

## ¿Puede hablarse de un derecho del consumidor?

(Primera parte)

PABLO RODRÍGUEZ GREZ

Decano

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

**RESUMEN:** La primera parte del presente trabajo, sobre existencia de un presunto “derecho del consumidor”, comienza analizando el sentido y alcance de esta finalidad y su concreción normativa. Se pone énfasis en las particularidades que presenta la contratación en un mercado masificado en donde los principios civiles y mercantiles tradicionales se encuentran superados. Es aquí donde se inserta el llamado “contrato por adhesión”, que despierta justificadas sospechas al consagrar la preeminencia de una de las partes –el proveedor– por sobre la otra –el consumidor. Hallar la forma de evitar abusos y estropicios parece ser uno de los horizontes de esta nueva normativa. Se analizan, enseguida, las normas que fijan el ámbito de aplicación de la Ley N°19.496, para luego entrar al estudio de las disposiciones generales de dicho estatuto legal, distinguiéndose los deberes y derechos del consumidor, el término unilateral del contrato de consumo, el retracto en los contratos sobre servicios educacionales de nivel superior, el carácter irrenunciable de los derechos establecidos en la Ley N°19.496 y las obligaciones impuestas al proveedor. Un capítulo especial se destina a los “contratos por adhesión”, materia que resulta ser uno de los objetivos preferentes de esta regulación legal, proponiéndose diversos criterios para neutralizar sus efectos perniciosos. Nuestra legislación se inclina decididamente por la intervención del contrato de consumo, lo que se manifiesta en normas especiales sobre su nulidad y diversos otros correctivos. Se aborda, a continuación, la responsabilidad por incumplimiento del contrato por parte del proveedor y la forma de ejercer estos derechos. Concluye, esta primera parte del trabajo, con un juicio crítico sobre las normas de responsabilidad examinadas. Especial reparo merece el carácter reglamentario, a veces confuso y retorcido, de muchas de las disposiciones de esta ley y, sobre todo, la circunstancia de caracterizar al proveedor como un delincuente económico, ávido de burlar los intereses del consumidor, lo cual exige una tutela radical de la legislación y los tribunales. En este marco, la relación jurídica intervenida provoca un desequilibrio inverso del que se procura superar.

## I.- Alcance y sentido de la protección al consumidor.

Se ha planteado en el último tiempo la existencia de un nuevo derecho protector del consumidor. Algo semejante a lo sucedido con el derecho laboral, el derecho del niño o el derecho de daños. La cuestión hunde sus raíces en dos vertientes: el desequilibrio contractual que acusa la relación proveedor-consumidor; y la necesidad de intervenir para evitar abusos y excesos en provecho de empresarios, comerciantes, agentes financieros, intermediarios, etcétera.

Comencemos por reconocer que un “derecho protector del consumidor” sería un instrumento jurídico propio de una economía liberal en la cual los recursos son asignados por el mercado sin participación del Estado como tal. En los modelos económicos centralizados, el mercado no es más que un instrumento administrativo para la distribución de los bienes y servicios que se generan bajo planificación y estricto control estatal. En consecuencia, carece de sentido hablar de protección del consumidor, puesto que no existe competencia, sino un mecanismo de reparto de bienes y servicios generados bajo tuición del Estado.

El contrato, como instrumento jurídico, ha sido concebido bajo la perspectiva de la libre discusión en lo tocante a las prestaciones que primero se proyectan y luego se convienen. La voluntad de las partes contratantes, en el proceso de formación del consentimiento (concurso real de voluntades), se articula de manera tal que, en definitiva, el contrato es una síntesis que envuelve todo aquello que expresa, positiva o negativamente, los intereses en juego. De aquí la solidez moral que acompaña al contrato en tanto ley particular (*pacta sunt servanda*). Como parece obvio, no todos tienen la misma capacidad negociadora. Inevitablemente, siempre habrá quienes, por las circunstancias en que contratan, estarán en situación de sobreponerse a su contraparte, imponiendo, en cierta medida, sus condiciones. La ley sale en defensa del más débil, pero sólo en ciertas y contadas situaciones (p. ej. lesión enorme), aquellas que, a los ojos del legislador, revisten mayor importancia relativa. En los demás casos, debemos conformarnos con exigencias y requisitos muy generales que sancionan situaciones extremas (vicios del consentimiento, responsabilidad precontractual, saneamiento, resolución, etcétera).

En la economía liberal de mercado, el desajuste citado en lo precedente se extrema, porque el consumidor (una de las partes contratantes) se masificó, haciendo imposible la libre discusión en la gestación del contrato. Surge así el “contrato de adhesión” o de “clausulas predispuestas”, en el cual la libre discusión se reemplaza por la oferta seguida de la aceptación pura y simple. De esta manera, una de las partes fija los términos de la convención y la otra se limita a manifestarse de acuerdo o rechazarla. Esta modalidad contractual se transforma en un instrumento insustituible del mercado, sin que pueda reemplazarse por otra que dé acceso real y fácil al consumidor a condicionar la

manifestación de su voluntad. Piénsese en los grandes supermercados, en las tiendas por departamentos en que se expende todo tipo de bienes de consumo y durables, en las ferias de productores, en las empresas de servicios públicos, etcétera. El problema de fondo en todos estos casos es uno: el desequilibrio de la capacidad negocial, la desigualdad de las partes a la hora de fijar los términos del contrato.

En consecuencia, lo que debe procurar una ley de protección del consumidor es la tarea nada fácil de restablecer el equilibrio del poder de negociación de los contratantes, no invirtiendo el orden de los factores para que predomine uno (el consumidor), por sobre el otro (el proveedor).

Lamentablemente, las cosas no se han entendido como debiera, al extremo de que se legisla y se litiga “contra” el proveedor, como si su conducta fuera la única causa de los daños que se denuncian y que se tratan de evitar. Reconocemos que no es sencillo ubicarse en un plano equidistante y que existe una multitud de factores que inciden en la calificación de cada situación cuestionada. Un ejemplo esclarecerá lo que señalo. Se ha buscado la manera de hacer compatible el carácter del contrato de adhesión con la intervención del contratante más débil, a través del llamado “consentimiento tácito”, que se desprende del silencio (silencio circunstanciado), o de actos en que se supone constituyen una manifestación de voluntad. Si no se ha podido ejecutar un acto, sino en virtud de una manifestación contractual previa, no parece excesivo dar a esta última plena validez y obligatoriedad. Bastaría revisar nuestro Código Civil (derecho común), para comprobar que la manifestación tácita de voluntad está plenamente recogida en una infinidad de instituciones. Por consiguiente, en medida nada despreciable, la expresión de voluntad tácita está incorporada a nuestra cultura jurídica.

No obstante lo dicho, en el terreno de la protección del consumidor, esta forma de expresión jurídica despierta las peores sospechas y se presenta como un recurso para desmejorar todavía más la situación del contratante débil. La base de esta repulsa es tan simple como conceptualmente débil. Se afirma, a este respecto, que los actos de los cuales se desprende una manifestación de voluntad o el silencio, en su caso, carecen de relevancia, porque el consumidor ignora su proyección y alcance. Incluso, tratándose de documentos suscritos libremente, se sostiene que éstos o no son leídos o, atendida su terminología especializada, resultan incomprensibles para el consumidor. De la manera señalada, la relación jurídica cae en un vacío insuperable.

Pero, sin duda, es el contrato de adhesión el que provoca las peores aprensiones y motivos de repudio. Muchos intérpretes asignan a este tipo de contratación, per se, una malignidad que choca frontalmente con su utilidad en el mercado moderno masificado, como se manifestó en lo precedente. Suprimir este tipo

de contrato resulta imposible en la hora actual, por novedosos que sean los sistemas computacionales de que disponemos. En otros términos, se trata de una figura indisolublemente ligada a la economía moderna, sin la cual ella estaría impedida de funcionar. La cuestión, entonces, no radica en eliminar el contrato de adhesión, sino en hallar los medios más idóneos para evitar que este sirva para consumir estropicios y abusos.

Por consiguiente, las leyes protectoras del consumidor no pueden tener por objeto sino **equilibrar la posición de cada contratante** de manera que el más débil no quede subordinado a los intereses y a la voluntad del más fuerte. Toda ley que se base en la defensa del consumidor debe concebirse como un recurso extremo, encaminado a alterar la situación de los contratantes para que ellos puedan contrapesar su poder negociador. Lo anterior nos conduce, indefectiblemente, al *contrato dirigido* o *contrato de cláusulas predispuestas* que se imponen forzosamente en la ley y que las partes deben acatar si deciden celebrar el contrato. En otras palabras, el iter contractual opera de modo diametralmente opuesto a lo que ocurre en el contrato de "libre discusión", puesto que sus términos no surgen de un entendimiento entre las partes (concurso de voluntades), sino de la aceptación y conformidad con las disposiciones preestablecidas en la norma. En cierta medida el contrato de adhesión tradicional, se convierte en contrato de "doble adhesión", puesto que se limita la voluntad de ambas partes, las cuales quedan circunscritas a la aceptación o rechazo de la convención. En la primera hipótesis (contrato de adhesión), es el más débil quien queda subordinado al más fuerte, en la segunda hipótesis (doble adhesión) el contenido del contrato se halla prefijado, pudiendo las partes perfeccionarlo con la mera aceptación, sea ella expresa o tácita. Lo anterior deja a salvo todos aquellos elementos que permiten que subsista la competencia, elemento esencial para el buen funcionamiento del mercado. Cabe preguntarse, ante este escenario, si lo que hemos llamado *contrato de doble adhesión* constituye efectivamente un contrato o sólo proyecta la apariencia de tal. Dígase lo que se quiera, pero a la luz de las nociones clásicas del contrato, cuando la voluntad de las partes está encauzada en forma tan rígida que sólo les asiste la facultad de aceptar las condiciones impuestas por un tercero (una autoridad o un mandato legal o reglamentario), no nos hallamos ante un contrato, sino ante un **instrumento administrativo de distribución** de bienes y servicios sometido a una legislación de la misma naturaleza.

Dicho de otra manera, para evitar los abusos y excesos en que incurre quien detenta un mayor poder negociador, interviene el Estado, equilibrando la posición de uno y otro contratante, lo que se consigue incorporando estipulaciones que conforman un verdadero "marco" al cual deben ajustarse los interesados que concurren al mercado masificado. Pero dicho "marco" deja un margen que permite mantener las diferencias que hacen posible el funcionamiento de un mercado competitivo (de otro modo el mercado se transformaría en un ente

administrativo). Así, por ejemplo, el precio del artículo (bien o servicio que se expende), las condiciones de pago, los beneficios adicionales que se otorguen al consumidor, las garantías que se le exigen u otras semejantes, etcétera, no pueden quedar comprendidos en las cláusula predispuestas, porque con ello se pondría fin al funcionamiento del mercado al desaparecer la competencia entre los diversos oferentes que concurren a él. Sin duda, en este supuesto, es el consumidor quien resulta más perjudicado al eliminarse la competencia que constituye el instrumento más eficiente para mejorar las condiciones que se ofrecen a quien concurre al mercado.

Como necesaria conclusión, debemos señalar que las cláusulas predispuestas, tratándose de la protección del consumidor, deben hallarse expresamente consignadas en la ley, no pudiendo dárseles una aplicación extensiva que sobrepase los límites normativos ya indicados. Asimismo, si, como se dijo, las normas contenidas en las leyes sobre protección del consumidor tienen por objeto ampararlo en el ejercicio de sus derechos, sólo cabe sancionar aquellos actos que efectivamente redunden en perjuicio del mismo, lo cual debe consistir necesariamente en el desconocimiento, lesión o infracción de dichos derechos. Lo que señalo está plenamente confirmado en lo que dispone el artículo 1° de la Ley N°19.496: *“La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable a estas materias”*. Como puede constatarse, la ley se encarga de buscar la forma de equilibrar la posición contractual de consumidores y proveedores (normar sus relaciones); sancionar el incumplimiento de la ley cuando se sigue perjuicio para el consumidor (establecer infracciones); y fijar la forma de hacer efectiva la responsabilidad del infractor (señalar el procedimiento aplicable a estas materias). Finalmente, digamos que es necesario aclarar que, por el solo hecho de celebrar un contrato de adhesión, no puede desprenderse una infracción a la ley ni mucho menos un perjuicio para el usuario. La misma Ley N°19.469 define el contrato de adhesión diciendo que es *“aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”*. Por ende, este tipo de contratación puede favorecer o perjudicar al adherente. La ley no atiende a lo primero, sino sólo a lo segundo. De aquí su sentido protector. En todo caso, el contrato es instrumental y debe ajustarse a las condiciones que lo hagan más equitativo, lo que se logra equilibrando los intereses en juego.

