



Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

La protección de los derechos de los consumidores en Chile

Aspectos sustantivos y procesales luego de
la reforma contenida en la Ley 19.955 de 2004

RONY JARA AMIGO

JORGE WAHL SILVA

RUPERTO PINOCHET OLAVE

HERNÁN CORRAL TALCIANI

MARÍA SARA RODRÍGUEZ PINTO

SERGIO VILLALOBOS RÍOS

MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN

ANA LUIZA DA GAMA E SOUZA

Jorge Baraona González

Oswaldo Lagos Villarreal

EDITORES



2006

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 12



Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

La protección de los derechos de los consumidores en Chile

Aspectos sustantivos y procesales luego de la
reforma contenida en la Ley 19.955 de 2004

Rony Jara Amigo

Jorge Wahl Silva

Ruperto Pinochet Olave

Hernán Corral Talciani

María Sara Rodríguez Pinto

Sergio Villalobos Ríos

Maite Aguirrezabal Grünstein

Ana Luiza Da Gama e Souza

Jorge Baraona González
Oswaldo Lagos Villarreal

EDITORES

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 12 (2006)

Cuadernos de Extensión Jurídica 12 (2006)
La protección del derecho de los consumidores en Chile

CIP - Universidad de los Andes

La protección del derecho de los consumidores en Chile: aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida en la ley 19.955 de 2004 / Rony Jara Amigo... [et al.]; Jorge Baraona González, Osvaldo Lagos Villarreal, editores.

p. — (Cuadernos de extensión jurídica; 12)

Incluye notas bibliográficas.

1.- Protección del Consumidor — Aspectos Jurídicos — Chile. 2.- Chile. Ley Nº 19.955. I.- Jara Amigo, Rony. II.- Baraona González, Jorge, ed. III.- Lagos Villarreal, Osvaldo, ed. IV.- s.

CDD 21

343.83071

2006

RCA2

Cuadernos de Extensión Jurídica. Publicación seriada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Av. San Carlos de Apoquindo 2200, Las Condes, Santiago de Chile).

Director: Hernán Corral Talciani

Comité Editorial: Alejandro Romero Seguel, María de los Ángeles Soza Ried, Juan Ignacio Piña Rochefort, Jorge Baraona González, José Ignacio Martínez Estay, Enrique Brahm García.

Secretarios de redacción: Marcelo Nasser Olea, Osvaldo Lagos Villarreal, Ignacio Covarrubias Cuevas

ISSN: 0717-6449

ISBN: 956-7160-42-2

Registro de Propiedad Intelectual Inscripción Nº 158.844

No está permitida la reproducción parcial o total de esta publicación, o de alguna de sus partes, formatos o portadas, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo del titular de la propiedad intelectual

© 2006 Universidad de los Andes

Impresión: Andros Impresores

Impreso en Santiago de Chile – Printed in Santiago of Chile

AUTORES

RONY JARA AMIGO

*LLM Universidad de Duke
Profesor de Derecho Comercial
Universidad de los Andes*

JORGE WAHL SILVA

*LLM Universidad de Duke
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes*

RUPERTO PINOCHET OLAVE

*Doctor en Derecho
Universidad de Barcelona
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Talca*

HERNÁN CORRAL TALCIANI

*Doctor en Derecho
Universidad de Navarra
Profesor de Derecho Civil y Decano
Facultad de Derecho Universidad de los Andes*

MARÍA SARA RODRÍGUEZ PINTO

*Doctora en Derecho
Universidad Autónoma de Madrid
Profesora de Derecho Civil
Universidad de los Andes*

SERGIO VILLALOBOS RÍOS

Juez de Policía Local de Vitacura

Profesor de Derecho Procesal

Universidad Andrés Bello

MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN

Doctora en Derecho

Universidad de Navarra

Profesora de Derecho Procesal

Universidad de los Andes

ANA LUIZA DA GAMA E SOUZA

Profesora de Práctica Jurídica y Derecho Internacional Privado.

Universidad Estácio de Sá, Río de Janeiro.

ÍNDICE

NOTA DEL DIRECTOR	11
-------------------------	----

PRESENTACIÓN.....	13
-------------------	----

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY CHILENA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: APLICACIÓN DE LA LEY 19.496 Y LAS MODIFICACIONES DE LA LEY 19.955

Rony Jara Amigo

I. Introducción.....	21
II. Breve revisión de los conceptos básicos de la Ley 19.496 en su ámbito de aplicación.....	22
III. Algunos ejemplos de aplicación jurisprudencial de los referidos conceptos básicos.....	25
IV. ¿Ley 19.955: cambios en los conceptos básicos del ámbito de aplicación de la Ley 19.496?.....	31
V. Un caso particular de no proveedor: los profesionales que ejerzan independientemente su actividad	37
VI. Las nuevas inclusiones en el ámbito de aplicación: vivienda, educación y salud	42
VII. LPC y legislación aplicable: nuevas materias de aplicación subsidiaria.....	53
VIII. Conclusiones.....	57

LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN: NORMAS DE EQUIDAD EN LAS ESTIPULACIONES Y EN EL CUMPLIMIENTO

Jorge Wahl Silva

I. La justificación de la existencia de normas protectoras.....	59
--	----

II.	La normativa de la Ley 19.496 y su modificación por la Ley 19.955.....	62
III.	Conclusiones.....	76

LAS REFORMAS INTRODUCIDAS A LA LEY DEL CONSUMIDOR POR LA LEY 19.955 Y ESPECIALMENTE EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

Ruperto Pinochet Olave

I.	Introducción.....	79
II.	¿Qué es o qué significa de acuerdo a la teoría general del contrato el mencionado derecho de desistimiento?	81
III.	¿Por qué el Derecho de Consumo incorpora, en términos más o menos generales, el mencionado derecho de desistimiento?	85
IV.	¿Se justifica especialmente la inclusión del derecho de desistimiento en la contratación electrónica?.....	90
V.	Conclusiones.....	93

LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO Y POR PRODUCTOS PELIGROSOS EN LA LEY DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Hernán Corral Talciani

I.	La responsabilidad civil en la Ley de Protección de los Derechos de los consumidores	95
II.	La llamada “responsabilidad por incumplimiento”	97
III.	Los productos “peligrosos” y la responsabilidad derivada de su uso.....	104

PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA LEY SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

María Sara Rodríguez Pinto

I.	Introducción: sistema común de garantía legal de estos contratos.....	111
----	---	-----

II.	Obligación legal de garantía en la prestación de servicios y responsabilidad contractual del proveedor.....	115
III.	Responsabilidad extracontractual del proveedor de servicios.....	120
IV.	Cobertura de la LPC a diversos servicios...	121
V.	El derecho legal de retracto en la contratación de ciertos servicios.....	126

COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO DE LA LEY DE PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES EN LOS JUZGADOS DE POLICÍA LOCAL
Sergio Villalobos Ríos

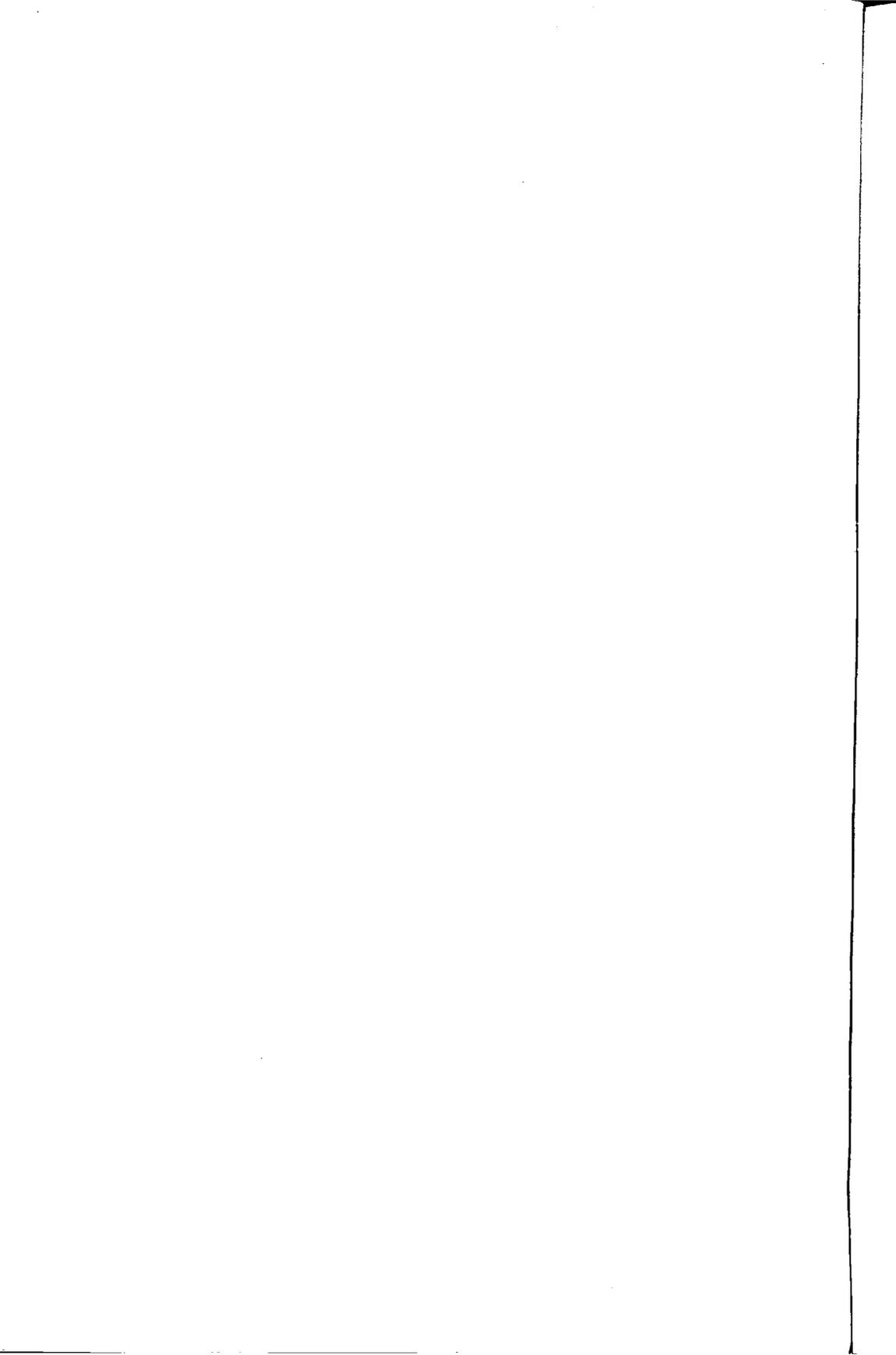
I.	Competencia	129
II.	Procedimiento.....	132

EL PROCEDIMIENTO PARA LA DEFENSA DE INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LA LEY 19.496
Matte Aguirrezabal Grünstein

I.	Generalidades	143
II.	Los intereses supraindividuales	149
III.	Procedimiento para la defensa de intereses colectivos y difusos.....	157

A MARCA E A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA GLOBALIZAÇÃO
Ana Luiza da Gama e Souza

I.	Introdução.....	175
II.	A garantia do consumidor no direito brasileiro e na legislação comparada	177
III.	O Fornecedor de produtos e a obrigação de garantia.....	185
IV.	A Efetividade da garantia no consumo de produtos adquiridos de empresas transnacionais como status de "grandes marcas"	189
V.	Conclusão	193



NOTA DEL DIRECTOR

Sin perjuicio de que ya se ha realizado esporádicamente en algunos ejemplares anteriores, a partir de este número de la serie periódica *Cuadernos de Extensión Jurídica* intentaremos insertar trabajos de profesores extranjeros que puedan ampliar la perspectiva del tratamiento jurídico del tema específico abordado.

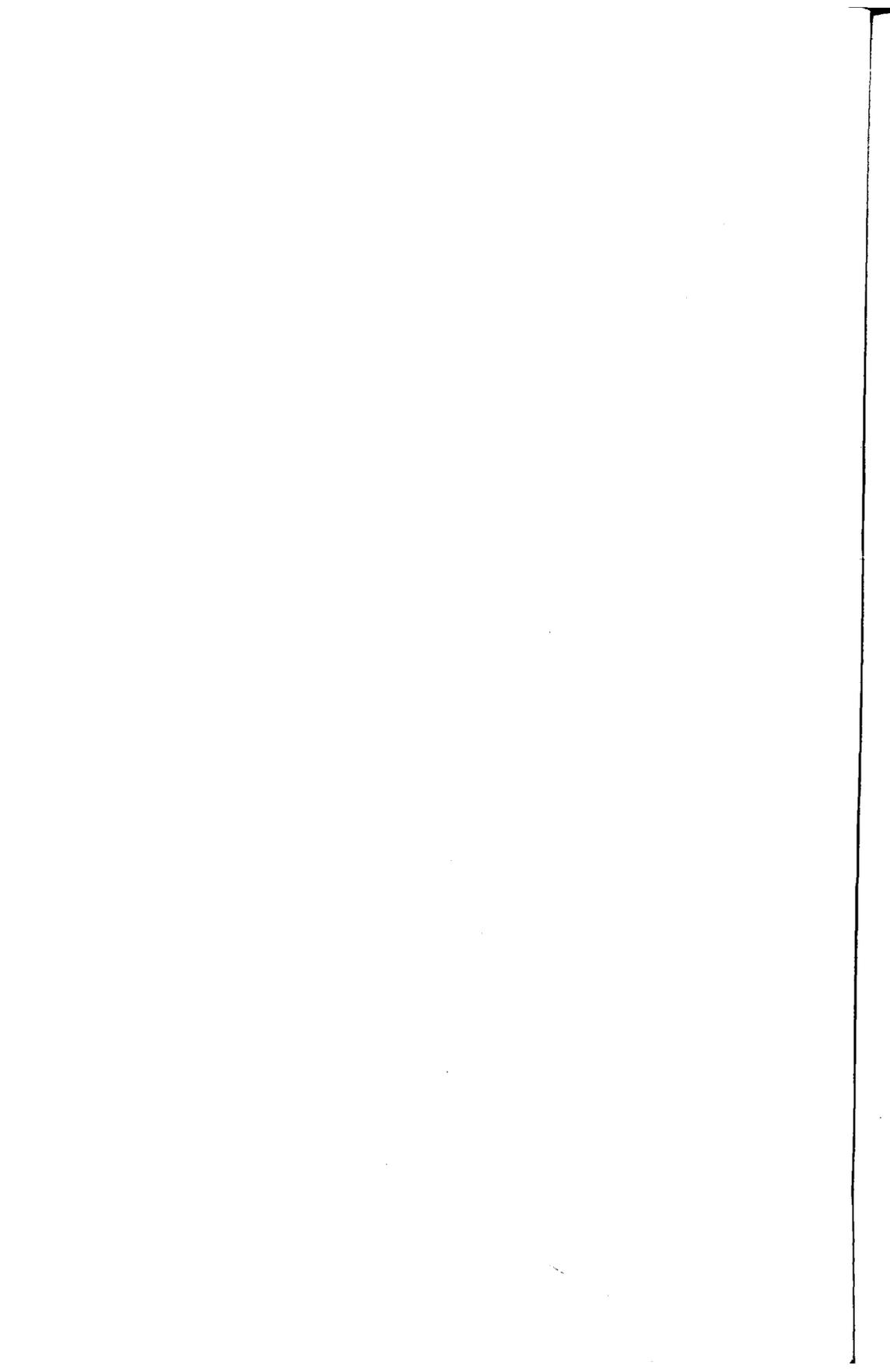
Aprovecharemos para ello los convenios de cooperación internacional que mantenemos con Facultades de Derecho de otros países.

En concreto en este número se publicará un artículo que nos fuera enviado desde la Universidad brasileña Estácio de Sá, con cuya Carrera de Derecho hemos suscrito un convenio que incluye la colaboración recíproca de los investigadores en las revistas que publica cada institución.

La inserción de estos trabajos se hará previa evaluación del Comité Editorial de los Cuadernos y del respectivo editor de cada número, para garantizar así la calidad, pertinencia y utilidad de los contenidos.

Esperamos que esta apertura regular de los *Cuadernos* hacia otros ámbitos regionales de aplicación y estudio del Derecho sea bien recibida por los lectores y usuarios de nuestra publicación.

Hernán Corral Talciani
Director
Cuadernos de Extensión Jurídica



PRESENTACIÓN

Transcurridos apenas siete años desde la promulgación de la Ley 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, el legislador nacional se vio en la necesidad de hacer una completa puesta al día de su contenido, a través de las modificaciones realizadas por la Ley 19.955, de 14 de julio de 2004.

En razón de lo anterior la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes organizó su V Seminario de Actualización en Derecho Daños, con el fin de analizar las reformas a la ley de protección a los derechos de los consumidores, introducidas precisamente por la Ley 19.955, para lo cual se reunieron especialistas que estudiaron la reforma desde distintas perspectivas disciplinarias. Se lograba así el objetivo que nos proponíamos de actualizar el estudio de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, que había sido materia del seminario correspondiente al año 1999, y cuyas conferencias fueron publicadas en la forma de trabajos en el volumen 3 de nuestra serie Cuadernos de Extensión Jurídica. El seminario se realizó los días lunes 21, martes 22 y jueves 24 de noviembre de 2005.

Entregamos en este volumen los trabajos que recogen las estupendas conferencias que se ofrecieron en esa oportunidad, con lo cual cumplimos con el objetivo que nos propusimos de no sólo ofrecer un estudio profundo de las reformas, sino también obtener un texto impreso, que actualizara los trabajos que ya habíamos publicado.

Consideramos que las razones que motivaron este aggiornamento legal, realizado a poco andar de la ley original, responden principalmente a tres circunstancias:

En primer lugar, la natural evolución de los derechos del consumidor. Estos derechos son concebidos como una respuesta de amparo a los ciudadanos, ante la masificación y estandarización de los contratos de consumo. Dicho fenómeno no es estable, tal como no lo son las prácticas empresariales, que cambian día a día con la finalidad

de lograr procesos de comercialización más eficientes y, en consecuencia, de un menor costo. Pero estas nuevas prácticas acarrearán, muchas veces, nuevos peligros para los consumidores, en la medida que implican un alejamiento más acentuado de los paradigmas que fundaron las normas tradicionales sobre contratación. En efecto, el consentimiento es cada vez menos informado, a pesar de que, irónicamente, cada vez existe un mayor acceso a la información. Qué decir de las posibilidades de negociar los términos contractuales, práctica que ha sido racionalmente reservada a aquellos contratos de mayor cuantía o sofisticación. Por todo esto, una eficaz protección de los derechos de los consumidores supone necesariamente el recurso a nuevas y flexibles instituciones y normas que, sin impedir la inevitable estandarización y adhesión, garanticen la equidad de la contratación masiva.

En segundo lugar, consideramos que también es fuente material de la reforma, la mayor conciencia que han ido adquiriendo los consumidores respecto de sus derechos como tales. Existen diversas circunstancias que han provocado este fenómeno, entre las que cabe mencionar: la promulgación de la ley de protección de los derechos de los consumidores en 1997; la activa labor del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC); el surgimiento de las primeras asociaciones de consumidores; el crecimiento económico del país y el mayor acceso al crédito, lo que trae aparejado que un mayor porcentaje de la población realice actos de consumo y por montos cada vez más considerables; la difusión, a través de los medios de comunicación, de diversos casos en que se han visto amagados los derechos de consumidores; el creciente proceso de integración y participación de la ciudadanía en los distintos aspectos del quehacer público, y la mayor conciencia respecto de sus derechos en general. Todas estas circunstancias han provocado que la opinión pública sea más proclive a exigir a las autoridades mecanismos de defensa cada vez más efectivos y accesibles.

En tercer lugar, opinamos que la misma Ley 19.496 contenía el germen de la pronta reforma a la cual se vio sujeta, al carecer de muchas de las instituciones y normas que varios ordenamientos comparados contienen hace tiempo, y que han demostrado ser especialmente efectivos en el objetivo de amparar los derechos de los consumidores.

Es al tratamiento de estas nuevas instituciones y al análisis del estado de la ley de protección a los derechos de los consumidores, a lo que los distintos autores de esta obra se han abocado. Este examen se ha realizado, principalmente, desde la perspectiva de las eventuales responsabilidades en que pueden incurrir los proveedores, y de cómo éstas pueden declararse y exigirse.

Corresponde iniciar esta obra al profesor Rony Jara, quien se ocupa del ámbito de la aplicación de la Ley de protección de los derechos de los consumidores, aspecto a todas luces central, en cuanto define, en último término, de qué hablamos cuando nos referimos a la protección al consumidor en Chile. El autor plantea que, a pesar de las originales intenciones del Poder Ejecutivo, la reforma introducida por la Ley 19.955 no produce la real ampliación de los límites de la Ley 19.496, por cuanto se mantiene el requisito de que el acto de consumo sea mercantil para el proveedor y civil para el consumidor. En síntesis, el efecto de la Ley 19.955 es incluir en el ámbito de aplicación de la ley de protección de los derechos de los consumidores ciertos casos que corresponden a problemas específicos que tuvieron lugar entre la promulgación de la ley original y la reforma. El autor aborda los difíciles problemas interpretativos no resueltos, sino que agravados con la reforma, como es el relativo al significado que debe darse a la norma que excluye del ámbito de la Ley 19.496 aquellas materias tratadas por leyes especiales, y su aplicación a aquellos aspectos que tales leyes no contemplan. El profesor Jara ofrece herramientas hermenéuticas para resolver estas difíciles cuestiones, analizando, además, los criterios jurisdiccionales contenidos en sentencias muchas veces no publicadas.

Por su parte, Jorge Wahl examina los nuevos avances relativos al control de las cláusulas abusivas, aportados por la Ley 19.955. El artículo del profesor Wahl se inicia con un examen de los fundamentos que justifican la adhesión, para luego realizar una interpretación que integra el régimen original de la Ley 19.496 con los nuevos aspectos de la reforma, a la luz de la doctrina nacional y extranjera. Cabe destacar la incorporación de una cláusula general de ilicitud de ciertas estipulaciones predisuestas, necesidad recalcada por la doctrina nacional, que viene a complementar la lista negra del artículo 16 de la Ley 19.496.

Además, el profesor Wahl da cuenta de la regulación de la validez de la cláusula de arbitraje y la determinación precisa del efecto de la declaración de una cláusula como abusiva.

Uno de los aspectos más novedosos introducidos por la reforma, esto es, la referencia expresa al consumidor electrónico y su derecho de desistimiento, es el tema abordado por Ruperto Pinochet. El autor expone cuál es la situación del derecho de desistimiento en la teoría clásica de los contratos, para luego analizar un elemento que se agrega al concepto tradicional de cumplimiento. Este elemento es la conformidad, en virtud de la cual puede determinarse la extensión que debe reconocerse al derecho de desistimiento. El profesor Pinochet también explora el fundamento del derecho de desistimiento en el específico ámbito del comercio electrónico. Este fundamento no estriba en la falta de información sobre el producto que se adquiere, sino, más bien, en la imposibilidad de corroborar sus cualidades al momento de consentir.

La obra que presentamos contiene, asimismo, explicaciones sobre los sistemas de responsabilidad civil por productos y servicios. En verdad, la Ley 19.496 y sus modificaciones presentan regímenes de responsabilidad fragmentarios, por lo que representa especial mérito de los autores proponer sistemas de responsabilidad completos, integrando las normas de la Ley 19.496 con el Derecho común.

En primer término, Hernán Corral se ocupa de la responsabilidad civil por productos defectuosos. En estricto rigor, tal como declara el autor, debe distinguirse entre la responsabilidad por daños provocados por productos inidóneos, productos defectuosos y productos peligrosos. Sólo los productos del primer tipo, los inidóneos, generan la responsabilidad por garantía establecida en la Ley 19.496. En cambio, la responsabilidad infraccional establecida en el artículo 23 de esta ley puede ser incurrida a propósito de los productos inidóneos y de los defectuosos. En cuanto a los productos peligrosos, la normativa protectora del consumidor contiene algunas reglas especiales. Finalmente, el profesor Corral también revisa los principales aspectos de este tipo de responsabilidad en los procesos de tutela de intereses colectivos y difusos.

En segundo lugar, corresponde a María Sara Rodríguez el examen de la responsabilidad civil en la que puede incurrirse por medio de la prestación de servicios. Se trata de un tema especialmente desafiante, dada la escasa atención de la que ha sido objeto en nuestra doctrina. La profesora Rodríguez construye un sistema partiendo de sus fundamentos para ir a sus aspectos más específicos. De este modo, inicia su análisis con una referencia a las normas sobre responsabilidad por servicios en el Derecho común. Posteriormente, revisa el régimen de responsabilidad contenido en la Ley 19.496, distinguiendo entre la garantía establecida por la ley para ciertos tipos de servicios, y la responsabilidad por daños primordialmente contractual. El artículo continúa con un análisis que pretende deslindar la aplicación de la Ley 19.496, con respecto a distintos tipos de servicios, para así determinar el ámbito de los regímenes de responsabilidad descritos. Finalmente, la profesora Rodríguez se ocupa de la aplicación del derecho legal de retracto a propósito de determinados servicios.

Los principios y normas sustantivas hasta aquí explicados carecen de sentido, si no existen acciones destinadas a imponer su cumplimiento. Los aspectos procesales de la Ley 19.496 son decisivos al momento de valorar su eficacia. A la explicación de los procedimientos individuales y colectivos se abocan, respectivamente, Sergio Villalobos y Maite Aguirrezabal.

El profesor Villalobos realiza un interesante examen de las acciones que pueden interponerse en los Juzgados de Policía Local, y de los procedimientos a los que queda sujeto su ejercicio. El autor vierte su experiencia como Juez de Policía Local, lo que otorga a su análisis un especial interés práctico, del que se desprende una serie de defectos que presenta la tramitación legal. Quizás la deficiencia más relevante de la ley a este respecto, según el profesor Villalobos, es la comparecencia sin letrado. Esto trae aparejada una serie de consecuencias inconvenientes, como los evidentes vicios y defectos que puede contener la demanda, y que no son subsanables por el Juez, o bien, la desigualdad entre consumidor y proveedor, agravada en cuanto estos últimos generalmente son representados por abogados competentes.

Por su parte, corresponde a Maite Aguirrezabal el análisis de una de las instituciones más novedosas

introducidas en nuestro Derecho en los últimos años: el procedimiento para la protección de intereses colectivos y difusos, conocido generalmente como acciones de clase. La profesora Aguirrezabal hace referencia en su artículo al estado de la cuestión respecto a la defensa de intereses supraindividuales. Además, realiza un elenco de los criterios doctrinales, utilizados por la doctrina comparada, para clasificar y distinguir los distintos tipos de intereses supraindividuales. Una vez que se han otorgado al lector herramientas técnicas suficientes, la autora aborda el tratamiento que nuestra ley de protección de los derechos de los consumidores ha hecho a esta institución. Se distingue entre dos procedimientos: uno para la declaración de la infracción a la ley cometida por el o los legitimados pasivos y la determinación de la admisibilidad de la acción de clase, y otro para la ejecución de los resuelto en el primero. Del examen de estos procedimientos, se desprende una serie de lagunas e imperfecciones como, por ejemplo, que no se establezca con claridad una etapa para la discusión del fondo de la acción, entre el examen de admisibilidad y la ejecución.

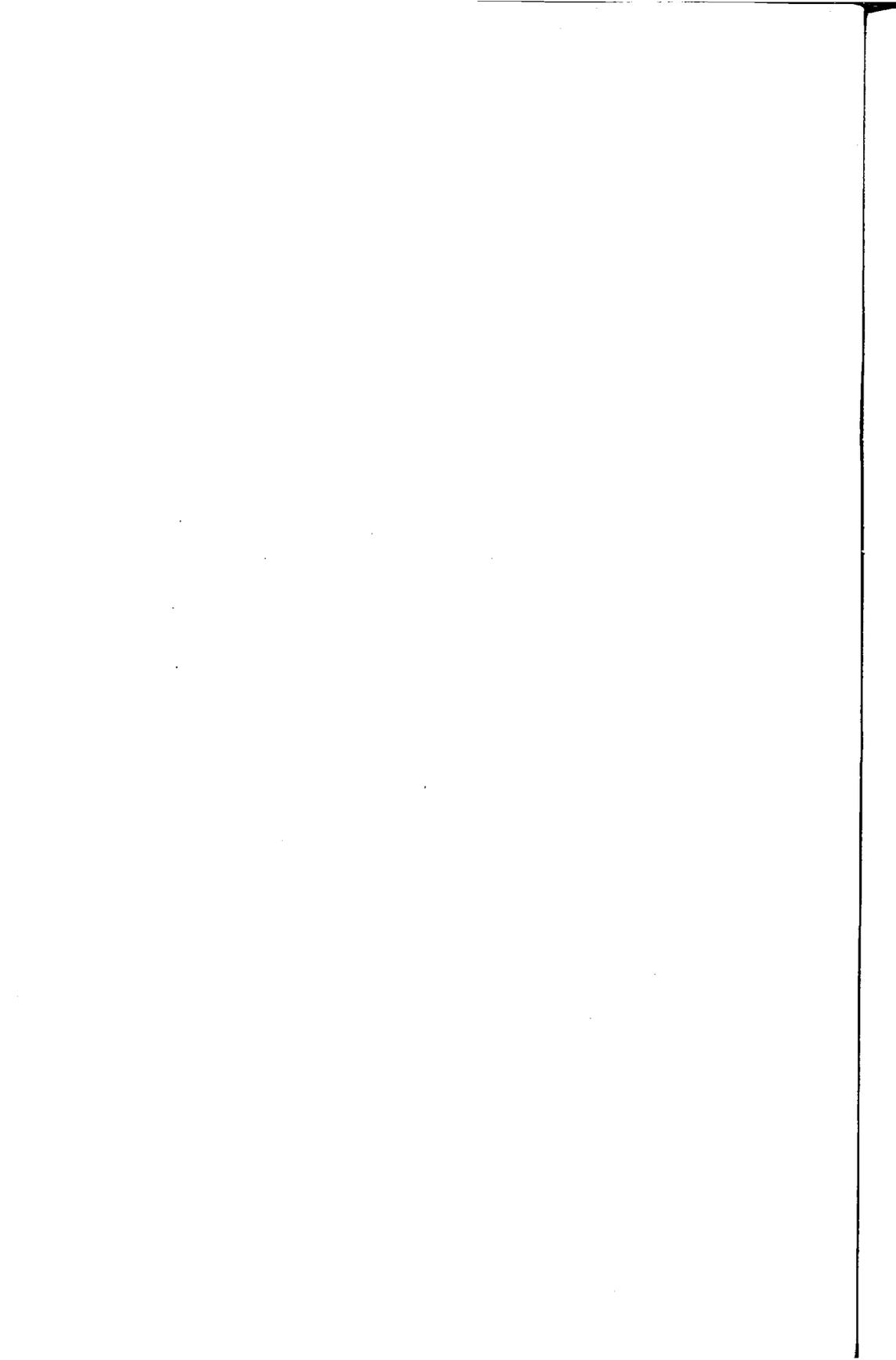
Como ha sido explicado por el Director de estos Cuadernos, con este número comenzamos a incluir trabajos de profesores de la Universidad Estácio de Sá de Río de Janeiro. En esta oportunidad, queremos enriquecer la edición con el interesante ensayo de la profesora Ana Luiza Da Gama e Souza, en el cual analiza los desafíos que la globalización presenta al Derecho del Consumidor. Valiéndose del caso de las "grandes marcas", su difusión mundial y la integración internacional de su cadena de producción. La autora brasileña repara en las dificultades y limitaciones que las normativas de protección al consumidor locales enfrentan al intentar obtener su propósito frente a este tipo de actividad empresarial transnacional, y propone mecanismos para hacer frente a estas complejidades. Estos consisten, por un lado, en el reconocimiento que subyace a todas las legislaciones locales de un derecho de garantía en favor del consumidor, ya sea derivado de lo prometido en el contrato, en la publicidad o en el estándar de un producto de marca. Por otro lado, el reconocimiento de los derechos del consumidor como Derechos Fundamentales también constituye una técnica para garantizar su protección global.

Luego de la revisión de los artículos contenidos en esta obra, el lector podrá apreciar que las reformas introducidas hace ya dos años por la Ley 19.955 tienden a una más efectiva protección de los derechos de los consumidores. Sin embargo, puede sostenerse que la normativa de protección a los consumidores no carece de imperfecciones. Además, se trasluce en ella una técnica legislativa casuística, que responde o reacciona ante ciertas circunstancias concretas, sin adoptar una posición coherente con respecto a las políticas que el Estado pretende implementar para el amparo de los consumidores. Si agregamos a esto los mencionados caracteres de especial dinamismo de este sector del ordenamiento y de mayor conciencia de sus derechos por parte de la ciudadanía, no sería de extrañar una nueva reforma al derecho de protección de los consumidores en los próximos años.

Esperamos que la evolución de esta parte del Derecho privado se dirija hacia una regulación más sistemática y completa. Para lograr este objetivo, consideramos indispensable que la comunidad académica contribuya con su necesario rol crítico. Esta ha sido nuestra intención al elaborar y editar esta compilación, que pretende ser un aporte más al conocimiento de este sector del Derecho, que crece cada día más en importancia.

*Jorge Baraona González
Osvaldo Lagos Villarreal*

Santiago, 31 de agosto de 2006.



ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY CHILENA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: APLICACIÓN DE LA LEY 19.496 Y MODIFICACIONES DE LA LEY 19.955

RONY JARA AMIGO

*Profesor de Derecho Comercial
Universidad de los Andes*

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es analizar los cambios introducidos a la Ley 19.496 de 1997 por la Ley 19.955 de 2004, en materia del ámbito de aplicación de la Ley de Protección al Consumidor (en adelante ambas en conjunto la "LPC"). Para ello, hemos abordado este tema desarrollando los siguientes aspectos: Primero, hemos realizado una breve revisión de los conceptos básicos de la Ley 19.496 en su ámbito de aplicación. En segundo lugar, hemos revisado algunos ejemplos de aplicación jurisprudencial de los referidos conceptos básicos. En tercer lugar, hemos analizado si la Ley 19.955 ha provocado cambios en los conceptos básicos del ámbito de aplicación de la Ley 19.496. En cuarto término, nos hemos detenido en la revisión de un caso particular de no proveedor: los profesionales que ejerzan independientemente su actividad. En quinto lugar, hacemos referencia a las nuevas inclusiones en el ámbito de aplicación: educación, vivienda y salud. Luego, hacemos una referencia a la legislación especial con respecto a la LPC, verificando la existencia de nuevas materias de aplicación subsidiaria. Finalmente, hemos desarrollado las respectivas conclusiones.

En definitiva, intentaremos demostrar que la modificación legal no ha cambiado los conceptos básicos en los cuales se sustentaba el ámbito de aplicación de la Ley 19.496, sin perjuicio de haber ampliado tal ámbito por la vía de ciertas inclusiones particulares y de la aplicación de nuevos procedimientos judiciales a aquellas actividades regidas por leyes especiales.

II. BREVE REVISIÓN DE LOS CONCEPTOS BÁSICOS DE LA LEY 19.496 EN SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

A continuación haremos una muy breve revisión de las bases en las cuales se asentaba el ámbito de aplicación de la Ley 19.496.

1. INCLUSIONES: ACTO MIXTO ENTRE PROVEEDORES Y CONSUMIDORES

Ya decíamos hace algunos años¹ que “para encontrarnos en el ámbito de aplicación de la ley debemos estar en presencia de un acto que reúna los siguientes requisitos:

- a) Una de las partes del acto jurídico debe ser un proveedor y la otra un consumidor, según las definiciones legales de cada uno;
- b) El acto debe ser mercantil para el proveedor, lo que implica, de acuerdo a la teoría de lo accesorio, que éste necesariamente debe desarrollar una actividad principal mercantil²; y
- c) El acto debe ser civil para el consumidor, lo que significa, de acuerdo a la misma teoría, que éste necesariamente debe desarrollar una actividad principal no mercantil o civil³”.

La LPC había optado claramente por hacer aplicable sus disposiciones a las relaciones de consumo entre cierta categoría de agentes económicos: los proveedores o empresarios, y otra categoría: los consumidores. Adicionalmente, sólo quedarían regidas por la ley aquellas relaciones de consumo que se desarrollaban entre los proveedores que realizaban actos de comercio y consumidores para los cuales tales actos eran no comerciales. Entonces, la ley perseguía brindar una adecuada protección a quienes adquirirían bienes o servicios de una empresa que desarrollaba actividades mercantiles –lo que suponía contratación en masa y cierto

¹ Jara Amigo, Rony. “Ámbito de Aplicación de la Ley Chilena del Protección al Consumidor: Inclusiones y Exclusiones”, en *Derecho del Consumo y Protección al Consumidor*, Cuadernos de Extensión Jurídica 3 (Universidad de los Andes), Santiago, 1999, p. 51.

² Podría plantearse una excepción en el caso de los actos formales de comercio, puesto que, en dicho caso, se trataría de un acto mercantil ejecutado por aquel que desarrolla una actividad no mercantil. Sin embargo, dentro del ámbito de actividades cubiertas por la ley, no parece una alternativa de normal ocurrencia.

³ En este caso es posible aplicar el principio inverso, esto es, que existirán casos excepcionales en los cuales, encontrándonos en presencia de una actividad mercantil, el acto tendrá el carácter de civil (por ejemplo, la adquisición de un inmueble, salvo el caso de las empresas constructoras). Sin embargo, esta situación estará exceptuada por la calidad de proveedor del adquirente.

poder económico o de acceso a la información comercial relevante— y lo hacían para su consumo final y no relacionado a otra actividad empresarial. Se buscaba entonces proteger no sólo las relaciones de consumo tipificadas de una cierta forma, actos mixtos, sino también entre cierta categoría de personas, proveedores y consumidores.

Por ello agregábamos⁴: “resulta claro, que al menos se deben excluir de la aplicación de la ley las siguientes situaciones:

1. las relaciones entre proveedores;
2. las relaciones entre consumidores; y
3. las relaciones entre proveedores y consumidores, cuando el acto no tiene el carácter de mixto, por ser civil para ambas partes⁵”.

Por otra parte, la Ley 19.496, en su artículo 2º, contemplaba dos excepciones a la exigencia de un acto mixto para su aplicación⁶. La primera de ellas se refería a los actos de comercialización de sepulcros o sepulturas⁷, por cuanto dicha actividad, que generalmente desarrolla una inmobiliaria, no es un acto de comercio y, por lo tanto, no pudo haber dado origen a un acto mixto. La segunda excepción, también relativa a inmuebles, se refería al caso en que el proveedor se obliga a proporcionar el uso o goce de un inmueble por períodos determinados, continuos o discontinuos, no superiores a tres meses, siempre que lo sean amoblados y para fines de descanso o turismo. Es decir, nos encontramos en casos en los cuales, producto de un derecho personal o real, el consumidor puede usar o gozar del inmueble amoblado para fines turísticos por un período máximo de tiempo⁸. Las expresiones “continuos” o “discontinuos” permitían configurar como circunstancias comprendidas dentro del texto

⁴ Jara, R., ob. cit., p. 48.

⁵ Aimone, Enrique, *Derecho de Protección del Consumidor*, Conosur, Santiago, 1998, p. 21. Pero no coincidimos con dicho autor respecto de la categoría del numeral 3.

⁶ Jara, R., ob. cit., p. 52

⁷ En este sentido resulta importante tener en consideración lo señalado por el señor Francisco Fernández Fredes, Director del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), en su intervención en el Senado en la Sesión 37ª del 6 de marzo de 1996, en cuanto se refiere al concepto de comercialización, que posteriormente se precisó por la vía de añadirle la expresión “actos”, que, en su opinión, no se encuentra dentro de las instituciones conocidas o definidas por nuestro Derecho (no se sabe si significa venta, arrendamiento, usufructo o goce) y, por lo tanto, induce a error.

⁸ Respecto de los posibles conflictos de interpretación de esta norma, resulta útil considerar lo señalado por el señor Francisco Fernández Fredes, Director del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), en su intervención en el Senado en la Sesión 37ª del 6 de marzo de 1996, donde expresó: “¿El uso o goce dice relación al derecho real de usufructo o al contrato de arrendamiento?”. En su opinión, se trataría de una situación confusa, “confusión que resultaría tremendamente perjudicial, en especial en una ley que se supone que se dicta para beneficiar a las personas, y no para crearles conflictos de interpretación”.

legal, situaciones jurídicas permanentes que confieren, en una misma o distintas épocas del año, por períodos indefinidos o de larga duración, (*i.e.* "contratos de tiempo compartido") el derecho a usar o gozar de la clase de inmuebles en cuestión⁹.

En estos casos excepcionales, nos encontrábamos frente a un proveedor que desarrolla una actividad no mercantil y a un consumidor, pero el acto, que no es mixto, quedaba regido por la ley.

2. EXCLUSIONES: LEGISLACIÓN ESPECIAL

La LPC se definía como una ley general aplicable a las relaciones de consumo, pero supletoria en aquellas materias regidas por leyes especiales. Se buscaba respetar las especiales necesidades de determinados sectores de la economía; específica y muchas veces prolíficamente regulados, e incluso con supervisores con grandes atribuciones normativas, fiscalizadoras y sancionatorias.

Así, el inciso 3° del artículo 2° de la Ley 19.496 señalaba que: "Las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo en las materias que estas últimas no prevean". De esta forma, la norma imponía una tarea compleja al intérprete: primero, establecer si existía una ley especial que rigiera al acto jurídico de consumo respectivo, y segundo, si la materia sobre la cual versaba el conflicto jurídico entre proveedor y consumidor, con respecto a dicho acto, se encontraba o no contemplada en dicha ley especial. Dichas leyes especiales, para que fueran relevantes para la LPC, debían regular necesariamente el ejercicio de actividades mercantiles, por lo que, por ejemplo, una ley de bosques o minera no tendría ninguna aplicación en este tema¹⁰.

En su momento ya planteamos, al igual que distinguidos senadores en el Congreso, las complejas dificultades que esta aplicación supletoria de la LPC implicaría para los sectores regidos por leyes especiales. Se produciría incertidumbre respecto de si ciertas materias estaban o no reguladas en las leyes especiales, si se podía entender como legislación especial el uso que general y copiosamente los reguladores de tales sectores espe-

⁹ Así, por lo demás, lo señaló expresamente el senador señor Ricardo Hormazábal, en su intervención en el Senado en la Sesión 37ª del 6 de marzo de 1996, donde se refirió expresamente a casos de tiempo compartido o tiempo propio, como términos distintos del arrendamiento, como comprendidos en la ley, por cuanto "creo que estamos aproximándonos al análisis de algunos temas con la flexibilidad necesaria, que hace indispensable que dictemos normas que, junto con estimular el desarrollo de actividades novedosas en el ámbito comercial, tengan también el debido resguardo para el usuario".

¹⁰ Jara, R., *ob. cit.*, p. 64.

ciales hacen de su potestad administrativa, la que es obligatoria para sus supervisados y los problemas que ello podía generar frente a situaciones no contempladas en la LPC o reguladas en una forma distinta; en fin, de los conflictos de competencia que se producirían entre los supervisores especiales y el SERNAC, lo que sembraría la duda entre los consumidores respecto de a quién acudir por protección y los proveedores que tendrían que lidiar con distintos órganos de Estado muchas veces con intereses y funciones muy distintas¹¹.

III. ALGUNOS EJEMPLOS DE APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS REFERIDOS CONCEPTOS BÁSICOS

A continuación nos referiremos a las principales tendencias de la jurisprudencia en lo relativo a: 1) la materia de relaciones entre proveedores y consumidores; 2) actos mixtos, y 3) legislación especial. Ello con el propósito de comprender cómo nuestros tribunales de justicia han entendido los principios básicos del ámbito de aplicación de la LPC contemplado en su artículo 2°.

1. EN MATERIA DE RELACIONES ENTRE PROVEEDORES Y CONSUMIDORES

Múltiples sentencias han ido configurando una jurisprudencia muy variada en materia de infracciones a la LPC o a leyes especiales por parte de distintos tipos de proveedores de bienes o servicios y sus consumidores o clientes. Ello no llama la atención y resulta natural dado el texto y espíritu de la ley.

Lo que resulta extraño es que alguna jurisprudencia haya hecho aplicable la LPC a relaciones entre proveedores o, dicho de otra forma, protegiendo a personas que no pueden denominarse consumidores por no ser destinatarios finales del bien o servicio respectivo.

Así, por ejemplo, en el caso donde un comerciante adquirió un vehículo para utilizarlo en su propio negocio, se ha considerado que dicho empresario es consumidor final del vehículo y, en consecuencia, tiene derecho a accionar contra el proveedor respectivo. Ello por cuanto el juez sentenciador, frente a la defensa del proveedor señalando que el demandante es un comerciante y ello excluiría la aplicación de la LPC, considera que "el artículo 2° de la Ley N° 19.496 no se estructura sobre

¹¹ *Ibidem*, pp. 65-67.

la base de la actividad de las personas que son parte de la prestación de un servicio o partes de una compraventa de un bien mueble, pues lo que interesa es que el acto que se ejecute sea mercantil para el prestador del servicio o comerciante y civil para el consumidor”. Asimismo, invocando la debida correspondencia y armonía interpretativa, el mismo sentenciador considera que “aquel comerciante que adquiere un bien o le prestan un servicio como destinatario final del mismo, está ejecutando un acto de carácter civil para los efectos de la Ley N° 19.496 y, en consecuencia, le son aplicables las normas de la referida ley”¹².

Con esta interpretación, el tribunal olvida al menos dos cuestiones que parecen fundamentales. La primera, el texto de la LPC, que exige que el acto deba ser mixto, y por lo tanto, un acto mercantil para el consumidor excluye su aplicación. Pues bien, es claro que, de acuerdo al artículo 3° N° 1° inciso segundo del Código de Comercio, en una interpretación a *contrario sensu*, los actos no comerciales destinados a complementar accesoriamente las operaciones principales de una industria comercial deben ser considerados actos de comercio¹³. Un segundo tema es el de la calidad de “destinatario final” del bien como presupuesto básico de la categoría de consumidor.

Señalábamos que, como en el caso citado, “[p]uede suceder que se adquiera un bien o servicio no para introducirlo en el mercado, sino para utilizarlo dentro de un proceso de producción de bienes o servicios para el mercado, por ejemplo, el caso de la maquinaria y la materia prima. En este asunto, el adquirente de dichos bienes o servicios no podrá ser considerado un consumidor, por cuanto el consumo que hace del bien o servicio no es “final”, en el sentido que el destino del bien o servicio queda, directa o indirectamente, fuera del mercado, sino que dicho consumo es completamente accesorio a su calidad de proveedor y, por lo tanto, debería primar esta última calificación”¹⁴.

Por ello decíamos que, “en términos generales, la noción de proveedor excluye la de consumidor, y, por lo tanto, quien adquiere bienes o servicios para el desarrollo de su actividad de proveedor no puede considerarse consumidor. Desde otra perspectiva, el proveedor es quien actúa en función del mercado, ello queda de manifiesto en el desarrollo “habitual” de las actividades económicas contenidas en la definición, en especial, en la de “comercialización”. Siendo el objeto propio de la actividad empresarial la producción, fabricación, importación, construcción,

¹² Sentencia de fecha 25 de agosto de 2004, dictada por el Juez Titular del 4° Juzgado de Policía Local de Santiago, no publicada.

¹³ Doctrinariamente se discute el caso de los denominados “actos formales no comerciales”, como el tema de los inmuebles, pero el asunto es muy dudoso y no aplicable a esta situación.

¹⁴ Jara, R., ob. cit., p. 54.

distribución o comercialización de bienes o servicios para el mercado, podemos señalar que quienes adquieren bienes o servicios en el ámbito de una actividad empresarial no pueden considerarse destinatarios finales y, por tanto, consumidores, sea que dicha actividad empresarial sea o no comercial. Esto implica que todo empresario que adquiere bienes o servicios, dentro del ámbito de su actividad, aun cuando dichas adquisiciones se encuentren relacionadas sólo indirectamente con el objeto de su empresa, quedará fuera de la noción de consumidor”¹⁵.

Una situación más compleja es la que se produce a propósito de un reclamo deducido por el Ejército de Chile en contra de una empresa de distribución eléctrica, a propósito de la suspensión de suministro al Club Militar de Suboficiales del Ejército, lo que le produjo adicionalmente daños a los bienes de propiedad del reclamante¹⁶. El tribunal correspondiente, en definitiva, se declaró incompetente, por la existencia de una legislación especial sobre la materia¹⁷, lo que fue revocado por la Corte de Apelaciones respectiva¹⁸. Esta calificación es compleja, porque claramente el Ejército de Chile no tiene la calidad de comerciante y, en la mayor parte de sus actividades, presta servicios por los cuales no cobra un precio o tarifa. Sin embargo, dado que en este caso el destinatario del servicio de suministro eléctrico era un recinto destinado a expendir alimentos y bebidas, era razonable estimar que no tenía la calidad de destinatario final de dicho servicio y que, por lo tanto, debía ser configurado como proveedor para esa situación particular. En todo caso, ninguna de estas cuestiones fueron recogidas en los fallos respectivos.

2. EN MATERIA DE ACTOS MIXTOS

Por regla general, los tribunales han hecho una aplicación bastante extensiva de la calificación de acto mercantil, con el propósito de poder enmarcar determinados actos de consumo dentro de la aplicación de la LPC. Así, por ejemplo, ya no se discute que los servicios prestados por las

¹⁵ *Ibídem*, p. 55.

¹⁶ En caso de disputas entre una empresa generadora de energía eléctrica y una distribuidora, la Corte resolvió que –no obstante generarse actos mercantiles para ambas partes– la LPC podía igualmente recibir aplicación por “el principio de especialidad” frente a la legislación eléctrica y en la protección de los derechos de los consumidores. Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 18.358/99 de 24 de noviembre de 2000. Número de identificador Lexis Nexis 18511.

¹⁷ Sentencia de fecha 15 de noviembre de 2004, dictada por el Juez Titular del 4° Juzgado de Policía Local de Santiago, no publicada.

¹⁸ Sentencia de fecha 24 de agosto de 2005, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1861/2005, no publicada.

empresas de servicios públicos (agua, electricidad, telecomunicaciones¹⁹, etc.) caben dentro de la calificación de acto de comercio²⁰.

Ahora bien, dentro de este “entusiasmo” por introducir dentro de la LPC la mayor cantidad posible de relaciones de consumo, a veces la falta de fundamentación es notable; así, por ejemplo, se citan en extenso algunos considerandos de una sentencia recaída en un reclamo en contra de una universidad privada: “...1º.- Que se ha cuestionado el carácter de comercial de los servicios educacionales en el caso concreto el que presta la universidad privada ... a sus alumnos, por no encontrarse en la enumeración que hace el Código de Comercio en su artículo 3º. 2º.- Que nuestro derecho positivo no define la noción de acto de comercio. Así lo expresa el legislador en el mensaje del Código del ramo ... 3º.- Que ante esta realidad queda un amplio campo al intérprete para los casos particulares en que haya duda acerca de su naturaleza comercial o civil, teniendo en consideración la existencia de actos mixtos o de doble carácter. 4º.- Que dentro de los numerales relativos a actos realizados, por empresas, están las que tienen por objeto prestar servicios mediante remuneración determinada; servicios que, por lo general, interesan a toda la colectividad. 5º.- Que para los efectos que interesa al caso hay que tener presente el concepto de empresa, que no es otra cosa que la actividad profesional de carácter económico destinada a intervenir en el mercado de bienes y servicios. Pues bien, los establecimientos privados de educación superior universitaria no hay duda que están dentro del concepto de empresa y el servicio que prestan a la comunidad está retribuido por una matrícula y un pago ... 6º.- Que, en consecuencia, no puede sino ser de naturaleza

¹⁹ No compartimos la decisión de la Corte Santiago, 14 junio 1899, t. I, N° 2.350, p. 1957, por la cual se señaló que: “Las empresas de teléfonos no aparecen indicadas como comerciales en la enumeración del artículo 3º del Código de Comercio. Por tanto, cualquiera sea la analogía que puedan tener con algunos de los actos de comercio contenidos en aquella enumeración deben calificarse de civiles”. Tampoco consideramos, por las explicaciones que hemos antes emitido, que estas empresas deban ser consideradas desarrollando una actividad comercial sólo por el hecho de organizarse como S.A., y que sea necesario recurrir al criterio de ventas, antecedidas por compras mercantiles, de cosas intangibles, especialmente en el caso de la energía eléctrica. Nos parece que las empresas de servicios públicos son simplemente empresas de suministro.

²⁰ Sandoval López, Ricardo, *Manual de Derecho Comercial*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edic., Santiago, 1992, v. 1, p. 98. Sin embargo, resulta interesante destacar que durante la tramitación de la Ley N° 19.955, en la Discusión en General en la Cámara de Diputados, de fecha 13 de mayo de 2005, el diputado señor Tuma, dando cuenta del proyecto, señaló que: “Con todo, el artículo 2º no consigna los servicios públicos básicos dentro del ámbito de aplicación de la normativa, esto es, el agua potable, la telefonía y la luz eléctrica... el proyecto permite que el Sernac actúe en determinados casos, en particular con situaciones vinculadas al agua potable”. En la misma sesión, más adelante, el diputado señor Uriarte indicó que en estas materias “los organismos llamados a velar por los intereses de los consumidores en estas áreas son las respectivas superintendencias y, en ciertos casos, alguna subsecretaría”.

mercantil la relación entre el proveedor (universidad) y el destinatario final del servicio (estudiante)...”²¹.

En el fallo se concluye que sería acto de comercio cualquier servicio –más o menos de interés general– prestado por una empresa por una remuneración determinada. Con ello claramente se cae en un exceso por parte del sentenciador, pues si bien es cierto que es discutible la calidad de taxativa de la enumeración del artículo 3° del Código de Comercio, y que hay algunos numerales que claramente posibilitan una interpretación analógica o extensiva –de hecho así lo permiten el numeral 5° de tal artículo al cerrar la enumeración de empresas con la expresión “establecimientos semejantes” o el numeral 7° al incluir a las “empresas de suministro” y las “agencias de negocios”– ello no puede implicar alejarse del contenido básico de las enumeraciones del artículo 3° del código del ramo, de lo que el legislador de la época quiso contemplar en tales numerales. Si se quisieran incluir nuevas actividades económicas, ello podría hacerse por la vía de modificar la enumeración, como de hecho ocurrió con la inclusión de las empresas de construcción de inmuebles por adherencia²²; o la otra alternativa, si no se desea ampliar la calificación de una actividad como acto de comercio, pero sí dejarla sometida a la aplicación de la LPC, es la de incluir tal actividad expresamente como aquellas no mercantiles también sometidas a su ámbito de aplicación. Así se hizo originalmente con dos actividades (arrendamiento de inmuebles con fines turísticos y comercialización de sepulturas por inmobiliarias) y ahora en la Ley 19.955 con las actividades educacionales, de salud y venta de viviendas (con ciertas restricciones).

Lo anterior, como señalamos, no obsta para que en determinados casos pueda hacerse una interpretación extensiva de ciertos numerales del referido artículo 3°; por ejemplo, consideramos que acertadamente se consideró acto de comercio la venta, por una agencia de turismo, de una tarjeta de viaje con amplios descuentos en hoteles, pasajes y otros servicios turísticos²³. Dicho acto mercantil se puede fundar en el artículo 3° del Código de Comercio, en los numerales cuarto (mandato comercial, consistente en este caso en el encargo que hace el tarjetahabiente para que el mandatario negocie descuentos en contratos de transporte, alimentación, hotelería); quinto, pues indirectamente se están comercializando los servicios de algunas de tales empresas (hoteles y restaurantes);

²¹ Sentencia de fecha 5 de octubre de 2005, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 7989/2005, no publicada.

²² N° 20 del artículo 3° del Código de Comercio, agregado por el DL N° 1.953 de 1977.

²³ Sentencia de fecha 15 de julio de 2005, dictada por el Juez Titular del Juzgado de Policía Local de Vitacura, Rol N° 63.960-4, no publicada.

o en el sexto, pues también indirectamente se está haciendo una oferta de transporte.

3. EN MATERIA DE LEGISLACIÓN ESPECIAL

Podríamos señalar que se ha producido una jurisprudencia que pareciera ir estableciendo ciertos criterios más o menos estables en lo relativo a la aplicación de la legislación especial en forma preferente a la LPC. En ese sentido, los tribunales de policía local mayoritariamente se han declarado competentes para conocer de las infracciones cometidas por proveedores sujetos a legislación especial.

Las empresas sometidas a legislación especial (por ejemplo, empresas de servicios públicos, de transporte aéreo, instituciones financieras) han alegado, en general con poco éxito, la incompetencia de los juzgados de policía local para conocer de los reclamos formulados por los consumidores (o en algunos casos por el SERNAC) por defectos en la provisión de sus respectivos servicios. Su alegación se ha fundamentado principalmente en el hecho de estar sometidas a la fiscalización de entidades supervisoras y a legislación especial.

Así, por ejemplo, en materia de servicios públicos, se ha señalado que, teniendo la denunciada (una empresa de distribución eléctrica) la calidad de proveedora de acuerdo a la LPC, “y los actos por ella realizados, en cuanto presta servicios de electricidad a favor de particulares, en forma habitual y a cambio de una tarifa o precio determinado, constituyen actos de comercio”. Por lo tanto, tratándose del incumplimiento de la prestación de servicios, por supuesta infracción a la obligación de seguridad en relación a la prestación del suministro eléctrico, “resultan plenamente aplicables al caso las disposiciones de la LPC, sin perjuicio de las acciones que ante las autoridades administrativas se puedan ejercer con arreglo a lo dispuesto en la Ley 18.410 y Reglamento”²⁴.

Los tribunales han ido reiteradamente señalando que son competentes frente a proveedores que prestan servicios regulados por leyes especiales, aunque se encuentren sometidos a la fiscalización de superintendencias, por cuanto (en el caso de suspensión ilegal del suministro de agua potable) si bien “la Superintendencia de Servicios Sanitarios es el organismo competente para la fiscalización de las entidades dedicadas al giro sanitario, dicha Superintendencia sanciona las infracciones de tipo técnico... pero no jurisdiccionales, en circunstancias que le corresponde a los tribunales

²⁴ Sentencia de fecha 24 de agosto de 2005, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1861/2005, no publicada.

de justicia, de acuerdo al artículo 50 LPC, conocer de las infracciones que vulneren los derechos de los consumidores”²⁵.

