentes llamadas telefónicas, el comprador (consumidor) termina aceptando la oferta, ante lo cual el vendedor (oferente) cierra la venta lo más rápido posible y materializa jurídicamente la transacción.

¿Pero qué sucede en los momentos posteriores a la venta, especialmente cuando el comprador recibe en su estado de cuenta un recargo por concepto del nuevo servicio contratado o del nuevo producto adquirido? Las respuestas son similares en la mayor parte de consumidores: 1) Si el comprador está satisfecho con el producto o servicio adquirido a través de telemarketing, pensará que ha hecho una buena compra, y por lo tanto, sentirá una sensación de alivio y bienestar. 2) Sin embargo, si el pensamiento es contrario, en su interior sentirá molestia y enojo, los cuales podrían manifestarse, a su vez, en dos etapas: i) primera, contra el vendedor, quizá porque el comprador ‘siente’ que a través del teléfono o del *mailing* digital, no se le ha explicado con mayor detalle la oferta, o quizá porque piensa que no se le proporcionó algún documento que evidencie la transacción y sus características (contrato); ii) segunda, contra sí mismo, luego de que

por lo general ha llamado al *call center* del vendedor (usualmente una persona jurídica), y le han recordado que en su último contacto telefónico, el consumidor dijo ‘sí’. En este punto, normalmente el comprador se lamenta por no haber rechazado la oferta, o quizá por no haberse tomado el tiempo de pedir mayores explicaciones al vendedor antes de tomar una decisión de compra apresurada y poco reflexionada, en base a información escasa, o tal vez mal entendida o no explicada de forma suficiente.

Sin embargo, sea que la oferta fue mal entendida por parte del comprador o quizá no fue explicada de manera suficiente por parte del vendedor, según el Derecho Civil Ecuatoriano, esta situación aún cometida de buena fe, podría conducir a un error que, en el caso de que el consumidor decida efectuar una reclamación legal (sea en sede administrativa o judicial), posiblemente este (error) sea aceptado como elemento para viciar el consentimiento, y por lo tanto, para tornar anulable el acto jurídico de compra-venta. O quizá no sea aceptado como tal (error), y simplemente el acto jurídico quede en firme.³ Por supuesto, todo abogado sabe que los resultados de un proceso de reclamación legal, sea en sede administrativa o jurisdiccional, guardan un alto nivel de incertidumbre, y su logro exitoso dependerá de que la parte interesada pueda efectivamente y en Derecho, probar lo que alega.

Lo antes descrito, resume brevemente el panorama en el caso de una reclamación del consumidor, teniendo como fundamento (dentro del Derecho Civil) un posible vicio de error en el contrato de adhesión y a distancia efectuado a través de telemarketing en Ecuador, el cual guardando ciertas consideraciones particulares, es aplicable también a los contratos efectuados vía *mailing* digital.

Método

El diseño empleado para la ejecución de la actual pesquisa se centra a partir de un enfoque cualitativo. En ese sentido, como bien lo señalan Gross, Terán y Terán (2019) “metodológicamente esta investigación está orientada bajo el paradigma cualitativo de carácter documental con análisis interpretativo de un universo de documentos relacionados directamente con la temática analizada” (p. 165).

3 Es necesario recordar la diferencia entre nulidad de pleno de derecho y anulabilidad. Así, la nulidad es una imperfección del contrato que le impide a este generar sus efectos propios; mientras que la anulabilidad es una imperfección menos fuerte del contrato, la cual se origina en los vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo) y que da lugar al ejercicio de una acción de nulidad o de impugnación contractual, misma que de llevarse adelante de forma exitosa, genera a su vez, la destrucción del acto jurídico (contrato) con carácter retroactivo.

Resultados

En función del objetivo general, y luego del desarrollo teórico (doctrinario) del tema de estudio, normativamente se logró determinar que el marco regulatorio vigente en Ecuador, requiere ser fortalecido frente al uso de los contratos de adhesión y a distancia en las transacciones comerciales vía telemercadeo y *mailing* digital, que se efectúan en el país, para evitar la violación de los derechos del consumidor nacional. Es así que, a nivel internacional, se siente la necesidad de una norma especializada en la protección de los derechos del consumidor, ya que de forma ciertamente curiosa a nivel de organismos de alcance global, como la Organización de las Naciones Unidas, no se ha impulsado el desarrollo de una ley especializada para defender los derechos del consumidor (que fortalezca la aplicación de las normas internas de cada país), mientras que si se lo ha hecho con una amplia gama de normas que protegen los derechos del comercio, las empresas y los inversionistas.

Respecto al marco jurídico ecuatoriano pertinente a los derechos del consumidor, se encuentra en primer lugar la (Constitución de la República, 2008, Art. 52, p. 21), la cual dispone textualmente que:

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.