Sobre la base de las premisas enunciadas analizaremos las disposiciones contenidas en la Ley N°19.496, que establece normas sobre protección de los derechos del consumidor. Examinaremos separadamente el tratamiento que se da a la actividad comercial en general y aquel otro que se da a la actividad financiera, materia esta última que fue incorporada a la ley sobre protección del consumidor mediante una modificación legal contenida en la Ley N°20.555, publicada en el Diario Oficial de 5 de diciembre de 2011 (conocida como Ser-

nac financiero). Creemos que el mercado financiero tiene rasgos especiales que no pueden considerarse sino en función de sus fines y características. En otros términos, nos hallamos ante dos escenarios diversos e inconfundibles.

## **II.- Normas generales respecto del ámbito de aplicación de la Ley N°19.496 sobre protección del consumidor.**

Comencemos por señalar que el artículo 2° del mencionado estatuto legal, en seis letras sucesivas, fija los actos que se sujetan a estas disposiciones (actos jurídicos mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor; comercialización de sepulcros o sepulturas; actos relativos al goce de inmuebles por períodos determinados no superiores a tres meses, siempre que sean amoblados y para fines de descanso o turismo; contratos de educación; ventas de viviendas realizadas por empresas constructoras, inmobiliarias y por Servicios de Vivienda y Urbanización en lo tocante a las norma sobre calidad contenidas en la Ley N°19.472; actos celebrados o ejecutados con ocasión de la contratación de servicios de salud, con exclusión de las prestaciones de salud y otras afines). La ley es reglamentaria, incorporando una serie de excepciones que sería largo e inútil detallar. En todo caso, se trata de un ámbito amplísimo que cubre la mayor parte de la contratación masiva.

El artículo 2° bis (incorporado por la Ley N°19.955 de 14 de julio de 2004) establece que, no obstante lo prescrito en el artículo anterior, quedan exceptuadas de las disposiciones de esta ley *“las actividades de producción, fabricación, comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales”*. En otros términos, respecto de estas materias prevalecen las normas especiales sobre esta legislación de carácter general. Empero, se consagra, a continuación, una contraexcepción, tratándose de *“materias que estas últimas (las leyes especiales) no provean”* y sólo respecto del *“procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento”*. Finalmente, la contraexcepción cubre el derecho del consumidor o usuario *“para recurrir en forma individual, conforme el procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente”* para obtener la indemnización a que da derecho todo perjuicio originado en el incumplimiento del proveedor *“siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales”*.

No es difícil concluir que la ley es oscura, como consecuencia de las excepciones y contraexcepciones contempladas en su texto. Como es natural, esta circunstancia se presta para extender indebidamente su aplicación a situaciones que no se hallan cubiertas por esta legislación.

Sistematizando con rigor el texto que comentamos, deberíamos admitir que la contraexcepción contemplada en las letras a), b) y c) del artículo 2° bis se refiere a materias no previstas en las leyes especiales, al procedimiento establecido para las causas de interés colectivo o difuso (debidamente definido en el artículo 50 del mismo estatuto), al derecho a solicitar indemnización de acuerdo a estas disposiciones (cuestión procedimental), y al derecho a invocar este procedimiento tratándose del consumidor que recurre en forma individual tras de una indemnización de los perjuicios causados por el proveedor. Parece visualizarse con claridad que el espíritu del legislador fue mantener algunas actividades productivas fuera del ámbito de esta normativa, haciendo prevalecer las disposiciones especiales que las rigen.

Puede concluirse, entonces, que la contraexcepción contenida en el inciso 2° del artículo 2° bis es de carácter procedimental, salvo respecto de los vacíos (lagunas) contenidos en las leyes especiales que regulan las actividades enumeradas en el inciso 1°.

No puede omitirse el hecho de que al expresarse la excepción comentada, la ley alude a *“actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales”*. Por consiguiente, primará siempre la regulación excepcional prevista por el legislador.

En suma, se trata de una ley que consagra una regulación general, que deja al margen toda aquella normativa especial relativa a las materias antes referidas.

### **III.- Sobre disposiciones generales.**

El Título II de la Ley N°19.496, dividido en 5 párrafos, se ocupa sucesivamente de los derechos y deberes del consumidor; de las organizaciones para la defensa de los derechos de los consumidores; de las obligaciones del proveedor; de las normas de equidad en las estipulaciones y el cumplimiento de los contratos de adhesión; y de la responsabilidad por incumplimiento. Atendido lo reglamentario de esta normativa, analizaremos aquello que, a nuestro juicio, reviste mayor importancia, especialmente en la perspectiva de un derecho naciente.

#### **A.- Derechos y deberes del consumidor.**

El derecho esencial del consumidor, sin duda, corresponde a la *“libre elección del bien o servicio”* (artículo 3° letra a). De lo indicado se desprende que el consumidor es soberano para seleccionar aquello que desea adquirir y que no cabe entre nosotros un consumo controlado y dirigido (tarjeta de racionamiento). Este derecho va unido a la declaración de que *“El silencio no constituye acepta-*

*ción en los actos de consumo*". Por lo tanto, la ley priva de efecto a todo tipo de "silencio" como manifestación de voluntad, pero solo respecto de "aceptación en los actos de consumo", vale decir, de la elección del bien y servicio escogido. El silencio, en este ámbito contractual, tiene plena aplicación, salvo en aquello expresamente excluido por mandato legal. Nada impide, por lo mismo, que pueda invocarse el "silencio" respecto de la extensión, modificación, extinción, etcétera, de una relación jurídica vigente. Volveremos sobre este punto.

El consumidor tiene derecho a ser informado veraz y oportunamente sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos (artículo 3° letra b). Agrega la disposición citada que corresponde al consumidor "el deber de informarse responsablemente de ellos". Aparentemente esta última prescripción no pasa de ser una declamación lírica... Sin embargo, si la ley impone este "deber" al consumidor, ello puede traducirse en que aquellos defectos o insuficiencias del producto o servicio adquirido que podían quedar en evidencia con sólo informarse responsablemente sobre el mismo, pueden ser excusados. No hay duda que el derecho que asiste al consumidor apunta a las denominadas "trattativas preliminares", puesto que lo que se persigue es imponer al oferente la obligación de suministrar todos los antecedentes necesarios para contratar. Por consiguiente, si el proveedor oculta o distorsiona la información de que dispone sobre los productos que expende, incurrirá en responsabilidad. Nada nuevo respecto de las normas que rigen, en general, la contratación civil.

El consumidor tiene derecho a "no ser discriminado arbitrariamente por parte de los proveedores de bienes y servicios" (artículo 3° letra c). Para determinar el alcance de esta disposición debe recurrirse a lo que dispone la Ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación. En consecuencia, atendiendo al artículo 1° de la normativa invocada, debe entenderse que el proveedor no puede distinguir, al ofrecer los bienes y servicios en el mercado, sobre "la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicalización o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad" del consumidor. En otros términos, la ley invocada tiene plena aplicación en todo lo relativo a la relación entre consumidor y proveedor de bienes y servicios a la hora de establecer los factores que provocan la distinción constitutiva de discriminación. Lo anterior queda confirmado por lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 20.609, que define los "propósitos de la ley" (lo cual es poco frecuente en nuestro sistema y apunta, según parece, a la consagración de una interpretación finalista de sus disposiciones). Dicha norma señala: "Esta ley tiene por objeto fundamental instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria." Se trata, entonces, de una norma general,

aplicable en cuanto dice relación con la definición de la misma ley sobre lo que debe entenderse por “discriminación arbitraria”.<sup>1</sup>

El consumidor tiene derecho a “La seguridad en el consumo de bienes y servicios, la protección de la salud y el medio ambiente”. Una vez más, junto a este derecho, se impone un deber al consumidor: “evitar los riesgos que puedan afectarle”. La “seguridad en el consumo” importa, a nuestro juicio, la certeza de que el bien o servicio puede ser utilizado para los fines especificados por el proveedor. La “protección de la salud y el medio ambiente”, la facultad de exigir que el producto expedido no provoque daños, deterioros ni lesiones corporales a quienes accedan a él, ni cause un detrimento o menoscabo ecológico. En cuanto al deber que se impone al consumidor (“evitar los riesgos que puedan afectarle”), sostenemos que ello puede dar lugar a un caso de compensación de culpas (que se conoce en nuestro derecho como la exposición imprudente al daño y se contempla en el artículo 2330 del Código Civil). Nos parece de toda evidencia que si la ley impone al consumidor una conducta precavida y cuidadosa en todo aquello que dice relación con los actos de consumo, ello tiene efecto en la relación contractual. De otra manera se trataría de una disposición a fondo perdido o, más bien, un postulado vacío de contenido práctico.

<sup>1</sup> El artículo 1° de la Ley N° 20.609 define la discriminación arbitraria como “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes...” Acto seguido, se señalan los factores de discriminación (ya indicados), pero en una mención no taxativa, sino simplemente enunciativa. Cabe preguntarse si debemos considerar como discriminación arbitraria sólo aquellos actos que causen privación, perturbación o amenaza de los derechos garantizados en la Constitución Política y en los tratados internacionales que versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental). A nuestro parecer, esta limitación es aplicable sólo para los efectos de la Ley N° 20.609, atendiendo a los efectos que se persiguen, los cuales, en todo caso, difieren de los que corresponden a la Ley N° 19.496 sobre protección. No pueden coexistir diversos conceptos de “discriminación arbitraria”, pero sí que una ley puede limitar sus efectos y regulación a la lesión o cautela de determinados derechos o intereses. En consecuencia, entendemos como “discriminación arbitraria” toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, quienquiera que sea el autor de la misma y cualquiera que sea el derecho afectado o que puede afectarse. Pero el problema se complica todavía más, ya que el artículo 2° de la Ley N° 20.609 contiene dos incisos que delimitan el marco de la discriminación arbitraria. En efecto, el inciso 2° expresa que “Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a la las leyes o el orden público. A este respecto, estimamos que, como norma general, prevalecerá siempre el mandato legal expreso y la preservación del “orden público”, incluso por sobre el contenido de los elementos que configuran la “discriminación arbitraria”. Finalmente, el inciso 3° agrega que se considerarán razonables los “actos de discriminación” definidos en la Ley N° 20.609, cuando se encuentren justificados “por el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.” Nuevamente conviene preguntarse si estas limitaciones afectan el derecho del consumidor de no ser discriminado arbitrariamente por parte del proveedor de bienes y servicios. Nos parece evidente que el propósito del legislador a la hora de gestar la ley y de esta al independizarse de su autor, fue dar preferencia al ejercicio de los derechos que asegura la Constitución a todas las personas, incluso en el evento de que su ejercicio genere un acto susceptible de calificarse como “discriminación arbitraria”.

El consumidor tiene derecho *“a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor”*. Esta disposición carecería de significación (puesto que lo señalado corresponde a los derechos de cualquier contratante cuando se infringen las obligaciones asumidas), a no ser por la referencia a los *“daños morales”* que causa el incumplimiento. Por ende, en el ámbito contractual relativo al consumidor, procederá siempre la reparación del daño extrapatrimonial. Recuérdense que la jurisprudencia recién ha comenzado a reconocer la existencia de este tipo de perjuicios cuando se trata de obligaciones contractuales. Un comentario especial nos merece el deber que se impone al consumidor (*“accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea”*). Esto significa que una de las partes de la relación contractual se obliga a *“demandar”*, entendemos en conformidad a la ley de protección al consumidor, cuando ha habido incumplimiento culpable. ¿Puede la ley proceder de esta manera? Creemos que se trata de una norma absurda, que no genera una obligación específica susceptible de hacerse cumplir y que no pasa de ser otra manifestación de una especie de romanticismo jurídico, por darle un calificativo.

Finalmente, el consumidor tiene derecho a *“La educación para el consumo responsable”*, materia que nos resulta incomprensible, ya que ello corresponde a otra área diversa del derecho que, por cierto, excede absolutamente los deslindes de la ley de protección al consumidor sin provocar efecto alguno. Lo mismo podría sostenerse al señalar como deber del consumidor *“celebrar operaciones de consumo con el comercio establecido”*. Si con ello se quiere corregir la mala práctica de participar en el comercio informal, o dirigir una advertencia sobre que en este tipo de transacciones el consumir queda desprotegido, lo indicado se justificaría. En todo caso, lo que indicamos pudo decirse directamente, dando satisfacción al afán del legislador de hacer pedagogía del consumo.

Como puede observarse, la ley extrema los recursos discursivos en desmedro de lo sustancial. Lo que comentamos se evidencia a propósito de algunos de los deberes que se declaran sin ningún efecto jurídico, salvo los casos mencionados (*“informarse responsablemente”* de los bienes y servicios contratados; *“evitar los riesgos que puedan afectarles”*; *“celebrar operaciones de consumo con comercio establecido”*). En los demás casos, los deberes proclamados no tienen relevancia ninguna en la relación.

## **B.- Sobre el término unilateral del contrato.**

El artículo 3° bis. de la Ley N°19.496, en forma excepcional, dispone que *“El consumidor podrá poner término unilateral al contrato en el plazo de 10 días contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo, en los siguientes casos”*. Se trata, entonces, de

situaciones que, conforme la ley, justifican la retractación del consumidor. Vale decir, el término unilateral deberá ser fundado no discrecional.