En el mismo sentido, en materia de distribución de energía eléctrica, se ha resuelto que no es de competencia de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles una denuncia relativa a los perjuicios que han experimentado los consumidores en sus artefactos eléctricos, como consecuencia de un golpe intempestivo de energía eléctrica, pues dicha conducta no estaría claramente tipificada en la ley especial y sí lo estarían las respectivas obligaciones en determinados artículos de la LPC²⁶. En ese sentido, se ha señalado que el artículo 2º de la LPC “establece un criterio de especialidad que permite aplicar la ley de protección al consumidor, y no la Ley Nº 18.410 (que creó la Superintendencia de Electricidad y Combustibles), que fiscaliza cuestiones técnicas de las entidades que intervienen en el área de electricidad”²⁷.

En un sentido similar, en materia de bancos, han señalado que “la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras es un organismo administrativo que carece de facultades jurisdiccionales para pronunciarse sobre la infracción denunciada”²⁸.

IV. ¿LEY 19.955: CAMBIOS EN LOS CONCEPTOS BÁSICOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 19.496?

1. PRETENDIDA ELIMINACIÓN DEL REQUISITO DEL ACTO MIXTO

El Mensaje del Ejecutivo era muy claro, en cuanto se pretendía “ampliar el ámbito de aplicación de la ley, convirtiéndola en norma general aplicable a todos los actos de consumo y supletoria de las leyes especiales relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores, entregando facultades al SERNAC para asumir su defensa, independiente de si el acto de consumo está regido por la Ley Nº 19.496 u otro cuerpo normativo”²⁹. La extensión del ámbito de aplicación de la ley se pretendía

²⁵ Sentencia de fecha 28 de septiembre de 2005, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 5651/2004, no publicada.

²⁶ Artículo 23 que sanciona al proveedor que en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad o seguridad del respectivo servicio. Así también el artículo 45 inciso 2º que se refiere a la prestación de servicios riesgosos.

²⁷ Sentencia de fecha 4 de octubre de 2005, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 7037/2004, no publicada.

²⁸ Sentencia de fecha 23 de marzo de 2005, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 6175/2003, no publicada.

²⁹ Mensaje Nº 178-344, de fecha 8 de septiembre de 2001, con que se inicia un proyecto de ley que modifica la Ley Nº 19.496.

lograr eliminando el carácter mixto del acto jurídico de consumo que contemplaba el texto del artículo 2º de la LPC; se consideraba, sin embargo, conveniente mantener la vigencia de las leyes especiales, "por cuanto ello da cuenta de la especificidad de distintos sectores y mercados"³⁰.

Sin embargo, este criterio básico de ampliación del ámbito de aplicación de la LPC no fue acogido, como veremos, por el Congreso Nacional, manteniéndose la letra a) del artículo 2º, lo que fue aprobado en definitiva. Con ello, la Ley 19.955 continúa exigiendo que el acto de consumo sea mercantil para el proveedor y civil para el consumidor, para que dicho acto quede sujeto a la normativa de la LPC³¹.

En primer trámite constitucional, ya en el primer informe de la Comisión de Economía se modificó la propuesta del Ejecutivo y, en lo que nos interesa, se volvió a exigir la concurrencia del acto mixto para la relación de consumo. En tal instancia se decidió incorporar el sistema de letras al artículo 2º, dejando constancia que las situaciones descritas en las letras a) a la c) se encontraban ya vigentes en la ley (acto mixto, comercialización de sepulturas y contratos de arriendo de inmuebles amoblados para fines turísticos), y, en consecuencia, se ampliaría el ámbito de aplicación por la vía de incorporar las letras d), relativa a educación; letra e), para la venta de viviendas por constructoras o inmobiliarias, y la letra f), para el caso de los contrato de salud. Con ello, a diferencia de lo planteado por el Ejecutivo, se plasmó el objetivo de hacer de ésta una ley supletoria, pero de carácter general de todos los actos de consumo³².

Sin embargo, debemos reconocer que en esta materia la técnica legislativa no es la más apropiada, como sí lo era el antiguo artículo 2º. La norma modificada establecía claramente en su inciso primero el ámbito exclusivo de aplicación de la LPC, al señalar que "sólo" quedaban sujetos a la ley los actos mixtos, sin perjuicio que en el inciso siguiente contempla dos excepciones y en el inciso final daba carácter supletorio a la LPC frente a leyes especiales. Actualmente, el artículo está redactado en la forma de una lista de actos que constituyen el ámbito de aplicación de la ley, habiéndose dejado el artículo 2º bis para establecer el carácter supletorio de la LPC frente a leyes especiales.

Como el carácter de acto mixto de los actos de consumo se establece en sólo una de las letras del artículo 2º, ¿podría discutirse o directamente

³⁰ *Ídem*.

³¹ En el mismo sentido, Sandoval López, Ricardo, *Derecho del Consumidor*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 62. En un sentido distinto, pues considera que el requisito de acto mixto no es de aplicación general a todas las relaciones de consumo, Momberg Uribe, Rodrigo, "Ámbito de Aplicación de la Ley N° 19.496 Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores" en Revista de Derecho (Valdivia), Dic. 2004, vol. 17, pp. 41-62.

³² Primer informe de Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, Boletín N° 2787-03 de fecha 13 de mayo de 2003.

negarse su aplicación general como exigencia básica de un acto de consumo para caer dentro del ámbito de aplicación de la LPC?

Nos parece que la respuesta negativa se impone, al menos por los siguientes tres argumentos: uno de texto, el otro basado en la historia de la ley y, por último, uno relativo al espíritu de la norma.

En primer lugar, el propio texto de la LPC, pues si se analiza el artículo 2° no puede haber duda que la enumeración de actos es taxativa, sólo están sujetos a la aplicación de la LPC aquellos descritos en las seis letras de su texto, sin perjuicio de la enorme amplitud que algunos de sus conceptos abarcan, por ejemplo, el de la letra a) relativa a actos mixtos. Lo que claramente hay es una letra a) que es la regla general, el requisito del acto mixto, y las siguientes letras, que son casos que pueden constituir excepciones a la regla general. Así, la letra b), como ya hemos señalado³³, puede o no constituir un acto de comercio, dependerá si la comercialización de sepulturas es o no realizada directamente por una constructora, donde sí será acto de comercio, o por una inmobiliaria, donde la respuesta negativa se impone por aplicación del N° 20 del artículo 3° del Código de Comercio. Lo mismo ocurre con la letra e) relativa a la venta de viviendas, puesto que es claro que si tal acto es realizado por una empresa constructora cabe dentro de la calificación de acto de comercio, no así en los restantes casos. En el caso de la letra c), contratos de arriendo de inmuebles amoblados para fines turísticos, como también hemos indicado, se trata de actos sobre inmuebles que por regla general están fuera del comercio³⁴. Respecto de las letras d) y f), relativa a contratos de educación y de servicios de salud, respectivamente, son actividades económicas que en forma clara se encuentran fuera de la enumeración de actos de comercio que hace el artículo 3° del código del ramo³⁵.

Por otra parte, y siguiendo con el argumento de texto, no puede haber duda de la actual relación entre el artículo 2° y el 2° bis. El primero constituye la norma de inclusión del ámbito de aplicación de la LPC, es decir, en él se establece qué tipo de actos de consumo estarán sometidos a su imperio. Como decíamos, se parte con la regla general (letra a) del artículo) y se sigue con ciertos casos que permiten la inclusión de actos que, sin ser necesariamente actos mixtos, debieran estar sometidos a la aplicación de la LPC. En cambio, el artículo 2° bis es una norma de exclusión del ámbito de aplicación de la LPC ya definido por el anterior artículo que, recogiendo la misma función del antiguo inciso 3° del

³³ Jara, R., ob. cit., p. 52.

³⁴ *Ibidem*, p. 53.

³⁵ Sin perjuicio del evidente error del fallo que hace aplicable la LPC, en su antiguo texto, a un contrato de educación suscrito con una universidad privada (*vid supra* nota 21).

artículo 2º de la ley, excluye de su aplicación a aquellas actividades regidas por leyes especiales, con lo que deja claro el carácter supletorio de la LPC. Lo anterior, sin perjuicio de que el artículo 2º bis limita, o realmente especifica más claramente, la aplicación subsidiaria de la LPC en los casos descritos en las tres letras en que se divide la norma.

En segundo término, resulta claro que la historia de la norma reafirma similares conclusiones a las realizadas a propósito del texto. En el antiguo artículo 2º, la exigencia del acto mixto era clarísima, su inciso primero así lo establecía, su inciso 2º se refería a las excepciones de inclusión del ámbito de aplicación, y finalmente el 3º trataba de las exclusiones por la vía del carácter supletorio frente a leyes especiales. El Ejecutivo, al enviar el proyecto de ley que modificaba, entre otras normas, el artículo 2º³⁶, dejó clarísimo que lo que se pretendía era ampliar el ámbito de aplicación de la LPC. Esta ampliación se lograría, por una parte, por la vía de excluir la exigencia del acto mixto y de esa forma hacer aplicable la ley a todas las relaciones de consumo y, por la otra, siendo más específico en el carácter de supletoria de la LPC frente a legislaciones especiales. La iniciativa relativa a la eliminación del requisito de acto mixto, como ya señalamos, no prosperó en el Congreso Nacional, quien mantuvo la exigencia, con lo que naturalmente se restringe el ámbito de aplicación, pero palió ello con la inclusión de tres nuevas actividades (vivienda, educación y salud) que representaban³⁷, en opinión de los legisladores, un porcentaje muy relevante de los reclamos en materia de relaciones de consumo³⁸.

Por último, respecto del espíritu de la LPC, si bien se debe considerar que ella pretende tener aplicación sobre todas las relaciones de consumo en que pueda justificarse por su naturaleza la protección que ella da al consumidor y, por lo tanto, su campo de aplicación es muy amplio, ya desde la aprobación de la Ley 19.496 quedó claro que la LPC debía aplicarse sólo a aquellas actividades económicas que se caracterizaban por la contratación habitual y masiva, lo que hoy es propio de las actividades mercantiles. En ese sentido, resulta útil destacar que el Mensaje del Ejecutivo incluía, y de

³⁶ Mensaje N° 178-344, de fecha 8 de septiembre de 2001, con que se inicia un proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.496.

³⁷ En tal sentido se aclaró que "...se mantiene la restricción relativa a que el acto de consumo debe poseer carácter mixto, esto es, mercantil para el proveedor y civil para el consumidor; pero se amplían los ámbitos de protección, incluyendo los servicios educacionales, los contratos de compraventa de viviendas celebrados con constructoras e inmobiliarias y algo especialmente novedoso: la introducción en esta legislación de modificaciones que permitirán hacerla compatible con la defensa de los intereses de los usuarios ... de los servicios prestados por clínicas y hospitales". Eugenio Tuma, en Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Discusión general, Legislatura 348 Extraordinaria, sesión 76, 13 de mayo de 2003.

³⁸ Primer informe de Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, Boletín N° 2787-03 de fecha 13 de mayo de 2003.

hecho también fue aprobado así, una norma que excluía de la calidad de proveedores a “las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente”³⁹. ¿Por qué se excluía a los profesionales de la calidad de proveedores? Porque al ampliarse el ámbito de aplicación, excluyendo la calidad de acto mixto, era muy fácil que cayeran dentro del ámbito de aplicación de la ley, provocando con ello un cambio mayor, pues se optaba por un camino distinto al del derecho comparado, se entraba en un ámbito de competencia tradicionalmente reservado a otros órganos, y se corría el riesgo de generar una avalancha de reclamos sobre los juzgados de policía local. Entonces por qué es útil el ejemplo, porque para el Ejecutivo era clarísimo que sólo la eliminación del requisito del acto mixto implicaría la extensión del ámbito de aplicación de la ley a todas las relaciones de consumo, incluyendo a los servicios profesionales, cuestión esta última que no se deseaba. Ahora bien, por qué habiéndose mantenido la exigencia del acto mixto se mantuvo la excepción para los profesionales independientes, es una cuestión –como veremos– que se debe a una deficiente técnica legislativa y que, sin duda, dará lugar a problemas de interpretación.

Nos parece, como ya señalamos, que la técnica legislativa pudo ser más adecuada, contemplando en un primer inciso del artículo 2º la regla general de aplicación, la condición de ser el acto de consumo un acto mixto, y a continuación enumerar las excepciones de inclusión; dejando el artículo 2º bis, como se hizo, para definir las exclusiones al ámbito de aplicación ya descrito en el artículo anterior. Sin perjuicio de ello, por las razones ya citadas de texto, de historia y espíritu de la norma, parece claro que la calidad de acto mixto se mantiene como regla general para la aplicación de la LPC a las relaciones de consumo.

2. APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LPC FRENTE A LEYES ESPECIALES

En este sentido, la Ley 19.955 tampoco innovó materialmente respecto de lo que ya establecía el inciso tercero del artículo 2º de la Ley Nº 19.496, pues se continúa con el carácter supletorio de la LPC frente a la legislación especial. En consecuencia, por regla general rige la ley especial lo relativo a relaciones de consumo entre los proveedores y consumidores regidos por dicha ley, salvo que la materia respectiva –siempre una regulada por la LPC– no se encuentre, a su vez, prevista en la ley especial. Sólo en tal caso, en que habiendo una materia prevista por la LPC, no lo esté, asimismo, en la ley especial, regirá la LPC las relaciones

³⁹ Mensaje Nº 178-344, de fecha 8 de septiembre de 2001, con que se inicia un proyecto de ley que modifica la Ley Nº 19.496.

entre proveedores y consumidores de la respectiva actividad económica regulada por la ley especial⁴⁰.

Las distintas letras incluidas en el artículo 2° bis, que fueron incluidas en el Mensaje del Ejecutivo originalmente en el artículo 2^o⁴¹, pero que —al continuarse con la exigencia del acto mixto y ampliarse la aplicación a otras actividades económicas— debieron ser trasladadas a un nuevo artículo introducido por la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados⁴², debieran ser interpretadas bajo el mismo principio de aplicación supletoria antes descrito, y que se encuentra en la primera parte del artículo. Es decir, las situaciones previstas en dichas letras sólo permiten hacer aplicable la LPC cuando, a su vez, ellas no se encuentren previstas en la ley especial; eso queda totalmente claro en el texto, de las letras a) y c), pues ambos lo señalan expresamente, el primero indicando “[e]n las materias que estas últimas no prevean” y el segundo especificando “...siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales”.

Por otra parte, en el caso descrito en la letra b) la norma es diferente, pues ella hace aplicable directa y no supletoriamente la LPC “[e]n lo relativo al 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”, sin perjuicio que el propio artículo 50 A contempla la posibilidad que las acciones de clase emanen de la LPC o de leyes especiales. Esta norma diferente, que permite aplicar directamente la LPC a actividades reguladas por leyes especiales, pero siguiendo el principio de que se debe tratar de materias de fondo contempladas al menos en la LPC, por cuanto en ello se basa la aplicación supletoria⁴³. Esto se justifica, probablemente, por el interés del legislador de dotar a todos los consumidores de una herramienta procesal eficaz y común cuando se encontraran en los casos previstos por la LPC. Pero, además, pues se reconocía que tal tipo de acciones, que constituían una novedad en el derecho procesal chileno y que implicaban un cambio fundamental en el efecto relativo de las sentencias judiciales, podía generar enormes impactos desde un punto de vista de

⁴⁰ Por supuesto esta aplicación supletoria aparece más simple describirla que en su aplicación real, como ya señalábamos que ocurriría en Jara, R., ob. cit., pp. 64-67.

⁴¹ Mensaje N° 178-344, de fecha 8 de septiembre de 2001, con que se inicia un proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.496.

⁴² *Idem*.

⁴³ Es una materia sobre la cual nos extenderemos más adelante, especialmente en lo relativo a la aplicación de la letra b) del artículo 2° bis de la LPC. Entendemos que para aplicar estas acciones especiales debemos estar en presencia de derechos de los consumidores u obligaciones de los proveedores que están contemplados necesariamente en la LPC, sin perjuicio de poder estarlo también en la ley especial.

regulación económica⁴⁴ y patrimonial y de imagen para los proveedores involucrados. En consecuencia, se trataba de una institución procesal excepcional y que, por lo tanto, resultaba razonable dejarla enmarcada sólo y directamente en la LPC, donde se regularía con el mayor detalle posible para pretender evitar los vicios y efectos negativos que el ejercicio abusivo de estas acciones puede implicar.

En síntesis, la LPC continúa siendo la norma de general aplicación para los actos de consumo que tienen el carácter de actos mixtos, celebrados entre proveedores y consumidores, pero supletoria respecto de aquellas actividades económicas reguladas en leyes especiales.

V. UN CASO PARTICULAR DE NO PROVEEDOR: LOS PROFESIONALES QUE EJERZAN INDEPENDIENTEMENTE SU ACTIVIDAD

Para desarrollar este tema lo dividiremos en tres partes: 1) Su inclusión como un caso de técnica legislativa deficiente; 2) ¿Por qué estos servicios están normalmente fuera de las normas sobre protección de consumidores? y 3) Posibles interpretaciones de la norma actualmente incluida en la LPC.

1. SU INCLUSIÓN COMO UN CASO DE TÉCNICA LEGISLATIVA DEFICIENTE

Como ya señaláramos, el Mensaje del Ejecutivo incluía, y de hecho también fue aprobado así⁴⁵, una norma que excluía de la calidad de proveedores a "las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente"⁴⁶.

Se excluía a los profesionales de la calidad de proveedores, porque al ampliarse el ámbito de aplicación, excluyendo la calidad de acto mixto, caerían fácilmente dentro de la competencia de la ley, lo que implicaba un cambio relevante en materia de regulación de las relaciones de consumo amparadas por la LPC y, también, al ejercicio profesional de ciertas personas y los servicios que ellos prestan a sus clientes.

⁴⁴ Romero Seguel, Alejandro, "Las Acciones de Interés Colectivo y Difuso en la Ley de Protección al Consumidor", en Seminario organizado por la Cámara de Comercio de Santiago, "Nueva Ley de los Derechos de los Consumidores: Alcances y Efectos" en www.ccs.cl

⁴⁵ Artículo 1° inciso 2° N° 2 inciso segundo de la LPC, en lo relativo a la definición de proveedores.

⁴⁶ Mensaje N° 178-344, de fecha 8 de septiembre de 2001, con que se inicia un proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.496.

Pues bien, habiéndose mantenido la exigencia del acto mixto se mantuvo, erradamente en nuestra opinión, la excepción de calificar como proveedores a los profesionales independientes. Ello, por cuanto, en el nuevo texto del artículo 2º que define el ámbito de aplicación de la LPC se contempla el requisito general del acto mixto y, posteriormente, cinco actividades económicas que pueden constituir excepciones al requisito general pero que amplían tal ámbito de aplicación. Pues bien, por regla general, el ejercicio de actividades profesionales que requieren un título profesional, generalmente llamadas profesiones liberales, no cabe dentro de la nómina de los actos de comercio y, en consecuencia, tales actos nunca podrán ser calificados como actos mixtos y estar sujetos a la aplicación de la LPC⁴⁷. Si excepcionalmente hay actividades profesionales que en general se ejercen dentro del ámbito de empresas mercantiles, por ejemplo, los constructores civiles y los oficiales de la marina mercante, ello no requería de una mención expresa en la ley, pues era evidente que ellos, al estar vinculados a actividades mercantiles, quedarían dentro de la LPC, por la naturaleza de tales actividades económicas.

Se puede argumentar, en nuestra opinión sin razones valederas, que el haber dejado a los servicios profesionales independientes como excluidos de la calidad de proveedores es una demostración de la eliminación de la exigencia del acto mixto para la aplicación de la LPC⁴⁸, pero nos parece que hemos fundamentado suficientemente nuestra opinión en contrario. En definitiva, consideramos que la exclusión de los profesionales independientes de la calidad de proveedores se trata simplemente de un error legislativo, al cual deberemos dar ahora alguna aplicación lógica y sistemática a la luz del ámbito de aplicación definido en el artículo 2º de la LPC.

2. ¿POR QUÉ LOS SERVICIOS PROFESIONALES ESTÁN NORMALMENTE FUERA DE LAS NORMAS SOBRE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES?

Los servicios profesionales de las denominadas generalmente “profesiones liberales”, médicos, abogados, ingenieros, dentistas, etc., han quedado tradicionalmente⁴⁹ fuera de la regulación especial de protección a los consumidores⁵⁰.

⁴⁷ Jara, R., ob. cit., p. 60 (*vid supra* nota 1).

⁴⁸ En ese sentido véase Momberg Uribe, R., ob. cit., pp. 41-62 (*vid supra* nota 31).

⁴⁹ Quedó constancia de ello en el primer informe de Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, Boletín N° 2787-03 de fecha 13 de mayo de 2003, señalándose que era lo común en el derecho comparado.

⁵⁰ Resulta interesante señalar que ya durante la tramitación de la Ley 19.496 existió una indicación del Presidente de la República, en que se establecía que “...no será aplicable el presente ordenamiento a los servicios profesionales que se presten directamente por

Para ello, como decíamos⁵¹, se ha tenido en consideración la especial naturaleza de relación de confianza, directa e individual, que existe generalmente entre un profesional y su cliente. Fundado en ello, se ha dejado la regulación de dichas relaciones al establecimiento de códigos de ética profesional o a las normas civiles comunes exigibles por los gremios profesionales o, en su defecto, por la justicia ordinaria. Se ha estimado que el llevar estos conflictos, por su carácter técnico, al ámbito de competencia de los juzgados de policía local podía implicar un grave problema en la administración de justicia y una cantidad inmanejable de reclamos⁵².

Generalmente, la relación de servicios profesionales está sujeta en su apreciación a consideraciones subjetivas; calificar la calidad de una prestación profesional puede ser muchas veces, para el común de las personas, una cuestión muy debatible. En tal sentido, en la propia Cámara de Diputados durante la tramitación de la ley se señalaba que "en los servicios profesionales se introduce un elemento de subjetividad de muy difícil apreciación, desde el punto de vista de la persona afectada, ya que perder un juicio o tener una complicación médica que está dentro de lo normal, sin que sea negligencia, puede llevar a que se abra una situación de reclamos que termine provocando un cierto atochamiento..."⁵³.

Por otra parte, hay que considerar que los actos de consumo incluidos en el ámbito de aplicación de la LPC son aquellos realizados por empresas con ciertos niveles de actuación en masa en su contratación: las empresas mercantiles. La ley ha querido colocar a esos proveedores, no a cualquiera, dentro del ámbito de su competencia, porque considera que, por una parte, allí es donde se generan los mayores problemas de calidad de bienes o servicios, el mayor impacto sobre un número importante de consumidores; y, por otra, porque al poseer dichos proveedores la calidad de empresas, ellas tienen una organización económica que debiera ser capaz de responder adecuadamente del nivel de riesgo que crea su actividad masiva. Pues bien, los servicios profesionales independientes, en su perspectiva histórica, han estado fuera de tal forma de actuación en el mercado de los servicios⁵⁴.

un profesional liberal, sin mediar contratación de los mismos a través de una empresa" (II Informe, Boletín 446-03), la que en definitiva no prosperó.

⁵¹ Jara, R., ob. cit., p. 60.

⁵² Primer informe de Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, Boletín N° 2787-03 de fecha 13 de mayo de 2003

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*, señalándose que "la diferencia que existe en esta circunstancia entre la adquisición de un bien y la relación personal que se establece, por ejemplo, entre un abogado, que actúa independientemente, y un cliente, y en este caso no se puede decir que exista una relación de consumo y lo mismo vale para cualquier otra profesión que se ejerza independientemente".

No obstante lo anterior, se debe tener en consideración que, al excluir de la aplicación de la LPC a los servicios profesionales, no se deja en la indefensión a los clientes, pues ellos siempre pueden recurrir a la justicia ordinaria⁵⁵.

3. POSIBLES INTERPRETACIONES DE LA NORMA ACTUALMENTE INCLUIDA EN LA LPC

Entender con precisión qué se quiere decir, cuando se habla de “las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente”⁵⁶, resulta complejo. Si a ello se añade la deficiencia de técnica legislativa referida anteriormente, el desafío interpretativo resulta ser no menor, como veremos.

Poniendo el asunto en contexto, debemos entender que la ley pretendió que los prestadores de algunos servicios profesionales quedarán comprendidos dentro de la definición de proveedores. A *contrario sensu*, del texto de la LPC⁵⁷, aquellos que ejercen su actividad de una manera no independiente. Sin embargo, parece necesario reiterar que, dada la exigencia del acto mixto, aunque haya profesionales que puedan ser considerados proveedores, ello no significa necesariamente que queden dentro del ámbito de aplicación de la LPC, porque para ello se requerirá que adicionalmente sus servicios profesionales puedan ser calificados de actos de comercio⁵⁸.

Colocándonos entonces, porque así lo ha establecido el legislador, dentro de un ámbito de aplicación muy limitado de la LPC a los servicios profesionales, cabe entonces preguntarse: ¿Qué profesionales pueden tener la calidad de proveedores? Se responderá que los que ejercen su

⁵⁵ *Ídem*.

⁵⁶ Mensaje N° 178-344, de fecha 8 de septiembre de 2001, con que se inicia un proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.496.

⁵⁷ Artículo 1°, inciso 2°, N° 2 a su vez en su inciso 2°.

⁵⁸ Parece útil recordar en esta materia una discusión que ya se dio durante la tramitación de la Ley N° 19.496, pues se debatió intensamente sobre ello en el Senado en la Sesión 37ª del 6 de marzo de 1996, donde la amplia mayoría de los senadores, fundados en la jurisprudencia surgida de la aplicación de la Ley N° 18.223 y en los principios rectores de la ley, entendieron que dichos servicios profesionales, prestados a través de empresas, debían encontrarse comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley sin necesidad de mención expresa. Pero es preciso señalar que la senadora señora Olga Feliú declaró: “Las normas de la ley son generales y comprenden todas las prestaciones que se hacen a través de personas y que constituyen actos jurídicos que tengan carácter mercantil para el proveedor y civil para el consumidor”. Además, el propio Ministro de Economía, don Alvaro García, presente en dicha sesión señaló: “...considero que el argumento de la senadora señora Feliú no es realista, ya que el actual Código de Comercio no contempla dentro de su artículo 3°, que lista los tipos de empresas afectas a ese cuerpo normativo, las de servicios profesionales. Por tanto, nos parece indispensable incluirlas en la ley en proyecto”.

actividad profesional en forma no independiente, pero ¿cuándo la actividad se ejerce en forma independiente?

Durante la tramitación del proyecto de ley se dio todo tipo de argumentaciones a este respecto. Se dijo, por ejemplo, que la actividad se ejercía en forma no independiente cuando se prestaban los respectivos servicios a través de sociedades o de sociedades de profesionales⁵⁹. Pero también se añadió –para precisar– que “detrás de una prestación de servicios o adquisición de bienes debe existir un elemento de masividad, que suponga una desinformación, un desequilibrio o una asimetría entre el consumidor o usuario y el proveedor...”⁶⁰. Se expresó que cuando hay una “sociedad de profesionales, que actúa en forma habitual y con cierta masividad, allí rige la ley de protección al consumidor y así lo señala el derecho comparado”⁶¹. Se argumentó, por último, que había que considerar, al momento de analizar la aplicación de la LPC, los elementos de masividad y de asimetría en la prestación de los servicios profesionales, esto es, el volumen de prestaciones desarrolladas por el profesional y el nivel de diferencias entre su posición de conocimientos y la del cliente al cual atiende⁶².

Nos parece que, en lugar de recurrir a diferencias que pueden ser meramente formales y accesorias, como la organización jurídica que adopta el profesional para la prestación de sus servicios (ejercicio individual, empresa individual de responsabilidad limitada o sociedad), se debe tener en consideración la organización económica que desarrolla los servicios profesionales. El concepto de proveedor es muy similar al concepto de empresario, pues se trata “de una persona natural o jurídica que, siendo titular de una empresa desarrolla, habitualmente actividades de ...prestación de servicios a consumidores, por las que cobra un precio o tarifa”⁶³. Por lo tanto, a lo que efectivamente se debería atender es a si se está o no en presencia de una empresa de prestación de servicios profesionales, pues sólo el titular de ella, el empresario, podrá ser calificado como proveedor para los efectos de la LPC⁶⁴.

El propio texto de la definición de proveedores señala que su elemento esencial es la habitualidad en el ejercicio de sus actividades económicas, pues dicha característica también es propia del ejercicio de toda profe-

⁵⁹ Primer informe de Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, Boletín N° 2787-03 de fecha 13 de mayo de 2003.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Sandoval López, R., Derecho del Consumidor... *cit.*, p. 52, sin perjuicio de precisar que ambos conceptos, proveedor y empresario, se distinguen en cuanto el primero desarrolla sus actividades económicas sólo respecto de consumidores, en cambio, el segundo puede hacerlo también en función de otros empresarios.

⁶⁴ *Id.* p. 51, “...la empresa en sentido económico es la organización de los factores de producción para intervenir en el mercado de bienes y servicios”.

sión. De esta forma, la habitualidad no es un signo diferenciador que nos permita distinguir qué profesionales son o no independientes. Ello nos obliga a buscar la calificación de independencia, como decíamos, en su relación con la forma económica en que el profesional se organiza para prestar sus servicios, si se trata o no de una empresa de servicios⁶⁵, pues ella es la que suma al requisito de habitualidad la condición de masividad, que hace que la naturaleza de la relación profesional se asemeje más a una típica relación de consumo, y que, por tanto, justifica la calificación de proveedor en los términos de la LPC.

En definitiva, la LPC ha entrado en un ámbito de relaciones económicas bastante complejo, que debería ser aplicado en forma muy restringida, porque supone la concurrencia de servicios profesionales que tengan el carácter de actos de comercio y se presten a través de un proveedor o verdadero empresario de tales servicios. Sin embargo, ello no obsta a que, como ya se decía durante la tramitación de la ley en esta materia, "...los jueces deberán interpretarla con la debida prudencia cuando exista asimetría y determinar si corresponde que se aplique o no esta ley"⁶⁶. Una aplicación distinta pudiera generar graves problemas en el ámbito de los servicios profesionales, e implicar una carga mayor para el sistema legal de protección a los consumidores.

VI. LAS NUEVAS INCLUSIONES EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN: VIVIENDA, EDUCACIÓN Y SALUD

Para analizar esta materia la dividiremos en: 1) un concepto común de exclusión en las nuevas actividades reguladas: la calidad de los bienes o servicios; 2) los contratos de venta de viviendas; 3) los contratos de educación, y 4) la contratación de servicios en el ámbito de la salud.

1. UN CONCEPTO COMÚN DE EXCLUSIÓN DE LAS NUEVAS ACTIVIDADES REGULADAS: LA CALIDAD DE LOS BIENES O SERVICIOS

La inclusión de estas tres actividades económicas, con las limitaciones que ya analizaremos, no fue iniciativa del Ejecutivo, sino que ellas se

⁶⁵ En el mismo sentido, véase Momberg Uribe, R., ob. cit. (*vid supra* nota 31), señalando que, por ejemplo, "las empresas que ofrecen servicios de "asistencia u orientación legal completa" al público en general deben ser considerados proveedores; pero el abogado que presta sus servicios en forma particular a un cliente que acude al mismo por iniciativa propia nunca podrá ser considerado proveedor, aun cuando jurídicamente se encuentre organizado como sociedad u otra entidad moral".

⁶⁶ Intervención del diputado señor Uriarte, según consta en el primer informe de Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, Boletín N° 2787-03 de fecha 13 de mayo de 2003.

incorporaron tempranamente en la discusión en la Cámara de Diputados⁶⁷. Ello resulta una consecuencia lógica de la no aceptación por el Congreso Nacional de la eliminación del acto mixto como base de la relación de consumo amparada por la ley. Al denegarse tal pretensión, que hubiera significado una ampliación material en la LPC, se hizo necesario por la vía de excepciones al requisito del acto mixto, introducir aquellas actividades económicas que en opinión de los legisladores habían generado el mayor número de reclamos por parte de los consumidores durante los años de vigencia de la Ley N° 19.496 y, en consecuencia, y sin perjuicio de las normas especiales que se habían dictado sobre tales materias o que estaban en tramitación en el mismo momento, requerían ser incorporadas, al menos en parte, en el ámbito de aplicación de la LPC, y así efectivamente se hizo con el nuevo texto del artículo 2° y sus letras d), e) y f).

En los tres casos de actividades económicas ahora reguladas, se quiso dejar fuera del campo de aplicación de la LPC, como mínimo⁶⁸, todo lo relativo a la calidad de las prestaciones, es decir, la calidad de las viviendas vendidas, o de los servicios educacionales o de salud otorgados. Ello, como veremos, resultaba muy atendible, considerando la existencia de normativa especial o en tramitación sobre la calidad de dichas actividades económicas, al tiempo de tramitación del proyecto que culminaría con la promulgación de la Ley N° 19.955⁶⁹. Lo que aparece como discutible entonces —como técnica legislativa— es el plasmar exclusiones en el propio artículo 2°, cuando el siguiente artículo 2° bis señala claramente el carácter supletorio de la LPC frente a las leyes especiales. Se puede argumentar que son simples reiteraciones, pero sabemos que los principios interpretativos legales no reciben bien tales reiteraciones inútiles, más bien se abre con ello un campo a la inseguridad jurídica⁷⁰.

⁶⁷ Primer informe de Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo, Boletín N° 2787-03 de fecha 13 de mayo de 2003.

⁶⁸ Porque hay otras exclusiones para cada caso particular que más adelante serán analizadas.

⁶⁹ Por ejemplo, en materia de prestaciones de salud, véase la extensa argumentación del senador señor Viera-Gallo favoreciendo la exclusión de algunas de estas materias desde la LPC para dejarlas exclusivamente a la reforma de salud que se encontraba también en trámite. Discusión general en el Senado, Sesión 10ª de fecha 9 de julio de 2003.

⁷⁰ Esta discusión se produjo durante la tramitación en el Senado donde el senador señor Novoa criticó la técnica legislativa, en lo relativo a las exclusiones en materia de prestaciones de salud, que se regulaba en la letra f) del artículo 2° cuando el propio artículo 2° bis dejaba claro el carácter supletorio de la LPC, así señaló que: "Crear una norma explícita para excluir, en materia de salud, lo ya excluido en disposiciones generales, puede debilitar la aplicación de leyes especiales. Me surge esa duda". A ello respondió el senador señor Viera-Gallo que lo que se pretendía era "...evitar cualquier interpretación antojadiza, el comienzo del artículo 2° bis lo estamos dejando más claro y explícito en la letra f)", a lo cual el señor Novoa accedió "...siempre que quede claro que eso no significa debilitar la disposición general del artículo 2° bis, que da preeminencia a la aplicación de leyes especiales, cuando

2. LOS CONTRATOS DE VENTA DE VIVIENDAS

La letra e) del nuevo artículo 2º incorporó dentro de los actos sometidos a su aplicación a “[l]os contratos de venta de viviendas realizados por empresas constructoras, inmobiliarias y por los Servicios de Vivienda y Urbanización, en lo que no diga relación con las normas sobre calidad contenidas en la Ley 19.472”. Sin embargo, en materia de competencia del SERNAC, el artículo 58 LPC restringió su intervención sólo a aquellos contratos de vivienda a que se refiere el artículo 1º del D.F.L. Nº 2, de 1959, sobre plan habitacional.

Como ya señalábamos⁷¹, la LPC, antes de la reforma, ya tenía una aplicación supletoria en los casos de proveedores de viviendas que tuviesen la calidad de empresas constructoras⁷², por interpretación del antiguo texto del artículo 2º de la Ley Nº 19.496 en relación al Nº 20 del artículo 3º del Código de Comercio. Es decir, cuando el proveedor era una empresa constructora estábamos en presencia de un acto mixto y, por lo tanto, regía la LPC, al menos supletoriamente, dado que algunas de sus materias estaban previstas en una ley especial: la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC)⁷³.

Entonces cabe preguntarse: ¿En qué innova realmente la Ley 19.955 en materia de aplicación de la LPC a la venta de viviendas? Una primera respuesta que salta a la vista es que con ella se permite hacer aplicable la ley a proveedores que no celebran actos de comercio en sus ventas de viviendas, como son las inmobiliarias y los Servicios de Vivienda y Urbanización (SERVIU). Aquí hay una inclusión importante en el ámbito de aplicación de la LPC, pues son dichos proveedores los que muchas veces actúan frente al consumidor o usuario en la venta de una vivienda. Este cambio, como veremos, no es relevante en materia de calidad de la

las hubiere”. Véase discusión particular en el Senado, Sesión 53ª de fecha 4 de mayo de 2003.

⁷¹ Rony Jara, *supra* nota 1, at 67-68.

⁷² Véase Wahl Silva, Jorge, “Aplicación de las Normas de la Ley 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores a la Venta de Viviendas”, trabajo presentado en las Primeras Jornadas de Derecho Inmobiliario y Urbanístico. Ciudad y Derecho, Balance y Desafíos, 25-26 de octubre de 2005 en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, no publicado: En él autor explica que el concepto de empresa constructora incluye a todo tipo de personas, naturales o jurídicas, por aplicación de la definición de proveedor que da la propia LPC; a su vez señala que resulta natural que sólo la venta de viviendas quede sujeta a la aplicación de la LPC por cuanto sólo en tal caso el adquirente podrá tener la calidad de consumidor o usuario final.

⁷³ Especialmente en sus artículos 18 y 19, modificados por la Ley Nº 19.472, que contemplan normas muy amplias relativas a la calidad de la construcción y que cubre variados casos de responsabilidad por defectos en ella.

vivienda, pues a tales proveedores ya les eran aplicables las normas de la LGUC sobre el particular⁷⁴.

La norma hace aplicable la LPC a los contratos de venta de viviendas de los referidos proveedores, salvo en todo aquello que diga relación con las normas sobre su calidad⁷⁵ u otras materias regidas por leyes especiales⁷⁶. ¿Cuáles son esas materias? Implica necesariamente una labor interpretativa destinada a determinar qué materias reguladas en la LPC no lo están, a su vez, en la legislación especial aplicable a los referidos contratos de venta de viviendas⁷⁷.

Es posible mencionar como materias de la LPC no reguladas en la LGUC, por ejemplo, lo relativo a las normas sobre información y publicidad⁷⁸; requisitos de información básica comercial; normas sobre promociones y ofertas⁷⁹; normas sobre contratos y ofertas realizados por medios electrónicos⁸⁰; las normas sobre crédito al consumidor si la venta fuera financiada eventualmente por el proveedor⁸¹; de equidad en los contratos de adhesión⁸², "especialmente en lo que se refiere a los formularios de promesa de compraventa y similares"⁸³; y "ciertos aspectos de la responsabilidad

⁷⁴ Precisamente por aplicación del artículo 18 de la LGUC, que se refiere a la responsabilidad del "propietario primer vendedor de una construcción".

⁷⁵ Artículo 2º letra e) de la LPC.

⁷⁶ Artículo 2º bis inciso primero de la LPC.

⁷⁷ Por lo pronto, constituye legislación especial la propia LGUC en sus artículos 18º y 19º, mencionada expresamente por el artículo 2º letra e) de la LPC, o el artículo 138 bis de dicha ley, que se refiere a las denominadas "ventas en verde" introducida por la Ley Nº 19.932 y la Ley Nº 20.007.

⁷⁸ En su intervención ante la Comisión de Economía del Senado, el presidente del Instituto de Jueces de Policía Local, señor Alejandro Cooper, expresó que "convendría aclarar la letra e) del artículo propuesto, en el sentido de que la competencia de los Jueces de Policía Local alcanza únicamente a los conflictos por infracción a las normas sobre información y publicidad, pues en concepto del Instituto las cuestiones relativas a fallas o defectos de construcción y por vicios redhibitorios son de competencia de la justicia ordinaria, de acuerdo con el artículo 19 de la LGUC". Informe de la Comisión de Economía del Senado, Boletín Nº 2787-03 de fecha 30 de junio de 2003.

⁷⁹ Artículos 35 y 36 de la LPC.

⁸⁰ Artículo 12 A de la LPC, pero lógicamente sólo en lo relacionado con posibles ofertas o contratos preparatorios a la venta.

⁸¹ Artículo 37 y siguientes de la LPC.

⁸² Artículos 16 y 17 de la LPC.

⁸³ Wahl Silva, J. (*vid supra* nota 72) señalando también que, aunque la LPC habla sólo de venta de vivienda, ello también debiera incluir a las promesas, pues si bien "[el legislador no fue explícito a este respecto, pero parece que difícilmente puede lograrse el objetivo de protección buscado, si es que la ley no fuera interpretada en un sentido finalista abarcando la relación jurídica en su integridad, esto es, comprendiendo tanto la fase preparatoria —cuando la haya— como el contrato definitivo. Más complejo se presenta el supuesto en que un consumidor adquiere una vivienda vía leasing, situación que cabría calificar en función de las múltiples posibilidades que podrían presentarse (arrendador empresa inmobiliaria o no; carácter de primer vendedor o no, lo que sería relevante para ver si se aplica la exclusión de lo normado por la Ley 19.472; norma especial en materia de vicios redhibitorios en el artículo 36 de la L. 19.281 sobre leasing habitacional; etc.)".

por incumplimiento⁸⁴, por ejemplo, en caso se pretenderse el cobro de precio superior al informado⁸⁵ y, eventualmente, en caso de discrepancias en especificaciones que no afecten la calidad del bien⁸⁶.

Por otra parte, es necesario señalar que la Ley 19.472, sobre calidad de la construcción, aplicable a la primera venta de una vivienda construida⁸⁷, que regula lo relativo a la responsabilidad por fallas o defectos de la construcción, contempló la reclamación de dicha responsabilidad ante la justicia ordinaria por medio de un procedimiento sumario, y estableció la posibilidad de que la materia sea conocida alternativamente por un árbitro mixto, designado por la justicia ordinaria.

Por último, un problema interpretativo realmente complejo es el relativo a la aplicación del artículo 2º bis a los contratos de vivienda amparados por el artículo 2º. El tema es especialmente difícil por una muy deficiente técnica legislativa, en que el espíritu manifestado por el legislador⁸⁸ podría contraponerse al texto legal, en lo relativo a la aplicación de las acciones de interés colectivo o difuso a la venta de viviendas.

Así, la letra e) del artículo 2º excluye expresamente de la aplicación de la LPC las normas sobre calidad de la construcción contenidas en la Ley 19.472, que, como hemos visto, se refieren a materias sustantivas (responsabilidad por fallas y defectos) y adjetivas (procedimientos y tribunales competentes para los reclamos). Por su parte, el artículo 2º bis es una norma general de exclusión de la LPC frente a la legislación especial y de aplicación supletoria, según lo señala su letra a), en aquellas materias no previstas por tales normas especiales.

Entonces, dicho artículo 2º bis debería dejar claro que la LPC, en presencia de leyes especiales, sólo se aplicará cuando tales normas especiales no hayan previsto las materias que, de acuerdo al propio artículo 2º, caen dentro de la aplicación de la LPC. Por su parte, si la materia en

⁸⁴ Resulta útil destacar que en las discusiones en el Congreso Nacional se señaló que los problemas más sensibles en la venta de viviendas se presentaban en relación al incumplimiento de la obligación de escriturar, entregar el inmueble y alzar gravámenes. El honorable senador señor García hizo presente que en tales materias no se aplicaba la LGUC. Véase Informe de la Comisión de Economía del Senado, Boletín N° 2787-03 de fecha 30 de junio de 2003. Sin embargo, es necesario tener presente que, cuando se han efectuado abonos al precio de compraventa —que es la situación más grave y común para los usuarios—, dichos problemas fueron ya abordados específicamente por el legislador a través del sistema de garantías exigido por la “ley de venta en verde” (artículo 38 bis de la LGUC).

⁸⁵ Artículo 18 de la LPC.

⁸⁶ Wahl Silva, J. (*vid supra* nota 72), aclarando que “la ley de calidad en la construcción apunta a problemas de fallas o defectos en la construcción ...pero no necesariamente a discrepancias en las características de los inmuebles que no representen una falla o defecto”.

⁸⁷ Por ello, las posteriores operaciones de venta de la vivienda deberían caer dentro del ámbito de aplicación de la LPC, sin perjuicio de que los posteriores adquirentes podrían demandar al primer vendedor, en los términos de su responsabilidad, según la propia LGUC.

⁸⁸ Claramente al menos en las discusiones durante la tramitación en la Cámara de Diputados.

cuestión está fuera del artículo 2° razonablemente tampoco podría ser incluida por el artículo 2° bis. El problema consiste en que, habiéndose excluido por el artículo 2° en su letra e), todo lo relativo a calidad de las viviendas, ¿podría el artículo 2° bis incluir algo en forma supletoria respecto de tal materia?

La respuesta resulta muy simple con respecto a las acciones indemnizatorias individuales de la letra c) del artículo 2° bis, por la misma aplicación del párrafo inicial de dicha norma y la frase final de la letra c), dado que hay ley especial sobre el particular. Ello por cuanto la propia LGUC en su artículo 19, modificada por la Ley N° 19.472, contempla —como señalamos— el procedimiento sumario ante los tribunales ordinarios, o alternativamente el arbitraje mixto, como la vía jurisdiccional para ser indemnizado de todos los daños y perjuicios que provengan de fallas o defectos de construcción.

Entonces la cuestión se circunscribe a la aplicación de la letra b) del artículo 2° bis, las denominadas “acciones de clase”, en materia de venta de viviendas. No nos parece que pueda haber duda que en todas las materias no excluidas por el artículo 2° letra e), lo relativo a la calidad, la norma resulta plenamente aplicable a la actividad de venta de viviendas, en la forma que más adelante veremos. Ahora bien, ¿qué sucede con la calidad de la construcción? En definitiva, ¿es posible ejercer acciones de clase cuando la materia del reclamo sea precisamente esa?

Nos parece que se abren al menos dos interpretaciones posibles. La primera, que sugiere una respuesta negativa fundada en el tenor literal de las normas citadas, por todas las razones antes señaladas, de la forma en que debe entenderse el artículo 2° bis respecto del artículo 2°. Particularmente, por lo relativo a la incorporación de la excepción expresa de la letra e) del artículo 2° a las materias de calidad. También, porque el mismo legislador, en el caso de los contratos de educación, regulados en la letra d) del mismo artículo, se encargó expresamente en su párrafo primero de distinguir entre los aspectos sustantivos y procesales que quedarían dentro del ámbito de aplicación de la LPC, cuestión que omitió en el caso de la calidad de la vivienda⁸⁹. Entonces, “no parece que el claro carácter excepcional del art. 2 bis permita exorbitar [sic] sus contraexcepciones, específicamente la que se refiere a dichas acciones al punto de hacer aplicable la LPC a materias que sus dos primeros artículos no comprenden”⁹⁰. Es un tema de simple lógica, si la norma que define

⁸⁹ El párrafo 2° de tal norma podría usarse en contra de la interpretación que aquí se hace, porque en dicho párrafo la norma excluyó expresamente de la aplicación de la LPC en materia de calidad de la educación, todos sus aspectos sustantivos y procesales, cuestión que no hizo expresamente en materia de calidad de la vivienda.

⁹⁰ Es la posición que nos parece sustenta Wahl Silva, J. (*vid supra* nota 72).

el ámbito de aplicación de la LPC considera que cierta materia debe quedar fuera de su alcance, no parece razonable que la norma siguiente —que es la que establece el carácter supletorio de la LPC frente a las leyes especiales— pueda aplicar la LPC a una materia que ha sido previamente excluida de su aplicación.

Una segunda interpretación posible es aquella que asume que la ley ha sido redactada en términos muy defectuosos y reiterativos⁹¹, y que lo que se quiso en el artículo 2º letra e) fue dejar muy clara la exclusión absoluta de aplicación de la LPC a las materias de calidad de la vivienda contenidas en la Ley N° 19.472⁹², por lo que buscar una interpretación sistemática es muy difícil⁹³. Por ello, el artículo 2º bis parece ser una norma completamente reiterativa en su párrafo primero, respecto de esta materia. Con respecto a la aplicación de los procedimientos contemplados en la respectiva letra b), es preciso señalar que su carácter supletorio está redactado en términos distintos a los de las letras a) y c), donde queda claro que se da preeminencia a lo dispuesto por la ley especial; en cambio, la letra b) aparece como una norma que tendría primacía incluso en el caso de existir procedimientos similares en la ley especial⁹⁴. Siendo esto así, nos parecería muy difícil sostener que, en un caso concreto de ley especial (la de calidad de la vivienda), los procedimientos contemplados en la letra b) no son aplicables a los consumidores respectivos. Por ello, debemos sostener que en este caso la interpretación sistemática es muy difícil, y lo que cabría hacer es una interpretación literal y con cierta autonomía del artículo 2º letra e) y el artículo 2º bis, particularmente en su letra b).

Frente a esta disparidad de interpretaciones posibles, nos parece que será labor de los tribunales superiores de justicia el ir estableciendo la interpretación legal más correcta.

⁹¹ Sabemos que también es reiterativa en lo relativo a incluir expresamente la venta de viviendas por constructoras, porque, como dijimos antes, esa actividad ya estaba implícitamente comprendida en el mismo artículo 2º de la LPC, pero asumimos que se hizo para no generar dudas respecto de la situación de las inmobiliarias y del SERVIU y completar el sistema de proveedores de viviendas.

⁹² En ese sentido, resulta aplicable el comentario realizado por el senador señor Novoa, supra nota 70.

⁹³ Wahl Silva, J. (*vid supra* nota 72) señalando: "...podría afirmarse que la citada exclusión no tuvo otro propósito que enfatizar la primacía de la ley especial por sobre la LPC (el principio rector del art. 2º bis), pero la técnica empleada es en todo caso defectuosa".

⁹⁴ Esta interpretación, como muchos otros de estos artículos de la LPC, es discutible por cuanto el artículo 50 A de la LPC, por su parte, señala que serán los tribunales ordinarios de justicia los encargados de conocer de las acciones mencionadas en la letra b) del artículo 2º bis, emanadas de la LPC o de leyes especiales, con lo cual da claramente a entender que también la LPC sería de aplicación supletoria, frente a leyes especiales, en materia de "acciones de clase".

3. LOS CONTRATOS DE EDUCACIÓN

El artículo 2° letra d) de la LPC podríamos decir que tiene la siguiente estructura básica: a) incorpora una actividad que estaba fuera completamente del ámbito de aplicación de la ley –por cuanto no es una actividad constitutiva de acto mercantil– los contratos de educación de la enseñanza básica, media, técnico-profesional y universitaria⁹⁵; b) sin embargo, hace aplicable a tal actividad sólo determinadas materias de la LPC expresamente señaladas; c) respecto de tales materias aplicables, otorga el derecho a los usuarios de recurrir antes los tribunales correspondientes, conforme a los procedimientos que la LPC establece; d) se excluye expresamente de la aplicación de la LPC “el derecho a recurrir ante los tribunales de justicia por la calidad de la educación o por las condiciones académicas fijadas en los reglamentos internos vigentes a la época del ingreso a la carrera o programa respectivo”⁹⁶, y e), sin embargo, sin otorgarse protección por la LPC, se consigna que tales reglamentos “no podrán ser alterados sustancialmente, en forma arbitraria, sin perjuicio de las obligaciones de dar fiel cumplimiento a los términos, condiciones y modalidades ofrecidas por las entidades de educación”⁹⁷.

De nuevo estamos frente a una norma de difícil interpretación, en especial en su interacción con la norma general de aplicación supletoria del artículo 2° bis de la LPC.

En primer lugar, señalemos que las normas de la LPC que resultan aplicables a los contratos educacionales son sólo las siguientes: las relativas a las normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión; las normas sobre información y publicidad y las relativas a promociones y ofertas; la infracción consistente en cobrar un precio superior al exhibido, informado o publicitado; la norma general de multas y aquella por publicidad falsa o engañosa; los plazos de prescripción de las acciones por responsabilidad contravencional y de las mismas sanciones; la aplicación de reajustabilidad a las restituciones pecuniarias, y la prohibición de utilizar ciertos métodos de cobranza extrajudicial. Debíamos señalar que, si dichas materias se encuentren previstas en las leyes especiales aplicables a la actividad, lo consignado en tales leyes especiales debiera tener preeminencia en su aplicación⁹⁸.

Con respecto a los tribunales competentes y los procedimientos aplicables, es necesario señalar que serán aquellos establecidos en el Título

⁹⁵ Debe entenderse por tales niveles educacionales lo consignado en la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza N° 18.962 (D.O. de 10 de marzo de 1990).

⁹⁶ Artículo 2° letra d).

⁹⁷ *Ídem*.

⁹⁸ Por la norma general de aplicación supletoria consignada en el artículo 2° bis de la LPC.

IV de la LPC, esto es, jueces de policía local o tribunales ordinarios de justicia, según corresponda a acciones de interés individual o acciones de interés colectivo o difuso, respectivamente⁹⁹. Sin embargo, nos parece que en caso de existir leyes especiales aplicables a los servicios educacionales, particularmente en aquellas materias incluidas dentro del ámbito de aplicación de la LPC, y dichas leyes contemplan tribunales y procedimientos judiciales aplicables a tales materias, éstos deberían ser los que tengan preeminencia, por cuanto nos parece la forma lógica de interpretar la normas generales de inclusión del artículo 2º con la de aplicación supletoria del artículo 2º bis, ello por lo demás es clarísimo en la letra c) de este último artículo. Sin embargo, en lo relativo a las acciones por interés colectivo o difuso de la letra b) del artículo 2º bis, por aplicación de los mismos elementos ya analizados a propósito de la aplicación de la LPC a la venta de viviendas, pareciera tener preeminencia la LPC¹⁰⁰.

Por último cabe señalar que la LPC quiso dejar expresamente excluido de su ámbito de aplicación “el derecho a recurrir ante los tribunales de justicia por la calidad de la educación o por las condiciones académicas fijadas en los reglamentos internos”, por cuanto, al igual que en materia de la calidad de la vivienda o de las prestaciones de salud, se buscó reiterar la exclusión de la calidad aun en presencia de leyes especiales aplicables, se trataba de temas técnicos que podían generar una cantidad gigantesca de conflictos judiciales y no se quería que existiera ninguna duda respecto de la supremacía de las leyes especiales. Es claro que la norma excluye absolutamente lo relativo a la calidad tanto en sus aspectos sustantivos como procesales, es decir, dicha materia está en su totalidad fuera del ámbito de la LPC. Por ello, el artículo 2º bis le es completamente inaplicable, aquí no hay aplicación supletoria posible de la LPC, en ninguna de las materias contempladas en las letras a), b) y c) de tal norma, pues el artículo 2º en su letra d) párrafo final es totalmente claro al respecto. En este sentido, la norma de exclusión es mucho más clara que la relativa a la calidad de la vivienda, antes analizada.

4. LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS EN EL ÁMBITO DE LA SALUD

En esta materia la norma consignada en el artículo 2º letra f) es también de compleja interpretación. Podríamos comenzar señalando que se asemeja a la regulación que la misma norma hace en su letra e) respecto de la venta de viviendas, puesto que se incluye una actividad y se excluye expresamente lo regido por leyes especiales, lo que ya debería

⁹⁹ Por aplicación de los artículos 50 A y 50 de la LPC, respectivamente.

¹⁰⁰ La duda proviene de lo mismo ya expuesto (*vid supra* nota 94).

entenderse excluido por aplicación del artículo 2º bis del LPC. De esta forma, serán aplicables a la nueva materia incluida todas aquellas que ya expresamos a propósito de la vivienda¹⁰¹, excluida, por cierto, la calidad de las prestaciones.

Los servicios en el ámbito de la salud, como ya sabemos, era una actividad que estaba –al menos parcialmente–¹⁰² excluida de la aplicación de la LPC por no ser una actividad mercantil para el prestador respectivo. Ahora lo que la ley hace es incluir dentro de su ámbito de su aplicación todo lo relativo a los “actos celebrados o ejecutados con ocasión de la contratación de servicios en el ámbito de la salud” y excluir todo lo relativo al ámbito de la salud que se encuentre regulado por leyes especiales.

En primer lugar, nos parece necesario aclarar que lo que la ley incluye son todos aquellos actos celebrados o ejecutados con ocasión de la contratación de servicios de salud, es decir, aquellos que se realizan en un momento próximo, que son accesorios o que tienen por causa o motivo el contrato de servicios en el ámbito de la salud. Nos parece razonable considerar que también se encuentran incluidos los contratos mismos de servicios de salud, sin perjuicio de las exclusiones expresas que la propia norma contempla y la general, de existencia de una ley especial.

Estamos hablando entonces de dos ámbitos de actos incluidos en la LPC. En primer lugar, aquellas actividades anexas a los contratos en el ámbito de los servicios de salud, pero no propiamente éstos¹⁰³. En ese sentido, la misma ley se encarga de señalar algunas actividades anexas excluidas, como el financiamiento a través de fondos o seguros de salud

¹⁰¹ Como antes se señaló: “...lo relativo a las normas sobre información y publicidad; requisitos de información básica comercial; normas sobre promociones y ofertas; normas sobre contratos y ofertas realizados por medios electrónicos; las normas sobre crédito al consumidor si la venta fuera financiada eventualmente por el proveedor [pero excluyendo en este caso lo relativo al financiamiento asociado a las prestaciones de salud por fondos o seguros]; de equidad en los contratos de adhesión; y ciertos aspectos de la responsabilidad por incumplimiento, por ejemplo, en caso de pretenderse el cobro de precio superior al informado y, eventualmente, en caso de discrepancias en las [prestaciones] que no afecten la calidad del [servicio]”.

¹⁰² Se dice “parcialmente”, porque podría haberse tratado de una actividad mercantil realizada con ocasión de la contratación de servicios en el ámbito de la salud, por ejemplo, un servicio de comida realizado por un concesionario de un establecimiento de salud, esa era una actividad mercantil regida por la LPC.

