Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

Derecho del consumo y protección al consumidor

ESTUDIOS SOBRE LA LEY Nº 19.496 Y LAS PRINCIPALES TENDENCIAS EXTRANJERAS

Louis Perret
Arturo Yrarrázaval Covarrubias
Rony Jara Amigo
Ramón Durán Rivacoba
Ana María Hübner Guzmán
Marco Antonio González Iturria
Hernán Corral Talciani
Pedro Zelaya Etchegaray
Oscar Eduardo Romera
Jorge Bofill Genzsch
Alejandro Romero Seguel

Hernán Corral Talciani
EDITOR

1999
CUADERNOS DE EXTENSIÓN

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

Derecho del consumo y protección al consumidor

**ESTUDIOS SOBRE LA LEY Nº 19.496
Y LAS PRINCIPALES TENDENCIAS EXTRANJERAS**

Louis Perret
Arturo Yrarrázaval Covarrubias
Rony Jara Amigo
Ramón Durán Rivacoba
Ana María Hübner Guzmán
Marco Antonio González Iturria
Hernán Corral Talciani
Pedro Zelaya Etchegaray
Oscar Eduardo Romera
Jorge Bofill Genzsch
Alejandro Romero Seguel

Hernán Corral Talciani
EDITOR

CUADERNOS DE EXTENSIÓN 1999

LOUIS PERRET, ARTURO YRARRÁZAVAL COVARRUBIAS,
RONY JARA AMIGO, RAMÓN DURÁN RIVACOBA, ANA MARÍA HÜBNER GUZMÁN,
MARCO ANTONIO GONZÁLEZ ITURRIA, HERNÁN CORRAL TALCIANI,
PEDRO ZELAYA ETCHEGARAY, OSCAR EDUARDO ROMERA,
JORGE BOFILL GENZSCH Y ALEJANDRO ROMERO SEGUEL.

DERECHO DEL CONSUMO Y PROTECCION AL CONSUMIDOR
Estudios sobre la Ley Nº 19.496 y las principales tendencias extranjeras.

Derecho del consumo y protección al consumidor / editado por
Hernán Corral Talciani. 336 pp. 1999.
15,5 x 23 cm. (Colección Cuadernos de Extensión Nº 3).

ISBN: 956-7160-15-5

1. Derecho 2. Protección al consumidor 3. Estados Unidos 4. Canadá
5. Chile 6. España 7. Legislación I. Hernán Corral Talciani
II. Serie

343071
c 823 d
1999

No está permitida la reproducción parcial o total de este libro, 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 del Copyright.

Copyright © 1999, by Universidad de los Andes
© 1999, by Hernán Corral Talciani

Ediciones Universidad de los Andes
Av. San Carlos de Apoquindo 2200, Las Condes, Santiago de Chile.
Registro de Propiedad Intelectual Inscripción Nº 109.358
Santiago de Chile.

Diseño:
Carolina Varela V.

Impresión:
Alfabeta Artes Gráficas

Impreso en Chile - Printed in Chile

LOUIS PERRET
Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Ottawa (Canadá)
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ottawa (Canadá)

ARTURO YRARRÁZAVAL COVARRUBIAS
Master in Law por la Universidad de Yale (EE.UU.).
Profesor de Derecho Económico en la Universidad de los Andes

RONY JARA AMIGO
Master in Law por la Universidad de Duke (EE.UU.)
Profesor de Derecho Comercial en la Universidad de los Andes

RAMÓN DURÁN RIVACOBA
Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (España)
Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Oviedo (España)

ANA MARÍA HÜBNER GUZMÁN
Profesora de Derecho Civil en la Universidad de los Andes
Abogado del Consejo de Defensa del Estado

MARCO ANTONIO GONZÁLEZ ITURRIA
Profesor de Derecho Económico en la Universidad de los Andes
Director Ejecutivo de la Fundación Jaime Guzmán Errázuriz

HERNÁN CORRAL TALCIANI
Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (España)
Profesor de Derecho Civil en la Universidad de los Andes

PEDRO ZELAYA ETCHEGARAY
Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (España)
Profesor de Derecho Civil en la Universidad de los Andes

OSCAR EDUARDO ROMERA
Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Austral (Argentina).
Coautor del libro "Protección y defensa del consumidor. Ley 24.769", Edit. Abaco, B. Aires, 1997.

JORGE BOFILL GENZSCH
Doctor en Derecho por la Universidad de Erlangen-Nürenberg
Profesor de Derecho Penal en la Universidad de los Andes

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL
Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (España)
Profesor de Derecho Procesal en la Universidad de los Andes

INDICE

PRESENTACIÓN 11

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN CANADÁ Y ESTADOS UNIDOS: PRINCIPALES TÉCNICAS
Louis Perret

I. Introducción 15
II. Técnicas penales 16
III. Técnicas administrativas 17
IV. Técnicas contractuales 18
V. Técnicas procesales 22
VI. La educación del consumidor 23
VII. Conclusión 23

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y LIBRE COMPETENCIA
Arturo Yrarrázaval Covarrubias

I. Introducción 25
II. Relaciones entre el sistema de la protección del consumidor y el de la libre competencia 25
III. Relaciones con otros ordenamientos jurídicos 27
IV. La protección al consumidor en el análisis del derecho y la economía 30
V. Evolución de la cuestión en el derecho chileno 30
VI. Crítica de la protección al consumidor 33
VII. La protección del consumidor en el derecho chileno 34
VIII. Derecho comparado 35
IX. Normativa referente al comercio minorista .. 40
X. Libre competencia y desregulación 41
XI. Responsabilidad por productos y servicios defectuosos 41
XII. Conclusiones 42

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY CHILENA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: INCLUSIONES Y EXCLUSIONES
Rony Jara Amigo

I. Principios de defensa del consumidor 47
II. Inclusiones o ámbito de aplicación: Actos Mixtos 48
III. Excepciones al requisito de los Actos Mixtos 52
IV. El consumidor como destinatario final 54
V. Integración en un proceso de producción de bienes o servicios y proveedor 54
VI. Adquisiciones a título oneroso 58
VII. Los bienes o servicios objeto de los actos de consumo 58
VIII. Distintas clases de consumidores 61
IX. Las personas jurídicas como consumidores .. 63
X. Exclusiones: inaplicabilidad de la ley a actividades reguladas por leyes especiales ... 64
XI. Conclusiones 74

LA NUEVA LEY ESPAÑOLA SOBRE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN
Ramón Durán Rivacoba

I. Introducción 75
II. La Directiva Europa 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas 82
III. La ley española de las condiciones generales de la contratación 96
IV. Anexo: Las nuevas cláusulas abusivas típicas 118

DERECHO DE LA CONTRATACIÓN EN LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
Ana María Hübner Guzmán

I. Introducción 125
II. La libertad para contratar y la declaración unilateral como fuente obligacional 126
III. Contratos de adhesión 134
IV. Contratos de prestación de servicios 142
V. Algunas conclusiones 143

LA REGULACIÓN DEL CRÉDITO DE CONSUMO EN LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
Marco Antonio González Iturria

I. Palabras iniciales 145
II. ¿Qué se entiende por crédito de consumo? .. 146
III. Normas de fondo para el crédito directo al consumidor 154
IV. Conclusiones 162

LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS Y SERVICIOS DEFECTUOSOS
Hernán Corral Talciani

I. La responsabilidad por productos defectuosos en el derecho comparado..... 163
II. Una distinción necesaria: producto inseguro, inidóneo y peligroso..... 166
III. Visión general del sistema de responsabilidad de la Ley Nº 19.496 169
IV. Intento de sistematización del nuevo régimen de responsabilidad civil 171
V. Legitimación activa y pasiva 198
VI. Consideraciones sobre el tribunal competente y el procedimiento..... 203
VII. Sobre la extinción de la responsabilidad civil 206
VIII. Evaluación provisional..... 209

EL CÚMULO U OPCIÓN DE RESPONSABILIDADES EN LA NUEVA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
Pedro Zelaya Etchegaray

I. Introducción 213
II. Insuficiencias de los regímenes indemnizatorios comunes..... 214
III. Regímenes especiales de responsabilidad por productos defectuosos..... 221
IV. La Ley Nº 19.496 y su ámbito de aplicación 225
V. El cúmulo u opción de responsabilidades en la Ley Nº 19.496 232
VI. Alternativas sustantivas y procesales del perjudicado..... 244
VII. Conclusión 249

PROTECCIÓN PENAL DEL CONSUMIDOR EN LA ARGENTINA Y EN LOS PAÍSES DEL MERCOSUR
Oscar Eduardo Romera

I. Introducción 251
II. La protección del consumidor dentro del Derecho Penal Económico 253
III. Clasificación 256
IV. Normas impropias 259
V. Normas propias 272
VI. Protección penal del consumidor en los países del Mercosur 291
VII. Conclusión 295

SANCIONES CONTRAVENCIONALES Y RESPONSABILIDAD PENAL EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
Jorge Bofill Genzsch

I. Consideraciones introductorias 301
II. La responsabilidad contravencional en la Ley 19.496 304
III. Problemas de la delimitación de los ámbitos de responsabilidad 306

ASPECTOS PROCESALES DE LAS ACCIONES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES
Alejandro Romero Seguel

I. Antecedentes generales: vías de protección ... 311
II. Bases jurídicas para la protección de los consumidores 314
III. La insuficiencia de los instrumentos tradicionales 316
IV. Mecanismos para el tratamiento de los consumidores como grupo 319
V. Régimen general para el ejercicio de las acciones civiles 324
VI. Breves referencias al concurso de leyes y de acciones 331
VII. Conclusiones 334

PRESENTACIÓN

Después de una dilatada tramitación en el Congreso Nacional, se promulgó la Ley Nº 19.496, que "Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores", que fue publicada en el Diario Oficial del 7 de marzo de 1997. La nueva Ley entró en vigencia noventa días después, y con ello se derogó la anterior normativa contenida en la Ley Nº 18.223.

La nueva regulación se presenta como un texto de extremada importancia para el tráfico de bienes y servicios, y para calificar sus alcances jurídicos. La ley establece derechos y deberes para los consumidores, fija las obligaciones del proveedor, considera criterios de equidad en las estipulaciones contractuales, regula la responsabilidad por incumplimientos en las relaciones de consumo, da normas sobre información y publicidad de los productos y servicios, regula las operaciones de consumo vinculadas con créditos, establece la formación de organizaciones sociales de protección al consumidor, contempla las facultades del Servicio Nacional del Consumidor, y organiza el procedimiento judicial que cabe aplicar para la ejecución de sus preceptos.

Se trata de un cuerpo jurídico de gran amplitud, que incursiona en muy diferentes e importantes ámbitos del Derecho privado y público, y que requerirá de una asimilación progresiva, tanto por parte de la población como de los agentes que intervienen en el tráfico y consumo de bienes y servicios. En especial, debiera producirse un esfuerzo por integrar las nuevas normas, y sus criterios inspiradores, dentro de la cultu-

ra judicial y forence que son condiciones esenciales para su eficacia real. Sobre ellas podría encauzarse la formación incipiente de una nueva subdisciplina denominada "Derecho del consumo", cuya cristalización recuerda el proceso de separación y perfilamiento que recorriera otrora el Derecho laboral.

Durante mayo de 1998, la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes llevó a cabo el seminario "Derecho del Consumo y Protección al Consumidor. A un año de la aprobación de la Ley Nº 19.496". En esa actividad académica, destacados profesores, tanto nacionales como extranjeros, abordaron los principales desafíos y problemáticas que plantean los sistemas jurídicos de protección a los consumidores.

La publicación que presentamos contiene la reunión de los trabajos presentados en aquella jornada, con los ajustes y reelaboraciones que han querido introducirles sus autores para completar su formulación. De esta manera se ofrece un volumen que contiene una panorámica amplia del régimen jurídico de protección al consumidor chileno y extranjero.

Los profesores Louis Perret (de Canadá), Oscar Eduardo Romera (de Argentina) y Ramón Durán Rivacoba (de España) nos ilustran sobre las modernas tendencias que el Derecho del consumo está desarrollando en el ámbito de Norteamérica (EE.UU y Canadá), de Argentina y los países integrantes del Mercosur, y de España y la Unión Europea, respectivamente.

Los estudios de los autores nacionales abordan los puntos más importante de la nueva ley chilena, a saber, su relación con la legislación antimonopolios y la protección de la libre competencia (Prof. Arturo Yrarrázaval Covarrubias); el ámbito de su aplicación, con mención de los actos que se incluyen y de las operaciones y contratos que resultan excluidos (Prof. Rony Jara Amigo); los cambios en el Derecho

común de los contratos, con referencia especial a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (Prof. Ana María Hübner Guzmán); el nuevo régimen de responsabilidad penal y contravencional de protección al consumidor (Prof. Jorge Bofill Genzsch); las cuestiones relativas a regulación de operaciones de financiamiento del consumo (Prof. Marco Antonio González Iturria) y, finalmente, el procedimiento y la tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores (Prof. Alejandro Romero Seguel). Al suscrito corresponde la autoría del estudio sobre la responsabilidad civil y la indemnización de los daños causados por productos o servicios defectuosos o inseguros, mientras el interesante tópico del cúmulo de responsabilidades civiles es analizado por el Profesor Zelaya Etchegaray.

Con todos estos artículos se ha buscado aunar y compartir reflexiones que sirvan de acopio para insertar la regulación especial contenida en la Ley Nº 19.496, de 1997, en el contexto del sistema jurídico chileno. Se han tenido en cuenta para ello tanto las formas de aplicación judicial inicial, como los esfuerzos desplegados por ordenamientos jurídicos con lineamientos similares al chileno.

A obtener una mayor comprensión de la significación jurídica de las nuevas regulaciones y de los fenómenos socioeconómicos relacionados con el consumo, se destina este Cuaderno de Extensión, que pretende desarrollar, potenciar y favorecer el estudio y la investigación en un ámbito jurídico tan novedoso como complejo y desafiante.

HERNÁN CORRAL TALCIANI
27 de abril de 1999

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN CANADÁ Y ESTADOS UNIDOS: PRINCIPALES TÉCNICAS

LOUIS PERRET
Decano de la Facultad de Derecho
Universidad de Ottawa (Canadá)

I. INTRODUCCIÓN

Tratar de la protección al consumidor en Canadá y en los Estados Unidos es todo un desafío. Significa estudiar diversas leyes federales en ambos países y junto a estas, las leyes de otras sesenta jurisdicciones (estados o provincias) que tienen competencia en la materia: cincuenta estados en los Estados Unidos y diez provincias en Canadá.

De tal modo que sería una misión imposible tratar cada una de ellas en un solo artículo. Por este motivo nos limitaremos a exponer las principales técnicas del sistema de protección al consumidor en América del Norte.

Así, presentaremos varias técnicas comunes que son utilizadas en las diferentes jurisdicciones para la protección al consumidor e iremos mencionando las principales diferencias conforme se vayan presentando.

En Norteamérica tenemos dos grandes sistemas jurídicos: el *common law*, que se aplica en la mayoría de las jurisdicciones, y el derecho civil, que es el sistema jurídico de Quebec y de Louisiana. En total 290 millones de consumidores viven en un contexto de *common law* y unos 12 millones viven en un sistema de derecho civil codificado.

Sin embargo, en las jurisdicciones de Norteamérica la protección al consumidor no depende de una sola ley sino de un conjunto de

leyes que constituyen todo un sistema, y reflejan tanto la voluntad política de los gobiernos federales como la de los gobiernos locales (provincias o estados). Existen diferencias de una jurisdicción a otra dependiendo de la potencia económica del *lobby* de las empresas, pero generalmente siguen la misma filosofía. Y es esta filosofía y las técnicas proteccionistas, que resultan de este conjunto de leyes, lo que vamos a analizar a continuación.

Básicamente el sistema norteamericano de protección al consumidor utiliza cinco tipos de técnicas, que se corresponden con las grandes orientaciones elaboradas en 1985 por la Asamblea de las Naciones Unidas en materia de defensa al consumidor[1].

II. TÉCNICAS PENALES

Estas técnicas derivan de la responsabilidad asumida por el Estado en la organización de un mercado sano y libre. Para cumplir con dicha responsabilidad el Estado utiliza, en primer lugar, leyes penales que establecen sanciones de tipo penal público; y en segundo lugar, los llamados daños punitivos, que son sanciones penales privadas.

1. SANCIONES DE TIPO PENAL PÚBLICO

Estas sanciones tienen cuatro objetivos:

- El primer objetivo es organizar la libre competencia entre las empresas para que el público, en general, se beneficie de un precio justo, que sería el que resulta de la ley natural de la oferta y la demanda. Por ejemplo, se prohíben al respecto: los abusos de posición dominante, los acuerdos entre empresas para fijar artificialmente los precios, o los agrupamientos monopólicos, cuya consecuencia pueda llegar a ser la supresión de la misma competencia.
- El segundo objetivo es establecer una clase de código de conducta empresarial y comercial prohibiendo ciertas prácticas comerciales, tales como: las ventas piramidales, las ventas promocionales engañosas, publicidad falsa, publicidad sobre

[1] Asamblea de las Naciones Unidas, 9 de abril de 1985, sesión 39, suplemento Nº 51 (A/39/51).

el crédito para promover las ventas, publicidad dirigida hacia los niños, falsa información sobre precios, pesos y medidas o sobre la composición del producto, etc.
- El tercer objetivo es la prohibición o el control sobre la venta de productos peligrosos; bien sea en el campo de los alimentos o de las drogas, o en el de la fabricación de ciertos productos a partir de otros productos.
- El cuarto objetivo es controlar la seguridad de los productos y de los automóviles.

Estas leyes penales dan poder al Estado para hacer investigaciones a través de sus agencias especializadas; poder para confiscar o prohibir tal o cual producto y poder para procesar a los delincuentes ante los tribunales penales correspondientes. Las sentencias pueden variar según el caso: multas, encarcelamiento, retiro de la licencia, etc.

2. SANCIONES PENALES PRIVADAS (DAÑOS PUNITIVOS)

Existe en todas las jurisdicciones de Norteamérica, en el caso de culpa intencional grave por parte del demandado, la posibilidad para la víctima de pedir, además del resarcimiento para compensar sus daños físicos, materiales o morales, una cuantía adicional por los daños punitivos causados.

Estos daños punitivos y ejemplares son de naturaleza penal ya que son un castigo frente a la mala intención y su cuantía dependerá de la gravedad del acto. También son de naturaleza penal debido a su carácter de ejemplo para el resto de los ciudadanos.

Se tiene que añadir que estos daños punitivos tienen un carácter privado, al ser solicitados y pagados a la misma víctima y no al Estado.

Este tipo de sanción es muy eficiente para la defensa de los derechos de los consumidores. Sin embargo, las cuantías otorgadas como daños punitivos por los tribunales en Canadá son muy inferiores a las fijadas por lor tribunales en los Estados Unidos.

III. TÉCNICAS ADMINISTRATIVAS

Estas técnicas consisten en someter ciertas actividades comerciales a la previa obtención de una licencia gubernamental con

el objetivo de controlar y evitar los abusos de los comerciantes a los consumidores. Son los casos, por ejemplo, del vendedor a domicilio, del comerciante que hace comercio de préstamos de dinero, de las agencias de viaje, de las empresas que dan cursos de deporte, de autoestima, de idiomas, etc.

Generalmente, para obtener su licencia el negociante tendrá que depositar una fianza. De modo que, en caso de abuso, las agencias gubernamentales de protección al consumidor podrán revocar la licencia y devolver al consumidor el dinero cobrado de manera abusiva con la fianza satisfecha por el negociante.

IV. Técnicas contractuales

Estas técnicas son las más conocidas y las más necesarias en las jurisdicciones donde no están muy desarrollados; en la teoría general de los contratos, unos principios de justicia y equidad contractual.

1. Desarrollo o no de unos principios de justicia contractual en la teoría general de los contratos

La problemática es distinta en las jurisdicciones de derecho civil tradicional y en las jurisdicciones de *common law*, debido a la existencia de principios de justicia contractual en las últimas y no tanto en las primeras.

a) En las jurisdicciones de derecho civil tradicional

En la gran tradición civilista los postulados de base en materia de contratos vienen a ser inadecuados en el ámbito de la protección al consumidor. Según estos postulados básicos, las personas son todas iguales y libres. Tienen la libertad de renunciar a la misma dando su palabra en el marco de un contrato. Una vez dada su palabra tienen que cumplir sus obligaciones, puesto que eran libres al hacerlo y se han comprometido. Tampoco se pueden quejar del peso de estas obligaciones porque las quisieron voluntariamente. Igualmente, como las partes son iguales, no pueden quejarse de un posible abuso de la otra parte porque lo aceptaron libremente. En consecuencia con estos postulados, un contrato no puede ser

otra cosa que justo y se ha de cumplir: *pacta sunt servanda.* Y este es un principio necesario para la estabilidad de los contratos y de los negocios.

Hoy en día se considera que a esta igualdad jurídica no le corresponde una igualdad económica. Y de esta desigualdad pueden derivarse grandes abusos y explotación. En ocasiones, la parte más potente económicamente puede abusar de la parte más débil. Por ello, se necesita adoptar un nuevo principio de justicia contractual que alivie los efectos del principio *pacta sunt servanda* y proteger así a la parte más débil, como es, en este caso, el consumidor.

Un buen ejemplo de estas situaciones abusivas son los contratos lesivos que, según la tradición civilista clásica, no pueden ser anulados ya que no existe lesión entre personas mayores de edad. Este es el caso recogido en el Código Civil de Quebec[2].

Los contratos de adhesión es otro campo donde pueden existir situaciones abusivas.

También en la fase de ejecución, un contrato puede convertirse en abusivo. Por ejemplo, cuando las condiciones económicas externas han cambiado de manera importante y las obligaciones vienen a ser muy onerosas en comparación con lo previsto. En la tradición civilista, la aplicación del principio *pacta sunt servanda* lleva a rechazar la teoría de la imprevisión que permitiría la reducción de estas obligaciones o el fin del contrato.

Debido precisamente a la falta del principio de la lesión entre mayores de edad o del principio de la imprevisión en el Código Civil, es necesario incluir estos principios en las legislaciones especiales para proteger al consumidor frente a situaciones contractuales abusivas. En Quebec, por ejemplo, el principio de la lesión a favor del consumidor fue introducido en 1978 en la nueva ley de protección al consumidor (9.8).

b) En las jurisdicciones de *common law*

La situación es distinta debido a la diferente concepción jurídica sobre los contratos. En el *common law* la base de las obligaciones contractuales resulta también de la voluntad de la

[2] Code Civil du Quebec, artículo 1405

partes y de la libertad contractual. Pero un contrato es también un negocio que debe celebrarse de buena fe, sin explotación obvia de una parte hacia otra. Si va contra la conciencia de una de ellas, el contrato puede ser anulado o modificado en sus términos. Es el principio de la lesión (*unconscionability*).

Como el contrato es un negocio que debe ser ejecutado según los principios de la buena fe, si este negocio ha cambiado debido a las circunstancias económicas externas y resulta muy oneroso para una parte, se puede extinguir o modificar, según el caso, mediante el principo de la imprevisión (*frustation*).

Debido a que estos dos principios de justicia contractual existen en la teoría general del contrato, las jurisdicciones de *common law* no necesitan integrarlos en leyes especiales de protección al consumidor. Estas ultimas estarán más dirigidas hacia ciertos tipos de contratos o hacia problemas específicos, como por ejemplo la responsabilidad contractual del fabricante.

2. LEYES ESPECIALES DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

En materia contractual, aparte del problema que acabamos de ver, las leyes especiales de protección al consumidor, tanto en Quebec como en las jurisdicciones de *common law*, utilizan técnicas particulares de protección para ciertas categorías de contratos que son precisamente los más peligrosos para el consumidor. Estas leyes tratan en numerosas ocasiones de la responsabilidad contractual del fabricante.

a) Técnicas particulares para ciertos tipos de contratos

El tipo de contrato más peligroso para el consumidor es el que lo sitúa en una situación de debilidad en las negociaciones, o bien el que representa una gran incitación al consumo, con la publicidad que esto lleva consigo. Tales son, por ejemplo: los contratos de crédito, de compraventa a domicilio, los contratos de adhesión, los contratos con agencias de viaje o con instituciones que ofrecen cursos de idioma, de autoestima, de deporte, etc.

Las técnicas particulares que se utilizan para proteger al consumidor frente a estos contratos son varias. Primera, el contrato para ser válido tiene que estar por escrito. Segunda, si está hecho por escrito, no será ejecutable hasta que el consumidor reciba su propia copia conteniendo la enumeración de sus dere-

chos. Sera sólo a partir de la entrega de la copia cuando empiece a transcurrir el plazo de reflexión, durante el cual el consumidor puede revocar sin motivo el contrato. La duración de este plazo varía de un contrato a otro y también de una ley a otra, según las jurisdicciones.

En los contratos de crédito, la ejecución forzada pueder venir tras un aviso previo de 30 días. Pero también el consumidor puede optar por la posibilidad de rescindir el contrato con la devolución de la cosa; o bien obtener directamente del tribunal una actualización de los pagos satisfechos por el consumidor adaptándolos a las nuevas circunstancias económicas de este. También el tribunal puede autorizar el embargo de los bienes vendidos a crédito cuando ha sido satisfecho más de la mitad del importe.

Se requiere que todas estas técnicas contractuales sean de orden público, de modo que el consumior no pueda válidamente renunciar a ellas mediante una cláusula específica contenida en un contrato de adhesión.

b) La responsabilidad contractual del fabricante

En Norteamérica todas las jurisdicciones reconocen que el fabricante responde mediante unas garantías legales, de los vicios ocultos del producto vendido. Estas garantías legales dan al comprador una acción redhibiditoria contra su vendedor. Sin embargo, el problema surge cuando el fabricante no es el vendedor directo del producto, es decir, cuando su producto está comercializado por minoristas.

En las jurisdicciones de *common law*, y en ausencia de un contrato entre fabricante y consumidor, la acción redhibiditoria puede ejercerse solamente contra el vendedor inmediato, es decir, contra el minorista y no directamente contra el fabricante, según el principio de la relatividad de los contratos. El resultado puede ser muy perjudicial para el consumidor cuando el minorista está en quiebra y no dispone de recursos redhibiditorios contra el fabricante. Tales recursos existen solamente en el caso de leyes especiales que lo permitan específicamente.

En Quebec existen recursos directos disponibles para el comprador subsiguiente de un producto contra el fabricante. Estos recursos son bien reconocidos por la jurisprudencia y se encuentran confirmados en el nuevo Código Civil de 1994. Así,

el consumidor no está considerado como tercero frente al fabricante y si recibe del minorista el producto defectuoso, también recibe de este las garantías legales para actuar contra el fabricante[3].

Y aquí finalizamos la descripción de las principales técnicas contractuales de protección al consumidor contenidas en los principios básicos de la teoría general de los contratos en América del Norte y en las leyes especiales de protección al consumidor.

V. Técnicas procesales

Estas técnicas procesales se comprenden en dos categorías:

1. REGLAS DE PRUEBA

El contrato de consumo es un contrato mixto, comercial para el negociante y civil para el consumidor, de tal modo que la prueba contra el comerciante se puede hacer por testimonio. El consumidor goza de la prueba testimonial contra su propia firma. Esta prueba testimonial se utiliza, por ejemplo, en los casos en los que el consumidor ha firmado un contrato donde consta que quedan adelantados los efectos de dicho contrato en un plazo determinado, que es justamente el que la ley otorga como período de reflexión al consumidor. Dada esta situación, el consumidor no podría rechazar el contrato, puesto que finalizó su período de reflexión. Sin embargo, mediante la prueba testimonial contra su propia firma, el consumidor puede revocar los efectos que se han producido y rechazar el contrato.

2. ACCESO A LA JUSTICIA

La existencia de tribunales específicos para causas de pequeños créditos, en los cuales no intervienen los abogados, elimina el costo de acceso a la justicia y, por tanto, favorece la protección al consumidor. Otro ejemplo es el sistema de defensa gra-

[3] KRAVITZ C. G.M., (1979) 1R.C.S. 790; Code Civil du Quebec, artículo 1442

tuita para los consumidores que no tienen recursos suficientes para defender sus derechos en causas de mayor cuantía.

En materia de intereses difusos se encuentra el sistema de acción popular (*class action*) que establece un buen mecanismo de defensa del consumidor, sobre todo cuando los daños son mumerosos y los recursos judiciales individuales demasiado onerosos debido al costo de las investigaciones y de la prueba. En varias jurisdicciones existen fondos específicos para ayudar a establecer estas pruebas en el marco de la acción popular.

V. La educación del consumidor

Este es un aspecto muy importatne para la defensa del consumidor. De hecho, el consumidor es el actor principal que debe aprender a defenderse por sí mismo. Por ejemplo, debe aprender a resistirse a las tentaciones del consumo, a las de la publicidad y al crédito fácil. Debe aprender, del mismo modo, los beneficios que le reporta la competencia comparando los precios y la calidad de los productos. En definitiva, debe conocer un mínimo sus derechos y sus posibilidades jurídicas.

Esta educación no es solamente responsabilidad de las agencias estatales o privadas, sino que también es responsabilidad de la escuela, de la familia y de la sociedad en general. Con esta educación habrá más consumidores responsables y menos víctimas.

VII. Conclusión

Como hemos visto, en Norteamérica la defensa del consumidor no resulta de una sola ley, sino de un conjunto de leyes y de técnicas particulares que se complementan las unas con las otras.

Es un sistema cuya existencia y eficacia dependen también de una voluntad social y política de parte del gobierno, de los ciudadanos, de las empresas y de los consumidores.

También se debe apuntar que en un contrato la parte más débil que hay que proteger no tiene necesariamente que ser el consumidor. También puede ser un negociante menor explotado por otro negociante económicamente más potente. Por este motivo es esencial no reservar los principios básicos de justicia

contractual solamente a los consumidores, sino extenderlos a todos los ciudadanos mediante la introducción de los principios de la lesión y de la imprevision en la teoría general de los contratos. Estos son los principios de armonización del derecho elaborados a nivel mundial por UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales[4].

[4] UNIDROIT, *Principles of international comercial contracts,* artículos 3, 6.2.2 y 10, Roma, 1994

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y LIBRE COMPETENCIA

ARTURO YRARRÁZAVAL COVARRUBIAS
Profesor de Derecho Económico
Universidad de los Andes

I. INTRODUCCIÓN

Reconociendo que existen algunas relaciones entre la protección al consumidor y la libre competencia por pertenecer ambas al denominado orden público económico, deseo postular que los objetivos de ambas legislaciones son absolutamente diferentes, los órganos de aplicación deben ser fundamentalmente distintos y las sanciones también difieren totalmente. Trataré de demostrar que así lo ha ido entendiendo lentamente el derecho chileno y que en el derecho comparado la cuestión no admite hoy en día demasiada discusión.

II. RELACIONES ENTRE EL SISTEMA DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y EL DE LA LIBRE COMPETENCIA

Algunos autores sostienen que ambos sistemas, el de la libre competencia y la protección del consumidor, al ser parte del orden público económico, se relacionan estrechamente e incluso podrían llegar a formar parte de un solo sistema a través de los tribunales económicos. No podría estar más en desacuerdo con dichos autores por las siguientes razones fundamentales:

1. El bien jurídico económico protegido es fundamentalmente distinto, uno es la libre concurrencia a los mercados y el otro es la relación de confianza y honestidad que debe existir entre los productores y comerciantes con los consumidores en sus adquisiciones de bienes y servicios de consumo.

2. El efecto negativo de las prácticas restrictivas de la libre competencia es sustancialmente mayor que el de las defraudaciones que pueda sufrir el consumidor.

3. El competidor afectado por una práctica restrictiva puede incluso llegar a desaparecer como empresa; el consumidor ve afectado su confianza en compras que, a pesar de la importancia que puede tener para él en términos monetarios, no lo es en la realidad jurídica, pues en la gran mayoría de las leyes de protección al consumidor se protege hasta ciertos montos, después de lo cual se aplica la legislación común.

4. El acceso a la justicia es diametralmente distinto. La gran mayoría de los afectados por las prácticas restrictivas son empresas que están en condiciones de poder asumir los costos de los casos de libre competencia; en cambio, en el caso de la protección al consumidor por los montos involucrados y las personas afectadas la situación es absolutamente diferente.

5. Las sanciones que deben aplicarse en un sistema y otro difieren. En el caso de la libre competencia la clara preferencia es en favor de las sanciones pecuniarias consistente en multas relativamente considerables a beneficio fiscal; en cambio, en la protección al consumidor las sanciones deben ser pequeñas multas a beneficio fiscal más la posibilidad que el afectado requiera de la correspondiente indemnización de perjuicios.

6. El desarrollo sustantivo de los dos sistemas también se contraponen. En el de la libre competencia los desarrollos del contenido de las prácticas restrictivas ha sido y seguirá siendo jurisprudencial; en cambio, en la protección del consumidor es el legislador quien debe determinar con la mayor precisión posible cada figura infraccional.

7. Los órganos jurisdiccionales también son distintos. En la libre competencia los países más avanzados tienen tribunales de

la competencia, fiscalías muy desarrolladas y asimismo ciertos procedimientos administrativos. En la protección del consumidor se emplea el sistema ordinario de administración de justicia y el Estado proporciona por lo general un apoyo a través de la Administración.

III. Relaciones con otros ordenamientos jurídicos

Indudablemente la relación más relevante de la protección al consumidor es con la libre competencia. Sin embargo, se producen cada vez más relaciones con la competencia desleal, las condiciones generales de los contratos, las operaciones de crédito con los consumidores y la responsabilidad del fabricante.

Analicemos brevemente estas relaciones en sus aspectos centrales.

1. COMPETENCIA DESLEAL

Como lo señala Aurelio Menéndez, el desarrollo de la competencia desleal ha sido en extremo complejo durante el siglo XX. El distingue tres etapas en dicho desarrollo: la etapa paleoliberal, el modelo profesional y el actual que se habría estado desarrollando después de la 2ª Guerra Mundial, que él denomina modelo social. Solamente en este último modelo se acercan los mundos de la libre competencia y de la competencia desleal. En cuanto al objeto de la protección, Aurelio Menéndez cree advertir que se evoluciona de una concepción centrada en la tutela de los intereses individuales de los competidores a una concepción fundada en la protección del orden económico del mercado en función del interés privado de los competidores, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado. Segundo, en cuanto a los criterios de enjuiciamiento, la evolución consistiría en que la competencia desleal deja de ser un juicio de incorrección profesional y pasa a ser un juicio de inadecuación a los principios del ordenamiento económico, especialmente libre competencia y tutela del consumidor. En tercer lugar, en cuanto a las prácticas reprimidas, los cambios se notarían en que algunas prácticas sancionadas en el pasado como desleales hoy serían permitidas en consideración de la competencia y de los consumidores. El caso más notable sería la publicidad comparativa. Por otro lado, algunas prácticas permiti-

das en el pasado hoy tienen sanción, como serían los precios predatorios y la publicidad engañosa.

En un comienzo la competencia desleal utilizó los preceptos de derecho común y su elaboración fue jurisprudencial. Hoy en día, la gran mayoría de los países cuenta con una ley especial de competencia desleal que sanciona una serie de actos tipificados como desleales y sancionados como un ilícito esencialmente civil. Las legislaciones más desarrolladas contemplan tres grupos de deslealtades en la competencia. Un primer grupo serían las deslealtades hacia el competidor e incluiría fundamentalmente los actos que generan confusión en relación a los competidores, actos denigratorios y los actos de opresión contra los competidores. Un segundo grupo de deslealtades estarían dadas en relación a los consumidores. En este grupo se incluyen los actos desleales que atentan contra la libertad de elección de los consumidores. El típico ejemplo es el de las ventas agresivas, incluyendo ventas a domicilio y por teléfono. El consumidor también se ve afectado por actos desleales que distorsionan su percepción de la calidad, cualidades o características de los bienes. Aquí estaría la publicidad engañosa y la subliminal. Este grupo también incluye actos desleales que distorsionan la correcta percepción del precio. Ejemplos serían las promociones y las ventas atadas. Un tercer grupo de deslealtades sería hacia el mercado. En esta situación caerían las obstaculizaciones y discriminaciones, precios bajo el costo y el comercio informal.

2. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Durante el siglo XX se ha desarrollado el fenómeno de las condiciones generales de la contratación, que es inherente a la contratación en serie. El consumidor en este caso no tiene más que aceptar el contrato ya elaborado, limitándose a adherir si es que desea contratar. Las condiciones generales son elaboradas por los proveedores y puede ocurrir que al maximizar su posición se generen cláusulas abusivas.

En la mayoría de los sistemas jurídicos existe una gran amplitud en cuanto a las condiciones generales donde la contraparte es el consumidor. El único límite serían las normas impositivas del derecho civil de los contratos, pero todos sabemos que normas como la prohibición de exoneración de responsabilidad,

son pocas en el derecho civil. La jurisprudencia ha tratado a veces de proteger a los consumidores entendiendo que se le deben aplicar a las condiciones generales la regla de interpretación de los contratos en cuanto a que las normas oscuras o ambiguas deberán interpretarse contra la parte que las impuso.

Sin embargo, la protección del consumidor en relación a las condiciones generales ha significado que este tema se ha incluido en numerosas legislaciones de protección al consumidor sobre la base de normas imperativas que deben respetarse en cualquier contrato calificado como de adhesión. Siguiendo una resolución del año 76 del Consejo de Ministros Europeos se consideran cláusulas abusivas "toda cláusula o conjunto de ellas que implique en el contrato un desequilibrio entre los derechos y obligaciones en perjuicio de los consumidores", incluyendo una lista de 28 cláusulas que se agrupan en 5 grupos: cláusulas sobre la formación, anulación, rescisión de un contrato; cláusulas que limitan la responsabilidad del empresario; cláusulas que limitan los derechos y las acciones del consumidor; cláusulas sobre cuestiones de litigio o de procedimiento, y cláusulas diversas.

La ley alemana de 1976 vino a regular por primera vez en forma orgánica esta materia. La ley, en opinión de la mayoría de los comentaristas, ha operado razonablemente bien.

3. OPERACIONES DE CRÉDITO CON LOS CONSUMIDORES

La protección al consumidor también se relaciona con las leyes de crédito de consumo que han surgido en los países anglosajones y dentro de la Europa occidental. La legislación de compraventa de bienes muebles a plazo generalmente consideraba algunas normas sobre crédito, pero muy incipientes. El tema de los créditos concedidos a los consumidores es muy amplio y vino a tratarse en Europa en la Directiva 87/102 y 90/88, de los años 1986 y 1990 respectivamente. España fue uno de los países que más se demoró en incorporarlo a su ordenamiento jurídico, Ley 7/1995, razón por la cual incluso fue demandada por la Comisión ante el Tribunal de Justicia por su demora. Las complejidades en España de la Ley de 1995 están tratadas en extenso en el formidable trabajo en conjunto publicado en 1998 por Civitas, denominado Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria.

4. RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE

El consumidor puede también ser protegido cuando el legislador aumenta el grado de responsabilidad del fabricante. La mayor dificultad surge cuando el vendedor no es el fabricante, en cuyo caso parecería que la única vía posible para la exigencia de responsabilidad es la culpa extracontractual.

IV. LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL ANÁLISIS DEL DERECHO Y LA ECONOMÍA

Es interesante constatar que el tema de la protección del consumidor no ha sido un tema relevante en los estudios norteamericanos y europeos sobre derecho y economía. En los estudios más recientes, el análisis de la protección del consumidor es omitido. Así, si tomamos el imponente estudio de Viscusi, Vernon y Harrington, "Economics of Regulation and Antitrust", publicado por el MIT, no hay siquiera un capítulo que se ocupe de su análisis. Mientras más de la mitad del estudio está dedicado a la libre competencia, el tema aparece tangencialmente tratado en relación a los productos defectuosos. Lo mismo sucede en el libro de Robert Cooter y Thomas Ulan, "Law and Economics". Algunos han pensado que estas omisiones se deberían al impacto del pensamiento de Richard Posner (Overcoming Law, The Economics of Justice, Economic Analysis of Law), pero al parecer no es exclusiva la posición.

V. EVOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO CHILENO

Como todos sabemos, la evolución del derecho económico en Chile ha dejado mucho que desear y solamente en los últimos veinte años ha adquirido una razonable maduración. Cabe recordar que la primera ley que quiso defender al consumidor fue el Decreto Ley 520 de 1932. Si uno vuelve a analizar el contenido de dicho cuerpo legal se dará cuenta que el objetivo de la ley era precisamente su protección en medio de la inmensa depresión del 29 al 34. Nacen primero el Comisariato de Abastecimiento y Precios, después Superitendencia y después DIRINCO, órganos estatales todos ellos cuya función era promover y garantizar la protec-

ción de los consumidores. En forma conjunta comienzan a aplicarse los mecanismos de fijaciones de precios para proteger a los consumidores, vale decir, por debajo de los precios de equilibrio. Las amplísimas facultades de los órganos estatales no fueron derogadas sino en 1980. Todos conocemos también la aplicación que se dio a estos mecanismos, que se suponían transitorios, durante un largo período de tiempo y también el abuso que se hizo del sistema durante la presidencia de Salvador Allende, sobre la base de la teoría de los "resquicios legales".

En la década de los 70 surgen dos leyes económicas de singular importancia: una, la actual ley de defensa de la libre competencia, y la otra, la de delito económico. Mientras la primera correspondía poco a la tradición de la legislación económica chilena que se venía desarrollando durante el siglo XX, la segunda pretendía ordenar en un solo texto los ilícitos económicos. Mientras la primera empieza a tener una formidable aplicación en nuestro país, la segunda tuvo muy poca, pues los ilícitos económicos no se dieron gracias a que la economía chilena se fue normalizando en forma relativamente rápida.

A pesar que la Ley de Defensa de la Competencia de 1973 fue un gran avance en relación con su antecesora, la Ley 13.305 de 1959, no fue suficientemente clara en su objetivo. Los fundamentos 1º y 2º de la ley aluden al interés del consumidor y al perjuicio de la colectividad. El propio cuerpo legal crea también más que una confusión al respecto. Así, el artículo 1º agrava la pena del delito monopólico cuando incide en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud. Todas ellos son por cierto bienes de consumo. Más difícil de explicar, especialmente a nuestros inquisidores alumnos universitarios, es la razón por la que se contempló en la composición de las Comisiones Preventivas a lo largo de todo el país un representante de los consumidores.

A pesar de lo anterior, la ley es suficientemente clara en el sentido que lo que pretende sancionar son las prácticas restrictivas de la competencia. Así el artículo 2º al contener una enumeración no taxativa de "hechos, actos o convenciones que tiendan a impedir la libre competencia", concluye con su letra f) sancionando "cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia". Por consiguiente se puede sostener claramente que lo que sanciona la ley de la competencia en Chile son los hechos, actos o conven-

ciones que tiendan a impedir, eliminar, restringir o entorpecer la competencia.

En la modificación más importante que se ha hecho de la ley, la de 1979, se aclaró en un solo aspecto que el objetivo de la ley no es la protección del consumo. Así, entre los factores que señalaba el artículo 17 de la ley, que la Comisión Resolutiva debía considerar para regular prudencialmente la sanción de multa, fue eliminada la frase "principalmente el perjuicio causado a la colectividad".

La Comisión Resolutiva –órgano máximo de nuestro sistema de libre competencia– así lo ha entendido en numerosas ocasiones. Ya en 1979, en su Resolución 67, la Comisión señalaba que la ley "tiene el propósito de reprimir las conductas que tienden a impedir, entorpecer o restringir la libre competencia comercial o industrial, sin que esté condicionada, como parece entenderlo la defensa (en aquél caso), a que se haya acreditado un impedimento o restricción efectivas de la libre competencia en un determinado mercado, ni que se haya producido un perjuicio efectivo a los consumidores o se haya obtenido necesariamente una ganancia ilícita". En el mismo sentido Resolución 90 de 1981, 93 de 1981, 120 de 1982 y muchas otras.