La retractación unilateral puede ejercerse cuando:

- a.- Sobre los bienes contratación del servicio se ha convenido en *“reuniones convocadas o concertadas con dicho objetivo por el proveedor”* y siempre que el consumidor exprese su aceptación dentro del mismo día de la reunión. La norma precisa de qué modo debe ejercerse el derecho (carta certificada expedida dentro del plazo antes citado). Puede comprobarse, entonces, que la protección se dirige a salvaguardar al consumidor de una inducción a contratar que se realiza de manera muy especial e infrecuente.
- b.- En los contratos celebrados por *“medios electrónicos”* y en aquellos en que la oferta que se acepta fue realizada *“a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a la distancia, a menos que el proveedor haya dispuesto expresamente lo contrario”*. Para el ejercicio de este derecho, la disposición que comentamos se remite al artículo 12 A, conforme la cual *“Una vez perfeccionado el contrato (celebrado por medios electrónicos o en que la oferta constaba en catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia) el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita del mismo”*. Agrega, la misma disposición, que *“Dicha confirmación deberá contener copia íntegra, clara y legible del contrato”*. En el evento de que el proveedor no haya cumplido con esta exigencia, el plazo de 10 días para ejercer el retracto se extiende a 90 días, no pudiendo ejercerse si el bien materia del contrato se ha deteriorado por hecho imputable al consumidor. Regula además la ley, en esta parte, la suerte que corre el crédito con que se canceló el bien, sea que este se haya otorgado por el proveedor o por un tercero, el cual queda resuelto. Asimismo, se dispone que *“Si el consumidor ejerciera el derecho consagrado en este artículo, el proveedor estará obligado a devolverle las sumas abonadas, sin retención de gastos, a la mayor brevedad posible y, en cualquier caso, antes de cuarenta y cinco días siguientes a la comunicación del retracto. Tratándose de servicios, la devolución comprenderá aquellas sumas abonadas que no correspondan a servicios ya prestados al consumidor a la fecha del retracto”*. Finalmente, la norma alude a la restitución en buen estado de los elementos originales del embalaje, aludiendo, incluso, a las etiquetas, certificados de garantía, manuales de uso, cajas, elementos de protección o su valor respectivo, previamente informado.

Sin perjuicio de considerar excesivo el plazo concedido para la *“retractación”* (diez días), puesto que se trata de una situación muy excepcional que rompe los principios de nuestro derecho contractual, debe advertirse que el inciso 3° de este artículo, de aplicación general (no sólo a los contratos celebrados

por medios electrónicos o que se aceptan en razón de ofertas por catálogos y avisos u otros medios de comunicación a distancia), incurre en otro exceso al invadir una contratación ajena a la regulada en esta ley. En efecto, toda vez que la operación se haya cubierto mediante un crédito otorgado por un tercero al consumidor *“previo acuerdo entre éste y el proveedor, el retracto resolverá dicho crédito”*. No es infrecuente que un tercero abra una línea de crédito, con acuerdo del proveedor, a objeto de financiar la adquisición de ciertos bienes o servicios. En tal supuesto, se celebran dos contratos diversos, que no pueden fundirse, como si se tratara de un solo acto jurídico, aun cuando uno de ellos sea accesorio al otro. Por lo tanto, la resolución del crédito contratado entre el consumidor y el tercero es abusiva e invade una relación jurídica no comprendida en la protección del consumidor. Partiendo de esta hipótesis, podría interpretarse esta norma en el sentido que el *“acuerdo entre éste (el consumidor) y el proveedor”* supone una utilidad o beneficio para el último, no pudiendo este factor confundirse con el provecho que surge directamente de la operación regulada en la ley. De otro modo, se afectarían indebidamente los derechos del que otorga el crédito, los cuales nacen en virtud de un contrato válidamente celebrado por el consumidor y el tercero. Por otra parte, no se descubre qué utilidad resulta de esta disposición para el consumidor, ya que si la operación principal se frustra (se resuelve en razón de la retractación), no cabe exigir responsabilidad alguna en virtud del crédito. La confusión entre dos contratos de diversa índole sólo se presta para desequilibrar la relación.

### **C.- Retracto en caso de servicios educacionales de nivel superior.**

A esta materia está dedicado el artículo 3° de la Ley N°19.496, relativo a servicios contratados con centros de formación técnica, institutos profesionales y universidades. Atendido su carácter excepcional, no puede esta norma extenderse a otro tipo de establecimientos.

**Plazo del retracto.** El plazo de retracto se mantiene en diez días a contar de la fecha *“en que se complete la primera publicación de los resultados de las postulaciones a las universidades pertenecientes al Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas”*. En las actuales circunstancias, esta norma parece tener muy corta vida.

**Titulares del derecho.** El derecho de retracto, en este caso, tiene dos titulares: el alumno y quien efectúe el pago en su representación. Creemos que, dada la redacción de la disposición, uno u otro, indistintamente, puede ejercer esta facultad. En consecuencia, si cualquiera de ellos deja sin efecto el contrato, operará la retractación, aun cuando el otro manifieste su disconformidad.

**Efectos del retracto.** El efecto de esta determinación consiste en la extinción del contrato, unida a la exención de todo pago por los servicios educacionales no prestados ni por ningún otro concepto, sin perjuicio de lo prevenido en el inciso final de la misma disposición (retención de limitados costos de administración). Como resulta obvio, ello ocurre por el solo ministerio de la ley, sin que pueda resistirse esta medida por parte del ente de enseñanza superior.

**Requisitos para ejercer el derecho de retracto.** Los requisitos exigidos en la ley para ejercer el derecho de retracto son dos: *“ser alumno de primer año de la carrera o programa de pregrado”*; y acreditar ante la institución respecto de la cual se ejerce esta facultad *“encontrarse matriculado en otra entidad de educación superior”*. En otras palabras, lo que se persigue es dar al alumno que ingresa a la enseñanza superior la posibilidad de cambiar de establecimiento una vez que son conocidas las postulaciones que corresponden al sistema de admisión del llamado Consejo de Rectores.

**Efectos de la extinción del contrato.** El inciso 3° de esta disposición reglamenta la extinción del contrato celebrado, dando un plazo de 10 días a la entidad educacional para restituir *“los dineros pagados y los documentos de pago o crédito otorgados en respaldo del período educacional respectivo”*. De la misma manera, en caso de haberse *“otorgado mandato general para hacer futuros cobros”*, este quedará revocado por el solo ministerio de la ley, debiendo el prestador de los servicios abstenerse de negociar o endosar los documentos recibidos antes del plazo de retracto.

**Costos de administración.** Finalmente, agrega el inciso final del artículo 3° ter: *“No obstante lo dispuesto en el inciso anterior (sobre los efectos del retracto), la institución de educación superior estará facultada para (retener), por concepto de costos de administración, un monto de la matrícula, que no exceda al uno por ciento del arancel anual del programa o carrera”*.

Lo regulado en esta disposición, sin la menor duda, tiene por objeto proteger a las universidades que integran el “Consejo de Rectores”, a fin de que una vez conocido los resultados de sus postulaciones, los alumnos matriculados en carreras o programas de otras universidades, institutos profesionales o centros de formación técnica, puedan cambiar sus preferencias sin mayores costos. Se trata, entonces, de una norma discriminatoria que afecta a un sector de la educación superior y que apunta a privilegiar a un grupo de universidades preferentemente estatales.

Cabe, sobre esta institución, formular dos críticas esenciales. La inestabilidad de las matrículas afecta la programación y los proyectos de enseñanza superior de los establecimientos que no integran el “Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas”, retrasándolos por todo el tiempo en que se mantiene

la incertidumbre que genera el derecho de retractación. No cabe, por ende, anticipar cuotas de matrícula en función de proyectos específicos, porque todo ello queda subordinado a la posible extinción de los contratos celebrados. Lo más grave, a juicio nuestro, es el debilitamiento del vínculo contractual, el cual, una vez más, se sacrifica en aras de la protección del consumidor. ¿Requiere realmente este tipo de consumidores de medidas de esta naturaleza? ¿No habría sido preferible prohibir celebrar actos o contratos antes de conocerse el resultado de las postulaciones a los establecimientos del "Consejo de Rectores"? En general, comienza a ser habitual pasar por encima del contrato, a pretexto de cualquier beneficio que se considere preponderante. No se advierte el perjuicio que se causa a lo que bien podríamos llamar "certeza contractual", que se proyecta en todas las actividades sociales. El derecho de retracto debería eliminarse o, a lo más, ser sustituido por una prohibición de ingreso a las universidades, mientras esté pendiente el resultado de admisión en las universidades tradicionales. Sólo de este modo es posible facilitar la ejecución de los proyectos universitarios y reforzar el vínculo contractual, hoy día tan menoscabado. No deja de ser sorprendente, por otra parte, que una cuestión doméstica, que vaticinamos evolucionará a corto plazo, sea motivo suficiente para dictar leyes que rompen principios rectores en el campo del derecho civil y lesionan la seguridad jurídica.

#### **D.- Sobre el carácter irrenunciable de los derechos establecidos en la Ley de Protección al Consumidor.**

El artículo 4° de la Ley N°19.496, ubicado en el Título II Párrafo 1° sobre "*deberes y derechos del consumidor*", señala que "*Los derechos establecidos por la presente ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores.*" La renuncia anticipada carece de todo valor y, en el evento de que ella se haya pactado, deberá solicitarse su nulidad por objeto ilícito al tratarse de un acto prohibido en la ley (artículo 1466 del Código Civil). Como se observará más adelante, la sanción no sólo consiste en la nulidad, sino que ella se extiende a otra materia relacionada con el contrato mismo de consumo. Tal ocurrirá, por vía de ejemplo, cuando la cláusula de renuncia se haya aplicado en perjuicio del consumidor.

Nada impide, sin embargo, renunciar a los derechos conferidos en la Ley N°19.496, cualquiera que estos sean, a condición de que ello no ocurra anticipadamente. La anticipación está referida al contrato que antecede al acto de consumo (disposición del bien o servicio), cualquiera que sea la fecha del contrato si mediara un lapso entre uno y otro. El interés del consumidor debe apreciarse en función del contrato, lo cual revela que la nulidad puede reclamarse aun antes de que se haga posible el consumo. Ningún inconveniente se observa en la renuncia anticipada de uno o más derechos del proveedor en el contrato, ya que la protección que dispensa la ley sólo corresponde a su contraparte.

Problema especial presenta determinar el alcance de la nulidad cuando ella es reclamada anticipadamente por el consumidor y sólo afecta a una o más cláusulas del contrato. ¿Arrastra ella la nulidad del contrato en todas sus partes o debe entenderse que éste subsiste con exclusión de las cláusulas nulas? No cabe duda que la nulidad no impide que pueda aplicarse la convención en lo demás, siempre que ello sea razonablemente posible y no presente vacíos sustanciales. Cabe señalar, entonces, que la cláusula de renuncia anticipada no compromete la validez de las demás estipulaciones del contrato. Por consiguiente, él deberá aplicarse en su integridad, salvo lo que dice relación con la renuncia anticipada del consumidor a algunos de sus derechos. La disposición que se analiza no hace más que concretar la protección del consumidor de modo que no se vea forzado a abdicar de sus derechos como consecuencia del desequilibrio que experimenta su posición negociadora.

Por último, digamos que en el evento de que la cláusula haya operado y el consumidor hubiere quedado privado de alguno de sus derechos, procede demandar la nulidad y, por el efecto retroactivo de la misma, exigir las prestaciones que correspondan. Si lo anterior no fuere posible, en atención a la naturaleza de la prestación, podrá exigirse la respectiva reparación indemnizatoria.

## **E.- Sobre las obligaciones del proveedor.**

El Párrafo 3° del Título II de la Ley N°19.496, sobre “Disposiciones Generales”, reglamenta las obligaciones del proveedor.

### ***1.- Obligación de acatamiento y cumplimiento del contrato.***

Comienza la ley diciendo, en el artículo 12, que *“todo proveedor de bienes y servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio”*. Ignoramos la razón de ser de esta obvia disposición que no hace más que repetir lo que se deduce de conceptos elementales del derecho contractual. Probablemente, se quiso poner acento en el “ofrecimiento” (modalidad de la oferta en la contratación masiva), distinguiéndola del “convenio” (lo estipulado formalmente). Si tal sucediera, la norma que comentamos es perfectamente inútil e innecesariamente reiterativa. Parece más proporcionado hacer referencia al artículo 1545 del Código Civil, aun cuando, a nuestro juicio, sigue éste teniendo plena aplicación como norma rectora del derecho de los contratos. Desde otro punto de vista, podría pensarse que la intención del legislador fue dar una especie de autonomía o carácter propio al derecho del consumidor, repitiendo conceptos muy arraigados en el derecho común que, en todo caso, parecen mucho mejor expresados.