¹⁰³ De hecho en el Congreso Nacional se dejó expresa constancia del ámbito de aplicación limitado en materia de actividades de la salud, y se señaló expresamente que esta ley sería aplicable “...por ejemplo, a la hotelería o a los precios de los estacionamientos...” en la discusión única en la Cámara de Diputados, tercer trámite constitucional, con fecha 12 de mayo de 2004; y a “los problemas que puedan suscitarse con los estacionamientos en una clínica o con cualesquiera servicios anexas a las prestaciones propiamente de salud” en discusión particular en el Senado, en segundo trámite constitucional, con fecha 4 de mayo de 2004.

(por ejemplo, FONASA y las ISAPRES respectivamente) y la acreditación y certificación de los prestadores, pero es sólo por vía ejemplar, pues la exclusión general de actividades anexas está determinada por la existencia de un ley especial sobre tal tipo de actividades. ¿Entonces qué es lo incluido por la norma en este ámbito de actos? Sólo aquellas actividades anexas a las prestaciones de salud que no se encuentran excluidas por el propio artículo o reguladas en una ley especial.

En segundo término, estarán incluidos –como señalamos– los contratos mismos de servicios de salud, pero de una forma muy limitada, pues estarán excluidas todas aquellas materias que la propia norma en forma expresa contempla o por la remisión que hace a leyes especiales. Muy especialmente, por su importancia y especialidad, estará excluido lo relativo a las prestaciones de salud y a su calidad. Entonces se aplicarán las normas de la LPC a tales contratos en aspectos que pueden ser más o menos relevantes, pero no aquellos que le son esenciales: la prestación de salud misma, la calidad de tal servicio y la competencia de los respectivos prestadores.

Estando definido el ámbito de aplicación de la ley, cabe ahora preguntarse por la función del artículo 2º bis respecto de esta materia. Claramente no será aplicable a aquellas actividades anexas a las prestaciones de salud que caben dentro del ámbito de aplicación de ley, pues éstas precisamente lo están, según hemos visto, por no estar reguladas por leyes especiales. Como sabemos, el artículo 2º bis es una norma que sólo se aplica en caso de existir normas legales especiales sobre las materias definidas por el artículo 2º de la LPC. ¿Qué sucede entonces con aquellas materias excluidas expresamente por el artículo 2º letra f) del ámbito de aplicación de la LPC, esto es, las relativas a las prestaciones de salud y a su calidad y aquellas actividades anexas al ámbito de salud contempladas en el propio artículo o en una ley especial?

Respecto de esta materia se genera exactamente la misma problemática interpretativa ya discutida a propósito de la calidad de la vivienda. La única diferencia, ya no respecto del tener literal o una interpretación sistemática, podría ser que en lo relativo a la historia de la ley, aquí existen más antecedentes para señalar que claramente el alcance que se quiso dar a la ley en estas materias fue en extremo limitado¹⁰⁴, y, por lo tanto, la no aplicación del artículo 2º bis debiera manifiestamente imponerse en las materias excluidas por el artículo 2º de la LPC.

¹⁰⁴ *Id.* Véase particularmente la discusión en el Senado entre los senadores señores Viera-Gallo y Novoa, en que ambos coinciden en la necesidad de reiterar la preeminencia de las leyes especiales por sobre la LPC.

VII. LPC Y LEGISLACIÓN APLICABLE: NUEVAS MATERIAS DE APLICACIÓN SUBSIDIARIA

Se trata aquí de analizar el artículo 2° bis, particularmente lo relativo al contenido de sus letras b) y c), puesto que el párrafo primero y la letra a) son similares a lo que establecía anteriormente el inciso final del artículo 2°, y que daba cuenta del carácter supletorio de la LPC frente a leyes especiales. No se analizará la forma en que se relacionan el artículo 2° con el artículo 2° bis, ni tampoco los casos en que el artículo 2° realiza exclusiones particulares en el ámbito de las actividades reguladas (vivienda, educación y salud), pues ambos tópicos ya han sido abordados anteriormente.

1. DERECHOS QUE PUEDEN EJERCERSE POR MEDIO DE LAS ACCIONES ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 2° BIS

Antes de analizar en particular el contenido de las letras b) y c) nos parece necesario establecer una cuestión que pudiera debatirse a este respecto. Ambas normas son esencialmente procesales, pues lo que ellas regulan son los procedimientos aplicables y tribunales competentes, para el ejercicio de acciones por parte de los consumidores o usuarios en que se ve comprometido el interés colectivo o difuso, o el interés individual, respectivamente. Pues bien, ¿cuáles son los derechos sustantivos que pueden ser perseguidos mediante el ejercicio de tales acciones?

La respuesta a tal interrogante tiene que ver con el carácter supletorio de la LPC, y en particular con el contenido de la letra a) del artículo 2° bis. Las normas de la LPC no se aplican a las actividades reguladas por leyes especiales, salvo en las materias que éstas no prevean. ¿De qué tipo de materias entonces estamos hablando? Necesariamente de aquellas que tienen que haber estado reguladas en la LPC y también fueron reguladas por la ley especial, pues en tal caso rige la ley especial. En cambio, si la materia está sólo regulada por la LPC, en esa circunstancia rige la LPC, aunque la actividad económica esté regulada por una ley especial. Por último, si la materia está regulada sólo en la ley especial, no habiendo entonces una norma correlativa en la LPC, dicha materia cae sólo bajo el ámbito de la ley especial, y de modo alguno puede ser alcanzado por la LPC. No está dentro de su ámbito sustantivo precisamente, porque la materia no está regulada por ella, y tampoco puede estarlo en su ámbito procesal o adjetivo, porque todos estos aspectos, en particular los regulados por las letras b) y c) del artículo 2° bis, tienen como objetivo hacer efectivos los derechos otorgados al consumidor o usuario, o sancionar al proveedor infractor, que la propia LPC ha definido como aquellos que deben ser resguardados mediante su normativa o por leyes especiales con el mismo

contenido básico. No se trata entonces de tomar ciertas materias reguladas exclusivamente en las leyes especiales y pretender aplicar a dichas materias las normas procesales de la LPC, porque entonces esta norma pasaría a tener un carácter general que de modo alguno el legislador ha querido darle. Lo que la LPC establece es que los consumidores gocen de aquellos derechos sustantivos señalados en su texto, o semejantes en leyes especiales, y puedan ejercer las acciones que ella o las leyes especiales les otorgan para la protección de tales derechos. Nada obsta, por supuesto, a que las leyes especiales otorguen otros derechos exclusivos a los consumidores respectivos, y los doten de las acciones o procedimientos especiales, o en subsidio los del derecho común, para hacer aplicables tales derechos, pero ello estará fuera del ámbito de la LPC.

En ese sentido, resultan ser disposiciones claras, por ejemplo, la misma norma contenida en la letra a) del artículo 2º bis, que se refiere a que la LPC es aplicable frente a una ley especial en las materias no previstas por ésta, debe entonces tratarse de materias reguladas por la LPC, porque ellas son las únicas relevantes al momento de determinar si procede la aplicación supletoria; el artículo 52 letra b), en materia de acciones de interés colectivo o difuso, en relación al artículo 50 donde se señala que se trata de las acciones que deriven del incumplimiento de las normas contenidas en la propia LPC; lo mismo se aplica en el caso del artículo 50 A en que, determinando la competencia de los juzgados de policía local, nuevamente se habla de las acciones que emanan de la LPC; en el contenido de la sentencia que acoja la demanda en materia de acciones de clase, de acuerdo al artículo 53 C, letra b), debe declararse expresamente la responsabilidad del proveedor y aplicarse una multa o sanción —la ley es una norma de contenido infraccional¹⁰⁵— pues bien tales multas deben ser aquellas dispuestas por la LPC, y la norma que las establece es el artículo 24º que precisamente se refiere a las infracciones a lo dispuesto en la LPC.

Estamos en presencia de una ley con un claro contenido infraccional, por ello lo primero que debe resolver la sentencia dictada en estas materias es si la conducta reprochada configura la infracción señalada en la ley, y, en caso afirmativo, aplicar la sanción que corresponda. La indemnización resulta entonces accesoria a la infracción y puede decre-

¹⁰⁵ El propio artículo 1º de la LPC señala que, entre sus objetos, está el de establecer las infracciones en perjuicio del consumidor. Si hay infracción debe haber tipología de sanción, lo que la ley hace de forma específica o de manera residual (artículo 24 inciso 1º de la LPC). Véase Cortez Matcovich, Gonzalo, *El Nuevo Procedimiento Regulado en la Ley N° 19.496 Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores*, Lexis-Nexis, Santiago, 2004, pp. 21-23, señalando una lista de infracciones tipificadas por la LPC.

tarse o no conforme a la prueba rendida¹⁰⁶. Entonces, no obstante la amplitud que pareciera tener el artículo 2° bis, hay buenos argumentos para sostener que la LPC sólo es aplicable cuando se configure alguna de las infracciones que ella expresa y restrictivamente establece y sanciona. En ese sentido, la demanda de interés colectivo o difuso debe señalar no sólo los hechos, sino también la infracción o tipo que ellos configurarían y especialmente pedir que se aplique la sanción correspondiente; única forma de otorgar la debida competencia al tribunal y que el demandado tenga la oportunidad de defenderse, pues en materia punitiva no se puede acusar a una persona si no es por una infracción concreta.

Lo anterior implica ser consistente en cuanto a que la LPC establece un determinado ámbito de aplicación y determina cuáles son los derechos de los consumidores que deben ser considerados como tales. No todo derecho que tenga una de las partes en una relación de consumo puede ser considerado un derecho “del consumidor o usuario” amparado por la LPC, sino sólo aquellos que se encuentran tipificados como tales en la LPC, o en una ley especial que los recoja en forma análoga, esto es, que verse sobre la misma materia o tipo de derecho. Todo esto de modo alguno implica una desprotección de los consumidores, lo que sucede es que la protección especial de la regulación económica se da sólo en el ámbito limitado que la LPC ha establecido; en otras materias se aplicará el derecho común. Por otra parte, es preciso considerar que las tipificaciones de la LPC, en lo relativo a derechos de los consumidores o conductas ilícitas de los proveedores, son bastante amplias, por lo que la protección puede considerarse importante, pero acotada.

3. ARTÍCULO 2° BIS LETRA C). ACCIONES DE INTERÉS INDIVIDUAL

Comenzaremos por analizar el contenido de la letra c), pues resulta aparentemente de más fácil solución¹⁰⁷. Esta norma, como sabemos, se

¹⁰⁶ La sanción es claramente la premisa al menos en los artículos 2° bis c), 50 A a G. En un sentido distinto y citando alguna jurisprudencia véase *ibidem*, pp. 26-28.

¹⁰⁷ En la discusión general en la Cámara de Diputados, de fecha 13 de mayo de 2003, el diputado señor Tuma, dando cuenta del proyecto, señaló que “...la ley de consumidor tiene aplicación subsidiaria en lo que no prevengan las leyes especiales, en lo relativo al procedimiento sobre intereses colectivos y difusos, y en cuanto al derecho a recurrir ante el tribunal competente para requerir las indemnizaciones respectivas, siempre que en las leyes especiales no existan procedimientos indemnizatorios particulares”. En cambio, en el Segundo Informe de la Comisión de Economía del Senado, de fecha 18 de marzo de 2004, se dejó en claro que “la Ley N° 19.496 será siempre aplicable en la defensa de intereses colectivos o difusos, y que, en cuanto a la indemnización de perjuicios, lo será en forma supletoria en aquellas materias regidas por leyes especiales que no contemplan disposiciones específicas sobre el particular”.

refiere a las acciones de interés individual¹⁰⁸ que persiguen el derecho del consumidor o usuario de ser indemnizado de todo perjuicio derivado del incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, amparada por la propia LPC o en una materia similar por una ley especial¹⁰⁹. Ellas claramente son de aplicación subsidiaria a lo establecido en leyes especiales¹¹⁰, el mismo texto así lo afirma. Esta norma innova en lo relativo al origen de la obligación de indemnizar, que puede ser legal o contractual —anteriormente el artículo 3º letra e) establecía el derecho a indemnización sólo por infracción de origen legal—¹¹¹, con lo cual los consumidores podrán buscar la reparación tanto de los daños materiales como morales también en materia contractual¹¹². Ello probablemente implicará una utilización generalizada de este procedimiento especial regulado en la LPC.

¹⁰⁸ El artículo 50 de la LPC las define como aquellas “que se promueven exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado”, y los artículos 50 B al 50 G establecen el procedimiento aplicable a tales acciones.

¹⁰⁹ Por sentencia del Cuarto Juzgado de Policía Local de Santiago, de fecha 30 de noviembre de 2004, se resolvió que el SERNAC no era competente para hacerse parte en aquellas causas en que sólo está comprometido el interés individual de los consumidores, por aplicación a *contrario sensu* del artículo 58 letra G que le permite “hacerse parte en aquellas causas que comprometen los intereses generales del consumidor” y del artículo 51 N° 1 letra a) que expresamente consagró la calidad de legitimado activo del SERNAC en las acciones de clase. Además en esta causa, como se trataba de una materia sometida a la “...Ley General de Telecomunicaciones y sus Reglamentos, tal denuncia debió hacerse al organismo competente de acuerdo con esta misma ley: la Subsecretaría de Telecomunicaciones que conoce de dichas infracciones”.

¹¹⁰ En este sentido resulta útil destacar una sentencia pronunciada, en materia de un incidente de nulidad por incompetencia, por el Juez Titular del 1º Juzgado de Policía Local de Pudahuel, con fecha 30 de junio de 2005. Se trataba de un caso donde unos usuarios chilenos reclamaban del perjuicio que les había ocasionado el retraso de unos vuelos en el extranjero de una aerolínea chilena. El juez decidió, en primer lugar, que la norma aplicable no era el Código Aeronáutico, pues los hechos habían ocurrido fuera del territorio nacional, sino que el Convenio de Varsovia y el Protocolo de La Haya, tratados internacionales sobre el transporte aéreo internacional de personas, equipajes o mercancías, debidamente ratificados por Chile y publicados en el Diario Oficial, con fecha 13 de agosto de 1979. En segundo término, resolvió que “...las precitadas disposiciones del Convenio de Varsovia sí establecen un procedimiento indemnizatorio, que está regulado y descrito en sus normas, el que, sin embargo, no puede ser conocido por este Tribunal, pues se encuentra regulado por una ley especial, teniendo entonces plena aplicación lo dispuesto por el artículo 2 bis letra C, de la Ley 19.496”. Entonces el juez consideró que frente a una norma especial (el tratado internacional) que establecía un procedimiento indemnizatorio especial, debía tener preferencia lo contemplado por dicha norma especial —aunque en lo concreto ella dispusiera que la acción indemnizatoria debía interponerse, entre otros, ante el tribunal del domicilio del transportista y que el procedimiento se regiría por la ley del tribunal competente— por sobre la norma residual de la letra c) del artículo 2º bis de la LPC.

¹¹¹ También fue modificado por la Ley N° 19.955 ampliando el origen de la causal de indemnización.

¹¹² Una cuestión debatida, como sabemos, en materia contractual, según la interpretación del artículo 1558 del Código Civil.

3. ARTÍCULO 2º BIS LETRA B). ACCIONES DE INTERÉS COLECTIVO O DIFUSO

En cambio, la aplicación supletoria de la norma contemplada en la letra b) del artículo 2º bis es una cuestión que parece más discutible a la luz del texto de dicha norma. Pues él aparece como preeminente frente a la existencia de una ley especial, esto es, que siempre se aplicaría el procedimiento establecido por la LPC a las acciones de clase, aun las establecidas en leyes especiales. Es posible pensar que el legislador asumió que tales leyes no contemplaban acciones de clase ni menos los respectivos procedimientos aplicables y tampoco existe una norma procesal similar¹¹³, de aplicación general, en la legislación común. Sin embargo, es necesario considerar que el propio artículo 50 A contempla la posibilidad que las acciones de clase emanen de la LPC o de leyes especiales, señalando que tales acciones no serán de competencia de los jueces de policía local, sino de los tribunales ordinarios de justicia. En las normas siguientes hace aplicable el procedimiento que allí regula, al parecer¹¹⁴, a todas las acciones de clase relativas a la protección de los consumidores o usuarios¹¹⁵, no obstante su origen, con lo que aparece como consistente con lo dispuesto en el artículo 2º bis letra b), pero modificando materialmente el principio de aplicación supletoria contemplado en el párrafo primero de la misma norma.

VIII. CONCLUSIONES

1. El ámbito de aplicación de la Ley Nº 19.496 fue originalmente definido en función de las categorías de consumidor, proveedor y del acto mixto, sólo con un par de excepciones a esta última materia, y con un carácter supletorio de la LPC en relación con las leyes especiales;
2. Los tribunales de justicia han ido conceptualizando las categorías que son la base de la definición de tal ámbito, pero en algunos casos se

¹¹³ Un caso excepcional pudiera constituir el artículo 54 de la Ley Nº 19.300 sobre protección del medio ambiente.

¹¹⁴ Pudiera pensarse, por otra parte, que tal aplicación directa pugna con lo señalado en el artículo 58 de la LPC en que se establece la facultad del SERNAC para velar por el cumplimiento de normas establecidas en leyes especiales que digan relación con el consumidor, pudiendo "hacerse parte en las causas en que estén afectados los intereses generales de los consumidores, según los procedimientos que fijan las normas generales o los que se señalen en esas leyes especiales", con lo cual se está asumiendo en todos los casos la aplicación supletoria de los procedimientos previstos por la LPC.

¹¹⁵ Pero, como ya hemos señalado, en aquellas materias contempladas en la propia LPC o análogas en leyes especiales.

- han apartado de las normas contempladas por la propia ley, por el Código de Comercio o por las normas especiales;
3. La Ley N° 19.955 no modifica los conceptos fundamentales en materia del ámbito de aplicación de la LPC, es decir, la ley sigue aplicándose a los actos mixtos entre proveedores y consumidores, y continúa manteniendo su carácter de norma supletoria;
 4. En el caso de los profesionales que ejerzan independientemente su actividad, su inclusión nos parece un caso de defecto legislativo frente al hecho de no prosperar la eliminación del requisito del acto mixto. Entendemos que la ley sólo será aplicable a aquellos que ejerzan actividades profesionales calificadas como mercantiles en cuanto lo hagan de una manera empresarial;
 5. Una característica común de las nuevas actividades económicas incluidas, la venta de viviendas y los servicios educacionales y el ámbito de los servicios de salud, es que se ha excluido de la aplicación de la LPC lo relativo a la calidad de tales bienes y servicios, respectivamente;
 6. De modo adicional, en las mismas actividades, la técnica legislativa ha sido muy deficiente, al excluir expresamente materias ya contempladas en leyes especiales y, por tanto, excluidas en general por la aplicación supletoria de la LPC, por lo que se generan dudas interpretativas importantes, respecto de la aplicación del artículo 2° bis a las materias excluidas expresamente por el artículo 2°;
 7. Las normas procesales del artículo 2° bis tienen por objeto hacer exigibles, en forma colectiva o individual, aquellos derechos de los consumidores o usuarios que han sido definidos por la propia LPC o en forma análoga por las leyes especiales, sólo tales derechos y no cualquier otro establecido por la ley especial o la legislación común;
 8. La acción individual y el respectivo procedimiento, contemplado en el artículo 2° bis, es de aplicación supletoria frente a las leyes especiales; y
 9. En cambio, el procedimiento contemplado en la LPC para ejercer las acciones por interés colectivo o difuso, establecidas en tal ley o en leyes especiales, pareciera ser de aplicación general y no supletoria.

LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN: NORMAS DE EQUIDAD EN LAS ESTIPULACIONES Y EN EL CUMPLIMIENTO

JORGE WAHL SILVA
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

I. LA JUSTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DE NORMAS PROTECTORAS

1. CONTRATO DE ADHESIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

El artículo primero de la Ley 19.496 de 1997 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPC) define al contrato de adhesión como “aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”. No es del caso aquí detenerse en la justificación de la existencia del contrato de adhesión, la que en general dice relación con criterios de eficiencia y disminución de los costos de transacción¹. En todo caso, esta amplia definición no incluye otros elementos con los que con frecuencia se tipifica el contrato de adhesión, como es la aspiración a una generalizada aplicación en numerosos casos.

Más bien, el origen de las normas que corresponde analizar en esta ponencia se encuentra en la relación que suele darse entre la existencia de los contratos de adhesión y la de cláusulas abusivas en los mismos.

2. CLÁUSULAS ABUSIVAS

Prescindiendo por ahora de la definición que hoy en día recoge a nivel legal la LPC, difundida es en nuestra doctrina nacional la definición

¹ Acerca de esto puede consultarse a De la Maza Gazmuri, Íñigo, “Contratos por Adhesión y Cláusulas Abusivas”, en Revista Chilena de Derecho Privado, Fernando Fueyo Laneri, diciembre de 2003, N° 1, p. 112 y ss.

de María Victoria BAMBACH: se trata de “estipulaciones contractuales que entrañan un desequilibrio de las partes en la convención”². Sin embargo, más precisas aún parecen aquellas definiciones que realzan la existencia de un “desequilibrio entre las prestaciones del consumidor y el proveedor”³, más que de un desequilibrio entre las partes mismas. Es más, siguiendo en esto a la Ley Española 26/84 sobre Defensa de los Consumidores y Usuarios (LECU), nuestra LPC vincula el concepto de cláusula abusiva al quebrantamiento del deber de buena fe, el que nuestra ley entiende en un sentido objetivo⁴, como claramente lo expresa.

3. EL ORIGEN DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

La existencia de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión se ha asociado frecuentemente a una posición monopólica por parte del proveedor o, en fin, a un mercado que funciona imperfectamente. Así por ejemplo, LACRUZ BERDEJO justifica la “especial sensibilidad del ordenamiento en estos casos (...) por la posibilidad de abuso del poder económico (y la consiguiente coacción síquica o real sobre el consumidor) que tiene la empresa, acaso en situación de monopolio u oligopolio”⁵. Sin embargo, ante la constatación de que estas cláusulas también surgen en mercados competitivos, diversos autores destacan la importancia del llamado problema de la información, conforme al cual la actividad de revisar y comprender un contrato de adhesión no resulta necesariamente racional por parte del consumidor. Acerca de este punto, en la doctrina nacional es muy esclarecedor un estudio publicado por el profesor ÍÑIGO DE LA MAZA⁶. Como factores que contribuyen a dicha conducta, el autor citado menciona, entre otros, la dificultad para comprender el lenguaje e, incluso, entender los caracteres en que está escrito; la poca disponibilidad de tiempo; la imposibilidad de negociar los términos, incluso porque el agente del proveedor en general carece de poderes suficientes al efecto; el hecho de que los contratos regulan en general eventos de improbable ocurrencia; el hecho de asumir que los términos serán básicamente los mismos entre competidores de un mismo rubro de actividad, y la con-

² Bambach Salvatore, María Victoria, “Cláusulas Abusivas en los Contratos”, en Contratos, Enrique Barros (coord.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 51.

³ De la Maza Gazmuri, Íñigo, *op. cit.*, p. 120.

⁴ No es casual que cuando el Código Civil se refiere a la buena fe en el cumplimiento del contrato, señala que los contratos “por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación...” (art. 1546).

⁵ Lacruz Berdejo, José Luis y otros, Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, Parte General, Teoría General del Contrato, José María Bosch, Barcelona, 1994, v.1, p. 363.

⁶ De la Maza Gazmuri, Íñigo, *op. cit.*, p. 126 y ss.

fianza en que los tribunales no harán exigibles los eventuales términos injustos del contrato⁷. El fenómeno descrito por el autor citado bien podría caracterizarse como una “apatía racional” del consumidor frente al contrato de adhesión; como actitud análoga del pequeño accionista de una sociedad anónima con un capital atomizado, que confía en que serán otros quienes protegerán los intereses sociales, puesto que hacerlo por sí solo acarrea costos que probablemente no tendrán una suficiente compensación.

4. EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Ciertamente, como afirma una autora, “en una concepción clásica y extrema del principio de la autonomía de la voluntad, podría refutarse la idea de la existencia misma de las cláusulas abusivas, pues si estas cláusulas han sido aceptadas por la contraparte no cabría hablar de abuso”⁸. Desde esa perspectiva, la protección del consumidor que ha aceptado adherirse sería la protección de un contratante irresponsable, algo para lo cual el Derecho no debería prestarse.

Sin embargo, como apunta el profesor DE LA MAZA, a partir de la constatación expuesta en el apartado que precede, existe una alta probabilidad de que la introducción de cláusulas abusivas pase inadvertida para los consumidores, y, “por lo tanto, los contratos que las contienen no sean discriminados sobre la base de mecanismos de mercado. En un mercado con una pluralidad de oferentes y una masa de consumidores incapaces de discriminar, la misma dinámica de la competencia debería arrastrar a los proveedores a incorporarlas a sus contratos”. Concluye el autor que se viene citando que, “si esto es correcto, la conducta más racional del proveedor en un mercado suficientemente atomizado será aumentar el número y gravedad de los riesgos que soporta el consumidor y disminuir el precio explícito del producto”, puesto que los consumidores discriminarán a los proveedores a base de la información menos costosa de procesar, que es el precio explícito de los productos⁹.

Para DE LA MAZA, la protección frente a estas cláusulas se justifica en razón de la eficiencia del mercado, puesto que, aun cuando para las empresas represente un beneficio o ganancia hacer efectivas dichas cláusulas, en su conjunto el mejoramiento de las condiciones de contratación

⁷ *Ibid.*, p. 135.

⁸ Veloso Valenzuela, Paulina, “Cláusulas Abusivas”, en *Instituciones Modernas de Derecho Civil, Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*, Cono Sur, Santiago, 1996, p. 445.

⁹ De la Maza Gazmuri, Íñigo, *op. cit.*, p. 139.

para los consumidores produce un aumento en la eficiencia económica neta¹⁰. En la misma línea, la falta de intervención estatal induciría a que las empresas probablemente compitan en los precios ofrecidos, pero tiendan a disminuir la calidad de los productos, aprovechando los costos que los consumidores asumen producto de esta información que no les resulta eficiente procesar. Este análisis económico de la cuestión es, sin duda, un aporte valioso que se agrega a la tradicional consideración de los bienes jurídicos constituidos por la libertad contractual, la protección de la buena fe, la lealtad como dimensión ética de la competencia¹¹, la justicia conmutativa y más generalmente el bien común.

Desde esta perspectiva, pareciera entonces que, por un lado, se justifica defender al consumidor "irresponsable" o "apático" y, por el otro, se justifica también reconocer que existe un contrato vinculante, allí donde muy probablemente no existe, en rigor, el sustento de un consentimiento pleno e informado, sino tan sólo una virtual posibilidad de información para la parte adherente, asegurada –también– por el legislador. Como se aprecia, el contrato de adhesión desafía los principios tradicionales de autonomía de la voluntad, libertad contractual y formación del consentimiento. El problema es, entonces, asegurar una reglamentación equilibrada, con miras a evitar las externalidades negativas de la adhesión desregulada.

II. LA NORMATIVA DE LA LEY 19.496 Y SU MODIFICACIÓN POR LA LEY 19.955

1. ANTECEDENTES

La redacción original del artículo 16 de la LPC fue motivo de variadas críticas por parte de la doctrina, la que, en general, estimó que en la práctica los consumidores no quedaron suficientemente resguardados¹². Se objetó en especial en la ausencia de una definición genérica del concepto de cláusula abusiva¹³. De hecho, en un estudio de singular calidad en esta materia, TAPIA y VALDIVIA desplegaron un notable esfuerzo por ampliar interpretativamente los márgenes de las cláusulas que la ley declaraba ineficaces, lo que ciertamente es controvertible cuando se trata de

¹⁰ *Ibid.*, p. 144.

¹¹ Carlos Cáceres Contreras, citado por López Santa María, Jorge, *Los Contratos. Parte General*, 3ª edic., Editorial Jurídica de Chile, 2001, v.1, p. 188.

¹² Hübner Guzmán, Ana María, "Derecho a la Contratación en la Ley de Protección al Consumidor" en Corral, Hernán (edit.), *Derecho del Consumo y Protección al Consumidor*, Cuadernos de Extensión Jurídica 3 (Universidad de los Andes), Santiago, 1999, p. 136.

¹³ López Santa María, J., *op. cit.*, p. 208.

supuestos de actos anulables, que debieran interpretarse restrictivamente¹⁴. Hoy en día, esta labor interpretativa se ha visto facilitada por la entrada en vigencia de la Ley 19.955, que introduce la definición que se echaba de menos. Dicha definición debiera iluminar tanto la interpretación de las cláusulas específicas que se sancionan por la ley como especialmente la identificación de otros supuestos no contemplados en la misma. Sin ánimo de justificar la calidad de la labor parlamentaria en el texto original, en buena medida, una y otra falencia pueden fácilmente atribuirse en la práctica a las dinámicas propias de la negociación que va aparejada a la tramitación de un proyecto de ley con la gravitación económica del que aquí se comenta.

Intentando sistematizar la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas en la LPC, es posible distinguir el recurso a los siguientes instrumentos: i) la ineficacia de ciertas estipulaciones descritas en el artículo 16; ii) la imposición de determinadas exigencias formales que debían cumplirse en estos contratos, sujetas a diversas sanciones o efectos, y iii) la introducción de reglas especiales para la solución de controversias, sobre todo, respecto del arbitraje. Con todo, dichos instrumentos no pueden entenderse aisladamente, prescindiendo de otros dispersos en la LPC, que también apuntan a prevenir los efectos de cláusulas abusivas. Tal es el caso de las exigencias de información que se debe proporcionar al consumidor.

2. INEFICACIA DE CIERTAS ESTIPULACIONES

De acuerdo al artículo 16 de la LPC, inspirado en la ley LECU española, "no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión" diversas cláusulas o estipulaciones que pueden separarse a base de dos criterios, a saber, la definición de cláusulas específicas que son sancionadas con esta ineficacia, y la definición de un concepto general de cláusula abusiva, sujeto a la misma sanción.

2.1. Cláusulas específicas sancionadas con la ineficacia

En este sentido, la LPC no ha experimentado cambios, y así determina que no producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:

a) "Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente

¹⁴ Tapia, Mauricio y Valdivia, José Miguel, Contrato por adhesión Ley 19.496, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplan" (art. 16 letra a).

En lo relativo a la suspensión unilateral e injustificada de un servicio previamente contratado y por el cual se hubiere pagado derecho de conexión, de instalación, de incorporación o de mantenimiento, debe tenerse presente la procedencia de las multas previstas en el artículo 25 de la LPC (150 UTM), las que se agravan cuando se trate de servicio de agua potable, gas, alcantarillado, energía eléctrica, teléfono o recolección de basura o elementos tóxicos (300 UTM).

Cabe llamar la atención acerca de los amplios términos en que parece restringirse la posibilidad de dejar sin efecto o modificar unilateralmente un contrato, lo que puede parecer razonable en el caso de contratos de ejecución instantánea o de simple ejecución diferida, pero no necesariamente en los casos de contratos de tracto sucesivo, especialmente aquellos que se pacten por tiempo indefinido. De hecho, la legislación española y la Directiva Europea sobre la materia asocian este tipo de restricciones a que la conducta del proveedor carezca de "motivos válidos" o no se otorgue un aviso con una anticipación razonable al consumidor o en su caso la facultad no se otorgue a ambas partes (disposición adicional 1.6.2 de la LECU y letras f), g) y j), Anexo Directiva 13/93).

En nuestro país el excesivo rigor de una interpretación demasiado apegada al tenor literal de la norma debe atemperarse recurriendo a la calificación que alude al "solo arbitrio" del proveedor, para salvaguardar la eficacia de eventos de terminación o mecanismos de modificación de los contratos que, lejos de depender de un puro arbitrio en orden a quebrantar el vínculo obligatorio, resulten razonables. En este sentido, la definición del concepto de cláusula abusiva que ahora proporciona la letra g) del artículo 16 de la LPC debiera facilitar una interpretación finalista de los supuestos descritos en los demás literales del artículo 16.

b) "Establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, 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" (art. 16 letra b)).

Como indica un comentarista de la norma análoga de la LECU, se trata aquí de "situaciones que tienen en común derivar de un incremento de precios que se impone sin posibilidad de ser delimitados y concretados en cada caso de manera suficiente, y que, por tanto, no pueden ser aceptados o rechazados de manera individualizada. Se trata, además,

de prestaciones adicionales, por tanto, diferentes de la que constituya el objeto principal del contrato. La cláusula (...) es un ejemplo muy claro de cláusula sorprendente, pues lo que la convierte en abusiva es precisamente su carácter inesperado”¹⁵.

c) “Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables” (art. 16 letra c)).

Como bien apuntan TAPIA y VALDIVIA, “las expresiones ‘deficiencias’, ‘omisiones’ o ‘errores administrativos’ son conceptos genéricos que aluden a faltas o errores atribuirles al cumplimiento defectuoso de obligaciones del empresario en la elaboración de los bienes o en la prestación de servicios”¹⁶.

En la doctrina española, una norma similar a la de la LPC se ha justificado, señalando que “el suministrador sabe que se produce este tipo de errores y puede cuantificarlos, de manera que si consigue, a través de condiciones generales, que los errores graven solamente al consumidor habrá reducido los costos, lo que será justificable en términos económicos, pero que es injusto para el consumidor que no ha de asumir los riesgos propios de la actividad empresarial, riesgos que, por otra parte, ya han estado contemplados al fijar el precio del producto; pero, es que, además, si el comerciante puede traspasar estos riesgos no tendrá el menor incentivo para la mejora de su organización empresarial”¹⁷.

Es también aplicable a la interpretación de la norma de la letra c) del artículo 16, el razonamiento de la autora citada, en cuanto a que no existe impedimento en hacer recaer en el consumidor tanto los efectos de errores que le sean directamente imputables como “las consecuencias económicas de errores no cometidos directamente por él mismo, pero que lo sean imputables lo que permite incluir errores cometidos por terceras personas o incluso por el propio comerciante, siempre que los mismos le sean imputables, es decir, que se hayan producido a causa de una acción u omisión en su conducta, que haya inducido al tercero a cometer el error”¹⁸.

d) “Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor” (art. 16 letra d)).

Para TAPIA y VALDIVIA, una especial concreción de esta norma es la prohibición de “dejar sin efecto la presunción de culpa contractual, debiendo

¹⁵ Miquel Rodríguez, Jorge, en Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, Ignacio Arroyo Martínez y Jorge Miquel Rodríguez (edit.), Tecnos, Madrid, 1999, p. 434.

¹⁶ Tapia, M. y Valdivia, J. M., *op. cit.*, p. 102.

¹⁷ Ysas Solanes, María, en Comentarios a la Ley... *cit.*, p. 424.

¹⁸ *Ibid.*, p. 426.

el adherente asumir la comprobación de las circunstancias que originen la responsabilidad y tomar el riesgo de la falta de prueba". Una estipulación en ese sentido, a juicio de los autores citados, bien puede disimularse en estipulaciones que establezcan determinadas pruebas preconstituidas a favor del proveedor, "como, por ejemplo, en los casos en que, previo a la entrega, se obliga al consumidor a firmar un recibo de los bienes a 'plena satisfacción'"¹⁹. Fuera de los casos como el propuesto, en que la alteración de la carga de la prueba resulta indirectamente de la creación de una prueba preconstituida, se debe tener presente que en general la licitud de los pactos que tienen por objeto alterar el *onus probandi* establecido por el legislador ha sido controvertida por la doctrina²⁰.

e) "Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio" (art. 16 letra e)).

En concepto de HÜBNER, la limitación de responsabilidad es absoluta "cuando el proveedor se libera de toda responsabilidad, no teniendo obligación de reparar ni de pagar monto alguno por la prestación de un servicio deficiente, cualquiera que sea la circunstancia en que se haya prestado y, en cambio, será relativa cuando se exonera sólo frente a determinados casos que no afectan la utilidad o finalidad esencial, o cuando excluye la impunidad total, estableciendo indemnizaciones mínimas"²¹. Sin perjuicio de lo anterior, para esta autora, la limitación de responsabilidad hasta un cierto monto sería en principio válida²².

Para TAPIA y VALDIVIA, en tanto, luego de criticar la técnica legislativa empleada, se debe distinguir entre cláusulas eximentes, que "establecen la irresponsabilidad de una parte por los perjuicios que cause", de las cláusulas limitativas, que "circunscriben la responsabilidad a determinadas causales o perjuicios, por un período breve, o hasta una suma determinada"²³. Teniendo presente tanto la finalidad protectora de la norma, así como la experiencia española -fuente material de la norma chilena- en que la expresión "limitación absoluta" ha sido entendida extensivamente, "con el objeto de reprimir tanto exenciones como limitaciones de respon-

¹⁹ Tapia, M. y Valdivia, *op. cit.*, p. 121.

²⁰ Peñailillo Arévalo, Daniel, *La Prueba en Materia Sustantiva Civil. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 42 y ss.

²¹ Hübner Guzmán, A. M., *op. cit.*, p. 140.

²² *Ídem*.

²³ Tapia, M. y Valdivia, *op. cit.*, p. 112.

sabilidad²⁴, los autores citados estiman que también en el ámbito nacional se debe desconocer la validez de ambos tipos de cláusulas²⁵.

En el mismo sentido apuntado, estos autores estiman que también quedarían comprendidas en la prohibición las cláusulas que eximan o limiten la responsabilidad del proveedor por culpa grave, leve y levísima, según ésta venga determinada por las leyes²⁶. Siendo evidente esto respecto del dolo y la culpa grave, el punto se torna discutible en el caso de la culpa leve. De hecho, la actual norma española no exige que se trate de una "limitación absoluta" de responsabilidad, sino de una limitación "inadecuada". Con todo, teniendo también en cuenta el concepto general de cláusula abusiva que ahora define la ley, el razonamiento de la doctrina española puede servir de apoyo para concluir que una limitación, que excluya en forma absoluta la responsabilidad por culpa leve, cae dentro del reproche del legislador. En efecto, "si la prohibición de limitar la responsabilidad por dolo se deriva de que ello es contrario al orden público, por el rechazo social que comporta dicha limitación de responsabilidad (...), hay que considerar que el rechazo también se extiende a la culpa. Ello es así evidentemente en el caso de culpa grave, pero también cuando el profesional limite su responsabilidad por culpa media, es decir, aquella que corresponde al buen padre de familia, o en caso de un profesional la diligencia media en su profesión, en cuyo caso la limitación será abusiva"²⁷. Como bien lo reconoce la autora citada, "esta solución supone considerar la norma dispositiva como canon de conducta, cuya modificación comporta la presunción de abuso cuando perjudique los intereses del consumidor, de tal manera que esta desviación sólo es posible cuando resulta justificada o cuando la modificación comporta una mayor adecuación a las especialidades pactadas o a las derivadas del tipo contractual"²⁸. Dicho papel de norma dispositiva cabría extrapolarlo en nuestro país el artículo 1547 del Código Civil.

También se propone por los autores nacionales citados previamente, que la exigencia en cuanto a que se afecte la "utilidad o finalidad esencial del producto o servicio" debe interpretarse en forma extensiva, para comprender en ella "las expectativas del adherente determinadas por la naturaleza del contrato"²⁹.

²⁴ *Ídem*.

²⁵ *Ibid.*, p. 113.

²⁶ *Ibid.*, p. 114.

²⁷ Amat LLari, Eulalia, en *Comentarios a la Ley... cit.*, p. 373.

²⁸ *Ibid.*, p. 374.

²⁹ Tapia, M. y Valdivia, *op. cit.*, p. 118.

f) "Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato" (art. 16 letra f)).

Los autores que se vienen citando critican con razón que se haya incluido dentro del catálogo de cláusulas abusivas una norma que ha debido más bien ser diseñada como requisito formal del contrato³⁰. Pero, aun prescindiendo de esta norma, por aplicación de principios generales, no podría producir efecto alguno una estipulación cuyo contenido no haya quedado determinado o sea determinable, por hechos que no constituyan el mero arbitrio del deudor, al tiempo de formarse el contrato.

2.2. Concepto genérico de cláusula abusiva, sancionada con la ineficacia

Haciéndose eco de una de las críticas más frecuentes al esquema original del artículo 16 –que se limitaba a sancionar las cláusulas específicas antes enumeradas–, la Ley 19.955 incorporó una norma genérica o de clausura que se añade a las anteriores como nueva letra g).

De esta manera, se extendió la sanción a aquellas cláusulas o estipulaciones "en contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, que causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales" (art. 16 letra g)).

Este texto está tomado del artículo 10 bis de la LECU, luego de la reforma introducida por la Ley 7/98 sobre Condiciones Generales de la Contratación. A su vez, la citada norma española reconoce su antecedente en la Directiva Europea 13/93 sobre Cláusulas Abusivas en Contratos Celebrados con Consumidores.

En la tramitación legislativa se eliminó el requisito de tratarse de "estipulaciones no negociadas individualmente", establecido en la citada disposición de la LECU³¹. Por lo tanto, el ámbito de aplicación de la norma de la LPC es más amplio. A primera vista el requisito eliminado podría parecer superfluo, si se considera que la norma tiene como supuesto la

³⁰ *Ibid.*, p. 75.

³¹ El texto definitivo –con la supresión de la frase referida y el agregado de la actual frase final– tiene su origen, según se explica en el primer informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, en las observaciones e indicaciones formuladas por diversos señores diputados, los que en varias reuniones consensuaron un texto de proyecto de ley que fueron patrocinadas por el diputado Eugenio Tuma Zedan, a la sazón presidente de la Comisión.

existencia de un contrato de adhesión, pero no lo es tanto a la luz de un comentario que formulamos más adelante.

En lo demás, los ejes en torno a los cuales se construye la protección del consumidor son, por un lado, el principio de la buena fe objetiva y, por el otro, la mantención de un cierto equilibrio en las prestaciones.

Sin embargo, como escribe un autor español, “la referencia al ‘desequilibrio importante’ no puede interpretarse de modo ajeno a la buena fe, existiendo, en cambio, una relación muy estrecha. Precisamente por ser contraria a la buena fe, la cláusula podrá ser declarada abusiva cuando cause, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante. Además, ese desequilibrio, y su importancia, deberán valorarse en relación a las exigencias que impone la buena fe”³². Por eso y teniendo en cuenta que la buena fe objetiva debe apreciarse en abstracto³³, el juez debería en definitiva juzgar si la cláusula cuestionada defrauda o no las legítimas expectativas que un hombre razonable y prudente, en la posición y circunstancias del consumidor, debió haberse formado al tiempo de contratar.

Cabe apuntar que esta tarea judicial no puede implicar intervención del Estado en aras de asegurar una supuesta “equidad” en la determinación de los elementos esenciales del contrato —por ejemplo, cosa y precio—, puesto que la determinación de dichos elementos queda fuera del ámbito de la adhesión, y una tal intervención dislocaría el orden público económico y las bases mismas del sistema social, infringiendo la Constitución. Como lo ha expuesto un autor español, “las cláusulas que regulan los elementos esenciales no son condiciones generales en sentido técnico y ello por dos razones: en primer lugar, porque éstos sí los ha tenido en cuenta el adherente, y si no hubiera estado de acuerdo con ellos no hubiera celebrado el contrato o su consentimiento estaría viciado y, por tanto, el contrato sería anulable, y en segundo lugar, porque el control del equilibrio sería en este caso inconstitucional, ya que la fijación de los precios y de la oferta de bienes y servicios está encomendada al mecanismo del mercado por medio de la competencia”³⁴. A este propósito, hubiese sido más conveniente que nuestra LPC hubiese limitado la definición del concepto cláusula abusiva a las “estipulaciones no negociadas individualmente”.

A diferencia de la norma española, que alude a “la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato” y “las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”, la norma de la LPC establece un criterio complementario más general, esto es, “la finalidad del contrato y

³² Miquel Rodríguez, Jorge, en *Comentarios a la Ley... cit.*, p. 285.

³³ López Santa María, J., *op. cit.*, p. 395.

³⁴ Amat Llari, Eulalia, en *Comentarios a la Ley... cit.*, p. 372.

a las disposiciones especiales o generales que lo rigen”, que ciertamente no excluye la interpretación a la luz de factores como los propuestos por la legislación española en la cual se ha inspirado.

Por otro lado, la salvaguarda que establece la frase final de la nueva letra g) del artículo 16 parece tener un reducido campo de aplicación en el contexto de nuestro sistema jurídico, en que son escasas las oportunidades en que un órgano administrativo revisa y autoriza los términos de un contrato en ejecución de sus facultades legales. Desde luego, ello no ocurre actualmente con el simplificado mecanismo de depósito de pólizas de seguro. Un caso podría darse en los contratos de ahorro provisional voluntario, a base de cierta normativa especial de la Superintendencia de Valores y Seguros³⁵.

Al igual que como ocurre con la LPC, según lo visto, en la ley española también se incluye una enumeración de cláusulas específicas que, a título ejemplar, se consideran abusivas y se sancionan con la ineficacia. En el caso español esta enumeración es mucho más extensa y exhaustiva, lo que no es, por cierto, una señal de mejor calidad legislativa. De hecho, se ha criticado el carácter imperativo de estos supuestos regulados detalladamente en España, tanto por su rigidez como porque, al tener un carácter imperativo y no meramente indicativo con dicho catálogo de cláusulas, “la ponderación y valoración que permite la cláusula general queda desdibujada, y se puede dar la circunstancia de que (...) sin entrar a valorar su adecuación a la buena fe, y el desequilibrio (importante) que cause en el caso concreto en los derechos y obligaciones de las partes, la cláusula deba considerarse abusiva, con la consiguiente necesidad de declarar su nulidad. No obstante, también es cierto que la amplitud y vaguedad con que están formuladas muchas de las cláusulas obligará a realizar una valoración, que relativiza su carácter imperativo”³⁶.

Como se aprecia, a diferencia del caso español y el chileno, el catálogo de cláusulas que pueden considerarse abusivas, según la Directiva Europea 13/93, es de carácter indicativo y no imperativo, pues se trata de cláusulas que “pueden ser declaradas abusivas” (Artículo 3.3.).

2.3. Alcance de esta sanción de ineficacia

La norma original del artículo 16 había merecido el reproche de la profesora HÜBNER, en cuanto no se dejaba en claro “qué tipo de sanción se aplicará, si inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa, ni tampoco si se afecta todo el contrato o sólo parte de él”³⁷. Descartando la inexistencia,

³⁵ Circ. 1585 de la SVS.

³⁶ Miquel Rodríguez, J., en Comentarios a la Ley... *cit.*, p. 286.

³⁷ Hübner Guzmán, A. M., *op. cit.*, p. 141.

por extraña a nuestro sistema legal, y la nulidad relativa, por asentarse en el estado o calidad de las partes, la profesora citada estimaba que la sanción se encuadraba en la nulidad absoluta por objeto ilícito. Enseguida, esta autora entendía que la norma establecía un caso de nulidad parcial, sin perjuicio de estimar que “la nulidad parcial se comunicará al contrato en forma total cuando las partes, en condiciones distintas, no lo habrían celebrado en atención al desequilibrio producido”³⁸.

De alguna manera, lo último ha quedado resuelto por el nuevo artículo 16 A, en cuanto dispone que, “declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, éste subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, 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 el que recae la declaración”³⁹.

2.4. Procedimiento judicial para la tramitación de esta acción de nulidad

Según el nuevo artículo 16 B de la ley “el procedimiento a que se sujetará la tramitación de las acciones tendientes a obtener la declaración de nulidad de cláusulas contenidas en contratos de adhesión, será el contemplado en el Título IV de la presente ley”.

Esta norma se debe relacionar con el nuevo artículo 50 LPC, que en lo que aquí interesa dispone que el incumplimiento de las normas contenidas en la presente ley dará lugar, entre otras acciones, a aquellas destinadas a “anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión”. La misma norma añade que “el ejercicio de las acciones puede realizarse a título individual o en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores”. Sin embargo, contrariamente a lo que ocurre con las indemnizaciones de perjuicio, llama la atención que la LPC no regula los efectos que produce la sentencia de nulidad en los casos de acciones asociadas a los intereses colectivos o difusos, lo que puede ser relevante especialmente respecto de los consumidores que no se hicieron parte en la tramitación del juicio.

En cuanto a la competencia, el artículo 50 A dispone que “los jueces de policía local conocerán de todas las acciones que emanan de esta ley, siendo competente aquel que corresponda a la comuna en que se hubiera

³⁸ *Ídem.*

³⁹ El mensaje del Presidente de la República preveía que esta nulidad fuera de conocimiento del juez de Policía Local.

celebrado el contrato respectivo, se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución, a elección del actor”. Con todo, conforme a la misma norma, lo anterior “no se aplicará a las acciones mencionadas en la letra b) del artículo 2º bis, emanadas de esta ley o de leyes especiales, incluidas las acciones de interés colectivo o difuso derivadas de los artículos 16, 16 A y 16 B de la presente ley, en que serán competentes los tribunales ordinarios de justicia, de acuerdo a las reglas generales”⁴⁰.

3. EXIGENCIAS FORMALES Y SANCIONES ESPECIALES INCORPORADAS EN EL ARTÍCULO 17 DE LA LPC

Esta norma establece las siguientes exigencias formales, que más que buscar una perfecta formación del consentimiento, pretenden asegurar al menos la posibilidad de dicha perfecta formación del consentimiento:

3.1. Escrituración

Señala el artículo 17 LPC que “los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos”. TAPIA y VALDIVIA han entendido, no obstante, que la norma no establece una solemnidad para los contratos de adhesión y que la misma no obsta a la eficacia de contratos de adhesión puramente consensuales. Desde ese punto de vista, el alcance de la norma sería simplemente el de delimitar el “ámbito de aplicación de las reglas formales que establece el artículo 17, pues sólo rigen respecto del contrato por adhesión que conste de esa forma”⁴¹. Sin embargo, atendida la finalidad protectora de la norma y el tenor de la frase final del inciso primero del artículo 17, que expresamente alude a la ineficacia frente al consumidor, parece adecuado interpretar, más bien, que las cláusulas no escritas no producirán efecto alguno en contra del consumidor, sin perjuicio de que éste –superando las obvias dificultades probatorias– pueda hacerlas valer en contra del proveedor.

3.2. Legibilidad

La disposición en comento prescribe que “los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo legible”. Sin perjuicio de que con la modificación que más

⁴⁰ Según consta del primer informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, en esta etapa de la tramitación del proyecto imperaba la idea de que la justicia ordinaria fuese competente para conocer de esta acción, incluso fuera de los casos en que se encontrasen involucrados intereses colectivos o difusos.

⁴¹ Tapia, M. y Valdivia, J.M., *op. cit.*, p. 68.

adelante se comenta, la norma hoy en día contempla la exigencia de un tamaño mínimo en la letra empleada, TAPIA y VALDIVIA explican que “más allá del tamaño de la letra, esta regla se vincula con el requisito de ‘claridad’ en la redacción, exigido en la mayoría de las legislaciones comparadas, y entendido como la inteligibilidad de la regulación de los derechos y obligaciones del contrato de adhesión”⁴². Para estos autores, algunos supuestos usuales de falta de legibilidad son un contenido excesivamente extenso, el uso de términos jurídicos y técnicos, una compleja estructura de excepciones y contraexcepciones o remisiones entre unas cláusulas y otras, la remisión a textos que no se entregan o ponen a disposición del consumidor al tiempo de contratar, etc.⁴³.

Como se podrá apreciar y sin negar la justificación de esta exigencia, la eficacia de la misma puede ser bastante limitada en ciertos casos, si se tiene en cuenta la existencia de la “apatía racional” del consumidor comentada al comienzo.

La exigencia de legibilidad es sancionada con la privación de efectos respecto del consumidor. Sin embargo, pareciera que esta sanción tiene aplicación en los casos en que la falta de legibilidad sea tal, que pueda lesionar los intereses del consumidor en el contrato, pero no impediría en otros casos la aplicación del artículo 1566 del Código Civil para interpretar la cláusula en contra del proveedor.

3.3. Tamaño mínimo de la letra

En este sentido, el inciso primero del artículo 17 fue modificado en términos de señalar que los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos “de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros”⁴⁴.

3.4. Idioma castellano

El artículo 17 LPC establece que “los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo legible y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor”.

Al igual que en el caso anterior, la sanción no es la nulidad total del contrato, que habría implicado una eficacia de las estipulaciones con una

⁴² *Ibíd.*, p. 70.

⁴³ *Ibíd.*, p. 72.

⁴⁴ Esta adición fue incorporada al proyecto durante la tramitación en el Senado.

probable perjuicio tanto al proveedor como al consumidor, sino una peculiar ineficacia del contrato escrito en otro idioma frente al consumidor. Interpretando la norma en concordancia con su propósito de proteger al consumidor, cabría entender que nada obsta a que aquél pueda hacer valer el texto en contra del proveedor. Por el contrario, en los casos en que se alegue la ineficacia del texto, el juez deberá integrar el contrato en las materias cubiertas por el texto omitido, aplicando las reglas legales supletorias que pudiesen existir y, en general, las normas de interpretación de los contratos.

No obstante lo anterior, el mismo artículo agrega más adelante que “tendrán validez los contratos redactados en idioma distinto del castellano cuando el consumidor lo acepte expresamente, mediante su firma en un documento escrito en idioma castellano anexo al contrato, y quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará, en caso de dudas, para todos los efectos legales”. Como se aprecia, al determinar que prevalece la versión en castellano, pierde toda su relevancia este aparente reconocimiento a la eficacia de un contrato escrito en lengua extranjera, salvo quizás en el caso de los bienes y servicios que se ofrecen a consumidores de lengua extranjera –turistas, por ejemplo–, en que el texto serviría como una traducción meramente referencial, lo que, por cierto, deja en una posición algo desmedrada a estos consumidores.

3.5. Predominio de las condiciones particulares y estipulaciones manuscritas

De conformidad al artículo que se viene citando y sin perjuicio de lo ya dicho respecto de los contratos escrito en idioma extranjero, “en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí”.

En este caso, se está en presencia, simplemente de una regla de interpretación del contrato. Conforme explican TAPIA y VALDIVIA, la norma “persigue determinar la voluntad común de los contratantes, presumiendo que ella está reflejada de manera más fiel en las cláusulas agregadas que en las condiciones generales”⁴⁵. En cuanto a la forma, los autores citados hacen notar que “la ley no exige que las cláusulas que se agreguen por sobre las impresas sean manuscritas, y por ello podrán serlo incluso en forma oral”⁴⁶.

⁴⁵ Tapia, M. y Valdivia, J. M., *op. cit.*, p. 153.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 155.

3.6. Obligación de entregar un ejemplar del contrato

De acuerdo al artículo 17 LPC, “tan pronto el consumidor firme el contrato, el proveedor deberá entregarle un ejemplar íntegro suscrito por todas las partes. Si no fuese posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, entregará de inmediato una copia al consumidor con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste. La copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado para todos los efectos legales”.

4. REGLAS ESPECIALES APLICABLES A LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y EN PARTICULAR AL ARBITRAJE

De acuerdo al antiguo inciso final del artículo 16, “si en estos contratos se designa árbitro, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente. Si se hubiese designado más de un árbitro, para actuar uno en subsidio de otro, podrá ejercer este derecho respecto de todos o parcialmente respecto de algunos. Todo ello de conformidad a las reglas del Código Orgánico de Tribunales”.

Esta norma ha sido fuertemente criticada por TAPIA y VALDIVIA, quienes consideran que la cláusula compromisoria es especialmente peligrosa en materia de consumo. En especial, se critica que el consumidor enfrenta la carga de tramitar dos procedimientos judiciales, uno para recusar al árbitro y otro para tratar el fondo. Para los autores citados “en síntesis, esta norma no establece ninguna limitación efectiva a los abusos que pueden provenir de la designación de árbitro en el contrato por adhesión. La validación del arbitraje común, la onerosidad que envuelve un doble procedimiento, la falta de definición acerca de si fallará según la equidad o el derecho y la inexistencia de restricciones a la renuncia de recursos, pueden transformar en retórica a los requisitos formales y controles materiales que establece la ley”⁴⁷.

Dentro de la escasa jurisprudencia publicada en estas materias, es destacable una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en la cual se falló que “las normas aplicables a los incidentes en el juicio ordinario civil como pretende la juez *a quo* no resultan aplicables en la especie, porque el artículo referido hace expresa referencia a las reglas del Código Orgánico de Tribunales. Como ya se ha dicho, no ha fijado dicha norma plazo alguno ni causal alguna para la procedencia de la recusación, motivo por el cual debe entenderse que es una facultad propia del consumidor destinada a la defensa de sus derechos, sin la traba de

⁴⁷ Tapia, M. y Valdivia, J. M., *op. cit.*, p. 125.

las normas rituarías [sic] del procedimiento ordinario civil". Añade el fallo citado que "consecuentemente debe entenderse que, al no estar sujeta dicha facultad del requirente en estas materias a las normas ordinarias procesales ya aludidas, el planteamiento de la recusación al juez árbitro aparece interpuesto dentro de la facultad otorgada por la ley especial que rige la materia y que, dada la amplitud de la recusación, ella debe ser acogida"⁴⁸. En la especie, se había planteado una recusación amistosa que el árbitro no acogió y luego se promovió este incidente ante la justicia ordinaria, resolviéndose inicialmente que el mismo debía cumplir con las exigencias rituales aplicables a los incidentes en el juicio ordinario civil.

De acuerdo al nuevo inciso agregados al artículo 16, "en todo contrato de adhesión en que se designe un árbitro, será obligatorio incluir una cláusula que informe al consumidor de su derecho a recusarlo, conforme a lo establecido en el inciso anterior. Lo que se entiende sin perjuicio del derecho que tiene el consumidor de recurrir siempre ante el tribunal competente".

La frase final de la norma transcrita, que no estaba en el mensaje con que se inició la tramitación del proyecto, amerita un comentario aparte. En efecto, surge la duda acerca de si la misma no busca más que enfatizar que, aunque la cláusula informativa se omita, el consumidor puede siempre hacer valer la recusación ante el tribunal competente, o si, como un efecto más extremo, lo que se está introduciendo aquí es la posibilidad de que el consumidor, no sólo puede recusar al árbitro, sino también someter al juez ordinario la decisión del asunto controvertido⁴⁹. Es por lo menos dudoso que un derecho tanto más eficaz que el de recusar al árbitro, esto es determinar que la cláusula compromisoria no obliga al consumidor haya podido establecerse de un modo tan críptico en la ley. En este, sentido, la vaguedad del texto incorporado contrasta, por ejemplo, con los claros términos del antiguo N° 5 del artículo 3° de la Ley N° 18.933, que, respecto de la competencia del Superintendente de Isapres, confería al afiliado el derecho a recurrir a la justicia ordinaria.