La justificación fundamental de la protección al consumidor está bien expuesta por el profesor Enrique Aimone en su reciente libro "Derecho de Protección al Consumidor". La razón básica estaría a su juicio en la asimetría de las partes entre el consumidor por un lado y el proveedor-empresario productor de un bien o prestador de un servicio. La diferencia, disimilitud o diversidad es una que enfrenta la inmensa información del proveedor con la escasa o mínima información del consumidor. Sin embargo, el profesor Aimone reconoce que hoy en día la doctrina no está dispuesta a proteger siempre al consumidor. Según él, la protección existe en forma bastante universal en los bienes de confianza, donde el consumidor no puede captar de inmediato su calidad, y en los bienes de uso donde la comprobación de la calidad coexiste con el uso. En cambio, la protección ya no se estaría dando en el derecho comparado para los bienes de inspección que serían bienes de consumo inmediato, donde no se precisa de información especializada para identificar su calidad y el estado en que se encuentran.

VI. Crítica de la protección al consumidor

Las críticas de la protección al consumidor se pueden resumir en los siguientes aspectos:

1. Una normativa de protección demasiado exigente termina por perjudicar a los consumidores al encarecer los bienes que están más regulados. Así, se sostiene que la excesiva regulación puede llegar a establecer una verdadera barrera de entrada para realizar una actividad económica, restringiendo las posibilidades de elección por parte del consumidor y lo que se denomina la soberanía del consumidor.

2. Se sostiene que las áreas donde por lo general se protege más al consumidor es donde hay menos competencia. La experiencia indicaría que muchas veces parte importante de las regulaciones termina protegiendo a los regulados. Por esta razón, muchos sostienen que donde efectivamente es necesario establecer normas que restrinjan la libertad de las empresas estas deben ser normas claras, en cuerpos legales específicos y no genéricas. De esta forma se puede identificar si los costos sociales de las restricciones que se imponen son mayores o menores que los beneficios sociales que se obtienen.

3. A veces las protecciones benefician a las empresas ya establecidas y las de mayor tamaño que están en condiciones de enfrentar los costos de las regulaciones. De ser efectivo, la competencia se empieza a afectar a través de la regulación. En definitiva los consumidores se podrán encontrar en un momento más protegidos pero con menor competencia.

4. Los excesos en la protección pueden hacer que los consumidores empiecen a actuar en forma menos responsable, suponiendo que los descuidos en informarse adecuadamente o en contratar correctivamente no tienen importancia, pues el legislador los defiende. En razón que la legislación nunca otorga una óptima protección, los consumidores pueden en seguida frustrarse frente a una ley donde generalmente los beneficios de las sanciones son por lo general para el Estado y no para los afectados.

VII. La protección del consumidor en el derecho chileno

Como bien lo recuerda el profesor Enrique Aimone, la protección del consumidor es muy antigua en Chile: el Cabildo en la Colonia fijaba precios máximos a artículos de consumo esenciales. Fue, sin embargo, el famoso Decreto Ley 520 de 1932 el primer ordenamiento orgánico sobre la materia. Dicho Decreto Ley establece un Comisariato General de Subsistencias y Precios, cuyo objeto según el artículo 2º "será asegurar a los habitantes de la República las más convenientes condiciones económicas de vida". Para el logro de dicha finalidad el artículo 3º confería facultad al Comisariato para "la adquisición y el control de la calidad y precio de los artículos de primera necesidad y de uso o consumo habitual". El artículo 4º declaraba que para el solo efecto de "atender a las necesidades imperiosas de la subsistencia del pueblo" se declaraban de utilidad pública los predios agrícolas, las empresas industriales y de comercio y los establecimientos dedicados a la producción y distribución de artículos de primera necesidad. Luego se autorizaba al Presidente de la República para expropiarlos en caso de receso o si fuese rebelde a las obligaciones impuestas por la autoridad de producir o elaborar los bienes de primera necesidad en las cantidades, calidades y condiciones determinadas por el Comisariato. Habrá que recordar que dicho cuerpo legal, que fue empleado como el gran resquicio legal para confiscar empresas en el período 1970-1973, fue derogado solamente en 1980.

El Decreto Ley 280 de 1974 representa un hito relevante en la legislación económica al establecer normas en resguardo de la actividad económica nacional, denominada también como ley del delito económico. En los considerandos aparece en evidencia que la ley es fundamentalmente de protección a los consumidores. Los doce artículos sustantivos de la ley es un listado de delitos económicos, con sus sanciones penales de privación de libertad. El juez competente es, por cierto, el del crimen, teniendo la Dirección de Industria y Comercio de aquel entonces un papel relevante en la investigación, denuncia y como parte en el juicio.

En seguida, viene, como todos sabemos, la Ley 18.223 de 1983, modificada en 1984 y en 1989. Por último tenemos la ley actual, Ley Nº 19.496, de 1997.

VIII. DERECHO COMPARADO

Hagamos ahora un rápido repaso del derecho comparado sobre esta materia, sin considerar el impresionante desarrollo en Canadá y los países de Norteamérica, que es materia del estudio del Decano Perret incluido en este volumen.

1. LA UNIÓN EUROPEA

El Tratado de Roma fue modificado por el Tratado de Maastricht de 1992 incorporando un nuevo artículo 129 A que se refiere a la protección de los consumidores, mediante el cual se establece que se "contribuirá" a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores mediante: a) Medidas que adopte en virtud del artículo 100 A en el marco de la realización del mercado interior; b) Acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, y de garantizarles una información adecuada". A pesar que algunos le han atribuido importancia a esta modificación de Maastricht, la verdad es que sólo otorga competencia para adoptar acciones concretas que respalden o complementen las acciones de los Estados miembros, semejante a las acciones de fomento en los ámbitos de la educación, la cultura y la salud pública.

Es de interés destacar que el desarrollo de la protección del consumidor en la Unión Europea siempre fue independiente de la normativa sobre la competencia, la competencia desleal y las prácticas restrictivas en el comercio interno e internacional. En un acucioso estudio que analiza la Constitución española en el Ordenamiento Comunitario Europeo, todos los análisis que se refieren al tema llegan a dicha conclusión.

Antes de la reforma de Maastricht la protección al consumidor no fue eficaz. Al decir de Carlos Francisco Molina "el consumidor europeo, que pasó de los mercados nacionales al macromercado comunitario, se encontró, más que nunca, sometido a las posiciones de los productores... su posición se debilitó de forma sensible al enfrentarse con un sistema cuyas proporciones escapaban a su control. Al suprimirse las restricciones a los intercambios en el ámbito de la Comunidad, el consumidor se vio en la necesidad de adecuar su consumo al nuevo contexto, debiendo

resolver problemas que iban desde cómo conocer la composición de un producto cuya etiqueta venía redactada en un idioma que no siempre comprendía hasta cómo proceder administrativamente o judicialmente contra un producto que había lesionado sus intereses y que, tal vez, habría sido elaborado por una firma que tenía su sede social en otro país comunitario".

2. ESPAÑA

España es probablemente uno de los pocos países en que la protección tiene rango constitucional. El artículo 51.1 de la Constitución española de 1978 señala: "Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad de los legítimos intereses de los mismos".

La ley española 26/1984 parte indicando que el objeto de la ley es la defensa de los consumidores y usuarios, lo que tiene el carácter de principio general informador del ordenamiento jurídico. Sin embargo, el solo hecho que la Constitución española consagra la protección hace pensar a María de los Angeles Parra Lucán que la protección al consumidor "es un principio rector de la política social y económica del Estado y un principio general del derecho". Pedro Antonio Pérez García, por su lado, al tratar los principios generales del derecho que existirían en España, argumenta que "a partir de la promulgación de la Ley General de Defensa del Consumidor española, habrá que añadir este nuevo principio de la defensa de los consumidores".

La ley española ha sido objeto de una profunda crítica por los autores españoles. Así, Rodrigo Bercovitz y Javier Salas, en la completísima obra sobre la ley, indican que "el sistema y la redacción de la ley son notablemente deficientes, hasta el punto de dar lugar a contradicciones y a preceptos de difícil entendimiento. Ello produce un elevado grado de inseguridad jurídica, que, como es lógico, repercute negativamente sobre la finalidad protectora perseguida".

En materia de libre competencia recordemos que España tuvo una ley de 1963 que fue calificada unánimemente como poco efectiva. La ley actual es de 1989 y cuenta con muy eficaces tribunales de la competencia.

3. ALEMANIA

En Alemania rige la Ley sobre Crédito de Consumo desde el 1º de enero de 1991, que se dictó para conformarse con la Directiva de Unión Europea. Asimismo, desde 1976 rige la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. En Alemania, por consiguiente, no hay una ley de protección al consumidor propiamente tal.

En materia de libre competencia Alemania tiene su ley desde 1958, con una importante modificación en relación a fusiones, de 1973. El sistema de libre competencia ha funcionado en forma independiente al de protección del consumidor.

4. ARGENTINA

En Argentina rige actualmente la Ley 22.240 de 1993 denominada "Ley de Defensa de los Consumidores". La extensa ley argentina se divide en tres títulos, siendo el primero el interesante desde el punto de vista sustantivo, pues contiene las normas de protección y defensa de los consumidores y el segundo contiene la autoridad de aplicación, procedimiento y sanciones.

El artículo 1º de la ley señala que ella tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. En seguida, la misma disposición los define como las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social.

La ley argentina consagra así expresamente que su objeto es la defensa de los consumidores o usuarios. Al decir de Oscar Romera y Roberto Vásquez Ferreyra la denominación más precisa de la ley debiera ser "Ley de Defensa del Consumidor". El concepto de tutela del consumidor se ve reforzado en la ley argentina por un artículo 3º que indica que "en caso de duda se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor".

El artículo 3º de la ley argentina es de sumo interés para nuestro análisis. Bajo el epígrafe de "Interpretación" señala que "las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales o especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas, en particular las de Defensa de la Competencia y la Lealtad Comercial". Como lo recuerda Guillermo Borda en su "Tratado de Derecho Civil Argentino", las normas de cualquiera ley deben armonizarse en primer lugar con las otras disposiciones del mis-

mo texto, pero también fundamentalmente deben coordinarse con las demás leyes que conformen la totalidad del ordenamiento jurídico. Sin embargo, el artículo 3º va más allá, pues relaciona a la ley de defensa del consumidor con la de defensa de la competencia y la lealtad comercial. Nuevamente Romera y Vásquez Ferreyra nos ilustran que estas tres leyes "constituyen modernamente uno de los diversos elementos con que cuenta el Estado para orientar al funcionamiento de los mercados. Esta trilogía de leyes se distinguen, no obstante –en opinión de estos distinguidos profesores– de cualquier otro mecanismo de regulación directa de la economía. Es decir no persiguen el propósito dirigista de la economía".

En lo que se refiere a la libre competencia, Argentina tiene una ley de 1980, la que ha recibido críticas generalizadas por ser fundamentalmente administrativa y poco efectiva.

5. BRASIL

En esta materia rige la Ley 8.078 de 1990, estableciendo en su artículo 1º que "el presente Código establece normas de protección y defensa del consumidor, de orden público e interés social" en los términos de la Constitución Federal. La ley indica en su artículo 6º que los derechos básicos del consumidor son la protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos en bienes considerados peligrosos o nocivos, la educación y divulgación del consumo, la información adecuada y clara de los bienes y de los riesgos que conlleven y la protección contra la publicidad engañosa y abusiva, contra los métodos comerciales coercitivos o desleales y las cláusulas abusivas o impuestas.

La legislación brasileña tiene claramente una connotación protectora del consumidor. Como lo sostiene Antonio Herman Benjamín, el principio de protección es la contrapartida de la vulnerabilidad. El consumidor, independiente de su condición social, de su educación, de su raza o profesión, es considerado según Benjamín como un ser vulnerable en el mercado del consumo. El ámbito de protección es amplio al establecer el Código en su artículo 2º que incluye a toda persona física o jurídica que adquiera o utilice productos o servicios como destinatario final.

En cuanto a la libre competencia, Brasil tiene su actual ley desde 1994 y tampoco ha recibido mucha aplicación.

6. COLOMBIA

La ley colombiana es la Nº 73 de 1981, que otorga al Estado la facultad de intervenir en la distribución de bienes para la defensa del consumidor y concede al Ejecutivo facultades extraordinarias en esta materia. En virtud de las facultades de la ley se han dictado decretos de dudosa eficacia. En 1997 el Ejecutivo presentó un proyecto de ley conteniendo el "Estatuto del Consumidor", donde según el mensaje "se despoja del carácter eminentemente permisivo que caracteriza la normatividad actual, establece la figura de la responsabilidad objetiva, en la que para configurarla basta la demostración del daño; consagra novedosos derechos básicos para los consumidores; establece ágiles y eficientes mecanismos de reclamación directa y solución de conflictos; amplía el concepto de garantía de calidad de idoneidad de los bienes y servicios; sienta las bases para la creación de nuevas organizaciones democráticas de consumidores".

7. MÉXICO

La ley mexicana es de 1975, tiene 98 artículos agrupados en trece capítulos, modificada en 1992. Varias disposiciones de la ley mexicana fueron prácticamente copiadas por el legislador chileno.

Las pretensiones del legislador mexicano están bien explicadas por dos importantes tratadistas mexicanos, Jorge Witker y Andrés Serra Rojas. Ambos tratan el tema al abordar los instrumentos para mejorar la calidad de vida y ahí ubican a la legislación sobre la vivienda, la contaminación y la protección del consumidor. Como dice Witker: "Entre las características de nuestra economía mixta, está la facultad que tiene el Ejecutivo Federal de reglamentar la oferta de bienes y servicios que llegan al mercado consumidor. La protección al consumidor, es una expresión de los derechos sociales que apunta a garantizar un mercado que equilibre en parte los intereses difusos del consumidor frente al poder, en algunos casos, monopólico, de los proveedores de bienes que unidos a los medios de comunicación de masas limitan grandemente las opciones y decisiones de consumidores desprotegidos y aislados". Andrés Serra va más lejos en su justificación de la protección del consumidor y después de criticar duramente a los defensores del mercado de

consumo y el consumismo, concluye que "sólo una parte de la población mexicana, alrededor de 15 millones de habitantes, tienen los medios suficientes para alimentarse debidamente y en ocasiones con exceso". Huelgan los comentarios.

En lo que se refiere a la libre competencia la ley mexicana de 1992 no ha recibido mucha aplicación.

IX. Normativa referente al comercio minorista

La Ley 7/1996 española de Ordenación del Comercio Minorista ayuda a esclarecer las líneas divisorias entre los distintos regímenes jurídicos. La exposición de motivos de la ley es suficientemente pretenciosa como para señalar que "el establecimiento de un marco de buenas prácticas comerciales deberá producir un mejor comportamiento de todos lós agentes del sector, cuyos efectos redundarán en un mejor funcionamiento de la competencia. Estos efectos se consiguen mediante la creación de un marco legal de mínimos, que podrá complementarse con los Códigos de Conducta, que libremente surjan en el sector para su autorregulación". En forma no menos pretenciosa se indica en la misma exposición de motivos que "la ley no sólo pretende establecer unas reglas de juego en el sector de distribución y regular nuevas formas contractuales, sino que aspira también a ser la base para la modernización de las estructuras comerciales españolas, contribuyendo a corregir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales y, sobre todo, el mantenimiento de la libre y legal competencia".

La ley española aborda prácticamente todos los temas que encontramos en nuestra Ley de Protección al Consumidor. En 71 artículos y cuatro títulos trata primero los principios generales incluyendo los conceptos básicos, oferta comercial, precios y adquisiciones de los comerciantes, después plantea todo tipo de actividades de promoción de ventas, luego toda clase de ventas especiales y termina con las infracciones y sanciones. Es interesante destacar que para el largo listado de infracciones leves y graves son sancionadas con multa de hasta 500.000 pesetas las leves y hasta 2.500.000 pesetas las graves. El artículo 63.2 indica asimismo que "la incoación de expediente por infracción de las normas de defensa de la competencia, suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador".

X. Libre competencia y desregulación

En algunos países los organismos de la libre competencia han sido activos en fomentar la desregulación y las privatizaciones. España es posiblemente el caso más notable con los famosos informes del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1992 y 1993. El Tribunal, como órgano verdaderamente independiente, hizo ver al Gobierno la necesidad de desregular el libre ejercicio de las profesiones y la liberalización del sector servicios. El Tribunal hizo uso de la facultad concedida en el artículo 2.2 que permite formular propuestas al Gobierno para que suprima las situaciones de restricción de competencia amparadas en normas legales. Como lo demuestra el catedrático español de derecho mercantil Ricardo Alonso, dichos informes fueron fundamentales en las políticas de desregulación y liberalización que se han aplicado en España durante la década de los noventa.

XI. Responsabilidad por productos y servicios defectuosos

La Unión Europea aprobó una directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos en 1985 que requería una aproximación entre los Estados miembros a más tardar a mediados de 1988. España fue uno de los países que se atrasaron en adaptar su derecho nacional y lo hizo solamente en 1994 a través de la Ley de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos que está integrada por 15 artículos sustantivos y 21 en total. La ley española no incluye los servicios defectuosos, los que están regulados por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. La ley de defensa de los consumidores española no distingue entre productos y servicios en cuanto a su amparo, debe entenderse que los cubre a ambos. Todos los países de la Unión Europea han adaptado su derecho a la Directiva. Por otro lado, en la Unión Europea no se ha podido todavía lograr un acuerdo en cuanto a la responsabilidad por servicios defectuosos. Desde 1989 que se han realizado esfuerzos en este sentido pero todavía no existe acuerdo al respecto.

El sistema de responsabilidad de la Directiva de la Unión Europea se califica como un sistema de responsabilidad objetiva, matizado por el hecho de que el perjudicado tiene que probar el

daño y la relación causal entre el daño y el defecto en el producto. Como lo dicen Juan Ramón Hidalgo y Manuel Olaya en su Derecho del Producto Industrial "ello supondrá, en la práctica, un cierto grado de atenuación a efectos del progreso de la acción". Algunos otros autores sostienen que debido a los requerimientos del artículo 4º de la Directiva es poco lo que queda de responsabilidad objetiva.

XII. Conclusiones

La experiencia está demostrando que en estos ámbitos de la legislación económica, la evolución de los conceptos es sumamente rápida. Si comparamos la legislación económica existente en Chile hace 20 años, esta difiere fundamentalmente a la actual. Si comparamos la actualmente existente en Chile cón la de otros países que llevan un liderazgo al respecto, deben ser fácilmente otros 20 años. Por lo tanto, hago un llamado a seguir reformulando la legislación económica de acuerdo con los nuevos conceptos, apreciaciones, órganos de aplicación y mecanismos de sanción que van surgiendo.

En el caso de la protección al consumidor soy de opinión que con la actual ley hemos llegado a un desarrollo suficiente de la materia. Me parece que los temas que son analizados en este volumen son precisamente los más cruciales y que en caso de llegarse a la conclusión de que fueron mal tratados o con notorias imprecisiones habría que corregir dichas imperfecciones a la brevedad. Es indiscutible que el ámbito de aplicación de la ley es un tema crucial en sus relaciones con otros ordenamientos y con la legislación común. De la misma forma la ley de protección al consumidor afecta el derecho de la contratación, lo que el derecho civil ha definido y desarrollado como un sistema notoriamente fino. Habría que ver si las modificaciones al derecho de contratación por ser parte el consumidor afecta el sistema del derecho civil de la contratación como un todo. El tema de la responsabilidad es otro donde el derecho del consumo se contrapone con el derecho civil y también merecen un exhaustivo análisis las relaciones entre ambos diferentes sistemas de responsabilidad. Por otro lado, la legislación de protección al consumidor ha demostrado naturalmente ser más o menos eficaz dependiendo de su sistema de sanciones y la protección judicial otorgada al consumidor.

Soy de opinión que el tema del crédito del consumo debiera salir de la ley y constituir una normativa separada, siguiendo los lineamientos de la Unión Europea. El crédito del consumo es un tema bancario fundamentalmente y desde esa perspectiva debe ser tratado. Asimismo, en el caso chileno recordemos que las Superintendencias tanto de Bancos e Instituciones Financieras, como de Valores y Seguros, de Administradoras de Fondos de Pensiones y de ISAPRES tienen una facultad normativa que se puede extender a la contratación. De hecho, todas ellas han estado bastante activas en el uso de dichas facultades en los contratos de las AFP, contratos de seguro y contratos de las ISAPRES.

El tema de la competencia desleal debe, a mi juicio, ser tratado en un cuerpo legal distinto. El desarrollo de la competencia desleal en otros países está demostrando que descubriendo bien las figuras sancionables, el mecanismo de sanciones y la jurisdicción, puede regularse adecuadamente la buena fe y lealtad en la competencia.

Comentario aparte y final merece la legislación de la libre competencia. Por desgracia una ley innovadora y bien planteada en la década de los 70 no ha sido reformulada y en muchos aspectos ha quedado peligrosamente obsoleta. Los cambios en otros países han sido profundos en las dos últimas décadas y hoy en día me atrevería a calificar que varios de ellos tienen una normativa adecuada y razonable. Me inclinaría a recomendar las siguientes reformas básicas de la ley de la libre competencia:

1. Delimitar el bien jurídico protegido y aislar el ámbito de aplicación de dicha ley con las leyes de protección del consumidor, competencia desleal, crédito de consumo y prácticas restrictivas en el comercio internacional.

2. En razón del desarrollo jurisprudencial propio sólo de la ley de la competencia, se hace imperioso la publicación en forma sistemática de los dictámenes y resoluciones de las Comisiones, para así poder conocer con precisión la evolución de cada una de las prácticas restrictivas.

3. Los mecanismos de excepción de la ley de la competencia, tanto las legales como las por causa de interés nacional y las específicas deben ser cuidadosamente revisadas, especialmente las normas de escape de la ley. En esta materia se podría seguir

el sistema empleado por la Unión Europea de normar de antemano (*a priori*) situaciones que requieran ya sea de autorización previa o de registro.

4. Los mecanismos de denuncia y de consulta deben ser reevaluados. Llama la atención el abuso que se hace a veces de estos sistemas a causa de que no hay un costo por formular denuncias o para absolver consultas. En el caso de la autoridad muchas veces se consultan temas que son estrictamente de política de sus respectivas carteras.

5. Debe fortalecerse la calidad del trabajo de la Fiscalía Nacional Económica. Su trabajo de investigación es crucial para mejorar el análisis de ciertos temas especialmente los más técnicos y económicos.

6. El sistema de sanciones pecuniarias debe ser perfeccionado, y estan relacionadas con las ventas de las empresas sancionadas.

7. Por último debe crearse el Tribunal de la Competencia en reemplazo de la actual Comisión Resolutiva. Así seguiríamos la tendencia española, inglesa, alemana, canadiense, japonesa y australiana. Asimismo, debe evaluarse el trabajo de las Comisiones Preventivas.

En suma, se puede sostener que se hace necesario un trabajo completo, sistemático y científico de revisión de la legislación económica, en especial en las áreas que hemos analizado. El desarrollo de las diferentes leyes debe ser equilibrado y debemos estar frente a un orden público económico contenido no solamente en la Constitución de 1980 en forma muy elogiosa, sino que en una legislación actual, orgánica y sistemática.

Bibliografía

- AIMONE, Enrique: *Derecho de Protección al Consumidor* (Santiago: ConoSur, 1998).
- ALONSO SOTO, Ricardo: "Competencia y Desregulación Económica: Los Informes del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la Liberalización de los Servicios", en *Estudios*

jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, Tomo I (Madrid: Civitas, 1996).
- ÁLVAREZ, Juan Antonio y LIZANA, Claudio: *Dumping y Competencia Desleal* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995).
- *American Bar Association: Consumer Law* (New York: Times Books, 1997).
- BARAONA VILLAR, Silvia: *Competencia Desleal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1991).
- BARNES, David and STOUT, Lynn: *Law and Economics* (St. Paul: West, 1992).
- BELLIDO PENADES, Rafael: *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil* (Granada: Comares, 1998).
- BERCOVITZ, Alberto y BERCOVITZ, Rodrigo: *Estudios Jurídicos sobre Protección de los Consumidores* (Madrid: Tecnos, 1987).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y SALAS HERNÁNDEZ, Javier (Coord.): *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (Madrid: Civitas, 1992).
- COOTER, Robert and ULEN, Thomas: *Law and Economics* (Reading: Addison-Wesley, 1997).
- CRANTON, Ross: *Consumers and the Law* (London: Weidenfeld and Nicolson, 1984).
- DE LA FUENTE, Félix: *Diccionario Jurídico de la Unión Europea* (Barcelona: PPU, 1994).
- DIEZ-MORENO, Fernando: *Manual de Derecho de la Unión Europea* (Madrid: Civitas, 1996).
- España: Ministerio de Justicia e Interior (Ed.): *La Constitución Española en el Ordenamiento Comunitario*, 2 Tomos (Madrid, 1995).
- FARINA, Juan: *Defensa del Consumidor y del Usuario* (Buenos Aires: Astrea, 1995).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Enrique; TIZZIANO, Antonio y ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Código de la Unión Europea* (Madrid: Civitas, 1995).
- GÓMEZ CALERO, Juan: *Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos* (Madrid: Dykinson, 1996).
- HIDALGO MOYA, Juan Ramón y OLAYA ADÁN, Manuel: *Derecho del Producto Industrial* (Barcelona: Bosch, 1997).
- IGLESIAS PRADA, José Luis (ed.): *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, 4 Tomos (Madrid: Editorial Civitas, 1996).
- *Derecho Comunitario Europeo* (Madrid: McGraw-Hill, 1996).

- MENÉNDEZ, Aurelio: *La Competencia Desleal* (Madrid: Civitas, 1988).
- MOLINA, Carlos Francisco: *Manual de Derecho de la Comunidad Europea* (Madrid: Editorial Trivium, 1997).
- MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción: *Protección Jurídica de la Lealtad de la Competencia* (Madrid: Editorial Montecorvo, 1993).
- NIETO, Ubaldo (Ed.), *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria* (Madrid: Civitas, 1998).
- NIETO, Ubaldo (Ed.), *Seguridad Jurídica y Contratación Mercantil* (Madrid: Civitas, 1994).
- OTAMENDI, Juan José: *Competencia Desleal* (Pamplona: Aranzedi, 1992).
- PIÑAR MAÑAS, José Luis y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (Eds.): *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista* (Madrid: Civitas, 1997).
- POSNER, Richard: *Economic Analysis of Law* (Boston: Little, Brown and Company, 1972).
- POSNER, Richard: *Overcoming Law* (Cambridge: Harvard University Press, 1995).
- POSNER, Richard: *The Economics of Justice* (Cambridge: Harvard University Press, 1983).
- SERRA ROJAS, Andrés: *Derecho Económico* (México D.F.: Porrúa, 1990).
- STIGLITZ, Gabriel: *Protección Jurídica del Consumidor* (Buenos Aires: Depalma, 1986).
- STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel: *Contratos por Adhesión, Cláusulas Alusivas y Protección al Consumidor* (Buenos Aires: Depalma, 1985).
- VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto y ROMERA, Oscar Eduardo: *Protección y Defensa del Consumidor* (Buenos Aires: Depalma, 1994).
- VISCUSI, Kip; VERNON, John and HARRINGTON, Joseph: *Economics of Regulation and Antitrust* (Cambridge: MIT, 1995).
- WITKER, Jorge: *Derecho Económico* (México, D.F.: HARLA, 1985).

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY CHILENA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR: INCLUSIONES Y EXCLUSIONES

RONY JARA AMIGO
Profesor de Derecho Comercial
Universidad de los Andes

I. PRINCIPIO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Una ley de protección de los consumidores, desde una perspectiva económica, supone la presencia de un mercado imperfecto, en que proveedores y consumidores no pueden negociar en igualdad de condiciones o maximizar cada uno de ellos su beneficio. Que los proveedores se encuentran en una posición desde la cual pueden dañar o abusar de los consumidores. Uno de los problemas que claramente enfrenta todo consumidor, en dicho mercado imperfecto, es lo que se ha denominado el "dilema de los comunes", esto es, la ineficiencia para cada uno de ellos de adoptar en forma separada o conjunta los medios para autoprotegerse, porque los costos de actuar independientemente o de concertarse son superiores a la utilidad marginal que cada uno de ellos puede obtener por dichas actuaciones. Otro argumento también invocado es suponer que en la asignación de recursos y responsabilidades entre los consumidores y los proveedores, en su condición de potenciales causantes de perjuicios, resulta más eficiente colocar ciertas cargas en los posibles responsables, en lugar de ponerlas en las víctimas, por cuanto para los proveedores sería más eficiente asumir los riesgos de sus actuaciones, entre otras cosas, porque poseen mayor información respecto del bien o servicio que producen o comercializan.

Desde una perspectiva jurídica, toda ley de esta naturaleza debería partir de bases muy similares, esto es, que existen ciertos miembros de la sociedad que se encuentran en una posición vulnerable o que pudieran fácilmente ser objeto de abusos por miembros de otro grupo, y que dicho grupo vulnerable no posee los medios jurídicos razonables, para evitar los abusos del otro grupo.

Nuestra ley de protección a los consumidores (en adelante, "LPC" o la "ley"), precisamente parte de dichos supuestos, al considerar que un grupo de la sociedad, los consumidores, se encuentra en una posición vulnerable en relación con los proveedores.

Esta es una norma que establece un principio básico, cual es el de la defensa de los consumidores, por lo que dicho principio ordena toda la interpretación de la ley, a fin de lograr que el resultado de la interpretación contribuya a otorgar una mayor protección al consumidor.

Sin embargo, siempre debemos considerar que dicha protección debe enmarcarse dentro del ordenamiento constitucional, y por lo tanto no podrá llegarse al extremo de, a pretexto de una protección excesiva, pretender violar principios constitucionales que establecen la libertad de desarrollar toda actividad empresarial, en cuanto ella se enmarque en los límites señalados por la propia Constitución. Ello significaría atentar contra el modelo económico impuesto por la Constitución, que no es otro que el de una economía de mercado.

El principio de defensa del consumidor se ve claramente explicitado en el artículo 17 de la ley, respecto de las cláusulas oscuras en los contratos de adhesión, en cuyo caso se dispone expresamente que tales cláusulas "no producirán efecto alguno respecto del consumidor".

II. Inclusiones o ámbito de aplicación: Actos Mixtos

Como lo señala el artículo 2º de la ley, esta sólo se aplica a aquellos actos jurídicos que, de acuerdo al Código de Comercio u otras leyes, tienen el carácter de mixtos, esto es, que son comerciales para el proveedor y civiles para el consumidor.

Así, 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 partes[1].

Entonces, para establecer la aplicación de la ley deberemos remitirnos a la conceptualización de los actos de comercio contemplados en el Código de Comercio o en otras leyes.

En relación al Código de Comercio, su artículo 3º contempla una enumeración de dichos actos, enumeración que alguna parte de la doctrina[2], con apoyo de la jurisprudencia[3], ha sostenido que es taxativa. En cambio, otros argumentan que es enunciativa[4]. Pero, en todo caso, es claro que la materia mercantil no se encuentra limitada a dichos actos, puesto que existen otros actos de comercio contemplados en el mismo Código que no se encuentran enumerados en el artículo 3º, por ejemplo la cuenta corriente mercantil o las sociedades mercantiles. Además, ciertos actos como aquellos del Nº 5, 16, y 20 del artículo 3º, contemplan calificaciones amplias que permiten el ingreso de actividades análogas.

La tarea del intérprete será determinar, en cada caso concreto, cuándo el acto tiene un doble carácter.

El artículo 3º, en su inciso 1º, contempla expresamente la posibilidad de que frente a los actos de comercio allí enumerados, nos encontremos en un caso de acto mixto[5], esto es, que dicho acto pueda no ser mercantil para ambas partes. El clásico ejemplo es la venta de cosas muebles, donde aquella será siempre mercantil cuando ha estado precedida por una compra mercantil, en cambio la respectiva compra sólo será mercantil si se realiza con un determinado ánimo por parte del comprador, esto es de venderlas, permutarlas o arrendarlas. Si no hay tal ánimo de parte del comprador, el acto habrá sido comercial para el vendedor pero civil para el comprador. Sin perjuicio de ello, los denominados por la doctrina "actos formales de comercio" (*i.e.* letras de cambio, pagarés a la orden u operaciones de cambio),

---

1 Enrique AIMONE, *Derecho de Protección del Consumidor* 21 (1998). Pero no coincidimos con dicho autor en cuanto él no contempla la categoría del numeral 3.

2 Julio OLAVARRÍA ÁVILA, *Manual de Derecho Comercial* 125 (3ª ed., 1970).

3 C. Suprema, 9 de noviembre de 1887, G., 1887, Nº 2.741, p. 1805; C. Valparaíso, 5 junio de 1908. R., t. 11, sec 2ª, p. 217.

4 Gabriel PALMA, *Derecho Comercial* 134, t. I (2ª ed. 1940).

5 Artículo 3º: "Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos..."

constituyen una excepción a la posibilidad de existencia de los actos mixtos, puesto que siempre son mercantiles para todas las partes intervinientes.

Estrechamente vinculada con la mayor o menor posibilidad de calificación de ciertos actos como actos de comercio se encuentra la denominada teoría de lo accesorio. Teoría que, como sabemos, constituye un principio fundamental en el Derecho Comercial chileno, que sirve para extender o limitar la noción de acto de comercio[6]. Ella sirve, en la mayoría de los casos, como criterio fundamental para determinar la mercantilidad del acto para las distintas partes intervinientes en un acto. Como lo señala el profesor Sandoval, la "accesoriedad consiste en presumir mercantiles (o civiles) ciertos actos cuando se relacionan con una profesión, actividad o acto jurídico principal de carácter comercial (civil), ya sea porque lo facilitan, contribuyen a acrecentarlo o realizarlo, o simplemente lo garantizan"[7].

Este principio de la accesoriedad se encuentra fundamentado en el artículo 3º Nº 1, inciso 2º, y en el artículo 1º segunda parte del Código de Comercio. En ellos se establece que lo que auxilia o complementa a una industria no comercial no es acto de comercio. Aunque el Código no lo señala expresamente, debe también aplicarse la regla inversa, esto es, deben considerarse mercantiles aquellos actos que siendo aisladamente civiles deben calificarse de mercantiles por ser accesorios de una actividad o industria principal comercial.

En todo caso, a esta teoría, si bien de aplicación general en el derecho mercantil, la doctrina y la jurisprudencia[8] le reconocen algunas excepciones para casos de actos esencialmente civiles, *i.e.* actos sobre inmuebles, o aquellos que siempre se consideran mercantiles, independiente de la actividad a la que accedan, tales como los referidos actos formales de comercio[9]. Así también,

---

6 "La teoría de lo accesorio sirve dos finalidades: da el carácter de comerciales a ciertos actos que no lo tienen por sí y restringe el carácter de comercial de ciertos actos". Gabriel PALMA, supra nota 5., at 7, t. I; Ricardo SANDOVAL LÓPEZ, *Manual de Derecho Comercial* 84, t. I, (3ª ed., 1992).

7 Ricardo SANDOVAL LÓPEZ, supra nota 6, at 70

8 Por ejemplo, los negocios sobre inmuebles, aunque estén ligados a una empresa comercial, no pueden ser considerados un acto de comercio. C. Suprema, 10 julio 1968. R., t. 65, sec. 1ª, p. 225.

9 Raúl VARELA VARELA, *Derecho Comercial* 82 (1966).

estimamos, en una materia que excede el presente trabajo, que no puede aplicarse esta teoría frente a "comerciantes" que en la práctica no desarrollan actividades mercantiles, como puede suceder con las sociedades anónimas, a las cuales la ley ha calificado siempre como mercantiles, independiente del objeto al que se dediquen[10] o con sociedades colectivas, de responsabilidad limitada o comanditas mercantiles, que no desarrollen ninguna clase de tales actividades, lo cual es posible dado que dichas sociedades son mercantiles por el objeto[11]. Ello resulta lógico, a la luz del propio texto de la ley, en cuanto que para aplicar la teoría se debe estar frente a una industria mercantil, esto es, en el ámbito de una actividad y no sólo frente a un "comerciante"[12].

Entonces debemos concluir que para encontrarnos en el ámbito de aplicación de la ley debemos estar en presencia de un acto que reúna los siguientes requisitos:

1. Una de las partes del acto jurídico debe ser un proveedor y la otra un consumidor, según las definiciones legales de cada uno;

2. El acto debe ser mercantil para el proveedor, lo que implica, de acuerdo a la teoría de lo accesorio, que este necesariamente debe desarrollar una actividad principal mercantil[13]; y

3. El acto debe ser civil para el consumidor, lo que significa, de acuerdo a la misma teoría, que este necesariamente debe desarrollar una actividad principal no mercantil[4].

Así, por ejemplo, la venta de verduras que un supermercado realiza a una dueña de casa, para ser utilizadas en su hogar, será

---

10 Artículo 1º de la Ley Nº 18.046 "Ley sobre Sociedades Anónimas".

11 Artículo 2059 del Código Civil.

12 Por lo demás, los propios tribunales han señalado que los comerciantes, por el hecho de tener esta profesión, no dan carácter mercantil a todo acto o contrato en que intervienen. C. Suprema, 13 noviembre 1934. G., 1934, 2º Sem., Nº 33, p. 151; C. Suprema, 22 abril 1942. G., 1942, 1er Sem., Nº 14, p. 121.

13 Podría plantearse una excepción en el caso de los actos formales de comercio, puesto que en dicho caso se tratará 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.

14 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 excepcionada por la calidad de proveedor del adquirente.

un acto jurídico claramente cubierto por la ley. En cambio, si esas mismas verduras son vendidas directamente por una empresa agrícola[15] a la misma dueña de casa, el acto no tendrá la protección de la ley, por cuanto no estaremos en presencia de un acto mixto, puesto que para ambas partes será un acto no mercantil. No se divisa razón de lógica jurídica o económica para este distinto tratamiento. Nos parece que el legislador debió dejar dentro del ámbito de la ley a todos los actos jurídicos realizados entre empresas y consumidores.

Sólo por excepción, según lo señala la misma ley, en su artículo 2º, y que analizaremos a continuación, esta se aplicará a las relaciones entre proveedores no comerciantes y sus consumidores.

III. Excepciones al requisito de los Actos Mixtos

La ley, en su artículo 2º, contempla dos excepciones a la exigencia de un acto mixto para su aplicación. La primera de ellas se refiere a los actos de comercialización de sepulcros o sepulturas[16], 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. Distinto será el caso cuando dichos actos de comercialización se realicen directamente por la constructora, dueña de los inmuebles, porque allí estaremos en presencia de un acto mixto[17], y por lo tanto, en principio[18], dentro del ámbito de la ley.

---

15 El Dictamen Nº 4015/174, de 24 de julio de 1992, de la Dirección del Trabajo, Departamento Jurídico, ha señalado que dentro de la actividad agrícola quedan incluidas las labores que tienen por finalidad la elaboración, conservación, faenamiento y acondicionamiento de los productos de predios agrícolas, siempre que se trate de bienes de producción propia del respectivo agricultor.

16 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.

17 Artículo 3º Nº 20 del Código de Comercio.

18 Por cuanto la actividad de la construcción, como veremos, se encuentra regulada por leyes especiales, y por lo tanto sólo ciertos aspectos de la LPC se aplicarán a los actos jurídicos relativos a dicha actividad.

La segunda excepción, también relativa a inmuebles, se refiere 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 tiempo[19]. No nos parece relevante que haya sido el proveedor quien proporciona el derecho a usar o gozar de los bienes muebles, pues se trata de un situación de hecho, el determinar si el inmueble se encuentra o no amoblado. Consideramos, por otra parte, que las expresiones continuos o discontinuos permiten configurar como situaciones comprendidas dentro del texto 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 cuestión[20]. No se debe olvidar, sin embargo, que la condición de consumidor sigue exigiendo la calidad de "destinatario final" del bien, según más adelante analizaremos, lo que impide considerar como tales a aquellos que adquieren el derecho a uso o goce del inmueble para introducirlo nuevamente en el mercado.

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

---

[19] 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, especialmente en una ley que se supone que se dicta para beneficiar a las personas, y no para crearles conflictos de interpretación".

[20] 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".

IV. El consumidor como destinatario final

La ley entiende, para los efectos de su aplicación, por consumidores a "las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales, bienes o servicios".

La ley utiliza un criterio subjetivo y concreto de delimitación de su aplicación. Sin embargo, no se han utilizado elementos que son comunes en la doctrina y en el derecho comparado, para la definición de consumidor[21]. No se hace referencia explícita ni al uso privado de los bienes adquiridos, ni al hecho de que esa adquisición o la utilización de los mismos tengan lugar fuera de cualquier actividad empresarial o profesional. Lo cual no significa que tales elementos sean totalmente ajenos a la definición establecida por la LPC.

La noción se centra en aquellas personas que adquieran, utilicen o disfruten "como destinatarios finales" los bienes o servicios. No parece dudoso que para la ley la expresión "destinatario final" sea sinónimo de "consumidor final", esto es, aquella persona que adquiere los bienes o servicios para utilizarlos o consumirlos él mismo, y que, en consecuencia, esos bienes o servicios quedan detenidos dentro de su ámbito personal, familiar o doméstico, sin que vuelvan a salir al mercado. Es destinatario final, entonces, el que recibe los bienes o servicios, no para reexpedirlos, sino para quedarse con ellos.

La referencia legal al destinatario final se relaciona con el mercado, es decir, que el consumidor será el destinatario final de los bienes o servicios dentro del mercado. De esta forma no será destinatario final si adquiere los bienes o servicios para volver a introducirlos al mercado. Por el contrario, si adquiere para sí o para su ámbito familiar o doméstico los bienes o servicios, o si los transfiere, pero fuera del mercado de los mismos, por ejemplo si los regala, deberá ser considerado consumidor.

V. Integración en un proceso de producción de bienes o servicios y proveedor

Puede suceder que se adquiera un bien o servicio no para introducirlo en el mercado, sino para utilizarlo dentro de un

---

[21] Alberto BERCOVITZ, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* 26 (Ed. Civitas, 1992).

proceso de producción de bienes o servicios para el mercado, por ejemplo, el caso de la maquinaria y la materia prima. En este caso, 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.

Este tema se vuelve especialmente importante en aquellos casos en que el adquirente de los bienes o servicios no desarrolla una actividad mercantil e integra dichos bienes o servicios a un proceso de producción para el mercado, puesto que en dicho caso, configurándose un acto de carácter mixto, la ley no se aplicará exclusivamente por la calificación de proveedores de ambas partes en la relación jurídica. Estaremos en presencia de dos proveedores, uno que desarrolla una actividad mercantil y el otro no.

De lo anterior se puede desprender 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, 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.

En este sentido, venimos en plantear una doble accesoriedad que nos permitirá restringir o ampliar la aplicación de la ley, esto es, por un lado la accesoriedad contemplada en el Código de Comercio, que posibilita dejar muchos actos jurídicos fuera de la aplicación de la ley por no tratarse de actos mixtos, sino que celebrados entre aquellos que desarrollan una actividad mercantil o entre los que no desarrollan tal clase de actividades, y por otra parte la accesoriedad que emana del concepto de "destinatario final", con la cual se puede excluir la aplicación de la ley en aquellos actos que se celebren entre proveedores o empresas.

Las nociones de accesoriedad, antes planteadas, en especial la relativa a la incompatibilidad de la idea de consumidor con la de actividad empresarial, resultan fundamentales para respetar adecuadamente el principio de seguridad jurídica[22]. Ello permite, en el momento mismo de la realización del acto jurídico pertinente, la determinación de si el adquirente del bien o servicio es o no un consumidor para los efectos de la ley.