## **2.- Obligación de información clara, comprensible e inequívoca tratándose de contratos celebrados por medios electrónicos, por catálogos, avisos o a distancia.**

El artículo 12 A., incorporado por la Ley N°19.955, se refiere a los contratos celebrados por “medios electrónicos” y “catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia”. Ordena la ley que, en estos casos, el consentimiento no se entiende formado “si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos”. Esta norma no hace más que ampliar las facultades de los jueces, ya que se trata de conceptos relativos, generales y difusos, que adornan más que prescriben (“claro”, “comprensible”, “inequívoco”). Cabe preguntarse cuál es el estándar que utilizará un juez para medir la claridad, la comprensión y la certeza que debe acompañar la decisión del consumidor. Se trata, acaso, de una obligación cuyo incumplimiento debe medirse según los niveles de culpa contractual definidos en el artículo 44 del Código Civil. Agrega este artículo, en un inciso 2°, que “la sola visita del sitio de Internet... no impone al consumidor obligación alguna, a menos que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor”. Finalmente, la misma disposición señala que “el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita” del contrato al consumidor, exigiendo que el medio de comunicación escogido “garantice (su) debido y oportuno conocimiento”, debiendo esta confirmación “contener copia íntegra, clara y legible del contrato”. Creemos que la vaguedad de esta normativa no hará más que estimular la judicialización de las relaciones que nacen de la actividad comercial en detrimento de una atmósfera más pacífica y menos conflictiva. La mayor parte de estos mandatos más bien parecen propios de precedentes jurisprudenciales y, en cierta medida, suplen decisiones que deberían emanar de la aplicación de preceptos generales, susceptibles de singularizarse con la dictación de las sentencias judiciales.

## **3.- Obligación de oferta universal.**

El artículo 13 de la Ley N° 19.496 impone a los proveedores la obligación de no “negar injustificadamente la venta de los bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas”. Esta norma corresponde, más precisamente, al conocimiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Decreto Ley N° 211), ya que está referida a toda actividad de carácter comercial y destinada, precisamente, a facilitar la libre competencia. Se trata de poner en práctica un principio fundado en la “racionalidad” (“negación injustificada”) de la oferta dirigida a persona indeterminada, que altera lo dispuesto en el artículo 105 del Código de Comercio, según el cual “Las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos, o en cualquier otra especie de anuncios impresos, no son obligatorios para el que las hace”. Puede, entonces, concluirse que la oferta a persona indeterminada

da, cuando es completa, obliga a quien la formula, no pudiendo retractarse el proponente sin una causa justificada, pero siempre que la oferta corresponda a un producto o servicio comprendido en el ámbito de su giro. Recuérdese, por otra parte, que el artículo 3° bis del estatuto que estudiamos alude al término unilateral del contrato, disponiendo, en la letra b) del inciso 2°, que procede poner término unilateralmente al contrato por parte del consumidor cuando la oferta se realiza a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a la distancia, salvo que el proveedor haya dispuesto expresamente lo contrario. Como puede comprobarse, el desequilibrio es ostensible.

Conviene preguntarse con respecto a esta disposición imperativa (artículo 13 de la Ley N°19.496), si constituye una negativa justificada la circunstancia de que sea el consumidor persona con malos antecedentes comerciales. Creemos que en este aspecto hay que distinguir entre las operaciones de contado y las operaciones a crédito. Si el consumidor cumple su obligación de pagar al momento de celebrarse el contrato de consumo, no cabe sostener un motivo justificado para negar la venta; a la inversa si para estos efectos recurre a cualquier forma de crédito, la insolvencia sí constituirá una causa justificada, puesto que nadie puede ser obligado a aceptar un deudor presuntivamente incumplidor. No creemos posible invocar otra especie de responsabilidad (como la que pudiera derivar del retracto regulado en el artículo 3° bis), ya que los malos antecedentes comerciales del consumidor, en este caso, son meramente proyectivos. No puede ignorarse que los registros y bancos de datos comerciales (como Dicom) cobran toda su importancia en el ámbito del mercado masificado y que son ellos absolutamente indispensables para su buen funcionamiento. Lamentablemente nuestros legisladores no son sensibles a esta realidad y, por intereses que no es del caso calificar, optan frecuentemente por atender a los intereses de los millones de consumidores, incluso, pasando por sobre el buen funcionamiento del mercado.

Finalmente, la disposición que comentamos pone en manos del tribunal, en definitiva, la determinación práctica de lo que debe entenderse por “negativa injustificada”. En un plano teórico podríamos decir que debe entenderse como tal aquella “decisión sin fundamento atendible, sin considerar los antecedentes hechos valer por las partes, adoptada sin que medie un estudio objetivo y concienzudo de la situación, y causando daño material o moral al consumidor”. El juez, por lo mismo, deberá analizar estos factores y calificar como “justificada” aquella determinación que, aun sin compartir, se funde en los elementos que dejamos consignados. Lo que la ley impone como obligación al proveedor es obrar con objetividad y seriedad, no con la adhesión de quienes lo rodean.

#### ***4.- Obligación de información sobre productos con deficiencias, usados o refaccionados o integrados con partes o piezas usadas.***

El artículo 14 de la Ley de Protección al Consumidor trata de dos tipos diversos de productos expedidos por el proveedor con conocimiento del consumidor:

a) aquellos con algunas deficiencias, usados o refaccionados y; b) aquellos en cuya fabricación o elaboración se han utilizando partes o piezas usadas. En ambos casos, la ley exige que se informe de manera expresa estas circunstancias al consumidor, antes de que este decida la operación de compra. En otras palabras, el consumidor tiene derecho a conocer la naturaleza del producto y, en especial, si se trata de un artículo integrado con materiales de desecho. La reglamentación descende, indebidamente a nuestro juicio, al detalle, al precisar la forma en que deben transmitirse estas características (envoltorio, avisos, carteles visibles en los locales de atención al público, etcétera). Mediando esta información no procede ni la reposición del producto, ni una bonificación de su valor en la compra de otro o la devolución del precio que haya pagado el consumidor en exceso (artículo 19), ni la indemnización por los daños ocasionados (artículo 20), todo ello sin perjuicio de aquellas obligaciones que hubiere contraído el proveedor (garantía convencional).

La norma que comentamos parece innecesaria a la luz de las disposiciones de nuestro Código Civil sobre el error sustancial o sobre la calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato (artículo 1454). Sin embargo, su utilidad deriva del alcance que debe darse a hechos tan concretos como los descritos en el texto citado. En otros términos, rige el Código Civil plenamente en todo lo que no atañe a los defectos o características aludidas en el artículo 14 de la Ley N°19.496, pero, tratándose de los hechos especificados en esta disposición especial, si no ha habido información expresa por parte del proveedor, debe considerarse un incumplimiento que compromete la responsabilidad del proveedor, siendo aplicables los artículo 19 y 20 de la misma ley.

***5.- Obligación de respetar la dignidad y derechos de las personas en el uso de sistemas de seguridad y vigilancia de los establecimientos comerciales.***

El artículo 15 de la Ley de Protección al Consumidor impone, a los establecimientos comerciales, el deber de respetar la dignidad y derechos de las personas, en toda circunstancia. En el evento de que algún consumidor sea sorprendido *“en la comisión flagrante de un delito los gerentes, funcionarios o empleados del establecimiento se limitarán, bajo su responsabilidad, a poner sin demora al presunto infractor a disposición de las autoridades competentes”*. Agrega el inciso 3° de este artículo que si la contravención a lo ordenado en los incisos anteriores *“no fuere constitutiva de delito, ella será sancionada en conformidad al artículo 24”*, vale decir, con multa de hasta 50 unidades tributarias mensuales.

Con demasiada frecuencia los locales comerciales, especialmente los de mayor volumen, se ven sobrepasados por bandas de delincuentes que practican el llamado *“robo hormiga”*, al amparo de la baja penalidad que asigna la ley a este

tipo penal<sup>2</sup>. Se trata de un problema cultural y social que no puede encararse aisladamente. Hace bien la ley en evitar la tentación de la víctima de hacerse justicia por sí misma (autotutela).

En síntesis, es deber del proveedor mantener sus equipos de seguridad y vigilancia de acuerdo a las leyes que los regulan, sin afectar la dignidad y derechos de las personas, ni arrogarse facultades especiales cuando es sujeto pasivo de un delito. Por crítica que pueda parecer la situación, debe excluirse toda forma de autotutela, reservándola sólo para casos extremos (por ejemplo, la legítima defensa).

No creemos que las cinco obligaciones que se analizan en lo precedente sirvan para dar una individualidad especial a un supuesto derecho del consumidor. Lo original, si pudiera calificarse de tal, corresponde a la norma que trata del perfeccionamiento del contrato y sus efectos cuando se celebra por medios electrónicos y en aquellos en que la oferta aceptada se realiza a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia. Las demás obligaciones pueden deducirse fácilmente de la normativa dispuesta en el derecho común, en particular sobre el contrato de compraventa. No puede olvidarse, a este respecto, que en el contrato deben entenderse incorporadas todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley o la costumbre pertenecen a ella (artículo 1546 del Código). Aun más, la exigencia de ejecutar el contrato de buena fe, incorporada a la misma disposición, permite ampliar el campo de la obligación por sobre lo que reza la letra de la convención.

#### **IV.- Sobre el contrato de adhesión.**

Como lo hemos sostenido a través de estas páginas, el contrato por adhesión, la más imperfecta figura contractual atendiendo a su perfeccionamiento, es, sin embargo, como quedó dicho, un instrumento insustituible para el buen funcionamiento del mercado masivo. No se divisa de qué manera podría operar un negocio al cual concurren millones de consumidores, si el proveedor tuviera que convenir con cada uno de ellos los términos del contrato. Claro está que la circunstancia de que el proveedor fije unilateralmente los términos de la operación va en desmedro del consumidor, enfrentado a la sola disyuntiva de aceptar o rechazar la oferta. De aquí que el contrato de adhesión ceda

<sup>2</sup> Bastaría este solo antecedente para comprobar que siempre el delincuente, sea consciente o inconscientemente, realiza un cálculo costo-beneficio. De allí que hayamos insistido que en la lucha contra el delito debe ponerse acento en la función judicial, porque, al aliviarse la suerte del delincuente, se incita a la comisión de nuevos ilícitos. Si quien planifica la ejecución de un delito, especialmente contra la propiedad, advirtiera que difícilmente escapará de la sanción penal, ello operará como un disuasivo poderoso para hacerlo desistir de sus propósitos.

paso al contrato dirigido, en el cual un tercero (la autoridad) fija los términos del mismo, equilibrando los intereses de uno y otro contratante, todo lo cual comentamos en lo precedente. Empero, no creemos posible encuadrar el “contrato de consumo” con “contrato dirigido”, porque hay una serie de elementos que quedan a disposición del proveedor y del consumidor (precio, forma de pago, entrega de la mercadería, etcétera), rompiendo la estructura tradicional del contrato dirigido.

Reiteremos, entonces, dos aspectos esenciales: el hecho de que el consentimiento se forme de modo irregular, lo cual redundará en perjuicio del consumidor, al imponerse, sin contrapeso, la voluntad del proveedor; y la imposibilidad de encontrar otro instrumento contractual para hacer operante el mercado masificado. Estas son, a nuestro juicio, las cuestiones que plantea el contrato por adhesión.

Enfrentados a esta realidad, no se ha hallado otro medio para contrarrestar los inconvenientes mencionados que **intervenir el contrato de adhesión**, mediante la fijación de pautas destinadas a conseguir un equilibrio que constituye, a no dudarlo, la mejor garantía de justicia entre los contratantes. La solución planteada carece de toda originalidad, ya que por su intermedio se interviene, como se dijo, lo estipulado en la convención, se ajustan las prestaciones convenidas, y se apoya a la parte presuntivamente más débil a través de una organización pública (Servicio Nacional del Consumidor). Esta ha sido la fórmula que se incorporó en la Ley N°19.496. Basta, sobre este particular, poner acento en la denominación del Párrafo 4° del estatuto legal invocado: **“Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión”**. En otros términos, el legislador se atribuye la facultad de decidir anticipadamente qué estipulaciones deben corregirse, cuáles son admisibles y cuáles inadmisibles.

Interesa resumir, muy brevemente, cuáles son los posibles remedios a las insuficiencias que ofrece el contrato por adhesión:

- a.- En primer lugar, puede este contrato devenir, como se dijo, en un **“contrato dirigido”**, vale decir, aquel en que autoridad fija las condiciones al margen de la voluntad de las partes. Esta figura tiene varios inconvenientes. Desde luego, imperarán en ella las preferencias e intereses políticos que sustenta el llamado a decidir en qué términos deberá celebrarse la convención. Por otra parte, lo que se resuelva gravitará poderosamente sobre los productores que condicionarán sus determinaciones a los términos en que se ofrezca contratar. No menos significativo será el hecho de que nos hallaremos ante una manifestación de estatismo extremo, al condicionarse una relación intersubjetiva a la decisión de la autoridad administrativa.