III. CONCLUSIONES

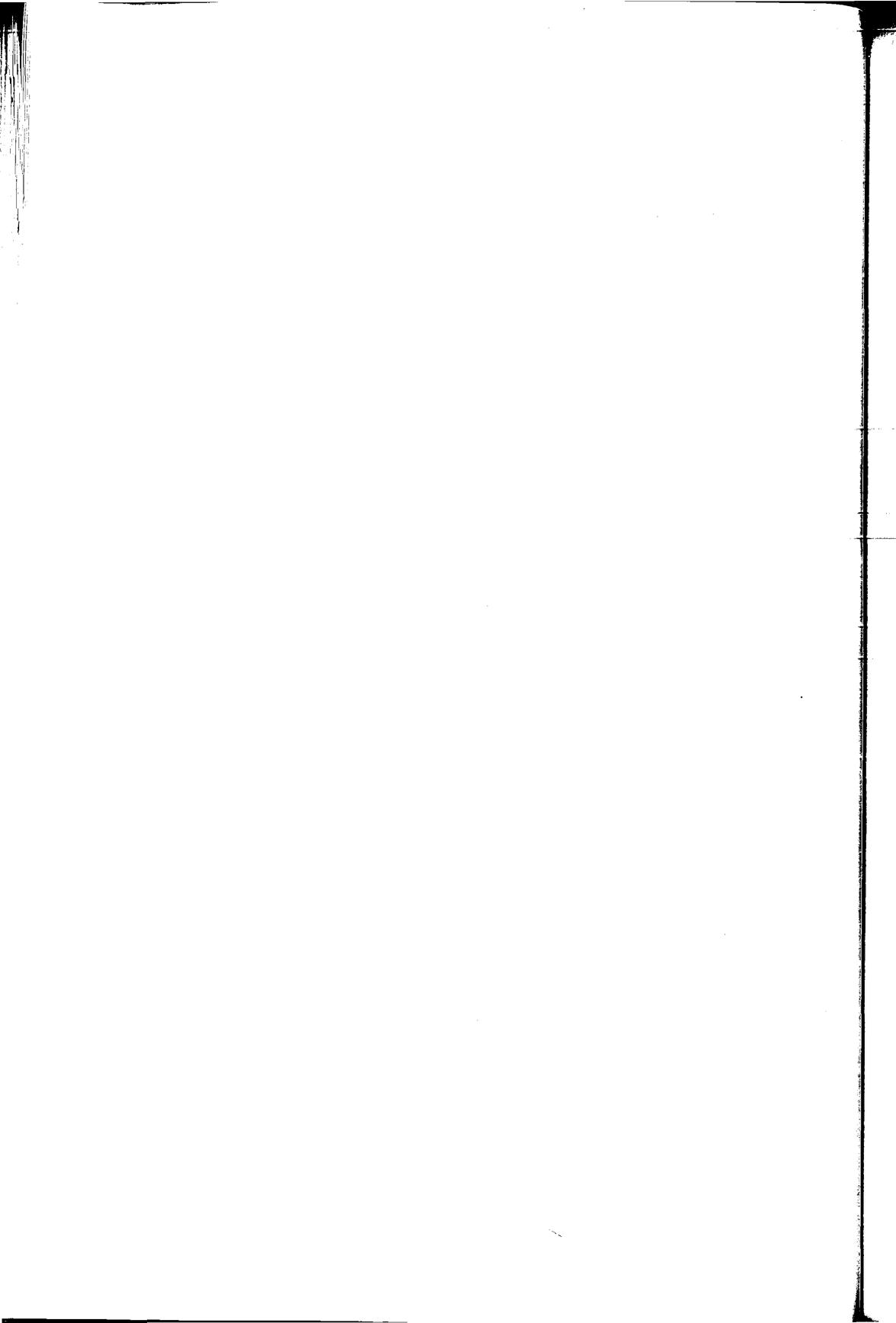
- 1) Los valores jurídicos protegidos por las normas deben entenderse en el contexto y en armonía con el adecuado funcionamiento del sistema

⁴⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de septiembre de 1998, "El Arbitraje en la Jurisprudencia Chilena", Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio de Santiago, 2005, p. 218.

⁴⁹ En este segundo sentido, al parecer, Kangiser, Pablo, Posibles conflictos para la actividad empresarial, Transcripción Seminario "Nueva Ley de los Derechos del Consumidor: Alcances y Efectos", organizado por la Cámara de Comercio de Santiago, p. 49. Consultado en Internet, 18/11/2005: <http://www.ccs.cl/descarga/LEY%20DEL%20CONSUMIDOR.pdf>

de economía de mercado, y, por lo tanto, se impone la conveniencia de una interpretación finalista de las mismas, a fin de precaver que se conviertan en un factor de distorsión o rigidización del comercio. En este sentido, a los jueces de policía local se les ha confiado un importante cometido.

- 2) La definición que proporciona la letra g) del art. 16, debiera servir como criterio de interpretación, tanto para ampliar como para restringir los supuestos específicos de cláusulas abusivas, en relación al catálogo que ofrecen las otras letras del mismo artículo.
- 3) En el control jurisdiccional de las cláusulas abusivas es de capital importancia que la existencia de equilibrio en las prestaciones sea apreciada en estrecha vinculación con la valoración del cumplimiento contractual desde el punto de vista de la buena fe objetiva.
- 4) La buena fe debe ser apreciada con un criterio objetivo, esto es, en abstracto.
- 5) El control judicial no debe alcanzar a los elementos esenciales del contrato, libremente negociados, pues la determinación de estos por las partes no se ve afectada por los problemas comentados, propios de la contratación por adhesión. Lo contrario introduciría graves distorsiones en el orden público económico.
- 6) En vista a la realidad de hecho que suele acompañar a la contratación por adhesión, especialmente el llamado problema de la información, la utilidad de los resguardos formales, en cuanto a asegurar la existencia de un consentimiento informado, parece bastante relativa.
- 7) La realidad y regulación de la contratación por adhesión es difícilmente conciliable con los postulados del dogma de la voluntad, sobre los que se ha construido la teoría del contrato en el Derecho Continental. Lo anterior es evidente, si contrastamos los principios que inspiran las normas clásicas sobre formación del consentimiento —especialmente la idea de una total y consciente concordancia entre una oferta y una aceptación— y la forma en que los contratos de adhesión obtienen en la práctica su fuerza obligatoria. Pareciera entonces que la dimensión del contrato como relación jurídica privada de intercambio más que como un acuerdo de voluntades, cobra en este caso una relevancia que impone matizar las consecuencias del dogma de la voluntad.



LAS REFORMAS INTRODUCIDAS A LA LEY DEL CONSUMIDOR POR LA LEY 19.955 Y ESPECIALMENTE EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS*

DR. RUPERTO PINOCHET OLAVE**

*Profesor de Derecho Civil
Universidad de Talca*

I. INTRODUCCIÓN

Con motivo de mi participación a través de la conferencia titulada “Comercio electrónico y protección de los derechos de los consumidores” en el Seminario sobre Responsabilidad en la Ley de Protección de Derechos de los Consumidores, organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes en noviembre de 2005, cuya invitación, efectuada por su Decano, Prof. Dr. Hernán Corral Talcciani, agradezco sinceramente, me ocupé de las principales modificaciones que Ley 19.955 introdujo el 29 de junio de 2004 a la Ley 19.496, denominada comúnmente del Consumidor.

La mencionada norma modificatoria incorporó una serie de disposiciones que, por primera vez se ocupaban de un modo más o menos orgánico de la situación particular que afecta al consumidor electrónico. Es así como en la citada conferencia expuse sobre el deber de información previa y la exigencia de forma escrita contempladas especialmente para el acto de consumo electrónico en los nuevos artículos 12 A y 32 inc. 2°, que prescriben que en los contratos celebrados por medios electrónicos, 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

* El 29 de junio de 2004, y tras dos años de tramitación parlamentaria, se promulgó la nueva ley del consumidor, que modificó la ley N° 19.496, que establece normas sobre protección a los derechos de los consumidores.

** rpinoche@utalca.cl

o imprimirlos y, además, que en tales casos de contratos, el proveedor deberá informar, de manera inequívoca y fácilmente accesible, los pasos que deben seguirse para celebrarlos, e informará, cuando corresponda, si el documento electrónico en que se formalice el contrato será archivado y si éste será accesible al consumidor. Debiendo indicar conjuntamente, su dirección de correo postal o electrónico y los medios técnicos que pone a disposición del consumidor para identificar y corregir errores en el envío o en sus datos.

También integra este nuevo miniestatuto del consumidor electrónico nacional el artículo 28 B, referido a publicidad o promociones por correo electrónico; el 50 A inc. 2º, que consagra una regla especial de competencia en materia de contratos celebrados por medios electrónicos, y otras disposiciones más que no es del caso ocuparse en esta sede.

Con todo, y dada la amplitud y variedad de los temas planteados, lo que no permite la profundidad y seriedad necesaria en cualquier trabajo de extensión universitaria, por modesto que éste sea, he optado por centrar nuestro análisis en uno de los puntos que tratáramos en la citada conferencia: me referí a la introducción del derecho de desistimiento en la hipótesis contractual vinculada al acto de consumo electrónico, para intentar responder algunas preguntas: ¿Qué es o significa, de acuerdo a la teoría general del contrato, el mencionado derecho de desistimiento? ¿Por qué el Derecho de Consumo incorpora en términos más o menos generales el mencionado derecho de desistimiento? ¿Se justifica especialmente la inclusión de tal derecho en la contratación electrónica? Esa son algunos de los interrogantes que nos proponemos responder.

Ante todo, se deben analizar brevemente las disposiciones introducidas por la Ley 19.955, que incorporó en la Ley del Consumidor la mencionada facultad de retracto, con el objeto de fijar nuestro esquema de estudio.

El nuevo artículo 3 bis¹ señala que: "El consumidor podrá poner término unilateralmente al contrato en el plazo de diez días contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo, en los siguientes casos:

a) En la compra de bienes y contratación de servicios realizadas en reuniones convocadas o concertadas con dicho objetivo por el proveedor, en que el consumidor deba expresar su aceptación dentro del mismo día de la reunión.

El ejercicio de este derecho se hará valer mediante carta certificada enviada al proveedor, al domicilio que señala el contrato, expedida dentro del plazo indicado en el encabezamiento;

¹ Art. único N° 5 de la Ley 19.955, de 14 de julio de 2004.

b) En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia, a menos que el proveedor haya dispuesto expresamente lo contrario. Para ello podrá utilizar los mismos medios que empleó para celebrar el contrato. En este caso, el plazo para ejercer el derecho de retracto se contará desde la fecha de recepción del bien o desde la celebración del contrato en el caso de servicios, siempre que el proveedor haya cumplido con la obligación de remitir la confirmación escrita señalada en el artículo 12 A. De no ser así, el plazo se extenderá a 90 días. No podrá ejercerse el derecho de retracto cuando el bien, materia del contrato, se haya deteriorado por hecho imputable al consumidor².

Advierto que limitaré el análisis a las hipótesis de desistimiento contenidas en la letra b) del artículo 3 bis, esto es, a los contratos celebrados por medios electrónicos, en los que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia.

II. ¿QUÉ ES O QUÉ SIGNIFICA DE ACUERDO A LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO EL MENCIONADO DERECHO DE DESISTIMIENTO?

2.1. EL PRINCIPIO CLÁSICO DE LA IRREVOCABILIDAD CONTRACTUAL

Sabido es que la teoría general del contrato consagra el principio de irrevocabilidad contractual, según el cual sólo las partes contratantes pueden, por mutuo acuerdo, y siempre que no perjudiquen a terceros, modificar o revocar el contrato celebrado por ellas³.

En su manifestación positiva nos encontramos frente al principio de fuerza obligatoria del contrato o *pacta sunt servanda* que es bien explicado por Concepción RODRÍGUEZ al señalar: "Cada cual es libre de obligarse frente a otro, pero una vez que, en uso de semejante libertad,

² Continúa el mencionado artículo señalado: "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 sólo comprenderá aquellas sumas abonadas que no correspondan a servicios ya prestados al consumidor a la fecha del retracto.

Deberán restituirse en buen estado los elementos originales del embalaje, como las etiquetas, certificados de garantía, manuales de uso, cajas, elementos de protección o su valor respectivo, previamente informado".

³ Rodríguez Marín, Concepción, *El Desistimiento Unilateral*, Montecorvo, Madrid, 1990, p. 47.

ha quedado alguien obligado a observar una determinada conducta o a entregar alguna cosa, queda sometido imperiosamente a la necesidad de comportarse en consonancia con lo estipulado. Ha nacido para el obligado una norma individual que, con igual rigor que la norma general, es por completo independiente una vez perfeccionada, de las voluntades que le han dado nacimiento"⁴.

Como se sabe, el derecho de contratos contenido en el Código Civil chileno es el resultado de un fenómeno global de codificación que se produjo, primordialmente en el siglo XIX bajo el influjo, casi sin contrapeso, del liberalismo, corriente filosófica que en el derecho se tradujo en lo que hoy acostumbra a encuadrarse dentro de la noción clásica del derecho de obligaciones y contratos⁵.

Tal principio fundacional del Derecho de contratos clásico, partiendo del postulado más abstracto consistente en el denominado principio de autonomía de la voluntad, considera que las partes de un proceso negocial se enfrentan en un plano de igualdad y de libertad ideal el que genera como consecuencia que: a) las partes sean perfectamente libres para decidir si contratan o no; b) sean totalmente autónomas para elegir el sujeto con quien desean contratar, y c) sean perfectamente libres —en caso de que decidan contratar— para negociar y decidir el contenido del

⁴ Rodríguez Marín, ob. cit., p. 284.

⁵ Así López Santa María señala: "La nueva concepción del contrato como pacto desnudo o simple acuerdo de voluntades desprovisto de formas, por muchos calificada como concepción "espiritualista" (eufemismo que más confunde que ilustra), excepción hecha en España, recién tiene sus primeros antecedentes confiables en los siglos XVI y XVII. Desde el punto de vista filosófico, es obra de la escolástica tardía. Los juristas de la mal llamada 'Escuela del Derecho Natural', por ejemplo, Grocio y Pufendorf, son posteriormente responsables directos del principio del consensualismo contractual: *solus consensus obligat*. Ellos tuvieron gran audiencia entre los precursores del Código Civil francés de 1804, es decir, en Domat y en Pothier, lo mismo que en la pandectística alemana del siglo pasado. Lo que explica de dónde haya llegado a tantos contemporáneos el apego al consensualismo", López Santa María, Jorge. Los Contratos. Parte General, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 1998, t. 1, p. 66. En similar sentido, Tapia R., Mauricio y Valdivia O., José M. "Contrato por Adhesión: Ley N° 19.496" <http://www.microjuris.cl/MJCH/Chile.cfm>, vista 25.04.05, quienes sostienen que "el concepto actual de contrato no tiene origen en el derecho romano. La atribución de efectos obligatorios al simple acuerdo de voluntades es propia de la modernidad, nace de la moral cristiana de los canonistas, que condenó la violación de la palabra empeñada, de los principios de la escolástica tardía y de la escuela del derecho natural racionalista, especialmente aquella proveniente de Grocio, quien buscando una justificación en la razón natural "llegó a la conclusión de que el fundamento racional de la creación de las obligaciones se encuentra en la libre voluntad de los contratantes. Con posterioridad, Immanuel Kant extremó esta conclusión, otorgándole un sustento metafísico, aunque su pensamiento no pudo ser conocido por los juristas franceses, en particular por Domat y Pothier, que influyeron decisivamente en la elaboración del concepto moderno de autonomía de la voluntad que inspiró la codificación, y que afirmó que la voluntad de los contratantes es suficiente para crear relaciones jurídicas. Esta concepción de la autonomía, que también se fundó en la economía liberal proveniente de Adam Smith, fue recogida por el Código Civil francés y tomada de éste por Andrés Bello".

contrato, resultado final que no puede sino ser entendido como la manifestación o producto de tal proceso desarrollado en las condiciones de igualdad y libertad señaladas. Dichas facetas de la libertad contractual han sido denominadas, entre nosotros, libertad de conclusión y libertad de configuración interna de los contratos.

Todos los factores indicados, asociados a las premisas de la idea de justicia conmutativa aristotélica, permitieron acuñar un principio que junto a otros autores denominaremos de "justicia contractual subjetiva"⁶, que suponía entender que si las partes habían tenido la libertad de negociar cada uno de los términos del contrato, el resultado contenido en él debía respetarse y considerarse lo justo, independiente de consideraciones de carácter objetivo, ya que las prestaciones acordadas eran las que las partes—atendidas las condiciones particulares del contrato— habían considerado como equivalentes o, al menos, aceptables. El contrato debía ser respetado por la sociedad, pues el fundamento de obligatoriedad supremo —el principio de autonomía de la voluntad— le había servido de cimiento.

Como se sabe, en nuestro país el principio de fuerza obligatoria de los contratos tiene como fundamento positivo el artículo 1545 del Código Civil, que prescribe: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales" significando que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza vinculante entre las partes contratantes —reconociéndosele, por tanto, al contrato, carácter de fuente formal del ordenamiento jurídico—⁷ debido a lo cual las obligaciones deben cumplirse al tenor de las mismas y el cumplimiento e interpretación de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

El precepto señalado puede descomponerse en dos principios relacionados⁸, a saber, el principio de vinculación y obligatoriedad, "según el cual las partes no pueden modificar unilateralmente el contenido negocial de un contrato una vez que éste reúna las condiciones esenciales para su validez", y el principio de irrevocabilidad, "según el cual las partes no pueden desligarse unilateralmente, ni tampoco de su causa justificada del 'compromiso' contractual adquirido, es decir el cumplimiento de la obligación (*pacta sunt servanda*)".

⁶ Entre otros Martínez de Aguirre, Carlos, "Trascendencia del Principio de Protección a los Consumidores en el Derecho de Obligaciones", en Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1994, p. 34.

⁷ Denominado por Williams Benavente dentro de las fuentes formales del ordenamiento jurídico al contrato como aquella que emana de la potestad normativa de los particulares. Williams Benavente, Jaime, Lecciones de Introducción al Derecho, Ed. Fundación de Ciencias Humanas, 3ª edic., Santiago, 1999, p. 136.

⁸ Rodríguez Marín, C., ob. cit. p. 44.

2.2. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA IRREVOCABILIDAD CONTRACTUAL

Establecido el principio fundante del Derecho de contratos de que la voluntad unilateral no es suficiente para dejar sin efecto el carácter vinculante de un contrato la doctrina, incluso la clásica⁹, desde hace tiempo ha venido reconociendo y sistematizado las excepciones al referido principio de irrevocabilidad contractual¹⁰, siempre agrupadas como causales específicas de desistimiento unilateral contempladas para situaciones particulares.

Así en el Derecho Civil chileno podemos reconocer, entre otras, las siguientes situaciones que permiten el desistimiento unilateral en un contrato:

- a. La revocación del mandante en el mandato, artículo 2163.
- b. La renuncia del mandatario misma disposición.
- c. La renuncia de los socios en la sociedad, artículo 2108.
- d. El desahucio en el contrato de arrendamiento cuando no está sujeto a plazo, artículo 1951.
- e. La facultad de pedir la resolución que en los contratos bilaterales se concede a las partes cuando no se cumple por la otra lo pactado, artículo 1489.

No obstante, todos los casos mencionados y otros más presentes en nuestro Código Civil, aceptan la figura del desistimiento unilateral para situaciones particulares sin contemplar causales genéricas de desistimiento para toda una clase de contratos que se encuentren en una misma situa-

⁹ Abeliuk M., René, Las Obligaciones, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1983, p. 111.

¹⁰ Desde la perspectiva del Derecho civil español las principales excepciones serían las siguientes:

"1ª La revocación por causa de ingratitud o superveniencia o supervivencia de los hijos en las donaciones (artículos 644-648 del Código civil).

"2ª El desistimiento unilateral que se admite en ciertos en contratos especiales, como el mandato, el de sociedad, el de prestación de servicios o de trabajo, etc.

"3ª La facultad de pedir la resolución que, en los contratos bilaterales, se concede a cada una de las partes cuando la otra no cumpliera lo que le incumbe (artículo 1.124 del Código Civil).

"4ª La rescisión en los contados casos en que nuestro Código la admite (artículos 1.291 y 1.293).

"5ª La revisión o modificación de cláusulas que puede pedir una de las partes en contrato de arrendamiento, según las leyes recientes, que estudiaremos en su lugar oportuno.

"6ª La posibilidad que muchas teorías modernas preconizan de instar, en los contratos de prestaciones periódicas o ejecución diferida, la resolución, la suspensión o la revisión del contrato en aquellos casos en que, por virtud de acontecimientos posteriores a la conclusión del mismo y que no se pudieron prever, resulta extremadamente onerosa para una de las partes", Rodríguez Marín, C., ob. cit. p. 47.

ción fáctica. Este punto es una novedad de la figura del desistimiento unilateral incorporado por la última modificación a la Ley del Consumidor, ya que tal facultad se encuentra contemplada para todos los contratos de consumo referidos a la compra de bienes y contratación de servicios realizadas en reuniones convocadas o concertadas con dicho objetivo por el proveedor, en que el consumidor deba expresar su aceptación dentro del mismo día de la reunión –letra a–; así como en los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia, letra b del citado artículo 3 bis de la Ley del Consumidor.

III. ¿POR QUÉ EL DERECHO DE CONSUMO INCORPORA, EN TÉRMINOS MÁS O MENOS GENERALES, EL MENCIONADO DERECHO DE DESISTIMIENTO?

1. FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

Considerando el Derecho de consumo como una globalidad, puede observarse cómo la introducción de tal facultad al Derecho de consumo chileno se corresponde con el aumento de cada vez más hipótesis de desistimiento concedidas al consumidor en el plano del derecho extranjero¹¹, pudiendo considerarse tal prerrogativa en la actualidad, como una verdadera herramienta común que se consolida en el Derecho de Consumo comparado.

El fundamento de tal derecho, en líneas amplias, se encuentra en el mismo motivo que inspira toda la normativa de consumo, esto es, estructurar un sistema de protección al consumidor, considerado este último como la parte débil de la relación contractual, frente a la parte fuerte, el profesional¹².

¹¹ Muy especialmente en el Derecho comparado, el Derecho de consumo español se ha reconocido cada vez en mayor número de normas, entre ellas se encuentran: el artículo 5 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles, artículo 9 de la Ley 28/1998, de 13 de julio; de Venta a Plazos de Bienes Muebles, artículos 10, 44 y 45 de Ley 7/1996, de 15 de enero; de Ordenación del Comercio Minorista, artículo 10.1 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre; sobre Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes inmuebles de uso Turístico y, artículo 9.4 de la Ley 21/1995, de 6 julio, Reguladora de los Viajes Combinados.

¹² Específicamente como fundamento del derecho de desistimiento reconocido a los consumidores, Álvarez Moreno, María Teresa, para el caso consagrado en la Ley sobre Contratos celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles, pero que nosotros haremos aplicable por extensión a todo aquellos casos previstos en el Derecho de consumo, señala: "Respecto a la necesidad de justificar la concesión al consumidor de un derecho unilateral y discrecional de poner fin al contrato realizado, permitiendo que pueda atentar con sus propios

En tal sentido, debe considerarse la desproporción de fuerzas en que se encuentran —la mayoría de las veces— los contratantes en los contratos de consumo y las agresivas campañas de marketing y publicidad que desarrollan las empresas¹³, lo que hace que las características objetivas de un producto puedan verse distorsionadas. Esto puede provocar que el consumidor espere una serie de atributos de los bienes y servicios que consume, no objetivos, que pueden ser factor determinante de su decisión de compra. En consecuencia, debe quedar bajo riesgo y responsabilidad del proveedor el hecho de que el producto ofrecido y publicitado no cumpla, en definitiva, las expectativas que ciertamente ha provocado en la psiquis del consumidor.

Esa es principalmente la razón de la facultad de desistimiento contemplada en el artículo 3 bis letra a) de nuestra Ley del Consumidor, referida a la compra de bienes y contratación de servicios realizadas en reuniones convocadas o concertadas con dicho objetivo por el proveedor, en que el consumidor deba expresar su aceptación dentro del mismo día de la reunión, casos en los que es un hecho público y notorio la fuerte presión ejercida por especialistas a la que se ven expuestos los consumidores.

En el mismo sentido es que ÁLVAREZ MORENO considera como causas de la facultad de desistimiento contemplada en la normativa europea y española relativa al derecho de aprovechamiento por turnos, entre otras: “Proteger al consumidor frente a la posible utilización por el profesional de técnicas de marketing agresivas. Preservar al adquirente de verse intimidado a contratar (y tomar importantes decisiones) en momentos de ocio y relajamiento, cuando se encuentra en período de descanso, y ni siquiera ha sido él quien ha tomado la iniciativa de contratar”¹⁴.

actos y respecto a la posición en queda el principio relativo a la fuerza obligatoria de los contratos, por tal circunstancia, creemos que no se trata de una excepción a la vigencia de este principio, sino tan sólo una flexibilización del mismo, que además, sólo afecta al consumidor, puesto que el profesional se encuentra en todo momento vinculado y obligado por el contrato concluido. El consumidor se encuentra obligado por el contrato, pero durante un breve lapso de tiempo puede desligarse de él. De no hacerlo a partir del momento en que caduca su derecho a desistir, el contrato deviene completamente obligatorio también para él (adquiere fuerza de ley).// Todas las excepciones al régimen general se justifican en la brevedad del plazo. Además, aunque se permite revocar, la mayor parte de los contratantes no ejercerá su facultad”. (El desistimiento unilateral, en los contratos con condiciones generales, Ed. Edersa, Madrid, 2000, p. 161).

¹³ Ya no se considera en los hechos que la publicidad y el marketing informen —la función inicial que le asignaba el mercado— sino que hoy en día inducen al consumo y, consecuentemente, a la contratación.

¹⁴ Álvarez Moreno, ob. cit., p. 273. Por otro lado, para la Unión Europea ha sido, hace ya tiempo, motivo de preocupación la gran cantidad de abusos que se han dado en este sector: desde la “propuesta de Resolución sobre la necesidad de colmar la laguna jurídica existente en materia de multipropiedad”, que fue presentada al Parlamento Europeo el 17 de octubre de 1986, hasta la Directiva 94/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, “relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos

Es por ello que unos días de reflexión, sin el influjo del marketing o publicidad, deberán llevar al consumidor a determinar la coincidencia real o no de las características –objetivas y subjetivas– ofrecidas en el producto, e incluso la necesidad que realmente tiene del bien o servicio contratado, pudiendo en el caso de que las expectativas creadas no hayan sido satisfechas o en aquel en que el consumidor haya podido darse cuenta de que compró compulsivamente un bien que no necesitaba, desistir del contrato cumpliendo los requisitos y condiciones que impone la ley¹⁵.

2. EXTENSIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO: LA REGLA DE LA CONFORMIDAD

La extensión del derecho de desistimiento en la normativa de derecho de consumo se debe, al menos en parte, al desarrollo que ha experimentado en los últimos años el concepto de conformidad que se entiende como elemento integrador del concepto de cumplimiento, y que, según explicaremos más adelante, incorpora elementos subjetivos y objetivos extracontrato al concepto clásico de pago o cumplimiento de las obligaciones.

Con el objeto de estudiar la ampliación de la noción de pago, y como punto de vista inicial del análisis, es conveniente recordar que el Código Civil trata en sus artículos 1568 a 1627 el pago de las obligaciones en sus diversas modalidades. Como se sabe, la regla general se encuentra contenida en el artículo 1569 del mismo cuerpo legal, que prescribe: "El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes.

El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida"¹⁶.

de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido".

¹⁵ Es así como la Directiva 94147/CE sobre tiempo compartido señala en su motivo 11: "Considerando que, para ofrecer al adquirente la posibilidad de evaluar mejor las obligaciones derivadas de los contratos celebrados, así como los derechos correspondientes, debe concedérsele un plazo durante el cual pueda resolverse sin alegar motivo del contrato habida cuenta de que el bien inmueble está situado, en muchos casos, en otro Estado y sometido a una legislación diferente de la del adquirente".

¹⁶ En el caso español son los artículos 1.157 a 1.182 de su Código Civil los que regulan el cumplimiento o pago de las obligaciones. La acción de pagar, en palabras de García Amigo, "consiste, según el art. 1.157, en la completa entrega de la cosa o realización total de la prestación en que la obligación consista; se trata de realizar el programa de la prestación, de actuar según el tenor de la obligación, de cumplir, en definitiva, la ley de la obligación (arts. 1.091 y 1.258), norma reguladora –integrada por la ley, la voluntad contractual, la costumbre, los principios generales, especialmente el de buena fe–, norma, por lo demás, que se traduce en una serie de deberes, de distinta categoría –principales, accesorios, secundarios–, pero todos han de ser cumplidos; su lado negativo, es decir, su incumplimiento

Tal regla acostumbra a desglosarse en doctrina en tres principios¹⁷:

Debe pagarse lo establecido y no otra cosa o hecho, principio que se denomina de identidad del pago.

El deudor debe cumplir íntegramente la obligación: principio de integridad del pago¹⁸.

El pago debe hacerse de una sola vez: principio de indivisibilidad del pago.

Por la característica de la integridad, se exige que la cosa debida haya sido entregada en su totalidad al acreedor, el antecedente positivo de tal requisito se encuentra, precisamente, en el artículo 1569, que señala que no se entenderá pagada una deuda, sino cuando se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía.

El sistema establecido en el Código Civil, en síntesis, obliga al vendedor a entregar una cosa con determinadas características, podríamos decir objetivas, al acreedor. Dicha concepción del pago ha sido seguida inicialmente por el Derecho de consumo tanto nacional como en Derecho comparado¹⁹ así nuestra Ley del Consumidor prescribe en su artículo 12 que: "Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio", siguiendo, como se desprende de la sola lectura, lo que hemos denominado el concepto objetivo de cumplimiento: en consecuencia, el vendedor o proveedor cumple cuando entrega lo que se ha obligado a dar.

Sin embargo, tal como hemos señalado la ampliación más o menos general del derecho de desistimiento unilateral, al menos en el ámbito del Derecho de consumo, parece haber abandonado o al menos haber agregado una figura más a la idea clásica del cumplimiento, tal como se fijó en el Derecho clásico de contratos.

Una buena demostración del rumbo que lleva la evolución del concepto lo encontramos en la Directiva 1999/44/CE, sobre Determinados Aspectos

total o parcial, su cumplimiento en forma defectuosa o en tiempo posterior, originará en su caso, la responsabilidad contractual...". (Teoría General de las Obligaciones y Contratos. Lecciones de Derecho Civil II, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 582).

¹⁷ En tal sentido Abeliuk, ob. cit., p. 393, entre otros.

¹⁸ Según García Amigo, M., ob. cit., p. 583, el pago debe reunir, para ser eficaz, los caracteres de identidad e integridad. En virtud del carácter de identidad, debe existir adecuada correspondencia entre la prestación debida y la prestación pagada; de lo contrario existiría un no pago o una dación en pago. La base legal de la característica de la identidad se encuentra en el artículo 1.166, que dispone que el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual valor que la debida.

¹⁹ En España la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en sus artículos 8 y 11, sólo obliga a entregar una cosa con las cualidades que se le suponen.

de la Venta y de las Garantías de los Bienes de Consumo²⁰. Dicha Directiva en su artículo 2 define el concepto de conformidad, señalando que:

“1. El vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa.

2. Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si:

- a) se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo;
- b) son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso;
- c) son aptos para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo;
- d) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el *consumidor puede fundadamente esperar*, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular, en la publicidad o el etiquetado”.

Para esta nueva concepción, la conformidad integra el cumplimiento. La conformidad no es ya un concepto totalmente objetivo, pues, como puede observarse en el letra d) del artículo 2, recién transcrito, existe una serie de elementos subjetivos u objetivos, pero no presentes en el contrato de consumo celebrado que integrarán finalmente la noción de conformidad, por lo que el consumidor no sólo podrá exigir lo que reza el contrato o la oferta, sino que la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar²¹.

²⁰ Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. Diario Oficial N° L 280 de 29/10/1994, p. 0083-0087.

²¹ Una buena demostración de la incorporación de elementos extracontrato lo constituye lo que hoy en Derecho de consumo se denomina el principio de integración publicitaria del contrato, que consiste en que todas las características y servicios ofrecidos en la información previa realizada por el comerciante se entienden incorporadas al contrato, tal como si se tratara de condiciones incorporadas en cláusulas libremente discutidas, principio reconocido en el artículo 12 de nuestra Ley del Consumidor que dispone que todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio.

Otra prueba de la extensión del derecho de desistimiento unilateral lo constituye el hecho de que, en los casos que la Ley del Consumidor contempla el derecho de desistimiento para cierta clase de contratos, no exige que el consumidor fundamente su decisión. Esto es, no se le pide que señale cuál característica del producto o servicio considera no satisfactoria, sino sólo que ejerza su facultad dentro de cierto plazo –diez días contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio–, y en ocasiones, que se encuentren intactos los sellos o medidas de seguridad de los productos. En palabras de Botana García: “El ejercicio del derecho de revocación no reposa más que sobre la voluntad de su titular, y su eficacia es independiente del la voluntad del empresario”²².

IV. ¿SE JUSTIFICA ESPECIALMENTE LA INCLUSIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA?

1. FUNDAMENTOS DEL DESISTIMIENTO EN LA VENTA A DISTANCIA

Según el orden impuesto en el presente trabajo, corresponde preguntarse si existen razones especiales que justifiquen el desistimiento unilateral en los contratos referidos al consumo electrónico.

Advertimos que el amparo prestado por el ordenamiento jurídico al consumidor electrónico no se realiza siempre en su calidad de consumidor electrónico, ya que tal clase de contratante ostenta una serie de otras calidades jurídicas, como las de contratante a distancia; la de ciudadano; en la inmensa mayoría de los casos la de adherente a un contrato pre-dispuesto, y la de contratante electrónico. Es en virtud de la posesión de todos los títulos jurídicos mencionados en la que se fundamenta la aplicación de una serie de normas que constituyen red normativa que regula la actividad del contratante electrónico.

En el ámbito del consumo electrónico europeo la Directiva sobre Contratación a Distancia²³ consagra el derecho de los consumidores de desistir del contrato celebrado a distancia, sin penalización alguna y sin indicación de los motivos, en su artículo 6, en tanto que en el contexto nacional ha sido, tal como hemos señalado, precisamente el ámbito del contrato electrónico una de las dos grandes categorías de contratos en las

²² Botana García, Gema, “Contratos a Distancia”, en Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores, McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 220.

²³ Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Diario Oficial Nº L 144 de 04/06/1997, p. 0019-0027.

que se ha incorporado la noción de desistimiento unilateral en la modificación introducida por la Ley 19.955 a la Ley 19.496 del Consumidor.

Establecido que la facultad de desistimiento unilateral se encuentra reconocida en el ámbito de contrato electrónico de consumo nacional como extranjero, cabe volver a nuestra interrogante inicial relativa a si existen razones especiales que justifiquen tal prerrogativa unilateral en los contratos electrónicos.

2. FUNDAMENTOS ESPECÍFICOS RELATIVOS A LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO²⁴ es de la idea de que el mencionado derecho de desistimiento no es inherente a toda venta a distancia. Opina dicho autor que tal derecho tiene sentido en las ventas a distancia por catálogo o por muestra, como manera de garantizar que el consumidor recibe aquel bien en las condiciones de peso, volumen y calidad a que el vendedor se ha comprometido. Con todo, señala, no se justifica en el ámbito de Internet, en el que “el consumidor tiene muchísima información del bien o servicio, puede acceder a fotografías o imágenes del mismo, puede leer detenidamente sus condiciones, puede rastrear la oferta de los competidores, lo que hace que no resulte admisible la trasposición automática del derecho de resolución o desistimiento”²⁵.

Concuerdo con CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, en el sentido de que el acto de consumo por Internet es mucho más informado que el que se realiza a través del comercio tradicional. Internet permite comparar calidad y precio de un producto rápidamente, efectuar preguntas sobre las características técnicas o simplemente averiguar sobre el fabricante o el grado de satisfacción del producto por otros consumidores. Pero, al contrario que MÉNDEZ DE VIGO, estimo que sigue justificándose la concesión de la facultad de desistimiento unilateral al contratante electrónico toda vez que la verdadera *ratio legis* que ha estado presente en la normativa sobre contratación a distancia –particularmente en el ámbito europeo– se encuentra en la circunstancia de que el consumidor no pueda inspeccionar física o personalmente los productos o servicios que desea adquirir, y no en la falta de información que el consumidor tiene en dicha modalidad contractual. La mencionada información también puede ser abundante en el caso de venta por catálogos, la que, generalmente, se acompaña de fotografías, gráficos comparativos, etc. En este caso, dicho consumi-

²⁴ Cendoya Méndez de Vigo, Juan Manuel, “La Protección de los Consumidores”, en Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 139.

²⁵ *Ibidem*.

dor puede ejercitar su derecho de desistimiento, lo que demuestra que no es la falta de información el aspecto central que ha tenido en vista el legislador, al resguardar legalmente al consumidor cuando efectúa su acto de consumo a distancia. En el mismo sentido expresado, DE MIGUEL señala, entre los principales peligros de la contratación electrónica, “la necesidad de tomar decisiones con base en la información contenidas en las páginas web, sin posibilidad de inspeccionar físicamente los productos; la potencial falta de estabilidad de la contraparte en la medida que se contrata con su establecimiento virtual; y el empleo generalizado de los contratos de adhesión”²⁶.

Reafirmando la posición sustentada, la citada Directiva sobre Contratación a Distancia en su motivo 14 señala: “Considerando que el consumidor no tiene la posibilidad real de ver el producto o de conocer las características del servicio antes de la celebración del contrato; que es conveniente establecer, a menos que en la presente Directiva se establezca lo contrario, un derecho de rescisión; que si este derecho debe ser más que teórico, los costes en que, en su caso, incurra el consumidor cuando lo ejercite deben limitarse a los costes directos de la devolución de la mercancía de tales productos y servicios”.

BOTANA GARCÍA explica: “En los contratos celebrados a distancia el consumidor tiene tiempo suficiente para reflexionar antes de efectuar el pedido. El riesgo que se corre en estos casos es que la mercancía recibida no se corresponda exactamente con sus deseos o que sea defectuosa. El período que se le concede para rescindir el contrato no es para reflexionar, sino más bien para examinar el producto comprado o para conocer todas las características del servicio contratado, sin dejar de reconocer la agresividad de ciertas técnicas comerciales empleadas en algunas ocasiones por quienes contratan bajo esta fórmula comercial”²⁷.

Parece concluyente la idea de que el acto de consumo electrónico, en cuanto contrato a distancia que es, suponga el no conocimiento directo del producto o servicio por parte del consumidor, y justificada, consecuentemente la facultad de desistimiento unilateral dentro de un breve

²⁶ De Miguel Asensio, Pedro A. Derecho Privado en Internet, Civitas, Madrid, 2000, p. 302. En igual sentido, Álvarez Moreno, señala que “se concede al consumidor un derecho de desistimiento, porque éste no ha tenido la posibilidad de manejar y observar por sí mismo el objeto sobre el que recae el contrato, con lo que presta su consentimiento sobre la base de imágenes o indicaciones, e incluso memoria de calidades, que el proveedor le facilita”. Cita como fundamento de su opinión el considerando 13º de la Propuesta de Directiva sobre Ventas a Distancia, de 21 de mayo de 1992, y el borrador del Anteproyecto de Ley de Ventas por Correo, fuentes que reflexionan también sobre la imposibilidad en que se encuentra el consumidor de poder examinar físicamente el producto o servicio que desea adquirir en el caso de las ventas a distancia, como fundamento primero del derecho de desistimiento asociado a tal modalidad contractual (ob. cit. p. 217).

²⁷ Botana García, ob. cit., p. 228.

plazo que permita el examen del producto o servicio para corroborar o no la decisión inicial de consumo.

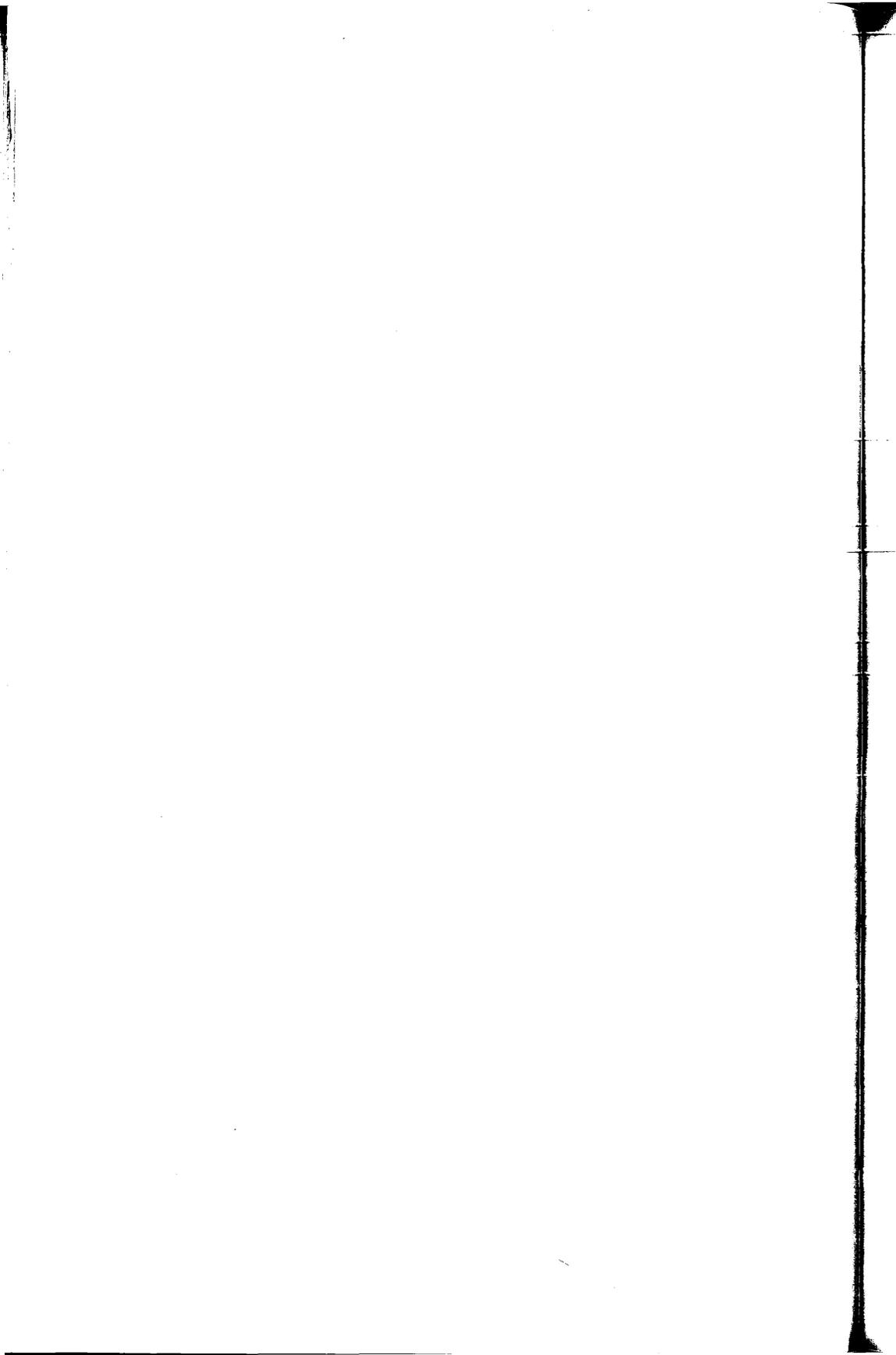
V. CONCLUSIONES

Puede observarse que en nuestro Derecho de Consumo, así como en el Derecho Europeo, se avanza en el reconocimiento, en términos más o menos generales, del derecho de desistimiento unilateral que favorece al consumidor, en cuanto parte más débil de la relación contractual.

Tal situación, si bien supone una excepción al principio de fuerza obligatoria de los contratos, no implica la negación de tal principio, ya que es una excepción calificada y relativa, porque sólo se entrega al consumidor y para ejercerse en un período de breve de tiempo.

Si bien se amplían las posibilidades de terminación unilateral del contrato de consumo, se lo hace con fines de protección del ciudadano, sin afectar en su raíz los fundamentos clásicos del derecho de contratos, pues permanece incólume la posibilidad de reclamar la mala calidad del producto o servicio a través de la Ley del Consumidor en sus plazos generales, o de recurrir a las figuras clásicas del Derecho Civil como la acción resolutoria, también en los plazos usuales.

La facultad de desistimiento unilateral debe mantenerse en el contrato de consumo electrónico por dos razones fundamentales. En primer término, por los mismos argumentos que lo justifican en cuanto parte del Derecho de consumo general, a saber, la protección del contratante más débil, la disminución de la libertad contractual del consumidor, la agresividad del marketing y la publicidad, entre otras. En segundo término, por el hecho de que en el consumo efectuado por Internet, si bien es cierto que el consumidor puede obtener mucha información del bien o producto deseado, no le es posible inspeccionar físicamente el producto que desea adquirir, salvo aquellos que pueden entregarse a prueba electrónicamente, como es el caso de la música, vídeos o programas computacionales.



LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO Y POR PRODUCTOS PELIGROSOS EN LA LEY DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

HERNÁN CORRAL TALCIANI

*Profesor de Derecho Civil y Decano
Facultad de Derecho Universidad de los Andes*

I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA LEY DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Nos corresponde realizar un examen al régimen de responsabilidad civil establecido por la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores (Ley N° 19.496), tal como ha quedado después de su reforma en virtud de la Ley N° 19.955, de 14 de febrero de 2004¹, pero circunscrito a los daños causados por la adquisición o utilización de bienes o productos.

En general, podemos decir que la reforma a la ley no ha introducido cambios mayores en la regulación de la responsabilidad civil por el hecho de productos, establecida en el texto original. Lo más relevante proviene de admitirse la litigación en virtud de procesos colectivos, en los cuales podrán hacerse valer acciones indemnizatorias y reparatorias.

Nuevamente, como en oportunidades anteriores², hemos de lamentar que el legislador haya ignorado los avances que en el Derecho extranjero se han realizado, al distinguir claramente lo que es el régimen de responsabilidad por falta de idoneidad de los productos (lo que tradi-

¹ Los artículos citados cuyo origen no aparece indicado en el texto son de la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

² Cfr. Corral Talciani, Hernán, "Ley de Protección al Consumidor y responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos", en Corral, Hernán (edit.), *Derecho del consumo y protección al consumidor. Estudios sobre la Ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras*, Cuadernos de Extensión Universidad de los Andes 3, Santiago, 1999, pp. 163-211.

cionalmente se llamada responsabilidad redhibitoria o por vicios), del sistema de responsabilidad por productos defectuosos.

El producto defectuoso no es simplemente aquel que tiene una falla que le impide servir para el uso al que se le destina. Es el que no ofrece la seguridad que el consumidor o usuario puede legítimamente esperar, en cuanto a la protección de su vida, su salud o las cosas del patrimonio diversas del producto que adolece del defecto. No es la plancha que no calienta, porque tiene una resistencia quemada. Es la plancha que explota y hiere a la persona que la usa y produce la destrucción de su casa por el incendio que genera.

Tampoco coincide el producto defectuoso con el producto peligroso. Este último es el que por sí mismo presenta riesgos en su utilización, pero que no necesariamente es inseguro, si se ofrecen advertencias sobre la forma en que debe ser correctamente manipulado para evitar que cause daño (pesticidas, sustancias tóxicas, productos farmacéuticos).

La Ley N° 19.496 sigue regulando preferentemente la responsabilidad por productos inidóneos, en el párrafo que denomina extrañamente "responsabilidad por incumplimiento" (párrafo 2°). También establece un régimen de responsabilidad por productos peligrosos en el párrafo dedicado a la "seguridad de los productos" (párrafo 5°).

Para los productos defectuosos, en el sentido de inseguros, parece sólo disponer la responsabilidad por infracción y específicamente la derivada del art. 23 de la ley, que también se encuentra en el párrafo de responsabilidad por incumplimiento.

Como marco de toda esta regulación, debe anotarse que el art. 3 de la ley consagra como un derecho de los consumidores: "El derecho a la reparación e indemnización adecuadas y oportunas de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor..." (art. 3, letra e). La Ley N° 19.955 modificó esta norma para circunscribir este derecho a la responsabilidad surgida por incumplimiento de las obligaciones contraídas por el proveedor (y no por incumplimiento de lo dispuesto en la ley, como rezaba el texto original).

Un cambio en cuanto al ámbito de vigencia de las acciones es el realizado por el nuevo art. 2 bis, que señala expresamente que, aunque existan leyes especiales que regulen la actividad de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes, se aplicará la Ley de Protección de los Derechos de los consumidores en cuanto al derecho del consumidor a solicitar indemnización de perjuicios mediante acciones colectivas, y, a falta de procedimientos indemnizatorios en las señaladas leyes especiales, a accionar individualmente "a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores" (art. 2 bis letra c).

Consideradas estas disposiciones generales, examinaremos los dos regímenes de responsabilidad que quedan cubiertos por la denominación común "por incumplimiento" y el propio de los productos peligrosos. Finalmente, diremos algo sobre la responsabilidad en los procesos colectivos.

II. LA LLAMADA "RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO"

Lo que la ley llama "responsabilidad por incumplimiento" contiene dos formas de responsabilidad: la responsabilidad por incumplimiento de la garantía legal, y la responsabilidad civil derivada del ilícito infraccional del art. 23.

1. INCUMPLIMIENTO DE LA GARANTÍA LEGAL

a) El producto inidóneo como causa del surgimiento de esta responsabilidad

No ha dado una regla general la ley para determinar cuándo surge la responsabilidad por incumplimiento, que suele llamarse "garantía legal". Ha determinado en los arts. 19 y 20 una serie de casos de fallas, carencias o deficiencias que puede presentar un bien adquirido.

Tratando de hacer una síntesis sistematizadora, podemos englobar estas causales en tres grupos:

- 1º) Incumplimiento de las especificaciones: en esta categoría ubicamos el incumplimiento en las especificaciones del producto, sean las exigidas normativamente (art. 20, letra a), las ostentadas o mencionadas en el rotulado (art. 20, letra b), o las convenidas entre proveedor y consumidor (art. 20, letra d).
- 2º) Deficiencias o falta de cualidades que determinan la ineptitud del producto: en este grupo pueden señalarse las deficiencias que ocasionan que el producto no sea enteramente apto para el uso o consumo al que está destinado o al que el proveedor hubiere señalado en la publicidad (art. 20, letras c y e), y los defectos o vicios ocultos que imposibiliten el uso a que habitualmente se destine (art. 20, letra f).
- 3º) Diferencias entre el contenido real y el contenido indicado: puede agruparse bajo este concepto el caso en que la cantidad o contenido neto de un producto sea inferior al indicado en el envase o empaque (art. 19), así como aquel en que la ley de los metales en los artículos de orfebrería, joyería y otros sea también inferior a la indicada en ellos (art. 20, letra g).

b) Caracterización de esta forma de responsabilidad

b.1) *Responsabilidad contractual*

A nuestro entender, se trata de una responsabilidad derivada de incumplimiento del contrato que existe entre el proveedor y el consumidor. Por eso, por regla general, el legitimado pasivo contra el que se ejerce la acción es el vendedor o expendedor final del producto que celebró el contrato con el consumidor. Por igual motivo, prima por sobre esta garantía legal, la garantía contractual que pudiere existir (art. 21 incs. 8, 9 y 10).

Esta es también la razón por la que se exige al consumidor acreditar el acto o contrato "con la documentación respectiva". La Ley N° 19.955 añadió como excepción que el proveedor tribute bajo el régimen de renta presunta, caso en el cual el acto o contrato puede ser acreditado "mediante todos los medios de prueba que sean conducentes" (art. 21 inc. 12).

b.2) *Responsabilidad con formas de reparación típicas*

La responsabilidad diseñada en esta parte de la ley presenta la particularidad de que establece formas típicas de reparación, que se ofrecen como alternativas a elección del mismo consumidor afectado.

Las formas de reparación alternativa son, en general, tres:

- 1°) Reparación gratuita del bien.
- 2°) Reposición del bien.
- 3°) Devolución de la cantidad pagada³.

Por cierto, estas dos últimas se condicionan a la restitución del bien defectuoso (art. 20 inc. 1°).

Esta triple alternativa no se abre si hay una garantía ofrecida por el proveedor. En tal caso, el consumidor puede ejercer alguno de los derechos referidos sólo cuando haya hecho efectiva la garantía contractual y haya agotado las posibilidades ofrecidas por la póliza sin encontrar solución a su problema (art. 21 inc. 9).

Junto a cualquiera de los derechos alternativos, el consumidor tiene derecho a pedir "indemnización por los daños ocasionados" (art. 20 inc. 1°). Ambas peticiones pueden acumularse en la demanda.

Un caso particular es el del producto con cantidad o contenido neto inferior al indicado en el envase o empaque. La ley aquí exige que el

³ Esta es, en verdad, una forma de resolución del contrato. Las otras dos pueden concebirse como formas de cumplimiento forzado.

consumidor pida, en primer lugar, la reposición, y sólo a falta de ésta, le permite optar, o por la bonificación de su valor en la compra de otro o por la devolución del precio pagado en exceso (art. 19). También puede añadirse la petición de indemnización de perjuicios (art. 20 inc. 1°).

b.3) *Factor de imputación: ¿culpa o responsabilidad objetiva?*

La ley no es explícita en cuanto al factor de imputación de la responsabilidad derivada de esta garantía legal. De lo dispuesto en el art. 21 inc. 1°, y del contexto general de estos preceptos, parece desprenderse que se trata de una responsabilidad objetiva, en cuanto a la reparación, reposición o devolución del precio. En efecto, el art. 21 supone que los derechos que contemplan los arts. 19 y 20 pueden hacerse efectivos contra el vendedor, salvo que el bien se hubiere deteriorado por hecho imputable al consumidor. En consecuencia, no se acepta la prueba de la diligencia del vendedor sino únicamente la exoneración por culpa de la víctima.

Distinta parece ser la respuesta en cuanto a la reclamación aneja de indemnización de perjuicios (art. 20 inc. 1°). Nada dice sobre esta acción la Ley 19.496, de manera que, aplicando las reglas generales de la responsabilidad contractual, podría concluirse que el demandante debe probar el incumplimiento y será de cargo del demandado demostrar que actuó con la diligencia debida (art. 1547 del Código Civil), es decir, se trataría de un caso de responsabilidad con culpa presunta.

c) Legitimación activa

La legitimación activa corresponde al consumidor (arts. 19 y 20), esto es, a "las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes o servicios" (art. 1 N° 1).

Parece claro que la ley sólo otorga derecho al consumidor adquirente del bien, es decir, al que ha celebrado el contrato con el vendedor.

Este régimen deja fuera a terceros relacionados con el adquirente que hubieren sufrido daño por el defecto del producto, ya sea usándolo o por el uso que otro hace de él.

d) Legitimación pasiva

d.1) *Legitimado pasivo directo*

La demanda debe dirigirse, por regla general, en contra del vendedor que contrató con el consumidor (art. 20 inc. 1°).

Esta regla tiene varias excepciones:

- 1º) Si se opta por la reparación gratuita del bien, la acción puede deducirse indistinta o conjuntamente contra el vendedor, el fabricante o el importador (art. 21 inc. 2, agregado por la Ley N° 19.955).
- 2º) La acción de indemnización de perjuicios puede deducirse contra el proveedor que haya comercializado el bien o producto o el importador que lo haya vendido o suministrado, ya que la ley establece para ambos una responsabilidad solidaria por los perjuicios ocasionados al consumidor (art. 21 inc. 3).
- 3º) Si se trata de la bonificación o reposición del bien, la acción puede dirigirse indistintamente contra el fabricante o el importador, en caso de ausencia del vendedor por quiebra, término de giro u otra circunstancia semejante. La norma excluye la devolución del precio que sólo puede intentarse contra el vendedor (art. 21 inc. 5). Por interpretación armónica con el inciso 2 agregado por la Ley N° 19.955 también debe excluirse el supuesto de reparación del bien, ya que en tal caso la acción puede intentarse contra el fabricante o importador sin necesidad de acreditar ausencia del vendedor.

d.2) *Acción de reembolso*

De acuerdo al art. 22, el vendedor o distribuidor que se ve obligado a reponer un producto, o a devolver la cantidad pagada al consumidor, tiene una "acción de resarcimiento" que puede hacer valer contra la persona de quien lo adquirió y, en último término, contra el fabricante o importador.

La acción tiene por objeto la restitución, previa entrega del producto dañado. Además, se permite pedir reembolso de los gastos de restitución o devolución en que hubiere incurrido el vendedor y también de las indemnizaciones que hubiere debido pagar en virtud de sentencia condenatoria.

Se exige, no obstante, que se acredite que "el defecto que dio lugar a una u otra les fuere imputable" (art. 22).

Pensamos que esta última frase es reveladora de que el legislador sólo permite que proceda la acción de reembolso siempre que se acredite dolo o culpa por parte del proveedor, fabricante o importador.

e) Causales de exoneración

La principal causal de exoneración de esta forma de responsabilidad es el hecho de la víctima, que se presentará normalmente toda vez que

el consumidor no ha hecho uso del producto en la forma correcta o no ha tenido en cuenta las advertencias e indicaciones ofrecidas por el proveedor. La ley reconoce expresamente esta causal de exoneración al indicar que se pueden ejercitar los derechos optativos de los arts. 19 y 20, siempre que el producto "no se hubiere deteriorado por hecho imputable al consumidor" (art. 21 inc. 1°).

Como hemos ya afirmado, la responsabilidad derivada de la garantía legal es objetiva, por lo que no procederá la alegación de ausencia de culpa. Solamente podrá alegarse fuerza mayor o caso fortuito cuando estos quiebren el nexo de causalidad que es elemento estructural de la responsabilidad.