Como se observa, la norma constitucional determina de forma clara los derechos fundamentales del consumidor, los cuales deben ser respetados en todas las adquisiciones que el mismo realice. A continuación, estos derechos han sido ubicados en orden secuencial y lógico dentro del proceso de decisión que ocurre al interior de cada consumidor, previo al acto transaccional a materializarse; a saber:

1. El disponer de información precisa y veraz, sobre los contenidos y características de los productos y servicios que le son ofertados, buscando ejecutar un acto mercantil

oneroso (cuando el consumidor debe pagar por alguna contraprestación recibida) o un acto mercantil a título gratuito (cuando el consumidor recibe, sin costo, bienes o servicios entregados con efecto promocional o de prueba).

2. El poder escoger con total libertad qué bienes o servicios ofertados, ha decidido adquirir o recibir efectivamente; todo esto, en base a una decisión informada y, a su derecho a rechazar las condiciones que considere abusivas provenientes de parte del oferente (esto último, cuando ha existido la posibilidad de acordar las condiciones contractuales, entre las dos partes).

3. El obtener de parte de todos los proveedores, bienes y servicios de alta calidad, la cual se materialice y sea verificable no solamente de forma intrínseca en el producto o servicio adquirido o recibido (objeto de la transacción), sino también en todas las correspondientes acciones de pre-venta y post-venta que hayan sido o vayan a ser desplegadas por el oferente, como parte del ciclo de venta. Para el efecto, tanto en la fase precontractual, contractual y postcontractual, se hace necesario (o por lo menos recomendable) que el consumidor pueda acceder a alguna forma de contacto ‘personal’ (no es suficiente a distancia) con el proveedor.

De manera evidente, cuando un consumidor ha adquirido bienes o servicios mediante las modalidades de telemercadeo o *mailing* digital, utilizando para el efecto contratos de adhesión o contratos a distancia, se irrespetan sus tres derechos constitucionales antes enumerados. De otra parte, la norma constitucional señala además, la obligatoriedad del Estado de ejercer la defensa de los derechos del consumidor, para lo cual a nivel de legislación secundaria contra la competencia desleal, se cuenta en Ecuador con la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado.

La supra citada (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, 2011, Art. 27, num. 10, lit. a) y e), pp. 3-15), tipifica los diversos actos considerados como prácticas desleales, las acciones de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores, entre las que se mencionan las siguientes:

“a) El aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor; (...)

e) La suscripción de contratos de adhesión que perjudiquen los derechos de los usuarios y consumidores, conforme manda la ley”.

Como se puede observar, la aplicación de contratos de adhesión o la escasa información entregada al consumidor previa a la suscripción de un contrato (característica de los contratos a distancia), utilizados usualmente en las modalidades comerciales de telemercadeo y *mailing* digital, incluso pueden ser procesados como actos de competencia desleal, para lo cual se aplicaría el marco jurídico vigente en el país, conformado por normas internacionales como el Convenio de París, la Decisión Andina 486 y la ya mencionada norma nacional Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado.

Conclusiones

a. La normativa interna ecuatoriana, posee procedimientos administrativos y jurisdiccionales encaminados a la defensa de los derechos de los consumidores, lo cual le permite al Estado desplegar esfuerzos para ejercer una tutela efectiva de estos derechos. Sin embargo, se ve necesario que el país fortalezca el marco jurídico relacionado a la defensa de los derechos del consumidor, incorporando en su legislación normas preventivas de los posibles abusos que se puedan cometerse a través del uso del telemercadeo o el *mailing* digital, poniendo en marcha sistemas de registro voluntario como el NO LLAME (o similares) existente en otros países del mundo, como Argentina, Uruguay, Estados Unidos y Alemania.

b. Se ve necesaria una mayor difusión, por parte del Estado, de las normas mercantiles nacionales que regulan el uso masivo de los contratos de adhesión y contratos a distancia, mediante los cuales se materializan los acuerdos rápidos e impersonales alcanzados a través del telemercadeo y el *mailing* digital, con el propósito de que los consumidores conozcan los beneficios y también los riesgos del uso de este tipo de contratos, previniendo de esta forma una posible vulneración de sus derechos.

c. La Comunidad Andina de Naciones no posee una normativa regional que proteja, de manera específica, los derechos del consumidor, lo cual deja un vacío que las normas actuales de propiedad industrial y competencia desleal no lo pueden llenar a plenitud; por lo que sería recomendable el desarrollo de una ley andina específica para la protección y defensa de los derechos del consumidor con alcance regional.

d. El Sistema de las Naciones Unidas, tampoco posee una normativa global encaminada a la protección específica de los derechos del consumidor, lo cual ciertamente genera un vacío normativo que no facilita la defensa internacional de los mismos. Al respecto, sería sugerible el pronto desarrollo de una norma de esta clase, con jurisdicción en todos los países integrantes de este sistema internacional.