- b.- En segundo lugar, es posible **“intervenir el contrato”**, fijando, en líneas gruesas, las cláusulas que se prohíben, la manera en que el contrato debe ser celebrado, ejecutado, interpretado y resuelto (esquema seguido por nuestra legislación protectora del consumidor). Esta política tiene como principal inconveniente “judicializar” en extremo la relación contractual y facilitar el desplazamiento de los conflictos que puedan promoverse hacia los órganos jurisdiccionales, concebidos como “última ratio”, para quienes intervienen en este campo. Si bien se aproxima la fórmula que comentamos al “contrato dirigido,” no puede confundirse con él, ya que la diferencia es de grado. La “intervención del contrato” deja un margen a la voluntad de las partes, aun cuando restringido y limitado, a la inversa de lo que ocurre en el contrato dirigido, en que toda disposición contractual ha sido establecida por la autoridad.
- c.- En tercer lugar, puede considerarse la posibilidad de **“negociar un contrato tipo”** entre los representantes de los consumidores y los representantes de los proveedores. En otros términos, el contrato surge de una negociación formal, en que interviene una o más asociaciones de consumidores, dando origen a un contrato tipo en que se recogen los intereses de proveedores y consumidores. Más aún, frente a un desacuerdo irremontable, es posible considerar una instancia arbitral constituida por expertos calificados capaces de zanjar técnicamente el desencuentro. Esta opción supone la existencia y buen funcionamiento de las organizaciones llamadas a representar y amparar los derechos de los consumidores, independientes de toda suerte de compromisos y ajenas a cualquier tipo de presión. Es factible, además, establecer un sistema de mediación para aproximar los intereses en juego y promover el acuerdo. Sin bien la fórmula que describimos exige consumidores conscientes de sus derechos y responsabilidades y un buen marco organizacional, creemos que es la mejor solución para el problema planteado, puesto que subsiste la negociación, siendo las partes (potencialmente consumidores y proveedores) quienes fijan las condiciones del contrato. La ley, por su parte, coopera aportando la estructura en que se resuelve el conflicto (negociación, mediación y arbitraje), con el beneficio de que cada una de las partes recoge y expresa los intereses en juego.
- d.- En cuarto lugar, quienes creen en la infalibilidad del mercado y la fuerza preeminente de la ley de la oferta y la demanda, sostiene que este problema se resuelve incrementando la “competencia”. Como es obvio, en la medida que cada proveedor se vea forzado a competir para conquistar consumidores (clientes), irá flexibilizando las condiciones ofrecidas en provecho de estos últimos, hasta hacer desaparecer todo atisbo de abuso o exceso en desmedro a la parte aparentemente más débil. En otras palabras, la debilidad de los consumidores es “aparente” (en la medida que ellos concurren aislados al mercado) y desaparece cuando el mercado funciona

como corresponde sobre la base de una competencia real y efectiva. Lo anterior se halla confirmado por la experiencia de los países desarrollados, en donde el desequilibrio contractual, que justifica la intervención o abolición del contrato, ha sido superado por efecto de la competencia.

- e.- Finalmente, en quinto lugar, hay quienes simplemente entregan a la determinación de un burócrata estatal la fijación de las condiciones en que debe el proveedor ofrecer sus artículos al consumidor. No se trata, entonces, más que un acto de autoridad que condiciona la tarea de cada productor. De más está decir que esta fórmula, propia de los países ultrasocialistas, pone fin al mercado que conocemos, transformándose éste en un mero organismo administrativo de distribución de bienes y servicios dirigido por el Estado.

Estas son, a nuestro juicio, de acuerdo a la experiencia existente, las cinco fórmulas para enfrentar el problema que nace del desequilibrio a que arrastra el contrato de adhesión o por adhesión. Pueden algunas de ellas combinarse de manera de atenuar sus efectos negativos. Tal ocurre, por vía de ejemplo, en la legislación nacional, puesto que se reconoce la importancia de las asociaciones de consumidores (Párrafo 2° del Título II de la Ley N°19.496), se describen ciertas cláusulas y estipulaciones sancionadas con la nulidad, se fijan normas sobre celebración, ejecución e interpretación de estos contratos, se fortalece un servicio público de defensa del consumir (Servicio Nacional del Consumidor), etcétera. En cierta medida se ha procurado no provocar distorsiones graves al funcionamiento del mercado y asistir a los consumidores en el ejercicio de sus derechos.

Sintetizaremos, enseguida, lo prescrito en nuestra ley para corregir los desequilibrios del contrato por adhesión.

### 1.- Sobre la nulidad.

La Ley Sobre Protección de los Derechos del Consumidor desaprovechó la oportunidad de consagrar una nulidad expresa que operara *ipso jure, ab initio* y sin necesidad de declaración judicial previa<sup>3</sup>. El artículo 16 comienza diciendo

<sup>3</sup> Sobre este tipo de nulidad y su presencia en la legislación nacional, véase nuestro libro *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno* (Teoría bimembre de la nulidad). Editorial Jurídica de Chile. Año 1995. A mi juicio, a la inversa de que se ha enseñado tradicionalmente, la nulidad reglamentada en el Código Civil de Bello puede ser "originaria", la cual, a su vez, se divide en "radical" o "inexistencia impropia" (cuando la ley declara que el acto no existe o se tiene por no escrito o por no celebrado); y "textual, expresa o directa" (cuando la ley dispone derechamente que el acto es nulo). Puede la nulidad ser también "virtual, tácita o indirecta" (absoluta y relativa). Tratándose de nulidades "originarias" no cabe sostener la validez provisional del acto o contrato (presunción de validez mientras no se declara la nulidad por sentencia judicial), ni la necesidad de solicitar su declaración judicial para privar al acto o contrato de efectos jurídicos, debiendo el juez limitarse a constatar la nulidad. En otros términos, la nulidad "originaria" opera *ipso jure*, por el solo ministerio de la ley, *ab initio*, debiendo el tribunal entender que el acto ha sido privado de efectos por mandato legal desde el momento de su celebración.

que *“No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones...”* Sin embargo, lo dispuesto en la ley queda circunscrito a la *“declaración de nulidad”* (la cual puede o no producirse), según se desprende de varias disposiciones (así, por ejemplo, lo que señala el artículo 16 A). Si, con mejor estudio, se hubiere reparado en el alcance y sentido de una nulidad textual, la ley habría ganado en eficiencia y utilidad. Por consiguiente, forzoso resulta concluir que la nulidad de las cláusulas y estipulaciones descritas en el artículo 16 requiere, para privarlas de efectos, de una sentencia judicial previa.

## 2.- Sobre cláusulas sancionadas:

- a.- La ley declara nulas las cláusulas que otorgan a una de las partes la facultad de: i) dejar sin efecto el contrato; ii) modificar el contrato a su solo arbitrio; y iii) suspender unilateralmente su ejecución. En otros términos, dichas cláusulas ponen a disposición de una de las partes (consumidor o proveedor) la relación contractual. La norma contempla una excepción: cuando estas facultades se conceden al comprador (consumidor) en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas y sin perjuicio de las demás excepciones que las leyes contemplen. Como puede constatarse, existe una especial desconfianza cuando el consentimiento se ha formado en ventas promovidas por medios tecnológicos o por visitas a domicilio o por correo o por muestrario. No cabe duda que lo dispuesto en la ley es consecuencia de la experiencia acumulada durante varios años. Nótese que las facultades que se sancionan pueden hallarse radicadas en cualquiera de las partes –consumidor o proveedor–, pero, como resulta obvio, tratándose de un contrato por adhesión, ellas estarán siempre radicadas en el proveedor. Lo dispuesto en la ley nos parece del todo justificado, porque lo esencial de los efectos de la relación contractual (vigencia, modificación o suspensión) no puede asignarse a uno de los contratantes.
- b.- El precio en un contrato de consumo (generalmente compraventa) es uno de sus elementos esenciales. Por lo tanto, no puede convenirse que él sea incrementado, por *“servicios accesorios, financiamientos o recargos”*. Lo contrario implicaría poner en manos del proveedor un mecanismo para lucrarse irregularmente y a su arbitrio a costa del consumidor, alterando uno de los elementos esenciales del contrato. La norma contempla también una excepción, *“salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica”*. En verdad, es tan obvia la excepción que se incorporó el texto legal, que cuesta explicarse tanta acuciosidad reglamentaria por parte del legislador. A nuestro parecer, la excepción carece de toda utilidad y no es más que la reiteración de principios contractuales de aplicación general.

- c.- Son nulas todas las estipulaciones que *“pongan a cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables”*. Nuevamente se observa una reiteración inútil de conceptos matrices de la responsabilidad contractual. Cabe preguntarse ¿cómo va a responder el comprador de deficiencias, omisiones o errores administrativos que le son imputables? ¿Era necesario incorporar a la ley este galimatías? Cuesta entender el sentido de estas disposiciones, salvo que se trate de enunciados destinados a promover una advertencia o que se busque incrementar la cultura jurídica de los consumidores.
- d.- Es nula la estipulación mediante la cual se *“invierte la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”*. Entendemos que esta norma alude al principio consagrado en el artículo 1698 del Código Civil, según el cual *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.”* En consecuencia, lo que la ley prohíbe es alterar este principio básico incorporado en el nuestra legislación común.
- e.- Es igualmente nula la estipulación que contenga *“limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcirse frente a las deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio”*. De acuerdo a lo indicado, se trataría de productos defectuosos, que impiden la obtención de la utilidad o finalidad prevista, dando lugar, por consiguiente, a un resarcimiento indemnizatorio. La estipulación objetada exoneraría al proveedor de responsabilidad, asumiendo el perjuicio el consumidor. Ninguna duda nos asiste de que en el caso indicado, aplicando las normas generales sobre responsabilidad contractual, la cláusula mencionada carecería de valor, entre otras razones, tratándose de un contrato de compraventa, por existir vicios ocultos que debieron advertirse al momento de perfeccionarse el contrato (artículos 1857 y siguientes del Código Civil), o bien, si el defecto constaba al proveedor, en virtud de un incumplimiento doloso (artículo 1558 del Código Civil). Nos remitimos al comentario anterior. La norma es inútil, reiterativa e innecesaria.
- f.- Es nulo el contrato que incluya *“espacios en blanco, que no hayan sido llenados o utilizados”* antes de suscribirse. Lo indicado implica que el contrato de consumo, para ser válido, debe ser completo, vale decir, deben estar íntegramente establecidas todas sus estipulaciones. Si existieran espacios en blanco, siempre que ellos correspondieran a cláusulas no escritas, ello arrastraría la nulidad de todo el contrato. En el fondo, existe una presunción simplemente legal, conforme la cual estos espacios en blanco pueden ser utilizados para perjudicar a una de las partes, con el simple expediente de llenarlos a su arbitrio. No cabe, tampoco, la posibilidad de facultar a una de las partes para llenar el instrumento. Ello chocaría frontalmente con la

disposición que se analiza. Por último, debe repararse en que el “espacio en blanco” esté destinado, sin la menor duda, como ya se dijo, a incorporar una estipulación contractual. No puede sostenerse que cualquier espacio no utilizado (por ejemplo, en virtud de una distribución de fantasía), sirva para promover la nulidad del contrato. Además, conviene destacar que esta disposición es preventiva de ilegalidad, puesto que el espacio en blanco, en sí mismo, no puede configurar un vicio de nulidad. La ley, al prescribir esta sanción, procura evitar que pueda consumarse un abuso.

- g.- Finalmente, la ley contempla una causal más amplia y compleja. Comienza diciendo que no valen las cláusulas o estipulaciones “*en contra de las exigencias de la buena fe*”. Advirtiendo el legislador que lo indicado es demasiado vago, señala que debe atenderse para estos efectos “*a parámetros objetivos, (que) causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes deriven del contrato*”. Agrega la norma que para ello “*se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales y generales que lo rigen*”. Por último, se contempla una presunción, en virtud de la cual se entiende que el contrato está ajustado a derecho cuando ha sido visado y autorizado por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales. Esta norma constituye una clara expresión de la llamada **buena fe objetiva**, puesto que dice relación con el comportamiento del sujeto al contratar. No hace esta legislación más que reglamentar la buena fe que, en general, trata el artículo 1546 del Código Civil (todo contrato debe celebrarse, ejecutarse y cumplirse de buena fe, esto es, sin el ánimo de perjudicar a nadie). Lo original de la norma que comentamos radica en el hecho de que, para medir esta exigencia, debe recurrirse a parámetros objetivos que determinen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes. Los márgenes que fija el legislador son también amplios, puesto que alude a la finalidad del contrato y las disposiciones que lo regulan. En consecuencia, el juez puede moverse con facilidad para mediar y calificar el desequilibrio que se sanciona.

Hasta aquí las estipulaciones y cláusulas que se excluyen, bajo sanción de nulidad, de los contratos de consumo, en aras de lograr un equilibrio contractual que, se presume, no se alcanza naturalmente en los contratos por adhesión. No es mucho lo original de este estatuto, más bien se trata de una ampliación de normas y principios de la relación contractual contenidas en la legislación común.