Hace excepción a esto la responsabilidad por la indemnización de perjuicios aneja al ejercicio de los derechos optativos, en la que procede la prueba de la diligencia como causa de exoneración.

En cuanto a la renuncia de la acción civil, tenemos la disposición del art. 4 que declara irrenunciables anticipadamente por parte de los consumidores los derechos establecidos en la ley. Sin embargo, el art. 16 letra e) excluye solamente las cláusulas de los contratos de adhesión que "contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor, frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio". Parece, en consecuencia, que se da valor a las cláusulas de atenuación de responsabilidad o de exoneración total siempre que no se refieran a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto.

f) Prescripción

En general, la responsabilidad por garantía tiene plazos de prescripción o caducidad de corto tiempo, como corresponde a la naturaleza del defecto que se atribuye al producto. El plazo para ejercer las acciones es de tres meses (art. 21 inc. 1°). Pero si se trata de productos perecibles o que por su naturaleza estén destinados a ser usados o consumidos en plazos breves, el plazo es el que figure impreso en el producto o su envoltorio o, en defecto de éste, el de siete días (art. 21 inc. 7).

El plazo corre desde la recepción del producto (art. 21 inc. 1°), pero si se pide la devolución de la cantidad pagada se cuenta desde la fecha de la factura o boleta (art. 21 inc. 11).

El plazo se suspende durante el tiempo en que el bien esté siendo reparado en ejercicio de la garantía (legal o contractual) (art. 21 inc. 8). No se suspende el plazo para pedir devolución del precio. Es más, si la devolución "se acordare" con posterioridad al vencimiento del plazo a que se refiere el art. 70 del D.L. 825, de 1974, el consumidor sólo tendrá

derecho a recuperar el precio neto del bien, excluidos los impuestos correspondientes (I.V.A.) (art. 21 inc. 12)⁴.

2. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE ILÍCITO INFRAACCIONAL

a) Características de este régimen de responsabilidad

La responsabilidad civil derivada de un ilícito infraccional se asemeja a la responsabilidad civil que surge de la responsabilidad penal. Si la conducta constitutiva de la infracción genera un daño, surge una doble acción: una para hacer efectiva la responsabilidad infraccional y otra para pedir el resarcimiento del perjuicio causado, es decir, la responsabilidad civil.

Se tratará, por tanto, de una responsabilidad civil extracontractual, ya que no supone el incumplimiento de un contrato sino la violación de un deber jurídico no contractual (extra o supracontractual).

Además, deberá acreditarse la culpa o negligencia constitutiva de la infracción para poder alegar la responsabilidad civil.

Finalmente, es necesario probar que el daño producido fue causado por la conducta infraccional, pues de lo contrario, no habrá relación de causalidad que justifique el deber de reparar.

La Ley N° 19.496 contiene numerosas descripciones de conductas infraccionales, con una norma de clausura que señala que las infracciones "a lo dispuesto en la ley" serán sancionadas con multa de hasta cincuenta unidades tributarias mensuales, si no tienen prevista una sanción diferente (art. 24).

Si nos fijamos en la responsabilidad por productos, hay una descripción de conducta infraccional que parece la más atingente: la del art. 23 inciso 1°.

b) El ilícito infraccional del art. 23 y sus limitaciones

El art. 23 inciso 1° de la ley tipifica como infracción la conducta del proveedor que en la venta de un bien causa menoscabo al consumidor

⁴ El art. 70 del D.L. 825 contempla un plazo de tres meses entre la entrega y la devolución de las especies para dejar sin efecto el cobro del impuesto, pero menciona como excepción los casos en los que la venta quede sin efecto por sentencia judicial. Podría pensarse, en consecuencia, que la limitación no procede cuando la devolución del precio ha sido dispuesta por una sentencia que acoge la acción intentada por el consumidor. Esta hipótesis es corroborada por la expresión que usa la Ley N° 19.496 para aplicar la limitación del mencionado art. 70, "si tal devolución se acordare una vez expirado el plazo...". Es decir, está suponiendo una solución convenida con el proveedor y no un litigio judicial.

debido a fallas o deficiencias "en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien...".

Parece evidente que en esta situación, junto con la sanción por la infracción, procederá una acción de responsabilidad civil para reclamar la reparación del daño o menoscabo causado. El supuesto es muy interesante, porque prevé expresamente que se causen daños derivados de la falta de seguridad del producto, lo que constituye el elemento fundamental del régimen de responsabilidad por productos defectuosos.

No obstante, esta responsabilidad civil derivada del ilícito infraccional del art. 23 plantea varias limitaciones.

En primer lugar, la legitimación activa parece circunscribirse sólo al consumidor-comprador, no pudiendo extenderse a terceros que hayan sido perjudicados por la falla del producto, a menos que se considere que como responsabilidad extracontractual pueden hacerla valer todos los perjudicados por el hecho⁵. Por su parte, la legitimación pasiva es también limitada al proveedor-vendedor, sin que pueda accionarse en contra del distribuidor, fabricante o importador.

Otra restricción es que el perjuicio se cause "en la venta" de un bien, lo que impone que se pruebe la existencia de un contrato de compraventa entre el consumidor demandante y el proveedor demandado. Entendemos que aquí la presencia del contrato de venta es un presupuesto del tipo de la infracción, pero no transforma la responsabilidad civil en contractual.

Finalmente, se pone de cargo del demandante la acreditación de la culpa del vendedor: la norma exige que el perjuicio se cause por parte del proveedor "actuando con negligencia" (art. 23). Se trata, por tanto, de una responsabilidad civil basada en la culpa probada (lo que refuerza el carácter extracontractual de la responsabilidad)

c) La prescripción de esta responsabilidad

Según el art. 26, la responsabilidad contravencional sancionada en la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor prescribe en seis meses, contados desde que se haya incurrido en la infracción.

Nada dice la ley sobre la prescripción de la acción civil para pedir indemnización de perjuicios por dicha infracción. En todo caso, después de los seis meses la responsabilidad infraccional no será exigible y, por ello, perderán competencia para conocer de ella, y de la responsabilidad

⁵ Podría entenderse que la definición del art. 1 N° 1, incluye como consumidores no sólo a los que adquieren, sino a los que usan o disfrutan del bien como destinatarios finales.

civil derivada, los Jueces de Policía Local⁶. La acción civil podría plantearse ante los Tribunales Ordinarios, pero ahora fundada en los arts. 2314 y siguientes del Código Civil y no estrictamente en la conducta infraccional cuya sanción no es de competencia de los jueces ordinarios.

III. LOS PRODUCTOS "PELIGROSOS" Y LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE SU USO

1. CONCEPTO DE "PRODUCTO PELIGROSO"

Como ya hemos señalado, el producto peligroso es aquel que por su naturaleza presenta riesgos para la salud o el patrimonio de los consumidores. Es apropiada la conceptualización que hace de ellos el art. 45, según la cual son tales los productos "cuyo uso resulte potencialmente peligroso para la salud o integridad física de los consumidores o para la seguridad de sus bienes".

Estos productos no son necesariamente defectuosos, en el sentido de inseguros, si proporcionan las advertencias e instrucciones para un uso correcto o adecuado. Por eso, el art. 45 señala que en este tipo de productos el proveedor debe incorporar, en ellos o en instructivos anexos, las advertencias e indicaciones necesarias para que su empleo se efectúe con la máxima seguridad posible. La Ley N° 19.955 agregó la exigencia de que estas advertencias e indicaciones deben estar en idioma español.

2. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

a) Por culpa presunta

Cuando el consumo de un producto declarado peligroso o tóxico produzca daños o perjuicios, el perjudicado podrá hacer valer la responsabilidad solidaria que el art. 47 de la ley atribuye al productor, importador y primer distribuidor. Se puede notar que se excluye de esta responsabilidad al vendedor o expendedor final.

El demandante debe probar el daño, la peligrosidad del bien y la relación de causalidad entre el uso o consumo y el perjuicio. Respecto de la peligrosidad, la ley ha exigido que ésta conste previamente mediante una declaración, ya sea judicial o determinada por las autoridades com-

⁶ Salvo que se entienda que mantienen competencia para conocer de demandas civiles fundadas en el incumplimiento de la ley sin necesidad de plantear denuncia o querrela por infracción a ella. Así parecen darlo a entender los arts. 50 y 50 B.

petentes mencionadas por las normas especiales que regulan la provisión de estos bienes.

La responsabilidad no es completamente objetiva, ya que se permite que el demandado se exonere de ella si prueba que proveyó el bien cumpliendo con las medidas de prevención establecidas legal o reglamentariamente y los cuidados y diligencias que exigía su naturaleza (art. 47 inc. 2). Es decir, se permite probar que se actuó diligentemente.

Por ello, concluimos que esta forma de responsabilidad es un típico ejemplo de responsabilidad extracontractual por culpa presunta.

b) Por culpa probada. Riesgos de desarrollo

Además del supuesto del art. 47 relativo a la culpa presunta, es posible hacer valer la responsabilidad por conductas infraccionales y pedir la indemnización de perjuicios causados por el daño.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la presencia de los llamados "riesgos de desarrollo", es decir, aquellos defectos que no son detectables al tiempo de ingresar el producto en el mercado, pero que se descubren con posterioridad por el avance de los conocimientos científicos o tecnológicos. Se discute en Derecho comparado si este tipo de riesgos debe ponerse de cargo del productor o fabricante o si debe soportarlos la víctima.

En la Ley N° 19.496 se opta por no hacer responsable al fabricante, importador o distribuidor por responsabilidad objetiva ni por culpa presunta en caso de advertirse de peligros o riesgos no previstos a la época de introducción del bien en el mercado. Pero se obliga al proveedor a ponerlos, sin demora, en conocimiento de la autoridad competente para que se adopten las medidas preventivas o correctivas que el caso amerite, sin perjuicio de advertir a los consumidores (art. 46). La omisión de este aviso oportuno constituirá una infracción que lo obligará "al pago de las indemnizaciones por los daños y perjuicios que se ocasionen" (art. 49 inc. 1°).

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

La legitimación activa en estos supuestos no parece estar restringida al consumidor-adquirente de los bienes, sino a cualquier persona que sufrió perjuicio o daño en virtud de su uso. Puede ser un usuario no adquirente o, incluso, un tercero no usuario, pero que resulta dañado por el producto peligroso.

La legitimación pasiva en el caso de la culpa presunta recae en el productor, importador y primer distribuidor del bien. No es sujeto de esta acción de responsabilidad el vendedor o expendedor.

En el caso de culpa probada, deberá demandarse al proveedor que actuó con negligencia.

4. PRESCRIPCIÓN

No se establece plazo para la prescripción de la acción de responsabilidad por culpa presunta, por lo que procederá la aplicación de la regla general del art. 2332 del Código Civil y el plazo de cuatro años desde la fecha del hecho ilícito dañoso.

Pero si la acción civil se deriva de un ilícito infraccional, nos encontramos nuevamente con la norma del art. 26 que dispone una prescripción especial de seis meses para la responsabilidad contravencional, por lo que a ella deberá limitarse la duración de la responsabilidad civil, si se pretende hacerla valer conjuntamente con la infracción ante los Juzgados de Policía Local.

IV. LA RESPONSABILIDAD EN LOS PROCESOS DE TUTELA A LOS INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS

1. CUESTIONES GENERALES

Aunque la ley distingue dos tipos de procesos colectivos: las acciones de interés colectivo y las acciones de interés difuso, sólo las primeras son idóneas para la reclamación de la responsabilidad civil. En efecto, las acciones de interés difuso se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados, mientras que las de interés colectivo exigen que se trate de un conjunto determinado o determinable de consumidores ligados con un proveedor por un vínculo contractual (art. 50 incs. 5 y 6).

Pues bien, la misma ley señala que, para efectos de determinar las indemnizaciones o reparaciones que procedan, será necesario acreditar el daño y el vínculo contractual que liga al infractor y a los consumidores afectados (art. 50 inc. 7). Si siempre debe precisarse vínculo contractual únicamente será procedente la acción en interés colectivo.

La norma pareciera aplicarse únicamente a la responsabilidad contractual, pero una lectura más atenta nos permite concluir que no es así. Lo que sí es cierto es que, sea que se alegue responsabilidad contractual (por la garantía legal) o extracontractual derivada de una conducta infraccional, los consumidores que pretendan indemnización deben acreditar que estaban ligados al proveedor por un contrato.

No menciona la norma que se deba probar el vínculo causal entre el hecho ilícito y el daño, pero debe considerársele implícito por tratarse de un elemento estructural de la responsabilidad civil⁷.

2. CARACTERES SINGULARES DE ESTA RESPONSABILIDAD

Las principales características especiales que ostenta este régimen son las siguientes:

- 1º) En la demanda no es necesario cuantificar los perjuicios reclamados: basta señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine conforme al mérito del proceso. Esta indemnización deberá ser la misma para todos los consumidores que se encuentren en la misma situación (art. 51 N° 2).
- 2º) Se pueden demandar “reparaciones” diversas a las indemnizaciones (art. 50 incs. 2 y 7; 53 C). Entendemos que en esta parte la ley alude a reparaciones en especie y no en equivalente monetario.
- 3º) No puede reclamarse el daño moral sufrido por los actores (art. 51 N° 2).
- 4º) Si se trata de “productos defectuosos” (en el sentido de inidóneos), se puede pedir y obtener la restitución del valor de ellos al momento de efectuarse el pago (art. 53 C, letra d).
- 5º) No procede la reserva prevista en el art. 173 del Código de Procedimiento Civil (art. 51, N° 2).

3. FIJACIÓN DEL QUÁNTUM DE LAS INDEMNIZACIONES

En la sentencia que acoge la demanda del proceso colectivo el juez debe, junto con declarar la procedencia de las “indemnizaciones o reparaciones”, fijar el monto de ellas a favor del grupo o de cada uno de los subgrupos de los consumidores perjudicados. También puede ordenar, en caso de “productos defectuosos” la devolución del valor que ellos tenían al tiempo de efectuarse el pago (art. 53 C, letras c y d).

Por medio de avisos, la sentencia ha de darse a conocer a los consumidores interesados que no hayan sido parte del juicio y que pertenezcan al respectivo grupo o subgrupo identificado en ella. El plazo para comparecer es de noventa días corridos desde el último aviso (art. 54 C inc. 1º). La presentación del interesado debe limitarse a hacerse presente y a acreditar su condición de miembro del grupo (art. 54 D). Al hacerlo,

⁷ Cfr. Corral Talciani, Hernán, “La relación de causalidad en la responsabilidad por productos defectuosos”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2 (2004), p. 94.

expira su derecho para iniciar otra acción basada en los mismos hechos (art. 54 C inc. 3).

Se da traslado por diez días al demandado de todas las presentaciones de los interesados para que pueda controvertir su calidad de miembros del grupo. Si es necesario, se rinde prueba conforme a las reglas de los incidentes. Fallado el incidente, "quedará irrevocablemente fijado el monto total global de las indemnizaciones o las reparaciones que deba satisfacer el demandado" (art. 54 E).

Se prescinde de este trámite cuando, a juicio del juez, el proveedor cuenta con la información necesaria para individualizar a los consumidores afectados y proceder a efectuar las indemnizaciones, reparaciones o devoluciones que procedan respecto de un grupo o subgrupo. El juez, en tal caso, puede ordenar que dichas indemnizaciones, reparaciones o devoluciones se hagan directamente sin necesidad de comparecencia de los interesados (art. 53 C inc. 2).

4. PAGO DE LAS INDEMNIZACIONES

En el plazo de treinta días desde que se falló el incidente de pertenencia al grupo de todos los interesados comparecientes, el demandado debe efectuar las reparaciones o depositar en la cuenta corriente del tribunal el monto de las indemnizaciones (art. 54 F, inc. 1°).

Se faculta al juez, sin embargo, para conceder una división del pago en cuotas diferidas en el tiempo. Ello sucederá si el pago al contado del monto total de las indemnizaciones puede producir un detrimento patrimonial significativo del demandado, de manera de poder estimársele próximo a la insolvencia. El juez puede establecer, así, un programa mensual de pago de indemnizaciones completas para cada demandante. Las cuotas se pagarán reajustadas y con interés corriente, según la fecha del pago (art. 54 F inc. 2°). Igualmente, en el mismo caso, se le autoriza para determinar una forma de cumplimiento alternativo (art. 54 F inc. 3°). Se tratará de un pago por medios equivalentes que permitan satisfacer el interés del acreedor.

En estos casos, el juez puede exigir al demandado que rinda fianza o caución (art. 54 F inc. 4).

5. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

La ley dispone que la presentación de la demanda en el proceso colectivo produce el efecto de interrumpir la prescripción de las acciones indemnizatorias que correspondan a los consumidores afectados (art. 51 inc. 6).

Es decir, la prescripción se interrumpe no sólo en favor de los consumidores que hubieren presentado la demanda en el juicio colectivo (si es que alguno lo ha hecho), sino también para los que pertenecen a la misma categoría de consumidores afectados.

Los plazos de prescripción variarán, según se hagan valer la responsabilidad por garantía, la responsabilidad por ilícito infraccional o por culpa presunta en la producción, importación o distribución de productos peligrosos o tóxicos.

6. RESERVA DE ACCIONES Y COSA JUZGADA

La eficacia que se asigna a la sentencia que se pronuncia sobre la demanda en el proceso colectivo es general, es decir, ella favorece o perjudica a todos los consumidores que pertenezcan a los grupos o subgrupos determinados en el juicio, hayan participado o no en él (art. 54 inc. 1º). Si se rechaza la demanda, esta puede volver a presentarse ante el mismo juez, pero acreditando nuevas circunstancias. La prescripción se entiende interrumpida (sin que se pierda el tiempo anterior transcurrido: "suspendida", dice la ley) por todo el plazo que duró el primer juicio colectivo (art. 54 inc. 5).

Se liberan de esta eficacia *erga omnes* aquellos consumidores que hayan hecho reserva de sus derechos. Para ello tienen el plazo de 30 días contado desde la publicación de los avisos en los que se da cuenta de la sentencia que declara admisible la demanda (art. 53 inc. 4). En este caso, la sentencia que llegue a pronunciarse sobre el fondo, cualquiera sea su contenido, no produce cosa juzgada en el juicio individual.

Una vez fallado el juicio colectivo, los consumidores interesados que hayan comparecido podrán, en el plazo de noventa días corridos desde el último aviso de la sentencia, hacer reserva de sus derechos para perseguir la responsabilidad civil en un juicio distinto (art. 54 C inc. 2). Si no hacen esta reserva, su derecho a iniciar una nueva acción por los mismos hechos caduca (art. 54 C inc. 3).

El nuevo juicio que inicien los interesados comparecientes que hagan reserva de sus derechos deberá ser un proceso individual ante el Juez de Policía Local competente. En este proceso, la sentencia del proceso colectivo que haya constatado la procedencia de la infracción produce cosa juzgada sobre la existencia de la infracción y en lo referido al derecho del demandante a pedir indemnización de perjuicios (art. 54 C inc. 2). El proceso versará sólo sobre el monto de los mismos y, aunque la ley no lo dice, sobre el nexo causal entre el hecho ilícito y los daños⁸. Es discutible si en este proceso se permite la alegación del daño moral.

⁸ Corral, H., *idem*.

Para estos consumidores que hacen reserva de derechos en esta oportunidad procesal, la ley señala que el nuevo plazo de prescripción comienza a transcurrir desde que queda a firme la sentencia que acoge la demanda (art. 51 N° 6).

7. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DEMANDAS TEMERARIAS EN PROCESOS COLECTIVOS

El art. 50 E de la Ley N° 19.496 contempla la posibilidad de que la denuncia, querrela o demanda sea declarada por el juez, en la sentencia, como temeraria. En tal caso se aplica una sanción contravencional y, además, una responsabilidad civil solidaria "de los autores por los daños que hubieren producido" (art. 50 E inc. 2).

Esta previsión tendrá especial relevancia para precaver acciones infundadas en los procesos para tutelar los intereses colectivos de los consumidores, que por su naturaleza masiva pueden perjudicar gravemente a un proveedor. Por eso, aunque el precepto anterior está ubicado en las normas generales, se vuelve a contemplar en el párrafo dedicado a los procesos colectivos: esta vez el art. 55 reza que "declarada una denuncia judicial como temeraria por sentencia firme, los responsables serán sancionados con multa..."; y agrega: "Lo dispuesto en el inciso anterior se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad civil solidaria de los autores por los daños que se hubieren producido".

Aunque la norma se refiere sólo a la denuncia, complementando el art. 55 con la regla general del art. 50 E, debemos entender que se aplica a la demanda en el proceso colectivo y que basta que en la sentencia que falle el proceso se le declare sin fundamento plausible para que sea considerada temeraria.

La responsabilidad civil afectará únicamente a los demandantes, que interpusieron la acción como legitimados activos; ellos pueden ser calificados de autores del hecho ilícito. Es discutible que queden incluidos los consumidores que se hacen parte en el juicio después del aviso que da cuenta de la sentencia que declara admisible la demanda (art. 53 inc. 2, letra f). Habrá que analizar si actuaron a sabiendas de lo infundado de la pretensión o, al menos, con falta del cuidado debido al no preocuparse de sus fundamentos. Pero en la apreciación de la negligencia se tendrá en cuenta que a ellos se les ofreció adherirse a un proceso ya iniciado y que no interpusieron por sí la acción.

**PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y RESPONSABILIDAD
CIVIL EN LA LEY SOBRE PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES**

MARÍA SARA RODRÍGUEZ PINTO
Profesora de Derecho Civil
Universidad de los Andes

I. INTRODUCCIÓN: SISTEMA COMÚN DE GARANTÍA LEGAL DE ESTOS CONTRATOS

El Código Civil, como es habitual en los de su época, ofrece reglas sobre garantía legal de contratos que engendran obligaciones de hacer, como los servicios de cualquier clase. Aplicando, además, las reglas generales sobre cumplimiento e incumplimiento de obligaciones y, específicamente, de obligaciones de hacer, podemos reconstruir un sistema común de garantía legal de estos contratos. Si bien fragmentarias y diseñadas para una economía eminentemente agraria y no mercantil, estas reglas civiles comunes son el punto de partida que nos permitirá examinar el sistema de responsabilidad por incumplimiento de contrato creado por la legislación especial de protección al consumidor. Pues, en efecto, esta legislación sigue la tendencia del derecho de contratos a unificar el concepto de incumplimiento y el sistema de remedios destinados a reparar el interés del contratante insatisfecho. (Así ocurre con la Convención de Viena sobre Contratos Comerciales Internacionales, con los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y con los Principios de Derecho Europeo de Contratos).

Veamos primeramente los distintos tipos de servicios sobre los que discurren las reglas civiles y el sistema de garantía legal de estos contratos.

El Código Civil distingue entre: (1º) servicios que consisten en la confección de una obra material y (2º) servicios “en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano”, que el Código denomina “servicios inmateriales”. Los servicios “de las profesiones y carreras que suponen

largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros” (art. 2118) se sujetan, según el artículo 2012, a las reglas de los servicios “en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano”, en lo que no tuvieren de contrario a las reglas del mandato. Estos últimos son, indudablemente, servicios contratados en consideración a la persona del prestador o proveedor del servicio; por esencia, indelegables. Su cumplimiento no puede exigirse haciéndolo ejecutar por un tercero a expensas del deudor (cf. art. 1553, 2ª).

Por tanto, hay servicios que consisten en la fabricación de bienes muebles e inmuebles; hay servicios delegables e indelegables. Podemos adelantar que los servicios de reparación de bienes de cualquier clase, regulados por los artículos 40 a 43 de la ley de protección al consumidor (LPC) tienen más bien las características de servicios delegables; salvo que hayan sido contratados en atención a la persona del proveedor, que posee un especial arte u oficio, caso en el cual no pueden delegarse en un tercero.

Examinemos ahora las obligaciones civiles o comunes de garantía de los distintos servicios, donde nos sorprenderá encontrar una notable unidad. Tratando de los servicios que consisten en la confección de una obra material, el Código da la regla de garantía legal de los servicios. Si el que encargó la obra alegare no haberse ejecutado debidamente, “se nombrarán por las dos partes peritos que decidan”, se lee en el artículo 2002 del Código Civil. Siendo fundada la alegación, el artífice (o proveedor del servicio) podrá ser obligado, a elección del que encargó la obra (acreedor o consumidor):

- 1º a hacerla de nuevo; o
- 2º a la indemnización de perjuicios (cf. art. 2002 CC).

Esta regla de derecho común es aplicable a todo tipo de servicios, incluso a los indelegables (arts. 2006, 2012). Es decir, el derecho común permite al proveedor del servicio la subsanación del incumplimiento, haciendo de nuevo el servicio, si de esta manera se satisface el interés del acreedor del mismo, pues la elección es suya. Si la reiteración del servicio ya no podría satisfacer el interés del acreedor, éste tiene derecho a la indemnización de perjuicios que le ha causado el incumplimiento.

Cuando los servicios consisten en un hacer delegable, es decir, no personalísimo ni contratado en atención a la persona del proveedor, las reglas generales del derecho común nos proporcionan, además, otro remedio: el acreedor puede pedir que se le autorice para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor (cf. art. 1553, regla 2ª CC). Es razonable pensar que esta regla de cumplimiento forzado resulte inaplicable a los

servicios *intuitu personae*. Es imposible hacer ejecutar por un tercero el servicio contratado en atención a la persona del deudor. Esto reduce considerablemente la funcionalidad de este remedio.

Hay que agregar a este panorama el derecho que tiene el acreedor del servicio de exigir la resolución del contrato por incumplimiento, según la regla general del artículo 1489. A consecuencia del efecto restitutorio de la resolución del contrato, el acreedor obtiene la devolución del precio.

Recapitulando. El elenco de remedios con los que cuenta el acreedor insatisfecho de una obligación de hacer que consiste en la prestación de unos servicios podemos decir que es el siguiente:

- 1° puede exigir que el deudor haga de nuevo el servicio (art. 2002);
- 2° si los servicios no han sido contratados en atención a la persona del deudor, el acreedor puede hacerlos ejecutar por un tercero a costa del deudor (art. 1553, 2ª);
- 3° puede exigir la devolución del precio (o resolución del contrato) (art. 1489);
- 4° puede exigir la indemnización de perjuicios resultantes del incumplimiento (art. 1553, 3ª; art. 2002);

La regulación especial del contrato de arrendamiento de servicios ofrece un concepto que pone en marcha este sistema de responsabilidad contractual: es el de ejecución indebida del servicio (cf. art. 2002). La ejecución indebida del servicio es un incumplimiento objetivo del contrato. Con este concepto, el Código Civil reitera la regla más general de responsabilidad expresada poco antes en el artículo 1999: "Habrá lugar a la reclamación de perjuicios, según las reglas generales [cf. arts. 1489, 1553], siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución [...]". Esta noción supone unos términos específicos, conforme a los cuales el servicio debió hacerse: los términos contratados por el que encarga el servicio (o consumidor). Supone, además, la garantía de un resultado: la satisfacción del interés del acreedor; pues, frente al incumplimiento, es éste quien tiene la opción de exigir que se haga de nuevo el servicio (art. 2002, art. 1489), de hacerlo ejecutar por un tercero (art. 1553, 2ª; art. 1489), de exigir la resolución del contrato (art. 1489) y, siempre, la indemnización de perjuicios por el incumplimiento (cf. arts. 1553, 2002).

Puede legítimamente inferirse, entonces, que en los contratos que consisten en un hacer el deudor se obliga a un resultado: satisfacer el interés del acreedor, ejecutando debidamente el servicio en los términos contratados. Conviene reflexionar con cuidado sobre esta conclusión. Aun cuando su obligación consista en un hacer, el deudor no se obliga a realizar una

conducta, sino a un resultado de satisfacción del interés contratado. En el sistema del Código Civil, el proveedor de un servicio tiene la obligación de garantizar un resultado: la debida ejecución del servicio, conforme a lo convenido; y está obligado a subsanar el incumplimiento de esta obligación haciéndola de nuevo o indemnizando los perjuicios, a elección del acreedor; o bien, también a elección de éste, sufragando los gastos que demande el hacerla ejecutar por un tercero. La responsabilidad no está construida sobre un concepto de incumplimiento culpable. Cualquier incumplimiento pone en marcha el sistema de responsabilidad legal.

Conviene añadir que encontramos un sistema semejante de garantía de un resultado en la compraventa: el vendedor está obligado a garantizar la posesión tranquila y pacífica de la cosa y la conformidad de la cosa con los términos contratados. Si el incumplimiento de lo primero provoca la evicción de la cosa comprada, el vendedor debe restituir el precio e indemnizar al comprador (aunque se le permite subsanar el incumplimiento mediante la defensa judicial del comprador). El saneamiento de los vicios ocultos de la cosa se hace mediante la rebaja (*quantum minoris*) o devolución del precio (acción redhibitoria), a elección del comprador. Las reglas especiales de la compraventa no excluyen el recurso del comprador a la acción resolutoria por incumplimiento (art. 1489) y a la indemnización de todo perjuicio; aunque, en realidad, la evicción de la cosa comprada produce la rescisión (en el sentido de resolución) del contrato y la acción redhibitoria es una acción rescisoria (o resolutoria). Es decir, hay dos sistemas de remedios para el caso de incumplimiento, los generales de los Artículos 1489 y 1553 y siempre es del acreedor o comprador la elección de los remedios. La indemnización de perjuicios es acumulable a cualquier otro remedio. La compraventa sólo admite como causa de exoneración del deudor el dolo o culpa del comprador; aunque, por integración de este régimen especial con el régimen general del artículo 1558, podríamos admitir que el deudor también se puede exonerar alegando caso fortuito o fuerza mayor: a lo imposible nadie está obligado.

(Este sistema se compara al que ofrece la LPC en la venta de productos al consumidor, donde también se permite al deudor la subsanación del incumplimiento. El vendedor puede cambiar la cosa o repararla, a elección del consumidor [cf. art. 20 pr. LPC], que optará por la alternativa que mejor satisface su interés en el contrato).

Ya en el Derecho común, por tanto, observamos la presencia de un sistema de responsabilidad objetiva, donde el vendedor o proveedor de servicios garantiza un resultado de satisfacción del interés del comprador o usuario de servicios, sin que pueda exonerarse de esta obligación alegando haberse producido el incumplimiento por causas que no le son imputables.

Examinemos ahora el sistema de responsabilidad creado por la Ley de Protección al Consumidor para los contratos de prestación de servicios.

II. OBLIGACIÓN LEGAL DE GARANTÍA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL PROVEEDOR

1. SISTEMÁTICA

Todo indica que las normas sobre obligación legal de garantía en los contratos de prestación de servicios están contenidas en Párrafo 4º del Título III de Disposiciones Especiales de la LPC (arts. 40 a 43 LPC) sobre "Normas especiales en materia de prestación de servicios". Estas normas parecen referirse específicamente a los servicios de reparación de cualquier tipo de bienes. Sólo de modo muy tangencial, en el artículo 41 aparecen protegidos todos los otros servicios cubiertos por la Ley. De manera que la norma clave parece estar en el artículo 41 LPC. A ésta hay que agregar la del artículo 25, pues también se refiere al incumplimiento de contratos de prestación de servicios.

La regla de garantía de esta norma se aplica a la generalidad de los servicios cubiertos por la ley; incluidos los servicios de reparación de cualquier tipo de bienes, pero no sólo a éstos. Así se concluye de la frase de apertura de la norma: "El prestador de un servicio [de cualquier clase] estará obligado" (art. 41 pr.).

2. GARANTÍA CONVENCIONAL NO VINCULANTE PARA EL CONSUMIDOR

El artículo 41, inciso 1º, establece la obligación de los proveedores de servicios de garantizar convencionalmente el cumplimiento de sus obligaciones por un plazo determinado, que deberán expresar en la boleta, recibo u otro documento. La LPC no expresa en qué debe consistir esta garantía y si pueden limitarse convencionalmente en ella los derechos que confiere la garantía legal. En cuanto al contenido, me parece que el proveedor debería garantizar la reiteración del servicio, la devolución del precio y la indemnización de todo otro perjuicio causado por el incumplimiento, de modo equivalente o mayor que la garantía legal (art. 41). Una limitación absoluta de responsabilidad no parece posible, de conformidad a los artículos 3º, letra e) y 16, letra e) LPC. Subsiste la duda de si puede el proveedor limitar relativamente la garantía legal.

Si pensamos analógicamente en la regla del artículo 1863 (las partes pueden hacer rehdibitorios los vicios que no lo son) y en la del artículo 1558, inciso 3º (las estipulaciones de los contratantes podrán modificar

las reglas sobre responsabilidad por culpa, sin llegar a condonar el dolo futuro, y sobre exoneración de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor) podemos concluir que la garantía convencional debe consistir en una mayor cobertura que la legal, pero no en cláusulas limitativas que consistan en menos que lo mínimo legal.

La garantía convencional de los contratos de prestación de servicios parece que no impide, entonces, al consumidor el recurso a la garantía legal. "En todo caso", leemos en el inciso 2º del artículo 41, el consumidor podrá reclamar del incumplimiento dentro del plazo de 30 días contado desde la fecha en que hubiere terminado el servicio o se hubiere entregado el bien reparado. Es decir, a mi juicio, el artículo 41, inciso 1º LPC, exige una garantía que no es vinculante para el consumidor, el cual puede optar por exigir el cumplimiento de la garantía convencional como el de la garantía legal. No es el caso de la garantía convencional de productos defectuosos, que exige al consumidor el agotar los procedimientos de subsanación del incumplimiento ofrecidos por el vendedor (art. 21, inc. 9º). Examinemos a continuación la garantía legal.

3. GARANTÍA LEGAL EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La garantía legal consiste:

- 1º en la obligación del proveedor de subsanar el incumplimiento haciendo de nuevo el servicio (en la terminología de la LPC, "[prestando] nuevamente el servicio sin costo para el consumidor"); o bien,
- 2º en la obligación de devolver el precio pagado por el consumidor ("la devolución de lo pagado por [el consumidor] al proveedor");
- 3º el consumidor conserva el derecho a ser indemnizado de todo perjuicio causado por el incumplimiento. (Cf. art. 41, inc. 2º LPC).

Es decir, la LPC conserva básicamente la obligación legal de garantía del derecho común (hacer de nuevo el servicio o indemnizar los perjuicios). Pero, inspirándose en los remedios generales, incorpora al sistema la devolución del precio, remedio que supone la resolución del contrato por incumplimiento. Se amalgaman de este modo, un remedio procedente del derecho especial de los contratos que consisten en obligaciones de hacer (hacer de nuevo el servicio) junto a otro que procede de la compraventa y del derecho general: la obligación de devolver el precio, es decir, el derecho del acreedor a exigir la resolución del contrato por incumplimiento (cf. art. 1489). Conviene observar que el cumplimiento tardío se considera simplemente incumplimiento y desaparece la mora como elemento de la responsabilidad civil por incumplimiento de contratos.

La elección de remedios me parece que permanece en el consumidor. La cuestión puede resultar discutible si se observa la construcción de la norma, en la que parece ser que es el tribunal quien hace la elección. Pero esto contrasta con el principio de rogación de la justicia, con el derecho común expuesto previamente (esp. arts. 1489, 1553 y 2002), e incluso con la legislación especial de protección al consumidor por venta de productos defectuosos (art. 20). Todos estos siempre entregan la elección al acreedor de la obligación incumplida: el consumidor. No hay razón para entender que, en este caso, el legislador hubiera querido apartarse de esta regla. Desconocerla supondría desproteger al consumidor, privándolo de una elección que tiene cuando compra productos. Si le corresponde la elección en la compra de productos, que también permite la subsanación del incumplimiento mediante la reparación (o sustitución) del producto, no hay por qué privarlo de esta elección en la contratación de servicios.

4. NOCIÓN DE SERVICIO DEFECTUOSO

El incumplimiento se unifica dentro de una única noción: la de servicio defectuoso. Hemos visto antes que la noción de ejecución indebida, disconforme con lo convenido, es el incumplimiento mínimo que pone en marcha el sistema de remedios legales del Código Civil, sean estos especiales o generales. La LPC ha optado por una noción semejante: la de servicio defectuoso. El proveedor deja de cumplir lo pactado cuando no presta el servicio a que se ha obligado, o lo hace de manera defectuosa, disconforme con lo convenido. Esta interpretación parece obligada al tenor de lo dispuesto por el artículo 43: "El proveedor que actúe como intermediario en la prestación de un servicio responderá directamente al consumidor por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin perjuicio de su derecho de repetir contra el prestador de los servicios o terceros que resulten responsables". Volveré sobre esta norma más adelante; pero creo que deja clara la conexión entre el defecto del servicio y la obligación pactada. El servicio es defectuoso cuando es disconforme con lo pactado. El proveedor deja igualmente de cumplir lo pactado cuando no lo hace, cuando lo hace tardíamente, que cuando lo hace de manera disconforme con lo convenido.

La disconformidad con lo pactado debe ser apreciada por el tribunal en una evaluación de la procedencia del reclamo (cf. art. 41). Recordemos que en el sistema del Código Civil, las partes nombran peritos que evalúan si la alegación de haberse ejecutado indebidamente la obra es fundada. Siendo fundada, el deudor elige el remedio que mejor satisface su interés contractual (cf. art. 2002). Algo semejante ocurre en el sistema creado por la LPC. El reclamo será procedente, por tanto, cuando el consumi-

dor acredite que el servicio contratado no ha sido realizado o se hizo de manera disconforme con lo convenido. Me parece que el artículo 41 guarda concordancia con esta regla: cuando, a juicio del tribunal, es procedente la reclamación (cuando es fundada la alegación), el consumidor puede optar por el remedio que mejor satisface su interés contractual: la reiteración del servicio (subsanción del incumplimiento), la devolución del precio (resolución del contrato); y, siempre, la indemnización de todo perjuicio que no sea reparado con el funcionamiento de alguno de los remedios mencionados anteriormente.

5. PRUEBA

La prueba del defecto del servicio o del incumplimiento consiste fundamentalmente en la acreditación de las condiciones en que fue convenido y en la prueba de no haberse hecho el servicio o de haberse hecho de manera disconforme con lo pactado. Ahora bien, la prueba del contrato y la alegación de no haberse cumplido o de haberse cumplido defectuosamente (prueba de hechos negativos) me parece que desplaza la carga de la prueba al deudor. Es éste quien deberá probar haber hecho la prestación o haberla hecho debidamente.

Conforme al artículo 41, para ejercitar la garantía legal el consumidor deberá acreditar la existencia del contrato "con la documentación respectiva"; salvo en los casos en que el proveedor tribute bajo el régimen de renta presunta, en los cuales el contrato deberá acreditarse mediante todos los medios de prueba legal (art. 21, inc. final). Por documentación respectiva parece entenderse la boleta o factura, y todos los demás términos de contratación expresados en la oferta, en cartas de confirmación, etcétera. Esta obligación parece lógica en un sistema de responsabilidad contractual. La garantía legal del proveedor de un servicio es un mecanismo de responsabilidad contractual. La prueba del cumplimiento satisfactorio del servicio me parece que puede hacerse por cualquier medio de prueba legal.

6. EJERCICIO EXTRAJUDICIAL DE ESTE DERECHO Y OPCIÓN DEL CONSUMIDOR

A diferencia de lo que sucede con la garantía legal de productos defectuosos, que, a mi juicio, es de ejercicio potestativo y extrajudicial (cf. art. 20 LPC), la garantía legal de servicios defectuosos parece ser de ejercicio judicial. La intervención judicial está destinada a estimar "la procedencia del reclamo"; es decir, la disconformidad entre lo convenido y el incumplimiento alegado por el consumidor (que puede consistir en

que no se ha prestado el servicio, se ha hecho tardíamente, o se ha hecho de manera disconforme con lo pactado).

Ahora bien, el ejercicio judicial de la garantía podría justificarse cuando lo que se pide es la subsanación del incumplimiento mediante la reiteración del servicio y/o la indemnización de perjuicios. Cuando lo que se pide es simplemente la devolución del precio (resolución del contrato), porque no es posible hacer de nuevo el servicio y no hay otros perjuicios que indemnizar al acreedor, su ejercicio debería ser extrajudicial. Sólo si el deudor no se allana a ella, debería exigirse al acreedor el recurso a la justicia. Esta es la tendencia del derecho de los contratos. El ejercicio extrajudicial del derecho protege de mejor modo el interés del consumidor y la misma ley la acoge, a mi juicio, en el artículo 20.

Como consideraba anteriormente, la norma del artículo 41 suscita dudas acerca de si el consumidor conserva o no la facultad de optar por uno de los tres remedios a su disposición para el caso de incumplimiento; o si la opción entre la subsanación del incumplimiento o la resolución del contrato es de discrecionalidad judicial. A mi juicio, esta norma no elimina el derecho del consumidor a optar por el remedio que mejor satisface su interés contractual. Si el cumplimiento del contrato es susceptible de subsanación mediante la reiteración del servicio, y esto satisface el interés del consumidor, deberá pedirlo al tribunal. Si opta por la resolución del contrato (devolución del precio) también deberá expresar esta petición concreta en su demanda, cuando el prestador no se ha allanado a ella. El principio de rogación de la justicia no debería suspenderse en este caso, especialmente cuando en otras materias la LPC garantiza la elección al deudor, como asimismo lo hace el derecho común.

7. PLAZO

La garantía legal rige hasta por 30 días hábiles desde la terminación del servicio o, tratándose de servicios de reparación de toda clase de bienes, desde la entrega del bien reparado. La Ley 19.955 ha ampliado este plazo que originalmente era de 10 días hábiles a 30 días hábiles.

8. LEGITIMADOS ACTIVO Y PASIVO

Está legitimado activamente para ejercitar este derecho el consumidor final de un servicio cubierto por la ley. La pretensión se dirige en contra del proveedor o prestador del servicio, que es la otra parte contratante. El artículo 43 de la LPC agrega que si el servicio admite delegación y el consumidor ha contratado con un intermediario, será éste el responsable, aun cuando luego pueda exigir reembolso en contra del prestador

del servicio. El prestador también puede dirigirse contra terceros para obtener reembolso de lo que se ha visto obligado a pagar para satisfacer al consumidor.

Más que una acción de reembolso, esta acción contra terceros reviste los caracteres de una acción de responsabilidad civil extracontractual contra aquellos por cuya causa el proveedor ha dejado de cumplir o ha cumplido tardía o defectuosamente sus obligaciones. La responsabilidad de los terceros se regirá, me parece, por las reglas generales que exigen relación de causalidad entre la acción del tercero y el incumplimiento del proveedor; y que esta acción le sea imputable por culpa o dolo. Esta regla nos conecta con las normas sobre responsabilidad extracontractual del proveedor de servicios.

III. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL PROVEEDOR DE SERVICIOS

El sistema de responsabilidad organizado por la LPC es, a mi juicio, eminentemente contractual. La responsabilidad extracontractual se construye, me parece, como responsabilidad civil por infracción de la ley. La regla sería: todo el que infrinja la ley, y con esto cause daños a terceros, está obligado a repararlos (cf. art. 2314). De hecho, casi todos los incumplimientos de contratos cubiertos por la ley son también infracciones penadas con multas en beneficio fiscal.

Pareciera que la Ley 19.955 quiso ampliar y fortalecer el espectro de cobertura de las víctimas por esta vía, al introducir en la LPC un procedimiento especial para defensa de intereses colectivos o difusos de los consumidores. Aun así, persiste la duda de si este procedimiento es aplicable a las acciones de responsabilidad civil extracontractual; es decir, en protección de las víctimas de daños o perjuicios causados por infracción de la ley cuando éstas no han contratado el servicio ni comprado el producto. (Por ejemplo, miembros de la familia del consumidor; terceros subadquirentes o absolutos que resulten víctimas de daños o perjuicios por productos o servicios defectuosos). Los colectivos de consumidores (como los denomina la LPC), que pueden optar por el procedimiento especial de protección de intereses colectivos o difusos, parecen ser siempre usuarios de servicios que, por tanto, mantienen un vínculo contractual con el proveedor. Por ejemplo, todos los usuarios que se vieron afectados por un corte de energía eléctrica ocurrido en unas fechas determinadas en un lugar determinado.

La responsabilidad extracontractual del proveedor de servicios se estructura en diversos niveles. "Comete infracción a las disposiciones de la presente ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación

de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias [...] del respectivo servicio". Esta norma configura un ilícito contravencional y, consecuentemente, un ilícito civil típico. Todo indica que cualquiera puede exigir la indemnización de daños y perjuicios que sean consecuencia de la infracción de esta norma.

La responsabilidad del proveedor de un servicio "peligroso o riesgoso para la salud o integridad física de los consumidores o para la seguridad de sus bienes" tiene, a su vez, distintos niveles. Existe, primeramente, un deber de informar al público "que pudiere verse afectado" de las precauciones necesarias para evitar el riesgo o peligro en el consumo del servicio. La infracción de este deber que cause un daño genera responsabilidad civil. "En lo que se refiere a la prestación de servicios riesgosos, deberán adoptarse por el proveedor las medidas que resulten necesarias para que aquella [(la prestación)] se realice en adecuadas condiciones de seguridad, informando al usuario y a quienes pudieren verse afectados por tales riesgos de las providencias preventivas que deban observarse [en su consumo]" (art. 45, inc. 2º). La contravención de esta obligación legal genera penas de multa. Si a consecuencia de negligencia en el deber de informar del riesgo o peligro del servicio, su consumo causa daño, el proveedor está obligado a repararlos.

Encontramos, en segundo lugar, los daños causados por servicios que han sido declarados judicial o administrativamente "peligrosos". "[L]os daños o perjuicios que de su consumo provengan serán de cargo [...] del prestador del servicio [...]" (art. 47, inc. 1º). Estarán legitimados para impetrar esta responsabilidad todos aquellos que sufran un perjuicio por el consumo de un servicio peligroso, y aquellos que lo sufran por rebote y sus herederos. La acción deberá dirigirse contra el "prestador del servicio" (art. 47, inc. 1º); si son varios los proveedores del servicio, por aplicación del derecho común, responderán solidariamente (art. 2317). (Nuevamente cabe dudar de si esta responsabilidad es de carácter contractual o extracontractual.)

El prestador podrá exonerarse alegando diligencia debida (art. 47, inc. 2º). El consumidor deberá alegar y probar la especie y cuantía del daño; éste aparentemente se presume imputable al "prestador del servicio". (Si el servicio no ha sido declarado peligroso para la salud o integridad física de los consumidores o de sus bienes, habrá que probar la imputabilidad del daño al "prestador del servicio").

IV. COBERTURA DE LA LPC A DIVERSOS SERVICIOS

Queda el problema de examinar la aplicabilidad del sistema de responsabilidad examinado antes a los distintos servicios y las modificaciones

que exige la naturaleza de estos servicios. La tarea de formular un elenco de servicios alcanzados por la LPC no es fácil. La Ley 19.955 amplió el espectro de servicios que quedan cubiertos por la LPC, incorporando contratos que no estaban sujetos a ella por aplicación de la norma de clausura del artículo 2º, letra a) y aclaró ciertas exclusiones respecto de las cuales anteriormente no se discutía demasiado. Examinemos diversos casos de especial interés.

1. LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS EN LA ENSEÑANZA BÁSICA, MEDIA, TÉCNICO-PROFESIONAL Y UNIVERSITARIA

La Ley 19.955 ha agregado los contratos de prestación de servicios educacionales al catálogo de los actos sujetos a las disposiciones de la LPC. Los servicios educacionales, como contratos de adhesión, quedan especial en sujetos a las normas sobre contratos y estipulaciones no negociadas de manera individual (párrafo 4º del Título II de la LPC). Quedan también especialmente sujetos a los tipos infraccionales relativos a información y publicidad, promociones y ofertas de los párrafos 1º y 2º del Título III de la Ley. "El cobro de un precio superior al exhibido, informado o publicitado" (art. 18 LPC) es también una infracción a la que quedan sujetos los contratos de prestación de servicios educacionales. Esta infracción queda sujeta a las sanciones de los artículos 24, 26, 27 LPC. Por tanto, todo indica que lo que está sometido a la LPC es la contratación de estos servicios, pero no la cuestión de su cumplimiento o incumplimiento, salvo en lo que se refiere a procedimientos extrajudiciales de cobranza.

En efecto, aun cuando no supongan el otorgamiento de crédito al beneficiario, el cobro extrajudicial de servicios educacionales contratados está sujeto a las limitaciones del artículo 37, inciso 5º: sólo pueden hacerse en día y hora hábiles, sin la utilización de documentos que aparenten ser escritos judiciales, comunicaciones a terceros, y sin que las actuaciones de cobranza afecten la privacidad del hogar, la normal convivencia de los miembros del hogar ni la situación laboral del deudor (cfr. art. 39 C LPC).

Por tanto, conforme al inciso 2º de la letra d) del artículo 2º, "no quedará sujeto a esta ley el derecho a recurrir a los tribunales de justicia por la calidad de la educación o por las condiciones académicas fijadas en los reglamentos internos vigentes a la época del ingreso a la carrera o programa respectivo, los cuales no podrán ser alterados sustancialmente, en forma arbitraria, sin perjuicio de las obligaciones de dar fiel cumplimiento a los términos, condiciones y modalidades ofrecidas por las entidades de educación". Las reglas de garantía legal de los contratos de prestación de servicios no parecen aplicarse a estos contratos. Tampoco el derecho a

pedir indemnización por perjuicios conforme los mecanismos de la ley, salvo, me parece, en los que se refiere al recurso al procedimiento para defensa de intereses colectivos o difusos.

2. LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS EN EL ÁMBITO DE LA SALUD

Algo semejante parece ocurrir con los servicios en el ámbito de la salud. La Ley 19.955 parece haber querido someter a la LPC los actos de contratación de servicios en este ámbito, pero no el cumplimiento o incumplimiento de estos contratos. Están, en efecto, excluidas las prestaciones de salud; las materias relativas a la calidad de éstas y a su financiamiento a través de fondos o seguros de salud; a la acreditación y certificación de prestadores, sean estos públicos o privados, individuales o institucionales; y, en general, cualquier otra materia que se encuentre regulada por leyes especiales (cf. art. 2º, letra f) LPC).

Sin embargo, como servicios sujetos a leyes especiales, está garantizado el derecho del usuario a utilizar el procedimiento destinado a proteger intereses colectivos o difusos de los consumidores (art. 2º bis, letra b) LPC) y el derecho del usuario "para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal competente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en [las] leyes especiales [que rigen estos contratos]" (art. 2º bis, letra c) LPC).

3. LOS SERVICIOS DE REPARACIÓN DE BIENES DE CUALQUIER CLASE

Estos servicios aparecen específicamente protegidos por los artículos 40 y 41 de la Ley, aun cuando su cobertura no se deduce tan explícitamente de la norma de clausura del artículo 2º, letra a). Los servicios de reparación suponen la obligación del prestador de emplear repuestos o componentes adecuados, nuevos, o refaccionados, siempre que se informe al consumidor de esta circunstancia. El incumplimiento de esta obligación dará derecho al consumidor a exigir la sustitución de los repuestos o componentes, un remedio de subsanación del incumplimiento semejante al del artículo 20 pr. de la LPC. El consumidor siempre tiene derecho a exigir que se especifiquen en la boleta o factura los repuestos empleados, su valor, y el valor de la mano de obra. (Cf. art. 40 LPC).

Fuera de este remedio específico para los servicios de reparación de bienes, el consumidor cuenta con los remedios del artículo 41 para exigir la reiteración de la prestación, la devolución del precio y, siempre, la indemnización de todo perjuicio ocasionado por el incumplimiento.

4. EN GENERAL, TODOS LOS SERVICIOS QUE SEAN MERCANTILES PARA EL PROVEEDOR Y CIVILES PARA EL CONSUMIDOR

Quedarían comprendidos en esta categoría, especialmente, los contratos de mandato o comisión mercantil en los que el mandante es consumidor final de los servicios del mandatario o comisionista (art. 3º, 4º, C. Com.). Asimismo, los contratos o servicios de transporte por tierra, ríos o canales navegables, en igual caso (art. 3º, 6º, C. Com.).

5. SITUACIÓN DE LOS SERVICIOS BANCARIOS

Los servicios bancarios y otros sujetos a leyes especiales quedarían, en principio, excluidos, según podría deducirse del artículo 2 bis pr., salvo en lo relativo al derecho a ser indemnizado de todo perjuicio utilizando los procedimientos de la LPC (art. 2 bis, letras b) y c) LPC). Cabe recordar que la LPC ya regula el crédito de consumo sin restringirlo al crédito de las casas comerciales.

Recientemente, la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras A.G. ha creado un Sistema de Defensoría del Cliente, para oír reclamos de usuarios del sistema bancario por montos que no excedan las 600 Unidades de Fomento (alrededor de \$ 10.000.000). Sin embargo, están excluidos de su cobertura los reclamos que persigan indemnizaciones por daños a causa de incumplimiento de contratos o extracontractuales; los reclamos relacionados con otorgamiento de créditos de cualquier naturaleza, y los reclamos no cuantificables en dinero. A mi juicio, estas materias caen precisamente bajo el espectro de la LPC (cf. nuevo art. 2º bis LPC, introducido por la Ley 19.955), aunque no son de competencia de los jueces de policía local (cf. art. 50 G).

6. SITUACIÓN DE LOS SERVICIOS BÁSICOS DE SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD, AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO Y TELECOMUNICACIONES

Una situación semejante afecta a los servicios de suministro básico a consumidores destinatarios finales de estos servicios. Respecto de éstos conviene recordar el ilícito infraccional del artículo 25 LPC: "El que suspendiere, paralizare o no prestare, sin justificación, un servicio previamente contratado y por el cual se hubiere pagado derecho de conexión, de instalación, de incorporación o de mantención será castigado con multa de hasta 150 U.T.M. Cuando el servicio fuere de agua potable, gas, alcantarillado, energía eléctrica, teléfono, recolección de basura o elementos tóxicos, los responsables serán sancionados con multa de hasta 300 U.T.M." (art. 25, inc. 1º LPC).

El inciso 3º de esta norma ofrece un remedio de responsabilidad contractual por el incumplimiento: el proveedor no podrá efectuar cobro alguno por el servicio durante el tiempo en que estuviere interrumpido; si lo hiciere, está obligado a descontar o reembolsar al consumidor el precio del servicio en la proporción correspondiente al tiempo en que estuvo interrumpido. Este remedio, de naturaleza resolutoria (el cumplimiento del contrato estuvo suspendido mientras estuvo interrumpido el servicio), es, a mi juicio, de ejercicio extrajudicial. Sólo si el proveedor niega el incumplimiento debería exigirse el recurso a los tribunales. Según la cuantía del asunto, será competente el juez de policía local (menos de 10 UTM, aprox. 314.414 pesos) o los tribunales ordinarios de justicia (jueces de letras), cuando se demanda más de esto.

Las empresas de suministro básico están sujetas a las reglas del nuevo artículo 2º bis de la LPC, introducido por la Ley 19.955. La LPC se aplica toda materia no prevista en las leyes especiales que las rigen. Por otra parte, está garantizado el derecho de los usuarios para reclamar indemnizaciones accionando colectiva o individualmente, conforme a los procedimientos de esta ley (art. 2º bis, letras b) y c)). Será competente el juez de policía local, si la cuantía del asunto no excede de 10 UTM (unos 315.000 pesos), o el juez de letras, si se demandan perjuicios por mayor cuantía.

La Corte de Apelaciones de Santiago así lo ha declarado recientemente, según datos puestos en la web por el Sernac (ver: www.sernac.cl/leyes/detalle.php?id=1376). Anteriormente, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ya había desestimado la alegación de incompetencia formulada por el Juez de Policía Local ante el reclamo de una usuaria de servicios de suministro que sufrió daños en un equipo de música por la sobrecarga que se produjo a raíz de un corte de energía eléctrica que afectó a la ciudad de Valparaíso (Sandoval Granados con Chilquinta Energía S.A., Corte de Apelaciones de Valparaíso, 22 de septiembre de 2004; LexisNexis 31138).

Estas normas no impiden la aplicación de leyes especiales y la labor de fiscalización de las superintendencias correspondientes a cada uno de estos servicios. Pero la protección básica contractual y extracontractual de los consumidores de servicios de suministro y el derecho de éstos a un procedimiento judicial queda garantizada por la LPC.

7. SITUACIÓN DE LAS PROFESIONES LIBERALES

La Ley 19.955 reiteró lo que antes era opinión común entre los intérpretes: las profesiones liberales no están sujetas a la LPC. Así se entiende del inciso segundo agregado al artículo 1º de la Ley: "No se considerarán

proveedores a las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente". La reforma mantiene la discusión de si estos servicios quedarían sujetos a la LPC cuando sean proporcionados por sociedades profesionales. Las nuevas letras d) (servicios educacionales) y f) (servicios en el ámbito de la salud) del artículo 2° introducen un elemento de interpretación sistemática que favorece la idea de que, cuando estos servicios sean prestados por proveedores organizados mercantilmente, queden sujetos a la LPC.

V. EL DERECHO LEGAL DE RETRACTO EN LA CONTRATACIÓN DE CIERTOS SERVICIOS

En el ámbito de la contratación de servicios, la LPC ha incorporado un derecho legal de retracto o de terminación unilateral del contrato, antes de haberse prestado estos servicios, en tres casos. Primero, en la contratación de servicios en "reuniones especialmente convocadas o concertadas por el proveedor, en que el consumidor deba expresar su consentimiento en el mismo día de la reunión" (art. 3 bis letra a); segundo, en la contratación de servicios por medios electrónicos o a distancia, y tercero, en la contratación de servicios educacionales con instituciones de educación superior no pertenecientes al Consejo de Rectores (art. 3 ter). Esta retractación debe hacerse después de contratarse el servicio, pero antes de haberse prestado efectivamente. Examinemos los distintos casos.

1. SERVICIOS CONTRATADOS EN REUNIONES CONVOCADAS O CONCERTADAS POR EL PROVEEDOR

El derecho de terminación unilateral del contrato, en el primer caso, debe ejercitarse por carta certificada enviada al proveedor dentro del plazo de 10 días desde la contratación de los servicios y antes de la prestación de los mismos (art. 3 bis, pr.). Los servicios han debido contratarse el mismo día de la reunión.