Lo anterior también 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. ¿Pero qué sucede en un caso distinto, cuando el empresario adquiere bienes o servicios, no dentro del ámbito de su actividad, sino para destinarlos exclusivamente a su uso o consumo personal, familiar o doméstico? En ese caso, suficientemente acreditado, en consideración a las circunstancias del caso, el empresario está actuando como consumidor y por lo tanto el acto debe quedar sometido a la aplicación de la ley[23]. El mismo efecto debiera producirse, aun cuando se trate de bienes o servicios que el empresario adquiere habitualmente para su empresa, por cuanto la noción de consumidor de la ley no admite calificaciones, o excepciones, en función de las habilidades particulares que pueda tener el adquirente, si se cae dentro del ámbito de la definición se debe ser calificado como tal. Por ejemplo, en el caso de un distribuidor minorista de calzado, que concurre a una tienda y compra zapatos para su uso personal y el de su familia.

No obstante lo anterior, pueden darse situaciones complejas, en que el mismo bien o servicio sea adquirido en parte para destinarlo a una actividad empresarial y en parte para uso personal, familiar o doméstico. En dichos casos, se han planteado por la doctrina comparada[24] distintos criterios, entre ellos, establecer cuál será el uso principal del bien o servicio, empresarial o

---

[22] Alberto BERCOVITZ, supra nota 21, at. 32. Podrán existir casos excepcionales en los cuales la accesoriedad, o contribución del bien o servicio a la actividad del proveedor, sea tan indirecta que el juez tendrá que ponderar distintos bienes jurídicos, seguridad y equidad, al decidir la aplicación de la ley, configurando o no como proveedor al adquirente de tal bien o servicio.

[23] Por lo demás, así lo ha señalado expresamente la jurisprudencia española. Alberto BERCOVITZ, supra nota 21, at. 32.

[24] Alberto BERCOVITZ, supra nota 21, at. 35.

particular, o si el bien o servicio se relaciona directamente o no con la actividad empresarial del adquirente, pues en este último caso existiría una presunción de no consumidor para el adquirente. Todos estos criterios, sin duda, dañan la seguridad jurídica, por lo que se ha planteado la necesidad[25], como requisito esencial para calificar al adquirente de consumidor, de que el bien o servicio sea adquirido para destinarlo exclusivamente al uso o consumo personal, familiar o doméstico.

En todo caso, se debe tener presente que un acto jurídico puede desarrollarse con ánimo de lucro, y dicho acto igualmente quedar excluido de la protección de la ley. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando un particular, que no desarrolla una actividad empresarial, adquiere de un proveedor un bien para posteriormente venderlo. Esa persona no es consumidor final, porque adquiere el bien con la intención de introducirlo al mercado, pero tampoco sería proveedor. Al igual que en el caso de la compra mercantil, el ánimo para calificar dicho acto es el que se tiene al momento de su realización, con independencia de lo que ocurra posteriormente. En este caso en particular, cuando el adquirente no desarrolla una actividad mercantil, podemos señalar que el acto, por accesoriedad será calificado de no mercantil, y si el bien ha sido vendido por un comerciante, podremos encontrarnos frente a un acto mixto, pero la falta de aplicación de la ley estará dada porque en un extremo de la relación hay una persona que califica como proveedor, y en el otro, uno que no califica como consumidor, ni tampoco necesariamente como proveedor. Podrá darse entonces el caso que dicha compra, por haber sido hecha por un "no consumidor", y la posterior venta a un particular, por no haber un proveedor como vendedor, podrán quedar ambas excluidas del ámbito de aplicacion de la ley.

Como resulta evidente del análisis antes efectuado no es posible agotar todas las situaciones en que se pueden plantear dudas respecto de la calificación de una persona como consumidor, en los términos del artículo 1º de la LPC. Sin embargo, y para ser consecuente con el objetivo que persigue la ley, la protección del consumidor, que se aplica inclusive subsidiariamente en aquellos casos regulados por leyes especiales, estimamos que, en caso de duda, aquel que adquiere, utiliza o disfruta

[25] Alberto BERCOVITZ, supra nota 21, at. 36.

de un bien o servicio, cuando no desarrolla una actividad mercantil o empresarial, se debe presumir que es consumidor, salvo prueba en contrario.

VI. ADQUISICIONES A TÍTULO ONEROSO

La calificación de consumidor tiene como uno de sus supuestos que los servicios o bienes se han adquirido, utilizado o disfrutado a título oneroso. Entonces, frente a la gratuidad no se configura la noción de consumidor y por lo tanto no se aplica la ley. Dado que la gratuidad no es lo propio de la actividad empresarial, ella sólo se dará por excepción en el ámbito de las relaciones entre proveedores y consumidores, y por lo tanto será de mucha importancia establecer claramente si nos encontramos frente a actos genuinamente gratuitos y no en situaciones en las cuales dicha gratuidad es más aparente que real. Constituirá una herramienta fundamental el principio general de la accesoriedad, esto es, que frente a un acto principal oneroso, uno accesorio gratuito puede perfectamente perder su carácter de tal y por lo tanto seguir la calificación del principal. Ello se dará, por ejemplo, en los casos en que se venda un producto principal y se "regale" un accesorio. En nuestro opinión, toda dicha operación debe ser calificada de onerosa. La ley, en su artículo 36, regula una situación, el caso en que se realicen sorteos o concursos, que pudiera dar lugar a dudas de interpretación, respecto de la aplicación o no de la ley a los bienes adquiridos a consecuencia de la rifa.

VII. LOS BIENES O SERVICIOS OBJETO DE LOS ACTOS DE CONSUMO

El objeto de la adquisición, utilización o disfrute pueden ser bienes o servicios, sin excluir, en principio, ninguna clase de ellos. Sin embargo, la exclusión estará dada por la necesidad de que los actos que tengan por objeto dichos bienes o servicios puedan calificarse como actos de comercio, por la exigencia de la existencia de actos mixtos que hace el artículo 2º de la LPC.

Especial consideración se debe dar a los actos de comercio contemplados en los numerales 5 al 9, el 13 y el 20 del artículo 3º del Código de Comercio, en los cuales se enumeran como

actos de comercio distintos tipos de empresas. Pues bien, lo que ley califica de comercial no es la empresa misma sino los bienes o servicios que ese tipo de empresas entrega al mercado. Como se puede apreciar de la simple lectura de dichas disposiciones, la gama de actividades cubiertas es muy amplia[26], y se encuentra tanto en la actividad productiva como en la de comercialización y en el sector servicios. Una notable excepción la constituyen las actividades extractivas o primarias, como la agricultura y la minería.

Respecto de los bienes, cabe efectuar una primera diferenciación entre los bienes muebles y los inmuebles. Los bienes muebles, tanto los corporales como los incorporales, en este último caso considerando los derechos y las cosas "intangibles" (por ejemplo, las energías) podrán hallarse normalmente entre aquellos bienes objeto de actos mercantiles, y que por lo tanto pueden encontrarse cubiertos, por el ámbito de la ley. Se discute, por algunos, que puedan entenderse comprendidos dentro de la compraventa mercantil la adquisición de bienes muebles incorporales, pero creemos que dicha aplicación se impone, tanto por razones de texto, puesto que el Código se refiere a "cosas muebles" y no de "bien mueble", por lo que no resultaría aplicable la restricción que impone el artículo 574 del Código Civil, debiendo entenderse comprendidas las incorporales, como por razones prácticas, la adquisición y venta de valores o créditos[27] es consustancial a la actividad mercantil[28].

Cosa distinta sucede con los inmuebles corporales, puesto que por regla general dicha clase de bienes se encuentra fuera del derecho mercantil y en particular de la calificación de actos

---

26 Como se ha señalado anteriormente, se deben considerar las amplias expresiones utilizadas en los numerales 5, 16 y 20 del artículo 3º del Código de Comercio.

27 Ella no siempre se desarrolla en una bolsa de comercio, y por lo tanto no siempre estará comprendida dentro del artículo 3º Nº 12 del Código de Comercio.

28 Existe alguna jurisprudencia contraria que ha señalado: "El artículo 574 del Código Civil no ha podido hacer referencia sino a los bienes muebles indicados clara y precisamente en el artículo 567, a los que pueden transportarse de un lugar a otro, y no a aquellos que por una ficción de la ley se reputan muebles, como los derechos y las acciones. No es posible calificar de civil la compraventa de acciones, teniéndose como fundamento la disposición del Nº 1 del artículo 3º del Código de Comercio y aceptándose que el vendedor de los valores mobiliarios, al comprarlos, no hubiera tenido la intención de venderlos, ..., toda vez que aquella disposición no comprende la venta o permuta de bienes muebles incorporales, como lo son las acciones". C. de Santiago, 10 de septiembre de 1948, G., 1948, 2º sem. Nº 77, p. 443.

de comercio. Respecto de los inmuebles incorporales, no divisamos situación en que pudieran quedar comprendidos independientemente en el ámbito de la ley.

Sin embargo, hay una excepción que emana del Código de Comercio y otras dos de la propia LPC. La del Código de Comercio es aquella contemplada en el artículo 3º Nº 20, esto es, las empresas de construcción de inmuebles por adherencia, puesto que las ventas de inmuebles que hagan dichas empresas, cuando hayan construido en terreno propio, serán actos de comercio y por lo tanto servirán de base para la configuración del acto mixto exigido por la ley. Ello es sin perjuicio de la falta de aplicación de ciertas normas de la LPC, por considerarse que dichas materias se encuentran reguladas en normas legales especiales que rigen la actividad de la construcción, y sobre lo cual nos referiremos más adelante.

Las otras dos excepciones son aquellas contempladas en el artículo 2º de la LPC, comercialización de tumbas y arrendamiento de ciertos inmuebles, y a las cuales ya nos hemos referido.

Con respecto a los servicios, los comprendidos en el ámbito de la LPC serán aquellos que puedan encuadrarse en algunos de los actos de comercio definidos en el artículo 3º del Código de Comercio. Entre ellos, notablemente, se exceptúan todos los prestados por profesionales liberales[29], puesto que ninguno de ellos desarrolla una actividad propiamente mercantil. Pueden existir razones suficientes para haberlos incluido dentro de la ley, por la especial situación en que se encuentra el consumidor frente a dichos profesionales, pero el legislador puede haber estimado que ello no era conveniente, por las normas éticas que los rigen o la excesiva carga que pudo haber colocado sobre tales profesionales, y por lo tanto no los incluyó. Asimismo, si dichos profesionales se organizan en una sociedad de servicios[30], y en un tema que puede dar lugar a enormes conflictos de interpretación, podremos encontrarnos en presencia de un

---

[29] De hecho, en una indicación del Presidente de la República se establecía que "... no será aplicable el presente ordenamiento a los servicios profesionales que se presten directamente por un profesional liberal, sin mediar contratación de los mismos a través de una empresa" (II Informe, Boletín 446-03).

[30] La misma conclusión debería alcanzarse, según antes señaláramos, aun cuando dicha actividad se desarrollara por una sociedad mercantil que no desarrolle efectivamente actividades mercantiles.

proveedor, pero que no desarrollará una actividad comercial y que por lo tanto no dará lugar a un acto mixto[31].

VIII. Distintas clases de consumidores

La noción legal de consumidor tiene por objeto delimitar el ámbito de aplicación de la LPC, según se establece claramente en el Título 1º. Por ello, a continuación analizaremos las distintas clases de consumidores que pueden desprenderse de la ley. Dicha diferenciación es relevante al momento de determinar los derechos que corresponden a cada tipo de consumidor.

1. Consumidor jurídico y consumidor material

De la definición de consumidor resulta evidente que se ha incluido tanto al denominado consumidor jurídico –quien adquiere– como al consumidor material –quien utiliza o disfruta–. No se incluye expresamente a los que consumen, pero deben entenderse incluidos entre las alternativas de consumidor material.

Las dos condiciones pueden darse en una misma persona, pero también puede suceder lo contrario, esto es, que el consumidor material sea distinto del consumidor jurídico. Así ocurre, por ejemplo, con una madre que adquiere un alimento para sus hijos, o con una persona que adquiere un electrodoméstico para regalarlo. Ambos deben ser considerados consumidores, en concepto de la ley, pero cada uno de ellos tendrá y podrá ejercer distintos derechos legales. Al consumidor en sentido material

---

31 Se debatió intensamente sobre esta materia, en el Senado en la Sesión 37º del 6 de marzo de 1996, donde la amplia mayoría de los senadores, fundados en la jurisprudencia surgida de la aplicación de la Ley Nº 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 3º, 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".

corresponderán, entre otros, todos los derechos emanados de los daños que puede haber sufrido producto de la calidad defectuosa de un bien o servicio, estaremos en presencia de responsabilidad extracontractual. En cambio, todo lo relativo a las condiciones en que deben celebrarse los contratos de adhesión, y los derechos que de ello emanan para el consumidor, serán exigibles exclusivamente por el consumidor jurídico, por cuanto es él quien ha celebrado el contrato y por la tanto podrá exigir la responsabilidad contractual.

Nos parece que no puede servir de argumento para descalificar la noción de consumidor material, como autónoma de la de consumidor jurídico, el hecho de que la ley requiera la "onerosidad" en la adquisición, utilización o disfrute, por cuanto dicha onerosidad razonablemente sólo debe ser exigida para el ingreso del bien o servicio al ámbito privado del destinatario final, esto es, cuando el bien o servicio sale del mercado. Lo contrario significaría dejar fuera del ámbito de protección de la ley a todos aquellos que utilizan, disfrutan o consumen el bien o servicio que otro ha adquirido, aun cuando dichos "consumidores materiales" se encuentren dentro del ámbito familiar o doméstico del adquirente. No creemos que esa sea una interpretación acorde con los principios que la ley plasma en su texto.

2. CONSUMIDOR ABSTRACTO Y CONSUMIDOR CONCRETO

En el derecho de protección del consumidor comparado[32] se ha establecido la diferencia entre el consumidor en sentido abstracto y en sentido concreto. En el primer caso, se equipara al consumidor al ciudadano, y sirve para atribuirle derechos a los ciudadanos en general, en cuanto potenciales consumidores. Por ejemplo, es claro que no es necesario ser consumidor en sentido concreto, para ejercer los derechos a la seguridad en el consumo, la protección de la salud y el medio ambiente, la educación para el consumo, el derecho a la información. En todos estos casos rige la noción de consumidor en abstracto.

Por el contrario, para atribuir a los consumidores derechos que puedan ejercitar individualmente en su interés particular, se utiliza la noción concreta. Esta noción, a su vez, puede dividirse en dos:

---

[32] Alberto BERCOVITZ, supra nota 21, at. 25.

consumidor como cliente y como "consumidor final"[33]. Como hemos visto, sólo el consumidor final será el actor relevante en materia de los derechos individuales establecidos en la LPC.

De esta forma, podemos concluir que la noción de consumidor establecida en el artículo 1º no sirve para delimitar en todas sus partes la aplicación de la LPC, que hay derechos en ella establecidos, que ceden en beneficio de potenciales consumidores. Así también se debe aclarar que la noción de consumidor de la ley no resultará aplicable a otros textos legales que tratan además de las relaciones entre proveedores y consumidores y en los cuales se da otro contenido a la noción de consumidor. Por ejemplo, en materia de servicios públicos, donde el consumidor es generalmente el "usuario" o cliente.

IX. Las personas jurídicas como consumidores

La ley contempla expresamente la posibilidad de que una persona jurídica pueda tener la calidad de consumidor. Ello es posible por cuanto hay personas jurídicas que son destinatarias finales de bienes o servicios, y que no realizan una actividad mercantil, por lo que los actos que realizan son actos civiles y no mercantiles. Dichas personas jurídicas se encuentran en una situación similar a las personas naturales, como consumidores en sentido jurídico, que adquieren los bienes para su consumo personal, familiar o doméstico.

En el caso de las personas jurídicas, nos parece que los consumidores en sentido material serán las personas naturales que se encuentran vinculadas a la persona jurídica, y que reciben de aquellas, en una relación jurídica ajena al mercado, los bienes o servicios que ha adquirido. En estos casos, dichas personas naturales podrán ejercer los derechos derivados de la calidad de consumidor material, pero no jurídicos, por cuanto esa calidad se radica en el adquirente, la persona jurídica.

Respecto de qué personas jurídicas son las que pueden tener la calidad de consumidores, creemos que debe tratarse de personas jurídicas ajenas a toda actividad empresarial o comercial y que transfieran o permitan el uso a título gratuito al consumidor mate-

[33] Alberto BERCOVITZ, supra nota 21, at. 25.

rial de los bienes o servicios adquiridos, de la misma forma que lo hace una persona natural dentro del ámbito familiar o doméstico.

En consecuencia, excluimos a todas aquellas personas jurídicas que ejerzan actividades empresariales, por cuanto no tienen la calidad de destinatarios finales, y a aquellas que ejerzan actividades mercantiles, las cuales además de ser empresarios darán lugar a actos mercantiles, lo que impedirá su calificación como actos mixtos. Esta distinción entre actividad empresarial y actividad comercial nos parece pertinente por cuanto existirán casos, como el de una sociedad de profesionales, en que claramente nos encontraremos frente a una actividad empresarial, esto es, que no adquiere bienes o servicios como destinatario final, pero no frente a una actividad comercial. Dicha sociedad no podrá ser considerada consumidor. Así, caemos necesariamente en el ámbito de las personas jurídicas sin fines de lucro, pero en un sentido muy estricto, es decir, sólo aquellas que distribuyen bienes o servicios a sus asociados o personas vinculadas, en relaciones jurídicas ajenas al mercado, en forma completamente gratuita. Por ejemplo, en los casos de corporaciones o fundaciones que distribuyen bienes o servicios gratuitamente a las personas naturales miembros, vinculadas o beneficiarias de sus actividades.

X. Exclusiones: inaplicabilidad de la ley a actividades reguladas por leyes especiales

El inciso 3º del artículo 2º de la LPC señala 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 impone una tarea compleja al intérprete; primero, establecer si existe una ley especial que rija al acto jurídico de consumo respectivo, y segundo, si la materia sobre la cual versa el conflicto jurídico entre proveedor y consumidor, con respecto a dicho acto, se encuentra o no contemplada en dicha ley especial. Aunque parezcamos reiterativos, se debe señalar que dichas leyes especiales, para que sean relevantes para la LPC, deben regular el ejercicio de actividades mercantiles, por lo que, por ejemplo, una ley de bosques o minera no tendrá ninguna aplicación en este tema.

Con respecto a lo primero, esto es, la necesidad de establecer las actividades económicas "reguladas por leyes especiales" y que a su vez pueden ser consideradas actividades comerciales, debemos considerar que existen muchas de dichas actividades, entre ellas la intermediación de valores, de seguros, de suministros de servicios públicos, de transportes, bancarias, que se encuentran reguladas por tales leyes, las cuales en muchos casos otorgan competencia especial a ciertas instituciones o autoridades para regularlas y fiscalizarlas. En estos casos, cuando el legislador ha establecido un determinado ordenamiento jurídico especial, adaptado a las especiales características y necesidades de una actividad económica, entregando, en muchos casos, facultades normativas a determinadas autoridades regulatorias y fiscalizadoras, no resulta fácil entender la conveniencia de incluir subsidiariamente la aplicación de las normas de la LPC.

Al menos divisamos en ese aspecto dos problemas, los cuales ya fueron planteados en las discusiones de la ley en su proceso legislativo. El primero, los problemas de interpretación legal señalados por el senador señor Thayer, a propósito del principio de especialidad, puesto que, en ciertos casos, "... surge el problema de que no es tan fácil determinar la norma más especial o particular que otra. Porque puede que una ley general contenga una norma especial que se entienda que lo es más que las disposiciones de una ley específica acerca del tema. Y como esta es una legislación llamada, según lo entiendo, a ser aplicada constantemente por millones de personas, no a ser discutida en los tribunales en una casación en el fondo –y debe ser conocida y comprendida por el común de los consumidores, de los vendedores, de los comerciantes–, estimo que debemos ser particularmente cuidadosos en no dejar sombra de dudas a este respecto"[34]. Además, y muy relacionado con ello, se debe considerar que muchas materias no se encuentran normadas en la ley especial, por cuanto el legislador pudo haber considerado que ellas eran incompatibles con la actividad económica especialmente regulada, de modo que la aplicación subsidiaria de la LPC, sin considerar las especiales características y necesidades de dichas actividades, puede ge-

[34] Sesión 37ª del 6 de marzo de 1996, p. 4616.

nerar serios problemas al desarrollo normal de tales actividades[35]. De esta forma, las "lagunas normativas" de la ley especial pueden ser más aparentes que reales, si se hace una interpretación sistemática de la norma respectiva.

El segundo problema se refiriere a las facultades que se entregan al Servicio Nacional del Consumidor en materias que ya se encuentran sujetas a la regulación y fiscalización de autoridades especializadas. Es decir, este servicio estará dotado de un cúmulo de atribuciones en materias que difícilmente podrá manejar y en las cuales se encontrará con superposición de atribuciones respecto de autoridades especializadas en las respectivas actividades económicas.

Por último, respecto de algunos temas generales derivados de la excepción y contraexcepción contemplada en el artículo 2º de la LPC, debemos señalar que la excepción se plantea respecto de materias previstas en leyes especiales. ¿Pero qué sucederá cuando la materia se encuentre prevista o regulada en una norma de un rango inferior a la ley? De hecho, muchas de las autoridades contempladas en leyes especiales tienen facultades normativas y han hecho uso copiosamente de dichas prerrogativas.

El problema se producirá en casos de incompatibilidad entre materias reguladas específicamente en dichas normas reglamentarias y también, pero en una diferente forma, en la LPC. En dichos casos, siguiendo la norma de la LPC, debiera establecerse la primacía de la norma legal, aun cuando la reglamentaria sea más especial.[36] Este tema es muy complejo, y dará lugar a dudas de interpretación, por cuanto existen muchas materias que se encuentran en cierta medida reguladas en la legislación especial, pero dichas leyes no agotan o regulan en detalle todos los temas, sino que entregan su especificación a la autoridad administrativa. Una ley "reglamentadora", en muchos casos, es in-

---

35 En este sentido, la senadora señora Olga Feliú, quien se mostró claramente contraria a la aplicación subsidiaria de la LPC, por considerar que ello sería causa de inseguridad jurídica, planteó en la sesión Nº 36 de 5 de marzo de 1996, pp. 4548-9 que: "... se producirá una discusión jurídica para saber si se reglan o no se reglan, y si es o no es inconciliable. Ni siquiera se toca este último tema".

36 Podría argumentarse que una solución distinta debería producirse frente a los denominados "reglamentos de ejecución", esto es, en aquellos en que la potestad reglamentaria ejercita una autoridad expresamente prevista y mandada por la ley, pero la doctrina moderna ha reconocido que ellos se encuentran en un rango de inferioridad respecto de las leyes.

compatible con la normal evolución de toda actividad económica y con la técnica legislativa usualmente utilizada en dichas materias. Una aplicación absoluta e irrestricta del principio contemplado en la LPC, lo que nos parece altamente inconveniente, puesto que puede desconocer las necesidades especiales de ciertas actividades económicas, significará que todas aquellas autoridades administrativas, que actúan normativamente en dichas actividades, deberán, en aquellos casos no previstos en sus legislaciones, seguir en la dictación de todas sus normas administrativas las disposiciones contempladas en la LPC.

Ahora nos referiremos sucintamente, por cuanto la materia excede este trabajo, a las actividades reguladas por normas legales especiales y la aplicación subsidiaria de la LPC.

1. APLICACIÓN DE LA LEY A LA ACTIVIDAD DE LA CONSTRUCCIÓN

Como lo señaláramos anteriormente, las empresas de construcción de inmuebles por adherencia son actos de comercio, de acuerdo al artículo 3º Nº 20 del Código de Comercio, de modo que las ventas de inmuebles que dichos proveedores realizan a consumidores, en los términos de la ley, son actos mixtos que naturalmente debieran encontrarse regidos por la LPC. No sucede lo mismo con las ventas o cesiones de uso o goce de inmuebles que realizan las inmobiliarias, puesto que estas no realizan actos de comercio, y por lo tanto no se les aplicará la LPC, salvo en las dos situaciones excepcionales contempladas en el artículo 2º inciso 2º de la LPC.

Pero dado que la actividad de la construcción se encuentra regulada por una ley especial, la Ley General de Urbanismo y Construcción, la aplicación de la LPC será sólo subsidiaria.

En este caso se debe considerar especialmente el texto del artículo 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, que contempla normas muy amplias y que cubre variados casos de responsabilidad por defectos en la construcción. Sin embargo, se planteó, reiteradamente en las sesiones del Senado,[37] que lo relativo a las normas sobre publicidad engañosa, entre otras,

[37] Sesión Nº 36 y 37 de 5 y 6 de marzo de 1996, respectivamente.

era una materia que no se encontraba regulada en dicha normativa especial y que, por lo tanto, resultaba plenamente aplicable la normativa establecida en la LPC.

Como lo hemos señalado, nos parece inconveniente regular una misma actividad económica en dos leyes diferentes, las cuales plantean mecanismos de solución de controversias y soluciones muy diferentes para problemas basados en hechos similares o relacionados[38]. Sin embargo, dicha opinión, que en definitiva no prevaleció, no fue compartida por la mayoría de los senadores, que como el senador don Ricardo Hormazábal plantearon la conveniencia de la aplicación de la LPC sobre la actividad de la construcción, por cuanto, en su opinión, ello serviría para hacer más eficaz y fácil el acceso a la justicia de los sectores más desprotegidos de la población, en casos de problemas suscitados a raíz de la adquisición de una vivienda, por cuanto dichas materias serían conocidas por los Jueces de Policía Local, en procedimientos más expeditos, y podrían contar con la intervención del SERNAC[39]. Otros, por el contrario, como el senador don Francisco Prat, se mostraron partidarios de la idea contraria, esto es, que la ley debía entrar a regir en aquellos actos de consumo masivo, que tienen como naturaleza propia la simplicidad y que de esta forma pueden ser resueltos en forma simple por los juzgados de policía local, y no problemas complejos que son materias del Derecho Civil o de otras legislaciones específicas[40].

2. APLICACIÓN DE LA LEY A LA ACTIVIDAD BANCARIA

En los términos del artículo 3 Nº 11 del Código de Comercio las operaciones de banco se entienden actos de comercio para el banco, y con respecto al cliente o consumidor, en los términos de la LPC, se aplicará la teoría de lo accesorio[41]. Es decir, la

---

38 Además se debe considerar que en materia de construcción también rige la legislación común, artículos 1996 y siguientes del Código Civil.

39 Sesión Nº 37 de 6 de marzo de 1996, pp. 4617-8.

40 Sesión Nº 37 de 6 de marzo de 1996, pp. 4619-20.

41 Hay cierta jurisprudencia que señala que en el caso de un contrato de cuenta corriente bancaria, el contrato necesariamente, por ser un acto mercantil, debe tener dicho carácter respecto de ambos contratantes, esto es, el banco y el titular de la cuenta corriente. C. Suprema, 5 enero 1965. R., t. 62, sec. 1ª, p. 1. No compartimos esa jurisprudencia, porque estimamos que no estamos en presencia de un acto formal de comercio.

ley en principio debiera aplicarse cuando estamos en presencia de un banco y un consumidor, por tratarse de un acto mixto entre un proveedor y un consumidor.

No obstante lo anterior, resulta claro que la actividad bancaria se encuentra regulada por leyes especiales (la Ley Orgánica Constitucional Nº 18.840, relativa al Banco Central de Chile, la Ley General de Bancos, la Ley Orgánica del Banco del Estado de Chile). Pero ello no excluye directamente la aplicación de la LPC, por cuanto lo exigido para tal exclusión es que las materias en cuestión no se encuentren previstas en dicha legislación especial.

Así, el intérprete deberá establecer qué materias no se encuentran previstas en dichas leyes como punto de partida para intentar la aplicación subsidiaria de la LPC. En algunos casos, como las organizaciones de consumidores, ello resultará fácil. En otros, como el crédito al consumidor, especialmente complejo.

Hay operaciones bancarias, como la cuenta corriente bancaria y el cheque, que se encuentran extensamente reguladas en leyes especiales[42], u otras, como las operaciones hipotecarias con letras de crédito, que se encuentran detalladamente normadas en la propia Ley General de Bancos[43], donde la posibilidad de aplicación de la LPC se hace muy baja. En cambio en otras materias, como las operaciones sobre tarjetas de crédito y cajeros automáticos, cuentas de ahorro y créditos de consumo, que no se encuentran especialmente reguladas en la legislación especial, pudiera aplicarse subsidiariamente la LPC. De hecho, esto es lo que ha señalado la propia autoridad fiscalizadora[44].

En todo caso, y como elemento de interpretación, se debe considerar que la Ley Nº 19.528 (D.O. de 4 de noviembre de 1997) que introdujo importantes modificaciones a la Ley General de Bancos, a otros cuerpos legales, y a la Ley Nº 18.010 "Sobre operaciones de crédito de dinero", introdujo en el artículo 6º de esta última ley un nuevo inciso que señala: "Será aplicable a las operaciones de crédito de dinero que realicen los bancos, lo

---

42 D.F.L. Nº 707 de 7 de octubre de 1982, "Ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques".

43 Título XIII, artículos 91 y siguientes de la ley.

44 Declaración del señor Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras, publicada en el diario *Estrategia* de fecha 15 de mayo de 1997, en que señaló que "a pesar de que los bancos se rigen por una ley especial, en el caso de los contratos aludidos [contratos de las tarjetas de crédito y de Redbanc, entre otros] no existe hasta ahora legislación particular sobre la materia"

dispuesto en el inciso primero del artículo 17[45] de la Ley Nº 19.496 y la obligación de información que contempla la letra c) del artículo 37[46] de la misma ley citada, debiendo identificarse el servicio que la origina". Pues bien, frente a esta nueva norma surgen varias interrogantes, ¿por qué el legislador debió decir que a las operaciones de crédito de dinero realizadas por los bancos se aplicaban ciertas normas de la LPC, si dichas operaciones, como hemos señalado, no se encuentran generalmente previstas en la legislación especial que regula la actividad bancaria?, ¿significa esto entonces que a la actividad bancaria sólo en casos muy excepcionales, como cuando lo establece expresamente el legislador, le será aplicable la LPC? o ¿la norma todavía puede ser interpretada de forma de hacer compatibles las opiniones de la propia autoridad bancaria, esto es, que la LPC se aplica salvo regulación legal de la materia particular, con el texto del nuevo inciso agregado al artículo 6º de la Ley Nº 18.010? Una solución interpretativa, para permitir dicha compatibilidad, es sostener que los bancos celebran distintas clases de operaciones de crédito de dinero con los consumidores, algunas de ellas, como las operaciones hipotecarias, expresamente previstas y reguladas en la ley, y otras, como los créditos de consumo o con tarjetas de créditos, no reguladas legalmente, por lo que, a partir de la modificación legal introducida en la Ley Nº 18.010, a todas dichas operaciones de crédito de dinero les serán aplicables, al menos, el inciso primero del artículo 17 y la letra c) del artículo 37 de la LPC.

Todas las situaciones planteadas hacen evidentes los enormes problemas de interpretación que pueden plantearse respecto de la aplicación de la LPC a la actividad bancaria, lo cual pone de manifiesto la ineficiencia de esta doble competencia legislativa y de autoridades, en especial en esta actividad que resulta tan importante para el desarrollo de la economía nacional, que se encuentra tan fuertemente regulada y fiscalizada y que presenta

---

[45] Dicho inciso señala: "Los contratos de adhesión relativos a 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".

[46] Dicha disposición señala: "En toda operación de consumo en que se conceda crédito directo al consumidor, el proveedor deberá poner a disposición de este la siguiente información: ... c) El monto de cualquier pago adicional que fuere procedente cobrar".

características particulares que en muchos casos pueden no ser compatibles con las normas plasmadas en la LPC.

3. APLICACIÓN DE LA LEY A LA ACTIVIDAD DE SUMINISTRO DE SERVICIOS PÚBLICOS

Como elemento general debemos señalar que, en opinión de la doctrina, las empresas de suministro, contempladas como acto de comercio en el numeral 7º del artículo 3º del Código de Comercio, son aquellas cuyo objeto "es prestar servicios mediante una remuneración determinada; servicios que por lo general interesan a toda la colectividad y ordinariamente están organizados como servicios públicos o, por lo menos, bajo control del Estado, como por ejemplo las empresas de agua potable, luz eléctrica, teléfonos[47], gas, etc."[48].

Por lo tanto, los actos jurídicos celebrados por dichas empresas, podrán encontrarse dentro del ámbito de aplicación de la ley cuando sean celebrados con consumidores, en los términos definidos en la LPC. En este sentido, como antes señalamos, no debe confundirse la noción de consumidor que utiliza la LPC con la de usuario, suscriptor o cliente que se utiliza generalmente en las leyes que regulan los servicios públicos. Puesto que, en muchos casos, el usuario podrá no ser un consumidor, por no ser el destinatario final de los servicios utilizados.

Otro tema que se debe considerar, para determinar la aplicación de la LPC al suministro de servicios públicos, es que generalmente la legislación que regula tales servicios, al igual que sucede, según hemos señalado, con la actividad bancaria, sólo se refiere a ciertos aspectos de la relación entre la empresa y los usuarios, y deja entregados otros aspectos a la potestad reglamentaria de la autoridad encargada del respectivo sector. Por

---

47 No compartimos la decisión de la C. de Santiago, 14 junio 1899, *R.* t. I, Nº 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 emitido antes, 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. Las empresas de servicios públicos son simplemente empresas de suministro.

48 Ricardo Sandoval, supra nota 6, at. 98.

ello, resultarán aplicables en esta materia todos los conflictos de interpretación y de restricciones a la autoridad normativa y fiscalizadora que en dicho caso explicamos. Entre los aspectos más relevantes que siempre están contemplados en las leyes que regulan estas actividades, está la obligatoriedad de prestación de servicio dentro del ámbito de la respectiva concesión, y en las condiciones que esta establezca.

En particular, con respecto a los servicios de telefonía, ellos se encuentran regulados en un conjunto de leyes especiales (la Ley General de Telecomunicaciones Nº 18.168 de 2 de octubre de 1982, modificada por las leyes Nºs. 19.227, 19.302, 19.312 y 19.330[49]), rige también, en esta materia, el Reglamento de Telecomunicaciones, D.S. Nº 119/84 (SUBTEL), y en materia telefónica el Reglamento respectivo, D.S. Nº 425 MTT de 27 de diciembre de 1996 (D.O. 9 de agosto de 1997). La autoridad encargada de controlar y supervisar el funcionamiento de los servicios públicos de telecomunicaciones y la protección de los derechos de los usuarios es el Ministerio del ramo[50].

En todo caso, y como lo señala el profesor Aimone, dado que las facultades ministeriales son "sin perjuicio de las acciones judiciales y administrativas a que estos (los usuarios) tengan derecho", "se abre un vasto campo de aplicación, en este ámbito, de la ley (LPC) que examinamos"[51].

Algunas importantes materias reguladas en el Reglamento Telefónico (RT), respecto de los consumidores, son las siguientes: la obligatoriedad de prestación de servicio dentro de su zona de servicio o área de atención obligatoria[52]; no se puede condicionar la contratación del servicio público telefónico a la contratación de la instalación telefónica interior o del equipo telefónico[53]; el deber de ofrecer facilidades al suscriptor que le permitan la instalación de un medidor del consumo realizado[54]; el deber de indemnizar al suscriptor por las interrupciones de servicio[55]; las causales

---

49 La Ley Nº 18.168, en su art. 1º señala que: "se entiende por telecomunicaciones toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos e informaciones de cualquier naturaleza, por línea física, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas de electromagnéticos".

50 Artículo 7 inciso 2º de la Ley Nº 18.168.

51 Enrique AIMONE, supra nota 1, at. 31.

52 Artículo 23 del RT.

53 Artículo 36 del RT.

54 Artículo 38 del RT.

55 Artículo 40 del RT.

y procedimientos de terminación unilateral del contrato por cualquiera de las partes[56]; la exigencia de emisión por parte de la empresa de la cuenta única telefónica[57]. La aplicación y control de este RT corresponde al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, a través de la SUBTEL, entidad, esta última, que además debe velar por la protección de los suscriptores y usuarios.

De esta forma, todo consumidor podrá recurrir, para la defensa de sus derechos, a lo establecido en la ley, en el RT, y en subsidio a la LPC. Ello, siempre que se considere que el RT, por sus particulares características jurídicas, puede ser equiparado al rango legal.

En relación al suministro de servicios sanitarios[58], dicha actividad económica se encuentra regulada por la Ley General de Servicios Sanitarios (D.F.L. Nº 382, de 30 de diciembre de 1988 y sus modificaciones), el D.F.L. Nº 70 "Ley de Tarifas", y su Reglamento (D.S. Nº 453), la Ley Nº 18.778, que establece ciertos subsidios, y la Ley Nº 18.902, que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios. La autoridad encargada de la aplicación de la ley es la Superintendencia de Servicios Sanitarios[59].

Algunas de las normas contempladas en la referida ley, de enorme importancia para el usuario, son: la obligatoriedad de servicio, dentro de los límites de la concesión y en las condiciones que esta establezca[60]; las obligaciones del prestador en relación a la calidad del servicio suministrado[61]; la seguridad en la continuidad y calidad de los servicios[62]. Con respecto a las tarifas, rige el principio de fijación tarifaria en la forma de precios máximos, debiendo incluirse cargos fijos periódicos y cargos variables por volumen consumido de agua potable y por volumen descargado de aguas servidas[63].

Al igual que en el caso de la provisión de servicios telefónicos, y lo que es común en materia de servicios públicos, existe una autoridad encargada de velar por la aplicación de la ley y la

---

56 Artículo 44 y 45 del RT.
57 Artículo 51 y 55 del RT.
58 De acuerdo al artículo 1º del D.F.L. Nº 382 los servicios sanitarios están constituidos por los servicios públicos destinados a producir y distribuir agua potable y a recolectar y disponer aguas servidas.
59 Artículo 2º del D.F.L. Nº 382.
60 Artículo 33 del D.F.L. Nº 382.
61 Artículo 34 del D.F.L. Nº 382.
62 Artículo 35 del D.F.L. Nº 382.
63 D.F.L. Nº 70 "Ley de Tarifas".

protección de los derechos de los usuarios (la Superintendencia de Servicios Sanitarios), por las facultades sancionatorias que se le han otorgado sobre los prestadores de servicios, lo que no impide que los consumidores, en subsidio de toda esa normativa, puedan recurrir, ante la existencia de verdaderas lagunas normativas, a la LPC.

XI. Conclusiones

Hemos pretendido realizar un análisis lo más exhaustivo posible de todas los actos jurídicos que se encuentran incluidos y excluidos de la aplicación de la ley. La conclusión a la que llegamos es que lamentablemente nos encontramos frente a una tarea muy difícil para el intérprete, ya sea por causa de la realidad, en la que las distintas situaciones que pueden presentarse, a veces parecen ser infinitas, y que por lo tanto deberán ser solucionadas, haciendo uso de todas las herramientas de interpretación legal, en especial de los principios rectores de la LPC, y de la jurisprudencia, existente en materia mercantil, relativa a actos de comercio, actos mixtos y aplicación de la teoría de lo accesorio.

En otros casos, las dificultades derivan de la técnica legislativa utilizada, en que se ha utilizado un criterio de aplicación subsidiaria, que puede haber estado fundado en muy buenas intenciones, pero que en la práctica se traduce en un alto grado de inseguridad jurídica, la cual en muchos casos perjudicará a aquellos a quienes se ha pretendido proteger. Ello, además, será causa de ineficiencias en las actividades económicas reguladas por leyes especiales, por cuanto hará incurrir en costos que en muchos casos no beneficiarán a los consumidores, y por lo tanto serán una pérdida social neta.

Ojalá nos equivoquemos, y la modalidad utilizada sirva en la mejor forma a los consumidores y proveedores, pero tendemos a pensar que nos encontramos frente a una legislación que, en lo relativo a su ámbito de aplicación, dará lugar a una enorme cantidad de conflictos de interpretación, donde la tarea que se entrega a los tribunales de justicia pudo verse notablemente ayudada por una mayor claridad y la renuncia a las ambigüedades legislativas.

LA NUEVA LEY ESPAÑOLA SOBRE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

RAMÓN DURÁN RIVACOBA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Oviedo

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de la presente intervención es hacer un comentario acerca de la Ley española de las condiciones generales de la contratación, de 14 de abril de 1998[1], entrada en vigor en el mes de mayo del mismo año, por lo que las razones de oportunidad son absolutas. El propósito de mi ponencia viene animado por el hecho de que la Ley chilena de protección de los consumidores constituye un conjunto de normas que se corresponden a otras de carácter variado promulgadas en los ordenamientos continentales europeos, pero, esta vez, como específicas leyes sectoriales sobre materias concretas[2]. En este sentido, cabe citar, para el caso español, entre otras, la Ley general de defensa de consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984, la Ley general de publicidad de 11 de noviembre de 1988, la Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles de 21 de noviembre de 1991, la Ley de 6 de julio de 1994 de responsabilidad civil por los daños causados por productos

---

1 Se citará en adelante como LCGC.

2 Por ejemplo, el Párrafo 4º de la Ley chilena Nº 19.496 de 1997 se corresponde, muy embrionariamente, con la Ley española de condiciones generales de la contratación que comento.

defectuosos, la Ley de crédito al consumo de 23 de marzo de 1995, etc.[3].

Según creo, la marcada *vis* emuladora que define la disciplina se puede mantener como tendencia, por lo que resulta posible imaginar que pronto las disposiciones ya consolidadas en España puedan transmitirse al Derecho chileno, de una u otra manera. Con ello aludo al cierto mimetismo uniformante que han manifestado los ordenamientos de las llamadas economías de mercado libre respecto a la protección de sus verdaderos protagonistas pasivos: los consumidores.

.1. DERECHO DEL CONSUMO Y SISTEMA ECONÓMICO

Sin embargo, el Derecho de los consumidores alberga, junto a muy positivos aspectos y significaciones, algunas sombras que considero de interés referir. A no dudar, su fín es loable, por cuanto comporta la defensa de las partes más débiles de las relaciones jurídicas entabladas con arreglo a las modernas condiciones del tráfico jurídico.

Ahora bien, de otro lado, ello significa llanamente reconocer y elevar al *status* jurídico dicha inferioridad jurídica. Resulta notorio que las normas protectoras son generosas, pero no lo es menos que ofrecen inevitables lagunas que instituyen la prevalencia de una de las partes sobre los destinatarios del tráfico jurídico. En otros términos, estas disposiciones traen consigo el negativo hecho de que las reglas generales del Derecho civil, que contemplan a los ciudadanos en cuanto tales, muchas veces se ven relegadas al olvido, ignorando acaso que sus recursos son mucho más poderosos de cuanto se juzga de ordinario.[4] Por

---

[3] Esto sin tener en cuenta diversas normas inferiores en su desarrollo, como la protección de consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamientos de viviendas (Real Decreto de 21 de abril de 1989), o el sistema arbitral de consumo (Real Decreto de 3 de mayo de 1993).

[4] Es lo cierto que la Sentencia de 18 de marzo de 1995 sostiene que "dicha Ley especial <de consumidores y usuarios> no es exclusiva ni acaparadora en la defensa de los derechos de usuarios y consumidores y así la primacía de los preceptos sustantivos se mantiene y ha de ser declarada, pues su artículo 7 para nada lo impide. Al contrario, bajo su proyección normativa expresamente se remite a la aplicabilidad 'además' de las normas civiles y mercantiles, con lo cual estas no vienen a quedar ni relegadas ni suplantadas y así se expresa la doctrina jurisprudencial de esta Sala que contienen las Sentencias de 17 junio y 22 julio 1994".
Con todo, tal declaración de principios corre serio riesgo de diluirse al modo de vaguedades ante los efectos ejemplificantes que tienen las reglas jurídicas. Sin duda

eso pienso que las fórmulas protectoras del ordenamiento común no deberían caer en el vacío. Un claro ejemplo, como he tenido reciente ocasión de manifestar, se produce con el pacto comisorio en garantía[5].