### 3.- Otros correctivos.

Entre las normas de equidad destinadas a atenuar los efectos de un contrato de adhesión, aparte de las nulidades comentadas, pueden mencionarse las siguientes:

- a.- Señala la ley (artículo 16 A) que una vez declarada la nulidad de una o más cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión por las causas establecidas en el artículo 16, el contrato *“subsistirá con las restantes cláusulas”*, salvo que por su naturaleza misma o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. *“En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre que recae la declaración.”* Nuevamente, creemos que se trata de una disposición inútil y reiterativa. Si el tribunal declara la nulidad de una cláusula o estipulación del contrato, debe limitarse el efecto de esta sanción a la materia sobre la cual se pronunció el fallo. Aquella nulidad arrastrará íntegramente la del contrato cuando sea determinante para la subsistencia de la convención, cuestión que debe ponderar y decidir el juez al dictar fallo. ¿Cuál es, entonces, la utilidad de esta disposición? Analizando más detalladamente este artículo, se llega a la conclusión que la *“novedad”* radica en que, a pesar de no haberse demandado la nulidad de la totalidad del contrato, sino sólo determinadas estipulaciones o cláusulas, el juez está obligado a declarar la nulidad *“en su integridad”* cuando concluye que ha quedado afectado todo lo convenido. Como es sabido, la facultad del Tribunal para obrar de oficio (más allá de lo pedido por las partes) es excepcionalísima y todavía más cuando se impone al juez imperativamente la obligación de pronunciar dicha nulidad integral. Basta, a este respecto, con recordar las controversias que se han suscitado a propósito de la aplicación del artículo 1683 del Código Civil. En consecuencia, en su primera parte, el artículo 16 A. de la Ley N°19.496 es inútil y reiterativo, no así en su segunda parte a propósito de la declaración de la nulidad integral del acto o contrato, toda vez que la estipulación o cláusula dejada sin efecto compromete la validez en su totalidad, atendiendo a la *“naturaleza misma del contrato”* o la *“intención original de los contratantes”*. Por ende, no cabe en este caso la posibilidad de impugnar el fallo que declara la nulidad del contrato en su integridad, mediante un recurso de casación en la forma por ultrapetita (otorgando más de lo pedido por las partes). La decisión del tribunal queda amparada por la facultad que confiere la ley para extenderse más allá de lo pedido por las partes.
- b. Sobre la escrituración del contrato el artículo 17 señala que los contratos de adhesión referidos al consumo *“deberán estar escritos de modo claramente legible”*, especificándose el tamaño de la letra (no inferior a 2,5 milímetros) y el idioma (castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico). Agrega la norma que comentamos *“Que las cláusula que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor”*. De las tres condiciones impuestas en esta disposición, dos de ellas son objetivas y una subjetiva. La claridad (legibilidad) es una cuestión muy relativa y depende de las características y nivel cultural de quien lee, su capacidad de comprensión, los antecedentes que rodean

la celebración del acto o contrato, etcétera. Es difícil, por lo tanto, precisar cuándo un texto escrito es legible, aunque para calificar este carácter se haya agregado el adjetivo calificativo "claramente". La determinación de si el texto es "claramente legible" dependerá, por ende, de las características personales del contratante. Para entrar a decidir sobre la comprensión del texto deberá haber surgido, necesariamente, un conflicto, razón por la cual la cuestión queda circunscrita al sentido y alcance de dicha controversia, lo que, ciertamente, facilita la determinación. Para la recta interpretación de esta norma es conveniente citar lo que señala el artículo 1566 del Código Civil, que prescribe "*No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor*". Se trata de una norma de clausura que cierra el Título XIII del Libro IV de dicho Código. La disposición es todavía más rica, ya que agrega en un inciso 2°: "*Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella*". Como puede comprobarse, fundado en un principio de justicia material, nuestro Código Civil sale al encuentro de una "ambigüedad" que deriva de un texto literal insuficiente y oscuro. En definitiva, entonces, el consumidor podrá exonerarse de cumplir una obligación o renunciar a un beneficio, toda vez que ellos no aparezcan claramente establecidos en el acto o contrato celebrado.

- c.- Sin perjuicio de lo comentado en la letra anterior, la misma disposición (artículo 17), en su inciso 2°, dispone que en los contratos "*impresos en formularios*" prevalecerán las cláusulas agregadas por las partes por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí. Esta cuestión ha sido resuelta en numerosas sentencias sobre interpretación de los contratos en las cuales se destaca la importancia de los textos agregados por las partes —expresión de su auténtica voluntad—, frente a formularios preparados ad hoc para implementar la celebración de contratos de adhesión. Se trata, entonces, de un recurso interpretativo que se funda en la circunstancia de que una manifestación expresa de voluntad debe sobreponerse a lo registrado en un ejemplar impreso del contrato.
- d.- El deber de estar redactado el contrato en idioma castellano tiene una excepción importante en el inciso 3° del artículo 17. Se señala, a este respecto, que puede el contrato estar redactado en un idioma distinto del castellano cuando el consumidor "*lo acepte expresamente, mediante su firma en un documento en castellano anexo al contrato, y quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará en caso de duda, para todos los efectos legales*". La norma que comentamos es curiosa y, en cierta medida, absurda. Lo anterior porque subsiste la intención de que el texto del contrato se halle redactado en nuestro idioma, razón por la cual habría

bastado con señalar que podía existir una versión en idioma extranjero, pero prevaleciendo aquella redactada en idioma castellano. Resulta, por lo tanto, inútil la exigencia de que la versión en idioma extranjero requiera de un documento anexo escrito en castellano y que quede en poder del consumidor un texto del contrato en castellano al que se deberá estar en caso de duda. Nótese que siempre deberá existir una versión en castellano de aplicación preferente.

- e.- Nos parece excesivo destinar un inciso del artículo 17 (cuarto) al deber del proveedor de entregar al consumidor un ejemplar íntegro del contrato suscrito por todas las partes, estableciéndose un procedimiento para el evento de que ello no pueda hacerse en el acto por carecer de alguna firma. En tal caso el proveedor *“entregará de inmediato una copia al consumidor con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste”*. Lo anotado implica dos cosas: el documento que se entrega *“de inmediato”* no lleva todas las firmas; y el proveedor, en cierta medida, certifica, como ministro de fe, la autenticidad del contrato suscrito, aun cuando no por todos los contratantes. La norma que analizamos culmina prescribiendo: *“La copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado, para todos los efectos legales”*. En esta materia debió seguirse el principio que inspira al artículo 2217 del Código Civil, según el cual *“Cuando según las reglas generales debe otorgarse este contrato (depósito) por escrito y se hubiere omitido esta formalidad, será creído el depositario sobre su palabra, sea en orden al hecho mismo del depósito, sea en cuanto a la cosa depositada, o al hecho de la restitución”*. La solución escogida por el Código de Bello es práctica, menos formal y opera con facilidad.
- f.- Por último, entre las normas de equidad destinadas a atenuar el desequilibrio que se observa en los contratos por adhesión, se incluye lo indicado en el artículo 17 A., según el cual en este tipo de contratación el proveedor debe informar en términos simples *“el cobro de bienes y servicios ya prestados”*, a fin de que el consumidor pueda *“verificar si el cobro efectuado se ajusta a las condiciones y a los precios, cargos, costos, tarifas y comisiones descritos en el contrato”*. Llama la atención el hecho de que se aluda a una información que debe prestarse *“en términos simples”*, lo que hace suponer que las materias técnicas sobre que se informa deben tratarse de manera que el consumidor pueda comprender con facilidad. Por cierto, ello será resuelto en caso de controversia por el tribunal competente. Para cerciorarse de que no se engañe al consumidor, la norma termina disponiendo que *“Además, toda promoción de dichos bienes y servicios indicará siempre el costo total de la misma.”* Es indudable que la intención de la norma es evitar que el proveedor, valiéndose de su posición, engañe o induzca a engaño al consumidor, efectuando cobros injustificados que pueden provenir de falta de información, de antecedentes técnicos confusos difíciles de explicar o de promociones que, como en el llamado *“dolo bueno del comerciante”*, magnifica las virtudes de lo que se

intenta vender. Las llamadas “promociones” son el mecanismo más eficaz para divulgar un producto o un servicio, exaltando sus virtudes y ocultando sus defectos. Al menos así parece considerarlo el legislador.

Nos resulta oportuno y conveniente formular algunas observaciones, en general, sobre las normas examinadas en lo precedente. Se evidencia de lo transcrito que, a la luz de las normas reglamentarias comentadas (no obstante su carácter legal), resalta el hecho de que se coloca al proveedor como un contratante abusivo, capaz de prevalerse de la ignorancia, falta de experiencia e incapacidad del consumidor con miras a la satisfacción de sus intereses. Desde este punto de vista, la ley proyecta la imagen de un proveedor abyecto, al cual hay que sancionar por el uso de recursos vedados, destinados a engañar a su contraparte. De aquí que la norma se esfuerce en descubrir todo resquicio que sirva para alcanzar estos propósitos. No creemos nosotros que ello corresponda a lo que sucede en un mercado masificado y moderno, al cual concurren millones de consumidores, conformando, en el día de hoy, uno de los pilares de nuestro desarrollo económico. Bien podría hablarse de un nuevo principio “*indubio pro consumidor*”. De las disposiciones legales analizadas se desprende que el consumidor está siendo considerado de la misma manera que un “trabajador” o un “niño”, o un “imputado penal”, sujetos todos expuestos a ser objeto de abusos e injusticias y, por ende, de un tratamiento legislativo especial y protector. Con esta perspectiva, un nuevo derecho del consumidor, se proyecta como excepcional y llamado a amparar a un sujeto víctima de una situación desmedrada que debe corregirse como se encarga la misma ley de precisarlo. Por cierto, no todos compartimos esta visión, sin perjuicio de reconocer que ha habido excesos que merecen ser sancionados, como ocurre en cualquiera otra actividad, pero que corresponden a episodios que no representan una generalidad. Inquieta, también, el hecho de que los consumidores, pero sólo una parte ínfima de ellos, sean quienes abusen del amparo que les brinda la ley y, valiéndose de diversas triquiñuelas, a veces delictivas, consigan ventajas indebidas. Como puede constatarse, la materia que abordamos tiene aristas muy especiales, que evidencian que la cuestión que subyace en la base de esta temática es más compleja de lo que aparece a primera vista.

Reiteremos, una vez más, que de las disposiciones comentadas en los párrafos precedentes, queda de manifiesto que la Ley de Defensa del Consumidor tiene un carácter reglamentario que no corresponde propiamente a una ley. ¿Implica ello una desconfianza en el ejercicio de la jurisdicción? ¿Ha querido el legislador restringir las facultades del juez y, por este medio, asegurarse de que, incluso en lo meramente reglamentario, prevalecerá su voluntad? No nos asiste duda alguna de que la Ley N°19.496 es, muy probablemente, una clara expresión de lo que hemos denunciado repetidamente, en orden a que la ley invade en forma indebida e irregular el ámbito de la ejecución reglamentaria y el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

## VI.- Sobre la responsabilidad por incumplimiento.

De la sola lectura de la Ley N°19.496 queda de manifiesto el carácter reglamentario de este estatuto legal. Se establecen en él requisitos y exigencias prácticas que en un sistema jurídico coherente corresponden al ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución y a la jurisdicción. Por lo mismo, muchas de estas normas resultan innecesarias y nada originales.

- a.- El artículo 18 comienza diciendo que constituye una infracción de las norma legales cobrar un *“precio superior al exhibido, informado o publicitado”*. Si se considera que el precio es un elemento esencial del contrato de consumo, la ley no hace más que reiterar una cosa obvia. La norma se justifica con la reafirmación de que el precio queda establecido por el hecho de exhibirse, informarse o publicitarse, seguido de la aceptación pura y simple. Se admite, entonces, la expresión de voluntad tácita del oferente, lo que se desprende del hecho descrito en la ley. Recordemos que el artículo 103 del Código de Comercio señala precisamente que *“La aceptación tácita produce los mismos efectos y está sujeta a las mismas reglas que la expresa”*. Lo que sí se observa es que esta norma altera lo previsto en el artículo 105 del mismo Código. En consecuencia, tratándose de un contrato de consumo, el precio queda establecido por la aceptación del exhibido, informado o publicitado por el proveedor. Es entendido que estos actos (de fijación del precio) han debido ser realizados por quien estaba autorizado al efecto. Puede el proveedor, por consiguiente, acreditar que no ha sido él quien ha dispuesto la exhibición, información o publicidad del precio, evitando, de esta manera, que le sea exigible aceptarlo. Se ha suscitado un conflicto a propósito de la publicidad de un precio erróneamente ofrecido por un proveedor a través de medios electrónicos. Insistimos en nuestro planteamiento: si ha habido error al transmitir el precio y ello se acredita cumplidamente y en forma legal, puede el proveedor exonerarse de respetarlo. Tal sucederá, por vía de ejemplo, cuando un dependiente incurre en un error justificable o los sistemas escogidos para la exhibición, información o publicidad del precio sufren desperfectos o distorsiones imposibles de controlar o alteraciones provenientes de terceros. Creemos que esta interpretación se justifica a la luz de que no es lícito – ni para el proveedor ni para el consumidor – valerse de un error justificable para obtener un provecho económico. Esta parece ser la filosofía que inspiró a los autores de la ley, toda vez que, tratándose del consumidor, el artículo 12 A (ya analizado) sólo entiende formado el consentimiento cuando el consumidor ha tenido acceso claro, comprensible e inequívoco a las condiciones generales. Cualquier otra conclusión hace pensar que la ley toleraría un aprovechamiento indebido, como si la formación del consentimiento pudiera derivar de una trampa o un abuso. En todo caso, dejemos sentado que será el Juez el llamado a resolver si concurre un error justificado que no se pudo prever ni evitar con la diligen-

cia y cuidado que era exigible. Por último, la protección del consumidor no pasa por sobre la buena fe ni sirve para legitimar un aprovechamiento escandaloso.