2. SERVICIOS CONTRATADOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS O A DISTANCIA

La terminación unilateral de servicios contratados por medios electrónicos o a distancia (catálogos, avisos) se hace por "el mismo medio de contratación", dentro del plazo de 10 días desde la recepción de la confirmación escrita del contrato que exige enviar el nuevo artículo 12 A de la Ley (introducido por la Ley 19.955). De no haberse recibido esta confirmación, el plazo se extenderá a 90 días (nuevo art. 3 bis, letra b)), se entiende, desde la fecha de contratación del servicio.

3. SERVICIOS EDUCACIONALES CONTRATADOS CON INSTITUCIONES DE EDUCACIÓN SUPERIOR

El derecho de retracto de servicios contratados con instituciones de educación superior debe ejercitarse dentro de los 10 días subsiguientes a la primera publicación de resultados de postulaciones a las universidades pertenecientes al Consejo de Rectores de Universidades Chilenas.

Sólo están legitimados para ejercitar este derecho los alumnos de primer año de una carrera o programa de pregrado que acrediten estar matriculados en otra institución de educación superior (art. 3 ter, inciso 2º). Cabe la duda de si esta institución debe ser perteneciente al Consejo de Rectores.

Los alumnos pueden ejercitar el derecho personalmente o representados "por quien efectúe el pago", se entiende, de la matrícula. La institución debe devolver los pagos de matrícula o documentos de crédito dentro de los 10 días subsiguientes al ejercicio del retracto. Todos los mandatos generales o especiales para el cobro de documentos quedan revocados "desde la renuncia efectiva" del alumno al servicio educacional.

Transcurridos estos plazos operaría, para toda clase de servicios, la garantía legal del contrato por causa de incumplimiento.



COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO DE LA LEY DE PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES EN LOS JUZGADOS DE POLICÍA LOCAL

SERGIO VILLALOBOS RÍOS
Juez de Policía Local de Vitacura
Profesor de Derecho Procesal
Universidad Andrés Bello

I. COMPETENCIA

1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 19.496

Para iniciar el análisis de la Ley 19.496, es necesario distinguir el problema del ámbito de aplicación de este cuerpo legal. En la práctica, todos los problemas de competencia que se han presentado dicen relación precisamente con el ámbito de la aplicación de esta ley. Ella deslinda en lo civil, comercial y penal y, por lo tanto, saber qué materias están afectas a este cuerpo legal y qué no está afecto a él es difícil y complejo.

La regla general está establecida en el artículo segundo de la Ley 19.496. El artículo segundo establece, en su parte primera, que los actos jurídicos que en conformidad con el Código de Comercio u otras disposiciones legales tengan el carácter de mercantil para el proveedor y civil para el consumidor, estarán sujetos a esta ley. Esa es la norma básica, la regla general respecto de la competencia. Esta norma es fácil de entenderla. Podemos dar un ejemplo: si una persona va a comprar huevos a un supermercado y estos huevos estaban malos, estamos frente a un problema de la ley de protección al consumidor, porque el supermercado realiza un acto de comercio, pero el consumidor uno civil. Pero, si un supermercado le compra a su proveedor una cantidad determinada de alimentos y estos salen descompuestos, no estamos frente a la ley de protección al consumidor, porque estamos frente a un acto comercial para las dos partes.

2. EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL DE APLICACIÓN DE LA LEY 19.496

No obstante lo anterior, el mismo artículo segundo, en las letras siguientes, establece ejemplos que también son del ámbito de esta ley. Brevemente enunciados, estos son los actos de comercialización de sepulcros, actos que se refieren al arriendo de casas de veraneo, lo relativo a la educación, los contratos de vivienda —que también fue un problema bastante grave antes de esta modificación que hubo en la ley—, también aspectos de la salud, etc. Es curioso que la ley, no obstante haber señalado una regla general, luego señala ejemplos que también son del ámbito de aplicación de esta ley. Digo que es extraño porque, la verdad es que ejemplificar es malo, porque cuando quedan situaciones que no están dichas en los ejemplos, no es clara para el tribunal la determinación de si realmente se deben conocer o no se deben conocer.

Ahora bien, esta regla general tiene, luego en el artículo segundo bis, una conocida excepción. La excepción que es la que realmente causa la mayoría de los problemas de competencia. Dice el artículo segundo: “no obstante lo prescrito en el artículo anterior, las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios regulados por leyes especiales”. O sea, la regla general de los actos de comercio no se aplica a estas actividades, que son prácticamente todas las grandes actividades. Podríamos decir, entonces, que la actividad del comercio y el pequeño comercio serían prácticamente las actividades en las que, por excelencia, se aplica esta ley.

3. CONTRAEXCEPCIONES

Pero esta excepción tiene, a su vez, una contraexcepción. Señala el artículo segundo de la Ley 19.496: “Se aplicará la ley de protección al consumidor aun cuando existan leyes especiales de una actividad determinada, cuando en estas leyes las materias reclamadas que se hagan a los tribunales no estén contempladas en sus disposiciones”. O sea, en el silencio de la ley especial, va a regir la ley de protección al consumidor. Esta mecánica que establece la ley es bastante compleja y ha generado muchos problemas de competencia.

La Corte de Apelaciones de Santiago, que ha conocido prácticamente todas las contiendas de competencia por este concepto, termina derivándolas a los juzgados de policía local. Ha sido una tónica en ésta y otras materias que siempre ha caracterizado a las Cortes de Apelaciones y sin dar muchas razones, como vamos a ver posteriormente.

Por otra parte, existe en la ley una contraexcepción, relativa al conocimiento de las acciones civiles derivadas de las infracciones de la Ley 19.496. Esta consiste en que, cuando conozcan las infracciones a la ley las entidades públicas especializadas, por ejemplo, si se discute un asunto relativo al suministro de electricidad, y conoce la Superintendencia de Electricidad el asunto, y lo falla a favor del usuario o del consumidor, la demanda civil de indemnización de perjuicios la podrá deducir ante los juzgados de policía local. En otras palabras, los juzgados de policía local siempre van a ser competentes en definitiva para conocer de las acciones civiles derivadas de las infracciones de esta ley.

Es importante tener presente lo señalado, porque, en realidad, es bastante complicada esta situación. Yo creo que a una persona que no es abogado le es difícil de entender. No lo es tanto para nosotros, los letrados, quienes estamos acostumbrados a estudiar las reglas generales, las excepciones y las contraexcepciones.

¿Qué entiende el legislador por leyes especiales? O dicho de otra manera: ¿Qué es ajeno al ámbito de la competencia de los juzgados de policía local? Estas leyes especiales fundamentalmente se refieren, no porque lo diga la ley, sino que es una opinión, a las grandes actividades que se realizan en el país, por ejemplo, telefonía, electricidad, gas, salud en ciertos aspectos, agua potable sanitaria, etc. Todas estas actividades estarían fuera de la competencia de los juzgados de policía local.

Hay un ejemplo que grafica esta situación. En un momento determinado llegaron muchas denuncias a los juzgados de policía local por los cortes de energía eléctrica que se producían y que afectaban a los bienes de los particulares o consumidores o usuarios del servicio eléctrico. De acuerdo a la antigua ley, el asunto era tremendamente discutible. De acuerdo al nuevo texto de la ley, es menos discutible, y cabe preguntarse si esa persona reclama ante el juzgado de policía local o ante la superintendencia de servicios eléctricos.

A mí no me cabe ninguna duda que debería reclamarse, a este respecto, ante la Superintendencia de Servicios Eléctricos. Esto se debe a que la ley eléctrica establece un procedimiento de reclamo, aplicable a todo tipo de abusos o ilícitos que pudiera cometer una empresa eléctrica. No obstante eso, la Corte de Apelaciones de Santiago siempre cuando ocurren estas situaciones termina dándole la competencia a los juzgado de policía local. Las compañías eléctricas ya tienen escritos tipo muy estudiados y de varias páginas, en el sentido que son incompetentes las autoridades administrativas. Las razones que da la Il^{ta}. Corte de Santiago es que todas estas materias deben ser resueltas por un órgano jurisdiccional y no derivarlo al campo administrativo, como son las superintendencias que son fundamentalmente las que conocen estas leyes especiales.

4. SÍNTESIS SOBRE EL ÁMBITO DE LA LEY 19.496 Y SU EFECTO EN LA COMPETENCIA

En resumen, en cuanto a la competencia podemos decir que existe una regla general, que el acto de comercio sea para el proveedor y civil para el consumidor. La excepción consiste en que la actividad tenga una ley especial y, en ese caso, habría que reclamar ante la superintendencia respectiva, para que, con su propio procedimiento, establezca la sanción correspondiente. Lo anterior es sin perjuicio de las contraexcepciones. Ellas consisten, por un lado, en que se puede demandar civilmente en los juzgados de policía local los perjuicios que fueran causados por la infracción de una norma especial que regule un servicio exceptuado de la aplicación de la Ley 19.496. Por otro lado, el Juez de Policía Local debe conocer también todo aquello que no está contemplado en las leyes especiales. Fundamentalmente esto hace referencia, por ejemplo, a la publicidad engañosa. Si un banco realiza una publicidad engañosa o una empresa eléctrica o cualquiera de estas grandes empresas que están sujetas a superintendencias del Estado, la competencia va a ser de los Juzgados de Policía Local.

¿Qué sucede cuando las partes llevan al árbitro un contrato determinado? Esto es lícito hacerlo. ¿Se produce la prórroga hacia esos tribunales de las materias de la ley de protección al consumidor? Al parecer sí, porque el artículo 16 letra F de la Ley 19.496 establece en los contratos de adhesión la posibilidad de nombrar un árbitro. No dice expresamente que se pueda nombrar un árbitro, sino que la letra F expresa que, si en estos contratos se designa árbitro, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre por el juez letrado competente. De esto deducimos que si se nombra a un árbitro, la competencia va a ser del árbitro y no de los Juzgados de Policía Local.

Casi siempre los contratos de las grandes empresas que prestan servicios están designando árbitros y, por lo tanto, se está pidiendo la incompetencia de los tribunales de policía local en muchos casos.

II. PROCEDIMIENTO

1. INTRODUCCIÓN

Analicemos ahora el procedimiento que establece la Ley 19.496 para los casos de intereses particulares. El artículo 50 es el que regula esta materia. Este artículo fue totalmente modificado por la última Ley 19.955, que no tiene más allá de un año de vigencia. La verdad es que

los antiguos artículos 50, 51 y 52 no eran normas que regularan el procedimiento con gran claridad. Considero que esto es consecuencia de que los proyectos de ley, al ser discutidos y modificados en el Congreso Nacional, pierden coherencia y con ello, muchas veces, su sentido original. Las modificaciones a la Ley 19.496, al ser discutidas, fueron objeto de muchas proposiciones de legisladores, lo que en definitiva resultó en un texto completamente distinto a lo que se pretendía en un primer momento.

En el artículo 50, la ley establece: "Las acciones que derivan de esta ley se ejercerán frente a actos o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores. El incumplimiento de las normas contenidas en la presente ley dará lugar a las acciones destinadas a sancionar al proveedor que incurra en infracción, anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, obtener la prestación de la obligación incumplida, hacer cesar el acto que afecta al ejercicio de los derechos de los consumidores, a obtener la debida indemnización de perjuicio o la reparación que corresponda".

Esta disposición ejemplifica algunos casos y no establece un principio general.

2. ACCIONES QUE PUEDEN INTERPONERSE EN POLICÍA LOCAL

La pregunta que debemos hacernos es: ¿Qué acción se puede deducir en los Juzgados de Policía Local? Entendemos por acción la facultad de solicitar un derecho o el reconocimiento de un derecho ante los Tribunales de Justicia. Este artículo, al parecer, se refiere a acciones de tipo infraccionales y a acciones de tipo civil por los ejemplos que da. Dice que el juez de policía local es competente cuando se persiga el castigo ante infracciones a la ley, o anular cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. También, en el caso que se promuevan acciones cuya finalidad sea obtener la prestación de la obligación incumplida y hacer cesar el acto que afecta al ejercicio de los derechos de los consumidores. Considero que puede percibirse una dualidad de acciones. Una acción infraccional y una acción civil propiamente tal.

El antiguo artículo 50 fue muy discutido, con respecto a si se podía iniciar un juicio ante los Juzgados de Policía Local sólo mediante una acción civil. Había muchos jueces que estimaban que no. O sea, tenía que primero deducirse una denuncia y, probada la infracción, a la ley tenía como consecuencia la correspondiente indemnización de perjuicios. Esto ha cambiado ahora y es indudable que la ley establece la posibilidad de iniciar este proceso también por demanda civil solamente.

3. REGLAS PROCEDIMENTALES. EL PROBLEMA DE LA COMPARECENCIA SIN ASESORÍA LETRADA

La ley establece que el procedimiento que deberá aplicarse cuando se refiere a los derechos individuales será el procedimiento establecido en la Ley 18.287, es decir, el procedimiento de los Juzgados de Policía Local. Así planteadas las cosas, a mi juicio, se puede iniciar un procedimiento de ley de protección al consumidor, por denuncia de un particular que puede ser ante el juzgado, ante el SERNAC o ante Carabineros. Llegan muchas denuncias ante Carabineros por querrela, no obstante que no se ajusta mucho a la naturaleza propia de esta ley, y denuncias ante el juzgado y por demandas civiles. Por estas cuatro formas podría iniciarse el procedimiento.

Las diferencias entre una demanda, una querrela y una denuncia, son fáciles de reconocer para letrados. Pero cuando el juez está frente a un particular, el asunto se torna complejo. ¿Por qué razón? Porque la ley establece que pueden concurrir a los Juzgados de Policía Local a hacer sus denuncias sin el patrocinio de un abogado. Yo diría que el 90% de las acciones se interponen sin patrocinio de un abogado. No obstante, el concepto de acción no es comprendido por los particulares legos. En consecuencia, es difícil determinar cuál es la verdadera intención de un particular que recurre al Tribunal, a Carabineros o al SERNAC. Por ejemplo, el juez frente a una carta, por así llamarla, en que reclama un particular sus derechos, ¿debe tenerla como denuncia o como demanda civil de indemnización de perjuicios? Es bien difícil el problema.

Es muy difícil determinar la voluntad de una persona que se acerca al tribunal y realiza un relato como el siguiente: "Resulta que yo fui a comprar un refrigerador y éste me salió malo. Señor juez, solicito que se castigue con la máxima de las sanciones a tal empresa por haberme vendido este refrigerador que salió en mal estado". El consumidor cree que el juez va a decretar la devolución, el cambio del producto o una indemnización de perjuicios. Como es obvio, no nos cabe ninguna duda que eso no puede hacerse, pues incurriríamos en un vicio de ultrapetita. Esto genera desilusiones y reclamos. Los afectados sostienen que no quieren que le den plata al Fisco o a las Municipalidades mediante multa, sino que prefieren una indemnización. Sin embargo, es difícil que comprendan que no se les otorgará, pues no lo han solicitado. Es complejo explicarles que no lo solicitaron oportunamente y, por lo tanto, no pueden obtener indemnización. ¿Cómo explicar a un lego el vicio de ultrapetita? La verdad es que es un problema muy grande.

Esto va muy unido a la crítica tantas veces formulada, pero desoída, de que los consumidores deben ser, por lo menos, patrocinados por

abogados de la Corporación de Asistencia Judicial o de consultorios que se establecieron en las Municipalidades, con respecto a las denuncias efectuadas por los particulares de la ley de protección al consumidor. La norma que admite la comparecencia sin patrocinio es una medida populista, porque el consumidor entra perdiendo el juicio, ya que él no sabe lo que es una demanda civil, y menos sabe lo que es probar los hechos. Por lo tanto, se ha hecho un mal favor estableciendo esta disposición de poder actuar solos.

¿Esta demanda civil puede ser asesorada por el tribunal? Es indudable que no. La mayoría de los consumidores llegan no a las puertas del SERNAC, sino que llegan a los Juzgados de Policía Local pidiendo asesoría sobre la nueva ley. Los tribunales no pueden prestar asesoría. No pueden dar formularios de acciones. No aconsejar sobre cómo demandar o qué estrategia seguir. Por el contrario, deben guardar silencio. Los jueces han de ser imparciales. Pero esto es incomprendido por la gente.

Algunos jueces de Policía Local propusimos que hasta cierto monto, que calculábamos del orden de los 400 o 500 mil pesos, se tramitara el asunto sin forma de juicio. Porque es natural que si hay un consumidor que no es abogado, el juez debiera tener la plena libertad de hacer justicia *in actum* sin aplicar normas de carácter procesal. Sin embargo, esto fue rechazado y se estableció que desde un peso hasta cualquier monto se aplicaban las normas de la Ley 18.287. Como vamos a ver más adelante, sólo se limitó el recurso de apelación, lo que fue como una gran concesión. La verdad es que hubiera sido mucho más fácil que los jueces resolvieran este asunto en una audiencia. El procedimiento oral, tan en boga hoy en día, es la mejor forma en que podría darse protección en esta ley en lo que se refiere a los problemas de particulares, no así en el interés colectivo, sino de aquellos que van a reclamar a un Juzgado de Policía Local un derecho individual.

4. REGLAS DE COMPETENCIA EN CUANTO AL TERRITORIO

Volviendo un poco a la competencia misma. ¿Qué Tribunal de Policía Local es competente para conocer una denuncia particular? La verdad es que la ley establece cuatro tribunales competentes. El artículo 50 letra A señala que es el de la comuna en que se hubiese celebrado el contrato, el que se hubiere cometido la infracción, después se agregó a la ley nueva, donde se haya dado comienzo a la infracción y, respecto a los contratos celebrados por medios electrónicos, la comuna en que resida el consumidor. Lo cierto es que es bastante clara la competencia respecto de qué tribunal debe conocer el litigio.

5. INICIO DEL PROCEDIMIENTO POR DENUNCIA ANTE EL SERNAC

El artículo 50B establece que se aplicará la Ley 18.287, que es la ley de los Juzgados de Policía Local, al procedimiento de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, en el silencio de ella, en cuanto se refiere al Procedimiento, y, como ya dijimos, este procedimiento se podía iniciar por denuncia, por demanda o por querrela. Entonces cabe preguntarse: ¿Procede la denuncia del SERNAC? ¿Puede el SERNAC denunciar un acto que este organismo considere que constituye una infracción a la ley? Yo estimo que sí, porque la ley de los Juzgados de Policía Local precisamente se caracteriza al establecer dos tipos de procedimientos. Uno que es el de denuncia de autoridad y otro que es el de denuncia o demanda de particulares, y establece procedimientos distintos para uno o para otro.

Por lo tanto, si un inspector de SERNAC cursa una denuncia deberá darse tratamiento como una denuncia de una autoridad. Es decir, al no haber contraparte civil, el juez tendrá una denuncia hecha por un testigo abonado, porque los inspectores no son ministros de fe, sino que testigos muy abonados, y, por lo tanto, el juez le dará, si estima pertinente, curso a la multa o no. Esta denuncia obviamente debe ser sorprendida por el inspector fiscal y denunciada al juzgado, lo que prácticamente no se da en la realidad. No me refiero al caso en que el particular entrega una denuncia al SERNAC y este organismo lo envía al juzgado.

6. LA CITACIÓN PARA DECLARACIÓN INDAGATORIA Y NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA

a) El problema del emplazamiento

La antigua ley, previa a la modificación, establecía un procedimiento bastante engorroso en que se citaba a las partes al quinto día después de notificar, etc. Era una especie de juicio sumario, sin serlo. Actualmente eso se derogó y rige plenamente la Ley 18.287. Esta ley establece que se citará a las partes a un comparendo de contestación y prueba. Debe destacarse que la Ley de los Juzgados de Policía Local fue una de las leyes más modernas que se han dictado en este país teniendo presente que ésta se dictó hace 40 o 50 años. En ella, se estableció una sola audiencia para la realización del juicio, cosa que fue revolucionaria en su época.

En la práctica, los Juzgados de Policía Local han optado por citar previamente —y no sólo en este tipo de materias de protección al consumidor, sino que en todas las materias que conocen los Juzgados de Policía Local— a las partes a prestar una declaración indagatoria. Fundamentalmente,

porque no obstante no establecer esa ley este trámite, los particulares no rinden pruebas y, por lo menos, el juez tiene la confesión de las partes para poder dictar alguna sentencia, porque sin declaración indagatoria y sin pruebas no hay forma de fallar el proceso.

Por lo tanto, se cita a una declaración indagatoria, que también va a cumplir otro objetivo muy importante dentro de este procedimiento, y es que a la persona se le va a emplazar. De este modo, se logra la bilateralidad de la audiencia, porque cuando el denunciado, que normalmente va a ser una empresa o un comercio, es citado a declarar, se le notifican en ese momento la denuncia, la demanda y la fecha de realización del comparendo. Queda, en consecuencia, debidamente emplazado. Si no fuera así, y nosotros nos rigiéramos estrictamente por lo que establece el texto de la Ley 18.287, solamente debiéramos citar a comparendo. Pero, ¿quién cita a comparendo? ¿Quién encarga la notificación personal a un receptor? ¿Quién asume el costo?

Los Tribunales de Policía Local no tienen citadores. En 2004 se dictó una ley en la que se estableció que los Tribunales de Policía Local y los antiguos Juzgados del Crimen no podían citar por Carabineros, por lo tanto, debían hacerlo con las entidades respectivas que cursaban las denuncias. En este caso, serían los inspectores del SERNAC, pero el SERNAC no tiene inspectores para citar. O sea, no se puede citar. ¿Qué habría que hacer? Tiene que pagarse un receptor, y al pagar un receptor la señora que llega con su reclamo en contra de una gran tienda, por ejemplo, por un artefacto que le salió malo o un vestido manchado, no va a pagar a un receptor para que notifique una denuncia o una demanda. Sin embargo, de acuerdo a la ley, debiera ser así. Ese es el sistema. Por eso, los Jueces de Policía Local hemos buscado una situación más bien de economía procesal o cierta manera de salir adelante, en el sentido de citar por medio de inspectores municipales a las dos partes a prestar una declaración indagatoria y ahí notificar la demanda, notificar la denuncia y citar a comparendo.

b) La notificación

La notificación debe ser personal, es indudable. El artículo 7 de la Ley 18.287 establece que cuando se trata de denuncia, querrela o demanda particular debe notificarse personalmente y/o por el artículo 44. No por el artículo 44 del CPC, sino que por el artículo 44 que está prácticamente transcrito igual en la ley. Entonces también es bastante engorroso y, por las razones expresadas, se está actuando de esa manera. Respecto del denunciante o demandante, se le va a notificar la citación a comparendo y la providencia de la demanda por carta certificada, que es la regla

general del sistema de notificación de los Juzgados de Policía Local, y no el estado diario, como es en los Juzgados de Letras.

7. COMPARENDO DE CONTESTACIÓN Y PRUEBA

a) Contestación

Una vez notificada la demanda y prestada esta declaración indagatoria, que dijimos que estaba creada por la jurisprudencia, viene el comparendo. Es un comparendo de contestación y prueba. En esta audiencia existen momentos procesales que deben ser respetados. En primer lugar, se contesta la demanda. Normalmente, la contestación de la demanda es contundente, porque son abogados de empresas los que concurren a contestarlas. Luego, la parte demandante puede hacer observaciones a la contestación y, posteriormente, el juez llama a avenimiento. La verdad es que el avenimiento es una magnífica herramienta para el juez en estos casos. Siempre los jueces señalamos a los funcionarios que hagan pasar a las partes para lograr un avenimiento y en la mayoría de los casos se obtiene. Es una buena forma para dar término al litigio, sobre todo, a aquellos asuntos de poca monta.

Durante este comparendo se presentan situaciones bastante particulares. No por la contestación de la demanda misma, porque es la defensa del juicio, sino por la interposición de las excepciones dilatorias, que nos causan un problema tremendo. ¿Hasta dónde puede el juez acoger una excepción dilatoria, cuando el proceso parte con errores garrafales al establecer la ley que se comparece sin el patrocinio de un abogado? Como es comprensible, los Jueces de Policía local deberíamos acoger todas las excepciones dilatorias que se presentan, las que usualmente tienen fundamento suficiente. A este respecto, se presenta, además, un nuevo problema: ¿Al momento que se interpone una excepción dilatoria, por ejemplo la ineptitud del libelo, debe suspenderse el comparendo para que el demandante rectifique su demanda?

No podemos hacer aquello, como sucede en los demás procesos de la justicia ordinaria. ¿Por qué razón? Porque si se suspende el comparendo para que el demandante rectifique su demanda y presente una nueva, éste, en los hechos, no sabrá cómo hacerlo. Lo anterior se ve agravado en razón de que el tribunal no puede asesorar al demandante. Por lo tanto, en la práctica las excepciones dilatorias se dejan para definitiva. Esta situación es bastante extraña procesalmente hablando; pero, en mi opinión, no cabe alternativa. Sin embargo, al actuar de esa manera se perjudica al consumidor, pues no cabe duda de que si el juez acoge la excepción dilatoria en la sentencia definitiva, el actor ya no tiene una nueva oportunidad de enmendar su demanda.

b) Prueba

En cuanto a la prueba que se presenta en esta audiencia, los jueces de policía local fallan de acuerdo a la sana crítica. Fallar de acuerdo a la sana crítica es fallar de acuerdo a la lógica y a la experiencia. En mi opinión, nuestra legislación tiene al reconocimiento generalizado de la regla de la sana crítica. Así, la nueva legislación penal, de familia, laboral, de menores, de policía local, etc. Podríamos decir que gran parte de los juicios se están fallando de acuerdo a la sana crítica. Y ésta implica un mayor trabajo para el juez, en el sentido que debe demostrar, de acuerdo a la inteligencia, por qué llega a un resultado. Debe utilizar la lógica.

Un fallo debe socializarse, en el sentido que cualquiera que lea un fallo sepa por qué se está llegando a ese resultado. No como un fallo tradicional del sistema reglado, que es el que ha regido en nuestro país para el sistema civil, en el sentido que los fallos son difíciles de entender por cualquier persona, porque los jueces aplican las normas reguladoras de la prueba de manera absoluta. Esto es opuesto al sistema de la sana crítica, donde el juez llega a conclusiones razonadas con independencia del criterio legal. Ahora bien, ¿a estas conclusiones se les puede aplicar el procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Civil para rendir la prueba? Es decir, ¿pueden los jueces que fallan de acuerdo a la sana crítica admitir las tachas? ¿Se pueden acompañar los documentos privados bajo el apareamiento del artículo 346 número 3 o los documentos públicos con citación? Es indudable que no, porque, por ejemplo, no podría concederse plena prueba, si no es impugnado un documento dentro del sexto día. De acuerdo a las normas generales del Código de Procedimiento Civil, éste se aplica supletoriamente a la Ley 18.287, por lo que el juez, al fallar de acuerdo a la sana crítica, no podría aplicar las normas reguladoras de la prueba. Por eso es que los documentos privados deben acompañarse con citación, pero con una citación bastante especial, que tiene el sentido de darle a la otra parte un plazo para que se hagan las observaciones que se estimen pertinentes.

En el caso de los testigos, se presentan aún mayores problemas. Es impresentable pensar que un testigo va a declarar en un juicio sin que existan posibilidades de que sea repreguntado o contrainterrogado, y se apliquen las normas del Código del Procedimiento Civil de la rendición de la prueba. Considero que estas normas son aplicables, pues corresponden a principios generales de Derecho. De otro modo, el juicio sería un caos. El sentido común debe guiar el criterio del juez para aplicar las normas mínimas de rendición de la prueba del Código de Procedimiento Civil.

Con respecto a la absolucón de posiciones, ¿sería justo que un juez que falla de acuerdo a la sana crítica, aplicara las disposiciones que dan

por confeso al absolvente, de lo establecido afirmativamente en el pliego, en razón de que éste no concurrió a la segunda citación? Estimo que no. El juez debe aplicar la lógica. No podría demostrar un juez que falla de acuerdo a la lógica en la sentencia, que llegó a una conclusión, porque la persona no concurrió a la segunda citación.

En cuanto a las medidas para mejor resolver, ellas son muy útiles en estos procedimientos, porque como existe poca prueba, muchas veces los jueces, cuando estudian el expediente para dictar sentencia, decretan las medidas que estiman pertinentes. No es que vayan a mejorar la prueba de una de las partes, pero siempre hay cabos sueltos que, en ese momento, el juez va a tratar de solucionar por vía de este medio que establece la ley.

8. LA SENTENCIA

Para tratar este tema, debe precisarse si estamos frente a una sentencia de tipo infraccional o una de tipo civil. Existe la idea entre algunos jueces que siempre tiene que existir una condena infraccional para que posteriormente se acoja la demanda civil. Estimo que no es así. Considero que la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, en el artículo 50, dejó claramente establecido, con los ejemplos que da, que puede iniciarse un procedimiento sólo a través del ejercicio de una acción civil. Ahora bien, ¿el juez, cuando acoge la acción civil en la sentencia, debe condenar infraccionalmente, es decir, condenar a que se pague una multa, a aquella persona que incumplió un contrato civil? Es bien dudoso. La mayoría de las veces los jueces no las aplican. Hay, por ejemplo, empresas que se dedican a los tiempos compartidos, que son objeto de cientos de denuncias. Es indudable que el juez considera que hay una reiteración en las ilegalidades cometidas, aunque haya sólo demandas civiles, debe imponerse una multa para sancionar este hecho.

a) Sentencia civil

Es importante señalar, en lo que se refiere a la parte civil de la sentencia, la enorme importancia que ha estado adquiriendo el daño moral. Se ha creado una nueva cultura de daño moral en este país, a mi juicio, con la dictación de esta ley. Los jueces y, sobre todo, las Cortes, antiguamente no tenían, a mi juicio, una cultura por daño moral. En el caso de los cuasidelitos de homicidio o a lesiones graves, la verdad es que las valorizaciones que se hacían de una muerte o de la pérdida de un miembro eran bajísimas. Desde la dictación de esta ley, y desde que se empezaron a aplicar por parte de los juzgados multas altas por daño moral, los jueces ordinarios subieron la cuantía de los daños morales en todo sentido. Muchas veces

el más duro castigo para un proveedor que ha sido incumplidor de la ley es condenarlo a la indemnización del daño moral.

Es curioso que, en las primeras sentencias que se dictaban por parte de los Juzgados de Policía Local, había una fundamentación de lo que era el daño moral y de por qué se dictaba. Con el aumento de los casos que ingresan en los Juzgados de Policía Local, se ha dejado de hacer este análisis de lo que es el daño moral, y el juez lo concede lisa y llanamente. Por otra parte, el daño moral se valoriza de acuerdo a las normas de la sana crítica, sin mayor fundamentación en lo relativo a su significado.

b) Sentencia infraccional

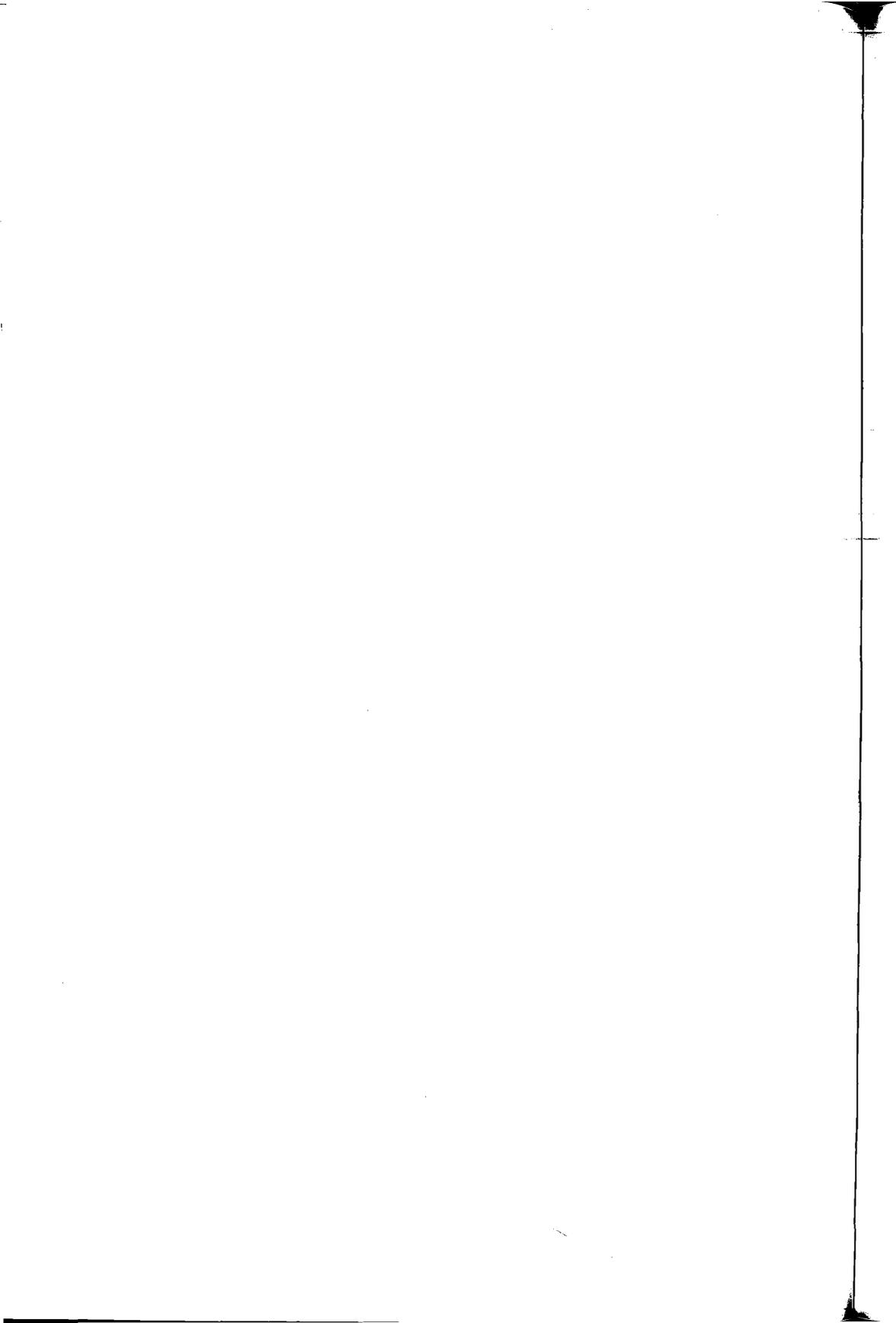
Si hay un caso netamente infraccional, es decir, si no hay demanda, se va a aplicar una multa, y si no se paga la multa, puede decretarse arresto, de acuerdo a una tabla que establece la Ley 18.287.

c) Ejecución de la sentencia

En cuanto al cumplimiento del fallo, la Ley 18.287 establece que éste se ejecuta de acuerdo a las normas del cumplimiento incidental del fallo y del procedimiento del Código Civil, pero no se modificó el plazo de un año para hacer uso de ese procedimiento, sino que el plazo es de 30 días, transcurridos los cuales sólo cabe el juicio ejecutivo. Debí haberse modificado este plazo cuando se modificó el Código de Procedimiento Civil, pero nunca se hizo. En la práctica, no se utilizan los juicios ejecutivos después de los 30 días, sino el cumplimiento incidental, salvo que las partes se opongan a ello. Pero también aquí se debe hacer un comentario sobre el cumplimiento incidental. Cuando se debe dinero, este procedimiento no provoca problemas, pues basta decretar el embargo. No obstante, gran parte de las sentencias que dictan los Jueces de Policía Local son de obligaciones de hacer. Esto acarrea nuevas dificultades, pues si resulta complejo que un lego plantee correctamente una demanda relativa a obligaciones de hacer, es aún menos probable que pueda plantear una demanda correcta tratándose de obligaciones de no hacer.

d) Recursos

La apelación procede, pero solamente cuando la cuantía sea superior a 10 UTM. No hay casación ni en la forma ni en el fondo. Se puede interponer recurso de queja sólo cuando no procede otro recurso. Por lo tanto, este recurso procede en aquellos casos en que la cuantía es menor de 10 UTM y respecto de la sentencia de la Corte de Apelaciones, pues cabe recurso de casación.



EL PROCEDIMIENTO PARA LA DEFENSA DE INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LA LEY 19.496

MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN
Profesora de Derecho Procesal
Universidad de los Andes

I. GENERALIDADES

La protección jurídica de los intereses colectivos y difusos nace como consecuencia de la transformación que la sociedad ha venido experimentando especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial, que se ha reflejado también en el surgimiento de nuevas formas de conflicto y de mecanismos que se precisan para su solución.

La sociedad contemporánea ha sido calificada como una sociedad de masas, en la que las relaciones son cada vez más complejas: hay agrupaciones de diversos tipo (partidos políticos, sindicatos, asociaciones, etc.) o simplemente individuos afectados por infracciones del ordenamiento jurídico que tiene relevancia colectiva.

1. HISTORIA DE LA PROTECCIÓN DE INTERESES SUPRAINDIVIDUALES

Comparado con los distintos problemas jurídicos tradicionales, el de la protección jurídica de los intereses supraindividuales, especialmente en lo relativo a la protección de los consumidores y usuarios, tiene una historia relativamente corta¹. Hasta finales del siglo pasado, la figura del

¹ Solamente en los años sesenta se multiplican las declaraciones y normativas tendientes a la protección del consumidor. Estados Unidos fue el pionero en plasmar la defensa de los consumidores, y siguiendo el ejemplo norteamericano los países industrializados han reaccionado de forma paralela. Fue a partir del mensaje al Congreso que expusiera el día 19 de marzo de 1962 el Presidente John F. Kennedy sobre la protección de los intereses de los

consumidor no tenía importancia en el orden económico y social, puesto que se pensaba que los mecanismos del mercado, dentro de un sistema de equilibrios económicos, eran capaces por sí mismos de asegurar su protección. Esta situación se vio pronto superada como consecuencia del desenvolvimiento económico que generó una tendencia monopolística dentro del mercado. El Estado surge entonces como representación de un poder institucionalizado y encomendado a la protección de la libertad de los sujetos en cuanto a sus relaciones económicas.

Lo anterior se manifiesta principalmente en el fenómeno de la contratación en masa, que uniforma las cláusulas contractuales y establece condiciones generales en la contratación como respuesta a la necesidad de distribuir productos o servicios homogéneos².

Esta etapa se caracteriza también por la politización de los derechos sociales, económicos y culturales, y se desarrollan dos fenómenos que son indisociables: la emergencia de nuevos grupos sociales de particulares condiciones y la identificación y categorización de intereses que, si bien se pueden determinar de pertenencia individual, en razón de su importancia colectiva se establecen como propios de esos grupos o categorías sociales y que han sido denominados por la doctrina intereses supraindividuales o transindividuales³. Se enmarcan dentro de lo que se ha conocido como derechos de tercera generación o derechos humanos de la solidaridad, encontrando su origen científico en la teoría de VASAK, sobre la dimensión internacional de los derechos del hombre. En ella, junto a la reconocida distinción entre derechos civiles, políticos, económicos y culturales, habla de estos nuevos derechos, que son aquellos que proceden de una cierta concepción de la vida en comunidad, y sólo se pueden realizar por la conjunción de los esfuerzos de todos los que participan en la vida social⁴.

consumidores con el que se inició el movimiento de protección y defensa de los mismos, y que se extendió con mucha rapidez, creándose asociaciones, doctrina y leyes especiales para esta materia. En Inglaterra destaca la Consumer Protection Act, de 1961.

² Cfr. Rodríguez López, R., "Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios", en *Actualidad Civil* N° 56, año 1990, p. 402. En este mismo sentido Bonet Navarro, A., "Protección eficaz y acceso a la justicia de los consumidores", en *Estudios sobre Consumo*, N° 16, 1989, p. 20, quien señala que "aquí opera una paradoja que, considerada en su estructura, puede explicar, bien que parcialmente, los efectos del fenómeno del consumo. Mientras que el producto se acerca al consumidor por una publicidad que se le ofrece rompiendo la frontera de la intimidad privada del ciudadano, el productor responsable del producto se aleja del consumidor, bien físicamente por el establecimiento lejano del centro de producción, bien jurídicamente por la interposición de intermediarios, lo que crea trabas en orden a la exigencia de la calidad y del cumplimiento de lo que impone la buena fe contractual".

³ Como expresa Acosta Estévez, J., *Tutela procesal de los consumidores*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 40: "Estamos en presencia de unos intereses que pertenecen a todos y cada uno de los miembros integrantes de la sociedad. Por tanto, encontramos el reconocimiento de una realidad social: la existencia de unos intereses que precisan protección jurídica y tutela procesal". Se concluye así que las relaciones humanas son decisivas en la aparición de nuevos y distintos intereses en los que aparecen implicados diversos sectores sociales.

⁴ Cfr. Vasak K., "Human rights: as a legal reality", en *The international dimensions of human rights* (ed. Vasak, K), Greenwood Press, Connecticut, 1982, pp. 3-10.

2. CARACTERÍSTICAS DE LOS INTERESES PROTEGIDOS

Los derechos que se identifican como pertenecientes a esta nueva generación tienen en común dos notas: primero, no proceden de la tradición individualista o socialista de la primera y segunda generación; y segundo, se sitúan al principio de un proceso legislativo, lo que les permitirá ser reconocidos en el futuro como derechos humanos. Su fundamento primero radica en la solidaridad, valor que recibe su elaboración teórica moderna de la mano de DURKHEIM. Puede ser entendida como un factor social, un principio jurídico-político y un principio jurídico-constitucional. Como valor jurídico sustentador de estos derechos, podemos definirla como "la conciencia conjunta de derechos y obligaciones, que surgiría de la existencia de necesidades comunes, de similitudes, que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento"⁵.

Estos intereses poseen también una dimensión social, puesto que pertenecen a una colectividad de personas y solamente a éstas. Intereses de masas que comportan ofensas de masas y que ponen en contraste grupos, categorías, clases de personas. Aquí se insertan los intereses de los consumidores, los intereses medioambientales, los de usuarios de servicios públicos, de los inversionistas y de todos aquellos que integran una comunidad compartiendo sus necesidades⁶.

La tutela individual de los derechos e intereses legítimos y, por ello, las propias estructuras procesales clásicas se muestran insuficientes para dar cumplimiento a los mandatos constitucionales y legales de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas para el individuo, pero también para los grupos en que éste se integra. En este sentido, CAPPELETTI, hace ya tres décadas, anticipaba cambios importantes y "oleadas" de reforma en el ámbito del acceso a la justicia, una de las cuales estaba encaminada a asegurar la tutela jurisdiccional de ciertos derechos e intereses particulares importantes y especialmente vulnerables en las sociedades postindustriales que se basan en la masificación de la producción, de la distribución y del consumo⁷.

La protección de esos intereses, como señalaba CAPPELETTI, pone de manifiesto la insuficiencia de los mecanismos tradicionales del proceso y de la tutela jurisdiccional, y plantea el desafío de buscar nuevas formas

⁵ De Lucas J., *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, p. 29.

⁶ Bujosa Vadell, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 21. Agrega el autor que "el individuo, por su temor, su desconocimiento o su impotencia ante fuerzas más poderosas, como pueden ser las grandes empresas, se ve obligado para defender sus intereses, a reforzar sus vínculos de solidaridad con aquellos que ostentan intereses próximos a los suyos".

⁷ Cfr. Cappelletti, M., "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 83, 1995, pp. 1-40.

y tipos procesales que permitan reformular y adaptar los conceptos y principios clásicos. Agrega BERIZONCE que "una tutela efectiva, y no sólo nominal de tales derechos 'de incidencia colectiva', requiere permitir y hasta estimular el 'acceso' de los representantes (públicos y privados) de aquellos grupos desorganizados, de contornos imprecisos y a menudo difíciles de precisar, admitiendo una suerte de legitimación especial y ampliada para estar en juicio por la totalidad de la clase o categoría del interés difuso que defienden. En paralelo, afirmaba, se requieren articular vías y procedimientos no menos singulares, apropiados para la tutela diferenciada de los derechos en juego, en los que se involucran las responsabilidades de las partes, los poderes y deberes de iniciativa y de control del juez y los efectos mismos de las decisiones por el alcance particular de la cosa juzgada"⁸.

3. FORMAS DE PROTECCIÓN DE ESTOS INTERESES

El Derecho, y en particular el proceso, deben cumplir tareas hasta hace poco desconocidas, que exigen nuevos tipos de tutela. Lo anterior se deja sentir con tal fuerza, que la protección del consumidor se transforma en un principio inspirador del ordenamiento jurídico que altera y modifica el principio de la autonomía de la voluntad como expresión de la libertad de contratación⁹.

⁸ Berizonce, R. Presentación del libro *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, (coord. Gidi A. y Ferrer Mac-Gregor, E.), Porrúa, México, 2003, pp. XV-XVI.

⁹ González Vaqué, L. "El Derecho de consumo: ¿una disciplina jurídica autónoma?", en *Estudios sobre Consumo*, N° 22, 1991, p. 11, considera que "es un principio generalmente aceptado que los consumidores tienen necesidad de protección: sin embargo, las reglas tradicionales del Derecho no cumplen satisfactoriamente esta necesidad más que de una forma parcial. Así, por ejemplo, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, los consumidores se encuentran a menudo obligados por contratos que se ven forzados a aceptar, a pesar del desequilibrio de las recíprocas prestaciones. La mayoría de las soluciones que el Derecho clásico prevé (el consentimiento, la garantía por los vicios ocultos, etc.) son de escasa utilidad para los consumidores, especialmente debido a la dificultad de la prueba, los elevados costos de las acciones judiciales, etc.". Así como las organizaciones de consumidores han alcanzado distintos niveles de eficacia, en la misma medida los gobiernos han respondido de distinta manera a sus presiones. En líneas generales los estados miembros pueden subdividirse, en este aspecto en dos categorías: aquellos en los cuales los gobiernos han instituido un organismo único encargado de los asuntos del consumidor y aquellos en que dichas cuestiones son tratadas por uno o varios ministerios. Los resultados obtenidos en los Estados miembros, por lo que concierne a la protección de los intereses de los consumidores, difieren también en el aspecto legislativo. A nivel normativo se refleja consecuentemente toda esta evolución en diversas regulaciones, y así se destaca la Carta de Protección de los Consumidores, aprobada por la Asamblea Constitutiva del Consejo de Europa de 17 de mayo de 1973, adoptada por el Comité de Ministros el 16 de noviembre de 1976, sobre las cláusulas abusivas en los contratos concluidos por consumidores y métodos de control apropiado y el Convenio europeo sobre la responsabilidad derivada de los productos en casos de lesiones corporales o muerte y

Para hacer frente a los requerimientos de estas nuevas situaciones la doctrina ha señalado que pueden adoptarse estos dos criterios: uno tradicional, que trataría de acomodar estos nuevos supuestos a los esquemas tradicionales y otro más dinámico, que parte de las soluciones de la experiencia ofrece, pero que trasciende a ámbitos más pluriformes en el tratamiento. En efecto, puede pensarse conforme al primer criterio que la *summa divisio* entre Derecho Público y Derecho Privado sigue vigente y que bastaría, según la distinción entre interés privado e interés público, mantener la accionabilidad de los primeros en su plano primitivo, en tanto que todo sujeto privado puede, limitándose al concreto perjuicio experimentado, solicitar el resarcimiento de los intereses sociales pretendidamente perjudicados. Para la otra postura, en algunos aspectos del Derecho la distinción entre lo público y lo privado se encuentra en crisis, por lo que debe acudir a soluciones conjuntas que no representarán alternativas unívocas, procurando una potenciación de todos los sujetos posibles accionantes, de manera que a la diversidad de actuaciones lesivas pudieran corresponder también diferentes alternativas o medios de defensa.

Pioneros en la defensa de estos intereses supraindividuales son los sistemas del *Common Law*, en especial el de las *class actions* del sistema norteamericano, que a su vez se funda en la *equity*¹⁰ y tiene antecedentes en el *Bill of Peace* del siglo XVII¹¹.

En los sistemas de *Civil Law*, fue la legislación brasileña la primera en introducir este tipo de tutela mediante la reforma de la Ley de acción

la Resolución aprobada por el Consejo de Ministros de la Comunidad Económica Europea el 14 de abril de 1975, en que afirma que "en lo sucesivo el consumidor no es considerado solamente como un comprador o un usuario de bienes o servicios para un uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarles directa o indirectamente como consumidor". La última referencia a la protección de los intereses de los consumidores y usuarios se recoge en el Tratado de Maastricht que otorga a instancias supranacionales la posibilidad de adoptar acciones concretas para la protección de los intereses de los consumidores y usuarios como apoyo y complemento de la política llevada a cabo por cada uno de los Estados, y con todo lo que ello conlleva.

¹⁰ El origen de la acción colectiva se encuentra en las "Cortes de Equidad" (Equity Courts) del Reino Unido, y era una acción propia de todas las personas afectadas por un decreto cuando su número hacía imposible citarlas a todas a un juicio. David Field fue quien inició el movimiento de la reforma procesal norteamericana, que culmina en 1938 con la redacción de las Reglas Federales para el Procedimiento Civil. Pero no fue hasta 1966 cuando se reformó la regla 23 de estas Reglas Federales, que permite a los consumidores y ambientalistas, entre otros, hacer valer sus derechos mediante la acción de clase. Cfr. en este punto Pellegrini Grinover, A., "Introducción", *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, (coord. Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E.), Porrúa, México, 2003, p. XXXII y ss.

¹¹ El *Bill of Peace* se remonta a la Inglaterra del siglo XVII en la Court of Chancery, y su propósito consistía en que aquellas personas que tuvieran pequeños reclamos unificados por un mismo interés no perdieran la posibilidad de ejercerlos.

popular. Luego, la introdujo en la ley de 1985 sobre "acción civil pública", y en 1990 la perfeccionó en el Código de Defensa del Consumidor, cuyas disposiciones procesales son aplicables a la tutela de cualquier interés supraindividual. En ese mismo texto legal, creó la categoría de los intereses individuales homogéneos, cuya protección posibilita la reparación de los daños individualmente sufridos, que en el sistema de las *class actions* norteamericanas corresponden a las *class actions for damages*.

En lo que respecta a los ordenamientos jurídicos continentales, sigue asentando la tutela de manera preferente sobre la perspectiva individual, y sólo recientemente empieza a disponer de instrumentos adecuados para la contemplación y tutela de intereses de naturaleza colectiva.

No obstante, existe una manifiesta falta de profundidad en el estudio de los intereses supraindividuales, ya que en muchas ocasiones éste se limita a una mera descripción de lo que debe entenderse por interés difuso, o a una enunciación de los problemas que se plantean, sin que se realice un estudio preciso desde el punto de vista de la dogmática jurídica, lo que muchas veces implica incurrir en ambigüedades o imprecisiones¹².

El sector doctrinal en que se desarrollan principalmente los estudios sobre el tema tiene su sede en el Derecho Procesal, ya que uno de los aspectos principales es el de la posibilidad de su ejercicio práctico en el proceso, ámbito al que se añaden las sucesivas aportaciones desde las demás ramas del Derecho¹³. A pesar de ser el ámbito procesal uno de los principales aspectos del tema, no es el único. Este tiene un importante

¹² Señala en este sentido Cordón Moreno, F., "El acceso a la justicia civil de los derechos de los consumidores", en *Estudios sobre Consumo* Nº 16, 1989, p. 124, que en el examen de estos intereses "se discute prácticamente todo, empezando por su propia existencia como categoría jurídica autónoma", aunque agrega en *El proceso de amparo constitucional*, 2ª ed., La Ley, Madrid, 1992, p. 129, que "el encuadramiento de los intereses sociales o colectivos dentro de la categoría de los intereses jurídicamente protegidos es, talvez, uno de los problemas más importantes que se plantean en la actualidad al estudioso de la función jurisdiccional".

¹³ Se ha señalado que nos encontramos ante un fenómeno de naturaleza interdisciplinar y que la protección de estos intereses señalados corresponde conjuntamente a varias ramas del Derecho. Al Derecho Constitucional, en cuanto que difícilmente su satisfacción no implica la satisfacción correlativa de alguno de los derechos fundamentales reconocidos en las Cartas Constitucionales. También al Derecho Penal, por cuanto a éste corresponde la tipificación de conductas que afectan a la salud pública, que producen daños o que perjudican el medio ambiente. El Derecho Administrativo debe establecer, de acuerdo con las leyes, las condiciones y el ámbito del ejercicio de las actividades que conciernen al interés general. De aquí entonces que aparezca en la doctrina procesal, entre otras posibilidades, la tendencia que busca en la atribución de legitimación a los cuerpos intermedios nuevas titularidades que permitan el ejercicio de acciones en defensa de intereses sociales y colectivos. La concepción de la acción como petición de tutela para un derecho del que el actor es o se afirma titular resulta insuficiente para articular el acceso a la justicia de las situaciones jurídicas colectivas o difusas.

y necesario sustrato material, sustantivo, sobre el que deben basarse los demás aspectos de la elaboración doctrinal¹⁴.

II. LOS INTERESES SUPRAINDIVIDUALES

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Como hemos señalado anteriormente, el fenómeno de la masificación ha repercutido en el ámbito jurídico, produciendo nuevas relaciones entre el individuo y la sociedad. Se caracteriza por el reconocimiento y la legitimación de organizaciones intermedias que encuentran su fundamento en la solidaridad, y que rompen con las respuestas ofrecidas por un Derecho basado en el carácter individual de las situaciones jurídicas.

Los problemas comienzan con la terminología que se emplea para designarlos, puesto que se utilizan indistintamente los vocablos "interés" y "derecho"¹⁵, para los adjetivos: colectivos, sociales, de grupo, supraindividuales, transindividuales, fragmentados, etc., problema que se dificulta aún más si se agregan los derechos individuales ejercidos de modo colectivo y que son conocidos como individuales homogéneos, plurisubjetivos o pluriindividuales. Ante esta confusión terminológica, FAIRÉN sostiene que estos intereses o derechos representan todavía un problema nuevo, incierto y equívoco¹⁶, hasta el punto de ser calificados como intereses difusos, profusos o confusos¹⁷.

El que un derecho o interés sea supraindividual significa que trasciende la esfera de lo meramente individual, está marcado por la impersonalidad y rompe con el concepto clásico de derecho subjetivo. Estos derechos "no pertenecen a una persona física o jurídica determinada, sino a una comunidad amorfa, fluida y flexible, con identidad social, pero sin personalidad jurídica"¹⁸.

Las acciones para su protección han sido concebidas para la defensa de los siguientes tipos de intereses: 1) los intereses difusos, que son aque-

¹⁴ Cfr. Gutiérrez de Cabiedes, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 62-63.

¹⁵ A este planteamiento nos referiremos a propósito de la caracterización jurídica de los intereses supraindividuales.

¹⁶ Cfr. Fairén Guillén, V., *Doctrina general del Derecho Procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales*. Bosch, Barcelona, 1990, p. 93. Creemos que lo más apropiado es utilizar el concepto genérico de intereses supraindividuales, y como especie de éstos, los intereses difusos y los colectivos.

¹⁷ Cfr. Gutiérrez de Cabiedes, P., *La tutela jurisdiccional...*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁸ Gidi, A., "Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos", en *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, (coord. Gidi A. y Ferrer Mac-Gregor, E.), Porrúa, México, 2003, p. 32.

llos intereses supraindividuales de naturaleza indivisible de los que son titulares sujetos indeterminados unidos por circunstancias de hecho; 2) los intereses colectivos, que también son de naturaleza supraindividual e indivisible, pero entre los titulares de esos intereses existe algún tipo de vinculación jurídica, y 3) los intereses individuales homogéneos, que son aquellos de naturaleza individual y de titularidad exclusiva, pero con un origen fáctico común.

Esta triple clasificación tiene su origen en los sistemas jurídicos anglosajones y ha sido principalmente desarrollada por el Derecho brasileño¹⁹. Así, el Código de Defensa del Consumidor define en su artículo 81 estos dos tipos de intereses, y señala que son difusos los intereses "transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho" (fracción I) y que son colectivos los intereses "transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sea titular un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base" (fracción II).

De las definiciones, podemos concluir que estas categorías de intereses presentan dos características comunes: su supraindividualidad y su naturaleza indivisible²⁰ que, de acuerdo con BARBOSA, significa "que los interesados se hallan siempre en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, *ipso facto*, la lesión de la entera comunidad"²¹. Presuponen también que la solución a los conflictos que pudieran generarse debe ser la misma para todos los integrantes del grupo.

Frente a estos intereses supraindividuales el Código brasileño se encarga también de definir los intereses individuales homogéneos, como aquellos que, "siendo de carácter individual, tienen un origen común y que pueden

¹⁹ En este sentido Pellegrini Grinover, A., "A problemática dos interesses difusos", *A tutela dos interesses difusos*, São Paulo, 1984, pp. 30-31, distingue los intereses colectivos y difusos, y afirma que se consideran colectivos los intereses comunes a una colectividad de personas entre las que debe existir un vínculo jurídico, y difusos los intereses que, sin existir un vínculo jurídico de por medio, se basan en factores de origen fáctico y accidentales, como el habitar en una misma zona o consumir un mismo producto.

²⁰ Opina De Camargo Mancuso, R.; *Comentários ao código de proteção do consumidor*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 276, que en el caso de los intereses supraindividuales puede distinguirse una indivisibilidad en dos grados. La indivisibilidad que se refiere al derecho difuso es absoluta en función de la propia indeterminación de las personas que componen la comunidad titular del derecho o interés, mientras que en el caso de los intereses colectivos la indivisibilidad es relativa, porque los miembros de la colectividad titular del derecho son determinados o fácilmente determinables.

²¹ Barbosa Moreira, J.C., "La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2, 1992, p. 235.

ejercerse colectivamente para obtener una reparación individual de los daños sufridos por los consumidores" (fracción III)²².

El origen de la protección de estos intereses está en la Constitución, puesto que en ella se reconocen algunos derechos que pueden tener trascendencia como intereses de grupo, como el derecho a la protección de la salud (artículo 19 N° 9) o el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (artículo 19 N° 8)²³. Su dimensión social viene dada especialmente en el artículo 1° del texto constitucional, que se refiere a los grupos, y que dispone que: "El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos"²⁴.

Respecto de estas categorías de intereses puede decirse que comparan los mismos problemas jurídicos y que ambas se refieren a bienes de carácter indivisible²⁵, pero con una distinción fundamental: los intereses difusos se refieren al sujeto no como individuo, sino como miembro de un grupo que puede ser más o menos amplio, pero indeterminado o de muy difícil determinación, mientras que los intereses colectivos atañen a grupos delimitados en que los miembros se encuentran determinados o son fácilmente determinables.