Personalmente prefiero los sistemas generales de protección, ya clásicos en el sistema español, y uno de cuyos ejemplos más característicos constituye la Ley de represión de la usura, también denominada Ley Azcárate como tributo a su impulsor, de 23 de julio de 1908. En este sentido, me parece mejor esta técnica que la presidida por el llamado Derecho de los consumidores, que constituye una parcelación jurídica, pero ahora dirigida respecto de los sujetos pasivos de las relaciones específicas contempladas. Es decir, así como la *lex mercatoria* surgió como un concreto estatuto de los agentes de un determinado sector del tráfico jurídico, y en atención a las circunstancias obrantes en el caso, ahora se intenta sobre sus destinatarios. Con ello, cobra peligro real que los ciudadanos sean convertidos en consumidores a los efectos de su protección, máxime cuando los sistemas procesales ideados en su beneficio propiamente se asientan sobre las entidades mediáticas.

En efecto, uno de las más claras notas que define al Derecho del consumo resulta de la prevalencia procesal de las asociaciones de consumidores y usuarios, y otros colectivos que integran sus intereses. No me parece mal, mientras tampoco redunde como perjuicio en la libertad de acción de los individuos, lo que por desgracia parece suceder. Incluso cabe advertir este pernicioso fenómeno en los casos en que la propia Ley de condiciones generales reconoce a determinados sujetos, y en concretas hipótesis, los cauces establecidos en el Código civil para la protección ante las cláusulas impuestas habitualmente, y, en especial, respecto de las abusivas. El artículo 9.1 *in fine* LCGC permite que "la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual". Por el contrario, para las entidades mediáticas se diseña un régimen mucho más generoso en la materia, con arreglo al Capítulo IV –acciones colectivas de cesación, retracta-

---

las disposiciones especiales tienen el atributo de hacer olvidar las generales, como si de facto no concurriesen. La práctica en este punto me parece altamente ilustrativa.

5 Durán Rivacoba, *La propiedad en garantía*, Pamplona, 1998.

ción y declarativa de condiciones generales– de la misma Ley de condiciones generales de la contratación, que ocupa nueve largos preceptos, entre los cuales el artículo 16 LCGC confía en agentes colectivos la legitimación. En concreto, a favor de:

"1. Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros.

2. Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

3. Las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.

4. El Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.

5. Los colegios profesionales legalmente constituidos.

6. El Ministerio Fiscal"[6].

Una simple comparación frente a las exiguas expresiones del artículo 9 LCGC antes transcritas basta para colegir los oportunos corolarios. Luego los procedimientos propios descritos en la Ley que comento se confían casi por entero a los entes mediáticos de representación de los consumidores y usuarios. Una especie de asociación de talante casi coactivo y, a mi juicio, impropio del asunto, que debe responder mejor a la plena libertad de los intervinientes. Ello se agrava cuando el artículo 18 LCGC permite a estas entidades intervenir mediante personación en los procesos promovidos por otra cualquiera parte legitimada, lo que no da lugar a retrotraer las actuaciones, pero le concede autonomía en la defensa de sus intereses (cfr. art. 18.2 LCGC).

Ahora bien, debe admitirse que desde la contemplación constitucional de la defensa de los consumidores, esta se confía

[6] Acaso la cita del fiscal entre los facultados permitirá que los sujetos particulares adquieran un adecuado cauce no asociativo, pues entiendo que podrá operar de oficio y a instancia de parte, pero, de todas las formas, me parece muy escaso su efecto.

sobre todo a las asociaciones. El artículo 51 de la Constitución española, en su segundo número, ya establecía el fomento de tales organismos privados, que se desarrolla en el Real Decreto de 22 de junio de 1985 acerca del derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones[7]. El hecho se ha manifestado en las escasas sentencias de carácter individual que se han dictado.

Uno de los capítulos más interesantes que depara el denominado Derecho de los consumidores resulta de su implicación en la estructura económica en vigor. El artículo 1 de la Ley general de defensa de consumidores y usuarios implica este nuevo sector del ordenamiento en las coordenadas del sistema económico descrito en la Constitución. En este sentido, el marco previsto por un "Estado social y democrático de Derecho" que define la Constitución para España (art. 1) abrigaba múltiples esperanzas de reformas estructurales, auspiciadas asimismo por el artículo 38 del propio texto, que reconoce un sistema económico de mercado "de acuerdo con las exigencias de la economía general, y, en su caso, de la planificación". Nada confirmó las expectativas, pues, ni siquiera bajo el influjo de prolongados mandatos socialistas en España, se ha movido un ápice, sino en la línea de la consagración de un sistema capitalista puro. Acaso tenga que ver con ello el rotundo fracaso en Europa de la experiencia del socialismo real, que ha dejado, por derrumbe, abiertas la puertas al liberalismo económico y social. El dato no deja de ser significativo, por cuanto el origen y el desarrollo de los derechos de los consumidores responden a sociedades avanzadas en lo político y económico, y de corte capitalista. Su origen incluso está ligado a los Estados Unidos de América y ha sufrido un avance más que apreciable con las experiencias del mercado único europeo.

Así es, el artículo 7 del Tratado de la Comunidad Europea fija uno de sus fines en la defensa de los consumidores y usuarios. A mercado único y libre corresponde una mayor valoración de las limitaciones de sus efectos sobre los particulares destinatarios, aunque yo dudaría de su benéfico resultado. Este régimen

---

[7] La Ley general de defensa de los consumidores y usuarios está plagada de normas que adveran mis afirmaciones, otorgando a los colectivos de representación –constantemente mencionados en la Ley (Cps. II, IV, V, VI, etc.), como vehículos jurídicos de los intereses (derechos a la información, derecho a la educación y formación, derecho de representación, consulta y participación...)– un protagonismo casi exclusivo.

económico unitario impulsado en Maastricht precisa de su legitimación en cuanto a los consumidores. Una buena prueba se constata en la muy prolífica obra legislativa por medio de Directivas[8], que han hecho avanzar este sector del ordenamiento en los países miembros. Con ello, se ha logrado tanto la uniformización de sus diversos sistemas, como la efectiva puesta en práctica del espíritu europeo, aunque, por ahora, tristemente, sea definido en sus vertientes económicas y no en las institucionales o políticas. Puede decirse, sin temor a equivocarse, que las normas europeas avanzaron la legislación de cada miembro y sirvieron de catalizador para su desarrollo.

En España, la convulsa situación pública que provocó el famoso escándalo de la colza[9] facilitó un verdadero impulso a la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios[10], realmente preocupada por las condiciones sanitarias de los productos alimenticios. La disposición conseguiría un alcance indiscriminado en el Derecho español, en el que instaura como principio general informador del ordenamiento el de defensa de los consumidores y usuarios, también denominado *pro consumitore*. Criterio que logra progresivas expansiones y late detrás de no pocas reglas. Así, por ejemplo, las normas de interpretación relativas exclusivamente a las condiciones generales reflejan su vigencia:

"1. Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las específicamente previstas para el contrato concreto, prevalecerán estas sobre aquéllas, salvo que las condiciones gene-

---

8 Las últimas Directivas, por el momento, son de 16 de febrero de 1998. Una que modifica la precedente 87/102/CEE, de 20 de diciembre de 1986, sobre aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo; y la Directiva 98/67CE del Parlamento Europeo y del Consejo concerniente a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores. Pueden citarse otras de gran interés: las Directivas 84/450, de 10 de septiembre de 1984, sobre aproximación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa; 85/374, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos; y 85/577, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

9 Se trató de un envenenamiento masivo a principios de la década de los ochenta por la ingesta de aceite desnaturalizado de colza para el consumo humano. Al menos esa es la opinión más autorizada, sin que falten otras hipótesis no del todo descartables, como los pesticidas, etc. El asunto ha perdurado hasta fechas recientes por el reconocimiento judicial de las indemnizaciones.

10 En adelante se citará por las iniciales: LGDCU.

rales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares.

2. Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente" (art. 6 LCGC).

2. PROBLEMA DE LA COMPETENCIA LEGISLATIVA

Además, las Comunidades Autónomas –regiones de autogobierno más o menos limitado, según el concreto supuesto–, en que se articula el Estado español, han tenido una especial actividad en este orden de materias[11]. En efecto, la cercanía que permiten respecto del administrado no les han hecho insensibles a una disciplina tan inmediata como ésta en el capítulo del Estado del bienestar. Ello ha provocado algunos conflictos de competencias resueltos por el Tribunal Constitucional[12]. Lo cierto es que casi todos los Estatutos de Autonomía, por los que se rigen los citados entes territoriales, contemplan la defensa de los consumidores entre sus competencias características y exclusivas. Por eso, la Ley de condiciones generales establece, dentro de su disposición final primera, que sus normas están dictadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1 6º y 8º de la Constitución, en cuanto materias

---

[11] Entre otras, cabe citar las Leyes de 18 de noviembre de 1981, del estatuto del consumidor (modificado por Ley de 13 de junio de 1985); de 19 de mayo de 1983, de ordenación de la actividad comercial; y de 9 de septiembre de 1986, sobre publicidad engañosa del País Vasco. Las Leyes de 18 de febrero de 1983, de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales; de 9 de julio de 1987, del Instituto catalán del consumo; de 8 de enero de 1990, sobre disciplina del mercado y defensa de los consumidores y usuarios; y de 5 de marzo de 1993, del estatuto del consumidor de Cataluña. Leyes de 28 de diciembre de 1984, del estatuto gallego del consumidor y usuario; de 20 de julio de 1988, de ordenación del comercio interior de Galicia; y de 30 de diciembre de 1994, de creación del Instituto gallego de consumo. Leyes de 8 de julio de 1985, de estatuto de los consumidores y usuarios de Andalucía; y de 25 de noviembre de 1988, del comercio ambulante de Andalucía. Leyes de 29 de diciembre de 1986, de ordenación del comercio y superficies comerciales; y de 9 de abril de 1987, del estatuto de consumidores y usuarios de la Comunidad Valenciana. Leyes de 5 de octubre de 1989, de ordenación de la actividad comercial en Aragón; y de 30 de octubre de 1997, del estatuto del consumidor y usuario de Aragón. Ley de 9 de marzo de 1995, del estatuto del consumidor de Castilla-La Mancha. Ley de 14 de junio de 1996, del estatuto de consumidores y usuarios de la Región de Murcia.

[12] Como los planteados por la Generalitat de Cataluña y el Gobierno Vasco, fallados en las Sentencias de 19 de septiembre de 1996 y 24 de noviembre de 1994; además del recurso interpuesto por cincuenta Parlamentarios del Partido Popular y el Gobierno de la Nación (acumulados) contra la Ley del Parlamento catalán de comercio interior, que dio lugar a la Sentencia de 30 de septiembre de 1993.

reservadas al único poder normativo del Estado central; advertencia que, no por obvia, pues el legislador estatal ha producido la Ley, dejará de ser controvertida. Luego no resulta de ningún modo inconveniente advertir que nos adentramos en el campo de lo que ha venido a definirse como lo políticamente correcto; y una temática de la sensibilidad social que comporta esta constituye un reclamo para las disputas acerca de las competencias.

Esta coyuntura ofrece, por otra parte, un paradigma de la quiebra del Estado como depositario exclusivo de la soberanía. Resulta evidente que la mejor expresión del poder político es la competencia para dictar normas de obligado cumplimiento a los súbditos. Los entes territoriales manifiestan sobre todo en la legislación las líneas maestras de su política y estas disposiciones se hacen cumplir por los tribunales. No hay mejor prueba de la crisis de la estructura estatal nacida en el Renacimiento que la parcelación de dicho atributo. En el caso español, de un lado, el ingreso en la Comunidad Europea trae consigo crecientes cesiones de soberanía, y, por otro, la distribución interna del poder compartido ahora con otras entidades territoriales, lleva curso de reducir al Estado a su mínima expresión. Se comprenderá que las resistencias opuestas por la simple inercia histórica son denodadas, pero los nuevos tiempos mandan. Estos choques entre las atribuciones comunitarias, estatales y autonómicas son una constante tratándose de la defensa de los consumidores, aun cuando, a la larga, obedece al único punto de conexión que comparten: el sistema económico prácticamente universalizado[13].

II. La Directiva Europea 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas

1. El antiguo artículo 10 LGDCU

Refiriéndome ya más en concreto al problema que nos ocupa, he de señalar que las condiciones generales de la contratación

[13] Precisamente por ello considero que la competencia del Estado frente a las Comunidades Autónomas resulta en este punto irreprochable, tanto desde la perspectiva del sistema económico, como de las llamadas *"bases de las obligaciones contractuales"* (art. 149.1.8º Constitución española), que apuntan de lleno a las funciones exclusivas de aquel, aunque no respecto a la Comunidad Europea, que recupera en este campo todo su actual sentido.

eran tímidamente observadas por la Ley general de defensa de consumidores y usuarios. La práctica comercial generalizada trajo consigo la pronta superación de un escudo tan tenue para los consumidores. Su remedio pasaba por establecer un sistema completo de protección frente a un fenómeno muy en alza.

Por aquella época, como sostiene la Sentencia de 28 de noviembre de 1997[14], estaba en vigor el antiguo artículo 10 LGDCU: "la cláusula de sumisión obrante en el contrato de autos se halla dentro del concepto de condición general de la propia Ley en el artículo 10.2: a los efectos de esta Ley, se entiende por cláusulas, condiciones y estipulaciones de carácter general (que el artículo 10.1 impone los requisitos), el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquella o estas celebren y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario (como es la compradora, como destinataria final del producto, como dispone el artículo 1.2), siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate. Asimismo, el artículo 10.1, c) exige buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones y excluye las cláusulas abusivas en el número 3.º de este apartado y entiende por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios; se estima que la cláusula de sumisión, en el presente caso, es abusiva, porque implica un desequilibrio de derechos y obligaciones y un perjuicio desproporcionado y no equitativo a la parte compradora, el hecho de tener que litigar lejos de su domicilio con todo lo que conlleva, mientras que la empresa demandante tiene otro potencial económico. Y así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala: Sentencias de 23 julio 1993, 20 julio 1994, 12 julio 1996, 14 septiembre 1996, 8 noviembre 1996, 30 noviembre 1996 y 5 julio 1997".

---

[14] Cfr., igualmente, además de la jurisprudencia que cita ella misma, las Sentencias de 20 de febrero de 1998, 11 de octubre, 5 de julio, 12 de mayo y 1 de febrero de 1997 y 30, 25 y 8 de noviembre y 12 de julio, 23 y 14 de septiembre de 1996, 20 de julio de 1994 y 23 de julio de 1993.
Salvo que se diga otra cosa, las sentencias que incluyo responden a la Sala 1ª del Tribunal Supremo español.

Ahora bien, la insuficiencia del anterior sistema se deriva de la simple comparación entre los contenidos del artículo 10 de la Ley general de defensa de consumidores y usuarios antes y después de su reforma por la Ley de las condiciones generales, cuya disposición adicional primera número 2 contiene la nueva versión:

"Dos. El artículo 10 queda redactado en los siguientes términos:

'Artículo 10.

1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones Públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresa en el documento contractual.
b) Entrega, salvo renuncia expresa del interesado, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado.
c) Justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

2. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor.

3. Si las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, conforme a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, quedarán también sometidas a las prescripciones de esta.

4. Los convenios arbitrales establecidos en la contratación a que se refiere este artículo serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos. La negativa del consumidor o usuario a someterse a un sistema arbitral distinto del previsto en el artículo

31 de esta Ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal.

5. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos, estarán sometidas a la aprobación y control de las Administraciones Públicas competentes, cuando así se disponga como requisito de validez y con independencia de la consulta prevista en el artículo 22 de esta Ley. Todo ello sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales de esta Ley.

6. Los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales.

Los Notarios, los Corredores de Comercio y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores en los asuntos propios de su especialidad y competencia'."

Se añade también un nuevo artículo 10 bis con la siguiente redacción:

"Artículo 10 bis.

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato.

El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato

y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.

2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el Artículo 1258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.

3. Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables, cualquiera que sea la Ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, en los términos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales".

Luego las deficiencias del antiguo esquema legislativo sobre condiciones generales de la contratación saltaban ya por entonces a la vista, máxime cuando no resistía dignamente una comparación con la Directiva de 1993. Por eso se planteaban las dudas que ahora expongo sobre su aplicación.

2. La Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores de 1993 y su aplicación antes de la respectiva Ley española

En el año 1993 tuvo lugar un nuevo hito en la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas. El hecho supuso la completa superación del sistema vigente desde 1984 en el Derecho español.

La Directiva de que vengo hablando tuvo que optar por uno de los dos sistemas de amparo contra las cláusulas contractuales generales y abusivas presentes en Europa. Uno es amplio, y de-

fiende a todo destinatario contra las condiciones generales de la contratación, teniendo especiales preceptos relativos a las abusivas, encarnado por el ordenamiento alemán; mientras en el otro polo se sitúa el Derecho francés, que ofrece su abrigo sólo a los consumidores y frente a las condiciones abusivas. El resultado final de la Directiva se aproxima mucho a este último, pues protege a los consumidores contra las cláusulas no negociadas individualmente, sean generales o no, pero en todo caso abusivas (cfr. art. 1). Ahora bien, dentro de los consumidores incluye a los profesionales que actúen fuera de su ámbito común de actividad. Entre los habituales del ramo de que se trate se considera la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 14 de marzo de 1991, a cuyo tenor quienes pertenecen al sector del tráfico tomado en consideración y se lucran en él se presuponen suficientemente protegidos por el conocimiento de su entorno, en el que permanecen vigentes, como es natural, las cautelas ordinarias descritas en el ordenamiento de cada país.

Esta Directiva expresaba la necesidad de ser transpuesta en los ordenamientos internos de los países miembros en el período anterior al fin de 1994. La transposición es el sistema ideado para que cada componente de la Comunidad Europea haga suyos los principios y normas recogidos en las Directivas. Con arreglo al artículo 189 del Tratado de la Comunidad Europea, resulta el mecanismo jurídico previsto para que las leyes nacionales incorporen las disposiciones comunitarias.

No se trata de una mera copia o traducción y constituye una tarea de fines, no de medios, existiendo una cierta posibilidad de arbitrio, mientras las exigencias de las reglas comunes se trasladen efectivamente. Como consecuencia, en el caso español se debatió por extenso el hecho de que promulgar una ley sobre la cuestión más exigente que los dictados comunitarios hacía de peor especie a los empresarios españoles que a los europeos. Ahora bien, tampoco es menos cierto que la mejor condición de los consumidores se ajustaba más certeramente a la naturaleza tuitiva de sus intereses que persigue la disciplina. En otros términos, mientras esto resulta posible, no parece de la misma manera con su contrario. Todo depende del punto de mira con que se observen los fenómenos.

Como, por desgracia, viene sucediendo, España retrasó excesivamente su obligación, cuyo término se cumplía en enero de 1995. El Derecho español no logró cubrir la laguna sino hasta el

mes de mayo de 1998, teniendo en cuenta que la Ley de condiciones generales de contratación alcanzó su vigencia por entonces, gracias al período de *vacatio legis* ordinario que inopinadamente se impuso a la norma[15].

Por tanto el problema suscitado no era otro que aclarar la vigencia de la disposición comunitaria sobre la materia, *interim* la Ley del Estado se aprobara. El debate de ningún modo resulta inútil a los presentes efectos prácticos, primero porque muchos de los pleitos en marcha se rigen por las normas vigentes al tiempo de constituirse la relación jurídica entablada por entonces; y, segundo, porque las tendencias apuntadas en orden a la imprevisión del legislador interno a la hora de cumplir los plazos previstos para trasponer las Directivas comunitarias de seguro que dará nuevos casos de aplicación de las presentes pautas.

No creo de interés hacer aquí un *excursus* completo sobre la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas acerca de la eficacia de las Directivas no transpuestas a los ordenamientos de los países miembros y su formulación en los llamados efectos vertical y horizontal[16], según afecte respectivamente a las relaciones entre los Estados y sus ciudadanos o bien entre particulares. Sin embargo, deseo hacer una reseña de las múltiples decisiones del Tribunal Supremo español que ha provocado el caso que aquí se analiza, esto es, la eficacia de la Directiva Europea sobre las condiciones generales de la contratación antes de que se dictara la correspondiente ley nacional incorporándola.

Varias han sido las decisiones dictadas en la materia y no lo coincidentes que sería de desear. Casi todos los casos tratan de una cláusula de sumisión expresa en los posibles pleitos de una concreta relación jurídica en favor de los tribunales del domicilio de la empresa suministradora. Posibilidad permitida por la Ley de Enjuiciamiento Civil española, pero que tomaba visos de claro abuso en los supuestos cuestionados. Como dice la Sentencia de 11 de octubre de 1997, "aunque la validez formal de la cláusula cuestionada se encuentra amparada, en principio, por las reglas comprendidas en los artículos 56 y 57 de la precitada Ley –de Enjuiciamiento Civil–, no cabe duda alguna de merecer

[15] Máxime cuando en otros muchos casos el legislador ordinario ha previsto la entrada en vigor inmediata de otras leyes menos perentorias que la presente.

[16] Cfr., en este punto, las clásicas Sentencias Costa-Enel y Simmenthal-Administración de Finanzas italiana.

la calificación de abusiva al llevar consigo un desequilibrio, en perjuicio de la comunidad consumidora, entre las respectivas prestaciones de las partes"[17].

Por la naturaleza del asunto, las decisiones judiciales son recientes y reiteradas, cualquiera que sea su sentido. Como tesis mayoritaria, cabe señalar que la Sentencia de 28 de noviembre de 1997 estima que "la calificación de este contrato es de contrato de adhesión entendiendo por tal aquel en que la esencia del mismo, y sus cláusulas han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que esta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente). No se discute la validez del contrato de adhesión, inherente a la realidad actual, pero sí es indudable su control legal y judicial para evitar que una de las partes sufra perjuicios que no deben tolerarse en Derecho. Lo cual viene relacionado directamente con la cuestión de las condiciones generales de los contratos, inmersas en los contratos de adhesión, que no son verdaderamente condiciones sino pactos o cláusulas que se incluyen en todos los contratos de una parte redacta y que imponen a todos los que quieran celebrarlos. Por razón de que representan una grave limitación al principio de autonomía de la voluntad se ha dictado un importante Cuerpo legislativo en toda Europa, no para coartarlas sino para controlarlas impidiendo un ejercicio abusivo".

Con tales presupuestos, la Sentencia de 11 de octubre de 1997 afirma que resulta "cierto que, en un primer momento, la jurisprudencia de la Sala, constituida, entre otras, por las Sentencias de 31 mayo 1991; 18 junio y 22 julio 1992 e, incluso, 29 junio 1995, se orientó en el sentido de aplicar taxativamente la literalidad de las cláusulas de sumisión expresa que se convenían contractualmen-

[17] Disiente la Sentencia de 20 de febrero de 1998: "la cláusula que se observa en el documento y cuyo tenor es el siguiente: 'en relación a este contrato, me someto a los Tribunales de Barcelona, renunciando a mi propio fuero' (...) no puede estimarse como de sumisión expresa a los efectos de los artículos 62 y 75 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que debe entenderse y declararse abusiva para el consumidor, según la interpretación que de este tipo de cláusulas viene realizando la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo".

te, pero semejante criterio cambió, de todo punto, en la doctrina jurisprudencial declarada en las Sentencias de 23 julio 1993, 20 julio 1994, y 12 julio, y 14 y 23 septiembre 1996, viniéndose a decir en las de 12 julio y 23 septiembre que: 'en aquel tiempo los Tribunales españoles no disponían de un apoyo legal, para declarar no vinculante a una cláusula de sumisión formalmente establecida, aunque supusiere un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. El panorama legal ha sufrido una importante modificación a partir de la Directiva de la CEE, núm. 93/13 de fecha 5 de abril de 1993, que define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores. Esta disposición tiene el carácter de norma de obligada transcripción a los Derechos nacionales de los Estados miembros, y mientras se lleva a cabo tal establecimiento, los Tribunales judiciales de cada Estado deben actuar como Jueces Comunitarios'"[18].

Algunas aclaraciones conviene hacer. La primera es que las dos líneas argumentales presentes no pueden responder, como se pretende, al simple criterio cronológico, antes o después de promulgarse la Directiva Europea sobre la materia, pues la Sentencia de 29 de junio de 1995 excede dicho período claramente. Más adelante podrá comprobarse que la razón es material y distinta. La segunda matización es lingüística, pero con repercusiones de fondo: las Directivas de ningún modo deben transcribirse, operación que comporta traducir o copiar de un idioma extranjero, sino trasponerse, con las implicaciones concretas que tal hecho comporta, sobre todo en el caso español, que difiere del tratamiento más bien tibio que otorga la norma europea en favor de los consumidores.

Claramente una de las opciones adoptables era la de conceder protagonismo a esta Directiva por la vía de considerarla de suyo aplicable. No faltaban argumentos poderosos en esta línea. Como reconoce la Sentencia de 12 de mayo de 1997, en el orden de las ideas, "en Sentencia del Tribunal Constitucional 14 febrero 1991, se proclama expresamente que, a partir de su adhesión 'España se halla vinculada al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, que constituye un orde-

[18] Cfr., así mismo, las Sentencias de 12 de mayo de 1997, 8 y 30 de noviembre y 4 de diciembre de 1996.

namiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisprudenciales'; en definitiva según proclama la citada Sentencia de 1 febrero 1997, 'el nuevo criterio sustentado por la Sala parecía anticipado en la Ley 26/1984, de 19 julio, General para la defensa de los Consumidores y Usuarios [art. 10, c).3 y 2], de manera que, con independencia del tipo de la letra y de que la cláusula se incluyese en el anverso o reverso del contrato, una vez declarado el desequilibrio, no procedía modificar la nueva orientación, más conforme con el artículo 3.1 del Código civil y la Resolución 47, adoptada por el Comité de Ministros el 16 noviembre 1976, durante la 262ª Reunión de los Delegados de los Ministros de la CEE, relativa a las 'cláusulas abusivas en los contratos suscritos por los consumidores', Resolución que recomendaba a los Gobiernos de los Estados miembros que creasen 'instrumentos adecuados, jurídicos y de otro tipo, para corregir dichos abusos', lo que también había de tenerse en cuenta a efectos de interpretación'"[19]. Luego, en el terreno de los principios incluso las Resoluciones del Comité de Ministros Europeo estaban destinadas a tener cierta fuerza vinculante, aunque fuera en cuanto criterio interpretativo de las normas nacionales. El dato resulta ilustrativo para cuanto aquí se discute[20].

Las Sentencias de 8 y 30 de noviembre de 1996 y la de 23 de julio de 1993 refuerzan el argumento, llevándolo al extremo tratándose de Directivas Europeas, para las cuales asignan una eficacia interna casi absoluta en los Estados miembros que no las han traspuesto en tiempo y forma debidos. "Antes se ha apuntado el obligado cumplimiento de las directivas comunitarias por los Jueces de los Estados miembros, mientras se lleva a cabo la adaptación legislativa en el correspondiente país; como esta opinión ha sido puesta en entredicho por las partes litigantes, bueno será citar las siguientes fuentes jurisprudenciales: A) Sentencia 'Simmenthal' de 9 marzo 1978 (asunto 106/1977) que

---

19 Cfr., además de la cita realizada, las Sentencias de 14 de septiembre de 1996 y 1 de febrero y 11 de octubre de 1997.

20 En todo caso, como reconoce la Sentencia de 4 de diciembre de 1996, "cualquiera que sea la postura que se adopte respecto a los efectos de aplicación de las Directivas de la Comunidad Europea, y singularmente de la de 5 de mayo (*sic*, abril) de 1993 número III, esta no puede regir un contrato nacido con anterioridad a su vigencia".

proclama: 'El Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de esas normas, dejando inaplicada, si es preciso, y por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que sea necesario solicitar o esperar la eliminación previa de esta última, por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional'; B) Comisión contra Francia de 4 de abril de 1974 (asunto 167/1973). El Tribunal llegó a decir que el ordenamiento comunitario engendra derechos en favor de los particulares que las autoridades internas deben proteger, y que, por consiguiente, 'cualquier disposición contraria del Derecho nacional les resulta, por ello, inaplicable'; C) Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 17 abril 1989; (Sala 4ª) de 13 junio 1991 y 13 julio 1991; D) Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 febrero 1991. El Tribunal Constitucional proclama expresamente que, a partir de su adhesión, 'España se halla vinculada al derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, que constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisprudenciales'". La Sentencia de 20 de febrero de 1998 avala esta posición, pues "la jurisprudencia apunta los problemas del efecto directo de las Directivas no traspuestas en el plazo ordenado: no se produce la automática incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados de la Unión Europea, pero, siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, producen el efecto vertical sobre los Estados, cuando los particulares actúan frente a estos, por no haber traspuesto la Directiva al Derecho interno en el plazo previsto, y también el efecto horizontal, en conflictos entre los particulares, si no se ha traspuesto en dicho plazo y contiene normas precisas y con clara posibilidad de cumplimiento inmediato".

Sin embargo, en el tema que aquí nos ocupa, no es doctrina unánime que los particulares se hallen afectados por el contenido de las Directivas. Así como nadie duda que los Estados miembros sí lo están y, en la medida en que se debatan asuntos con sus ciudadanos, estos permanecen protegidos (efecto vertical), no lo es tanto que las relaciones entre los ciudadanos miembros encuentren cobijo entre sus prescripciones (efecto horizontal). En concreto, las Sentencias de 31 de enero de 1998 y 4 de diciembre de 1996 añaden que "la citada Directiva no consta

que haya sido objeto de transposición o de adaptación del Derecho interno a la misma, si bien impide que pueda ser invocada o aducida entre particulares, obliga, sin embargo, al Estado y a los órganos estatales, entre los cuales se encuentran los jurisdiccionales, a aplicarla directamente, cuando de relaciones o conflictos entre tales órganos estatales se trate, como es una cuestión de competencia territorial, según se desprende de la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de fecha 14 julio 1994, dictada en el asunto C-91/1992 (Paula Faccini Dori contra Recreb Srl)".

Con todo, en un peldaño todavía inferior a los anteriores pronunciamientos, la Sentencia de 20 de noviembre de 1996 exceptúa su aplicación, pues "para juzgar sobre este motivo ha de partirse de cuál es el objeto del litigio, que es el de obtener por los actores una sentencia declarativa (en el más estricto sentido) de unas determinadas condiciones generales de la contratación formuladas por 'Banco Atlántico'. Es de suyo que, ante todo, la parte actora justificase que tales condiciones generales (llamadas así por el Banco demandado, hoy recurrido) lo fuesen con arreglo a la Ley aplicable en el momento de la perfección del contrato, que entonces era la Ley 26/1984, de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), pues la Directiva 93/13/CEE, del Consejo (de la Comunidad Europea), sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores es de 5 de abril de 1993"[21].

Con tales presupuestos, continúa la sentencia, "ciertamente que la Directiva 93/13 ha de servir de guía para la interpretación

---

[21] Acerca de la legitimación para emprender acciones, resulta por contraste de interés indicar el antiguo sistema que señala la propia sentencia: "nuestro ordenamiento, hasta que no se adapte la Directiva 93/13, exige para que pueda hablarse de una condición general sujeta al artículo 10.1 de la Ley 26/1984 que reúna los del apartado 2 del mismo precepto, y según la sentencia recurrida no se ha cumplido el requisito subjetivo. De ahí que la legitimación para interponer una acción declarativa de nulidad de condiciones generales la tenga la asociación de consumidores y usuarios cuando la condición general lo sea según el precitado artículo 10.2 de la Ley 26/1984, y que, precisamente por aquel requisito subjetivo, esa legitimación habilite de hecho en la actualidad para obrar en sustitución procesal de un concreto consumidor o usuario afectado, pues es cuando puede demostrar que este no ha podido evitar la aplicación de la condición general para obtener el bien o servicio. En ningún precepto legal hasta ahora (por supuesto, no en los que se citan como infringidos en el motivo) se excusa a las asociaciones de consumidores y usuarios de la acreditación de este requisito subjetivo, otorgándoles una legitimación total y absoluta para ejercitar puras acciones declarativas de nulidad de cláusulas hipotéticamente abusivas. No basta con ser legalmente una asociación de consumidores y usuarios".

de los Derechos nacionales vigentes tanto anteriores como posteriores para alcanzar el resultado a que se refiere cuando no se haya adaptado el Derecho interno a la misma, pero sin que sea aplicable directamente en cuanto confiere derechos a los particulares respecto de otros. Así lo dice el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la Sentencia de 14 julio 1994 (Asunto Faccini Dori contra 'Recreb Srl', C-91/92). Es obvio que esa interpretación no permite abrogar los requisitos objetivos y subjetivos exigidos en el artículo 10.2 de la Ley 26/1984, para en su lugar acoger el concepto amplísimo de cláusula contractual abusiva que se contiene en el punto 3 de la Directiva 93/13. En él basta que el consumidor 'no haya podido influir sobre su contenido', a propósito de cláusulas redactadas previamente, lo que convierte en realidad a todo contrato de adhesión en particular receptor de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, como así viene a reconocerlo el apartado 2 del citado punto 3. En cambio, el artículo 10.2 de nuestra Ley 26/1984 requiere que la aplicación 'no pueda evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate'. No es suficiente, pues, que el consumidor o usuario no haya podido influir sobre el contenido de la cláusula, se le exige que no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva. La Ley general de defensa de consumidores y usuarios se muestra así más restrictiva, no basta que existan cláusulas prerredactadas unilateralmente, y cualquiera que fuese la opinión que se tenga sobre el acierto o desacierto del legislador, no hay duda de que esta Sala sólo se encuentra vinculada al precepto legal, y ha de aplicarlo en su integridad"[22]. Luego aquí sólo adquiere una especie de pauta hermenéutica, que impide, según las prescripciones de la Directiva, que particulares puedan impugnar las condiciones generales y abusivas. El sistema ideado por la Ley general de defensa de consumidores y usuarios, antes de su reforma por la Ley de las condiciones generales de la contratación, impedía la legitimación de los beneficiarios individuales, confiando a las asociaciones de consumidores esta facultad, pero en la medida en que haya un afectado en cuya sustitución procesal actúa. Como se comprueba, la

[22] Cfr., también, las Sentencias de 18 de marzo de 1995 y 21 de junio de 1996 para la Directiva de 25 de julio de 1985.

tan anunciada beneficiosa legitimación de los entes mediáticos en la búsqueda de la protección de los intereses colectivos o difusos, muchas veces se plasma en una indefensión de concretos particulares[23].

En este mismo sentido resulta clarificadora la Sentencia de 18 de marzo de 1995: "conviene decir que la aplicación de las Directivas a los Estados comunitarios, como reconoce la doctrina, no deja de plantear serios problemas, en posición de generalidad teórica, ya que las Directivas no son de aplicación directa –artículo 189 del Tratado de la Comunidad Europea que aunque contiene el vocablo 'obligará', lo es forma condicionada–. Con ello, su entrada en vigor no ocasiona su automática incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros para convertirse en derecho vigente y de obligado cumplimiento. No obstante, el Tribunal de Justicia de las Comunidades, viene a admitir que producen ciertos efectos especiales, lo que es cuestión distinta, cuando no han sido desarrolladas y carecen de reflejo en las normativas nacionales dentro del plazo fijado, y siempre que se trate de disposiciones dotadas de precisión, claridad y sean incondicionales. Tal efecto directo no se presenta amplio y únicamente opera cuando los particulares actúan frente al Estado desobediente –lo que se conoce como efecto vertical– y no cuando se trate de conflicto sólo entre particulares –efecto horizontal–, por no estar vinculados directamente al Tratado de Roma y sí solamente los Estados que lo firmaron". "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a fin de evitar en lo posible que las Directivas,

---

[23] Un buen ejemplo se ofrece por las Sentencias de 31 de enero de 1998 y de 20 de noviembre de 1996. Frente a la defensa del litigante, que "al amparo del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señala como infringidos el artículo 51 de la Constitución en relación con el artículo 10 de la Ley 26/1984, de 19 julio. Se sostiene en la fundamentación que el precepto constitucional obliga a una interpretación *'pro consumitore'*, lo que no ha hecho el juzgador de instancia, que en su razonamiento establece una especie de *'probatio diabólica'* (sic) que denomina 'requisito subjetivo', pues resulta prácticamente imposible acreditar por el consumidor que no ha podido sustraerse a las condiciones generales". "El motivo se desestima. No es admisible que se acuse a la sentencia recurrida de haber inventado una *'probatio diabólica'* bajo la denominación de 'requisito subjetivo'. En primer lugar, tal requisito se contiene en el artículo 10.2 de la Ley 26/1984. En segundo lugar, no se sabe qué prueba diabólica se ha exigido a los actores cuando no han practicado absolutamente ninguna para demostrar el cumplimiento del precepto legal antecitado. No basta, según se ha expuesto en los fundamentos jurídicos anteriores, firmar sin tan siquiera leer el contenido del contrato, para tener el arma con la que iniciar un pleito. Otra cosa distinta es que la prueba en cuestión no deba exigirse con toda rigidez dada la naturaleza de la contratación en masa, pero esto no es lo mismo que dar por inexistente el requisito legal".

que constituyen fuente e instrumento muy utilizado en el Derecho Comunitario, queden vaciadas de su eficacia y no alcancen la unificación legislativa entre los Estados destinatarios de la misma, ha ido elaborando en los últimos tiempos una doctrina más rigurosa en el tema de la aplicabilidad, sobre todo en los supuestos de no haber sido traspuestas al Derecho interno en el plazo establecido para su desarrollo legislativo interno por cada país miembro y la Directiva cuestionada es invocada en proceso seguido entre particulares. Se alcanza el máximo grado de conflictividad cuando la norma nacional no es conforme a la Directiva no desarrollada, la que es susceptible, entonces, de ser invocada por los interesados en cuanto a los derechos que se deduzcan de la misma y así lo ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. La evolución de la jurisprudencia comunitaria se orienta en forma práctica, totalmente útil y válida para la decisión de los litigios y evitar su paralización o que se dicten resoluciones que no encajen en el resultado pretendido por la Directiva correspondiente, y así se impone a los Tribunales ordinarios, si bien aplicando el propio Derecho interno, a una interpretación lo más conforme al texto de la Directiva no traspuesta, para alcanzar el fin que contiene y en el marco de sus definidas competencias, sin postergar ni dejar de aplicar el Derecho propio, que no queda anulado ni sobrepasado". Por tanto, tratándose de una Directiva que no choca de manera directa con el ordenamiento interno, sino que lo completa con disposiciones más específicas, como era el caso, su directa vigencia por encima del Derecho interno parece, al menos, dudosa.

III. LA LEY ESPAÑOLA DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Una vez vista la relevancia de las distintas normas aplicables a las condiciones generales o abusivas, según el supuesto, antes de la entrada en vigor de la Ley de 13 de abril de 1998, conviene ahora reparar en su contenido. Me ahorraré algunas cuestiones de indudable transcendencia, pero que quedan algo lejos del objetivo propio del estudio, como la reforma de la Ley Hipotecaria que tantas críticas ha merecido[24].

[24] Esta práctica, en España tan corriente, de aprovechar una nueva Ley para de paso poner al día otras disposiciones de contenido diverso lleva camino de tener efectos

1. EL DOBLE RÉGIMEN DE PROTECCIÓN: LAS CONDICIONES GENERALES Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

En cuanto aquí nos afecta, se diseña un doble sistema. El hecho responde a la compleja perspectiva del asunto. Por un lado, tenemos las condiciones generales de la contratación, como un signo de la técnica contractual basada en la preponderancia económica de uno de los agentes jurídicos frente al otro. Complementariamente, las condiciones abusivas quiebran el equilibrio de prestaciones, ya sea mediante un contrato tipificado de adhesión o gracias a cláusulas individualizadas, pero impuestas de una parte a otra.

Como respuesta frente a las dos facetas se ha optado por un esquema bicéfalo. La protección específica de la nueva Ley se dirige contra las condiciones generales de la contratación y en defensa del adherente que sufre la imposición del predisponente. Esta última figura es un profesional (cfr. art. 2.1 LCGC), es decir, "toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada" (art. 2.2 LCGC). Respecto a las cláusulas abusivas, su tratamiento se incorpora dentro de la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios, que se ve modificada de manera profunda en este punto. Con ello, las condiciones abusivas se combaten a favor de los consumidores y según la disciplina prevista en su propia ley, mientras las generales son perseguidas en beneficio de todos los afectados, incluidos los intermediarios, pues se considera una merma en la negociación que merece indiscriminada repulsa[25].

---

devastadores en el ordenamiento, por las tremendas dificultades impuestas al conocimiento del Derecho vigente –que, por ejemplo, un nuevo Código Penal reforme la Ley de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que una Ley sobre la igualdad de sexos modifique lo relativo a la indignidad sucesoria por adulterio, junto a disposiciones contractuales y otras, que una Ley de protección de los menores ponga literalmente al día las incoherencias del Código civil por obra de la Ley anterior sobre tutela e instituciones afines y así un larguísimo etcétera–, y por la misma oportunidad de cada intervención. Respecto a esto ultimo, la Ley de condiciones generales de la contratación y la reforma que su disposición adicional segunda introduce sobre la publicidad material y formal del Registro Inmobiliario me parece un ejemplo paradigmático.

25 Ha de reconocerse que los términos del artículo 2.3 LCGC resultan un tanto confusos: *"el adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad"*. Esa falta de necesidad supone habilitación en el caso de que se trate de operaciones típicas en el sector del tráfico contemplado.

Con todo, debe realizarse una precisión importante. La reforma que la Ley de condiciones generales de la contratación introduce al artículo 10 de la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios contiene un largo precepto que se dedica, en síntesis, a las condiciones generales, mas respecto de los consumidores, por ser también abusivas. Constituye a mi juicio una reiteración perniciosa e inútil de cuanto dispone la Ley de las condiciones generales. Inútil, porque la mayor parte de su contenido ya está recogido en la norma específica sobre la materia[26], y el artículo 10.3 LGDCU lo refrenda con sus expresos términos: "si las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, conforme a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, quedarán también sometidas a las prescripciones de esta". Perniciosa, porque confunde ambas categorías, pues el artículo 10.1 *in initio* LGDCU se refiere a "las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente" –esto es, las generales–, mientras el artículo 10.c) del mismo Cuerpo legal alude como requisito al "justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas", es decir, las abusivas, identificando ambos fenómenos.

Bien pensadas las cosas, sin embargo, parece criticable que las cláusulas abusivas merezcan una defensa más escasa que la relativa sobre las condiciones generales, por cuanto su protección se produce sólo en beneficio de los consumidores –destinatario final de productos o servicios, consumidor o usuario respectivamente, sea persona física o jurídica (cfr. art. 1.2 LGDCU), pero excluidos los intermediarios (cfr. art. 1.3 LGDCU)– y además por los procedimientos comunes diseñados en el ordenamiento procesal. Por el contrario, frente a las condiciones generales se protege a todo adherente contra la imposición de los profesionales y mediante unas acciones típicas con un régimen procesal específico que veremos de inmediato. En todo caso, las relaciones establecidas entre profesionales no están sometidas a este Cuerpo normativo, pues las condiciones abusivas sólo se

[26] Así por ejemplo, el artículo 10.1.a) LGDCU se corresponde con el artículo 5.4 LCGC, y, *contrario sensu*, con el artículo 7.a) LCGC; el artículo 10.1.b) LGDCU con el artículo 5 LCGC; el artículo 10.2 LGDCU se identifica con el artículo 6.2 LCGC; el artículo 10.6 LGDCU obedece al artículo 23 LCGC.

contemplan respecto de consumidores y usuarios, y quedan bajo el régimen general de nulidad de los contratos diseñado en el Código civil si existe causa para ello. Igualmente sucede, se ha dicho, con los acuerdos entre consumidores, pero a mi juicio esto es inexacto, porque no se concibe su existencia fuera de la relación frente a productores de bienes u oferentes de servicios. El concepto de consumidor es eminentemente relacional y pierde su sentido lejos del ámbito del tráfico jurídico-económico; de ahí la insuficiencia de sustituir a la persona o al ciudadano por el consumidor o usuario.