- b.- El artículo 19 describe la hipótesis de que el contenido neto del bien adquirido “*sea inferior al indicado en el envase o empaque*”. De esta disposición se infiere que la información dada en el envase o empaque, debe ser acatada como parte del contrato y que, si tal no ocurre, puede el consumidor hacer valer cualquiera de estas tres facultades: exigir la reposición del producto; optar por la bonificación de su valor en la compra de otro producto; o por la devolución del precio que haya pagado en exceso. En esta elección no corresponde al proveedor intervención alguna, ya que la ley da por configurada la infracción del proveedor por el solo hecho de que el contenido neto sea inferior al informado, abriendo un abanico de posibilidades cuya selección recae exclusivamente en el consumidor afectado. Por cierto, puede el proveedor repetir contra el productor, si se trata de personas distintas, lo que sucederá en la mayor parte de los casos. La *cadena productor-proveedor-consumidor* configura diversas relaciones jurídicas, sólo en la que liga *proveedor-consumidor* tiene aplicación la Ley N°19.496. Puede afirmarse, entonces, que en esta disposición se consagra un caso de “**responsabilidad objetiva**”, ya que la obligación de reponer el producto, bonificar la diferencia en pago de otro artículo, o devolver el precio pagado en exceso, surge por el solo hecho de que el contenido neto sea inferior al informado, resultando indiferente la actitud subjetiva del proveedor o las razones que pudieran justificar esta deficiencia.
- c.- El artículo 20 describe siete hipótesis en que, “*sin perjuicio de la indemnización por los daños ocasionados*”, el consumidor puede optar entre la reparación gratuita del bien o, previa restitución, su reposición o la devolución de la cantidad pagada. O sea, se entrega al consumidor la decisión de perseverar en el contrato (cuando acepta la reparación o su reposición) o su resolución (devolución de la cantidad pagada). Esta norma reproduce las opciones que en los contratos bilaterales da al acreedor el artículo 1489 del Código Civil. La única novedad radica en la descripción de las opciones (reparación, reposición o restitución del precio). Incluso, tratándose de cualquiera de estas medidas procede la indemnización de perjuicios de acuerdo a las normas generales que regulan la materia. Las siete hipótesis –que resumimos– operan en la siguiente forma: i) cuando el producto está sujeto a normas de seguridad y calidad obligatorias y no cumple las especificaciones correspondientes; ii) cuando los materiales, partes, piezas, elementos, substancias o ingredientes no corresponden a las especificaciones que ostenten o se mencionen en el rotulado; iii) cuando cualquier diferencia de los factores mencionados en lo numeral precedente, incluyendo estructuras, calidad o condiciones sanitarias, no sean enteramente aptas para el uso o consumo

a que están destinados los productos o que el proveedor hubiere señalado en su publicidad; iv) cuando el proveedor hubiera convenido que los productos deberán reunir determinadas especificaciones y ello no ocurra; v) cuando después de haberse hecho efectiva la garantía o prestado el servicio técnico correspondiente, subsistan las deficiencias del producto, haciendo inapto el producto para el uso o consumo a que está destinado; vi) cuando el producto tenga defectos o vicios ocultos que hagan imposible el uso a que habitualmente se destine; y vii) cuando la ley de los metales, en los artículos de orfebrería, joyería u otros, sea inferior a los que en ellos se indiquen. ¿Qué importancia asignamos a esta enumeración? Es dable sostener que en las siete hipótesis señaladas se configuran casos de *responsabilidad objetiva*, toda vez que acreditado el hecho descrito surgen las consecuencias jurídicas indicadas con independencia del factor de imputación (dolo o culpa) por parte del proveedor. Refuerza lo que decimos el texto del artículo 20 que, junto con reconocer al consumidor la facultad de optar entre la reparación gratuita del producto, o su reposición, o devolución de la cantidad pagada, agrega que ello es sin perjuicio de la indemnización por los daños ocasionados. Nótese que la responsabilidad objetiva se limita a los efectos descritos en la disposición (reparación, reposición o devolución de lo pagado), pero no alcanza a la indemnización de perjuicios, que debe ceñirse a las normas generales.

- d.- Para los efectos indicados en esta disposición, el último inciso del artículo 20 señala que deberá considerarse como un solo bien aquel que se ha vendido como un todo, aunque esté conformado por distintas unidades, partes, piezas o módulos, no obstante que las partes puedan emplearse separadamente. Asimismo, cuando se trata de una reposición, ella se puede efectuar respecto de una unidad, parte, pieza o módulo, siempre que sea igual a la que se restituye.

En consecuencia, el artículo 20 determina la existencia de siete incumplimientos calificados por la ley, respecto de los cuales se impone responsabilidad objetiva al deudor, puesto que basta que ocurra cualquiera de estos supuestos para que, automáticamente, el proveedor incurra en responsabilidad. Si bien no puede este último exonerarse de responsabilidad arguyendo un comportamiento diligente y cuidadoso de su parte, sí puede imputar responsabilidad al consumidor cuando causalmente el hecho sobre que se funda la responsabilidad ha sido provocado por él. De la misma manera, si el daño proviene de un caso fortuito del cual no responde, puede alegar exención de responsabilidad. Tal cosa ocurrirá, por ejemplo, en el evento que las deficiencias del producto provengan de su errada manipulación o los vicios ocultos y defectos que impiden su uso habitual sean consecuencia del hecho o culpa del consumidor. En otros términos, en las hipótesis previstas en el artículo 20 observamos casos de *responsabilidad objetiva*, en los cuales no cabe considerar la conducta subjetiva del proveedor,

pero reconociendo a éste la facultad de alegar exoneración de responsabilidad si causalmente el consumidor ha tenido participación en la producción de la hipótesis descrita en la ley o ello ha sido consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor. Otro ejemplo aclarará nuestro punto de vista. Si el contrato de consumo comprende un artefacto electrónico y un desperfecto en las instalaciones eléctricas del lugar en ha sido instalado o un corte de energía y su posterior reposición dañan el producto, es indudable que el proveedor no responderá, aun cuando la ley imponga responsabilidad objetiva, porque esta última no excluye la culpa del acreedor ni el caso fortuito o fuerza mayor. Admitimos, en todo caso, que nuestra interpretación pueda resultar discutible, ya que es bien difícil ejemplarizar los supuestos contenidos en el artículo 20 para demostrar que puede operar en ellos la culpa o dolo del consumidor o la fuerza mayor.

### **VII.- Ejercicio de los derechos consignados en las disposiciones precedentes.**

El artículo 21 se refiere a ciertas reglas relativas al cumplimiento de los artículos 19 y 20 de la Ley de Protección al Consumidor. Nuevamente, salta a la vista una exagerada reglamentación que, sin duda, no corresponde a una buena política legislativa.<sup>4</sup>

- a.- Comienza este mandato disponiendo un plazo perentorio para hacer valer los derechos consagrados en los artículos 19 y 20: *“tres meses siguientes a la fecha en que se haya recibido el producto”*. Agrega, lo que es obvio, *“siempre que éste no se hubiere deteriorado por hecho imputable al consumidor”* (lo cual afianza lo sostenido en el párrafo precedente). Nos remitimos, por ende, a lo manifestado en las páginas anteriores. Para el caso que se hubiere vendido con determinada garantía y el plazo fuere mayor, prevalecerá éste sobre aquél.
- b.- En esta parte la ley (artículo 21) establece una extensión de responsabilidad, pudiendo el consumidor dirigir su acción destinada a la reparación del producto, indistinta o conjuntamente, sea contra el vendedor, el fabricante o el importador. Los responsables de los perjuicios inferidos al consumidor son **solidariamente** obligados a su reparación, así se trate del proveedor que haya comercializado el producto o del importador que lo haya vendido o suministrado. Si el consumidor optare por requerir la reparación sólo al vendedor, este puede repetir contra el fabricante o importador, por costos

<sup>4</sup> En varias oportunidades hemos hecho referencia a la circunstancia de que un excesivo sentido reglamentario de la ley coarta la potestad de ejecución del Presidente de la República, elevando de categoría normas de naturaleza reglamentaria. Ello implica una deformación del mandato general y abstracto que caracteriza a la ley, distorsionando gravemente la estructura del sistema normativo.

de restitución, devolución o indemnizaciones que haya debido cancelar en virtud de sentencia condenatoria, *“siempre que el defecto a una u otra les fuere imputable”*. La ley, innecesariamente, agrega que el consumidor puede dirigirse contra el fabricante e importador en caso de ausencia del vendedor por quiebra, término de giro u otra circunstancia semejante, pero, tratándose de la devolución pagada por el consumidor, esta acción sólo puede intentarse contra el vendedor. En síntesis, la ley involucra en el contrato de consumo al proveedor directo (vendedor), al fabricante y al importador, haciéndolos solidariamente responsables de los daños causados cuando el consumidor opte por la reparación del bien, no así cuando se pida la devolución de la cantidad pagada. Se pone la ley en el caso de *“productos perecibles o que por su naturaleza estén destinados a ser usados o consumidos en plazos breves”*. En tal supuesto el término establecido en el inciso 1° del artículo 21 (tres meses) debe ser impreso en el producto o envoltorio o, en su defecto, el término máximo de siete días. O sea, el consumidor dispondrá de este plazo para hacer efectivo su derecho. Cuando se trata de un bien *“amparado por una garantía otorgada por el proveedor”*, debe el consumidor, *“antes de ejercer alguno de los derechos que le confiere el artículo 20”* (reparación gratuita, reposición o devolución de la cantidad pagada), hacer efectiva (la garantía) *“ante quien corresponda y agotar las posibilidades que ofrece, conforme los términos de la póliza”*. En otras palabras, se exige al consumidor estarse principalmente a la garantía convenida en el contrato de consumo.

- c.- El artículo 22 se refiere a los productos que han debido reponerse por los proveedores –siendo distribuidores o comerciantes– a los consumidores y aquellos por los que se devolvieron la cantidad recibida en pago. Todos estos bienes deben serle restituidos, contra su entrega, por la persona de quien los adquirieron o por el fabricante o importador, siendo también de cargo de estos últimos el *“resarcimiento, en su caso, de los costos de restitución o de devolución y de las indemnizaciones que se hayan debido pagar en virtud de sentencia condenatoria, siempre que el defecto que dio lugar a una u otra les fuere imputable”*. Como puede comprobarse, en el presente caso se impone al fabricante e importador la obligación de financiar los costos de la restitución (flete y seguros), y las indemnizaciones que se hayan establecido por sentencia judicial.
- d.- La Ley Sobre Protección de los Derechos del Consumidor alude a una serie de conductas infraccionales que resumiremos en los párrafos siguientes:
- 1.- Comete infracción a este estatuto legal el proveedor que actuando negligentemente causa menoscabo (perjuicio) al consumidor como consecuencia de que el producto adolece de fallas, insuficiencias y defectos (el artículo 23 alude a *fallas, deficiencias en la calidad, cantidad,*

*identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio).* Parece claro que el legislador intentó ampliar el campo de la responsabilidad, aun cuando siempre que ello provenga de una conducta negligente. Tratándose del cumplimiento de un contrato, debe concluirse que la responsabilidad del proveedor se mide por la *culpa leve*.