2. LOS INTERESES SUPRAINDIVIDUALES EN PARTICULAR: EL INTERÉS DIFUSO Y EL INTERÉS COLECTIVO

2.1. Planteamiento

En el estudio de los intereses supraindividuales la labor más profunda fue desarrollada en su origen, por la doctrina²⁶. El trabajo ha girado

²² Ello porque cada miembro del grupo es titular de un derecho individual de naturaleza divisible.

²³ Sobre el particular, Bertelsen Repetto R.; "El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de 15 años de Jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 N° 1, 1998, p. 140, señala que la situación constitucional de los llamados derechos sociales es distinta, ya que sus titulares "son sólo personas naturales, tienen la expectativa, que se considera valiosa, y por ello es reconocida en el texto de las Constituciones, de acceder a ciertas prestaciones, las que pueden consistir en una acción en beneficio de los titulares, como es el caso de las acciones educativas y de salud, o en una dación, que es lo que ocurre en las prestaciones de la seguridad social".

²⁴ En concordancia con los artículos 4°, 7° y 23 del mismo texto constitucional.

²⁵ En este sentido, señala Ferrer Mac-Gregor, E., *Juicio de amparo e interés colectivo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, Porrúa, México, 2004, p. 13, que la distinción entre situaciones difusas y colectivas no siempre es clara, puesto que ambas obedecen al mismo fenómeno. Por la circunstancia de ser la indivisibilidad una nota esencial de estos intereses, no pueden ser considerados como una suma de intereses individuales, porque pertenecen a una colectividad.

²⁶ En cuanto al tratamiento de este tema, la doctrina italiana ha sido muy prolífica. Una obra muy completa es la de Vigoriti V., *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad gire*, Giuffrè, Milano, 1979.

en torno a la elaboración de los conceptos de interés difuso²⁷ e interés colectivo, y a los criterios de reconocimiento y tutela de estos intereses, plasmándose en posiciones diversas que, pese a las diferencias, se orientan mayoritariamente a que no constituyen un *tertium genus* respecto de las figuras tradicionales del interés legítimo y del derecho subjetivo.

Se distinguen tres grupos de situaciones de relevancia supraindividual: aquellas en las que hay más de un titular activo o pasivo de la relación jurídica material, pero cuyos problemas de tutela procesal pueden resolverse mediante instituciones clásicas (litisconsorcio, intervención de terceros); aquellos casos en que un grupo más o menos amplio de personas se encuentran unidas por un vínculo jurídico, y por último, los intereses comunes a una colectividad de personas que no necesariamente se encuentran jurídicamente vinculadas, sino que, más bien, el interés que se trata de tutelar se basa en datos de hecho, siendo muy difícil la delimitación de los componentes del grupo precisamente por la inexistencia de este vínculo jurídico²⁸.

²⁷ El centro de la discusión en cuanto a la definición de "interés difuso" radica necesariamente en qué debe entenderse por "difuso". El Diccionario de la Lengua Española define "difuso" como ancho, dilatado, con lo que no aporta demasiado a la discusión, y el Diccionario de Uso Español lo define como "aquello que hace referencia a algo que es extenso y poco preciso". Para Acosta Estévez, J., *Tutela procesal...*, *op. cit.*, p. 45, el concepto vendrá determinado "por dos notas o criterios diferenciadores, a saber: su pertenencia a un grupo carente de organización y el carácter anónimo del mismo. Así, tomando como base ambos rasgos —organizativo y subjetivo— entendemos por interés difuso el interés propio, jurídicamente reconocido, de un grupo social o colectividad indeterminada de sujetos, desprovista de una organización que los tome para sí enteramente y tenga capacidad para su defensa, cuya tutela jurisdiccional responde a eventuales iniciativas meramente individuales". El autor extrae de las posiciones de Giannini y Vigoriti los criterios diferenciadores de intereses difusos y colectivos, esto es, los criterios organizativo y subjetivo. Sánchez Morón, M., *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 118, considera que el interés difuso "es el interés jurídicamente reconocido de una pluralidad indeterminada o indeterminable de sujetos que, en potencia, pueden ser incluso todos los que integran la comunidad general de referencia, el ordenamiento general cuya normativa protege tal tipo de intereses". Para Lozano-Higuero y Pinto, M., *La protección procesal de los intereses difusos*, García Blanco, Madrid, 1983, pp. 149-150, el interés difuso es "el interés de un sujeto jurídico en cuanto compartido —expandido-compartible-expandible— por una universalidad, grupo, categoría, clase, o género de los mismos; cuyo disfrute, ostentación y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles, y que adolece de estabilidad u coherencia en su vinculación subjetiva, así como de concreción normativa orgánica en sus tutelas material y procesal". Puede entonces concluirse, que el término "difuso" alude a una "escasa precisión jurídica" en relación al vocablo "interés". Esta difusión o falta de precisión se manifiesta en el plano subjetivo, objetivo y formal del modo que sigue: subjetivamente, la difusión se manifiesta en un doble aspecto, ya que se trata de intereses referidos a colectivos poco precisos en su composición, generalmente anónimos e indeterminados o determinables con dificultades, y en la medida en que estos intereses se densifican en derechos constitucionalmente reconocidos, la titularidad de estos derechos que, aunque individuales, tienen su proyección y desarrollo en el grupo social, motivan cuestiones de filosofía jurídica todavía abiertas entre individualismo social y socialismo.

²⁸ Cfr. Barbosa Moreira, J.C.: "A ação popular do Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados <<interesses difusos>>", en *Studi in onore de Enrico Tullio Liebman*, Vol. IV, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 2674-2677.

El primer grupo se ajusta a las estructuras clásicas del derecho y, por lo tanto, escapa a esa nueva forma de considerar las situaciones jurídico-subjetivas de ventaja a través de la característica de la relevancia supraindividual. La trascendencia social es importante en el caso del segundo y tercer grupo, en los que se apunta la distinción entre intereses difusos y colectivos.

2.2. El interés difuso y el interés colectivo

Respecto de estas categorías de intereses puede decirse que comparten los mismos problemas jurídicos y que ambas se refieren a bienes de carácter indivisible²⁹, pero con una distinción fundamental: los intereses difusos se refieren al sujeto no como individuo, sino como miembro de un grupo que puede ser más o menos amplio, pero indeterminado o de muy difícil determinación, mientras que los intereses colectivos atañen a grupos delimitados en que los miembros se encuentran determinados o son fácilmente determinables.

Son varios los criterios que se han propuesto para diferenciar los intereses difusos y los colectivos:

- a) Uno de ellos atiende a si los miembros del grupo están vinculados por circunstancias de hecho, o bien, ligados por una relación jurídica.
- b) GIANNINI considera que los intereses colectivos se determinan sobre la base de un criterio subjetivo, es decir, atendiendo al portador del interés, de modo que son aquellos que tienen como portador o centro de referencia un ente exponencial de un grupo no ocasional. De ellos se diferencian los que no tienen portador, o "*adespoti*", como los denomina este autor³⁰.
- c) Se ha señalado también que los intereses difusos presentan una nota de mayor distancia que los intereses colectivos y, por lo tanto, los primeros resultan más neutrales que los segundos³¹.

²⁹ En este sentido, señala Ferrer Mac-Gregor, E., *Juicio de amparo e interés colectivo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, Porrúa, México, 2004, p. 13, que la distinción entre situaciones difusas y colectivas no siempre es clara, puesto que ambas obedecen al mismo fenómeno. Por la circunstancia de ser la indivisibilidad una nota esencial de estos intereses no pueden ser considerados como una suma de intereses individuales, porque pertenecen a una colectividad.

³⁰ Giannini, M.S., "La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi", en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1974, p. 101.

³¹ Este criterio ha sido adoptado en España por Almagro Nosete, "Tutela procesal ordinaria y privilegiada (jurisdicción constitucional) de los intereses difusos", en *Revista de Derecho*

d) Otro factor que se ha considerado es el de la unificación de los intereses. En este sentido, NIGRO define los intereses difusos como "intereses que pertenecen por igual a una pluralidad de sujetos más o menos amplia y más o menos determinada o determinable, que puede ser o no unificada o unificada más o menos estrictamente, en una colectividad. En este último caso son intereses colectivos"³².

e) Otros autores ven en el criterio de la organización el elemento que determina la diferencia fundamental entre estos intereses. Así, VIGORITI expresa que ambas fórmulas se refieren a una pluralidad de situaciones de ventaja de carácter individual, pero que en el primer caso existe una organización que asegura la unidad en el tratamiento de los intereses correlacionados y unidad de efectos de la resolución jurisdiccional, y en el caso de los segundos los intereses están atomísticamente considerados y carecen de los instrumentos necesarios para ser valorados de manera unitaria. Por lo tanto, para que estemos frente a un interés colectivo, necesariamente debe existir alguna forma de organización, y este es el elemento esencial que distingue a un interés colectivo de uno difuso. La denominación intereses difusos "estaría reservada a aquellas posiciones de ventaja reconocidas a los particulares por el ordenamiento, de igual contenido y hasta dirigidas al mismo fin (mismo bien jurídico), pero no organizados y, por consiguiente, no ligados por vínculos capaces de hacerles perder relevancia jurídica, como posiciones individuales, para hacerles asumir relieve como elementos de un interés más amplio"³³.

f) DENTI se manifiesta contrario al criterio organizativo y estima que la diferencia radica en el carácter corporativo de los intereses colectivos, que serían intereses de categoría en contraste con los difusos, que vendrían a ser intereses generales³⁴.

Politico, N° 16, 1982-83, p. 96, que señala que "lo típico de estos intereses sociales o colectivos que se denominan difusos es su acotación por grupos o clases o sectores de manera más o menos extensa". Y en razón de esta distribución de los intereses en clases o grupos "surgen conflictos a veces entre la satisfacción de los intereses de un grupo respecto de otros, lo que lleva a poner de relieve otra nota que acompaña al concepto de intereses difusos: la conflictualidad".

³² Nigro, M., *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1978, p. 115, y en este mismo sentido, Sánchez Morón, *La participación del ciudadano...* op. cit., p. 116.

³³ Vigoriti, V., *Interessi collettivi...* op. cit., p. 42. Agrega Gutiérrez de Cabiedes, P., *La tutela jurisdiccional...* op. cit., p. 103, que esta concepción del interés difuso es la que más se aleja de las connotaciones publicistas o colectivistas, puesto que para el autor italiano, si los intereses no se organizan, permanecen en la esfera individual, aunque coincidan en contenido.

³⁴ Denti, V., "Interessi Diffusi", NssDI, Apéndice Vol. IV, Utet. Torino, 1983, p. 307, citado por Gutiérrez de Cabiedes, P., *La tutela jurisdiccional...* op. cit., p. 104, quien opina de

g) Algunos se fijan en el reconocimiento normativo que distinguiría a ambas categorías de intereses, criterio que ha sido adoptado en España por LOZANO-HIGUERO, quien lo considera como un elemento definitorio del interés difuso³⁵.

h) BARRIOS DE ANGELIS cree que el interés puede ser individual o grupal, según corresponda a un individuo o a un grupo bien delimitado. Cuando el interés corresponde a un grupo indeterminado de personas, entonces puede comenzar a hablarse de interés difuso y colectivo. Así, “es la dimensión del grupo subjetivo lo que hace colectivo a un interés, pero es la indeterminación, la falta de límites precisos en cuanto a la identificación de las personas que lo componen, lo que convierte a ese interés en difuso. Por lo tanto, el interés difuso se caracteriza por corresponder a los sujetos de un grupo indeterminado”. Excluye también de la categoría de interés difuso a toda colectividad con personalidad jurídica reconocida, lo que lleva a una confusión entre la “colectividad” como pluralidad de sujetos interesados y una organización social personificada, que, por tener interés sobre el bien de que se trate, puede emprender acciones en defensa del mismo³⁶.

i) El Derecho brasileño desarrolla otro criterio referido a la vinculación jurídica, siendo colectivos “aquellos intereses comunes a una colectividad de personas y solamente a ellas, cuando existe un vínculo jurídico entre los integrantes del grupo: la sociedad mercantil, el condominio, la familia, los entes profesionales, el mismo sindicato, dan margen a que surjan intereses comunes, nacidos en función de una relación base que une a los miembros de las respectivas comunidades y que, no confundiendo con los intereses estrictamente individuales de cada sujeto, permiten su identificación”, y difusos “aquellos que, no fundándose en un vínculo jurídico, se basan en datos de hecho genéricos y contingentes, accidentales y mudables: como habitar en la misma región, consumir los mismos pro-

manera contraria a la asimilación que Denti hace de los intereses colectivos y los intereses generales.

³⁵ Cfr. Lozano-Higuero y Pinto, M., *La protección procesal...*, op. cit., p. 155, donde se establece una definición de interés difuso de acuerdo con la cual éste adolece “de concreción normativa orgánica en sus tutelas material y procesal”. Insiste en sus últimas publicaciones “De nuevo sobre la tutela de los intereses difusos...”, op. cit., pp. 309-313 y en “Legitimación. Protección jurisdiccional...”, op. cit., p. 187, en los que habla de “deficiente tutela procesal” y de “insuficiente o deficiente regulación o cobertura normativa”, que el autor denomina “hiporregulabilidad” y “hipojusticiabilidad”.

³⁶ Barrios de Angelis, D., *Introducción al estudio del proceso. La psicología y la sociología del proceso. El Ombudsman (La defensa de los intereses difusos)*, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 126.

ductos, vivir en determinadas circunstancias socioeconómicas, someterse a particulares empresas”³⁷.

Nuestra legislación también ha querido hacerse cargo de la consagración y protección de los intereses colectivos y difusos, y es así que con fecha 4 de mayo de 2004 se aprobó la Ley 19.955, publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de julio de ese mismo año. Esta ley introduce importantes reformas a la Ley 19.496, de protección de los derechos de los consumidores, de 7 de marzo de 1997, y entre sus principales novedades se encuentra la creación de un procedimiento especial para la defensa de estos intereses, que se rige por las reglas del juicio sumario con algunas especialidades.

La ley, en su artículo 50, define lo que debe entenderse por acciones de “interés individual”, “interés colectivo” e “interés difuso”.

Señala que “son de interés individual las acciones que se promueven exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado”, que “son de interés colectivo las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual”³⁸ y que “son de interés difuso las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos”.

Para diferenciar el interés colectivo del difuso se ha utilizado el criterio de determinación de los miembros del grupo titular de ese interés, encontrándonos ante un interés colectivo, si los miembros del grupo son determinados o son fácilmente determinables, y un interés difuso si se trata de un conjunto indeterminado de consumidores afectados.

³⁷ Pellegrini Grinover, A., “Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores (La ley brasileña Nº 7347 de 24 de julio de 1985)”, en *Revista de Derecho Procesal*, Nº 3, 1988, p. 707.

³⁸ Nos parece poco apropiada la definición que entrega el legislador de “acciones de interés colectivo”, puesto que no ha captado la verdadera esencia del interés colectivo y su diferencia esencial con el interés difuso. El interés colectivo se refiere a comunidades unificadas, más o menos determinadas en sus componentes, que se identifica a base de características o aspiraciones comunes. Lo anterior no implica que nos encontremos frente a una suma de intereses individuales, sino que enfrentamos un interés que pertenece a una pluralidad de personas en un bien que puede satisfacer una necesidad común. Si damos cuenta de lo que se ha mencionado a propósito del interés colectivo, se hace referencia por la doctrina a un vínculo de tipo jurídico –cualquiera– entre los miembros del grupo titulares de este interés, y no a un vínculo de naturaleza contractual que ligue al grupo con un sujeto externo a dicho grupo. Creemos que resulta criticable la exigencia de un vínculo contractual entre el conjunto de consumidores titulares del interés colectivo y un proveedor no sólo porque la exigencia contraría la naturaleza esencial del interés colectivo, sino porque restringe marcadamente el campo de protección jurisdiccional de dichos intereses.

III. PROCEDIMIENTO PARA LA DEFENSA DE INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS

Como se ha señalado, la Ley 19.955 introduce importantes reformas a la Ley 19.496, de protección de los derechos de los consumidores, y entre sus principales novedades se encuentra la institucionalización del derecho de retracto y la introducción de la posibilidad de iniciar procesos colectivos para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios³⁹. Si bien esta nueva regulación resulta un avance destacado en materia de protección de consumidor, y una adecuación a los tiempos en que la protección de los denominados "derechos de tercera generación" adquiere una relevancia fundamental, creemos que la regulación del procedimiento para la defensa de los intereses presenta una serie de falencias y lagunas que deberán ser oportunamente revisadas, interpretadas e integradas por el órgano jurisdiccional.

En este contexto legislativo, el párrafo 2° del Título IV de la Ley 19.496, artículos 51 y siguientes, establecen un procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores y señala como primera norma que el procedimiento se sujetará a las reglas del juicio sumario y con las particularidades que se contemplan en esta ley de protección del consumidor. De lo anterior puede concluirse que el legislador ha optado por establecer ciertas especialidades procesales aplicables al procedimiento sumario contemplado por el Código de Procedimiento Civil.

1. COMPETENCIA

El artículo 50 A inciso 3° entrega la competencia al Juez de Letras en lo civil, y el artículo 51 dispone que éste se sujetará a las normas del procedimiento sumario, con excepción de los artículos 681, 684 y 685 del citado Código⁴⁰ y con las particularidades que señala la Ley 19.946.

³⁹ Con anterioridad a la dictación de esta ley en la legislación chilena se contemplaba la posibilidad de que estos intereses accedieran al proceso a través del artículo 18 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que "en un mismo juicio podrán intervenir como demandantes o demandados varias personas, siempre que se deduzca la misma acción o acciones que emanen directa e inmediatamente de un mismo hecho, o que se proceda conjuntamente por muchos o contra muchos en los casos que autoriza la ley". Cfr. en este sentido Romero Seguel, A.; "Algunos Aspectos Procesales de las Acciones para la Protección de los Consumidores", en *Cuaderno de Extensión Universidad de los Andes*, N° 7 de 1999, pp. 311-335.

⁴⁰ Estos artículos se refieren a la posibilidad de sustituir el procedimiento, al acogimiento provisional de la demanda y a la contestación ficta de la misma.

2. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

Se distinguen claramente dos etapas: una de declaración de existencia de la infracción a las normas que protegen intereses supraindividuales y en que se declara admisible o inadmisibile la acción para su defensa, y una segunda etapa, de carácter reparatorio, la que sólo se alcanza una vez que se ha declarado la existencia de la conducta infraccional y el derecho del grupo de consumidores a ser indemnizado.

2.1. La etapa de declaración de existencia de la infracción

2.1.1. *Sujetos Legitimados para la defensa de intereses colectivos y difusos*

El artículo 51 se encarga de señalar quiénes están legitimados para iniciar una demanda en defensa de esos intereses. Así, expresa que el procedimiento para la protección de intereses colectivos y difusos se iniciará por demanda, y que ésta podrá ser presentada por el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC)⁴¹; por una asociación de consumidores, o bien, por un grupo de consumidores afectados en un mismo interés, que se encuentren debidamente individualizados y en un número que no sea inferior a 50 personas⁴².

2.1.2. *Situaciones en que el legitimado activo se desiste o pierde su calidad de legitimado*

El artículo 53 B también plantea un problema en relación con esta materia, puesto que dispone que cuando se produzca el desistimiento de

⁴¹ Considera Romero Seguel, A. (Charla dictada en la Cámara de Comercio); "Las acciones de interés colectivo y difuso en la Ley de Protección del Consumidor", *ob. cit.* que la calidad del SERNAC como sujeto legitimado merece algunas observaciones, por cuanto no sólo se limita a la posibilidad de deducir acciones de tutela colectiva, sino que también el legislador le ha otorgado la posibilidad de intervenir voluntaria o forzosamente en este tipo de procesos, como se desprende de los artículos 57 letra g) y 53 letra b) ambos de la LPC. Genera también problemas desde el punto de vista de la igualdad procesal, por cuanto no se le aplican las sanciones previstas para los litigantes temerarios.

⁴² La regulación de este supuesto de legitimación, a juicio de la doctrina, es muy poco satisfactoria e, incluso, luego de la entrada en vigencia de la Ley 19.946, parte de ella sigue negándola. Lo que diferencia al grupo de las entidades legalmente constituidas es su característica de aposterioridad, porque sólo surge tras el acto que provoca el conflicto jurisdiccional y cobra existencia con ocasión de la afectación ilícita y dañosa de los derechos o intereses de cada uno de sus miembros, que es lo que les otorga la cohesión. En cambio, las entidades legalmente constituidas tienen existencia propia y anterior a la producción de los hechos que motivan el proceso, actuando en el tráfico por medio de ciertos sujetos que serán los que luego comparezcan por dicha entidad en juicio. Esta norma encuentra su antecedente más próximo en el artículo 1° de la Constitución, que reconoce y ampara a los grupos intermedios y en el derecho de asociación, contemplado en el artículo 19 n° 15 del Texto Constitucional.

uno de los legitimados activos o pierda su calidad de tal, se dará traslado al Servicio Nacional del Consumidor, quien podrá hacerse parte del juicio dentro de quinto día, resolución que deberá notificarse por cédula⁴³.

Esta norma constituye un reflejo del interés público que el legislador ha querido ver en la defensa de los derechos e intereses de los consumidores, puesto que limita el principio de disposición y obliga al juez a conferir traslado al SERNAC para que éste pueda hacerse parte en el proceso si lo considera conveniente.

No queda claro cuál es el rol que cumple el SERNAC haciéndose parte en el proceso, puesto que la duda que surge es si el SERNAC actúa como un nuevo legitimado activo, en virtud de la legitimación que le confiere el artículo 51 N° 1 letra a) o si bien asume la legitimación que le cabía al demandante desistido o al legitimado que la ha perdido.

Se puede afirmar también que cuando el legislador se refiere al *desistimiento del legitimado activo* ha pensado en las asociaciones de consumidores, puesto que difícilmente ésta podrá dejar de cumplir con los requisitos que le exige el artículo 51 N° 1 letra b) una vez que se ha iniciado el proceso, y que cuando se refiere a un *legitimado activo que pierda su calidad de tal*, ha querido pensar en los grupos de consumidores afectados, que de no mantener el número mínimo de personas que la ley exige perdería esta legitimación activa⁴⁴.

2.1.3. *Los requisitos de la demanda y el problema de la cuantificación global del daño*

El artículo 51 N° 2 dispone que “sin perjuicio de los requisitos generales de la demanda, en lo que respecta a las peticiones relativas a perjuicios, bastará señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine, conforme al mérito del proceso, la que deberá ser la misma para todos los consumidores que se encuentren en igual situación. Con este fin, el juez procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 A. Las indemnizaciones que se determinen en este procedimiento no podrán extenderse al daño moral sufrido por el actor. No habrá lugar a la reserva prevista en el inciso 2° del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil”⁴⁵.

⁴³ Creemos que la ubicación de la norma contemplada en el inciso 4°, que regula las consecuencias del desistimiento de uno de los legitimados activamente no corresponde, y hubiese sido oportuno que se regulara conjuntamente con la legitimación en el artículo 51, puesto que no dice relación con la conciliación ni con los modos anormales de terminación del proceso.

⁴⁴ Nos remitimos a lo ya señalado a propósito de la exigencia de mínimos como requisito de capacidad.

⁴⁵ El artículo 173 del Código de Procedimiento Civil establece que: “Cuando una de las partes haya de ser condenada a la devolución de frutos o a la indemnización de perjuicios, y se

El libelo de demanda debe cumplir con las exigencias del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil y el juez, además, deberá examinar que concurren las exigencias contenidas en el artículo 52 de la ley, relativas a ciertos requisitos formales que debe tener en cuenta el juez para declarar admisible la acción y a las que nos referiremos más adelante.

En esta fase no es necesario señalar el monto de los perjuicios, sino que conforme al artículo 51 N° 2 de la Ley, bastará "señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine, conforme al mérito del proceso, la que deberá ser la misma para todos los consumidores que se encuentren en igual situación", para luego agregar que las indemnizaciones no podrán extenderse al daño moral que haya podido sufrir el actor⁴⁶.

2.2. El procedimiento de declaración infraccional

Si nos atenemos estrictamente a las normas del juicio sumario contenidas en el Código de Procedimiento Civil, el juez debería citar a una audiencia de contestación de la demanda, para el décimo día hábil contado desde la última notificación de los demandados.

Procede también el llamado de las partes a conciliación por cuanto ha sido declarado por el artículo 262 del Código de Procedimiento Civil un trámite esencial en esta clase de procedimientos.

Los incidentes deben promoverse en esta misma audiencia y no paralizarán el curso del juicio⁴⁷.

ha litigado sobre su especie y monto, la sentencia determinará la cantidad líquida que por esta causa deba abonarse, o declarará sin lugar el pago, si no resultan probados la especie y el monto de lo que se cobra, o, por lo menos, las bases que deban servir para su liquidación al ejecutarse la sentencia. En el caso de que no se haya litigado sobre la especie y el monto de los frutos o perjuicios, el tribunal reservará a las partes el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso".

⁴⁶ A juicio de Garnica Martín, J. "Artículo 221. Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios", en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Fernández-Ballesteros, M.A.; Rifá Soler, J.M. y Valls Gombau, J.), Iurgium, Barcelona, 2000, p. 858. Si la acción se ejercita con la finalidad de obtener un pronunciamiento de carácter declarativo y se excluye expresamente la petición de condena no resultaría indispensable la cuantificación, salvo para la determinación de las costas, porque como no se ejercita acción de condena al pago, no es necesario que se cuantifique. La cuestión que puede plantearse es si una acción dirigida al resarcimiento de daños puede ser ejercitada como una acción meramente declarativa. A juicio del autor, y aunque choca con la visión que debe tenerse de estas acciones, resulta procedente, pues es la forma de evitar que los procesos sobre acciones de grupo "se conviertan en una mezcolanza de pretensiones que ahoguen la eficacia del proceso, de forma que la razón de economía, que es una de las razones esenciales que puede justificar la acción de grupo, no juegue en contra de la misma".

⁴⁷ Según lo dispone el artículo 690 del Código de Procedimiento Civil.

2.2.1. De la resolución que se pronuncia sobre la admisibilidad de la acción

a) Requisitos para la admisibilidad de la acción

El artículo 52 establece ciertos elementos que deben concurrir para que la acción pueda ser admitida por el tribunal:

Primero, la acción debe ser deducida por alguno de los legitimados activos individualizados en el artículo 51 N° 1, y a los que ya nos hemos referido.

Segundo, la conducta debe afectar el interés difuso o colectivo de los consumidores, debiendo acreditarse la existencia del daño y de un vínculo contractual entre el consumidor y el infractor cuya conducta se persigue, ello de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 50⁴⁸.

Tercero, se exige precisión respecto de las cuestiones de hecho que afectan al interés o derecho del consumidor.

Cuarto, se establece como requisito de admisibilidad de la demanda que el número potencial de afectados justifique en términos de costos la necesidad procesal o económica de iniciar el procedimiento, lo que, a nuestro juicio, se contrapone a las exigencias legales necesarias para tener la calidad de legitimado activo. Lo anterior, porque para otorgarles legitimación la ley les exige los requisitos contemplados en el artículo 51, para luego dejar al arbitrio del juez el decidir si el número potencial de afectados y los costos justifican la iniciación de un proceso para la defensa de un interés supraindividual.

El legislador presume que esta necesidad no existe, si el proceso de fabricación del bien contempla por su naturaleza un porcentaje de fallas dentro de los estándares de la industria, el proveedor de dicho bien prueba mantener procedimientos de calidad en la atención de reclamos, reparación y devolución de dinero y, además, el defecto no constituye un riesgo para la salud.

El demandado dispone de diez días para exponer lo que considere oportuno en lo relativo a los requisitos de admisibilidad de la acción, lo que equivale a la contestación de la demanda.

b) Recepción de la admisibilidad a prueba

Transcurrido el plazo para que el demandado formule las observaciones que considere procedentes, el juez, si estima que existen

⁴⁸ Nótese que el legislador ha exigido que existe un daño y una vinculación de carácter contractual. Desde un punto de vista dogmático, y atendiendo a estas exigencias, lo que realmente se protege a través de este procedimiento especial son intereses individuales homogéneos, que, como ya hemos señalado, son derechos perfectamente individuales con un origen fáctico común, que por su pluralidad conviene que se defiendan en un proceso colectivo.

hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, recibirá a prueba la admisibilidad de la demanda, la que se tramitará de modo incidental y se valorará conforme a las reglas de la sana crítica, según lo dispone el artículo 52.

El juez, para pronunciarse sobre la admisibilidad de la acción, posee un plazo de 5 días contado desde que se efectúe la presentación del demandado, o desde que vence el plazo para que el demandado haga dicha presentación, o desde el vencimiento del término probatorio, según sean las circunstancias en las que se ha desarrollado el proceso.

c) *Pronunciamiento sobre la admisibilidad de la acción*

En cuanto a la decisión sobre la admisibilidad de la acción, conforme a lo que dispone el artículo 52, debemos distinguir si el juez la declara admisible o inadmisibile.

Si la acción es declarada admisible, la resolución será apelable en ambos efectos, y una vez que se encuentre ejecutoriada deberá certificarse esta circunstancia en el expediente.

Si la acción es declarada inadmisibile, podrá deducirse nuevamente, pero sólo de modo individual, ante el juzgado competente y, según lo previsto en el artículo 2° bis letra C). Pero esta regla contempla una excepción, ya que si aparecen nuevas circunstancias que justifiquen la revisión de la inadmisibilidat, podrá iniciarse por cualquiera de los legitimados un nuevo juicio colectivo ante el mismo tribunal que conoció del primer proceso. La misma figura se repite en el artículo 54 inciso final, a propósito del rechazo de la pretensión contenida en la demanda⁴⁹.

La resolución que se pronuncia sobre la admisibilidat de la acción es apelable en ambos efectos⁵⁰, y una vez que se encuentre ejecutoriada deberá certificarse esta circunstancia en el expediente. Si la acción es declarada inadmisibile, el demandante pierde la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento colectivo y sólo podrá deducir una demanda como consumidor individual ante el tribunal competente, salvo que aparezcan nuevas circunstancias que permitan la revisión de la declaración de inadmisibilidat, puesto que en ese caso podrá iniciarse una nueva acción colectiva.

⁴⁹ Señala dicho artículo que si se rechaza la pretensión contenida en la demanda, cualquier legitimado activo podrá proponer nuevamente la acción colectiva, siempre que para ello se valga de nuevas circunstancias.

⁵⁰ Las apelaciones que se conceden en esta clase de procedimiento gozan de preferencia para su vista, agregándose como extraordinaria a la tabla del día siguiente al ingreso de los autos a la Corte de Apelaciones.

d) *Publicidad de la resolución que declara admisible la acción e intervención de los consumidores afectados*

Las acciones de grupo son un instrumento de tutela llamadas a producir sus efectos respecto de la totalidad de los integrantes de un grupo o clase, incluidos los miembros que hayan permanecido ajenos a un proceso. Esta eficacia tan amplia, que bien puede decirse traspasa los límites subjetivos del proceso, entra en tensión con los derechos de defensa de cada uno de los integrantes del grupo. Este derecho “exige que, cuando menos, se haga todo lo razonable para permitirles su ejercicio. La fórmula que el legislador elige para dar cauce al ejercicio de ese derecho de defensa es permitir la intervención procesal de todos y cada uno de los integrantes del grupo que quieran intervenir y, para que esa intervención sea posible, exige que se de la debida publicidad a la existencia del proceso en su momento inicial”⁵¹.

El anterior es un planteamiento generalmente admitido en los ordenamientos jurídicos y constituye una medida complementaria de los derechos y garantías reconocidos a los colectivos. Tiene por objeto evitar que los interesados que no se apersonan en el proceso sean perjudicados en su derecho a ser oídos por el órgano jurisdiccional cuando, además, pueden resultar afectados por la sentencia que se dicte.

En esta etapa la ley establece una nueva oportunidad procesal para que los afectados puedan intervenir en el proceso y esta intervención tiene por objeto que los interesados puedan “ejercer sus derechos establecidos en la sentencia, ante el mismo tribunal en que se tramitó el juicio, dentro del plazo de noventa días corridos, contados desde el último aviso”, según lo dispone el artículo 54 C de la ley.

A su vez, el artículo 53 establece que, una vez ejecutoriada la resolución que declaró admisible la acción, “el tribunal ordenará al demandante que, dentro de décimo día, mediante publicación de al menos dos avisos en un medio de circulación nacional, informe a los consumidores que se consideren afectados, para que se hagan parte, si lo estiman procedente”.

Por lo tanto, el actor, una vez ejecutoriada la resolución que declara admisible la acción y dentro de décimo día, debe cumplir con la obligación de publicar los avisos a los que se refiere el artículo 53 de la ley, los que deberán ser al menos dos.

⁵¹ Garnica Martín, J., “Artículo 15. Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios”, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Fernández-Ballesteros, M.A.; Rifá Soler, J.M. y Valls Gombau, J.), Iurgium, Barcelona, 2000, p. 230.

La disposición se encuentra en estrecha concordancia con el artículo 51 N° 3, que de forma tan escueta regula la intervención procesal de los consumidores en procesos colectivos ya iniciados cuando señala que “cualquier legitimado activo o consumidor que se considere afectado podrá hacerse parte en el juicio”.

Lo que hace este numeral es regular la intervención de consumidores afectados una vez que el proceso se encuentra iniciado, sin regular la forma en que debe producirse esta intervención, por lo que habrá que estar a las reglas generales sobre la materia.

Este artículo regula también el contenido del aviso que deberá publicarse⁵², y dispone que desde su publicación ninguna persona podrá iniciar otro juicio en contra del demandado fundado en los mismos hechos, salvo en el caso de la reserva de acciones que pudiera efectuar algún consumidor⁵³ dentro del plazo de 30 días contados desde la publicación del aviso o las circunstancias contempladas en el artículo 54 C, situaciones en las cuales los resultados del proceso le serán inoponibles⁵⁴.

Llaman la atención varios aspectos del aviso que debe publicarse: primero, que la ley ordena la publicación de dos avisos y, sin embargo, todas las disposiciones que contiene este artículo, tales como el plazo para efectuar la reserva de acciones y la acumulación de procesos se contarán o efectuarán “a partir de la publicación del aviso a que se refiere el inciso anterior...”. El legislador no ha aclarado si el plazo se cuenta desde la publicación del primer aviso o si bien corresponde el cómputo de los plazos a partir del segundo aviso.

Segundo, el legislador tampoco aclara la forma en que deben efectuarse estos avisos, porque simplemente se limita a ordenar su publicación sin establecer si deben publicarse simultáneamente o transcurriendo un plazo entre la publicación del primer aviso y la publicación del segundo⁵⁵. Tercero, creemos que para efectos de que el consumidor pudiera tomar

⁵² Y que señala en su inciso 2° las menciones que debe contener el aviso, que son de carácter esencial, por cuanto dispone el legislador que deberán contenerse “a lo menos” las menciones que allí se expresan.

⁵³ Esta reserva de acciones parece seguir el mecanismo del opting out contemplado en el sistema de las class actions, en que, como la sentencia en definitiva producirá efectos erga omnes, se faculta al consumidor para optar por quedar fuera del proceso y que no le afecte la sentencia dictada en el mismo.

⁵⁴ La redacción parece tener por objeto evitar la litispendencia, aunque el contenido de la norma puede resultar peligroso para el caso de aquellos consumidores que no hayan podido enterarse de la existencia del proceso y que se verán igualmente alcanzados por los efectos de la sentencia.

⁵⁵ Precisión que sí hace en el artículo 54 a propósito de los avisos que deben publicarse dando cuenta de la sentencia dictada en el proceso colectivo, y en que establece que estos avisos deberán hacerse “a lo menos en dos oportunidades distintas”. Es más, resulta inentendible que se hayan establecido dos sistemas de publicidad cuando bastaba con uno, considerando, además, que resulta más adecuado el sistema establecido para publicitar la sentencia.

mejor conocimiento de la existencia del proceso debería haberse exigido que los avisos se efectuaran en un medio que circule en el lugar en donde se produjeron los hechos que han afectado sus derechos.

2.2.2. *Litis Pendencia*

El artículo 51 N° 5 prohíbe la litis pendencia entre el proceso colectivo ya iniciado y posteriores procesos individuales, cuando dispone que “el demandante que sea parte en un procedimiento de los regulados en el presente párrafo no podrá, mientras el procedimiento se encuentra pendiente, deducir demandas de interés individual fundadas en los mismos hechos”.

Además, y a contar de la publicación de los avisos antes mencionados, ningún consumidor podrá iniciar otro juicio en contra del demandado por los mismos hechos, salvo que comparezca ante el tribunal haciendo reserva de acciones, caso en el cual los resultados del juicio no le son oponibles, o que haya hecho reserva de sus derechos para perseguir la responsabilidad civil del demandado.

2.2.3. *Acumulación de procesos*

Según lo dispone el artículo 51 N° 9 de la ley, los juicios que se encuentren pendientes al momento de publicarse los respectivos avisos se acumularán en la forma que dispone para estos efectos el Código de Procedimiento Civil, con dos reglas especiales: los juicios individuales se acumulan al juicio colectivo, salvo aquellos en los que se haya citado a las partes a oír sentencia, evento en el cual no se acumularán al juicio colectivo.

Además, se establece que la acumulación de acciones se realizará conforme a las reglas generales y para estos efectos el Servicio Nacional del Consumidor deberá oficiar al juez con el objeto de poner en su conocimiento el hecho de encontrarse pendiente la declaración de admisibilidad de otra demanda por los mismos hechos. Creemos que el supuesto que contempla este numeral no corresponde propiamente a una acumulación de acciones, sino que a una acumulación de procesos, que, además, es el único tipo de acumulación que contempla el Título X del Libro I del Código de Procedimiento Civil⁵⁶.

⁵⁶ La acumulación de procesos (o de autos) exige una identidad o conexión mientras que la segunda sólo exige compatibilidad entre las acciones que se acumulan. La acumulación de acciones, supone además, el ejercicio conjunto en un mismo proceso de dos o más acciones, que se tramitan conjuntamente y se resuelven en una misma sentencia. El fundamento de esta acumulación de acciones es similar al de la acumulación de procesos, y se funda,

2.2.4. Conciliación

Durante el proceso, el juez podrá llamar a las partes a conciliación cuantas veces lo estime necesario, pudiendo además el demandado realizar ofertas públicas de avenimiento⁵⁷.

2.3. El procedimiento reparatorio

2.3.1. De la sentencia dictada en el proceso iniciado para la defensa de los intereses supraindividuales

Uno de los mayores problemas que suscita la tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales es determinar la extensión de los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones de tutela de los mismos. Ante la ausencia de una norma especial sobre el particular, la doctrina se pronunció en diversos sentidos: desde los que sostenían la eficacia ultra partes de la sentencia⁵⁸, a los que proponían atender a los límites

por un lado, en la economía procesal, puesto que pretensiones conexas enjuiciadas en un único procedimiento evita reiteraciones inútiles y, por otro, la seguridad jurídica, puesto que el tratamiento de pretensiones conexas en distintos procesos puede derivar en un quebrantamiento de la cosa juzgada si se dictan en ellos sentencias contradictorias.

⁵⁷ Todo arreglo entre las partes queda sujeto a la aprobación del juez, quien podrá rechazarlos si los estima contrarios a Derecho o abiertamente discriminatorios.

⁵⁸ Cfr. Gómez de Liaño González, F., "La legitimación colectiva y el artículo 7º de la Ley Orgánica del Poder Judicial", en *Justicia* 86, p. 576, quien considera que la legitimación colectiva derivada de este artículo "origina, asimismo, una eficacia "ultrapartes de la sentencia" que afecta a quienes no han sido partes en sentido formal, pero son titulares como integrantes del grupo afectado de una misma relación. Y se verán sujetos por la ejecución de la sentencia". En el mismo sentido, Cordón Moreno, F., "El acceso a la justicia civil...", *op. cit.*, p. 130, quien señala que "no se resentirían las estructuras procesales civiles por el hecho de que la sentencia de condena desplegara una eficacia ultrapartes, siempre que, por respeto al principio de libre disposición de los derechos, se dejase a la parte individual la iniciativa en la ejecución...", agregando luego que la doctrina del Tribunal Constitucional sostiene que puede existir indefensión formal sin que necesariamente se produzca una indefensión de carácter material. El fundamento de la eficacia ultrapartes lo encontramos en el principio de economía procesal y en el evitar las decisiones contradictorias, impidiendo así un derroche de actividad jurisdiccional y asegurando la igualdad de tratamiento de los sujetos dependientes de una única situación sustancial objeto de pronunciamiento jurisdiccional. En este mismo sentido Pellegrini Grinover, A., "Eficacia y autoridad de la sentencia: el Código Modelo para Iberoamérica y la teoría de Liebman", en *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica* (coord. Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E.), Porrúa, México, 2003, p. 256, quien siguiendo a Liebman, E.T., *Eficacia y autoridad de la sentencia* (traducción de Santiago Sentís Melendo), Ediar, Buenos Aires, 1939, p. 6, distingue entre la eficacia y la autoridad de la sentencia y es con base en esa distinción que "Liebman resuelve el problema de la eficacia de la sentencia con relación a terceros: la limitación subjetiva de la cosa juzgada a las partes y sus sucesores (posteriores a la demanda judicial) es una cosa; pero ella no excluye la extensión subjetiva de la eficacia de la sentencia a terceros", y agrega luego que la sentencia se encuentra firme, es inmutable para las partes, pero no así para los terceros, quienes pueden sublevarse contra esta eficacia natural de la sentencia.

subjetivos normales de eficacia interpartes⁵⁹, o los que propugnaban la producción de cosa juzgada *secundum eventum litis*⁶⁰, que ha sido generalmente entendida por la doctrina en el sentido de que, si la sentencia es favorable a las pretensiones deducidas, ésta debe expandir sus efectos al resto de la colectividad, y si es desfavorable debe sólo producir efectos interpartes, por lo que los legitimados podrían demandar nuevamente basando la demanda en los mismos hechos⁶¹.

La doctrina venía considerando necesario extender la eficacia de la sentencia respecto de toda la colectividad interesada, aunque algunos de los individuos afectados hubieran estado apartados del proceso en que se dictó la sentencia que se pronuncia sobre el interés supraindividual. Al momento de determinar los efectos de esta sentencia, la doctrina se dividía, ya que, por una parte, se señalaba que el principio de defensa de los individuos que no habían intervenido en el proceso induce a excluirlos de los efectos preclusivos de la sentencia denegatoria, pero la sentencia que acoja la demanda valdrá para todos los miembros de la colectividad. De esta forma se atribuye a la sentencia una eficacia "secundum eventum litis", esto es, la que acoja la demanda valdrá para todos los miembros,

⁵⁹ Cfr. De la Oliva, A., "Sobre la protección jurisdiccional de los consumidores y usuarios", Estudios sobre Consumo, Nº 16, 1989, p. 161, quien afirma que en la doctrina "...anida una confusión lo suficientemente grande como para que se dude del principio *res indicata inter partes*, por el que en virtud del intangible principio de audiencia ("nadie debe ser condenado sin ser oído y vencido en juicio"), los efectos vinculantes de la sentencia que recaen en un proceso entre A y B no pueden afectar a C, por más que la situación jurídica constitutiva de la *res in indicio deducta* sea común a A, B y C". En este mismo sentido, cfr. Bordalí Salamanca A., "Efectos de la sentencia pronunciada en los procesos de tutela de intereses o derechos difusos", *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, Porrúa, México, 2003, p. 308, Gutiérrez de Cabiedes, P., *La tutela jurisdiccional...*, pp. 432 y ss. y Punzi, C., "La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi", en *Rivista di Diritto Processuale*, Nº 3, 2002, p. 275 y ss.

⁶⁰ Cfr. Almagro Nosete, J., "La protección procesal de los intereses difusos en España", en *Justicia* 83, p. 86, y Acosta Estévez, J., *Tutela procesal...*, op. cit. p. 137.

⁶¹ Esta solución ha sido recogida por el Derecho Brasileño en la tutela de intereses supraindividuales. Así, la cosa juzgada producirá efectos *erga omnes* salvo en el caso en que la demanda sea rechazada por insuficiencia de pruebas, caso en el produce efectos *secundum eventum litis*. Cfr. en este sentido Pellegrini Grinover, A., "El nuevo proceso brasileño del consumidor", Estudios sobre Consumo, 1992, núm. 25, pp. 13-24. En sentido contrario, Gidi, A., "Cosa juzgada en acciones colectivas", *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, (coord. Gidi, A. y Ferrer Mac Gregor, E.), Porrúa, México, 2003, pp. 273-274, señala que estos efectos *secundum eventum litis* se forman precisamente cuando la sentencia es favorable a la pretensión deducida, y no cuando es desfavorable, como suele señalar la doctrina. La sentencia tendrá una extensión de sus efectos de cosa juzgada de acuerdo a esta fórmula cuando la acción colectiva es acogida por el tribunal, de modo tal, que dicha sentencia hará cosa juzgada *erga omnes* o ultrapartes para tutelar el bien colectivo, vinculando a la comunidad o al colectivo titular del derecho supraindividual, y vinculando también, positivamente y en su esfera individual, a los titulares de derechos individuales homogéneos que pertenecen a esa comunidad o colectivo. Ese sería el sentido, a juicio de este autor, de la extensión de los efectos de cosa juzgada *secundum eventum litis*.

mientras que la que la desestime sólo tendrá eficacia "inter partes". Por lo tanto, se establece la eficacia de la sentencia dependiendo del resultado de la misma, lo que, a juicio de Tapia, no parece muy ortodoxo, puesto que impondría una carga excesiva sobre la contraparte al no ser oponible a terceros la sentencia desestimatoria, porque tendría que defenderse en juicio un número ilimitado de veces, siempre por lo mismo y sin poder oponer nunca la eficacia de la sentencia en los procesos que se inicien⁶².

En el Derecho Comparado, la posibilidad de extender los efectos "secundum eventum litis" ha sido rechazada por la doctrina que promueve la existencia de un "ideological plaintiff", es decir, un representante adecuado que lucha de forma correcta y tenaz por los intereses del grupo⁶³.

En Chile, el artículo 54 de la Ley de Protección del Consumidor se ha encargado de regular los efectos de la sentencia definitiva dictada en un proceso de este tipo que "la sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del o los demandados producirá efectos erga omnes...", lo que implica que nuestro legislador ha optado por extender los efectos de la sentencia a todo el grupo de consumidores afectados, hayan o no intervenido en el proceso⁶⁴.

2.3.2. *La sentencia definitiva de condena*

En cuanto a la sentencia que acoge la demanda y condena a la parte demandada al pago de las indemnizaciones o reparaciones que correspondan, deberá reunir los requisitos del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil y, además, contener las exigencias que se señalan

⁶² Cfr. Tapia Fernández, I., "Artículo 221. Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios", en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Cordón Moreno, F., et al.), Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 807-808. En este mismo sentido, Garnica Martín, J., "Artículo 221. Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios", en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Fernández-Ballesteros, M.A.; Rifá Soler, J.M. y Valls Gombau, J.), Iurgium, Barcelona, 2000, p. 857, considera que la extensión ultrapartes de los efectos del proceso es censurable y a la que se puede reprochar a la vista del principio de audiencia y del 24.1 CE, pero cree que era la opción más razonable, porque es la que menos cuestiones suscita y también la más justa desde la perspectiva del demandado. El legislador opta por un sistema cerrado en el que el ejercicio de la acción del grupo cierra el paso a cualquiera otra acción posterior, tanto individual como de grupo.

⁶³ Cfr. en este sentido, Cappelletti, M., "Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi", AA.VV: *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio* (Pavia, 11-12 giugno 1974), Cedam, Padova, 1976, p. 192, citado por Bordalí Salamanca, "Efectos de la ...", *op. cit.*, p. 301.

⁶⁴ Nos parece que la principal motivación para que una sentencia pueda producir efectos erga omnes es la de evitar la repetición constante de juicios posteriores al proceso colectivo, y cuya fundamentación última la constituye la economía procesal. Ya señalaba la Ley en el artículo 51 N° 2 que el juez determinará las correspondientes indemnizaciones conforme al mérito del proceso y que no procedería la reserva prevista en el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil.

en el artículo 53 C de la ley, esto es: deberá declarar la forma en que tales hechos han afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores; debe declarar también la responsabilidad del o los proveedores demandados en los hechos denunciados y la aplicación de la multa o sanción que fueren procedentes; la procedencia de las correspondientes indemnizaciones o reparaciones y el monto de la indemnización o la reparación a favor del grupo o de cada uno de los subgrupos, cuando corresponda; disponer la devolución de lo pagado en exceso y la forma en que se hará efectiva, en caso de tratarse de procedimientos iniciados en virtud de un cobro indebido de determinadas sumas de dinero. En el caso de productos defectuosos, se dispondrá la restitución del valor de aquellos al momento de efectuarse el pago; disponer la publicación de los avisos a que se refiere el inciso tercero del artículo 54, con cargo al o a los infractores.

Contra la sentencia definitiva procede el recurso de apelación, que se concede en ambos efectos.

Una vez ejecutoriada producirá efectos *erga omnes*, con excepción de aquellos consumidores que hayan hecho reserva de sus acciones en alguna de las oportunidades que la ley señala⁶⁵.

2.3.3. *La acción ejecutiva en el proceso de consumidores y usuarios*

La tendencia normativa era la de incluir una norma que regulara específicamente la ejecutoriedad de la sentencia dictada en procesos de consumidores y usuarios. Se ponía de manifiesto la necesidad de permitir condenas abiertas en cuyos procesos de ejecución pudieran comparecer los afectados que acreditaran su calidad de miembros del grupo y que pudieran beneficiarse de la extensión subjetiva de los efectos de la sentencia.

Aunque la extensión de los efectos de la sentencia a terceros es característica del sistema estadounidense de las *class actions*⁶⁶ y del sistema inglés

⁶⁵ Que se encuentran contempladas en los artículos 53 y 54 C y a las que ya hemos hecho referencia.

⁶⁶ En lo relativo a las *class actions*, hay que traer a colación la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en el asunto *Hansberry y Lee*. En esta sentencia el ponente, Mr. Justice Stone afirmó que: "Es un principio de aplicación general en la jurisprudencia anglo-americana que un sujeto no puede quedar vinculado por la decisión *in personam* dictada en un proceso en el que no se le atribuyó la condición de parte o en el que no fue convertido en parte por un acto de notificación...", agregando luego que "existe una excepción en general reconocida a estas reglas generales, que no ha sido precisamente definida por la jurisprudencia, según la cual la decisión dictada para resolver una acción "de grupo" o "o representativa", la que son parte algunos miembros del grupo, puede vincular a miembros del grupo o a las personas que fueron representadas y que, sin embargo, no fueron parte en el procedimiento".

de la *representative litigation*⁶⁷, la verdad es que la extensión solamente se produce *secundum eventum litis*, lo que, a juicio de la doctrina, resulta “perturbador y nada fácil”⁶⁸. En los mencionados sistemas anglosajones, se permite que cualquier miembro del grupo de afectados inste la ejecución de la sentencia condenatoria, y esta posibilidad es cosustancial al régimen de acciones colectivas.

El objetivo de este artículo es evitar que los consumidores y usuarios que no hayan comparecido en el proceso tengan que iniciar un nuevo proceso declarativo para obtener individualmente una sentencia favorable, y, por lo tanto, “el consumidor que no ha intervenido en el proceso y que entienda reunir los caracteres o requisitos establecidos en la sentencia de condena para extender a su propia situación jurídica los efectos de la misma, puede obtener el reconocimiento de su derecho de una manera sencilla, rápida y directa, sin necesidad de acudir a un nuevo procedimiento de declaración contra el deudor declarado en la sentencia, el que ha puesto en el mercado los bienes o servicios que han ocasionado el perjuicio”⁶⁹.

⁶⁷ La regla 19.6 (4) de las *Civil Procedures Rules* inglesas de 1999 afirma que la sentencia que se dicte como consecuencia de una acción representativa vincula a todas las personas afectadas, aunque no hubieran sido directamente parte en el proceso. Y la regla 19.7 (3) establece que quien no ha sido parte en el litigio, pero pertenece al grupo de afectados demandante puede instar la ejecución de la sentencia previa autorización del tribunal. Sobre el tratamiento de la cosa juzgada en el Derecho Comparado europeo, vid. Trocker, N., “La cosa juzgada civil y sus límites objetivos y subjetivos: apuntes de Derecho Comparado”, *Estudios de Derecho procesal en honor de Víctor Fairén Guillén*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 561-573.

⁶⁸ Cfr. en este sentido Sabater Martín, A., “Artículo 519. Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Fernández-Ballesteros, M.A.; Rifá Soler, J.M. y Valls Gombau, J.), Iurgium, Barcelona, 2000, p. 2494. Cfr. en este mismo sentido Tapia Fernández, I., “Artículo 221...”, *op. cit.*, pp. 807-808 y Garnica Martín, J., “Artículo 221...”, *op. cit.*, p. 857. También Gutiérrez de Cabiedes, P., “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y los daños con múltiples afectados”, *Derecho del consumo. Acceso a la justicia, responsabilidad y garantía*. Ministerio de Sanidad y Consumo, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, *op. cit.*, p. 196.

⁶⁹ Moreno Catena, V., “Artículo 519. Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados”, *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios* (coord. Escribano Mora, F.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 4371. Esta solución ya había sido introducida por los artículos 110 y 111 de la LJCA. El artículo 110 se refiere a la posibilidad de que los efectos de una sentencia dictada en materia tributaria y de personal de servicio de la Administración Pública, y que ha reconocido los efectos de una situación jurídica individualizada en favor de una o varias personas, puedan extenderse a otras, si concurren las circunstancias descritas en ese precepto, y el artículo 111 prevé la posibilidad de que el Tribunal que conoce de la ejecución de la sentencia extienda a los afectados por la suspensión de la ejecución del fallo por un recurso de apelación pendiente, los efectos de las sentencias firmes que hayan recaído en recursos ya resueltos. Cfr. también Rosende Villar, C., *La eficacia frente a terceros de las sentencias contencioso-administrativas*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 159 y ss.

Para efectos del pago de las indemnizaciones o reparaciones, la sentencia condenatoria será notificada mediante avisos publicados a lo menos en dos oportunidades distintas, en los diarios que el juez determine, con un intervalo no inferior a tres ni superior a cinco días entre las publicaciones. En el caso que el número de afectados sea pequeño, el juez podrá disponer otra forma de notificación, que permita asegurar el conocimiento de todos ellos. Las menciones que debe contener el aviso se encuentran señaladas en el artículo 54 A de la ley⁷⁰.

En esta etapa los interesados deben presentarse a ejercer sus derechos en el plazo de noventa días contado desde el último aviso, y podrán comparecer personalmente o patrocinados por un abogado, pero si se ha designado un procurador común deberán actuar a través de éste y de acuerdo con las reglas generales⁷¹. La presentación que haga el interesado se limitará a acreditar su condición de miembro del grupo afectado.

Vencido el plazo de 90 días al que hace referencia el artículo 54 C, se dará traslado de todas las presentaciones al demandado, para que controvierta la calidad de miembro del grupo de uno o más de los interesados en el plazo de 10 días, plazo que puede ampliarse por resolución fundada y a petición de parte.

Podrá abrirse un término especial de prueba si el juez estima que existen hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, el que se registrará por las reglas de los incidentes. Contra la reposición que falla el incidente procederá la reposición y la apelación en subsidio de la reposición, y una vez fallado este incidente, queda fijado de modo permanente el monto global de las indemnizaciones o reparaciones que deberán pagarse por el demandado.

En cuanto al tribunal que debe conocer del incidente, como el artículo nada dice, hay que estar a la regla contenida en el 231 del Código de Procedimiento Civil, de lo que cabe deducir que el juez competente es el que haya conocido de la demanda colectiva en primera instancia, que, además, será competente para conocer de la correspondiente ejecución.

En relación con el pago de las indemnizaciones, el demandado debe efectuar las reparaciones o consignar el monto íntegro de las indemnizaciones dentro del plazo de 30 días corridos, contado desde aquel en que se haya fallado el incidente promovido en relación con la acreditación de la calidad de interesados.

⁷⁰ Entre las que destacan la identificación del grupo y la forma y el plazo en que los interesados deben hacer efectivos sus derechos, y las instituciones a las que los interesados podrán concurrir en busca de orientación e información.

⁷¹ Entendemos que las reglas generales son las contenidas en los artículos 18 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Si a juicio del tribunal el pago de estos montos globales produce en el demandado un detrimento patrimonial significativo de modo que pudiera estimarse que quedará próximo a la insolvencia, el juez podrá establecer un programa mensual de pago de indemnizaciones completas para cada demandante, o bien, determinar una forma de cumplimiento alternativo del pago, pudiendo exigir alguna forma de fianza u otra caución si la situación económica del demandado así lo permite⁷².

Si la sentencia no es cumplida por el demandado, la ejecución se efectuará a través del procurador común en un único procedimiento, por el monto global de las indemnizaciones o reparaciones o por el saldo total insoluto, efectuándose el pago a los interesados a prorrata de sus derechos declarados en la sentencia definitiva.

2.3.4. *Supuesto en que se rechaza la pretensión contenida en la demanda*

El artículo 54 inciso final, se refiere a la posibilidad de que se niegue lugar a la demanda y dispone que en ese caso “cualquier legitimado activo podrá interponer, dentro del plazo de prescripción de la acción, ante el mismo tribunal y valiéndose de nuevas circunstancias, una nueva acción, entendiéndose suspendida la prescripción a su favor por todo el plazo que duró el juicio colectivo. El tribunal declarará encontrarse frente a estas nuevas circunstancias junto con la declaración de admisibilidad de la acción dispuesta en el artículo 52”.