Visto cuál es el panorama que se define con arreglo a la Ley de las condiciones generales de la contratación, conviene ahora fijarse sobre su verdadero contenido. Las condiciones generales, con arreglo al artículo 1 de su Ley, son aquellas que derivan de tres notas características, como son las predispuestas, las impuestas y las habituales. Tales cláusulas están previamente redactadas por una de las partes, que se llama por ello predisponente, aunque provengan de otro autor material extraño. Con ello quiere decirse que los profesionales de un determinado ramo del tráfico utilizan con frecuencia fórmulas de contratación comunes y muchas veces inducidas por colectivos que defienden sus posiciones. Las míticas leyes del mercado se diluyen por obra de la sindicación más o menos abierta de los intereses de grupo dominante, arruinando la hipotética libertad de formación de oferta y demanda, como axioma supremo y pretendidamente objetivo que regula una economía tildada de abierta. Estas condiciones son impuestas por una de las partes a la otra en razón a su superioridad jurídica o, todavía más ordinaria, económica. La mano invisible demasiadas veces toma cuerpo.

Ello no implica que dichas cláusulas generales queden ocultas al destinatario contratante, o que se vicie su consentimiento de modo absoluto, lo que comportaría la nulidad por estas causas, sino que se supeditan al todo de la relación concreta, luego van de suyo sin poder negociarse. No quiebran por completo la libertad contractual, pero la reducen en relación con el conjunto del acuerdo. Generalmente responden a situaciones económicas de predominio en el mercado, si no de monopolio más o menos encubierto, y a su presencia se condiciona el servicio o producto que se desea, por lo común de importancia básica en una sociedad de confort. En consecuencia, la última de las características de dicho clausulado es la de ser habitual en el concreto

sector del tráfico de que se trate. Precisamente su alcance globalizador le concede una relevancia jurídica que no puede ignorar el ordenamiento. La falta de negociaciones individuales no implica su ausencia de aceptación, pero está mediatizada. Por eso, cuando en un contrato existan junto a otras pactadas individualmente se juzga el acuerdo en global (cfr. art. 2.2 LCGC y art. 10 bis.1, pfo. 2 LGDCU para las abusivas), siempre se interpretarán en beneficio del consumidor (cfr. art. 6.2 LCGC y nuevo art. 10.2 LGDCU, respectivamente); y si hay contradicciones entre las particulares negociadas y las generales impuestas (en cuyo conjunto se considera contrato de adhesión: cfr. art. 1.2 LCGC), se resuelven a favor de las primeras, salvo que las segundas resultasen más beneficiosas al adherente (cfr. art. 6.1 *in fine* LCGC), lo que me parece improbable, pero no excluible *a priori*.

Las cláusulas abusivas, en cambio, son "todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato" (art. 10 bis de la Ley general de defensa de consumidores y usuarios, introducida por la disposición adicional primera de la Ley de condiciones generales de la contratación).

Este doble régimen trae consigo una disciplina claramente discriminada en cada caso, según la cláusula sea o no abusiva. Existen condiciones abusivas que no son generales, por cuanto estas se definen por atentar contra la buena fe contractual o el equilibrio de prestaciones [cfr. nuevo art. 10.1.c) LGDCU]; y, viceversa, las condiciones generales no tienen por qué ser abusivas en sentido técnico, si bien en el vulgar, sin duda, lo constituyen. Es decir, aunque de suyo no infrinjan sustantivamente la buena fe o el equilibrio de prestaciones, las circunstancias de su origen apuntan a un perjuicio para quien tuvo que aceptarlas.

2. SANCIÓN DE NULIDAD EN AMBOS CASOS

Aun cuando el ordenamiento jurídico español haya introducido este tratamiento diferenciado, en distintas Leyes incluso, respecto a las cláusulas abusivas y las condiciones generales, no siempre se derivan consecuencias en relación con ciertas facetas relativas a su estatuto jurídico. Así como las acciones y el siste-

ma procesal varían, y también los destinatarios de su tutela, por lo que se refiere a las circunstancias de su sanción específica no existen, por el contrario, notorias discrepancias.

Las cláusulas abusivas encuentran respuesta jurídica en la sanción ordinaria de nulidad por razones materiales: "serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo" (art. 10 bis.2 LGDCU)[27]. La invalidez, lógicamente, sólo afectará sobre la concreta condición abusiva. Ello es aplicación del principio general de Derecho significado en *utile per inutile non vitiatur*, que constituye una secuela del principio de defensa del deudor que aquí encarna el *pro consumitore*, como parte más débil de la relación jurídica entablada. En este sentido, constituye la regla establecida para otros supuestos análogos en las normas comunes del Código civil.

En efecto, sería una verdadera contradicción que, al incluir en el contrato una cláusula abusiva, esta derrumbara por completo su eficacia jurídica, pues implicaría el beneficio de quien opera ilegítimamente, que no tiene sino que confiar en que la cláusula prospere o, de lo contrario, permanecer incólume, ostentando su puesto anterior. Este resultado significaría llanamente la impunidad jurídica de quien trata de aprovecharse de su situación de preponderancia jurídica y económica.

La nulidad parcial de las cláusulas abusivas tiene como directo corolario el mismo relieve jurídico de tenerlas por no puestas. Esta fórmula clásica en el Derecho topa con algunas dificultades, entre las que me detengo en dos concretas[28]. La primera inquiere sobre la forma de mantener la vigencia práctica del contrato que ahora resulta parcialmente mutilado. El nuevo artículo 10 bis.2 LGDCU advierte que "la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el Artículo

---

27 Este criterio resulta superfluamente repetido en el artículo 8.2 LCGC, a cuyo tenor *"en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios"*.

28 La más importante, que aquí no desarrollo, es la relevancia real que puede darse al hecho de que la ley parezca omitir acontecimientos presentes, como el hecho de que la condición, el término y el modo en el matrimonio se tengan por no puestos (cfr. art. 45, pfo. 2 CC). La salvedad legal no implica, sin embargo, su inexistencia en el ánimo de los intervinientes, que no cabe desconocer.

1258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario". Tal advertencia se impone de suyo, y ha de ser completada con las normas de la interpretación contractual, que disponen los artículos 1281 y siguientes del Código civil[29].

La segunda de las cuestiones que ahora pueden ofrecerse parte de las llamadas cláusulas esenciales, que son aquellas a cuya concurrencia se debe la misma relación, y el influjo que su nulidad implique para el contrato en su conjunto. En este aspecto, a mi juicio, surgen abundantes dudas, por cuanto la esencialidad debe juzgarse individualmente y *ad casum*. Así es que una cláusula resulte tan importante que condicione a su existencia la del propio acuerdo, depende de cada posición contractual. Según creo, resulta cercano al imposible que para el consumidor la concreta cláusula de carácter abusivo se repute constitutiva de su voluntad negocial, salvo que busque directamente su propio daño. Por el contrario, lo será para el profesional que trata de aprovecharse de su situación de predominio. Mas el Derecho no puede tener en cuenta este dato, a riesgo de perjudicar al consumidor. Luego una cláusula esencial para el disponente no tiene por qué serlo para el consumidor. En suma, no creo que una cláusula pueda entenderse como esencial para quien la padeció y sí para quien la impuso. Sólo se reputan de tal especie cuando así resulte respecto de ambos. Por consiguiente, discrepo de las expresiones del artículo 10 bis.2 *in fine* LGDCU, a cuyo tenor "sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato". Según estimo, toda condición no equitativa para el consumidor puede de un modo u otro ser convenientemente equilibrada por el juez,

---

[29] En esta línea también opera el artículo 10.2 LCGC cuando alude a que *"se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo"*; y el artículo 6.3 LCGC que, dentro de las Reglas de interpretación, contiene para *"lo no previsto en el mismo, serán de aplicación las disposiciones del Código Civil sobre la interpretación de los contratos"*. Queda de manifiesto la poca elaboración de la Ley, que incurre con frecuencia en reiteraciones materiales y jurídicas.

como dice la misma norma en su primer número y último párrafo "teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa" (cfr. art. 10 bis.1 LGDCU). En este sentido, creo que operan las expresiones del propio artículo 10 bis.2 LGDCU, que parece olvidarse: "a estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario".

Estas mismas premisas resultan plenamente aplicables a las condiciones generales, cuyo régimen se describe con amplio paralelo en la Ley específica que las regula. Su Capítulo II se ocupa del asunto bajo la rúbrica de "No incorporación y nulidad de determinadas condiciones generales". El título ya ofrece algunas dificultades, por cuanto distingue dos efectos a mi juicio coincidentes, y cuya diferencia juzgo distorsionadora, como la propia disposición hace gala en múltiples ocasiones.

El artículo 7 LCGC, que inaugura el citado epígrafe, viene dedicado a la No incorporación[30]. Su contenido elimina del contrato las condiciones generales a las que no hubiese podido tener acceso real, o no hayan sido suscritas por el adherente cuando fuera necesario este requisito conforme al artículo 5 LCGC [cfr. art. 7.a) LCGC]. Esta norma citada establece los llamados Requisitos de incorporación[31]. El principal de los cuales resulta la firma por el adherente de las condiciones generales que se añaden a su contrato. El texto parece imaginarse las

[30] La técnica que últimamente se practica de aclarar el contenido de los preceptos mediante las entradillas que las encabezan, me parece un verdadero logro, que inauguró en el Derecho español el Fuero Nuevo de Navarra. Sin embargo, debo añadir que, a veces, hace innecesaria la parcelación de la Ley de las condiciones generales de la contratación en Capítulos, que llegan a identificarse con el contenido de un solo precepto, haciendo coincidir el título de la rúbrica con la entradilla del artículo, como sucede para el caso del Capítulo III (artículo 11), Capítulo VI (artículo 23) y Capítulo VII (artículo 24). Además, 8 capítulos para 24 artículos me parece un exceso de sistematización.

[31] Tratándose de los requisitos para la incorporación en el artículo 5 LCGC y la consecuencia de no incorporarse cuando se incumplan en el artículo 7 LCGC, tal vez hubiese resultado mejor su establecimiento conjunto en la propia Ley de condiciones generales de la contratación, lo que facilitaría su lectura y comprensión.

cláusulas incluidas en un anexo al propio contrato. Ello contrasta con el segundo párrafo del primer número del mismo artículo, que declara: "no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia, y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas" (art. 5.1, pfo. 2 LCGC). Aquí desaparece la necesidad de la firma, conformándose con facilitarle un ejemplar el predisponente. Esta progresiva relajación se acentúa en las otras pautas del precepto, que tratan de los casos en que no deba el contrato formalizarse por escrito. En tales supuestos basta con que las condiciones se anuncien "en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración" (art. 5.2 *in fine* LCGC)[32]. Este principio parece confirmar el inicial aserto del mismo segundo número, que, como excepción, pierde sentido y consigue la preferencia normativa en la materia frente a lo declarado en el primer ordinal. El requisito de mera noticia se confirma "en los casos de contratación telefónica o electrónica" (art. 5.3 LCGC), que tampoco precisan de la firma, sino de su real conocimiento.

Junto con el problema del conocimiento y aceptación efectiva de las condiciones generales que las hacen aptas para regir la relación jurídica emprendida, requisito que se pudiera llamar subjetivo, el mismo precepto –a mi juicio con cierta deficiencia sistemática, que aconsejaría su tratamiento separado y anterior– en su número 4 trata de los elementos materiales y objetivos de las citadas cláusulas para entenderse incorporadas. Según ello, "la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" (art. 5.4 LCGC). En este punto estriba una de las más importantes circunstancias que afectan a las condiciones generales. Resulta evidente que si estas no son sabidas por el adherente, tampoco se incorporan al contrato, pues su conocimiento le ha sido hur-

[32] Acaso resultaría de agradecer una mayor pulcritud en la redacción, para evitar reiteraciones, que son abundantes a lo largo del articulado, como *lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio*.

tado por el predisponente y, además, nadie queda obligado a lo que ignora, no siendo Derecho imperativo, único campo en el que la ignorancia no excusa (cfr. art. 6.1 CC). Sin embargo, ¿qué sucede cuando se conocen materialmente las cláusulas, pero estas no son entendidas por el adherente? Para resolver la interrogante debe acudirse a un estándar de comprensión, lo que pretende la norma que transcribo. Con todo, hay que advertir que la regla, tal y como está configurada, constituye una disposición en blanco y peligrosa para la seguridad jurídica, pues el grado de valoración permitido al juez resulta enorme. Aparte de que la claridad y sencillez dependerá del destinatario de su contenido, lo que, tratándose de condiciones habituales en el sector del tráfico jurídico de que se verse, supone una verdadera espada de Damocles contra su eficacia. Por eso insisto en que los criterios han de ser observados sobre todo desde la perspectiva de la normalidad de conducta. Luego dicho elemento de carácter objetivo no puede subjetivarse de manera excesiva.

A este requisito corresponde la observancia contraria de no incorporación en los casos en "que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles" [art. 7.b) *in initio* LCGC]. Como digo, creo que deben juzgarse la circunstancias desde la perspectiva de un juicio abstracto que lo haga lo más objetivo posible. Ahora bien, el inciso *in fine* del propio precepto advierte que "salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato" [art. 7.b) *in fine* LCGC]. Respecto a qué se refiere dicho precepto por "estas últimas", cabría decir, contra la primera interpretación literal que pudiera derivarse, que no sólo se refiere a las incomprensibles, sino a todas ellas, por cuanto la versión del Proyecto de Ley contenía en último lugar a las oscuras, a las cuales se añadió más tarde las incomprensibles. Sin embargo, parece que la más segura de las exégesis apunta directamente a cuanto *de visu* se deriva, pues el propio artículo preserva las condiciones generales cuya trasparencia esté garantizada por una normativa específica que pueda regir en un concreta porción del tráfico jurídico-económico, y sería un completo desatino que fueran las ilegibles, ambiguas u oscuras protegidas por disposiciones legales de alcance sectorial. Ahora bien, así como a oscuro se puede oponer transparente, no cabe decir lo mismo respecto de incom-

prensible. Luego la reforma realizada en el curso del debate parlamentario de la Ley produce un efecto de verdadera incertidumbre, pero, a mi juicio, mantiene su original sentido.

Con todo, en orden a esta materia me reservo ciertas dudas, pues significa en el fondo sustituir el control judicial de las cláusulas por autorización previa de carácter administrativo –pues ella será de ordinario su naturaleza normativa–, lo que puede dar al traste con la misma idea de la Ley que comento. En cualquier caso, considero un completo absurdo que se mezclen aquí los dos ámbitos distintos presentes en los requisitos de incorporación. Uno, el subjetivo, que procede de la firma y conocimiento por el adherente, y, otro, que guarda cautelas acerca de su redacción objetiva. El resultado es mezclar los ordinales distintos del artículo 5 LCGC, tal y como advertí, por el error de no incluir cada uno en distintos preceptos.

Como en su momento aduje, con muy deficiente técnica la Ley distingue nulidad y no incorporación, pese a que las confunde no pocas veces a lo largo de su contenido[33]. Tratándose de una nulidad parcial, introducida siempre como remedio jurídico que salvaguarde los intereses de la parte menos favorecida por el vicio, según creo su efecto se identifica con tenerla por no puesta. Por el contrario, la disposición pretende su artificiosa diferencia, con notables y perjudiciales resultados. En efecto, el artículo 8 LCGC versa sobre la Nulidad en el sentido siguiente:

"1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios".

---

33 Para valerme de un claro ejemplo, el artículo 9 LCGC permite que *"la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales, podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual"*. Juzgo que sobran comentarios sobre la defendida identidad de razón entre uno u otro supuesto.

La primera de las cuestiones que provoca comentario es el inciso relativo a que sólo sean nulas las condiciones que se opongan a norma imperativa si perjudican al adherente; y ello por varios motivos. El prioritario es que la sanción general descrita en el Código civil para los actos opuestos al ordenamiento es su nulidad de pleno derecho (cfr. art. 6.3 CC); luego, en principio sobra su advertencia. Mas, en todo caso, las alusiones al daño del adherente son incomprensibles. En primer término, porque aquí no se debate sobre las cláusulas abusivas, que de manera más significativa lo causan en tanto que se oponen a la buena fe de los contratantes o al equilibrio de prestaciones. Sin embargo, para ellas se diseña un régimen distinto sólo aplicable a los consumidores y alejado del esquema de la Ley de las condiciones generales de la contratación. Resulta un absurdo incomprensible, máxime cuando el origen mismo de las condiciones generales impuestas a uno de los contratantes ya supone para él, sobre todo si las impugna, un rasgo de negatividad que de suyo justifica la conducta rebelde a su simple aceptación gracias al *status* dominante del predisponente. *Ergo,* siempre le perjudican, de un modo u otro, por hipótesis.

Pero lo más grave reputo el aserto final del artículo 8.1 LCGC, que prevé distinta sanción en el caso de contemplarse por disciplina jurídico-positiva diferente. La cuestión estriba en que otra pena debe ser necesariamente más leve, por cuanto la nulidad relativa no permite mayor grado. Entonces, la Ley no debería permitir otra sanción más tenue, a riesgo de romper el esquema general diseñado en la Ley específica sobre la materia.

Acaso pudiera estimarse, sin embargo, que la Ley alude no a una sanción más liviana, sino más dura. Me refiero a la nulidad del conjunto del contrato, que se observa cuando no sea posible mantener su vigencia sin aquellas cláusulas de que se le priva: "la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas, no determinará la ineficacia total del contrato, si este puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia" (art. 10.1 LCGC). Ahora bien, la disciplina de las condiciones generales reafirma la falacia del argumento legal. Resulta una rigurosa falta de lógica imaginarse que un contratante aceptó condiciones generales y esenciales en su contra. Una buena prueba extraigo del artículo 2.2 de la misma Ley, que nos advierte que se "declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de

aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil". Esta pretensión es tanto como afirmar que la causa, el consentimiento o el objeto de tales contratos penden de una cláusula general ignorada por el adherente, lo que, personalmente, no logro comprender. Si el afectado no conoció y tampoco pudo aceptar una condición general, simplemente no se halla vinculado por ella, operando la llamada no incorporación, mientras el resto del acuerdo debería prosperar mediante la integración establecida por el juez a cargo de su tarea interpretativa de los contratos: "la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el Artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de contratación contenidas en el mismo" (art. 10.2 LCGC)[34].

En suma, el régimen de la nulidad de las condiciones generales y de las cláusulas abusivas me parece francamente mejorable.

3. AMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVA DE CADA SUPUESTO

Uno de los aspectos más llamativos que refleja el doble sistema descrito para las condiciones generales y las cláusulas abusivas consta en el marco de su correspondiente operatividad objetiva.

Por un lado, la Ley que regula las primeras excluye "los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios–. Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes" (art. 4 LCGC). Además, el artículo 7.b) LCGC frena la no incorporación de las "cláusulas (...) incomprensibles", salvo que "se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato", con lo que la exoneración de contratos sometidos a la técnica de las condiciones generales es muy amplia.

[34] Por cierto, desde la perspectiva literaria me parece un despropósito la utilización reiterada del *"mismo"* como pronombre.

Por el contrario, la reforma de la Ley general de defensa de consumidores y usuarios resulta más rigurosa respecto a las cláusulas abusivas. En su disposición adicional segunda, introducida gracias a la Ley de condiciones generales de la contratación, previene que "lo dispuesto en la presente Ley será de aplicación a todo tipo de contratos en los que intervengan consumidores, con las condiciones y requisitos en ella establecidos, a falta de normativa sectorial específica, que en cualquier caso respetará el nivel de protección del consumidor previsto en aquella"[35].

La razón de la diferencia parece clara. Las condiciones generales, pero no abusivas, se salvan siempre y cuando estén sometidas a circunstancias legales de permisión, que presumen la salvaguarda de los intereses de los ciudadanos. Así, por ejemplo, los contratos administrativos ya tienen una regulación especial en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, que garantiza los derechos de los individuos contratantes con las administraciones. Precisamente la situación de predominio del poder público favorece la creación de normas especiales que reequilibren en cierta manera sus respectivas situaciones jurídicas en los acuerdos jurídicos con privados. Tales reglas sustituyen, por específicas, a las de las condiciones generales de la contratación. Dígase lo mismo respecto de los contratos laborales, que han recibido una profusa normativa con destino a la protección de los trabajadores a través del principio paralelo al de los consumidores, definido *pro operario*. En los de constitución de sociedad, existen leyes específicas que regulan su contenido en este mismo sentido. Por cuanto se refiere a las relaciones familiares, sin duda se alude a los convenios reguladores en las crisis matrimoniales o a las capitulaciones matrimoniales. El hecho de que los primeros estén sometidos a la inevitable aprobación judicial los excluye del ámbito de que hablo y cabe afirmar lo mismo de las capitulaciones en las cuales "será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge" (art. 1328 CC). Además, téngase presente que resulta muy difícil plantearse condiciones generales en tales tipos de convenios, por cuanto no existe una parte predominante profesional, como no sea la deri-

[35] La salvedad establecida parece más bien un intento fallido, pues tal y como queda redactado el precepto resulta por completo superflua.

vada del servicio de asesoramiento jurídico. También resulta llamativo que los contratos reguladores de las relaciones de familia se citen expresamente, si su propia existencia se ha negado históricamente, salvo las limitadas hipótesis a que aludo, por ser estas refractarias a la autonomía de la voluntad de los sujetos. Mucho más sorprendente todavía es la referencia sobre los contratos sucesorios, pues con arreglo al artículo 1271, segundo párrafo, del Código civil, "sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1056". Al margen de que no contiene la remisión normativa contrato sucesorio alguno propiamente dicho, las reformas últimas del Código civil en materia hereditaria han ido introduciendo auténticos contratos sucesorios, aunque limitados, como la delegación de mejora del artículo 831, o en el artículo 1341, párrafo 2, acerca de la donación por razón de matrimonio de bienes futuros y para el caso de muerte. En estos casos se hace difícil por hipótesis tanto la existencia de condiciones generales, como la posible intervención de un profesional a que alude la Ley en su artículo 1.

A estos contratos se asimilan por razones de compromiso y coherencia legal aquellos que consten en instrumentos internacionales ratificados por España, y los recogidos en normas legales de aplicación (cfr. art. 4.2 LCGC), como sería el supuesto de los seguros y su específica Ley, aludida tácitamente por la disposición adicional segunda de la Ley general de defensa de consumidores y usuarios dentro de la "normativa sectorial específica, que en cualquier caso respetará el nivel de protección del consumidor previsto en aquella". Muchísimo más dudoso, sin embargo, me resultan las normas administrativas de carácter general, por varios motivos. El primero es que no se define su rango, y, a mi juicio, no cualquier tipo de disposiciones administrativas puede hurtar el sentido de la Ley que comento, pues conduciría inevitablemente a su vaciado jurídico. La segunda dificultad proviene de cómo en realidad opera la imposición del clausulado, pues cuando sea el predisponente quien lo haga estamos precisamente dentro de lo prevenido en la presente ley y los defectos que pretende corregir, su misma tesis. Distinto sería si la obligatoriedad se predicara con carácter general en cuanto designio del ordenamiento, máxime si suelen contener salvaguarda de los derechos de los destinatarios de la específica contratación de que se trate.

4. CUESTIONES PROCESALES

No considero que deba detenerme sobre la materia procesal que acompaña la defensa contra los negativos efectos de la condiciones generales de la contratación, pero acaso sea de interés referirse a ciertos extremos[36].

La Ley dispone un especial tratamiento de los recursos procesales para conseguir más eficazmente su propósito tuitivo. En esta línea, comienza por establecer tres tipos distintos de acciones específicas. La de cesación se dirige tanto a eliminar las condiciones generales que se reputen nulas, como a exigir al predisponente abstención de utilizarlas en lo sucesivo, además de repetir las cantidades cobradas en su caso, con posible indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, conviene advertir que tal efecto sólo se producirá expresamente cuando el contrato decaiga por tal motivo; y esta es la completa excepción en la materia, pues en beneficio del consumidor el principio de *utile per inutile non vitiatur* se mantiene, junto a la conservación del negocio, salvo en las cláusulas generales afectadas. Luego si los daños y perjuicios son posibles por tener que haberse sometido a las cláusulas generales entretanto se declaraban nulas, muy difícilmente cabe la devolución de las cantidades percibidas por un contrato que se mantiene vigente, excepción hecha de que dichos gastos se deban a la puesta en práctica de tales condiciones, tal y como apunta el propio artículo cuando habla de "con ocasión de las cláusulas nulas" (art. 12.2 LCGC). Esta medida está orientada en exclusiva contra el predisponente (cfr. art. 17.1 LCGC).

La de retractación se dirige frente a cualquier persona –de ordinario será una entidad colectiva– que recomiende la introducción en los contratos de cláusulas generales nulas, ya sea de presente o de futuro "siempre que hayan sido efectivamente utilizadas por el predisponente en alguna ocasión" (art. 12.3 LCGC). Ahora bien, tratándose de una recomendación proyectada en el tiempo, no se comprende bien por qué ahora se refiere a un predisponente, que incluso acaso no haya sido demandado. Realmente creo que quiere decirse que, una vez haya sido de-

[36] Dejo aparte las cuestiones de legitimación a que me refiero en el epígrafe I del presente trabajo.

clarada la nulidad de una determinada cláusula, se impide a cualquiera seguir aconsejando su adopción *a posteriori*, lo que parece confirmar el artículo 17.2 de la Ley al referirse a las "utilizadas por algún predisponente".

Como estos dos primeros remedios judiciales permanecen muy estrechamente relacionados, se contempla su posible acumulación (cfr. art. 14.2 *in fine* LCGC).

Por último, la declarativa tiene por objeto establecer el alcance general de una cláusula (cfr. art. 12.4 LCGC). Es la única de todas las expuestas que resulta imprescriptible (cfr. art. 19 LCGC), lo que puede criticarse, por cuanto la de cesación supone que una cláusula se declara nula, máxime si más adelante la propia Ley asigna como efecto característico de dicho recurso declarar estas cláusulas "contrarias a lo prevenido en esta Ley o en otras imperativas" (art. 20.1 LCGC), mientras la declarativa sólo afecta a su categoría de condición general sin más especificaciones, salvo las registrales (cfr. arts. 12.4 y 20.3 LCGC).

En todos estos casos reaparece un acto de conciliación previo y voluntario por medio de dictamen, que, a mi juicio, resulta muy oportuno, porque la elevada cuantía económica del fenómeno puede animar a un acuerdo de las partes ante la mediación del Registrador de las condiciones generales, cuyo razonado criterio no será vinculante (cfr. art. 13 LCGC), pero sí de gran relevancia.

Estas acciones pueden dirigirse contra varios profesionales, que serán de ordinario del mismo sector económico, y frente a sus asociaciones, sobre todo la de retractación por recomendar las condiciones generales (cfr. art. 17.4 LCGC).

Es llamativo el hecho de que la Ley permita, cualquiera que sea su cuantía, el recurso de casación en este tipo de acciones (cfr. art. 18.3 LCGC), lo que contrasta con otras cortapisas establecidas en el Derecho español para materias tan importantes como las crisis matrimoniales; doble vara de medir para la que no encuentro explicación. Este dato se avala de forma rotunda cuando el artículo 20.4 *in fine* LCGC establece un sistema de precedentes desconocido hasta el momento de manera expresa en el ordenamiento español para el caso de sentencia de casación, pues "vinculará a todos los jueces en los eventuales ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieren sido objeto de la referida sentencia, siempre que se trate del mismo disponente". Esta última salvedad previe-

ne los efectos *erga omnes* de la nulidad sobre sujetos que no hayan intervenido en el proceso por imposibilidad, y evita la indefensión que haría inconstitucional alternativa distinta, como advirtió el Consejo de Estado en su informe sobre la Ley.

Para la publicidad de las sentencias, uno de los efectos más buscados del procedimiento, tanto por sus repercusiones jurídicas frente a terceros, como económicas contra el disponente (máxime tratándose de una sociedad establecida sobre las ficticias bases del *marketing*), se busca un doble camino. Junto al periodístico, el registral. Este último diseña un sistema específico al que dedico el epígrafe siguiente. Por cuanto respecta sobre lo primero, "el fallo de la sentencia de cesación o retractación, una vez firme, junto con el texto de la cláusula afectada, podrá publicarse por decisión judicial en el 'Boletín Oficial del Registro Mercantil' o en un periódico de los de mayor circulación de la provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiera dictado la sentencia, salvo que el Juez o Tribunal acuerde su publicación en ambos, con los gastos a cargo del demandado y condenado" (art. 21 LCGC).

5. EL REGISTRO DE LAS CONDICIONES GENERALES Y OTROS CANALES DE INFORMACIÓN

Un complemento del sistema procesal elegido para el combate contra las condiciones generales se ofrece por el Registro sobre su contenido, de nueva factura. Tanto la Exposición de Motivos como los Preámbulos de los Proyectos de Ley declaraban ufanamente que provenía como necesidad de compromiso de la Directiva de 1993. Nada menos cercano a la realidad. La citada norma comunitaria no contiene dicho requerimiento, aunque debe confesarse que su implantación de ningún modo resulta incompatible con aquella.

Poco cabe afirmar de los detalles organizativos y funcionales del Servicio, por cuanto el artículo 11.1, párrafo 2 LCGC advierte que "la organización del citado Registro se ajustará a las normas que se dicten reglamentariamente"[37]. Sin embargo, se declara

[37] En este punto sucede algo semejante a los Registros de Fundaciones. La Ley estatal de Fundaciones de 24 de noviembre de 1994 contiene una inscripción constitutiva en un Registro especial, que se dejaba en sus pormenores a normas reglamentarias (cfr. art. 36.5), tardías en su puesta en práctica (Real Decreto de 1 de marzo de

que su encargado será un Registrador de la Propiedad y Mercantil (cfr. art. 11.1, pfo. 1 LCGC), responsable de la publicidad y su control (cfr. art. 11.7 LCGC). Como resulta evidente, será público (cfr. art. 11.5 LCGC) y a disposición de cualquier persona (cfr. art. 11.6 LCGC). Su carácter único no resulta expreso, pero se deriva sin duda del espíritu de la norma. Ello se refiere al órgano y no a sus sedes, pues advierte al respecto la disposición adicional tercera de la Ley que "existirá un Registro de Condiciones Generales de la Contratación en la cabecera de cada Tribunal Superior de Justicia"[38].

La más importante de las características relativas al Registro de condiciones generales paradójicamente consta en la Exposición de Motivos de la Ley, que lo declara jurídico. La diferencia entre los registros de carácter jurídico y administrativos en España ha dado lugar a un cierto debate, según exista o no la presunción de legalidad de lo inscrito a través de la calificación material de los títulos que acceden. En este sentido, los registros de tipo jurídico son el Civil, el de la Propiedad y el Mercantil, mientras los administrativos proliferan con el fin de salvaguardar la certeza jurídica en algunos sectores del tráfico, cuya meta estriba en el conocimiento público de los hechos relevantes, relativamente al margen de la legalidad material de los actos sometidos a inscripción. A la postre resultan, más que nada, una fuente de noticia e información. Según creo, el Registro de condiciones generales pertenece más bien a estos últimos, por mucho que sea servido por el mismo encargado que los jurídicos relativos a los de la Propiedad y Mercantil.

Una buena prueba de cuanto digo consta en los atributos que la misma Ley confiere a los encargados. A tenor del artículo 11.9 LCGC, "el registrador extenderá, en todo caso, el asiento solicitado, previa calificación de la concurrencia de los requisitos esta-

---

1996, para el Registro estatal y de manera incompleta), pese a que la personalidad jurídica no concurría mientras no constase inscrita. Justo al contrario se produjo con los Registros de parejas de hecho, que se introdujeron antes de una Ley sustantiva sobre la cuestión.

La disposición final segunda de la Ley de condiciones generales de la contratación autoriza que pueda el Gobierno desarrollarla y tomar medidas con vistas a su ejecución más eficaz.

38 Curiosamente, y casi acto seguido, la disposición final segunda de la Ley parece ignorar el hecho, pues concede al Gobierno facultades para *"fijar el número y la residencia de los Registros de Condiciones Generales de la Contratación"*.

blecidos"[39]. Es decir, la calificación es casi reglamentaria, relativa solo a los requisitos. Tales elementos varían según el caso, por cuanto las anotaciones preventivas versan sobre la interposición de demandas ordinarias y las colectivas (cfr. art. 11.4, pfo. 1 *in initio* LCGC), así como las resoluciones judiciales que impliquen suspensión cautelar de la eficacia de determinadas cláusulas (cfr. art. 11.3, pfo. 1 LCGC)[40]. Igualmente las ejecutorias que recojan sentencias firmes estimatorias de las citadas acciones son objeto de inscripción (cfr. art. 11.1, pfo. 1 LCGC)[41]; y cuando se acredite la persistencia de utilización de cláusulas declaradas nulas (cfr. art. 11.4, pfo. 1 *in fine* LCGC), extremo para el que no sé si el más expedito recurso será el judicial, pues no adivino qué añade dicha constancia en el Registro al hecho de seguir empleándose cláusulas que son inválidas. En estos casos, según es evidente, no existe control material de legalidad, sino sólo externo.

Otra cosa distinta podría suceder en las hipótesis de otras inscripciones, como la ordinaria de condiciones generales con arreglo a la presente Ley (cfr. art. 11.2 LCGC). En tal caso, el registrador debe calificarlas así. Sin embargo, a mí personalmente me asaltan las dudas acerca de la naturaleza del control, que si bien es registral, versa sobre la misma naturaleza de las cláusulas que se les someten a dictamen, por lo cual el solapamiento entre la fiscalización judicial y registral se difumina, por mucho que la Exposición de Motivos pretenda eliminar de un simple plumazo, como un sortilegio, el problema.

Conforme al artículo 11.2 LCGC están facultados para instar la inscripción –aparte de que pueda el Gobierno imponerla obligatoriamente para determinados sectores de la contratación[42]–

---

39 Evidentemente, cabe interponer recursos contra la calificación del encargado, en concreto *"los establecidos en la legislación hipotecaria"* (art. 11.10 LCGC).

40 Efecto, este, desconocido en el texto de la Ley.

41 Para dichos supuestos prevé la Ley que *"en todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Juez dictará mandamiento al Registrador de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo"* (art. 22 LCGC). El artículo 11.8.c) LCGC también contempla el cauce *"en caso de anotación de demanda o resolución judicial, en virtud del mismo mandamiento, que las incorporará"*.

42 Me imagino que la obligación recae sobre los predisponentes y así el artículo 24 LCGC establece un régimen sancionador en la materia: *"la falta de inscripción de las condiciones generales de la contratación en el Registro regulado en el Capítulo III cuando sea obligatoria o la persistencia en la utilización o recomendación de condiciones generales respecto de las que ha prosperado una acción de cesación o*

"cualquier interesado, conforme a lo establecido en el apartado 8 del presente artículo", pero dicho aserto reduce inopinadamente la legitimación a los contratantes, y quienes pueden iniciar las acciones colectivas, si el adherente se muestra de acuerdo (cfr. arts. 11.8 y 16 LCGC).

La limitada eficacia de la inscripción de las condiciones generales de la contratación, extremo acerca del cual la Ley guarda un escrupuloso silencio, me hace dudar de nuevo sobre que pueda considerarse jurídico, propiamente dicho, este Registro de nueva creación. Un buen ejemplo se ofrece por el artículo 23.3 LCGC. El notario puede autorizar una escritura en la que incluso advere acerca del carácter de concretas condiciones generales y figuren éstas inscritas en el Registro especial, pues dicha constancia no implica ni su falta de incorporación, en la medida en que cumplan con las prescripciones del artículo 5 de la Ley y tampoco resulten abusivas. Luego es una simple prevención, que da noticia del hecho como medida preparatoria de futuras acciones.

En suma, existe también un doble sistema de calificación de las condiciones generales que no alcanzo a comprender. Respecto de las abusivas, se produce de otra manera, pues el encargado no puede naturalmente decidir sobre la materia, que permanece confiada exclusivamente a los Tribunales, si bien los registradores están autorizados para denegar los asientos de las escrituras donde consten incluidas, extremo que debe también vincular a los notarios autorizantes.

En efecto, los registradores podrán, en el ejercicio de su funciones típicas, denegar la inscripción de los títulos donde consten cláusulas que consideren abusivas, a los simples efectos registrales. Así lo dispone un nuevo epígrafe –'Información y protección al consumidor'– que antecede al artículo 258 de la Ley Hipotecaria, cuyo segundo número reza: "el Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas que sean nulas de conformidad con la Legislación sobre Condiciones Generales y

---

retractación, será sancionada con multa del tanto al duplo de la cuantía de cada contrato por la Administración del Estado, a través del Ministerio de Justicia, en los términos que reglamentariamente se determinen, en función del volumen de contratación, del número de personas afectadas y del tiempo transcurrido desde su utilización–. No obstante, las sanciones derivadas de la infracción de la normativa sobre consumidores y usuarios, se regirá por su legislación específica".

Las obligatoriedad de la inscripción, cuando sea precisa, debe ser advertida por el Notario autorizante de la escritura, según el artículo 23.2 *in fine* LCGC.

en aplicación del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de Consumidores y Usuarios" (disp. adic. segunda, cuatro LCGC). Cuestión, que, por cierto, estaba prevista en el nuevo artículo 10 de la Ley de defensa de los consumidores y usuarios: "6. Los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales.

Los Notarios, los Corredores de Comercio y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores en los asuntos propios de su especialidad y competencia".

Una buena prueba de la obsesión que parece acompañar al legislador para prevenir el negativo efecto de las condiciones generales y cláusulas abusivas está en que la última norma transcrita se reproduce de nuevo, con mayor extensión, en la propia Ley de condiciones generales, cuyo artículo 23 añade que:

"1. Los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles advertirán en el ámbito de sus respectivas competencias de la aplicabilidad de esta Ley, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención.

2. Los Notarios, en el ejercicio profesional de su función pública, velarán por el cumplimiento, en los documentos que autoricen, de los requisitos de incorporación a que se refieren los artículo 5 y 7 de esta Ley. Igualmente advertirán de la obligatoriedad de la inscripción de las condiciones generales en los casos legalmente establecidos.

3. En todo caso, el Notario hará constar en el contrato el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan esta naturaleza, y que figuren previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, o la manifestación en contrario de los contratantes.

4. Los Corredores de Comercio en el ámbito de sus competencias, conforme a los artículos 93 y 95 del Código de Comercio, informarán sobre la aplicación de esta Ley".

IV. ANEXO: LAS NUEVAS CLÁUSULAS ABUSIVAS TÍPICAS

La sustitución en la Ley de condiciones generales de la contratación del antiguo artículo 10 de la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios, relativo a las cláusulas abusivas, trajo consigo el cambio del listado de condiciones reputadas como tales. El viejo precepto contenía doce casos, que, tras la Directiva europea de 1993 sobre la disciplina, quedaban por completo desbordados. En relación con las exigencias de la Directiva se hacía necesario un nuevo elenco de cláusulas abusivas. El listado es *ad exemplum* y no impide que otros posibles supuestos puedan merecer semejante trato. Su contenido consta en la disposición adicional primera, número seis, de la Ley de condiciones generales de la contratación, que considero ilustrativo reproducir.

La disposición adicional primera, número seis de la Ley de condiciones generales de la contratación introduce para la Ley de defensa de consumidores y usuarios una disposición adicional primera, con el título de Cláusulas abusivas:

"A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones:

I. Vinculación del contrato a la voluntad del profesional

1º. Las cláusulas que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida, así como las que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo.

2º. La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento de contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo.

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquellos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el profesional esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y estos puedan resolver inmediatamente el contrato. Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada, siempre que el prestador de servicios financieros esté obligado a informar al consumidor con antelación razonable y este tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el profesional informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.

3º. La vinculación incondicionada del consumidor al contrato, por imposición de prórrogas tácitas prolongadas o por la exigencia de preavisos desproporcionados, o la imposición al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor que no cumpla sus obligaciones.

4º. La supeditación a una condición cuya realización dependa de la voluntad del profesional para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso firme.

5º. La consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional.

6º. La exclusión o limitación de la obligación del profesional de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.

7º. La estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio, o la facultad del profesional para aumentar

el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas o sin reconocer al consumidor el derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado.

Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que sean legales y que en ellos se describa explícitamente el modo de variación del precio.

8º. La concesión al profesional del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.

II. Privación de derechos básicos del consumidor

9º. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional.

En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de este a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultasen insatisfactorias.

10º. La exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquel, o la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de este.

11º. La privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos, así como de la de retención o consignación.

12º. La limitación o exclusión de forma inadecuada de la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional.

13º. La imposición de renuncias a la entrega de documento acreditativo de la operación.

14º. La imposición de renuncias o limitación de los derechos del consumidor.

III. Falta de reciprocidad

15º. La imposición de obligaciones al consumidor para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el profesional no hubiere cumplido los suyos.

16º. La retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional.

17º. La autorización al profesional para rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la posibilidad de que aquel se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien rescinda el contrato.

IV. Sobre garantías

18º. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica.

19º. La inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en que debería corresponder a las otra parte contratante.

V. Otras

20º. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos insuficientes o ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

21º. La transmisión al consumidor de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión, que no le sean directamente imputables.

22º. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley imperativa correspondan al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

23º. La imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.

24º. Los incrementos por precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.

25º. La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.

26º. La sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico.

27º. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar de cumplimiento de la obligación o aquel en que se encuentre el bien si fuera inmueble, así como los de renuncia o transacción respecto al derecho exclusivo del consumidor a la elección de fedatario competente según la Ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato.

28º. La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración

negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

29º. La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.

Las cláusulas abusivas referidas a la modificación unilateral de los contratos y resolución anticipada de los de duración indefinida, y al incremento del precio de bienes y servicios, no se aplicarán a los contratos relativos a valores, con independencia de su forma de representación, instrumentos financieros y otros productos y servicios cuyo precio esté vinculado a una cotización, índice bursátil, o un tipo del mercado financiero que el profesional no controle, ni a los contratos de compraventa de cláusulas, cheques de viaje, o giros postales internacionales en divisas.

Se entenderá por profesional, a los efectos de esta disposición adicional, la persona física o jurídica que actúa dentro de su actividad profesional, ya sea pública o privada".

DERECHO DE LA CONTRATACIÓN EN LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

ANA MARÍA HÜBNER GUZMÁN
Profesora de Derecho Civil
Universidad de los Andes

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de Protección al Consumidor se publicó en el Diario Oficial de 7 de marzo de 1997, para empezar a regir el 6 de junio de 1997. Consta de cinco títulos más un título final y disposiciones transitorias.

El Título primero se compone de dos artículos, el primero establece la finalidad de la ley, y define términos legales mencionados en el texto; el segundo indica el campo de aplicación de la nueva normativa.

El Título segundo contiene disposiciones generales y consta de cinco párrafos; el primero trata de los derechos y deberes del consumidor; el segundo, de las organizaciones para la defensa de los derechos de los consumidores; el tercero establece las obligaciones del proveedor; el cuarto contiene normas de equidad en las estipulaciones de los contratos de adhesión; y el quinto trata de responsabilidades por incumplimiento.