Referencias bibliográficas

Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*, R.O. 449, Montecristi.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2011). *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado*, R.O. 555, Quito.

Congreso Nacional del Ecuador. (2000). *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor*, R.O. 166, Quito.

Congreso Nacional del Ecuador (2002). *Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos*, R.O. 557, Quito.

Congreso Nacional del Ecuador (2005). *Código Civil, Codificación 2005-010, Libro IV*, Ed. Legales, Quito.

De la Maza, Í. (2003). *Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?*, en Revista Chilena de Derecho Privado, n.- 1, Santiago, pp. 109-148; recuperado de: [file:///D:/Documentos%20de%20Intel/Downloads/Dialnet-ContratosPorAdhesionYClausulasAbusivas-2572113%20\(1\).pdf](file:///D:/Documentos%20de%20Intel/Downloads/Dialnet-ContratosPorAdhesionYClausulasAbusivas-2572113%20(1).pdf), con fecha 6 de octubre de 2019.

Figueredo, E. (2013). *La protección legal al consumidor; el contrato de adhesión, la libertad económica y los derechos humanos en el estado social de derecho y de justicia*, en Revista Anuario, Universidad de Carabobo, Instituto de Derecho Comparado, Vol 36, pp. 210-249; recuperado de: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc36.htm>, con fecha 6 de octubre de 2019.

González, G. (2017). *Desuso de las normas generales de contratos en el Código Civil Peruano; en la obra colectiva El Derecho de Contratos en clave jurisprudencial*, Pérez, L. (ed), La Habana, Ediciones ONBC.

- Gros, M., Terán, C., y Terán J. (2019). *Enfoque de Visión Intercultural en Salud: Entre la retórica y la realidad del currículo de formación médica en la Universidad Ecuatoriana*. En Chirinos, Ramírez, Godínez, Barbera y Coromoto (Ed.) *Tendencias en la Investigación Universitaria (Una Visión desde Latinoamérica)*. Santa Ana de Coro: Fondo Editorial Universitario Servando Garcés de la Universidad Politécnica Territorial de Falcón Alonso Gamero.
- Jansen, V. (2003). *El Derecho Social de Protección al Consumidor y al Usuario y su Regulación en la Legislación Venezolana, Carabobo, Dirección de Medios y Publicaciones de la Universidad de Carabobo*.
- Jefatura del Estado Español (2002). *Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, BOE 166, Madrid*; recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>, con fecha 10 de octubre de 2019.
- Josserand, L. (1951). *Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa América*.
- Kant, I. (1968). *Cimentación para la metafísica de las costumbres, Buenos Aires, Aguilar*.
- Larroumet, C. (1998). *Droit Civil, Les Obligations Le Contrat, tomo 3, París, Económica*.
- Mendoza, A. (2012). *Los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil tras la Directiva 2011/83/UE, Relación con la Directiva de Comercio Electrónico y la Directiva de Servicios, en Revista CESCO de Derecho de Consumo, n.- 1, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 49-50; recuperado de: file:///D:/Documentos%20de%20Intel/Downloads/Dialnet-LosContratosADistanciaYCelebradosFuer aDeEstablecim-3979740.pdf*, con fecha 11 de octubre de 2019.
- Messineo, F. (1952). *Doctrina General del Contrato, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa América*.

- Momberg, R . (2013). *El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato*, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, n.- 26, vol. 1, Valdivia, pp. 9-27; recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502013000100001, con fecha 7 de octubre de 2019.
- Rakoof, T. (1983). *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction. Describing seven characteristics of contracts of adhesión*, en *Harvard Law Review*, n.- 96, 1983, pp. 1173-1177; recuperado de Bagchi, A (2013), en *Parallel Contract*, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 75, pp. 16-20; <https://lawreview.law.pitt.edu/ojs/index.php/lawreview/article/viewFile/303/240>, con fecha 6 de octubre de 2019.
- Rengifo, E. (2004). *Deber precontractual de información y las condiciones generales de contratación*, en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.- 327, Bogotá, pp. 85-95.
- Slawson, D. (1996). *Binding Promises the Late 20th Century Reformation of Contract Law*, *New Jersey, Princeton University Press*.
- Unión Europea, Diario Oficial. (2011). *Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo*; recuperado de: <https://www.boe.es/doue/2011/304/L00064-00088.pdf>, con fecha 8 de octubre de 2019.
- Unión Europea, Diario Oficial. (2000). *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)*; recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN>, con fecha 10 de octubre de 2019.