- 2.- La ley se ocupa especialmente de los *“espectáculos públicos, incluidos los artísticos y deportivos, que pongan en venta una cantidad de localidades que supera la capacidad del respectivo recinto”*. Lo referido no es infrecuente. A menudo los organizadores de dichos espectáculos exceden la capacidad de los recintos, originando toda suerte de conflictos e incumpliendo el contrato respecto de todos los adquirentes. Para sancionar estos casos la ley (artículo 23 inciso 2°) dispone que los infractores serán sancionados con multa de 100 a 300 unidades tributarias mensuales, lo cual deberá entenderse sin perjuicio de la indemnización a que haya lugar. Agrega la norma que esta sanción se hace extensiva *“a la venta de sobrecupos en los servicios de los transporte de pasajeros, con excepción del transporte aéreo”*.
- 3.- Infringe la ley el proveedor que utiliza *“publicidad falsa o engañosa difundida por medios de comunicación social”*. Si ello incide en i) *“los componentes del producto y el porcentaje en que concurren”*; ii) *“la idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante”*; iii) *“las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial”*; iv) *“el precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito en su caso, en conformidad a las normas vigentes”*; v) *“las condiciones en que opera la garantía”*; y vi) *“su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable”*, el infractor sufrirá una multa de hasta 750 unidades tributarias mensuales y en el evento de que reincida podrá elevarse esta multa al doble. En el evento de que la publicidad falsa y engañosa *“incida en las cualidades de productos o servicios que afecten la salud o la seguridad de la población o el medio ambiente”*, la multa podrá aumentarse hasta 1.000 unidades tributarias mensuales.
- 4.- El artículo 25 tipifica otra infracción grave relativa al que *“suspendiere, paralizare o no prestara, sin justificación, un servicio previamente contratado y por el cual se hubiere pagado derecho de conexión, de instalación, de incorporación o de mantención”*. En este caso puede aplicarse al infractor una multa de hasta 150 unidades tributarias mensuales. Esta multa puede aumentar al doble cuando el servicio corresponda a un

servicio público (*“agua potable, gas, alcantarillado, energía eléctrica, teléfono o recolección de basura o elementos tóxicos”*). La ley dispone, perentoriamente, que no puede formularse cobro alguno por el servicio mientras estaba interrumpido, debiendo descontarse o reembolsarse al consumidor el precio del servicio en la proporción que corresponda.

- 5.- El artículo 28, que forma parte del Título III, alude a otra infracción (habría sido preferible reunir las todas en un solo título a fin de darles un tratamiento unitario), que consiste en emitir, sabiendo o debiendo saberlo, un mensaje publicitario que induce a error o engaño respecto de los componentes del producto y el porcentaje en que concurre; o la identidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante; o las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial; o al precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito en su caso; o las condiciones en que opera la garantía; o su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable. Como puede observarse, se trata de una inducción al engaño, pero en relación a varios factores taxativos que se consideran esenciales en la relación jurídica. Por lo tanto, estimamos que nos hallamos en presencia de una responsabilidad objetiva, toda vez que quien incurre en ella *“sabe o debe saber”* que induce a error o engaño a su contraparte en lo concerniente a estipulaciones precisas del contrato. La víctima, por ende, se limitará a probar el conocimiento o deber de conocimiento del proveedor y la materia en que incide la inducción. Dados estos elementos quedará configurada la infracción sin necesidad de acreditar el factor subjetivo de imputación. Para hacer valer la responsabilidad, deberá acreditarse el daño de acuerdo a las normas generales que gobiernan esta materia.
- 6.- Comete infracción a la Ley del Consumidor el que a través de cualquier tipo de mensaje publicitario, *“produce confusión en los consumidores respecto de la identidad de empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores”* (artículo 28 A). Lo indicado debe entenderse sin perjuicio de lo que dispongan otras leyes especialmente en materia de propiedad industrial, patentes comerciales y libre competencia. En esta hipótesis nos encontramos ante una infracción que pone en peligro el funcionamiento del mercado, de manera que si lo obrado genera daños, el autor, sin perjuicio de la multa, deberá reparar los daños, sin necesidad de acreditar el factor de imputación.
- 7.- Incurre en infracción a la ley el que *“estando obligado a rotular los bienes o servicios que produzca, expendá o preste, no lo hiciere, o faltare a*

*la verdad en la rotulación, la ocultare o alterare...*" (artículo 29). En el presente caso, se impone al proveedor una multa que va desde 5 a 50 unidades tributarias mensuales. Estimamos que, en el evento de que se siga un perjuicio para el consumidor, el infractor deberá reparar los daños causados, debiendo ser considerado contratante doloso.

En la mayor parte de estos casos –cuando la ley dispone expresamente que se incurre en infracción a la Ley Sobre Protección de los Derechos del Consumidor, por conductas debidamente tipificadas en el texto legal– nos encontramos ante supuestos de responsabilidad objetiva, salvo que la misma disposición lo excluya, como ocurre en el inciso 1° del artículo 23, ya comentado. De aquí que creamos útil sistematizar las situaciones en que la ley derechamente entiende configurada una infracción sin vincularla a un factor de imputación. Ello porque en dichos supuestos surge claramente una hipótesis de responsabilidad objetiva. No sucede lo mismo cuando la norma impone un deber de cuidado al proveedor, sin que este lo cumpla.

e.- El estatuto legal que examinamos contempla varias normas relativas a la aplicación de las sanciones. Desde luego, existen multas cuantificadas especialmente en la ley. El artículo 24 contiene una regla general: *"Las infracciones a lo dispuesto en esta ley serán sancionadas con multa de hasta 50 unidades tributarias mensuales, si no tuviera señalada una sanción diferente"*. Por su parte, el artículo 24 inciso 4° fija ciertas pautas al juez para la aplicación de las multas, debiendo *"tenerse especialmente en cuenta la cuantía de lo disputado, los parámetros objetivos que definan el deber de profesionalidad del proveedor, el grado de asimetría de información existente entre el infractor y la víctima, el beneficio obtenido con motivo de la infracción, la gravedad del daño causado, el riesgo a que quedó expuesta la víctima o la comunidad y la situación económica del infractor"*. Como puede apreciarse, la ley procura encerrar al juez en un cuadro hermético que establece los padrones en que debe ajustarse su decisión. Mala técnica legislativa, que acusa nuevamente una cierta desconfianza en los jueces que son, en definitiva, los llamados a aplicar con mayor flexibilidad las disposiciones legales. Habría bastado, a nuestro juicio, con señalar que el juez debía ponderar la gravedad de la infracción y el daño causado, para entender incorporado los factores que se describen, sin facilitar la consumación de una injusticia. Así, por ejemplo, la *"asimetría de información existente entre el infractor y la víctima"* puede deberse a la negligencia del consumidor, que debiendo informarse no lo hizo, o de la natural complejidad que ofrecen algunos productos especialmente sofisticados.

f.- Por último la ley (artículo 26) establece un plazo especial de 6 meses para perseguir la responsabilidad contravencional, el cual debe computarse desde que haya ocurrido la infracción. Este plazo se suspende desde que el

consumidor interpone el reclamo ante el servicio de atención al cliente, el mediador o el Sernac. El plazo sigue corriendo una vez concluida la tramitación del reclamo respectivo. A su vez, las sanciones impuestas prescriben en el plazo de 1 año, a contar del día en que quede a firme la sentencia condenatoria. Este Título concluye con el artículo 27, que ordena que las restituciones pecuniarias que las partes deban hacerse en conformidad a esta ley, serán reajustadas de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor *“entre el mes anterior a la fecha en que se produjo la infracción y el precedente a aquél en que la restitución se haga efectiva”*.

### **VIII. Juicio crítico sobre las normas de responsabilidad.**

Entendemos que la ley no se elabora en función de casos excepcionales, sino más bien respecto de conductas generales que deben enmendarse con cierto rigor. No creemos nosotros que nuestros comerciantes sean una banda de facinerosos que aprovechan la inmadurez e ignorancia de los consumidores para obtener beneficios indebidos. Cuando un mercado presenta anomalías generalizadas, como el engaño sistemático de los consumidores, no cabe la menor duda que ello es consecuencia de que todos quienes intervienen en él adolecen de deficiencias que hacen posible estas irregularidades. Por otra parte, tampoco parece discutible que los consumidores se encuentran en franca desventaja respecto de los proveedores (productores o importadores), ni que debe corregirse este desequilibrio interviniendo los contratos de adhesión. Pero no puede desconocerse que un consumidor sobreprotegido tiende a abusar de su posición, logrando beneficios injustos en desmedro de su contraparte. En síntesis, esta materia no se resuelve imputando todas las culpas al proveedor o generando una atmósfera de desconfianza que incita al conflicto y la judicialización de este tipo de relaciones.

Quienquiera que examine esta ley de protección de los derechos del consumidor, sin tener mayores antecedentes del mercado en que opera, llegará a la necesaria conclusión de que la tónica general está dada por empresarios inescrupulosos que aprovechan su posición para engañar, especular y abusar de los consumidores. La realidad, creemos nosotros, no corresponde a esta representación. De lo dicho se sigue que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N°19.496, el desequilibrio cambió, colocando a los consumidores como sujetos privilegiados y estimulándolos permanentemente para promover conflictos, incluso con la estrecha colaboración de un organismo público como el Sernac.

Por otra parte, el derecho del consumidor, que hunde sus raíces, como es obvio, en el derecho contractual, reitera muchos de los efectos convencionales previstos y regulados en el Código Civil, pero con un énfasis condenatorio

que se vuelve contra el proveedor. Por ejemplo, el artículo 18 (ya comentado) señala que constituye infracción a las normas de la presente ley el cobro de un precio superior al exhibido, informado o publicitado. La disposición es inútil, por cuando la formación del consentimiento ha debido generarse por la sola expresión tácita de voluntad del consumidor al aceptar de cualquier manera la oferta *“exhibida, informada o publicitada”*. Por lo tanto, desconocer el precio estipulado constituye un incumplimiento grave que debe sancionarse de acuerdo a las reglas generales. Probablemente se dirá que la norma tiene por objeto incorporar este incumplimiento a la sanción genérica indicada en el artículo 24 inciso 1°. Sin embargo, ello no es procedente, ya que este incumplimiento está especialmente previsto en el artículo 28 letra d), según el cual comete infracción a esta ley el que sabiendo o debiendo saberlo, a través de cualquier tipo de mensaje publicitario, induce a error o engaño respecto de: *“El precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito en su caso, en conformidad a las normas vigentes”*. La innecesaria reiteración en que se incurre es un claro testimonio de lo que venimos denunciando: un afán desmedido por afectar la imagen y conducta del proveedor. Otro tanto podría sostenerse en relación a las conductas descritas en el artículo 25 respecto de la suspensión, paralización o no prestación de un servicio previamente contratado y por el cual se hubiere pagado derecho de conexión, de instalación, incorporación o mantención. Se trata en la especie de un incumplimiento, que trae consigo la aplicación de una multa y el resarcimiento de los perjuicios irrogados. ¿No habría sido preferible aplicar la multa a cualquier incumplimiento doloso o culpable que afecte los intereses del consumidor? ¿Por qué se agrava, con la aplicación de una multa, la responsabilidad del proveedor que ha recibido un pago, en circunstancias de que el incumplimiento es igualmente condenable en el supuesto de no haberse pagado el servicio contratado? Desde otra perspectiva, el inciso 2° del artículo 25 alude al incumplimiento de las prestaciones derivadas de empresas de servicios públicos (gas, teléfono, agua potable, energía eléctrica, etcétera), aumentando la multa por incumplimiento culpable a 300 unidades tributarias mensuales. Ocurre, empero, que este incumplimiento, carente de justificación, puede afectar a cientos de miles de consumidores de servicios vitales, lo cual no tiene punto de comparación con el incumplimiento individual que se describe en el inciso 1° del artículo 25. Sin embargo, la sanción al proveedor individual puede llegar al 50% de la sanción de la empresa de servicios públicos. Nótese que la multa a que estará afectada una empresa de servicios públicos es única, cualquiera que sea el número de personas afectadas. Por lo demás, no podría ser de otra manera atendidas las consecuencias de la sanción.

Lo que queremos significar con lo expresado en las líneas precedentes es nuestra convicción de que esta ley está mal concebida, ya que si se pretendió consagrar un nuevo derecho del consumidor, diferente de las normas sobre responsabilidad contractual del derecho común, debió diseñarse otra estructura orgánica, más coherente y ordenada, sin caer, como ocurre, en una reglamentación

exagerada, ajena al mandato normativo. La relación *consumidor-proveedor* es demasiado importante. De aquí el esfuerzo que debe desplegarse para configurar, en un futuro no remoto, una convivencia equilibrada en la cual ni uno ni otro pueda sobreponerse arbitrariamente.

No puede dejarse de lado un hecho que forma parte de lo que podría llamarse la esencia del comercio, que los romanos llamaron sabiamente el "*dolo bueno*" y que es propio del comerciante. Para la venta de un producto se ponderan naturalmente sus virtudes y se silencian sus defectos, así ha sido siempre y seguirá siéndolo. La tarea más difícil, si de proteger a una de las partes contratantes se trata, es distinguir hasta dónde llega una y otra cosa. La diferencia es muy sutil y debe quedar entregada al juez bajo el imperativo de pautas obligatorias, tales como las enunciadas en el inciso final del artículo 24. Tenemos la impresión que la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor ha procurado restringir las facultades jurisdiccionales de nuestros Tribunales de Justicia, limitando las atribuciones de los jueces mediante el expediente de transformar el mandato normativo (legal) en mandato reglamentario. De aquí el confuso estilo que comentamos. Como si lo indicado no fuere suficiente, se incorporó a este texto legal el llamado "*Sernac financiero*", que regula la responsabilidad por los servicios de esa naturaleza en un articulado entremezclado.

Atendiendo a lo señalado, creemos que no será fácil la aplicación de la Ley N°19.496. Podemos pensar en el futuro sobre la conveniencia de elaborar un Código del Consumidor que facilite su comprensión y aplicación, dando a esta rama emergente del derecho una difusión que genere, a la postre, una cultura de mercado cada día más necesaria.