El Título tercero se refiere a *Disposiciones especiales*, y contiene cuatro párrafos. El primero trata acerca de la información y publicidad, proponiendo nuevos casos de infracción; el segundo reglamenta las promociones y ofertas; el tercero el crédito al consumidor; el cuarto da normas especiales en materia de prestación de servicios; y el quinto contiene disposiciones relativas a la seguridad de los productos y servicios.

Los Títulos cuarto, quinto y final establecen el procedimiento a que da lugar la aplicación de la ley, las funciones del Servicio Nacional del Consumidor y que el beneficiario de las multas es el fisco, respectivamente.

Por último se contienen disposiciones transitorias relativas a la vigencia de la ley y a la derogación de la Ley 18.223.

Nos corresponde abordar solamente lo referido a las normas sobre el Derecho de la contratación, por lo que la presente exposición sólo estará referida a los siguientes puntos: ideas generales respecto a la libertad de contratación y la declaración unilateral como fuente obligacional (II), los contratos de adhesión (III) y los contratos de prestación de servicios (IV). Finalmente, haremos algunas conclusiones que se deducen de lo expuesto (V).

II. La libertad para contratar y la declaración unilateral como fuente obligacional

1. Libertad contractual

Al respecto, nuestro Código Civil, en su artículo 1545, consagra el principio de la libertad contractual, el que, según lo expresa don Jorge López Santa María: "comprende la libertad de conclusión y la libertad de configuración de los contratos. En base a la libertad de conclusión, se afirma que las partes son libres para contratar o para no contratar, y, en caso afirmativo, para escoger al cocontratante. En base a la configuración interna, las partes pueden fijar las cláusulas o contenido del contrato como mejor les parezca"[1].

Tradicionalmente se ha sostenido que los particulares o consumidores son absolutamente libres para decidir si contratan o no y con quién contratan, dependiendo de cada cual el asumir o no una determinada obligación, pero respecto al segundo aspecto de la libertad contractual, esto es, la configuración del contrato, se presentan importantes variantes dada la utilización que hoy tienen los llamados contratos de adhesión.

Desde el punto de vista del oferente o proveedor, ya desde hace un tiempo se ha venido insistiendo que este, en determina-

[1] LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte General,* Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1986, pág. 187.

das circunstancias, debiera estar obligado a contratar, sin poder negarse por causas injustificadas para ello.

Así, Sara Eiler, en su memoria de prueba intitulada "De la formación del consentimiento en los contratos", afirma: "Hay ocasiones en que el oferente se encuentra en estado de oferta forzada". Al efecto, cita como ejemplo las empresas que gozan de monopolios de derecho o de hecho, como la compañía de ferrocarriles que no podría negarse, salvo causas justificadas, a transportar a un individuo determinado de un lugar a otro[2].

2. LA LIBERTAD CONTRACTUAL DEL QUE OFRECE SUS SERVICIOS AL PÚBLICO EN GENERAL

¿Qué ocurre con la libertad contractual del que ofrece sus servicios o productos al público en general de acuerdo a nuestra actual ley del consumidor?

Nos referimos a todos aquellos proveedores que ofrecen indeterminadamente al público en general, un determinado producto o servicio.

De conformidad a las normas de nuestro Código de Comercio, las que se aplican en la contratación civil, las ofertas indeterminadas no son obligatorias para el que las hace. En efecto, el artículo 105 del Código de Comercio dispone: "Las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precio corrientes, prospectos o en cualquiera otra especie de anuncio impreso, no son obligatorias para el que las hace".

A la época de dictación del referido código, estas ofertas se consideraban mera propaganda.

Sin embargo, hoy en día, todavía vigente esta norma, no puede considerarse que tenga plena aplicación, y ello porque la ley de protección al consumidor, que analizamos, ha venido a reglamentar los derechos y obligaciones tanto del consumidor como del proveedor, disponiendo en su artículo 3º, letra a) que: "el consumidor goza de la libre elección del bien o servicio", es decir, este decide con quien contrata, recogiendo así el principio de la autonomía de la voluntad, y agregando en la letra c) del mismo artículo: "que tiene el derecho de no ser discriminado

---

[2] EILER, Sara, *De la formación del consentimiento en los contratos*, Memoria de prueba, Ed. Nascimento, Santiago, 1935, págs. 32 y 33.

por parte de proveedores de bienes o servicios", con lo que nos está indicando, a *contrario sensu*, que el proveedor "elegido", tiene la obligación de contratar con dicho consumidor o cliente.

Pero la ley, al establecer las consecuencias del no respeto de los derechos conferidos por este artículo 3º, no ha indicado que surja la obligación de contratar, sino que sanciona al que negare la prestación del servicio o venta del producto con la reparación en equivalencia, puesto que el mismo artículo 3º, letra c), establece que son derechos y deberes básicos del consumidor: "la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento a lo dispuesto en esta ley y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley franquea".

¿Se podrá concluir que en esta reparación a la cual se alude en la letra c) del artículo 3º, recién transcrito, se incluye la negativa a contratar? Y la pregunta surge porque en el artículo 13 de la Ley 19.496, que se encuentra dentro del párrafo 3º, relativo a las obligaciones del proveedor, prescribe: "Los proveedores no podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en las condiciones ofrecidas". O sea, contempla esta obligación básica de prestar el servicio o vender el bien ofrecido. Pero dicho párrafo no establece la sanción para el caso de contravención, y dentro del párrafo 5º, del Título II, titulado "Responsabilidad por incumplimiento", se encuentran una serie de hipótesis diferentes y ninguna de ellas plantea esta situación. Sólo se establece una norma general en el artículo 24, referida a las infracciones de la ley más que a las relaciones entre consumidores y proveedores, que dispone: "Las infracciones a lo dispuesto en esta ley serán sancionadas con multas de hasta 50 unidades tributarias mensuales si no tuviesen señalada una sanción diferente".

Al parecer, entonces, en el caso en análisis, tendría aplicación dicha multa, la que es a beneficio fiscal. Por ello el artículo 3º letra e), en vez de decir que el consumidor tiene el derecho a accionar, expresa que tiene el "deber de hacerlo" de acuerdo a los medios que le franquea la ley, y ello se explica porque sería una imposición que favorecería al Fisco.

La Ley de Protección al Consumidor no contempló una forma especial de exigir compulsivamente la contratación denegada, sino que tan sólo una multa que es a beneficio fiscal, con lo cual obviamente que el consumidor queda desprotegido. Y si

bien se indica en el texto de la ley que el consumidor tiene derecho a la reparación de los daños materiales y morales, ella está fundamentada en "el incumplimiento a lo dispuesto en esta ley", dentro de lo cual, genéricamente, podríamos incluir también la negativa a contratar. Pero al no existir norma especial al efecto, con la única salvedad de la que menciona expresamente la "reparación moral", aplicaremos los principios generales de la responsabilidad civil.

Cabe indicar que el actual texto de la Ley de Protección al Consumidor sólo contiene una norma relativa al cumplimiento forzado, contemplada en el párrafo sobre promociones y ofertas. En efecto, el artículo 35 establece: "En toda promoción u oferta se deberá informar al consumidor sobre las bases de la misma y el tiempo o plazo de su duración.

En caso de rehusarse el proveedor al cumplimiento de lo ofrecido en la promoción u oferta, el consumidor podrá requerir del juez competente que ordene su cumplimiento forzado, pudiendo este disponer una prestación equivalente en caso de no ser posible el cumplimiento en especie de lo ofrecido".

Es decir, se impone un cumplimiento en naturaleza o en equivalente, en caso de ser lo primero imposible. En este último evento estaríamos frente a una excepción a la regla identidad del pago, contemplada en el artículo 1569 del Código Civil.

Hubiese sido preferible que la Ley 19.496 contemplara una norma general de contratación forzada, además de la reparación adecuada, término que excluye esta vía, pues de manera alguna se pronuncia acerca de la obligatoriedad de la contratación, fuera de la excepción indicada, sino que tan sólo contempla indemnizaciones que tienen su fuente en la obligación legal incumplida. En lo que respecta a accionar de acuerdo a los medios que franquea la ley, estos medios parecen ir dirigidos más bien a obtener la aplicación de multas, las que van en beneficio fiscal y no del consumidor.

3. LIBERTAD CONTRACTUAL DEL CONSUMIDOR

Sin perjuicio de lo anterior, y no obstante no existir la exigibilidad de la oferta en términos forzados, podemos decir que la libertad contractual se encuentra plenamente acogida en la Ley 19.496 en lo que respecta al consumidor, pero no así respecto al proveedor, quien de no contratar, si bien no será obligado a

ello, se verá expuesto a cargar con multas y pagos de indemnizaciones.

Lo anterior parece congruente, porque por sobre esta libertad contractual está el derecho de todo ser humano de no ser injustamente discriminado en la oferta de bienes y servicios. Al efecto, existe un interesante fallo, pronunciado bajo la vigencia de la Ley 18.223, en que el SERNAC denunció al Centro de Salud y Recreación Gunther Mund y Compañía Limitada, por haber este negado en forma injustificada la prestación de un servicio a una consumidora de nacionalidad coreana. La denuncia se fundamentó en la contravención del artículo 2º de la Ley 18.233, el que, hoy se contiene en forma casi idéntica en el actual artículo 13 de la Ley 19.496.

En la referida causa, se expone que a doña J. J. J. L. se le negó la entrada al Centro de Salud y Recreación Gunther Mund, aduciéndose que en razón de ser ella ciudadana coreana tenía hábitos alimenticios que se traducían en malos olores en los saunas.

Dicha negativa se debió a que con anterioridad habían ingresado a dicho recinto un grupo de personas de la citada nacionalidad trayendo como consecuencia lo expresado, y los consiguientes reclamos de la clientela habitual.

El Juzgado de Policía Local de Vitacura, en fallo de 6 de enero de 1993, señaló lo siguiente: "Que, encontrándose reconocido el hecho de haber negado la prestación del servicio por parte de la denunciada, corresponde al Tribunal determinar si dicha negativa es justificada o no.

Que, examinando la prueba rendida en autos, se concluye que la negativa de prestación del servicio dentro de su giro por parte del Centro de Salud Gunther Mund es injustificada, y ello porque se basa exclusivamente en presunciones de que la denunciante, de nacionalidad coreana, produciría malos olores, producto de sus hábitos alimenticios. Dichas presunciones, además, emanan de hechos acaecidos con anterioridad al investigado por este Tribunal y con relación a terceras personas que nada tienen que ver con la denunciante, salvo el hecho de ser de la misma nacionalidad.

Que, a juicio del sentenciador, el artículo 3º de la Ley 18.233 tipifica la situación de personas o entidades que ofrecen sus servicios o productos al público en general, cuando ellas no colocan restricciones de ninguna especie. En efecto, dicha disposición legal dice expresamente: 'El que negare injustificada-

mente la prestación de un servicio comprendido en su respectivo giro, en las condiciones ofrecidas, será castigado...'.

Estas palabras son claras en cuanto a su tenor, en el sentido de que lo que está privilegiando el legislador son: 'las condiciones ofrecidas'.

En la especie, el servicio se ofrecía a todo el público, razón por la cual no se podía rechazar el ingreso de la denunciante. A *contrario sensu*, esta disposición legal permitiría fijar restricciones al prestador del servicio, tal como ocurre en clubes particulares, pero con las condiciones de que estas restricciones sean fijadas y conocidas por el público."

Termina el fallo acogiendo la denuncia y condenando al Centro de Salud y Recreación Mund y Compañía Limitada a pagar una multa a beneficio fiscal ascendente a 10 Unidades Tributarias Mensuales.

Apelado este fallo, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de 7 de abril de 1993, lo confirmó con ciertas modificaciones: Aclaró: "que el hecho de impedir a una persona o grupo de personas poder entrar en un lugar público o de atención al público en general, sea gratuito o pagado, basado en circunstancias de raza, sexo, idioma, religión o cualquiera otra circunstancia étnica, social o cultural, implica un trato desigual y discriminatorio que contraviene los principios que hoy imperan en las sociedades modernas relativos de derechos humanos, contenido en la Carta de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos que son leyes de la República en conformidad a lo dispuesto en el artículo 5º inciso 2º de nuestra Carta Fundamental".

Añadió la Corte "que, por mucho que se haya invocado, para impedir el acceso de una persona de una determinada nacionalidad al Centro de Salud de que se trata, el hecho que las costumbres alimenticias de personas de esa nacionalidad hace que tengan mal olor o que grupos de personas de esa nacionalidad hayan perturbado con sus hábitos a la clientela de ese negocio, no es menos cierto que, además de significar la conducta de los responsables del Centro de Salud Gunther Mund una discriminación racial, resulta además una actuación injusta y atentatoria contra la dignidad humana, injusta por cuanto por aquello en que incurrieron otros de la misma nacionalidad o grupo étnico de la denunciante, se le hizo a esta acreedora de una sanción

moral, atentatoria a la dignidad humana, pues la referida discriminación y los razonamientos para justificarla implican además una injuria en menoscabo de una persona y de todos los componentes de un grupo social".

Después la sentencia se refiere a la igualdad ante la ley, exponiendo que "nuestra Constitución establece que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley de la República a partir del 29 de abril de 1989, establece en lo pertinente, que nadie será objeto de ataques ilegales a su honra. El artículo 11 del pacto de San José, Ley de la República, desde el 5 de enero de 1991, establece, en lo atinente, que 'toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad' y que nadie puede ser objeto de ataques ilegales a su honra."

En consecuencia, concluye el sentenciador, "junto con haber incurrido el denunciante en la norma del artículo 3º de la Ley 18.223, cometió un acto discriminatorio que la comunidad, cada vez más, considera grave y atentatorio a la dignidad humana, razón por la cual se estima razonable aplicar la sanción correspondiente a dicha infracción al máximo".

Termina el fallo elevando a 20 unidades tributarias mensuales la multa impuesta

Habiéndose interpuesto Recurso de Queja contra el fallo que antecede, la Corte Suprema, por resolución de 7 de septiembre de 1993, la declaró sin lugar, por no existir falta o abuso[3].

El fallo anterior abrió interrogantes a una serie de cuestiones que se pueden presentar en la práctica relativas a la contratación, y básicamente dicen relación con el hecho de que, al poner el acento "en las condiciones ofrecidas de antemano", la parte fuerte de la relación puede fijar las condiciones bajo las cuales contrata, amparada en que fijó la regla con antelación y de esta forma se pueden producir una serie de discriminaciones de hecho, para evitar lo cual sería primordial determinar cuándo existe propia discriminación.

Al efecto, el Diccionario de la Real Academia Española define discriminación como: "Distinguir, diferenciar una cosa de otra, dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc..."

---

[3] Cfr. C.S. 7 de septiembre de 1993, *RDJ* T. XC, sec. 1ª, p. 96.

Por su parte, de los considerandos expuestos por la Corte se puede concluir que discriminación implica hacer distingos en base *a la raza*, sexo, idioma, religión o cualquiera otra circunstancia étnica, social o cultural, que implique efectivamente un trato desigual e incluso vejatorio.

Pensamos que lo anterior no significa que no puedan existir ofertas dirigidas a grupos determinados, como lo son, por ejemplo, señalados clubes que agrupan a personas que cuentan con ciertas características, o servicios dirigidos a público masculino o femenino, como por ejemplo ciertos comedores del Club de la Unión que están destinados a los varones. El problema se presenta cuando la oferta es amplia e indefinida, produciendose en el hecho negativa a ingreso por la persona que está a cargo de la recepción, lo que conllevaría a un acto discriminatorio por implicar un trato vejatorio para la persona que es rechazada como cliente apto para dicho establecimiento comercial.

La Ley 18.223 tampoco contemplaba la obligatoriedad de contratar, puesto que su artículo 3º disponía la aplicación de multas al que injustificadamente negare la venta de cualquier bien o la prestación del servicio comprendido en su respectivo giro en las condiciones ofrecidas y la sanción para el que negaba la venta o prestación de servicio "dentro de las condiciones ofrecidas", lo que excluía de la sanción a aquellos que negaban sus servicios a las personas que no se encuadraban dentro del grupo seccional al cual iba dirigida la oferta.

Hoy en día no ha variado el criterio, ya que el artículo 12 de la Ley 19.496 dispone: "Todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, *condiciones y modalidades* conforme a los cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio." Por su parte, el artículo 13 agrega: "Los proveedores no podrán negar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios comprendidos en sus respectivos giros en *las condiciones ofrecidas*".

Es decir, se habla en estos preceptos de la venta del bien o prestación del servicio en "las condiciones" o "modalidades ofrecidas".

Por lo anterior, la letra b) del artículo 3º hace el alcance de que el consumidor tiene la obligación de informarse acerca de las condiciones de la contratación, es decir, abiertamente reconoce y permite que se fijen estas, por lo que se puede concluir que, desde el punto de vista del proveedor, es importante fijar en forma clara y

previa, cuál es el grupo poblacional al cual va dirigida su oferta y evitar así ser multado por negativa "injustificada" a contratar.

4. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA SANCIÓN POR LA NEGATIVA A CONTRATAR

Lo anterior nos lleva a buscar determinar por qué el proveedor resulta sancionado cuando niega injustificadamente la venta del bien o la prestación del servicio, y más allá de los fundamentos filosóficos que el tema ofrece quisiéramos centrarnos en una respuesta más jurídica, y tal vez pudiéramos decir que lo que está ocurriendo es que, además de aplicarse los tratados internacionales suscritos por Chile como Ley de la República, se le está dando cierto valor a la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligación.

En efecto, por el hecho de ofrecer contratar, el proveedor queda sujeto a sanción en caso de que "se niegue". Esta obligación de indemnizar y de pagar multa tiene su origen en la oferta o declaración unilateral previamente formulada por el proveedor.

Así el legislador se pronuncia tomando partido por la seriedad de la palabra empeñada, y la importancia que asume el deudor cuando declara su deseo de contratar.

III. CONTRATOS DE ADHESIÓN

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La ley en esta materia ha dado un paso importantísimo porque por primera vez en nuestra legislación se ha reglamentado este tipo de contrato, el que si bien ha estado reconocido como una forma de manifestación de voluntad destinada a producir efectos jurídicos, ha suscitado controversia acerca de su naturaleza jurídica.

En efecto, el jurista francés Raymond Sailelles dio inicio a un extenso debate en torno a esta figura, fracasando en su intento de dejarla fuera del campo contractual, pero su denuncia contribuyó a la toma de conciencia de que la parte con mayor poder negociador abusa de la parte carente de ese poderío[4].

---

[4] LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, "Cláusulas abusivas y derecho del consumidor", en *Instituciones Modernas de Derecho Civil*, ConoSur, Santiago, 1996, pág. 424.

Hoy vemos cómo el legislador ha advertido que en la contratación moderna ocurre con frecuencia que el proveedor ofrece sus servicios o productos en forma masiva, con condiciones iguales y preestablecidas, fijadas de antemano por este, dirigidas a todos los potenciales consumidores, con los cuales sería imposible negociar en forma particular cada una de las cláusulas del contrato.

De esta manera, los contratos se celebran masivamente, aceptándose las condiciones preimpuestas por la parte fuerte de la relación, no quedándole al consumidor más alternativa que asentir a los términos ya fijados, si quiere tener acceso al producto o servicio.

Lo anterior ha llevado a algunas prácticas abusivas, como lo son por ejemplo: la liberación de responsabilidad del proveedor, el empleo de la letra chica o ilegible, el uso de nomenclatura técnica, la fijación de plazos extremadamente cortos para responder, el empleo de vocablos en idioma extranjero, etc.

Todas estas estipulaciones reciben el nombre de "cláusulas abusivas", las que han sido definidas por diversos autores, entre otros por María Victoria Bambach Salvatore, que las conceptualiza como: "estipulaciones contractuales que entrañan un desequilibrio de las partes en la convención"[5].

Esta forma masiva de contratación y la consiguiente imposición de determinadas cláusulas ha llevado a la revisión de este tipo de convención, lo que se ha materializado en la ley de protección al consumidor en una reglamentación que, si bien adolece aún de carencias y fallas, implica un importante avance en la defensa del consumidor.

Al efecto, la Ley 19.496 primeramente define el contrato de adhesión en el artículo 1º, número 6, de la siguiente manera: "Aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido".

Desde siempre, como se dijera anteriormente, los contratos de adhesión han producido la inquietud de que en ellos no se ve claro el principio de la autonomía de la voluntad porque la parte fuerte de la relación impone su contenido a quien no se halla en situación de discutir los términos de la convención.

La Ley de Protección al Consumidor, en el concepto dado, recoge esta idea, pues claramente indica que el consumidor,

---

5 BAMBACH SALVATORE, María Victoria, "Las cláusulas abusivas", en *Contratos*, Coordinación Enrique Barros B., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, pág. 51.

para celebrarlo, no puede alterar su contenido, es decir, se limita a asentir.

Dada la forma en que se presta el consentimiento se ha llegado a sostener por algunos autores que los contratos de adhesión sólo tienen el nombre de contrato, pero que en el hecho se asemejarían más a declaraciones unilaterales que requieren el consentimiento de otro sujeto para producir plenos efectos.

2. NORMAS POR LAS CUALES SE RIGEN

La Ley 19.496 contempla un párrafo 4º titulado: "Normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión", propendiendo con ello a igualar a las partes de la relación, estableciendo una serie de limitaciones para aquel que impone el contenido, y contemplando la sanción de ineficacia para determinadas cláusulas. Sin embargo, del modo como quedó estructurada la norma, se advierte que, en la práctica, esta forma de contratación no dejó tan resguardados a los consumidores.

En efecto, el artículo 16 señala 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 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.

En esta letra a) el legislador se preocupó de reglamentar tres distintas situaciones, cuales son:

a.1) Entregar a una de las partes la facultad de que unilateralmente deje sin efecto el contrato;
a.2) Facultar a una de las partes para que modifique a su solo arbitrio el contrato;
a.3) Permitir que una de las partes suspenda unilateralmente la ejecución del contrato.

Estas situaciones pueden dar origen a las referidas cláusulas abusivas, siendo esta una de las más importantes innova-

ciones producidas por la ley, ya que se comprende un sinnúmero de hipótesis, así por ejemplo tendrá aplicación en diferentes situaciones:

1º) Tratándose de los servicios de suministro permanente (TV Cable), en que se impedirá que el proveedor establezca que pondrá término al servicio mediante un aviso dado con breve antelación, disposiciones que normalmente van acompañadas de la prohibición para el consumidor de darlo por terminado si no es con un aviso de muy largo plazo;

2º) En los contratos de apertura de tarjetas de crédito, en que el proveedor se reserva el derecho de poner término al mismo cuando lo estime conveniente, en cambio si el usuario quiere ponerle término, lo obligan a un pago acelerado de lo que debe, aun cuando haya plazo para pagar;

3º) En los contratos suscritos con las agencias de viaje, en que ha sido característico que estas se reserven el derecho a suspender el servicio con una determinada anticipación o a modificar los itinerarios sin expresión de causa;

4º) Aquellas empresas que se reservan el derecho a modificar los precios.

Se advirtió en el estudio de la ley que normalmente la empresa podía poner término al contrato en el momento que lo estimase oportuno, en cambio el consumidor estaba sometido a reglas muy diferentes que le impedían terminar la relación.

Con esta disposición se viene a terminar con esta práctica desigual, la que en el hecho estaba vulnerando la norma del artículo 1545 del Código Civil, que dispone: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o causa legal".

El consentimiento mutuo, en la idea del legislador, no puede ser aquel que *a priori* establezca que una de ellas, por su sola decisión pueda modificar o revocar el contrato.

Lo mismo puede decirse respecto a la suspensión unilateral de sus efectos.

De esta forma, la Ley de Protección al Consumidor está consagrando una limitación a la libertad contractual, pero que tiene

su asidero al mismo tiempo en la defensa de esta libertad, pues cuando nos referimos al tema de la autonomía de la voluntad en general, estamos partiendo de la base de que ella se presenta entre personas que están en un pie de igualdad, lo que no ocurre entre consumidor y proveedor y, por ende, se protege a quien se le quiere imponer un tipo de negociación que no se aviene a los principios generales de la contratación de nuestro Código Civil.

De otro modo, en cuanto a la segunda parte de la disposición, parece lógica la norma ya que el producto sólo podrá ser aprobado por el consumidor cuando le llegue el despacho respectivo, y en cuyo caso, si este no está conforme a sus expectativas podrá dejar sin efecto el contrato, lo que es usual no sólo en la legislación comparada sino en nuestro mismo Código Civil en que este tipo de compra, de alguna manera, estaba contemplada en el artículo 1823 del C.C., que trata la venta de la cosa a prueba, disponiendo en su inc. 1º: "si se estipula que se vende a prueba, se entiende no haber contrato mientras el comprador no declara que le agrada la cosa de que se trata, y la pérdida, deterioro o mejora pertenece entre tanto al vendedor". El inciso 2º agrega: "Sin necesidad de estipulación expresa se entiende hacerse a prueba la venta de todas las cosas que se acostumbra vender de este modo".

Podemos decir que es una práctica incorporada la aprobación de las cosas que se venden por catálogos, muestrarios, etc.

b) En seguida el texto del artículo 16 de la Ley, en su letra b) se refiere al aumento de precios, prohibiendo que se establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamientos o recargos, a menos que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado o en forma específica.

Se puede señalar como ejemplo de esto aquellos casos en que el proveedor que se niega a vender al contado y establece en su contrato de adhesión recargos por el pago diferido.

En otras palabras, el precio tiene que ser real, serio y determinado, y no parecería que el precio cumpliera la condición de determinado cuando unilateralmente el proveedor puede incrementarlos por la vía de servicios, accesorios, financiamientos o recargos.

Ya nuestro Código Civil, en su artículo 1809, impide que el precio quede al arbitrio de una sola de las partes.

c) A continuación, la Ley en la letra c) del artículo 16 se refiere a las eximentes o limitantes de responsabilidad, prohibiendo poner de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no les sean imputables.

Esta prohibición resulta de toda lógica, puesto que sería una cláusula abusiva el pretender descargar la responsabilidad cuando la deficiencia no le sea imputable al consumidor.

Lo anterior podría acontecer por ejemplo cuando la cuenta por el consumo se paga en el banco y este retarda la entrega de los fondos al proveedor.

De acuerdo a esta norma no sería posible aplicar la multa convenida por el retardo en el contrato de adhesión, porque no es imputable al consumidor la tardanza en la remesa de los dineros.

d) Posteriormente, en la letra d) del artículo 16, la Ley se preocupa de defender al consumidor en lo que se refiere a la prueba de las obligaciones, prohibiendo la estipulación que invierta la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Es de mucha importancia esta norma, porque de haberse permitido cargar al consumidor con la prueba, en la práctica se trataría de una limitante o exención de responsabilidad del proveedor, ya que muchas veces el consumidor no está en condiciones de probar los hechos.

Un ejemplo de lo anterior sería el caso de que se pretendiera que el consumidor acreditara que él no efectuó tales llamadas telefónicas.

e) Por su parte, en la letra e) del artículo 16 la Ley se refiere a las limitantes absolutas de responsabilidad frente al consumidor, prohibiendo aquellas que puedan privar a este de su derecho a resarcimiento o deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto.

Es el caso por ejemplo de los lavasecos cuando advierten en recibos que entregan al consumidor que no responderán por los deterioros que experimente la ropa en el tratado de limpieza, de los servicios de custodia que se exoneran de los daños que pueda sufrir la cosa depositada, de los establecimientos de jue-

gos electrónicos o mecánicos en que se pretende liberar de responsabilidad por su mal funcionamiento.

Ya se advierte en este punto la debilidad de la norma, pues lo que impide es la limitación absoluta de la responsabilidad, surgiendo la inquietud de determinar cuándo la limitación es absoluta y cuándo no lo es. Al respecto, podríamos decir que la limitación 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.

Lo anterior puede llevar a una serie de controversias en la práctica, pues podrá ser sistema usual convenir que sólo se responderá hasta determinado monto. Dicha forma de estipulación, al no contener una limitación absoluta de responsabilidad, será válida.

f) Finalmente, la última letra del artículo 16, la f), se refiere a los espacios en blanco, prohibiéndolos.

Se trata de un requisito formal, y aquí el consumidor tendría que pedir una copia de su contrato al momento de suscribirlo, cuestión que contempla el artículo 17, dándole valor al documento aun cuando no haya sido suscrito todavía por el proveedor, siendo una excepción al artículo 1702 del Código Civil, que da sólo valor al instrumento suscrito.

En efecto, el artículo 17 en su inciso final dispone: "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 este. La copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado, para todos los efectos legales".

El artículo 17, además de lo anterior, se refiere a la redacción en idioma castellano, y en que en los contratos impresos prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí.

Esta norma responde a una interpretación clara y lógica, cual es que de alguna manera lo escrito es posterior y está dejando sin efecto lo previamente redactado.

3. SANCIÓN APLICABLE

La expresión inicial del texto del artículo 16, esto es, que la cláusula no producirá efecto alguno, no deja 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.

Al respecto, descartaremos la inexistencia por no encontrarse reconocida ni reglamentada expresamente en nuestra ley.

Por otra parte, pensamos que se trata de una nulidad absoluta, por objeto ilícito, eliminando la relativa, por sancionar esta última las omisiones de los requisitos establecidos en razón de la calidad o estado de las partes que intervienen en el acto, cuyo no es el caso.

Dentro de la nulidad absoluta se distingue la nulidad total de la parcial, la primera afecta a todo el acto, en cambio la segunda sólo a la cláusula abusiva.

En el derecho comparado el problema se ha estudiado y en legislaciones como la alemana, suiza e italiana, se ha concluido que si la nulidad afecta a una cláusula, queda sola ella sin efecto. Pero puede ocurrir que la cláusula contenga derechos o deberes de una de las partes, que constituyan el contrapeso que, en justicia, deban tener los derechos y deberes de la otra, si una nulidad parcial quiebra este justo equilibrio, el contrato en su integridad es nulo[6].

Sobre la base de lo anterior, y estando de acuerdo con la solución referida, pensamos 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.

Sin embargo, la protección al consumidor, de concederse la nulidad absoluta, implicaría que él no tendría acceso al bien o servicio de que se trata, pues las partes, al momento de declararse la nulidad, deben retrotraer la situación al momento de contratar, produciendose las restituciones mutuas, lo que se traduciría en las devoluciones recíprocas del precio y del bien. En cambio, una nulidad parcial resulta más ajustada, porque sólo se deja de aplicar la cláusula abusiva, permaneciendo firme la con-

6. AIMONE GIBSON, Enrique, *Derecho de Protección al Consumidor*, ConoSur, 1998, págs. 79 y 70.

tratación en el resto, y teniendo de esta forma el consumidor derecho al bien o servicio de una forma más equitativa.

La Ley de Protección al Consumidor, a nuestro juicio, se inclinó por esta segunda posición, pues expresamente en el inciso primero del artículo 16 se expresa: "No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que...". Es decir, lo que no produce efecto es la estipulación que contiene un desequilibrio que perjudica al consumidor.

IV. Contratos de prestación de servicios

La Ley se preocupa en los artículos 40 y siguientes, dentro del párrafo IV, del Título III, de reglar ciertos tipos de prestaciones de servicios:

1º) En el artículo 40 se establece que la reparación de cualquier tipo de bien lleva implícita la obligación de emplear repuestos o componentes adecuados al bien de que se trata, y si son refaccionados debe informarse al consumidor.

En caso de incumplimiento, además de la indemnización en caso de que proceda, se deberán sustituir los componentes por los adecuados.

También el consumidor podrá exigir que se le especifiquen en la boleta los repuestos empleados, el precio de los mismos y el valor de la obra de mano.

2º) En el artículo 41 se contiene la obligación para el prestador de un servicio de señalar en la boleta, factura, recibo, el plazo por el cual se hace responsable del servicio o reparación, sin perjuicio de lo cual se confiere al consumidor un breve período de diez días hábiles contados desde la fecha del término de la prestación del servicio o de la entrega del bien reparado.

Este plazo resulta excesivamente corto si se tiene en cuenta que existen los daños latentes, los que pueden estar en germen al momento de la entrega y que posteriormente se manifiesten.

Si el Tribunal acoge la acción ordenará se preste nuevamente el servicio o se restituya el dinero pagado al proveedor, debiendo acreditar el consumidor la relación contractual con la documentación respectiva. La carga de la prueba la tiene el consumidor, por lo que deberá procurarse en la práctica los documentos

que respalden su acción, como lo podrá ser la boleta que respalde la venta del producto o la prestación del servicio.

3º) En el artículo 42 se prescribe que si el consumidor deja pasar más de un año sin retirar las especies entregadas en reparación se entenderán abandonadas en favor del proveedor, adquiriéndolas este por disposición de la ley.

Con esto se pretende solucionar la dificultad que tenía el proveedor con las especies que permanecían en su poder indefinidamente, las que podía adquirir en último término por la prescripción general de dos años. Hoy la Ley le atribuye el dominio pasado un año, entendiendo que han sido abandonadas en su favor, adquiriéndose, en consecuencia, por ocupación.

Por último, si el proveedor actúa como intermediario en la prestación de un servicio, responderá directamente al consumidor por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin perjuicio de que podrá repetir contra el prestador de los servicios o los terceros que resulten responsables.

Lo anterior también busca poner término a la práctica de desvincularse de toda responsabilidad aduciéndose de que se es mero intermediario, al establecer el derecho para el consumidor de dirigirse directamente contra el que le dispensó el servicio.

Esta norma pareciera no alterar las reglas generales, porque si bien estamos frente a un mandato, la mayor parte de las veces este "intermediario" habrá actuado a nombre propio, y en consecuencia él es la parte en la relación contractual.

Si no fuerte así, y conocidamente se contratara a nombre de otro, se alteria la regla general, ya que dado el tenor de la norma se puede perseguir la responsabilidad del intermediario.

V. Algunas conclusiones

Reconociendo la importancia que ha tenido la Ley, en lo que respecta a la determinación de los derechos y obligaciones de proveedores y consumidores, se advierte que aún existen carencias y terrenos donde se puede perfeccionar el texto legal, por ejemplo:

1º) Establecer un procedimiento ágil para solicitar compulsivamente la contratación y no la simple aplicación de multas e indemnización, sin perjuicio de la procedencia de estas.

2º) Posibilitar la devolución del producto y restitución del precio en casos que vayan más allá del objeto defectuoso.

3º) Impedir las limitaciones de responsabilidad, totales y parciales, en los contratos de adhesión.

4º) Sistematizar el cuerpo legal, ya que no existe una línea conductora, estando dispersos en distintos títulos normas diversas.

5º) Ordenar la prescripción ya que existe una anarquía total, con plazos diferentes según la figura de que se trate.

6º) Contemplar medidas autosatifactivas, esto es, "soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables de inmediato, mediando una fuerte probabilidad de que los planteamientos formulados son efectivos"[7]. Por ejemplo, si nó se entrega el manual de uso en idioma nacional, lograr obtener este a través de un procedimiento sumarísimo, bastando la solicitud al Tribunal para que este lo ordene.

Se trata, en suma, de medidas que permitan al consumidor hacer uso del bien vendido, sin tener que recurrir a procedimientos largos y costosos.

---

[7] WALTER PEYRANO, Jorge, citado por Vásquez Ferreyra, Roberto, en "Las medidas autosatisfactivas en el derecho de daños y la tutela del consumidor", artículo publicado en el diario *La Ley*, Buenos Aires, 17 de octubre de 1997, pág 1.

LA REGULACIÓN DEL CRÉDITO DE CONSUMO EN LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

MARCO ANTONIO GONZÁLEZ ITURRIA
Profesor de Derecho Económico
Universidad de los Andes

I. PALABRAS INICIALES

No puedo comenzar este trabajo, el primero que escribo desde que imparto el curso de Derecho Económico en la Universidad de los Andes, sin rendir un pequeño homenaje y expresar mi público agradecimiento a don Arturo Yrarrázaval por su permanente ayuda, prudente consejo e indispensable guía en el difícil camino de la cátedra universitaria.

Estimo necesario advertir que he dividido en tres partes esta exposición. La primera parte la dedicaré al análisis de lo que entendemos por crédito de consumo, analizando cómo cada forma de crédito es tratada por la Ley de Protección al Consumidor (LPC). La segunda la dedicaré a analizar las normas de fondo contenidas en esta ley respecto del crédito directo al consumidor. Finalmente, dedicaré algún espacio a las normas referidas a la tasa de interés máximo convencional.

II. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR CRÉDITO DE CONSUMO?

1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO

Debo confesar que he dedicado parte importante de mi tiempo de estudio a dilucidar este concepto de "crédito de consu-

mo", que a primera vista parece simple, pero que a la hora de confrontarlo con la ley presenta variadas complejidades y dudas.

Al examinar los créditos de consumo a la luz de la ley, podría pensarse que los derechos de los consumidores estarían circunscritos a las normas contenidas en el Párrafo 3º del Título III de la Ley de Protección al Consumidor, sin embargo un examen más profundo de la cuestión nos revela que la aplicabilidad de esta ley a los créditos de consumo es bastante más amplia que las disposiciones del párrafo mencionado.

Para determinar entonces las normas aplicables a toda clase de créditos de consumo, conviene distinguir tres categorías distintas de créditos:

1º Aquellos otorgados para la adquisición de bienes y servicios por bancos e instituciones financieras;

2º Los créditos otorgados para la adquisición de bienes y servicios por entidades distintas a los bancos, que llamaré empresas de crédito comercial, y

3º Los créditos otorgados para la adquisición de bienes y servicios por parte del proveedor de los mismos.

2. LOS CRÉDITOS OTORGADOS PARA LA ADQUISICIÓN DE BIENES Y SERVICIOS POR BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS

De acuerdo a los dispuesto en el Nº 69 del artículo 3º de la Ley General de Bancos, estas entidades pueden "3) Hacer prestamos con o sin garantía.". La práctica ha hecho que los créditos otorgados por los bancos e instituciones financieras sean clasificados entre créditos de consumo, créditos productivos y créditos hipotecarios.

Por los primeros se entiende todo crédito en que el deudor, persona natural, tiene como finalidad destinar los recursos obtenidos a la adquisición que satisfacen necesidades de consumo, pudiendo ser durables o no. Se excluyen la adquisición de bienes de capital (créditos productivos) y de inmuebles (créditos hipotecarios).

Es del caso mencionar que los créditos bancarios de consumo han tenido un crecimiento espectacular en los últimos años, debido a las mayores posibilidades que han obtenido

las personas de financiar la adquisición de este tipo de bienes y al mayor desarrollo de nuestro sistema financiero que ha ampliado sustancialmente su oferta. Esto último se ha reflejado en la creación de divisiones especiales en los bancos e instituciones financieras, destinadas a otorgar exclusivamente esta clase de créditos.

La pregunta que surge de inmediato es: ¿quedan estos "créditos de consumo" regidos por la Ley de Protección al Consumidor?

La pregunta ha suscitado números debates y análisis, tanto durante la discusión de la Ley de Protección al Consumidor como de la última reforma a la Ley General de Bancos. Para responderla creo necesario verificar en la especie los supuestos para la aplicabilidad de la Ley de Protección al Consumidor.

a) Relación entre proveedor y consumidor

De acuerdo al artículo 1º, esta es la primera condición de aplicabilidad de la ley, la cual se ve satisfecha plenamente en los créditos de consumo otorgados por un banco, toda vez que este tiene la calidad de un proveedor de un servicio, en este caso financiero, por lo que cobra un precio, en este caso la tasa de interés.

b) Acto de comercio mixto

De acuerdo a lo que dispone el artículo 3º Nº 11 del Código de Comercio, son actos de comercio "las operaciones de banco", y que en este caso tienen la calidad de mixtos cuando el crédito es otorgado por un banco a una persona, para la que este acto tenga el carácter de civil, lo que ocurre normalmente en el caso de los créditos de consumo.

c) Ausencia de leyes especiales que rijan la materia

No deseo abundar en este requisito, porque los lectores tienen la oportunidad de verlo analizado con notable profundidad por el profesor Rony Jara en este mismo volumen.

Sin embargo, es necesario aquí recordar la intensa discusión planteada con motivo de la puesta en vigencia de la LPC, acerca de si era o no aplicable a la generalidad de la actividad bancaria, en razón precisamente de esta disposición.

Al respecto, no existe duda en cuanto que la Ley General de Bancos, la Ley Nº 18.010 sobre Operaciones de Crédito en Dinero y la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, constituyen normas especiales que regulan las operaciones de crédito de los bancos. No obstante, sí surge duda cuando se revisa la contraexcepción incluida en el mismo artículo 2º de la LPC.

Esta contraexcepción señala que la LPC regirá en actividades guiadas por normas especiales, respecto de todas aquellas "materias que estas últimas no prevean". El punto está entonces en determinar si existirían en la Ley General de Bancos y, especialmente, en las demás normas que rigen las operaciones de crédito, materias o asuntos no reguladas y que el mismo tiempo estarían reguladas por la Ley de Protección al Consumidor.

En respuesta a esa interrogante, debemos señalar que del análisis de la Ley de Protección al Consumidor se desprende un conjunto no despreciable de normas que, de no existir regulación específica en las normas bancarias especiales, serían plenamente aplicables a las operaciones de crédito. Tal es el caso, por ejemplo, de las normas referidas a:

- los derechos y deberes del consumidor;
- las obligaciones del proveedor (piénsese por ejemplo en la prohibición de negar injustificadamente la prestación del servicio en las condiciones ofrecidas);
- todas las normas sobre contratos de adhesión, y
- normas sobre información y publicidad.

La respuesta es que si examinamos la Ley de Bancos y sus normas complementarias, podemos llegar a la conclusión que sí existen numerosas disposiciones referidas a estas materias, especialmente en las instrucciones complementarias dictadas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (por ejemplo, en materias de información a los consumidores, en el Capítulo 18-12 del Compendio de Normas).

La existencia de estas normas llevó a muchos a sostener fundadamente la inaplicabilidad de la Ley del Consumidor a las operaciones de crédito. No obstante, la autoridad de la Superintendencia manifestó públicamente su opinión en cuanto a la plena aplicabilidad de la Ley de Protección al Consumidor en estas materias, lo que resulta de gran relevancia proviniendo de quien tiene la facultad de interpretar estas leyes.

En la práctica, este pronunciamiento originó por parte de los bancos un conjunto de modificaciones y adecuaciones a los contratos de crédito, con el objeto de dar cumplimiento a las normas de esta ley. Sin embargo, esto ha sido cuestionado ante los tribunales de justicia argumentándose que la Ley de Bancos ha previsto estos temas.

Consta en las actas de la ley que el título del Párrafo Tercero fue modificado en el Senado con el objeto de evitar que las operaciones ahí regidas se confundieran con las Operaciones de Crédito en dinero, regidas por la Ley Nº 18.010, lo que hace suponer la intención en el resto de los casos de no evitar esa aplicación.

Todo lo anterior, en mi opinión, ha cambiado sustancialmente luego de la dictación de la Ley Nº 19.528, que reformó la Ley General de Bancos y otros cuerpos legales relacionados. En efecto, señalamos que las normas especiales sólo cedían a la aplicación de la LPC cuando aquellas no habían previsto determinadas materias. Me parece que la reforma a la Ley General de Bancos precisamente previó las principales materias que estaban siendo entregadas a la regulación de la LPC, en cuanto operaciones de crédito.

En efecto, el artículo tercero Nº 3 de esta ley, modificó el artículo 6º de la Ley Nº 18.010 sobre Operaciones de Crédito en Dinero, agregando el siguiente nuevo inciso final: "Será aplicable a las operaciones de crédito de dinero que realicen los bancos, lo dispuesto en el inciso primero del artículo 17 de la Ley Nº 19.496 y la obligación de información que contempla la letra c) del artículo 37 de la misma ley citada, debiendo identificarse el servicio que la origina".