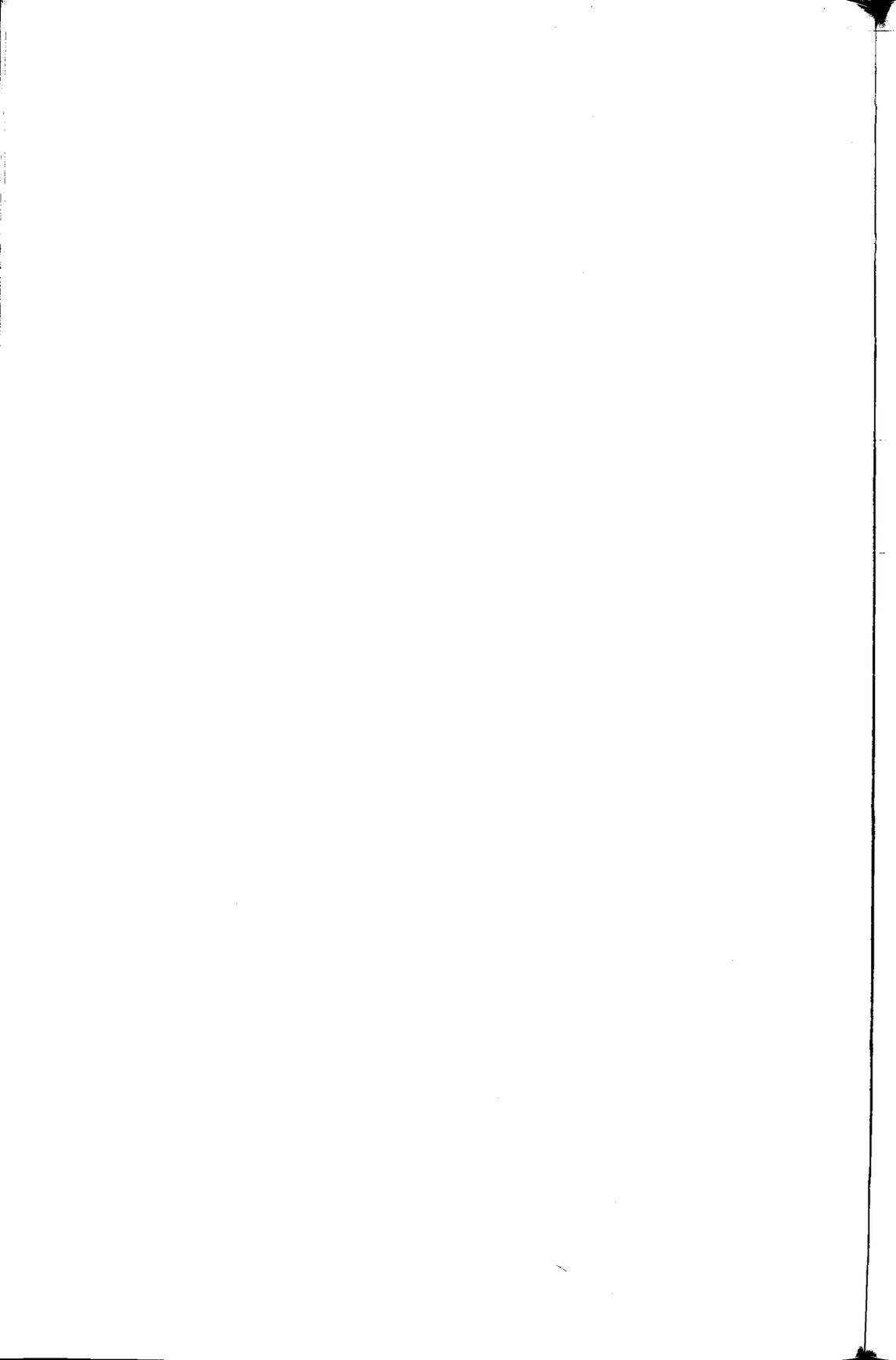
Esta norma parece encontrar su antecedente inmediato en el Derecho brasileño, en el que la única posibilidad de iniciar un nuevo proceso colectivo se produce si la sentencia que niega lugar a la demanda se funda en la insuficiencia de pruebas derivada de la mala instrucción del proceso, pudiendo cualquier legitimado proponer la misma acción presentando en el nuevo juicio nuevo material probatorio, debiendo convencer al magistrado de que la prueba es efectivamente nueva⁷³.

La legislación chilena prevé la posibilidad de iniciar un nuevo proceso colectivo, siempre que el legitimado activo que proponga la acción se valga de “nuevas circunstancias”. El problema que plantea la redacción

⁷² Las sentencias que se dicten en relación con la forma en que debe procederse al pago no son susceptibles de recurso alguno.

⁷³ Cfr. Gidi Antonio, “Cosa juzgada en acciones colectivas”, en *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica* (coord. Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E.), Porrúa, México, 2003, p. 280 y ss. Señala el autor que: “Si la ‘nueva prueba’ se limita a reafirmar lo que ya se sabe y no añade nada a la convicción del magistrado, no debe ser considerada como ‘nueva prueba’. El criterio que debe implementar el aplicador del derecho debe ser sustancial y no meramente formal. La nueva prueba debe ser sustancialmente innovadora y no apenas formalmente nueva”.

de este artículo es la determinación del alcance de la expresión "nuevas circunstancias". No sabemos si se refiere a nuevas circunstancias de hecho o a nuevas pruebas que no se hayan rendido anteriormente y cómo se califica el hecho de encontrarnos efectivamente ante estas nuevas circunstancias. Nos remitimos a lo señalado en el párrafo anterior a propósito de la exigencia de nueva prueba.



A MARCA E A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA GLOBALIZAÇÃO

ANA LUIZA DA GAMA E SOUZA

I. INTRODUÇÃO

As transformações no contorno da sociedade contemporânea são marcantes no aspecto político, econômico ou jurídico. As novas tecnologias mudaram a forma de inter-relacionamento humano, intensificando-as, bem como deram nova forma e relevância às relações econômicas.

Após o fim da guerra fria, um novo modelo de cenário internacional se configura, aquele no qual as relações econômicas são o expoente, ditando as diretrizes das relações intersubjetivas, interempresariais ou interestatais, trazendo significativas mudanças contextuais no conceito de sujeito de direito, de empresa e de Estado.

Hoje a sociedade é de massa e basicamente de consumo, a empresa hoje é transnacional e o Estado abre mão de parte de sua intocável soberania absoluta, em prol da formação de blocos econômicos, com regras próprias e moeda única. É neste cenário dito globalizado que buscaremos tratar da proteção do consumidor.

O processo de mundialização ou globalização ainda não encontra conceito definido na doutrina, sendo amplamente debatido entre os estudiosos.

Segundo o estudioso francês Pierre SENARCLENS¹:

¹ Senarclens, Pierre de. *La mondialisation: Théories, enjeux e débats*. Édition Dalloz. Armand Colin. 3^a édition. Paris. 2002. p. 75 –com tradução nossa– citação do original em francês.

{...} os indivíduos, ao mesmo título que as máquinas, são progressivamente ramificados nas redes eletrônicas que funcionam com uma rapidez extraordinária. Estas mudanças precipitaram a transição de uma economia internacional, marcada pelas interações entre os mercados principalmente nacionais, a uma economia globalizada, dinamizada pelas praças financeiras em interações constantes. Isto implicou na transnacionalização do mercado das obrigações e das ações, compreendendo assim os investimentos de carteira, importantes nos novos países industrializados.

Neste sentido ousamos ensaiar que a globalização constitui um conjunto de fatores sociais, tecnológicos, econômicos e políticos que, aliados à rapidez das transformações de seus elementos e a ao inusitado de suas feições transfronteiriças, representa um processo gradativo e evolutivo, sobre cujo destino final o homem ainda não vislumbrou. Nas palavras apocalípticas de Sernaclens² “a dinâmica da mundialização realizará ‘o fim da história’”. Ao menos da História como até então a conhecemos.

Como espinha dorsal do capitalismo é o investimento estrangeiro direto que o dinamiza, o que faz do aumento rápido dos fluxos desses investimentos um dos indicadores do processo de mundialização. É neste contexto que entendemos a idéia de empresa transnacional como elemento essencial ao fluxo de investimentos.

Neste contexto surgiram as condições necessárias à generalização e intensificação do consumo de bens e serviços, diante de uma economia de mercado massificada, representada pelas empresas transnacionais.

É neste cenário, tal como se apresenta, que se desenvolve o tema que ora se aborda, apontando as dificuldades com as quais se depara o consumidor no mercado globalizado, quando adquire um produto fora das fronteiras territoriais brasileiras. Este entrave à eficácia da proteção do consumidor, hoje uma máxima mundial, diz respeito à efetividade da garantia contra defeitos no produto adquirido.

O conceito de consumidor não causa perplexidade ou gera muitas controvérsias, encontrando definição na legislação consumerista pátria, de forma bem assemelhada àquela estampada na legislação estrangeira.

O consumidor é fruto de uma sociedade massificada, essencialmente de consumo. Este é o sentido hoje predominante no Brasil, à luz da lei 8.078/90, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (C.P.D.C.).

A par do conceito de consumidor, estampado no art. 2º do C.P.D.C., cumpre interpretarmos as normas do C.P.D.C., sob o aspecto do sujeito de direito, tendo sempre como norte que o contrato de consumo deve primar por cumprir a sua função social, combatendo os desequilíbrios na relação consumerista.

² *Ídem*, p. 75.

Neste rumo, o consumidor deve ser entendido sempre como a parte vulnerável, sendo esta vulnerabilidade assim definida, nas palavras de CLAUDIA LIMA MARQUES³:

O C.P.D.C. coloca a vulnerabilidade do consumidor como um dos princípios da Política Nacional de Relações de Consumo, como prevê em seu art. 4º, inciso I.⁴.

Vários entendimentos desafiam conceituar a vulnerabilidade do consumidor, dentre eles ⁵ de Claudia Lima Marques⁵ que a define como “a noção instrumental que guia e ilumina” a aplicação das normas de proteção dos direito do consumidor, quando violados.

Interessa-nos saber que o consumidor, não importa sob a luz de que legislação, é sempre definido como a parte mais fraca na relação de consumo. Neste rumo, é unânime o entendimento de que deve o consumidor ser protegido por uma legislação efetiva.

II. A GARANTIA DO CONSUMIDOR NO DIREITO BRASILEIRO E NA LEGISLAÇÃO COMPARADA

A garantia é instituto que encontra amparo em nossa legislação civil, sendo elemento prioritário nos contratos em que há transferência de coisa a outrem⁶.

Sendo elemento intrínseco ao contrato e oriundo do princípio da boa-fé contratual, a garantia não exige expressa disposição para surtir seus efeitos legais.

A garantia legal, conforme preceituada no Código Civil de 1916 ou no atual Código Civil, é tratada como garantia contra vícios de fato e de direito. Ao nosso trabalho releva a conceituação de vício redibitório, como vício de fato, excluindo-se a análise do instituto da evicção, como vício de direito. Seria esta modalidade de garantia por vício ou defeito oculto na coisa que a torna imprópria ao uso.

Sob a ótica do Código Civil, seja daquele de 1916 ou no atual Código, o instituto garantia, ainda que intrínseco ao contrato, é mais flexibilizado,

³ Marques, Claudia Lima: “A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos a distância no comércio eletrônico”, *Revista de direito do consumidor* n° 41. São Paulo. RT. janeiro-março de 2002. p. 269.

⁴ “Art. 4º...

I -reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

⁵ Marques, Claudia Lima, “A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos a distância no comércio eletrônico”, *cit.*, p. 270

⁶ Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3ª Ed., Ed. Atlas, São Paulo, 2000, p. 544.

posto não ser enfocada como questão de ordem pública, da forma como é definido e tratado no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor inova em termos de garantia legal, quando prevê, em seu artigo 24 que “a garantia legal de adequação do produto ou serviço, independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor”.

Segundo ZELMO DENARI⁷, o artigo 24 do nosso diploma consumerista consagrou o princípio de que “o fornecedor deve colocar no mercado de consumo produtos ou serviços de boa qualidade, vale dizer, sem vícios ou defeitos que os tornem impróprios ao uso e consumo ou lhes diminuam o valor”.

Trata o diploma consumerista pátrio, no já mencionado art. 24, da garantia legal contra vícios de adequação. Seria esta garantia, imperativa, implícita ao produto, garantia de sua funcionalidade⁸ e que iria além da garantia contra vícios redibitórios, prevista no Código Civil e analisada no item anterior, sendo esta subsidiária àquela.

É esta garantia implícita, natural do produto, elemento do próprio produto, existente desde a sua fabricação e que nasceria com a retirada do mercado do produto pelo consumidor e se multiplicaria, conforme fosse sendo cedido o produto adquirido, de forma a sempre proteger o consumidor contra os vícios de inadequação ou desconformidade do produto, que sempre deverá atender às expectativas do consumidor.

Nas palavras de Claudia Lima MARQUES⁹, “a garantia de adequação do produto é um verdadeiro ônus natural para toda a cadeia de produtores. Vai mais além Claudia Lima Marques, quando afirma¹⁰:

(...) a origem primeira da garantia legal de adequação não é o contrato de consumo, mas a produção para o consumo, isto é, a participação do fornecedor na cadeia de produção de bens destinados ao consumidor e a confiança que qualquer produto colocado no mercado desperta legitimamente no consumidor, um dever legal, um novo ônus, com base na obrigatória boa-fé do fornecedor no mercado.

Depreende-se, em síntese, que a balança da atividade de consumo pende do dever do fornecedor de colocar um produto de qualidade no mercado, informando a respeito de suas características e eventuais riscos,

⁷ Grinover, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor, Comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª Edição, revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, p. 198.

⁸ Marques, Claudia Lima; *Contratos no Código de Defesa do Consumidor, o novo regime das relações contratuais*, 4ª ed. ver., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 1010.

⁹ Marques, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. o novo regime das relações contratuais*, cit, p. 1009.

¹⁰ *Ibidem*, p. 1011.

ao consumidor que tem seus interesses protegidos pela confiança¹¹ de que irá adquirir um produto de qualidade, uma vez que o produto foi colocado no mercado para consumo.

Por fim, seria a busca pela efetividade da garantia de adequação que nos fez trilhar os rumos desta pesquisa e a buscar, ainda, no direito comparado, as identidades necessárias a sua observação no mercado globalizado.

A. NA UNIÃO EUROPÉIA

O surgimento do que hoje se conhece como União Européia (UE) data de 9 de maio de 1950, com a ratificação do Tratado de Paris, que criava a Comunidade Européia do Carvão e do Aço e que representava o embrião do que seria a Comunidade Econômica Européia (CEE), instituída em 25 de março de 1957, através do Tratado de Roma, que passou a vigorar a partir de primeiro de janeiro de 1958.

A experiência européia, em termos de proteção do consumidor é de extrema valia para nosso estudo, vez que hoje já se pode falar em uma europeização do direito do consumidor.

A proteção dos interesses dos consumidores é objeto do art. 153 do Tratado da Comunidade Européias, já com as modificações trazidas pelos Tratados que se seguiram, no qual se prevê que a Comunidade contribuirá para que se alcance um alto nível de proteção dos consumidores, mediante medidas baseadas no art. 95 e em ações concretas. Para adotar referidas medidas e ações concretas, o Conselho se servirá do procedimento de co-decisão, instituído pelo artigo 251º e de prévia consulta ao Comitê Econômico e Social. Referido procedimento concede ao Parlamento Europeu o poder de adotar atos conjuntamente com o Conselho, sendo, neste processo, assistida pelo Conselho Consultivo de Consumidores que é composto por representantes das Organizações Européias de Consumidores, das Organizações das Entidades Nacionais e de personalidades especialmente competentes em matéria de consumo. Assim, fica clara a representação da sociedade quanto à elaboração das medidas de proteção dos consumidores.

Assim, através de medidas mínimas, ditadas pela Diretiva, objetivando alcançar nível elevado, a Comunidade protege os direitos dos consumi-

¹¹ "O princípio da Confiança, confiança esta despertada no consumidor pelos produtos e serviços colocados no mercado pelas atividades dos fornecedores, exige que se impute, que se responsabilize um maior número de agentes da cadeia de produção, visando à efetiva reparação da vítima/consumidor, como ordena o art. 6º, inciso VI, do C.P.D.C. (Marques, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, cit, p. 984).

dores, elaborando normas derivadas de direito comunitário, dentre estas, as já mencionadas diretivas.

A diretiva determina aos destinatários da norma, um resultado que deve ser alcançado - pauta mínima. Por não ter alcance geral, a norma derivada obriga apenas aqueles que foram designados, os quais devem ser notificados de seu conteúdo, mesmo já havendo publicação no órgão oficial¹².

Nas palavras da professora Claudia Lima MARQUES¹³:

Estas diretivas são leis flexíveis, espécies de leis-objeto, cuja incorporação nos ordenamentos nacionais é flexível quanto ao instrumento e obrigatória quanto ao objetivo para os 15 países da União Européia.

Várias diretivas foram criadas e aprovadas em matéria de proteção do consumidor, dentre estas, a Diretiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas; a Diretiva 97/7/CE, alterada pela Diretiva 2002/65/CE, sobre contratação distância; a Diretiva 2000/31/CE sobre comércio eletrônico e a Diretiva 1999/44/CE sobre as garantias relativas a venda de bens de consumo.

A Diretiva nº 1999/44/CE, sobre certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas, é de grande relevância ao desenvolvimento do tema em análise.

Sobre a necessidade de harmonização, a diretiva no item (5) da exposição de motivos prevê:

Considerando que a criação de um corpo mínimo comum de direito de consumo, válido independentemente do local de aquisição dos bens na Comunidade, reforçará a confiança dos consumidores e permitir-lhes-á beneficiarem-se das vantagens do mercado interno.

Percebe-se que a intenção da Comunidade é a de que sejam criadas pautas mínimas de proteção do consumidor, de forma a conferir-lhe segurança na aquisição de produtos fora do mercado do país de sua residência.

Tratando-se de norma comunitária sobre a garantia do consumidor nas vendas de bens de consumo, com certeza, a diretiva é relevante.

A diretiva conceitua, além da figura do consumidor, a figura do produtor como o fabricante ou como importador do bem de consumo no

¹² Reis, Marcio Monteir, Mercosul, União Européia e Constituição: a integração dos estados e os ordenamentos jurídicos nacionais, Rio de Janeiro, Renovar, p. 173.

¹³ Marques, Claudia Lima. A proteção do Consumidor: Aspectos de Direito Privado Regional e Geral. XXVII Curso de Derecho Internacional, Organizado por el Comité Jurídico Interamericano y la Secretaria General de la OEA en Agosto de 2000. Secretaría General, Subsecretaria de asuntos Jurídicos. Washington. D.C., 2001, p. 705.

território da Comunidade, ou qualquer outra pessoa que se apresente como produtor através da indicação de seu nome, Marca¹⁴ ou outro sinal de identificação no produto.

Extremamente relevante ao tema que nos propusemos analisar é o conceito de garantia, conforme prevista na Diretiva 1999/44/C, em seu art. 1º, 2, e):

Garantia: qualquer compromisso assumido por um vendedor ou um produtor perante o consumidor, sem encargos adicionais para este, de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo de um bem de consumo, no caso de este não corresponder às condições enumeradas na declaração de garantia ou na respectiva publicidade;

O conceito de garantia expresso na diretiva corresponde aos da garantia legal e da convencional.

Há de se atentar para o fato de que a diretiva consagra o princípio da conformidade do produto com o contrato em seu artigo 2º, inciso I¹⁵, descrevendo as qualidades que o produto deverá ter para servir ao uso a que se destina.

Por fim, preleciona Claudia Lima MARQUES¹⁶, que o direito comunitário europeu, em matéria de defesa do consumidor visa:

assegurar um nível de qualidade dos produtos que permita a exportação, sem problemas internamente e externamente para o espaço integrado e privilegiado (o mercado comum) e assegurar níveis aceitáveis de concorrência leal entre os fornecedores da região sem discriminação".

¹⁴ Este conceito foi trabalhado em capítulo próprio e será extremamente relevante para definir o que seria uma empresa transnacional com *status* de grande marca.

¹⁵ Artigo 2º da diretiva 1999/44/CE

"Conformidade com o contrato

1. O vendedor tem o dever de entregar ao consumidor bens que sejam conformes com o contrato de compra e venda.
2. Presume-se que os bens de consumo são conformes com o contrato, se:
 - a) Forem conformes com a descrição que deles é feita pelo vendedor e possuírem as qualidades do bem que o vendedor tenha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo;
 - b) Forem adequados ao uso específico para o qual o consumidor os destine e do qual tenha informado o vendedor quando celebrou o contrato e que o mesmo tenha aceite;
 - c) Forem adequados às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo;
 - d) Apresentarem as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem e, eventualmente às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente na publicidade ou na rotulagem.

¹⁶ Marques, Claudia Lima. A proteção do Consumidor: Aspectos de Direito Privado Regional e Geral, *cit*, p. 706.

B. NO DIREITO AMERICANO

O direito americano surgiu quando não mais havia oposições entre o *common law* e o *equity*, através do que hoje se denomina *civil action*. Os procedimentos que o compõem guardam traços importantes de ambos os.

O sistema adotado pela grande maioria dos Estados Americanos é misto, pois flutua entre o *common law* puro e o *statute law*, direito escrito criado pelo legislador, resultante dos *enactments law* (*direito estatuto*), sendo composto pelas Constituições Estaduais e pela Constituição Federal, pelos tratados internacionais, leis ordinárias, regulamentos administrativos, *Code of Civil Procedure*, dentre outros. Merece destaque o *Uniform Commercial Code*.

Como fonte do direito americano, o *Uniform Commercial Code* foi inspirado nos precedentes sobre responsabilidade do fabricante de produtos. É com o precedente criado pelo *case Henningsen versus Bloomfield Motors Inc.* que se consagrou a responsabilidade solidária com base em uma garantia implícita. Assim, demonstra Pasqualotto¹⁷:

Uma nova perspectiva somente surgiu com o caso *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*, julgado em 1960 na Suprema Corte de New Jersey, que proclamou a responsabilidade solidária entre o fabricante de um automóvel e o seu revendedor, com base em *implied warranty*, uma garantia implícita no contrato de compra e venda. Os argumentos básicos foram que, numa sociedade de massa, as garantias de um produto não se subscrevem aos vínculos contratuais, estendendo-se diretamente do fabricante ao consumidor. (grifo nosso)

Os fundamentos da decisão acima, acerca da responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos, foram então consolidados no *Uniform Commercial Code*, dentre eles a garantia implícita (*implied warranty*). A U.C.C. é hoje adotada na maioria dos Estados Americanos.

A garantia no direito americano é conceituada como a promessa de que um produto comerciável é adequado ao fim pelo qual é vendido, sendo implícita quando não é instituída expressamente, mas é reconhecida ou imposta pela lei, baseada na natureza da transação¹⁸.

No *Uniform Commercial Code* (U.C.C.) a garantia implícita (*implied warranty*) subdivide-se em dois diferentes tipos: *implied warranty of merchantability* (garantia de comerciabilidade) e *implied warranty of fitness for particular purpose* (garantia de aptidão a uma finalidade particular).

¹⁷ Pasqualotto, Adalberto, "Proteção contra produtos defeituosos: das origens ao Mercosul", *Revista de direito do consumidor* n° 42, São Paulo, Ed. RT. abril-junho de 2002, p. 51.

¹⁸ *West's Encyclopedia of American Law*. Conceito disponível no site [http:// www.wld.com](http://www.wld.com). Tradução nossa.

Trata-se a garantia de comerciabilidade, prevista na seção 2-314 do *Uniform Commercial Code*¹⁹, de uma promessa não escrita, feita ao comprador (consumidor) de que o bem foi adquirido conforme os padrões normais de proteção e de que são da mesma categoria, qualidade e valor de um bem similar, vendido em circunstâncias similares²⁰. Em suma, bens comerciáveis, segundo o direito americano, são aqueles convenientes ou aptos, ao fim comum para os quais serão usados, cuja qualidade é geralmente aceitável em determinada linha de comércio.

A aptidão ou adaptabilidade (*fitness*), de uma maneira genérica, é descrita na letra (c) do parágrafo 2 da seção 2-314, como sendo uma das características do bem comerciável. A aptidão ou conveniência exigida pode ser comparada com a exigência de adequação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, conforme já abordada no início deste trabalho.

O *Restatement of Tort* é outra fonte de direito importante quanto a proteção do consumidor. Trata da responsabilidade extracontratual, prevendo, dentre outras regras, em sua seção 402-A, que a responsabilidade objetiva do vendedor nasce com a colocação do produto no mercado e que esta responsabilidade independe do fato de que tenha ou não havido relação contratual entre ambos. A partir deste momento, o produto deve estar nas mesmas condições em que foi colocado à venda.

Por fim, no direito americano a garantia do consumidor será estabelecida tendo em vista os precedentes ditados pelo *case law* e pelo *statute law*, em conformidade com a legislação que regula a matéria, em especial o U.C.C. e o *Restatemente of Tort*.

C. NO MERCOSUL

O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) teve seu início com o Tratado de Assunção, assinado pelos Presidentes e respectivos Ministros de Relações Exteriores do Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai em 26 de março de 1991, constituindo mais uma tentativa integracionista da América Latina depois da ALALC e a ALADI.

¹⁹ § 2-314. Implied Warranty: Merchantability; Usage of Trade.

(1) Unless excluded or modified (Section 2-316) a warranty that the goods shall be merchantable is implied in a contract for their sale if the seller is a merchant with respect to goods of that kind. Under this section the serving for value of food or drink to be consumed either on the premises

- (c) are fit for the ordinary purposes for which such goods are used; and
- (d) run, within the variations permitted by the agreement, of even kind, quality and quantity within each unit and among all units involved; and
- (e) are adequately contained, packaged, and labeled as the agreement may require; and
- (f) conform to the promise or affirmations of fact made on the container or label if any.

²⁰ West's Encyclopedia of American Law. Conceito disponível no site <http://www.wld.com>. Tradução nossa.

São órgãos do Mercado Comum do Sul, dentre outros, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio.

Proveniente de órgãos diferentes, as normas derivadas oriundas do Mercosul têm natureza diferente, podendo ser denominadas decisões, resoluções, diretrizes, propostas ou recomendações.

Tratando de União Aduaneira inicial e imperfeita²¹, discute-se qual seria o fundamento da competência legislativa do Mercosul.

No que concerne às fontes originárias (Tratado constitutivo, Protocolos e anexos), a competência legislativa teria seu fundamento no Tratado de Assunção. O segundo possível fundamento da competência para legislar no Mercosul seria interno, ou seja, estaria nas fontes derivadas, como as Resoluções do Grupo do Mercado Comum.

Em sede de proteção do consumidor, mais especificamente no que atine à garantia contratual, é a Resolução 42/98 do GMC que regula a matéria e que deixou sem efeito a Resolução 127/96. No entanto, trouxe poucas modificações quanto ao tema.

Entendemos importante ressaltar que o Resolução 42/98 trata da garantia contratual oferecida pelo fornecedor, prevendo a garantia convencional e não a legal.

Na busca pela normatização da proteção do consumidor em nível do Mercosul, a Resolução 123/96²² (vide anexo A) do GMC traz os conceitos

²¹ Marques, Claudia Lima. "Regulamento Comum de Defesa do Consumidor do Mercosul: primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor", *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 23-24, p. 83.

²² RESOLUÇÃO 123/96:

TENDO EM VISTA:

O Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto, a Resolução Nº 126/94 do Grupo Mercado Comum, a Proposta Nº 9/96 da Comissão de Comércio do Mercosul, e a Recomendação Nº 1/96 do CT Nº 7 "Defesa do Consumidor"

CONSIDERANDO:

Que se encontra em curso no âmbito do Mercosul processo de harmonização de legislações na área de Defesa do Consumidor...

CONCEITOS

- I- Consumidor: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final em uma relação de consumo ou em função dela. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, determináveis ou não, expostas às relações de consumo.
Não se considera consumidor ou usuário aquele que, sem constituir-se em destinatário final, adquire, armazena, utiliza ou consome produtos ou serviços com o fim de integrá-los em processos de produção, transformação, comercialização ou prestação a terceiros.
- II- Fornecedor: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, assim como os entes despersonalizados nos Estados Partes cuja existência esteja contemplada em seu ordenamento jurídico, que desenvolvam de maneira profissional atividades de produção, montagem, criação seguida de execução, construção, transformação, importação, distribuição e comercialização de produtos e/ou serviços em uma relação de consumo.

de fornecedor, relação de consumo, produto e serviço, todos mais ou menos semelhantes aos definidos em nosso C.P.D.C.

Em suma, muito embora não haja transferência para o Mercado Comum de alguns dos poderes inerentes à soberania dos Estados-membros, internamente, os órgãos entendem-se competentes para legislar, inclusive arriscando-se a permitir a modificação das legislações nacionais em matéria constitucionalmente protegida, como os direitos dos consumidores.

III. O FORNECEDOR DE PRODUTOS E A OBRIGAÇÃO DE GARANTIA

O conceito de fornecedor estampado no artigo 3º do nosso Código de Proteção e Defesa do Consumidor é bastante amplo.

No contexto em que desejamos trabalhar o conceito de fornecedor, este deve ser analisado dentro de uma cadeia de fornecimento, que segundo a professora Claudia Lima MARQUES²³ seria

o fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços para uma finalidade comum, qual seja a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores.

Esta cadeia é tão extensa que muitas vezes o consumidor não percebe a presença de vários fornecedores, por isso a intenção do legislador em adotar a responsabilidade solidária de forma a proteger o consumidor, independentemente de quantos haja fabricado, importado ou simplesmente fornecido o produto ou de haver ou não relação contratual direta ou indireta entre eles e o consumidor.

O fornecedor, nesta abordagem, seria a empresa transnacional com *status* de “grande marca”²⁴ e que se encontra em qualquer parte do planeta, fabricando e fornecendo produtos desejados por todos os consumidores.

Em uma sociedade de massa, quase não mais existe a personalização do fornecedor, uma vez que a cadeia de produção é deveras extensa. Portanto, hoje a doutrina fala da “repersonalização” ou desmaterialização

III- Relação de Consumo: Relação de Consumo é vínculo que se estabelece entre o fornecedor que, a título oneroso, fornece um produto ou presta um serviço e quem o adquire ou utiliza como destinatário final.

Equipara-se a esta o fornecimento de produtos e a prestação de serviços a título gratuito, quando se realizem em função de uma eventual relação de consumo.

IV- Produto: Produto é qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial.

V- Serviços: As precisões sobre o conceito de Serviços continuarão sendo objeto de harmonização pelos Estados Partes.

²³ *Ibidem*, p. 334.

²⁴ Procuraremos definir o que se trata “grande marca” em capítulo próprio.

do fornecedor que, dentre outras formas, seria a representação do fornecedor através da criação de símbolos representativos: Marcas, imagens e *status*, por exemplo.

A. AS EMPRESAS TRANSNACIONAIS COMO FORNECEDORAS DE PRODUTOS

Segundo o moderno conceito de repersonalização do fornecedor de produtos, a empresa transnacional - representada por uma Marca - vem a ser o objeto de nosso estudo.

Não há como dissociar a concepção de empresa transnacional (ETN) do fenômeno da globalização, posto que intimamente ligados pelo vínculo do mercado aberto.

No entendimento de Raúl TRAJTENBERG²⁵, o conceito de empresa transnacional seria aquele trazido pelo projeto do código de empresas transnacionais, elaborado pela competente comissão do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, segundo o qual:

Las empresas, cualquiera fuera su país de origen e su propiedad privada, pública o mixta, que comprenden entidades en dos o más países, sin importar la forma legal y los campos de actividad de estas entidades, operando bajo un sistema de decisión que permite políticas coherentes y una estrategia común por medio de uno o más centros de decisión, al cual estas entidades están ligadas por vínculos de propiedad u otros, de tal manera que uno o más de ellas pueden ejercer una influencia significativa sobre las actividades de otras y, en particular, *compartir conocimientos, recursos y responsabilidades com las otras*" (grifo nosso).

A verdade é que não se tem uma definição, um conceito absoluto desta empresa, mas não se pode negar que a sua existência se deu por impulso tecnológico, em função da necessidade de se levar o produto sempre para mais perto do consumidor²⁶

Indo mais longe, alerta Otávio IANNI que este conceito de empresa tem muito mais impacto no cenário internacional do que se imagina, pois²⁷

(...) desenraízam-se progressivamente, *planejando e concretizando as suas atividades* em termos de geoeconomias próprias, muitas vezes alheias às peculiaridades ou idiosincrasias de governos nacionais. (grifo nosso)

²⁵ Trajtenberg, Raúl. "El concepto de empresa transnacional", en *Serie documento de trabajo. Departamento de Economía. Facultad de Ciencias Sociales*. Universidad de la República. Uruguay. Disponível no site <http://www.fcs.edu.uy/economia>. p. 27.

²⁶ SENARCLENS, Pierre de, *op. cit.*, p. 76.

²⁷ *Ibidem*, p. 190.

Enfocando as estratégias de mercado das empresas transnacionais, SENARCLENS aborda questão de relevância para o tema que ora se busca pesquisar, pois segundo ele o poder das ETN's é inerente a sua estratégia de venda, de *marketing* e de publicidade, pela influência que exercem sobre a mídia²⁸. Neste aspecto, insta ressaltar que as empresas transnacionais mantêm estratégia comum.

Tendo posição privilegiada, dada a falta de regulamentação específica, causa certa inquietação em alguns autores que tratam do tema ainda tão insólito, como CARLOS JORGE SAMPAIO COSTA²⁹:

A concentração de riquezas nas mãos de macroempresas tem preocupado todos os setores da sociedade mundial. O capitalismo moderno está se convertendo em um sistema internacional integrado de corporações imensas. O poderio econômico (que se traduz muitas vezes, em poderio social e político) das chamadas empresas transnacionais, ultrapassa o que nossa imaginação poderia esperar.

Em suma, a empresa transnacional – analisada como fornecedora de produto –, repersonalizada pela Marca, é ainda foco de diversas indagações, o que culmina por dificultar a efetiva proteção do consumidor.

B. AS “GRANDES MARCAS”

O tema sobre o qual se pretende dissertar no presente trabalho, enfoca as empresas transnacionais com *status* de grande Marca³⁰, compreendidas como aquelas empresas que trazem, aliada à sua Marca, a certeza de credibilidade e confiabilidade.

Se de um lado a Marca simboliza uma forte identidade entre o produto e a empresa, de forma que estes não se percam na variedade avassaladora de opções disponíveis no mercado, por outro lado deve inspirar confiabilidade no espírito dos consumidores.

Na verdade, as vantagens trazidas pelo *status* de grande Marca para as empresas são inúmeras, principalmente no que diz respeito ao patrimônio. Uma Marca que atraia a atenção dos consumidores tem valor incalculável, o que transforma este simples sinal distintivo em preciosa fonte de lucro.

²⁸ *Ibidem*, p. 80.

²⁹ Costa, Carlos Jorge Sampaio. Código de conduta das empresas transnacionais, São Paulo, Ed. Forense. 1996, p. 33.

³⁰ Disponível no site oficial do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (<http://www.inpi.gov.br>).

Assim, a grande Marca deve trazer em si a garantia de alta qualidade do produto que distingue, o que se traduz em confiabilidade, sob pena de igualar-se a outras tantas.

A utilidade da Marca é justamente a de impor frente ao consumidor a boa reputação e a seriedade de seus produtos, individualizando-os, tornando-os peculiares, com o fito de que não seja equiparado aos demais. Para alcançar este objetivo e ter seu nome protegido por uma grande Marca, a empresa deve zelar pela alta qualidade de seus produtos.

A Marca que identifica um produto é protegida pela lei 9279/96, em seu artigo 125 e simboliza uma criação industrial. Da mesma forma, é sua função proteger indistintivamente aquele que consome o produto identificado pela Marca, posto que representativa da garantia de sua origem, legitimidade e alta qualidade.

Nestes termos, a lei brasileira prevê a marca de alto renome para os casos em que o sinal devidamente registrado goze de renome que transcenda o segmento de mercado para o qual ele foi originalmente destinado.

No que concerne à qualidade dos produtos de marca de alto renome, esclarece Luiz Leonardos³¹:

Tem-se aí, portanto, a idéia de que a marca de alto renome deve suscitar uma relação de qualidade dos produtos ou serviços a que se refira, sem necessidade, porém, que se trate de qualidade excepcional, bastando que seja ela capaz de atender à imagem dela feita pelos consumidores.

Além do que já foi apontado, a Marca que atrai de forma especial os consumidores é um bem precioso, constituindo um ativo extremamente significativo para as empresas. Sob o aspecto econômico, o poder de recuperação de uma empresa “grande marca”, vinculado à credibilidade que o mercado de consumo nela deposita, é extraordinário, o que a torna especialmente atrativa aos investidores.

Diante do que foi exposto neste capítulo, apura-se que as Marcas de alto renome são privilegiadas sob o ponto de vista patrimonial e devem muito esta posição ao mercado consumidor que nela deposita sua confiança, adquirindo seus produtos em qualquer lugar onde possam ser encontrados.

³¹ Leonardos, Luiz. Marcas de Alto Renome. *Revista da ABPI*. Ano 3. nº 11. Mar/Jun. 1994. p. 34-37.

IV. A EFETIVIDADE DA GARANTIA NO CONSUMO DE PRODUTOS ADQUIRIDOS DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS COMO STATUS DE "GRANDES MARCAS"

Pudemos concluir que as empresas denominadas de alto renome devem priorizar a qualidade dos produtos que fabricam, pois o sucesso depende do reconhecimento pelo mercado consumidor, da excelência daquilo que fabrica e vende. E mais, o privilégio da Marca independe do fato de que o produto possa ter sido adquirido em outro país, pois cada uma das empresas transnacionais constitui um corpo único identificado pela mesma estratégia e tecnologia, não importa onde esteja estabelecida.

A. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO HOMEM

No ordenamento jurídico brasileiro, a proteção do consumidor tem sede constitucional, sendo tratada no capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais do homem, especificamente no art. 5º, XXXII da C.R.F.B.

Numa concepção internacionalista, os direitos fundamentais do homem intitulam-se direitos humanos e podem ser definidos³² como um

conjunto institucionalizado de Direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Ensina FABIO KONDER COMPARATO que o verdadeiro fundamento dos direitos humanos é a dignidade do homem, compreendida a sua liberdade, autoconsciência, sociabilidade, historicidade e unidade existencial. Em suas palavras:³³

Percebe-se, pois, que o fato sobre o qual se funda a titularidade dos direitos humanos é, pura e simplesmente, a existência do homem, sem necessidade alguma de qualquer outra precisão ou concretização. É que os direitos humanos são direitos próprios de todos os homens, enquanto homens, à diferença dos demais direitos, que só existem e são reconhecidos, em função de particularidades individuais ou sociais do sujeito. Trata-se, em suma, pela sua própria natureza, de direitos universais e não localizados, ou diferenciais.

³² Disponível no site oficial "Rede de Direitos humanos e Cultura em <http://www.dhnet.org.br>.

³³ COMPARATO, Fabio Konder, Fundamento dos Direitos Humanos, Disponível no site oficial da Rede de Direitos Humano e Cultura em <http://www.dhnet.org.br>.

Embora a doutrina venha adotando e defendendo o princípio da indivisibilidade dos direitos humanos³⁴, estes foram classificados em categorias pelo jurista NORBERTO BOBBIO em sua obra “A era dos direitos”, em função da progressão histórica destes Direitos, de acordo com o seu surgimento e validação. Segundo a teoria geracional, os direitos humanos seriam de primeira, segunda, terceira e mais atualmente de quarta geração.

Não obstante a classificação da proteção dos direitos do consumidor como direito fundamental, entende JOSÉ AFONSO DA SILVA que o disposto no art. 170, V da C.R.F.B. “eleva a defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica”³⁵.

Em verdade, não importa a que categoria de direitos humanos pertença a proteção e defesa dos direitos do consumidor, o que realmente importa é a exigibilidade desta proteção, como forma de resguardar a dignidade humana, pois “as declarações de direitos, as Constituições e as leis de um modo geral deixam de possuir qualquer significação prática se não tiverem a possibilidade de efetiva aplicação”³⁶.

Jayme BENVENUTO, defendendo a teoria da indivisibilidade dos direitos humanos, afirma que³⁷,

Para caminhar no sentido da realização dos direitos humanos numa perspectiva indivisível, é fundamental superar algumas idéias limitadas a respeito da teoria dos direitos humanos. Isso significa, em primeiro lugar, dar –hoje– uma maior atenção aos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, dado o descompasso em relação às possibilidades de validação dos direitos civis e políticos.

Enfocando a problemática da globalização econômica sobre a eficácia dos direitos humanos, observa a professora Flavia PIOVESAN³⁸ que

a globalização econômica tem comprometido a vigência dos direitos humanos, em especial dos direitos sociais. Em face da indivisibilidade dos direitos humanos, como já mencionamos, a violação dos direitos sociais acaba por implicar a violação aos direitos civis e políticos, o que resulta na fragilização da própria democracia. Testemunha-se, ainda, o impacto transformador e desagregador da

³⁴ Jayme Benvenuto Lima Jr. defende a indivisibilidade dos direitos humanos como forma de estabelecer um padrão de exigibilidade para todos os direitos humanos, o que, segundo o autor, não seria possível se adotada a teoria geracional (direitos humanos classificados em gerações).

(Piovesan, Flavia. (coord.) *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*, São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 652.

³⁵ Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8º ed. Revista e ampliada de acordo com a nova Constituição, São Paulo, Malheiros editores, 1992, p. 237.

³⁶ Piovesan, Flavia. (coord.), *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 659.

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Ibidem*, p. 67.

transnacionalização dos mercados sobre as estruturas político-institucionais, na medida em que as decisões passam a ser tomadas no âmbito de organismos multilaterais e conglomerados multinacionais, com a substituição da política pelo mercado, enquanto instância decisória.

Nos mesmo termos, ensina Konder COMPARATO³⁹:

Sendo objetivo da justiça proporcional ou distributiva instaurar a igualdade substancial de condições de vida, é óbvio que ela só pode realizar-se por meio de políticas públicas ou programas de ação governamental. Um Estado fraco, permanentemente submetido às injunções do capital privado, no plano nacional ou internacional, é incapaz de atender à exigência do estabelecimento de condições sociais de uma vida digna para todos. Nunca hoje percebeu-se tão nitidamente o caráter anticapitalista dos direitos humanos de natureza econômica ou social.

Restou incontroverso, ao final deste tópico, que a proteção dos direito do consumidor, como direito fundamental da pessoa humana, posto que inerente a sua dignidade, pertence a categoria dos direitos humanos. Partamos, agora, ao estudo da aplicação imediata dos tratados que tratem de direitos humanos, para que possamos alcançar o objetivo traçado nesta pesquisa.

2. O SISTEMA DE RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO BRASIL E A TEORIA DA APLICABILIDADE DIRETA DOS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS

O sistema de recepção de tratados adotado pelo Brasil é predominantemente dualista, pois prevê que os tratados internacionais serão recepcionados pela ordem interna, após uma série de atos revestidos de caráter político-jurídico, resultantes da conjugação de duas vontades: a do Congresso Nacional, através de decreto legislativo, conforme preceitua o art. 49, I da CRFB e a do Presidente da República, que tem poderes para celebrar tratados e de promulgá-los mediante decreto, na forma do que prevê o art. 84, VIII da CRFB.

A controvérsia no direito brasileiro se refere ao ato que tornará obrigatória a observação do tratado na ordem interna. A obrigatoriedade se dará com a aprovação Congressual, a publicação do Decreto Legislativo e com a conseqüente ratificação pelo Executivo, que avaliará da conveniência e oportunidade de que o tratado vigore, ou a promulgação por Decreto do Presidente da República e sua conseqüente publicação

³⁹ Comparato, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2º ed. Revista e ampliada. Editora Saraiva, São Paulo, 2001, p. 462.

são imperiosos à observação da norma internacional na ordem jurídica interna? O consenso jurisprudencial e doutrinário aponta no sentido de que a resposta encontra-se na Carta Magna de 1988⁴⁰.

Muito embora seja o sistema acima o adotado pelo direito pátrio, a doutrina moderna vem entendendo, no que concerne aos tratados que disponham sobre direitos humanos, com fundamento no que prevê o art. 5º, §§ 1º e 2º da nossa Carta Magna⁴¹, que no Brasil,

à luz do regime jurídico diferenciado aplicável aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, esses textos constitucionais acolhem um sistema misto, que combina regimes jurídicos distintos: um aplicável aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais. Esse sistema misto se fundamenta na natureza especial dos tratados internacionais de direitos humanos que –distintamente dos tratados tradicionais que objetivam assegurar uma relação de equilíbrio e reciprocidade entre Estados pactuantes– priorizam assegurar a proteção da pessoa humana, até mesmo contra o próprio Estado pactuante⁴².

Neste sentido, é nítido que a Constituição, muito embora não tenha previsto o tratamento a ser dado em matéria de conflito entre tratados tradicionais e lei interna, o que vem sendo resolvido pela jurisprudência, a qual têm tendido pela primazia da ordem jurídica interna, inova, “ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário”⁴³.

Em merecidos elogios à inovação constitucional referida acima, continuam os professores Luiz Flávio GOMES e Flavia PIOVESAN⁴⁴:

É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.

No entendimento de ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO DE TRINDADE, referenciado por Patrick AYALA⁴⁵:

⁴⁰ V. o Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8.279/4, dem 17.06.98.

⁴¹ “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

§ 2º Os direitos e garantias fundamentais expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes dos regimes e princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁴² Piovesan, Flavia. (coord.), *op. cit.*, p. 58.

⁴³ Gomes, Luiz Flávio; Piovesan, Flavia (org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*, São Paulo, Ed. RT. 2000, p. 160.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 161.

⁴⁵ Trindade. Antonio Augusto Cançado, apud Ayala, Patrick de Araújo, “O direito internacional dos direitos humanos e o direito a ter direitos sob uma perspectiva de gênero”. *Revista de*

Os tratados de direitos humanos incorporam obrigações de caráter objetivo, voltados à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados, com base em um interesse público geral superior (ou *ordre public*). Donde a especificidade dos tratados de direitos humanos.

A partir do que foi exposto, não obstante a existência da regra de incorporação dos tratados de Direitos Humanos prevista no § 3º do art. 5º da Constituição da República, positivada pela Emenda Constitucional nº 45, de 31/12/2004, não há como não deduzir que qualquer tratado que disponha sobre a proteção dos direitos do consumidor como direito da pessoa humana, de natureza materialmente constitucional é, após a Emenda 45, formalmente –debe ter a esperada primazia no ordenamento jurídico pátrio, inclusive buscando– se a sua efetiva aplicabilidade. Desta forma, ousamos concluir ser esta a maneira de dar eficácia à garantia do consumidor de produtos adquiridos de empresas transnacionais com *status* de grande Marca.

IV. CONCLUSÃO

Percebemos ao longo do presente ensaio que a globalização –ou mundialização para alguns teóricos– é mais bem definida por suas características do que propriamente por um conceito. Neste sentido, pudemos concluir que este seria um processo complexo e multidimensional, oriundo da comunhão de vários fatores; como o progresso científico e tecnológico, a expansão da economia de mercado e a mudança no modo de produção, dentre outros relevados pela doutrina.

A globalização é o cenário adequado à proliferação das empresas transnacionais, as quais encontram nas novas tecnologias, na recriação da divisão internacional do trabalho e na difusão mundial dos modos de produção e de consumo, caraterísticos no cenário globalizado, o ambiente perfeito para sua consolidação e expansão ao nível global.

Verificamos que estas corporações transnacionais têm como objetivo oferecer em escala mundial os produtos que fabricam e comercializam, lançando mão das vantagens do comércio transfronteiriço, característico da globalização econômica.

Ao longo do presente artigo verificamos que a empresa transnacional, diante de sua unicidade tecnológica e estratégica, representada pela Marca, ainda não tem o tratamento jurídico necessário, colocando-se livremente no mercado mundial e estipulando as regras de sua atuação.

direito constitucional e internacional n° 36. Ed. RT. São Paulo. julho-setembro de 2001. p. 28.

Descobrimos, no seio do direito da propriedade industrial, que as empresas transnacionais, reconhecidas como “grande marca”, têm proteção especial através de sua classificação como empresa de alto renome, portadora da Marca que representa a sua excelência em qualidade e que constitui um bem de valor incalculável.

Observamos que os interesses do consumidor, no direito brasileiro, encontram-se protegidos por uma legislação moderna e eficiente. Segundo a moderna doutrina, a proteção destes interesses seria direito fundamental do homem, posto que garantia da dignidade humana. Neste sentido, poderia ser entendida como pertencente a categoria dos direitos humanos.

Em todas as legislações pesquisadas o consumidor vem sendo protegido quanto a garantia, possuindo o instituto traços de identidade bem marcantes entre si e com relação a legislação pátria, como a exigência de que o produto corresponda às expectativas do consumidor, seja através da adequação com o previsto no contrato, através do que tenha sugerido a publicidade ou da exigência de similaridade com outro produto da mesma categoria.

A proteção dos direitos do consumidor, como mais do que um direito garantido pela legislação infraconstitucional própria de cada País, a proteção dos direitos do consumidor é direito fundamental do homem como pessoa humana na sociedade mundial e assim pertencente à categoria dos direitos humanos.

Por fim, os direitos humanos vêm sendo objeto de uma proteção cada vez maior, pela criação de um sem número de normas internacionais e vem tomando outra forma, bem mais abrangente, diante do que é proposto pela teoria da indivisibilidade, segundo a qual todos os direitos inerentes ao ser humano têm mesma importância e relevância em uma sociedade globalizada.

É exatamente nesta dimensão que se pretende a efetividade da garantia na relação de consumo, como direito fundamental do ser humano, posto que fundamentado em sua dignidade.

Hoje devemos pensar no mundo como uma sociedade mundial, mesmo sabendo das diferenças que sempre existirão entre os povos. Devemos preservar, acima de tudo, os direitos fundamentais do homem, dentro desta “aldeia global”, regida e orquestrada pelas leis do mercado.

Se já podemos pensar em uma sociedade mundial de consumo, já que inerente ao capitalismo, devemos objetivar proteger o cidadão consumidor, mais hipossuficiente do que nunca diante da força e do poder indestrutível de um dos protagonistas desta sociedade globalizada, as grandes empresas transnacionais.

BIBLIOGRAFÍA

- Ayala, Patryck de Araújo. O direito internacional dos direitos humanos e o direito a ter direitos sob uma perspectiva de gênero. *Revista de direito constitucional e internacional* N° 36. Ed. RT. São Paulo. julho-setembro de 2001.
- Cerqueira, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. Vol. II. Ed RT. São Paulo. 1982.
- Code européen des affaires, Ed. Dalloz, Paris, France, 1995.
- Comparato, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2° ed. revista e ampliada. Editora Saraiva. São Paulo. 2001. p. 457).
- . *A proteção ao consumidor capítulo do Direito Econômico*. *Revista de Direito Mercantil* N° 15/16. Año XIII. 1974.
- Costa, Carlos Jorge Sampaio. *Código de Conduta das Empresas Transnacionais*. São Paulo, Ed. Forense. (s.d.).
- Diniz, Maria Helena. *Teoria das Obrigações contratuais e extracontratuais*. 8ª Ed. aumentada e atualizada. Vol. III. Ed. Saraiva. Rio de Janeiro. 1993.
- Finatti, Mauro André Mendes: *A Política do Consumidor na Comunidade Européia in Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul após o término do período de transição*. Paulo Borba Casella (coordenador). São Paulo. Ed. LTr. 1996.
- Fróes, Carlos Henrique. *Revista da ABPI*. N° 58. Mai/Jun. 1994. p. 34 a 37.
- Gambaro, Carlos Maria. *Globalização das Economias - análise do pensamento de Guy Sormon*. *Revista de direito constitucional e internacional* N° 33. São Paulo. Ed. RT. Outubro-dezembro de 2000.
- Gomes, Luiz Flávio; Piovesan, Flavia (org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo. Ed. RT. 2000.

- Grinover, Ada Pellegrini *et al.* Código de Defesa do Consumidor, Comentado pelos autores do anteprojeto. 6ª Edição, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 1999.
- Hogermann, Edna R.S. Direitos humanos: Sobre a universalidade rumo aos Direitos Internacional dos Direitos Humanos. Artigo retirado do site oficial da “Rede de Direitos Humanos e Cultura”.
- Held, David. A Democracia, O Estado-nação e o Sistema Global *in* Lua Nova Nº 23, março de 1991. Trabalho apresentado na Conferência “Aprofundando e Globalizando a Democracia”, realizada em Yokohama, Japão, 17-22 de março de 1990. Tradução de Regis de Castro Andrade.
- Hirst, Paul; GRAHAME, Thompson. Globalização em Questão. Ed. Vozes. 1998.
- Hurrell, Andrew; O ressurgimento do Regionalismo na Política Mundial *in* Contexto Internacional. I.R.I./PUC-Rio. Vol 17. Nº 1. Jan/Jun 1995.
- Ianni, Otavio: A era do globalismo. Ed. Civilização Brasileira. Rio de Janeiro. 1999.
- Lamarthe, Béatrice. La défense du consommateur dans l’Union Européenne. La documentation Française. Paris. 2001.
- Leonardos, Luiz. Revista da ABPI. Ano 3. Nº 11. Mar/Jun. 1994.
- Macedo Junior, Ronaldo Porto. Globalização e direito do consumidor *in* Sundfeld, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). Direito Global. São Paulo. Max. Limonad, 1999.
- Marques, Claudia Lima: A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos a distância no comércio eletrônico. Revista de direito do consumidor Nº 41. São Paulo. RT. janeiro-março de 2002.
- _____. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, o novo regime das relações contratuais. 4ª ed. ver., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2002.
- _____. A proteção do Consumidor: Aspectos de Direito Privado Regional e Geral. XXVII Curso de Derecho Internacional, Organizado por el Comité Jurídico Interamericano y la Secretaría General de la OEA en agosto de 2000. Secretaría General, Subsecretaría de asuntos Jurídicos. Washington. D.C. 2001.
- _____. Regulamento Comum de Defesa do Consumidor do Mercosul - Primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor. Revista de Direito do Consumidor Nº 23-24. Ed. RT. São Paulo.
- _____. Direitos do Consumidor no Mercosul: Algumas sugestões frente a impasse. Revista de Direito do Consumidor Nº 32. Ed. RT. São Paulo.
- Mello, Celso D. de Albuquerque. Direito Constitucional Internacional: uma introdução: Constituição de 1998 revista em 1994, 2ª ed. ver., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

- Mendonça, J.X. Carvalho de. Tratado de Direito Comercial Brasileiro. 6ª Ed. Ed. Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 1959. Vol. V.
- Mockle, Daniel: Mondialisation et État de Droit. Ed. Bruylant. Bruxelles. Belgique. 2002.
- Oliveira, Odete Maria de: Relações Internacionais: estudos de Introdução. Ed. Juruá. Curitiba. Paraná. 2001.
- Pasqualotto, Adalberto: Proteção contra produtos defeituosos: das origens ao Mercosul. Revista de direito do consumidor Nº 42. São Paulo. Ed. RT. abril-junho de 2002.
- Piovesan, Flavia. (coord.) Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo. Ed. Max Limonad. 2002.
- Reis, Marcio Monteiro: Mercosul, União Européia e Constituição: a integração dos estados e os ordenamentos jurídicos nacionais. Rio de Janeiro. Renovar. 2001.
- Rosa, Pedro Valls Feu Rosa: Direito Comunitário: Mercosul e Comunidades Européias. Ed. Esplanada. Rio de Janeiro. 2001.
- Santos, Antonio Marques dos. As normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado, Esboço de Uma Teoria Geral. Coleção teses. Vol I e II. Livraria Almedina. Coimbra. 1991.
- Senarclens, Pierre de. La mondialisation: Théories, enjeux e débats. Édition Dalloz. Armand Colin. 3ª édition. Paris. 2002.
- Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 8º ed. Revista e ampliada de acordo com a nova Constituição. São Paulo. Malheiros editores. 1992.
- Soares, Guido Fernando Silva. *Common law*: Introdução ao Direito dos EUA. Editora RT. 2ª Ed. São Paulo. 2000.
- Strenger, Irineu: Contratos Internacionais de Comércio. Editora LTr. 3ª edição. São Paulo. 1998.
- Trajtenberg, Raúl. El concepto de empresa transnacional. Serie documento de trabajo. Departamento de Economía. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de la República. Uruguay. Disponível no site <http://www.fcs.edu.uy/economia>.
- Venosa, Silvio de Salvo; Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2ª Ed. Ed. Atlas. São Paulo. 2002.

SITES DA INTERNET:

- _____. http://www.ic.pt/actualidade/lei_def_cons05.htm#2. Lei de Defesa do Consumidor Anotada. Acesso no dia 17/10/2002.
- _____. <http://www.wld.com/conbus/weal/wimpwarr.htm>. Implied warranty. Acesso no dia 4/06/2002.

- _____. <http://www.state.me.us/ag/clg4.htm>. Consumer goods and Maine express and implied warranty. Acesso no dia 04/06/2002.
- _____. <http://law.cornell.edu/ucc/2/2-311.htm>. Uniform Commercial Code. Acesso no dia 04/06/2002.
- _____. <http://www.mercosul.gov.br/normativas/default.asp?key=139> CT-7 “Defesa do Consumidor”. Acesso no dia 14/03/2002.
- _____. <http://www.mer.gov.br/unir/webunir/bdmsul/zlc&ua/sGMC/2RESOLUC/1998/Res04298.htm>; Defesa do Consumidor - Garantia Contratual. Acesso no dia 18/04/2002.
- _____. <http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/l32022.htm>. Consumidores - Venda e garantias dos bens de consumo. Acesso no dia 23/05/2002.
- _____. <http://www.ufrgs.br/dircons/objetivo.htm>. Projeto de pesquisa - Mercosul e o direito do consumidor. Acesso no dia 12/06/2002.
- _____. <http://www.ic.pt/Conferencia/CONF-ap04.HTM>. Comunicação da Dra. Pamela Chan (Presidente da Consumers Internacional), enquanto oradora na 2ª Sessão (As políticas dos consumidores para o próximo milênio). Acesso no dia 05/08/2002.
- _____. <http://www.inpi.gov.br>. Instituto Nacional de propriedade industrial. Acesso no dia 26/11/2002.
- _____. <http://www.dhnet.org.br>. Rede de Direitos Humanos e Cultura. Acesso no dia 16/12/2002.