De esta modificación se desprende que, si hasta la dictación de esta reforma bancaria se discutía acerca de si la legislación de esta área había "previsto" las materias relacionadas con los derechos de los consumidores, ahora esta discusión es inoficiosa por cuanto el legislador, conociendo íntegramente el contenido de la LPC, determinó expresa y categóricamente aquellas normas que le eran aplicables a las operaciones de crédito en dinero regidas por la Ley Nº 18.010.

En conclusión, en lo que dice relación con este primer grupo de operaciones de crédito de consumo realizadas por los bancos con personas calificables de "consumidores", sólo les son aplicables las normas del inciso primero del artículo 17 (legibilidad e idioma de los contratos de adhesión), y la obligación de infor-

mación del artículo 37 letra c), respecto de cualquier pago adicional al previsto.

Lo anterior debe entenderse referido a aquella parte de los créditos de consumo que son regidos por la Ley Nº 18.010, porque en los demás aspectos de estas operaciones se mantendrá plenamente aplicable la LPC en lo que no haya sido previsto por la Ley General de Bancos.

Me referiré ahora a la segunda clase de créditos de consumo.

3. LOS CRÉDITOS OTORGADOS PARA LA ADQUISICIÓN DE BIENES Y SERVICIOS POR ENTIDADES DISTINTAS A LOS BANCOS Y A LOS PROVEEDORES DE LOS BIENES

Me ha parecido de especial interés referirme a esta clase de operaciones de consumo, porque en los últimos años han adquirido gran importancia dentro del total de operaciones de crédito realizadas en el mercado.

Dentro de esta clase de créditos están todos aquellos otorgados por empresas dedicadas al giro de financiar la adquisición de bienes y servicios, bajo la modalidad de tarjetas de crédito o líneas de crédito de libre disposición respecto de un determinado proveedor. Salvo en contados casos, donde se permiten avances de dinero de libre disposición, el otorgamiento del crédito tiene como objeto exclusivo financiar la adquisición de un bien o servicio en la empresa relacionada.

Es un hecho obvio que hoy una parte significativa de las ventas son realizadas en casas comerciales que operan con empresas relacionadas, que prestan este servicio de financiamiento. No quiero hacer propaganda gratis ni ser injusto con los ejemplos que voy a omitir, pero es el caso de Almacenes París, Falabella y Ripley.

En el caso de Falabella, por ejemplo, el cliente de la tienda celebra un contrato con una empresa distinta, CMR S.A., y que en virtud de lo dispuesto en el contrato, permite al cliente gozar de una línea de crédito para "efectuar compras o adquisiciones de bienes o servicios en todos los establecimientos de la Cadena Falabella". Los contratos de las demás casas comerciales son similares.

Tal es la importancia de esta nueva modalidad de créditos de consumo, que durante la tramitación de la LPC se discutió intensamente el incluirlas específicamente en el ámbito de aplicación del Párrafo 3º del Título III.

Así consta, por ejemplo, de lo expuesto por los diputados Luis Valentín Ferrada y Aníbal Pérez Lobos en las sesiones de la Comisión de Economía del Senado (Informe de la Comisión de Economía del Senado, Boletín 446-03, páginas 167 y ss.), donde impulsaron intensamente la modificación de la ley con el objeto de abarcar también en ella las operaciones de crédito de esta naturaleza, entendiendo que quedaban fuera del ámbito de aplicación del Párrafo 3º. Sin embargo, la Comisión desechó sus proposiciones.

Es del caso señalar que la razón de este auge y del crecimiento de esta forma de crédito es que, de ser otorgado directamente por la casa comercial, se encarecería su costo porque el total del precio, incluyendo el mayor valor del financiamiento, estaría afecto al pago del IVA.

En lo referido a los créditos de consumo otorgados por estas empresas, que en adelante denominaré "de crédito comercial", surgen dos aspectos que resulta necesario clarificar: el primero de ellos es si quedan comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Párrafo 3º del Título III, "Del crédito al consumidor"; el segundo es si a estas empresas de crédito comercial les son aplicables el resto de las normas de la LPC.

a) Aplicabilidad del párrafo tercero

Se ha sostenido que las operaciones de consumo entre una casa comercial, proveedor, y un consumidor, financiadas mediante una línea de crédito otorgada por una empresa de crédito comercial, quedaría abarcada dentro de este párrafo.

Creo que esta posición va contra el texto expreso del artículo 37 de la LPC, que circunscribe su aplicación al cumplimiento de los supuestos que ya examinamos y, además, a que se trate de una "operación de consumo en que se conceda crédito directo al consumidor". El término directo debe entenderse precisamente como excluyente de las operaciones donde el financiamiento de las operaciones de consumo no proviene "directamente" del proveedor, sino que de una persona jurídica distinta, lo que hemos llamado la empresa de crédito comercial.

El otorgamiento de crédito por parte de esa empresa no puede ser considerado como parte de la operación de consumo que exige esta disposición, ya que es un contrato diferente, aunque íntimamente relacionado con aquel.

Surge la duda en todo caso si la no aplicación del artículo 37 se extiende a los artículos 38 y 39, lo que resulta de capital importancia, como veremos en la estipulación y cobro de intereses. Del solo examen de la ley parecería deducirse que el párrafo tercero se aplica genéricamente al "crédito al consumidor", estando circunscrito al crédito directo sólo el artículo 37.

Sin embargo, el Segundo Informe emitido sobre el proyecto por la Comisión de Economía del Senado consigna expresamente que la "Comisión sugiere nombrar el epígrafe como 'del crédito al consumidor', para no confundir *las operaciones reguladas en este párrafo con aquella que norma la Ley Nº 18.010, sobre operaciones de crédito en dinero*".

Por lo tanto la intención manifiesta del legislador fue no aplicar estas normas a materias diferentes al crédito directo otorgado por el proveedor.

b) Aplicación del resto de la ley

La conclusión precedente, en cuanto a la exclusión de la aplicación del artículo 37, 38 y 39 a los créditos de consumo otorgados por empresas de crédito comercial, no debe extenderse al resto de la ley, porque aquí sí existen argumentos de peso para sostener la aplicación del resto de la LPC.

Antes de examinar esos argumentos, veamos someramente los supuestos generales de aplicación de la ley:

- En cuanto a la existencia de una relación entre proveedor y consumidor, me parece que la empresa tiene aquella calidad en la medida que presta el servicio de crédito a cambio de una tasa de interés, o precio. De más está decir que el deudor es consumidor, en el sentido exigido por la ley.

- En cuanto a la calificación de acto de comercio mixto se presentan más problemas de interpretación, porque se requiere que el acto sea mercantil para la empresa de crédito, y civil para el cliente. Respecto de esto último no hay inconveniente, sin embargo es difícil calificar *per se* como actos de comercio los que realiza la empresa de crédito.
  Por de pronto, sabemos que el hecho que la empresa se constituya como sociedad anónima no significa que todos los actos que realice sean mercantiles. No obstante, me pa-

rece que por la aplicación de la misma teoría de lo accesorio, van a ser mercantiles para una empresa tanto el giro como los actos desarrollados por ella para complementarlo accesoriamente.
En este caso, la empresa de crédito realiza actos que sólo tienen por objeto complementar accesoriamente las ventas mercantiles realizadas por la empresa principal. Sobre esta base resulta razonable sostener que ambos son comerciantes y que los actos que realizan tienen la calidad de mercantiles.
En cuanto a la ausencia de leyes especiales que rijan la materia, me parece que no existe ley calificable de esa manera. En el caso de la Ley Nº 18.010 sobre Operaciones de Crédito en Dinero, ha visto limitada su aplicación por la reciente reforma bancaria sólo respecto de las operaciones realizadas por los bancos, por lo que las realizadas por las empresas de crédito comercial son íntregramente regidas por la LPC.

De todo lo señalado se desprende como conclusión que en las ventas de bienes o servicios celebradas entre una casa comercial y su cliente, y que son financiadas por una empresa distinta y vinculada con exclusividad de crédito a esa casa comercial, rigen plenamente la integridad de las normas de la Ley de Protección al Consumidor, con la sola exclusión del artículo 37 y ss., en cuanto se refiere a una relación de crédito distinta.

4. LOS CRÉDITOS OTORGADOS PARA LA ADQUISICIÓN DE BIENES Y SERVICIOS POR PARTE DEL PROVEEDOR DE LOS MISMOS

Nos queda finalmente referirnos a la última clase de operaciones de crédito, esto es, los créditos otorgados para la adquisición de bienes y servicios por parte del proveedor de los mismos.

El artículo 37 de la LPC señala que su contenido se aplica "a las operaciones de consumo en que se conceda crédito directo al consumidor". Luego, se requiere de una operación de consumo, esto es, una operación de aquellas que rige esta ley (donde se verifican cada uno de los supuestos que hemos revisado), y además se requiere que la compra sea financiada, en todo o

parte, mediante un crédito proporcionado por el propio proveedor del bien y no por un tercero. Como ya hemos visto, se excluyen tanto el financiamiento de parte de un banco como empresas relacionadas al proveedor.

En consecuencia, esta norma del artículo 37 sólo se aplica cuando es el proveedor el que concede el financiamiento.

III. NORMAS DE FONDO PARA EL CRÉDITO DIRECTO AL CONSUMIDOR

1. DIVISIÓN DE LA MATERIA

Delimitado ya el concepto de crédito de consumo, nos corresponde profundizar en las normas de fondo contenidas en la LPC sobre el tema. Para su análisis, las clasificaré en tres grupos:

1º) Obligaciones especiales de información
2º) Normas sobre pago de intereses
3º) La cuestión del interés máximo convencional.

2. OBLIGACIONES ESPECIALES DE INFORMACIÓN

El artículo 37, aplicable sólo al crédito otorgado directamente por el proveedor, exige que este "ponga a disposición del consumidor" cierta información especial. Entiendo que poner a disposición significa que esa información exista y esté fácilmente disponible para el cliente, como cuando se exhibe en un cartel en un lugar destacado, o se señala al reverso de los documentos entregados, etc.

Me detengo sobre este punto porque probablemente surgirá de la aplicación de esta norma la contienda acerca de quién tiene "el peso de la prueba" de requerir la información. En mi opinión, el proveedor cumple con tener la información disponible para el consumidor, pero no le es exigible el asegurarse que el consumidor la haya conocido. Por su parte, el consumidor es el que debe asumir la posición activa de tomar conocimiento de ella, pero tiene derecho a informarse sin necesidad de una petición expresa en tal sentido.

Esta información, curiosamente, es distinta a la que la ley denomina "Información Básica Comercial", porque en este caso se alude a aquella que el proveedor debe *suministrar obligato-*

riamente al público consumidor. En el artículo 37 nos referimos a la que debe ser "puesta a disposición" del consumidor. Son matices distintos.

Es importante este último punto, porque significa que el proveedor debe definir *ex ante* la información que entregará a cualquier consumidor, obligándose por lo tanto a ella y perdiendo la posibilidad de modificarla con posterioridad.

Desde el punto de vista de la técnica de la regulación, este último parece un recurso adecuado, porque pone de cargo del proveedor el calificar la información y asumir la responsabilidad correlativa, lo que incentiva a que exista más información para así reducir el riesgo de sanción.

Veamos cuál es la información que debe mantenerse "a disposición" del consumidor:

a) "El precio al contado del bien o servicio de que se trate"

Parece razonable y conveniente, en cuanto permite al consumidor comparar el valor contado y el valor que va a pagar producto del crédito. Sin embargo, es poco comprensible que la ley haya incluido esta exigencia y no la del precio que se paga, tomando en consideración la tasa de interés, producto de aplicar la tasa de interés convenida.

b) "La tasa de interés que se aplique sobre los saldos de precio correspondientes y la tasa de interés moratorio en caso de incumplimiento, la que deberá quedar señalada en forma explícita"

A primera vista parece un dato simple de consignar, pero a la hora de llevar la norma a la práctica surge la duda sobre qué tasa de interés debe ser informada. Por ejemplo, qué ocurre cuando el crédito se otorga en pesos, ¿debe informarse la tasa de interés nominal o real?; si la reajustabilidad es en unidades de fomento o en dólares, ¿debe informarse?

Otro aspecto que es bueno consignar es que no se opone al cumplimiento de la norma que se fijen tasas de interés variables, siempre que su cálculo se determine sobre la base de criterios objetivos, y tanto estos como la tasa resultante se "mantengan a disposición" oportunamente.

c) "El monto de cualquier pago adicional que fuere procedente cobrar"

El sentido de esta norma es la de evitar que por la vía de cobros anexos y/o no informados, el costo efectivo del crédito sea sustancialmente superior al que resulta de aplicar la tasa de interés pactada.

Este punto puede parecer de poca importancia, sin embargo me ha tocado conocer el caso de liquidaciones de crédito donde existen cobros por arriendo de kardex, por fotocopias, por estudios legales y por cosas de esa naturaleza. Es algo así como si a uno le cobraran el arriendo del carro en el supermercado.

No obstante, es necesario tener presente que, en la mayor parte de los casos, la incorporación de estos cobros adicionales responde a la distorsión generada por el límite impuesto por ley a la tasa de interés. Estos cobros permiten flexibilizarla a través de pagos adicionales no sujetos a este límite.

La exigencia de informar los cobros adicionales parece adecuada y razonable, e incluso existen casos donde la autoridad ha limitado estos pagos adicionales, para dar mayor claridad y transparencia a los precios. La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras ha emitido instrucciones en este sentido.

Como mencioné hace un momento, la Ley 18.010 hace aplicable esta letra especialmente a las operaciones de crédito en dinero, lo que involucra los créditos otorgados por bancos y por empresas de crédito comercial. Se exige en este caso además que se identifique específicamente el servicio que origina el pago adicional.

d) "Las alternativas de monto y número de pagos a efectuar y su periodicidad"

Al respecto, sólo se puede señalar una cosa: se trata de algo obvio.

e) "El sistema de cálculo de los gastos que genere la cobranza de los créditos impagos"

Las leyes responden en cierto sentido al momento en que son dictadas, y esta disposición más otras de la ley (véase por ejem-

plo el artículo 15, que ordena respetar "la dignidad y los derechos de las personas") constituyen un ejemplo palpable de eso. Durante la tramitación de la ley, que duró casi cinco años, se discutieron en la opinión pública los problemas generados por los abusos cometidos en la cobranza de créditos, con profusos reportajes en la prensa y la televisión.

Ahí está la razón principal por la que se incorpora esta modificación en el Senado y que no existía en el proyecto original.

En realidad, bastaría con haber interpretado de acuerdo a su sentido natural la letra c), porque los gastos que genera la cobranza pueden ser informados como una suma determinada o como una suma determinable, caso este último donde obviamente debe ser indicado el sistema de cálculo.

f) "Sin perjuicio de lo anterior, cuando se exhiban los bienes en vitrinas, anaqueles o estanterías, se deberán indicar allí las informaciones referidas en las letras a) y b)"

El inciso final de este artículo agrega esta obligación para los proveedores, consistente en que cuando se exhiben bienes en estantes o vitrinas, y siempre que se ofrezca crédito directo al consumidor, debe indicarse tanto el precio contado de los bienes como la tasa de interés que se aplique sobre los saldos y la tasa moratoria.

Aquí surge nuevamente, y con mayor fuerza, la duda sobre la forma de informar las tasas de interés, porque no se distingue ni se hace alusión a tasas nominales o reales, ni se exige informar el sistema de reajustabilidad que se pacte entre los partes. Si se quiere dar información al consumidor y no confundirlo, parece importante que se le indique qué es lo que se cobra como interés por el crédito.

En la práctica, esta norma ha tenido escasa aplicación y son muy pocas las casas comerciales que informan junto con los precios las tasas de interés que aplican sobre los saldos cuando venden a plazo. Una parte importante opera con empresas de crédito comercial y el resto ha optado por la venta que se denomina "en tres cheques". En la práctica se ofrece al consumidor que pague en tres cuotas el precio contado, mediante tres cheques, uno al día, otro a 30 y otro a 60 días. Obviamente la realidad económica de la operación es que al precio que naturalmente sería al contado, se le agrega un porcentaje correspon-

diente a la tasa de interés implícita en un financiamiento a 30 y 60 días, lo que permite financiar de esa manera el crédito. Es interesante apreciar también que este porcentaje de recargo sobre el precio contado suele ser muy similar a la comisión cobrada por los emisores de tarjetas de crédito, y es por eso que los comerciantes suelen dar un descuento equivalente cuando la persona está dispuesta a pagar en efectivo, o como se suele decir, "al contado violento".

Todo lo anterior lleva a que estas normas no hayan tenido efectiva aplicación y sea poco frecuente ver esta información en las vitrinas.

En resumen, este primer grupo de exigencias de información son sólo aplicables al crédito directo, con excepción de la de la letra c) que se extiende a las operaciones de crédito en dinero.

3. NORMAS SOBRE PAGO DE INTERESES

Un segundo grupo de normas de fondo son las relativas al pago de intereses, tema ampliamente debatido durante la tramitación de la ley en el Congreso.

El artículo 38 dispone lo siguiente: "Los intereses se aplicarán solamente sobre los saldos insolutos del crédito concedido y los pagos no podrán ser exigidos por adelantado, salvo acuerdo en contrario".

Esta norma no existía en el proyecto original y fue incorporada en la Cámara de Diputados, con el objeto de fijar como regla para el crédito de consumo (hasta ese momento se incluía tanto el crédito directo como el indirecto) la imposibilidad de pactar la capitalización de intereses en cada vencimiento o renovación, eliminando la presunción de la capitalización de los intereses de las operaciones vencidas.

Dada la oposición manifestada por el Senado, la norma en definitiva sólo tiene como efecto que, a falta de acuerdo expreso entre las partes, los intereses sólo se aplican sobre los saldos insolutos y no se pueden aplicar cláusulas de aceleración.

Se ha discutido en varias oportunidades el significado de la frase "los intereses se aplicarán solamente sobre los saldos insolutos del crédito concedido". Creo que el sentido de esta norma debe interpretarse de acuerdo a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 9º de la Ley Nº 18.010. Así se desprende de la historia fidedigna de la ley.

En efecto, esta norma significa que a falta de un pacto expreso en contrario, los intereses no se capitalizan.

Debo señalar que lo natural y obvio desde un punto de vista económico es lo preceptuado en la Ley 18.010, en el sentido que los intereses no pagados se capitalizan, salvo que las partes acuerden lo contrario. Cuando los intereses no se capitalizan por períodos, o cuando los intereses vencidos no se capitalizan, el deudor que paga oportunamente se ve perjudicado por una tasa de interés superior a la que naturalmente le correspondería.

En otras palabras, cuando los intereses no se pueden capitalizar, la tasa de interés debe poner al acreedor a salvo del mayor costo del hecho que el deudor moroso no le va a pagar el interés correspondiente al valor alternativo del dinero que debería estar en su poder.

Afortunadamente, en la ley sólo quedó la norma que permite la estipulación en contrario.

4. INTERÉS MÁXIMO CONVENCIONAL

La tercera norma de fondo, aplicable a los créditos de consumo, es la que sanciona a los proveedores que cobren una tasa de interés superior a la máxima convencional, de acuerdo a los que dispone la Ley Nº 18.010.

Deseo dividir el análisis de esta disposición en la parte formal y en cuanto al fondo.

En lo formal, es necesario precisar el ámbito de aplicación de esta norma, en cuanto a si sólo se aplica a los créditos directos otorgados por el proveedor, o se aplica a cualquier crédito otorgado por un proveedor. En este segundo caso, la sanción se extendería al caso en que una empresa de crédito comercial o un banco cobraran una tasa de interés superior al máximo permitido.

Si bien tanto el artículo 38 como el 39 parecen de alcance general, aplicables a todas los actos y contratos regidos por la ley, la intención del legislador fue la de circunscribirlos exclusivamente a los créditos directos otorgados por el proveedor. Así se desprende del informe legislativo ya citado. En todo caso, queda abierta la posibilidad a una interpretación distinta, que parecería más armónica al texto expreso.

Es por lo anterior que estimo que debe concluirse que esta sanción será aplicable sólo cuando el proveedor otorgue crédito

directo, y no cuando el servicio prestado sea el crédito, como en el caso de las empresas de crédito comercial. En el caso de los bancos, me parece que estas normas no son aplicables por las razones ya señaladas y porque existen normas especiales al respecto en la Ley General de Bancos.

En cuanto al fondo, esta disposición viene a dar mayor fuerza a la aplicación del interés máximo convencional. En mi opinión, lo que hace es aumentar los inconvenientes y efectos negativos que genera la tasa de interés máxima convencional, símbolo de las seudomedidas de protección con que el legislador ha tratado en muchas oportunidades de proteger a una parte que se considera más débil, terminando en definitiva por perjudicarla.

Cuando se pretende justificar la existencia de un límite a la tasa de interés que se puede estipular en las operaciones de crédito en dinero, se indican por lo general las siguientes razones:

a) La indefensión que quedaría el deudor ante un acreedor que podría cobrar "cualquier tasa".
b) La necesidad de proteger a quien se encuentra en una situación contractual desmejorada para "negociar".
c) Razones de carácter ético o moral.

Aun cuando no deseo extenderme excesivamente en mi exposición, creo indispensable refutar estas argumentaciones.

a) La verdad es que la tasa de interés no es más que otro precio de la economía, que permite transar un bien escaso como el dinero. Lo que justifica la fijación de un precio es la existencia de monopolios (naturales o artificiales) o la necesidad de corregir externalidades, situaciones que no se verifican hoy en este mercado.

Por lo tanto parece extraño e inexplicable que se trate de uno de los pocos precios aún sujetos a un límite. Reconozco eso sí que al menos la fijación del límite es fruto del precio de mercado.

b) La tasa de interés por la cual un banco o acreedor ofrece prestar dinero, es decir el precio del bien, responde al costo alternativo de los fondos más un margen por el riesgo asociado a la operación específica. Así por ejemplo, la alternativa para que un banco coloque su dinero es la de adquirir pagarés del Banco Central, inversión que le genera un interés casi sin riesgo.

Cuando el banco le presta a un deudor hipotecario, ese interés se incrementa en un cierto porcentaje, que es mayor cuando no existe la garantía hipotecaria, como en el caso de los créditos de consumo.

El problema surge cuando el riesgo del cliente es tal que la tasa de interés que debería cobrarle para compensarlo excede el límite de la tasa de interés máximo.

Es aquí donde el legislador comete el error al pretender proteger al deudor riesgoso de una tasa "excesiva". La verdad es que el resultado es que el banco no le va a otorgar el préstamo. Pero el deudor la va a seguir necesitando y por lo tanto recurrirá a los medios informales de financiamiento.

c) El tercer error que comete el legislador es pensar que si se dejara libre la tasa el banco cobraría cualquier precio. La verdad es que la existencia de un demandante de crédito pondría en juego la oferta, ajustándose el precio al nivel de riesgo del deudor.

d) Es oportuno, por último, identificar los efectos negativos que genera este límite a la tasa:

- Por de pronto, el cliente que tiene mayor urgencia de crédito, y que tendría perfecta disposición a pagar una tasa algo superior al máximo, se ve empujado a obtener crédito de las vías informales que son de todos conocidas. El refrán popular lo dice: "la necesidad tiene cara de hereje".

- Se incentiva a que se incorporen pagos adicionales a las tasas de interés, con el objeto de poder llegar a los deudores más riesgosos.

- Se disminuye la posibilidad de dar más competencia al mercado del crédito, por cuanto las casas comerciales, especialmente, podrían explotar el segmento de clientes más riesgosos, donde a los bancos se les hace difícil llegar.

En definitiva, en vez de asumir el riesgo y los costos de las asimetrías de infomación que se pueden dar en un mercado financiero competitivo, se opta por entregar al consumidor a las imperfecciones y asimetrías de un mercado informal y poco profundo.

De todo lo que he señalado sobre este tema de la tasa de interés máximo se desprende la conveniencia de propender a la

eliminación de este límite y, por supuesto, de la sanción que en la LPC pretende hacerlo eficaz. Entiendo que ese límite pudo justificarse cuando nuestro sistema financiero era cerrado y sin competencia, pero esa realidad está largamente superada.

IV. Conclusiones

1. Los antecedentes disponibles revelan que ha existido una escasa aplicación de estas normas por parte de los tribunales de justicia.

Por el contrario, los agentes del mercado han ajustado en forma preventiva sus actos y contratos, y en algunos casos la forma de realizar sus operaciones, a las normas de la ley.

2. No parece aconsejable la técnica regulatoria adoptada en este caso, que supone la superposición de varios cuerpos legales en la misma materia, generando problemas evidentes de interpretación y de certeza jurídica.

3. Parece importante tener presente que la Ley se aplica casi íntegramente a los créditos otorgados por empresas de crédito comercial, por cuanto su importancia relativa dentro de la economía parece creciente.

4. Resultaría del todo aconsejable y conveniente para los consumidores promover la eliminación del límite a la tasa de interés convencional y avanzar aún más en la apertura de nuestros mercados financieros. Esa va a ser su protección más segura y barata.

LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRODUCTOS Y SERVICIOS DEFECTUOSOS*

HERNÁN CORRAL TALCIANI
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

I. LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN EL DERECHO COMPARADO

Desde hace ya unos cincuenta años, el llamado derecho de daños ha sufrido un tremendo desarrollo en diversas áreas. Una de ellas es la que se refiere a la responsabilidad civil por el daño causado por un mal funcionamiento de un producto manufacturado y comercializado al gran público. Se ha advertido que los sistemas protectores tradicionales que enfocan el asunto básicamente por dos vías: la vía contractual, a través de la reclamación por vicios ocultos o redhibitorios, y la vía extracontractual, a través de la responsabilidad aquiliana o por dolo o culpa, no son suficientes para obtener una oportuna y completa reparación de los daños causados.

La vía contractual se hace insuficiente, primeramente, por cuanto las características de la contratación y consumo masivos no son subsumibles fácilmente en una regulación que supone una relación bilateral común. En segundo término, porque la responsabilidad por vicios redhibitorios se basa en un producto meramente inidóneo, es decir, no apto para la finalidad para la cual se había

* El autor agradece los comentarios de los profesores Jorge Baraona González y Fabián Elorriaga de Bonis.

adquirido (que la cosa vendida "no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente", dice el art. 1858, Nº 2 CC), pero no hace referencia a un producto inseguro que, aunque siendo en teoría apto para la función a la que está destinado, puede llegar a causar daños a la salud e integridad física de los usuarios. Además la vía contractual presenta limitaciones que conspiran contra una efectiva protección de las víctimas, ya que sólo se aplica a las relaciones entre las partes formales del contrato que sirvió de título para la adquisición del bien, y no a víctimas distintas del adquirente ni a responsables diferentes del vendedor (distribuidor, fabricante, importador); y puesto que se exige que los vicios sean "ocultos", esto es, que no habiéndolos manifestado el vendedor sean tales "que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio" (art. 1858 Nº 3 CC).

La vía extracontractual, por el otro lado, se topa con la exigencia de la víctima de acreditar negligencia en alguno de los sujetos individuales que participaron en la elaboración del producto que causó el daño, en toda la extensa cadena que va desde la producción hasta la comercialización final, tarea que muchas veces es no sólo difícil sino imposible.

Es por ello que en muchos ordenamientos jurídicos se han llevado a cabo ingentes esfuerzos para diseñar un nuevo régimen de responsabilidad que pueda proteger cumplidamente al consumidor. Se intenta otorgar una cobertura más efectiva a las víctimas, imputando los riesgos a los agentes que están en mejor condición, tanto para asumir directamente su costo como para distribuirlos socialmente de un modo más equitativo. Para ello se ha echado mano del modelo de responsabilidad civil objetiva o por riesgo, aunque con diversas orientaciones.

El sistema norteamericano ha ido progresivamente consagrando un régimen de responsabilidad objetiva estricta o absoluta: una *strict liability*, de modo que se imputan al fabricante o productor del bien inseguro todos los daños que este haya causado efectivamente, incluso aquellos que el productor no podía haber previsto –y por tanto evitado– a la hora de lanzarlo al mercado: basta que se trate de *"a defective condition unreasonably dangerous"*[1]. Este régimen tan estricto no ha estado exen-

[1] En 1965, el *American Law Institute*, ejerciendo sus funciones de compilar reglas jurídicas aceptadas por la mayoría de los tribunales, incluyó en la sec. 402 a del

to de problemas, ya que el mecanismo asegurativo (complemento necesario de todo modelo de responsabilidad por riesgo) se ha retirado de ciertas áreas o bien presenta costos altísimos en otras, lo que, según los estudiosos, ha generado una verdadera crisis en el funcionamiento global del proceso productivo[2].

En la Unión Europea, en cambio, se ha tratado de establecer un régimen de responsabilidad objetiva pero de corte moderado, ya que se mantienen criterios que no se desmarcan totalmente del modelo subjetivo de responsabilidad. La normativa fundamental en toda esta materia es la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, regulación que se ha ido adoptando por los diversos Estados europeos que integran la Unión. Así, Inglaterra (*Consumer Protection Act* de 1987), Alemania (*Produkhaftungsgesetz,* de 15 de diciembre de 1989), Italia (D.P.R. Nº 224, de 22 de mayo de 1988) y España (Ley 22/1994, de 6 de julio) ya cuentan con cuerpos jurídicos que asumen internamente las directivas de la Comunidad. Con casi diez años de retardo, últimamente el Parlamento francés aprobó la Ley Nº 98-389, de 19 de mayo de 1998, que introduce en el Código Civil la responsabilidad por el hecho de productos defectuosos (arts. 1386-1 a 1386-18).

La Directiva Europea, y las leyes que la han aplicado, se refieren al producto que causa daño por no ofrecer la seguridad que "legítimamente se podía esperar de él". El régimen es de responsabilidad extracontractual, por lo que puede demandar toda víctima y no sólo el adquirente, y el imputado no es nunca el expendedor, sino el fabricante o importador. Por esta vía se puede pedir sólo indemnización de los daños personales y patrimoniales causados en cosas diversas del producto defectuoso. Además se pone un límite a la indemnización reclamable, pero se considera subsidiario el régimen de responsabilidad por culpa para aquel que pretenda demandar más.

Second Restatement of Torts, el principio de una *strict liability for defective products.*

2 Si bien los efectos y la extensión de la crisis son discutidos al interior de los EE.UU., queriendo ver algunos autores una resistencia de los empresarios a asumir sus responsabilidades más que una verdadera perturbación objetiva del sistema económico. Como manera de hacer frente a la crisis, en 1979, el Departamento de Comercio de los Estados Unidos dio a la luz el *Model Uniform Liability Act,* para moderar el régimen de responsabilidad y aclarar que no se trata de un sistema de seguridad social. Pero el modelo no ha sido adoptado por los estados de la Unión y no se ve que vayan a hacerlo en un futuro cercano. Cfr. PARRA LUCAN, María Angeles, *Daños por productos y protección del consumidor,* Bosch, Barcelona, 1990, pp. 146 y ss.

En el ámbito latinoamericano, el Código del Consumidor brasileño (Ley 8079, de 1990) sigue muy de cerca la directiva eurocomunitaria. En Argentina, un intento por consagrar un régimen de responsabilidad objetiva aplicable a fabricantes, vendedores y transportistas falló al vetar el Ejecutivo la norma del art. 40 de la Ley Nº 24.240, de 1993. No obstante la doctrina, criticando la opción del Ejecutivo, afirma que la responsabilidad objetiva puede derivar de una aplicación extensiva del art. 1113 del Código Civil que se refiere a la responsabilidad por riesgo de las cosas[3]. Finalmente, la Ley Nº 24.999, de 30 de junio de 1998, incorporó nuevamente el art. 40 en la Ley 24.240 (art. 4 de la Ley 24.999).

II. Una distinción necesaria: producto inseguro, inidóneo y peligroso

Siguiendo a Miguel Pasquau Liaño[4], pensamos que es necesario distinguir, para caracterizar los regímenes de responsabilidad que pueden configurarse en esta materia, los diversos "defectos" o "vicios" que pueden transformar en dañino un producto.

En realidad, la expresión "defecto" o "producto defectuoso" es muy amplia y puede englobar tanto la presencia en el producto de una ineptitud para el uso, como una falta de seguridad que le lleva no sólo a no otorgar la utilidad esperada por el adquirente, sino a transformarse en causa de daño a las personas o a su patrimonio.

Es útil distinguir ambos fenómenos: cuando hablamos de producto inidóneo nos referimos al producto que no reúne las cualidades sobre las que recayó el consentimiento contractual o que adolece de un "vicio oculto" (por deterioro, imperfección, adulteración, etc). En este caso, el ordenamiento jurídico suele abrir caminos de acción en el ámbito contractual, sea por medio

---

[3] Cfr. VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto y ROMERA, Oscar, *Protección y defensa del consumidor. Ley 24.240,* Depalma, B. Aires, 1994, pp. 109-110 y pp. 183 y ss.; MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo, *Defensa del consumidor. Ley 24.240,* Rubinzal-Culzoni, B. Aires, 1993, pp. 307 y ss.

[4] PASQUA LIAÑO, Miguel, "La noción de defecto a efectos de la responsabilidad civil del fabricante por daños ocasionados por productos", en *Iniuria, Revista de Responsabilidad civil y Seguro* (Número monográfico sobre Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos) 5 (1995), pp. 88 y ss.

de la acción resolutoria por incumplimiento o por las acciones redhibitoria y *quanti minoris*.

En cambio, cuando se habla de producto propiamente "defectuoso" se suele hacer referencia al producto "inseguro", es decir, a aquel que "no ofrece la seguridad que puede legítimamente esperarse de él", y que potencialmente está llamado a causar daños extrínsecos y de mayor magnitud que aquellos que simplemente consistirían en haber defraudado las expectativas de uso del adquirente. Por ejemplo, si una máquina cortadora de pasto no tiene un sistema fácil de bloqueo y produce heridas en un niño pequeño por no haberla podido apagar; o si una plancha se recalienta y es capaz de causar un incendio, estamos no sólo ante un producto inidóneo sino ante un producto inseguro[5].

Junto a los dos conceptos anteriores, de "producto inidóneo" y "producto inseguro", puede ubicarse el de "producto peligroso". Se utiliza la expresión para designar aquellos bienes que, por su misma naturaleza, intrínseca e inmediatamente comportan riesgos para la integridad física y patrimonial de las personas: plaguicidas, medicamentos, sustancias explosivas, etc. Aunque muy conectados, los conceptos de inseguridad y peligrosidad no coinciden necesariamente en un mismo producto. Como dice el autor que seguimos: "Todo producto que no ofrece la seguridad que legítimamente cabe esperar puede resultar 'dañino', pero no tiene por qué ser intrínsecamente peligroso; y, a la inversa, los productos 'peligrosos' pueden ofrecer la seguridad esperable, si advierten de los peligros e informan escrupulosamente del modo de utilización"[6].

En suma, el régimen de responsabilidad que parece requerir una protección específica del consumidor no es el del producto simplemente inidóneo ni del peligroso (en cuanto tales), sino de lo que aquí llamamos producto "inseguro", o sea aquel que no ofrece la seguridad mínima indispensable para que las personas puedan usarlo sin sufrir daños en su integridad física o patrimonial.

---

5 Por cierto la exigencia mínima de seguridad de un producto debe ser aquella que la conciencia social aconseje, tomando en consideración que no es posible suprimir todos los riesgos, y que algunos de ellos deben ser razonablemente previstos y soportados por el consumidor. Cfr. CAVANILLAS MUJICA, Santiago, "Responsabilidad por productos defectuosos en la Unión Europea", en *Responsabilidad Civil del empresario* (edit. Federico Mckay), Cuadernos de Extensión, Universidad de los Andes, Santiago, 1996, p. 135.

6 PASQUA LIAÑO, M., ob. cit., p. 90.

La doctrina extranjera[7] ha ido tipificando los diversos defectos que hacen inseguro un producto. La tipificación incluye cuatro categorías de defectos:

1º) Los de fabricación: un ejemplar de la serie, por deficiencia en los mecanismos de control de calidad, sale al mercado con un falla que lo vuelve inseguro y dañino;

2º) Los de diseño o concepción: lo equivocado ha sido la concepción misma del producto, por lo que todos los ejemplares de la serie son considerados defectuosos;

3º) Los de información: el riesgo no nace del mismo producto sino de una ausencia de la información que debía proporcionar el fabricante para su recto uso;

4º) Los de desarrollo: el producto era considerado seguro, de acuerdo con los conocimientos vigentes a la época de su puesta en circulación, pero posteriormente frente a nuevos descubrimientos y desarrollos científicos se advierte que era en verdad nocivo.

El defecto más complicado para imputar responsabilidad objetiva al fabricante es el relativo a los llamados "riesgos de desarrollo", ya que en este caso el productor no tiene medio alguno para prever, precaver o minimizar los daños. Se comprende que la Directiva eurocomunitaria en este punto haya dejado abierta la posibilidad para que las legislaciones internas decidieran si estos defectos se incorporaban o se excluían del sistema de responsabilidad objetiva. En general, los Estados europeos los han dejado fuera, con la excepción de la ley española que los admite pero sólo tratándose de alimentos y productos farmacéuticos[8]. La ley francesa de 1998, por su parte, acepta los riesgos de desarrollo respecto de los elementos del cuerpo humano o los productos obtenidos de ellos (art. 1386-12)[9].

---

7 Por todos, véase PONZANELLI, Giulio, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, il Mulino, Bologna, 1992, pp. 112-113.

8 CAVANILLAS MUJICA, S., ob. cit., p. 142, califica de "bastante valiente" esta decisión del legislador español.

9 Según LARROUMET, Christian, "La responsabilité du fait des produits défectueux après la loi du 19 mai 1998", en *Recueil Dalloz* 1998, chr. p. 315, esta solución, que él califica como "juridicamente absurda", no tiene otra explicación que el efecto en la opinión pública de las transfusiones de sangre contaminada con sida en los años ochenta.

III. Visión general del sistema de responsabilidad de la Ley Nº 19.496.

De una primera lectura del articulado de la ley 19.496[10], publicada en el Diario Oficial del 7 de marzo de 1997, y que entró en vigor el 6 de junio del mismo año, se advierte que, a pesar de que un párrafo completo del Título II se dedica a lo que la ley llama (en enigmático epígrafe) "responsabilidad por incumplimiento", el tratamiento de esta materia no es para nada orgánico, coherente y riguroso desde el punto de vista dogmático y técnico, sino más bien todo lo contrario.

En efecto, la responsabilidad parece estar radicada en el "incumplimiento" de las disposiciones legales, más que en el daño injusto provocado al consumidor. Así, queda de manifiesto de lo expresado en el art. 3º que, junto con declarar el derecho del consumidor a "la seguridad en el consumo de bienes y servicios", le reconoce el derecho a "la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales *en caso de incumplimiento a lo dispuesto en esta ley*".

Pero la forma de hacer efectiva esta responsabilidad es descrita de manera muy inorgánica. El párrafo 5º del Título II que se refiere a la responsabilidad contiene dos tipos de normas:

1º) Normas que tipifican y sancionan infracciones: Se trata de la llamada responsabilidad infraccional o contravencional sancionada con multas a beneficio fiscal impuestas por el Juez de Policía Local. Se describen ilícitos contravencionales, como el cobro de un precio distinto al anunciado (art. 18); causar menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida (art. 23); emitir publicidad falsa sobre cualidades que incidan en la salud o seguridad (art. 24.2) y suspender o paralizar injustificadamente un servicio (art. 25). Se añade una norma de clausura para las infracciones a la ley que no tengan señalada una sanción específica (art. 24.1), y otra sobre la prescripción de la acción de responsabilidad contravencional y de la condena recibida en virtud de ella (art. 26).

---

[10] En adelante, los artículos que se mencionan sin indicar su procedencia se entiende que pertenecen a esta ley.

2º) Normas que establecen derechos opcionales de reposición, imputación o devolución. Existen dos figuras en esta materia: a) Diferencias entre la cantidad o contenido real del producto con la indicada en el envase o empaque, situación en la que el consumidor tiene derecho a la reposición, o en su defecto, a optar por la bonificación de su valor en la compra de otro, o por la devolución del precio pagado en exceso (art. 19); y b) Incumplimiento del producto de las especificaciones exigidas o falta de idoneidad para su uso, en cuyos casos se permite al consumidor el ejercicio de tres derechos: reclamar la reparación gratuita del bien, pedir su reposición o solicitar la devolución de la cantidad pagada (art. 20).

No hay en esta parte de la ley sino menciones secundarias e incidentales a la reparación de los daños patrimoniales y morales causados por productos defectuosos. En cambio, donde sí existe una norma en tal sentido es fuera del párrafo dedicado a la responsabilidad, al tratarse de la seguridad de los productos y servicios peligrosos (párrafo 5º del Título III). Nos referimos al art. 47 que establece una especial responsabilidad solidaria cuando se declare la peligrosidad de un producto o servicio. Por su parte, el art. 49 dispone que la responsabilidad infraccional obliga además al responsable "al pago de las indemnizaciones por los daños y perjuicios que se ocasionen".

Por fin, el artículo 55, situado entre las disposiciones procesales, dispone que la denuncia temeraria de alguna de las infracciones contenidas en ella será sancionada con multa, sin perjuicio de la responsabilidad civil solidaria que pueda corresponder a sus autores.

IV. Intento de sistematización del nuevo régimen de responsabilidad civil

En un intento por sistematizar esta inorgánica y dispersa normativa, podemos explorar las tres categorías de productos que hemos mencionado más arriba: el régimen de responsabilidad para los productos inidóneos (1), para los productos peligrosos (2) y para los productos inseguros (3). Finalmente, debemos referirnos también al problema de los servicios que causan daño (4).

En este trabajo utilizamos la palabra "producto" porque es el vocablo acuñado por la doctrina y la legislación internacional

para este sector del Derecho. La Ley Nº 19.496 habla de "bienes" y no de "productos", pero la historia de su establecimiento nos demuestra que ello se debe a la intención de evitar la confusión con la acepción restringida de "productos" que maneja el Código Civil[11].

1. RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS INIDÓNEOS

La responsabilidad por el producto que es simplemente inidóneo por no cumplir las calidades ofrecidas o convenidas, o adolecer de un defecto que impide su normal utilización, parece ser materia de la regulación que la ley establece sobre el derecho opcional del consumidor a pedir reparación o reposición del bien, o devolución de lo pagado.

Describiremos cómo opera en la ley esta responsabilidad (letra a), para luego detenernos en la procedencia de pedir conjuntamente indemnización de los daños y perjuicios (letra b), y dilucidar si estamos frente a una responsabilidad por culpa u objetiva (letra c). Finalmente abordaremos el problema de la compaginación entre estas normas y las tradicionales disposiciones civiles relativas a los vicios ocultos o redhibitorios (letra d).

a) El derecho opcional ante el producto inidóneo. La llamada "garantía legal"

Esta responsabilidad aparece prevista en la mayor parte de los artículos del párrafo 5º del Título II de la ley destinado a regular la "responsabilidad por incumplimiento". Se ocupan de ella los arts. 19, 20, 21 y 22.

La ley parece pensar en el producto que no cumple con las especificaciones legales, ofrecidas o convencionales, o que no es apto para el fin para el cual natural o habitualmente se destina. En estos casos, concede al consumidor el derecho para optar entre tres

[11] En la Cámara de Diputados se aprobó una indicación presentada para cambiar la palabra "producto" por "bienes", "habida consideración de que el término 'bienes' propuesto está acorde con las normas generales del Código Civil, que contrapone los bienes a los servicios otorgando, en cambio, a la palabra 'productos', una connotación diversa" (2º Informe Comisión de Economía, sesión 12ª, 7 de julio de 1993, Boletín, p. 1255).

alternativas, a su elección: 1º) la reparación gratuita del bien defectuoso; 2º) la reposición del bien por otro, o 3º) la devolución de la cantidad pagada (se entiende de dinero), devolución que debe efectuarse con el reajuste mencionado en el art. 27.

En el caso especial, del art. 19, esto es, cuando la cantidad o contenido de un producto resulta inferior al indicado, la primera alternativa (reparación gratuita) no puede tener lugar, y por eso la ley contempla en su reemplazo el derecho del consumidor a solicitar la imputación ("bonificación" dice el texto legal) del valor del precio pagado por el bien defectuoso en la compra de otro producto diferente (que se encuentre disponible para la venta por el mismo expendedor). Igualmente, en estos casos la devolución del precio no puede demandarse en su totalidad sino sólo en el exceso, considerando la cantidad o contenido real del producto.

Se configura aquí una obligación alternativa en que la elección compete al acreedor (consumidor). Por sus semejanzas con las pólizas de garantías convencionales, este régimen recibe tradicionalmente el nombre de "garantía legal"[12].

Tal garantía resulta sólo en los casos que taxativamente describen los artículos 19 y 20. Así lo pone de manifiesto este último precepto al disponer que él tiene aplicación "en los casos que a continuación se señalan...". Pero la garantía legal sólo puede operar en ausencia o ante incumplimiento de la garantía convencional: si el proveedor ha otorgado una garantía al consumidor, para poder ejercer los derechos legales (del art. 20), este debe primero hacer efectiva la garantía pactada y agotar las posibilidades que esta ofrece conforme a la póliza otorgada (art. 21, inc. 6)[13].

---

[12] Así se denomina este régimen en la edición especial de la *Revista Consumo y Calidad de Vida*, del Servicio Nacional del Consumidor, correspondiente a junio de 1997: "La Ley sobre Derechos de los Consumidores innova significativamente en esta materia, estableciendo el derecho a garantía en términos generales y obligatorios". La terminología es utilizada por las leyes y doctrina extranjera. Cfr. L'HEUREUX, Nicole, *Droit de la consommation*, 4ª edic., Yvon Blais inc., Quebec, 1993, pp. 59 y ss. La expresión no es extraña a la doctrina clásica: ya los primeros comentadores del *Code* napoleónico solían hablar de la obligación de garantía del vendedor; según MOURLON, Frederic, *Code Napoléon*, A. Maresq Ainé, Paris, 1870, t. III, Nº 569, p. 233, "la garantía es, en general, la obligación de procurar a una persona el goce pacífico y útil de los derechos que nosotros le hemos cedido, o de indemnizar si no lo conseguimos".

[13] La ley precisa también algunas normas probatorias en relación a la garantía convencional. La póliza fechada y timbrada al momento de la entrega del bien produce plena prueba. Si no fue fechada ni timbrada en dicho momento, sólo hace plena prueba si se exhibe conjuntamente con una factura de la venta (art. 21 inc. 7º).

Tratando de efectuar una síntesis de los casos cubiertos por la garantía legal del proveedor, pensamos que el artículo 19 y las siete letras del art. 20 pueden compendiarse en dos situaciones, a saber:

1º) Incumplimiento en el producto de las debidas especificaciones, sean estas de cumplimiento obligatorio (letra a), ostentadas o mencionadas en el rotulado (letra b) o pactadas entre proveedor y consumidor (letra d). Un caso especial de falta de especificación es el que se refiere a la discrepancia entre la ley real de los metales de artículos de orfebrería y joyería y lo que en ellos se indica (letra g). También queda aquí englobada la situación regulada por el art. 19, que se refiere a los casos en que la cantidad o contenido del producto es inferior al indicado en el envase o empaque.

2º) Ineptitud del producto para el uso al cual se destina: así, si el producto no es enteramente apto para el uso o consumo al que está destinado o al que se hubiere indicado en la publicidad (letra c), lo que se mantiene si la ineptitud continúa después de haberse prestado el servicio técnico de garantía (letra e), y, en general, cuando la cosa presente defectos o vicios ocultos que imposibiliten el uso al que habitualmente se destina (letra f)[14].

La primera preceptiva presenta caracteres similares a la regulación del incumplimiento contractual[15]. La segunda, de alguna manera, coincide con la responsabilidad por vicios redhibitorios que se establece para el contrato de compraventa. En todo caso,

---

[14] Regulando la ley sólo actos que tienen el carácter de comerciales para el proveedor, la ineptitud o vicio deberá recaer fundamentalmente en bienes muebles (con excepción de los sepulcros y de los inmuebles amoblados entregados para uso o goce por períodos determinados no superiores a tres meses y para fines de descanso o turismo, de acuerdo con lo previsto en el inc. 2º del art. 2). La indicación del Ejecutivo en orden a incluir expresamente los vicios ocultos de bienes raíces fue rechazada por la Comisión de Economía del Senado (1er Informe, sesión 45ª, 15 de marzo de 1995, anexo, Diario de Sesiones pp. 4844-4845; 2º Informe, sesión 28ª, de 10 de enero de 1996, anexo, Diario de Sesiones p. 3639). El rechazo se fundó en la existencia de otra iniciativa legal que contemplaba una garantía para el adquirente de inmuebles. Se trata de la Ley Nº 19.472, de 16 de septiembre de 1996, que modificó el art. 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, y que estableció la responsabilidad del propietario primer vendedor por los daños que provengan de fallas o defectos de construcción.

[15] La falta de especificaciones legales, acordadas u ofrecidas puede importar un mero incumplimiento contractual, pero también podría reconducirse la situación a un caso de invalidez del contrato por vicio de la voluntad, en concreto por haber incurrido el consumidor en un error en la sustancia o calidad esencial de la cosa (cfr. art. 1454 CC).

nos parece manifiesto que estamos frente a una modalidad especial de responsabilidad contractual. Por ello, se exige la prueba del vínculo contractual para ejercer el derecho opcional (art. 21 inc. final)[16]. La prueba ha de ser necesariamente documental, ya que la norma habla de que el consumidor deberá acreditar el acto o contrato "con la documentación respectiva" (art. 21 inc. final). Queda la duda si la ley exige una escrituración del contrato de consumo, o si se contenta con documentos probatorios indirectos como una boleta, factura o recibo. Esta última parece ser la interpretación más razonable[17].

La responsabilidad por la garantía, siendo de naturaleza contractual, recae, en principio, en el vendedor o expendedor del bien, es decir, en quien contrató con el consumidor. No obstante, la ley extiende esa responsabilidad al fabricante o importador, "en ausencia del vendedor por quiebra, término de giro u otra circunstancia semejante" (art. 21, inc. 2º). Esta última expresión ("otra circunstancia semejante") permite, a nuestro juicio, comprender el caso de simple insolvencia del vendedor.

Con ello, la responsabilidad del fabricante o importador es netamente subsidiaria. Pero curiosamente ella no se aplica cuando el consumidor demanda la devolución de la cantidad pagada, la que sólo puede reclamarse del vendedor (art. 21, inc. 2º). La acción subsidiaria queda reducida a los casos de bonificación

---

16 De las actas de la discusión de la ley puede concluirse que los legisladores estaban pensando en la responsabilidad nacida de contrato, ya que incluso se llega a calificar como avance modernizador la admisión de la indemnización del daño moral, que nuestra tradición ha querido negar respecto del incumplimiento contractual: "Ahora bien, al disponer entre los derechos de los consumidores el relativo a una reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales se innova respecto de los criterios existentes en la materia por cuanto se obliga a reparar en sede contractual, como es la relación de consumo, el daño moral que se hubiese producido por infracciones a las normas de la ley sobre protección de los consumidores, lo que constituye un avance en el tratamiento del tema acorde con la modernización de nuestras instituciones jurídicas" (1er Informe Comisión de Economía C. de Diputados, Sesión 30ª, 15 de diciembre de 1992, Boletín p. 2672).
Afirmada la naturaleza contractual de esta responsabilidad, debe sin embargo admitirse que ella presenta caracteres propios y singulares. La especialidad parece residir en la función que desempeña la ley en el surgimiento del deber de reparar. Hay una combinación entre infracción de ley e incumplimiento contractual. La responsabilidad surge directamente del incumplimiento a la ley, pero teniendo como presupuesto la existencia del contrato. Se trata, por tanto, de una responsabilidad de índole contractual, pero tipificada legalmente a los efectos de su sometimiento a un régimen específico.

17 Cfr. AIMONE, Enrique, *Derecho de protección al consumidor,* ConoSur, Santiago, 1998, p. 92.

del precio en la compra de otro producto (en el caso del art. 19), exigencia de reparación gratuita y reposición del producto defectuoso[18]. Esta posibilidad del consumidor de salirse del marco del contrato con el expendedor viene a sumarse a otras situaciones en que el contrato produce efectos más allá de las partes, confirmando la flexibilización moderna del principio de la relatividad contractual[19].

La ley determina también el plazo para que el consumidor pueda ejercer este derecho (que va desde los siete días, tratándose de productos perecibles, hasta los tres meses desde que se haya recibido el producto, o desde la correspondiente factura o boleta, si se trata de la devolución de lo pagado). Se contempla, sin embargo, la preferencia de la póliza de garantía si se establece en ella un plazo mayor (art. 21, inc. 1º)[20].

El plazo se suspende durante el tiempo en que el bien esté siendo reparado en ejercicio de la garantía (art. 21, inc. 5º), pero

---

18 La responsabilidad conjunta entre vendedor y fabricante fue objeto de ardua discusión en el Congreso. El Proyecto del Ejecutivo establecía que la responsabilidad se podía ejercer indistintamente en contra de vendedor, fabricante o importador. Esto suscitó las críticas de quienes estimaban que no podía hacerse responsable al vendedor de defectos que no estaban dentro de su capacidad de control (en este sentido el Diputado Schaulsohn, en la Cámara de Diputados, sesión 39ª, 12 de enero de 1993, Boletín p. 3209). La Comisión de Economía de la Cámara de Diputados estableció la subsidiariedad: "Se agregó que se incentiva con la norma legal, que el consumidor ejerza en primer lugar la acción en contra del vendedor emanada del derecho de opción contemplado en los artículos 15 y 16 del proyecto de ley en informe, y sólo en caso de ausencia de este, la interponga en contra del fabricante o importador del bien materia del reclamo" (2º Informe, sesión 12ª, 7 de julio de 1993, Boletín p. 1257). En el Senado se mantuvo la norma aunque se hizo hincapié en que su interpretación debía ser restrictiva (1er Informe Comisión de Economía del Senado, sesión 45ª, 15 de marzo de 1995, anexo, Diario de Sesiones p. 4846). Finalmente, el Ejecutivo presentó una indicación para excluir la responsabilidad del fabricante respecto de la devolución del precio, la que fue aprobada (2º Informe Comisión de Economía del Senado, sesión 28ª, 10 de enero de 1996, anexo, Diario de Sesiones p. 3642).

19 Cfr. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, pp. 261 y ss. Pensamos que no estamos en presencia de un nuevo caso de acción directa de un tercero (similar por ejemplo a la que el art. 10 de la Ley Nº 18.490 reconoce en materia de seguro automotriz obligatorio), ya que aquí el tercero (consumidor) no ejerce las acciones contractuales propias de su vendedor en contra del fabricante o importador (puede que incluso tal relación contractual no exista por la presencia de distribuidores que han intermediado). Se trata en realidad de una acción propia que le asigna la ley, tomando como presupuesto el mismo contrato de consumo.

20 La ley previene que si se demanda la devolución de la cantidad pagada con posterioridad al plazo establecido en el art. 70 del D.L. Nº 825, de 1974, el consumidor sólo tiene derecho al precio neto del bien, excluidos los impuestos correspondientes (I.V.A.) (art. 21, inc. 8º)

la suspensión no se aplica a la reclamación de devolución del precio pagado, ya que la ley declara que en tal evento el plazo "no se suspenderá en caso alguno" (art. 21, inc. 8º).

Ahora bien, el comerciante o distribuidor que se ve obligado a devolver el precio o a reponer un producto al consumidor, podrá a su vez reclamar en contra de su propio proveedor para que, contra la entrega del defectuoso, le sea restituido el bien y se le abonen los costos de devolución o reposición en que incurrió. Esta especie de acción de reembolso o regreso la pueden ejercer los comerciantes o distribuidores en contra de "la persona de quien los adquirieron o... el fabricante o importador" (art. 22)[21]. La ley parece dar a entender que la acción se podría interponer indistintamente contra la persona de la cual se adquirió directamente el producto o en contra del fabricante o importador. Pero lo lógico es pensar que deberá preferirse a la persona de quien se ha adquirido, en caso de que esta no sea fabricante o importador. A su vez, aquella podrá seguir en la cadena de comercialización hasta llegar al fabricante (o importador).

No indica la ley cuál es el plazo que tiene el vendedor para recurrir en contra de su propio proveedor. A falta de norma especial, procederá aplicar el plazo general de cinco años contados desde que se ha hecho exigible la obligación (art. 2515 CC), es decir, desde que el comerciante devolvió el precio o restituyó el bien al consumidor.

---

[21] Esta norma fue una de las más controvertidas durante la tramitación de la ley. Se encontraba en el Proyecto del Ejecutivo, pero fue suprimida en el 1er Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, por estimarse que el objeto de la ley era regular la relación de consumo y no las relaciones de los proveedores entre sí (Sesión 30ª, 15 de diciembre de 1992, Boletín p. 2676). No obstante, en el 2º Informe de la misma Comisión la norma fue repuesta (sesión 17ª, 7 de julio de 1993, Boletín p. 1261), y así fue aprobada por la Cámara. La Comisión de Economía del Senado la volvió a eliminar (1er Informe C. Economía Senado, sesión 45ª, 15 de marzo de 1995, anexo, Diario de Sesiones pp. 4848-4849). En su 2º Informe la misma Comisión rechazó nuevamente una indicación del Ejecutivo en orden a reincorporarla (sesión 28ª, de 10 de enero de 1996, anexo, Diario de Sesiones p. 3643). La indicación es renovada en Sala, y después de larga discusión se aprueba por 18 votos contra 15 (Sala Senado sesión 40ª, de 13 de marzo de 1996, Diario de Sesiones pp. 4803 y ss.). Hubo prácticamente consenso de que la norma debía redactarse de otra forma (así lo hizo ver el Senador Otero), por eso y para no dilatar la tramitación varios Senadores votaron a favor pero en el entendido de que la norma sería corregida en Comisión mixta. Sin embargo, esto no ocurrió ya que la norma que el Senado quiso incorporar como nuevo texto era (salvo por una coma) idéntica a la ya aprobada por la Cámara de Diputados, de tal manera que respecto de ella no había diferencias entre ambas Cámaras (así lo entendió la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados en su Informe sobre el Proyecto del Senado, sesión 70ª, 7 de mayo de 1996, Boletín, p. 72, lo que refrendó la Sala de dicha Cámara en sesión 73ª, 14 de mayo de 1996, Boletín p. 14).

b) La indemnización de perjuicios aneja al derecho opcional

El derecho opcional previsto en el art. 20, se entiende "sin perjuicio de la indemnización de los daños ocasionados", según señala incidentalmente el mismo precepto en su primer inciso. Esto no tendría mayor novedad, en el sentido de que también en el régimen civil la acción de cumplimiento forzado, la de resolución contractual y la redhibitoria dan derecho a pedir indemnización por los perjuicios causados[22]. Pero la forma en que se ejerce este derecho tiene algunas peculiaridades en el contexto de la ley de protección al consumidor.

La indemnización debe ser satisfecha por el vendedor, ya que se trata, según hemos visto, de una indemnización de carácter contractual. No es claro si este derecho puede ser reclamado también en forma subsidiaria del fabricante o importador en caso de ausencia del vendedor. El art. 21, inc. 2º, señala que esta responsabilidad subsidiaria se aplica a "las acciones a que se refiere el inciso primero", y este a su vez se refiere a "los derechos que contemplan los artículos 19 y 20", con lo que parece aludir más bien a los derechos opcionales de reparación, reposición, bonificación o devolución del precio, y no a la indemnización de perjuicios, que es incluida sólo en el art. 20 y de manera incidental ("sin perjuicio de...")[23].

Si el distribuidor o comerciante es condenado por sentencia ejecutoriada a pagar una indemnización de perjuicios al consumidor como efecto anexo al derecho opcional del art. 20, aquellos tendrán también un derecho de reembolso en contra de la persona de quien adquirieron el respectivo producto o del fabricante o importador, pero bajo condición de que el defecto les sea "imputable" a estos últimos (art. 22).

Es claro que, por esta vía, pueden reclamarse tanto los perjuicios materiales como los morales que constituyen consecuencias del incumplimiento contractual o de los defectos del bien (art. 3, letra e)[24]. Se trata de los llamados daños intrínsecos, pero ¿po-

---

22 Causa extrañeza, por tanto, que la salvedad de la indemnización sólo se encuentre en el artículo 20, y no así en el 19.

23 El Proyecto del Ejecutivo era más claro en este sentido: disponía que "la reclamación del derecho de opción" podía hacerse efectiva en contra del vendedor, fabricante o importador (art. 15). No parece que la intención del Congreso haya sido variar este aspecto de la disposición.

24 Según se dejó constancia en el Primer Informe de la Comisión de Economía de Cámara de Diputados la explicitación del contenido de la indemnización dice

drán indemnizarse los daños que van más allá del mero incumplimiento o la frustración de las expectativas que se tenían en un bien que resultó inadecuado para satisfacer las necesidades para las cuales se adquirió?, ¿podrá pedirse indemnización por daños extrínsecos, por ejemplo los perjuicios a la persona o a los bienes causados por la falta de seguridad que debía esperarse de un producto? Dejamos la cuestión abierta para contestarla al ver el problema de los productos inseguros (IV.3).

c) ¿Responsabilidad objetiva o subjetiva?

Antes de examinar la cuestión de cuál es el tipo de responsabilidad de la especial "garantía legal" del proveedor, hay que dejar constancia que existen dos supuestos que en los que no cabe duda de la exoneración de responsabilidad del vendedor (o del fabricante o importador, si la acción se interpone subsidiariamente en contra de ellos). Tales casos son:

1º Si el producto era usado o refaccionado o estaba conformado por partes o piezas usadas, siempre que ello se haya informado de manera expresa al consumidor, o mediante la utilización en envoltorios, facturas o boletas de expresiones indicativas de esta circunstancia, como "segunda selección", "hecho con materiales usados" u otras semejantes (art. 14).

2º Si el producto se hubiere deteriorado por "hecho imputable" al consumidor (art. 21, inc. 1º). La amplia expresión de "hecho imputable" permite incluir tanto el supuesto de dolo como el de negligencia no sólo personal del consumidor, sino también de las personas que de él dependen. Por regla general, esta causal de exoneración tendrá lugar cuando el consumidor, o sus dependientes, no hubieran dado al producto la utilización normal que convenía a su naturaleza, o no hubieran respetado las indicaciones de uso proporcionadas por el proveedor[25].

---

relación con los daños patrimoniales y a la persona física (daños materiales) y los daños relacionados con la afectividad o integridad psicológica (daños morales). De esta manera, se reconoce que en la responsabilidad contractual es posible reclamar indemnización del daño moral.

[25] El Proyecto original hablaba de "descuido del consumidor"; en el Senado se sustituyó por la expresión "hecho imputable", "por estimar que de otra forma podría interpretarse como una excepción relacionada exclusivamente con culpa o negligencia" (1er Informe Comisión de Economía Senado, sesión 45ª, 15 de

En ambos casos, la carga de la prueba residirá en el proveedor demandado, quien deberá probar las circunstancias previstas en el art. 14, o que el deterioro sobrevino por un hecho imputable al consumidor.

Aclaradas estas causales de exoneración expresas, resta por dilucidar cuál es el factor de imputación de este especial régimen de responsabilidad. Las alternativas son básicamente tres: o estamos frente a un régimen de responsabilidad por culpa subjetiva acreditable por el consumidor demandante; o se trata de un régimen de culpa presunta, en que la responsabilidad es en principio atribuida al proveedor demandado pero contemplando la ley la posibilidad de que él se exonere si prueba ausencia de negligencia; o finalmente estamos ante un régimen de responsabilidad objetiva o por riesgo creado, en el cual el proveedor demandado ha de responder siempre, incluso en ausencia de culpa subjetiva, y sólo se liberará de responsabilidad en los casos en los que la misma ley así lo ha dispuesto.

La Ley Nº 19.496 olvida precisar esta importante cuestión, y silencia un pronunciamiento claro al respecto. Como vimos, únicamente establece como causales expresas de irresponsabilidad la venta de productos usados (art. 14) y la imputabilidad del consumidor en el deterioro del producto (art. 21). ¿Pero qué decir respecto de la presencia de un caso fortuito, de falta de culpa del vendedor o de culpa de un tercero del cual el proveedor no responde?

Si nos atenemos a la constatación de que se trata de una responsabilidad de índole contractual, deberíamos concluir que, a falta de texto expreso de la ley en contrario, hemos de aplicar el principio del art. 1547 CC y afirmar la existencia de un régimen de culpa presunta: el proveedor responde a menos que pueda acreditar que el daño no se debe a su negligencia. No obstante, la conclusión debe matizarse, puesto que existe cons-

---

marzo de 1995, anexo, Diario de Sesiones p. 4846). A su vez, el Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados disponía en la misma norma que "El vendedor, fabricante o importador podrá rechazar la reclamación si el producto ha sido usado en condiciones distintas a las normales o si ha sufrido un deterioro esencial, irreparable o grave por causas atribuibles al consumidor", y el Senado consideró que era conveniente suprimirla, pero únicamente por razón de redundancia con el inciso que se refería al hecho imputable del consumidor (1er Informe C. Economía Senado, sesión 45ª, 15 de marzo de 1995, anexo, Diario de Sesiones p. 4847).

tancia en el proceso legislativo de que existía la intención de objetivar la responsabilidad del proveedor[26].

Nos parece que para dar cumplida solución a este problema es necesario distinguir entre el derecho opcional y la indemización de perjuicios aneja. Tratándose del derecho opcional, el tenor imperativo de las normas (arts. 19 y 20) debe llevar a la conclusión de que no se admite la alegación de caso fortuito o de ausencia del culpa del proveedor. Se puede decir que respecto de la devolución o imputación del precio, reposición o reparación del producto se ha consagrado una suerte de responsabilidad contractual objetiva. El expendedor no podría excusarse ni aun cuando alegue que el deterioro se debió a caso fortuito. Su única posibilidad es acreditar la culpa de la víctima (consumidor), de acuerdo con el art. 21, inc. 1º[27].

Respuesta diversa debe darse respecto de la obligación (anexa al derecho opcional) de resarcir los perjuicios que provienen del incumplimiento contractual. Si se afirma que estamos frente a una responsabilidad de naturaleza contractual, a falta de una declaración expresa de la ley en contrario, procede admitir la alegación del caso fortuito, o incluso la de falta de negligencia del mismo proveedor. Estas circunstancias deberá acreditarlas el demandado, de acuerdo con el principio general del art. 1547 CC.

Resta por aclarar la situación del distribuidor o comerciante que, habiendo sido obligado a efectuar una reposición de un bien o a la devolución de su precio y a indemnizar al consumidor, ejerce la acción de reembolso contra su propio proveedor, según el art. 22 de la ley. La norma permite que el comerciante o distribuidor pida a su propio proveedor o al fabricante o importador la restitución del bien por el cual él debió responder al consumidor, los costos de la reposición o devolución del

---

[26] Durante la tramitación de la ley se hizo presente que se pretendía establecer una responsabilidad objetiva. Así, por ejemplo, el Director del SERNAC, tratando de defender la inclusión de actos jurídicos sobre inmuebles, advirtió que el proyecto de ley innovaba en cuanto a la acción por vicios redhibitorios justamente en que no se exigía culpa: "Tratándose de esta garantía legal que consagra la Ley del Consumidor –dijo–, siguiendo en esto la orientación prevaleciente en el derecho comparado, respecto de ese tipo de defecto en una operación de consumo, basta probar el defecto y su entidad, y la relación causa-efecto entre la acción u omisión del vendedor y el defecto en sí, sin necesidad de probar la culpa, que será una cuestión por dilucidar entre la empresa inmobiliaria vendedora y la empresa constructora encargada de la edificación" (Senado sesión 37ª, 6 de marzo de 1996, Diario de Sesiones pp. 4614-4615).

[27] En este sentido, parece debe entenderse la afirmación de AIMONE, E., ob. cit., p. 94.

precio y las indemnizaciones establecidas por sentencia judicial, pero agrega que ello procederá siempre que el defecto que dio lugar a ellas "les fuere imputable".

¿Qué significado cabe atribuir a esta locución? No explicitándose el factor de imputación en este caso, debe concluirse que se refiere a aquel que es el general de nuestra legislación civil, es decir, al dolo o culpa. Así parece desprenderse de la historia del establecimiento de la ley[28]. Por los términos de la ley ("siempre que el defecto... les fuere imputable"), cabe entender que, aunque la acción de reembolso pueda darse dentro de la órbita contractual (relación contractual entre el vendedor y su proveedor), la carga de la prueba de la imputabilidad (dolosa o culposa) recaerá en el demandante.

En cualquier caso, entendemos que el reembolso de los costos e indemnizaciones sólo procederá hasta concurrencia del daño que pueda ser atribuido a culpa o negligencia del proveedor demandado. De lo contrario, podría considerarse que hay un vicio de inconstitucionalidad al hacer recaer en una persona las consecuencias pecuniarias de un juicio que se ha seguido entre extraños sin haber tenido la oportunidad de intervenir en él: se vulneraría la garantía constitucional del debido proceso (art. 19, Nº 3, inc. 2º Const.)[29].

d) Derecho opcional y responsabilidad civil por vicios redhibitorios

Al analizar la normativa anterior, surge inmediatamente la cuestión de su compaginación con los preceptos civiles que

---

[28] En la discusión que la norma del actual art. 22 originó en el Senado, se argumentó en contra haciendo ver que el fabricante o importador podía verse perjudicado por un abuso del vendedor. El Senador Urenda advirtió que la norma podía ser injusta para una industria o importador que, por ejemplo, liquida saldos a precios especiales, y el vendedor a sabiendas los vende como si fueran de primera calidad. Ante ello, el Ministro de Economía (Sr. García) le replicó que el precepto no permitía tal situación, ya que exigía que el defecto le fuera imputable, y añadió: "Evidentemente, el defecto del producto no le sería imputable a quien vendió un saldo que posteriormente no fue comercializado como tal. Por lo tanto, el producto o importador, en este caso, estaría exento de esa responsabilidad" (Sala Senado, sesión 40ª, de 13 de marzo de 1996, Diario de Sesiones p. 4806).

[29] Al entender de esta forma el precepto, tanto la Senadora Feliú como el Senador Diez manifestaron su opinión de que se trataba de una norma inconstitucional por transgredir las exigencias del debido proceso (Sala Senado sesión 40ª, de 13 de marzo de 1996, Diario de Sesiones pp. 4809 y 4813).

regulan la responsabilidad del vendedor por los llamados vicios redhibitorios, establecidos en los arts. 1857 a 1870 del Código Civil, y que son aplicables también a las compraventas mercantiles por mandato del art. 154 del Código de Comercio.

No contiene la Ley Nº 19.496 ninguna disposición que aclare la relación entre su propia normativa y el derecho común, no obstante ser obvio que ambas regulaciones se orientan a ofrecer al adquirente protección frente a productos que no cuentan con la idoneidad esperable.

No obstante, las regulaciones no coinciden plenamente. Algunas diferencias que pueden apreciarse a simple vista son:

i) En cuanto a los defectos del producto: La Ley Nº 19.496 no exige que los vicios sean "ocultos" como el art. 1858 del Código Civil. En efecto, si bien la letra f) del art. 20 se pone en el caso de "defectos o vicios ocultos", el resto de las letras y especialmente la letra c) se satisface con exigir deficiéncias por las cuales el producto no es "enteramente apto"[30].

Asimismo, la Ley Nº 19.496 parece ser más comprensiva al incluir los supuestos de falta de las especificaciones obligatorias, ofrecidas o convenidas. Pero el amplio concepto del art. 1858, Nº 2 ("ser tales que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio"), parece ser suficientemente abierta para comprender también esos casos.

Si no fueran reconducibles a la categoría de vicios ocultos, la falta en las especificaciones podría quedar subsumida en un incumplimiento contractual, o incluso en un error sobre la sustancia o calidad esencial de la cosa que puede dar pie para pedir la declaración de nulidad del acto o contrato (art. 1454 CC).

ii) En cuanto al obligado a responder: Según la normativa común el único obligado es el vendedor directo del cual adquirió la cosa el comprador[31]. En cambio, la Ley Nº 19.496 obliga

---

[30] De allí que, en nuestra opinión, no tenga mayor relevancia el hecho de que en el Senado se haya suprimido en la letra f) del precepto la alusión a vicios ocultos que disminuyen la calidad o posibilidad de uso de la cosa (Sala Senado sesión 40ª, 13 de marzo de 1996, Diario de Sesiones p. 4795).

[31] ALESSANDRI, Arturo, *De la compra-venta y de la promesa de venta*, Imprenta-Litografía Barcelona, Santiago, 1918, t. II, Nº 1453, p. 305: "El tercero que adquiera la cosa

subsidiariamente al fabricante o importador. Además, el Código Civil no prevé expresamente el derecho del vendedor a reclamar la restitución o reembolso respecto de quien adquirió el bien defectuoso, por el cual ha tenido que responder al adquirente.

iii) En cuanto a los derechos que pueden reclamarse: La Ley Nº 19.496, con poco rigor técnico, habla de reparación, reposición y devolución del precio. En realidad, en los dos primeros casos se trata de una acción de ejecución del contrato, que no se ha cumplido al entregarse un bien que no cuenta con las especificaciones debidas o que no es apto para el uso al que se le destina. En cambio, en la tercera situación (devolución del precio), debemos suponer que se trata de una acción resolutoria. La normativa civil ofrece también la posibilidad de demandar el cumplimiento o la resolución (por la acción redhibitoria), pero además contempla la simple rebaja del precio (acción *quanti minoris*), con lo cual el contrato se mantiene vigente. Esta posibilidad fue contemplada por la Ley Nº 19.496, sólo para el caso de diferencia entre el contenido real y el convenido respecto de un producto (art. 19).

iv) En cuanto a la indemnización de perjuicios: Según el Código Civil, tratándose de vicios ocultos, la indemnización de perjuicios sólo procede cuando el vendedor conoce o debe conocer los vicios y no los declara al comprador (art. 1861 CC). En el caso de la Ley Nº 19.496, basta que se acredite el defecto del producto para que se presuma la culpa del expendedor, siendo de su cargo el exonerarse de responsabilidad probando su diligencia, el caso fortuito o la culpa de la víctima.

v) En cuanto a la prescripción o caducidad de las acciones: El plazo de la Ley Nº 19.496 es significativamente más breve (máximo tres meses desde la recepción del producto). Los plazos civiles son más amplios, oscilando entre seis y dieciocho meses desde la entrega (arts. 1866 y 1869 CC). El Código de Comercio establece un plazo de seis meses desde la entrega real (art. 154, inc. 2º). Según la opinión común, la acción civil de indemnización de perjuicios, en caso de ser procedente, prescribe en los mismos plazos[32].

---

del comprador no puede ejercitarla respecto del vendedor de este, porque la ley habla del vendedor y del comprador y no del que adquiere la cosa del comprador".

32 ALESSANDRI, A., *De la compra-venta...* cit., t. II, Nº 1508, pp. 363-364; DIEZ DUARTE, Raúl, *La compraventa en el Código Civil chileno*, ConoSur, 2ª edic., Santiago, s.d., p. 170. En contra MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*, Edit. Jurídica de Chile, 8ª edic., Santiago, 1995, t. I, Nº 221, p. 149, sostiene que la obligación de indemnizar perjuicios prescribe según las reglas generales.

¿Debe entenderse que en su ámbito de aplicación la Ley Nº 19.496 excluye, por su especialidad, la normativa común de las acciones redhibitorias? Entendemos que no es así, ya que de lo contrario la nueva ley habría ido contra su declarado espíritu al privar al consumidor de derechos que ya le concedía la legislación común. Si de lo que se trata es de proteger mejor los derechos del consumidor, deberemos afirmar que el consumidor-comprador podrá optar entre el régimen especial de la Ley Nº 19.496 y el común previsto por los Códigos Civil y de Comercio. De este modo, si han expirado los plazos para hacer uso de los derechos opcionales que le ofrece la ley de protección al consumidor, conservará la facultad de ejercer las acciones redhibitoria y *quanti minoris* en conformidad con las normas del derecho común.

e) Resumen conclusivo

Si procuramos efectuar una síntesis del régimen de la garantía legal o derecho opcional de la Ley Nº 19.496, podemos decir que el consumidor, probando la relación contractual, puede ejercer los derechos opcionales de los arts. 19 y 20 en contra de su expendedor directo, y sólo subsidiariamente y en forma limitada (se excluye la demanda de devolución del dinero pagado) puede demandar directamente al fabricante o importador. En tales casos, el demandado debe responder, salvo que acredite la existencia de una causal de exoneración expresamente prevista en la ley, como por ejemplo la imputabilidad del mismo consumidor (art. 21, inc. 1º). Una vez que ha respondido, este comerciante (o distribuidor) puede pedir la restitución del bien y el abono de los costos en que incurrió, al proveedor del cual él adquirió el producto, pero debe acreditar que el defecto le era imputable (por dolo o culpa) a este último.

Conjuntamente y en el mismo procedimiento en el que ejerce el derecho opcional del art. 20 de la ley, pero sólo respecto del vendedor, comerciante o distribuidor con el cual contrató (no respecto del fabricante o importador), el consumidor puede pedir indemnización de los perjuicios que el defecto del producto le hubiere causado. Siendo una indemnización contractual, la culpa del deudor (demandado) es presumida legalmente (art. 1547 CC), pero el vendedor, por la misma razón, puede exonerarse probando que obró con la diligencia adecuada y que el

daño se ha debido a caso fortuito (art. 1547 CC) o a culpa exclusiva del consumidor (art. 21, inc. 1º).

No logrando probar la falta de negligencia, caso fortuito o culpa de la víctima, será condenado a indemnizar, pero el vendedor vencido, invocando la sentencia judicial condenatoria (no basta una indemnización acordada en un avenimiento o transacción), podrá pedir reembolso a su proveedor o al fabricante o importador, para lo cual –de acuerdo con lo previsto en el art. 22– deberá acreditar que por parte de estos medió imprudencia o culpa que incide en el defecto o vicio del producto que dio lugar al daño.

En todo caso, el régimen de la garantía legal no empece para que el consumidor, si así lo prefiere, ejerza las acciones derivadas de la responsabilidad del vendedor por evicción, en conformidad con las reglas generales.

2. RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS PELIGROSOS

Para aquellos productos que por su misma naturaleza importan riesgos para la seguridad de las personas o sus bienes (los que hemos denominado productos peligrosos), debemos analizar varias formas a través de las cuales el consumidor podría reclamar por los daños causados.

En primer lugar, es menester analizar un régimen especial de responsabilidad solidaria y de culpa presunta previsto expresamente en la Ley Nº 19.496 (letra a). Para los casos en los que este régimen especial no sea aplicable, podrán configurarse algunas modalidades de responsabilidad civil extracontractual derivada, a saber, la que surge de la comisión por parte del proveedor de un hecho infraccional tipificado por la misma Ley de Protección al Consumidor (letra b) y la que deriva de la comisión de un delito o cuasidelito de carácter penal (letra c). Finalmente, debemos examinar la posibilidad de construir una responsabilidad civil extracontractual autónoma por aplicación de las reglas generales de los arts. 2314 y siguientes del Código Civil (letra d).

a) Responsabilidad solidaria del fabricante, importador y primer distribuidor

La regulación más clara sobre responsabilidad civil por daños contenida en la Ley Nº 19.496 es la que se refiere a lo que

hemos denominado productos peligrosos, es decir, aquellos bienes que por su misma naturaleza presentan riesgos para la integridad personal o patrimonial de los usuarios; en palabras de la misma ley que comentamos: "productos cuyo uso resulte potencialmente peligroso para la salud o integridad física de los consumidores o para la seguridad de sus bienes" (art. 45, inc. 1º)[33].

Tratándose de productos peligrosos, la ley dispone que por los daños causados responderán solidariamente "el productor, importador y primer distribuidor" (art. 47, inc. 1º). Son excluidos así los distribuidores secundarios y el expendedor final o vendedor.

Para que proceda la responsabilidad solidaria, es necesario demostrar que se trataba de un producto peligroso (incluida la toxicidad). Esta cualidad puede constar de una declaración judicial o de una determinación de la autoridad administrativa competente para ello según las normas especiales que regulan la provisión de determinados bienes y servicios (art. 47 inc. 1º en relación con el art. 44).

Es menester preguntarse si esta determinación –judicial o administrativa– debe anteceder a la causación del daño, o puede configurarse con posterioridad. De la historia del establecimiento de la ley, parece desprenderse que el legislador tenía presente una declaración previa de peligrosidad, que pusiera sobre

[33] Las disposiciones del párrafo 5º del Título III de la ley (referido a la seguridad de los productos y servicios) tuvieron una accidentada historia durante la tramitación del proyecto. El Senado rechazó el párrafo completo al considerarlo innecesario. El Informe de la Comisión de Economía de la C. de Diputados propone mantener la normativa, y da como razón "que estas disposiciones son necesarias ya que reemplazan la responsabilidad subjetiva, norma tradicional en nuestra legislación, por una responsabilidad objetiva, bastando sólo probar la peligrosidad o toxicidad de un producto o servicio para que el proveedor responda del daño causado sin necesidad de tener que probar que existió culpa o dolo" (sesión 70ª, 7 de mayo de 1996, Boletín p. 75). Finalmente, en Comisión mixta se repone el párrafo con una redacción preparada por el Diputado Sr. Orpis (C. de Diputados sesión 24ª, 7 de agosto de 1996, Boletín p. 71). A propuesta del Senador Prat se eliminó el inciso que establecía en general que los bienes y servicios deben estar exentos de riesgos: "no se justifica dicha norma –se dijo–, porque si existe una disposición legal o reglamentaria, el proveedor deberá cumplirla. En consecuencia –explicó–, cuando no exista norma legal o reglamentaria corresponderá aplicar la obligación dispuesta en el inciso segundo" (o sea, el que se refiere a la obligación de advertencia respecto de productos peligrosos). Pero la verdad es que con ello, y con la modificación que sufrió el art. 47 en orden a exigir una declaración judicial o administrativa de peligrosidad, el párrafo completo cambió su orientación para cubrir solamente los productos naturalmente peligrosos, y no ya cualquier producto, que por las circunstancias concretas, no ofrece la seguridad que sería razonable esperar de él.

aviso al proveedor sobre la necesidad de adoptar medidas especiales de seguridad[34].

La peligrosidad puede decretarse administrativamente si existe una regulación especial para la provisión de ciertos bienes. No nos consta, sin embargo, que las reglamentaciones especiales contemplen formalmente esta determinación de peligrosidad. Pensamos que no obstante el sometimiento de ciertos productos a un régimen de registro y de supervisión por organismos públicos, puede hacer las veces de esta determinación administrativa[35].

---

34 El Proyecto del Ejecutivo disponía que la responsabilidad solidaria se generaba cuando era "comprobada, por cualquier medio idóneo, la peligrosidad o toxicidad de un producto o servicio" (art. 49). Sustancialmente lo mismo dispuso el art. 47 del texto aprobado por la Cámara de Diputados. El Senado, en cambio, suprimió completamente el párrafo destinado a la seguridad de productos y servicios. En la Comisión Mixta se adoptó, a proposición del Diputado Sr. Jaime Orpis y con una observación del Senador Prat, el texto que sería finalmente aprobado: "Declarada judicialmente o determinada por la autoridad competente de acuerdo con las normas especiales..., la peligrosidad de un producto o servicio" (art. 37 d).

35 Pueden consultarse a este respecto algunas disposiciones del Código Sanitario, arts. 90-93 y 94-111, y sus normas complementarias como el Reglamento sobre producción, distribución, expendio y uso de solventes orgánicos nocivos para la salud, D. Sup. Nº 144, Ministerio de Salud, de 10 de mayo de 1995, D. Of. 26 de julio de 1985; el Reglamento del sistema nacional de control de productos farmacéuticos, alimentos de uso médico y cosméticos, D. Sup. Nº 1876, Ministerio de Salud, de 5 de julio de 1995, publicado en el Diario Oficial de 9 de septiembre de 1996; el Reglamento sobre autorización para instalaciones radiactivas y otras actividades afines, D. Sup. Nº 133, Ministerio de Salud, de 22 de mayo de 1984, D. Of. 23 de agosto de 1984; el Reglamento de estupefacientes, D. Sup. Nº 404, Ministerio de Salud, 2 de noviembre de 1984, D. Of. 20 de febrero de 1984; y el Reglamento de productos psicotrópicos, D. Sup. Nº 405, Ministerio de Salud, 2 de noviembre de 1983, D. Of. 20 de febrero de 1984. Como referencia general, debe verse el D.F.L. Nº 1, Ministerio de Salud, de 8 de noviembre de 1989, D. Of. 21 de febrero de 1990, que determina las materias que requieren autorización sanitaria expresa.
También cabe citar el D.L. Nº 3557, de 1980, que establece el concepto de "mercadería peligrosa para los vegetales" y da normas sobre productos susceptibles de contaminar la agricultura (arts. 11 y ss.) y sobre la fabricación, comercialización y aplicación de plaguicidas y fertilizantes (arts. 32 y ss.). Igualmente, pueden citarse el Reglamento sobre manipulación y almacenaje de la carga peligrosa en los recintos portuarios, Resolución Nº 478, Empresa Portuaria de Chile, 22 de diciembre de 1986, D. Of. 14 de enero de 1987; el Reglamento de protección física de las instalaciones y de los materiales nucleares, D. Sup. Nº 87, Ministerio de Minería, 24 de diciembre de 1984, D. Of. 9 de marzo de 1985; y el Reglamento que fija requisitos mínimos de seguridad para la instalación de artefactos de gas, D. Sup. Nº 189, Ministerio de Economía, 18 de junio de 1990, D. Of. 20 de octubre de 1990.
En algunos de estos cuerpos normativos se establecen normas sobre la responsabilidad civil (cfr. por ejemplo los arts. 12 y 36 del D.L. 3557) y surge el problema de su aplicabilidad frente a las disposiciones de la Ley Nº 19.496. En principio, de acuerdo a lo que dispone el art. 44 de esta última ley, deben aplicarse con preferencia las disposiciones especiales relativas a la seguridad de los productos. Pensamos, sin embargo, que ello procederá sólo en la medida en que no pueda lograrse una interpretación complementaria y armónica entre las normas especiales y las de la Ley Nº 19.496.

A falta de pronunciamiento administrativo, la peligrosidad debe ser calificada por sentencia judicial. Nos parece, sin embargo, que esta sentencia no es de competencia de los Juzgados de Policía Local, sino de los tribunales ordinarios.

El régimen especial del art. 47 es claramente un esquema de responsabilidad extracontractual, y los perjuicios que deben indemnizarse son tanto los materiales como los morales, de acuerdo con lo previsto en el art. 3, letra e. No hay disposición que limite su monto.

Lo peculiar es que la responsabilidad que se imputa al productor, importador, primer distribuidor es del tipo de culpa presunta. En efecto, se reconocen las siguientes causas de exoneración: 1º) el cumplimiento de las medidas de prevención establecidas legal o reglamentariamente; y 2º) el cumplimiento de los demás cuidados o diligencias que exija la naturaleza de los productos o servicios (art. 47 inc. 2º). Entendemos que estamos frente a condiciones copulativas: el proveedór demandado deberá comprobar que concurren ambas para lograr su exoneración. En el fondo, deberá acreditar que no ha existido negligencia alguna de su parte o de los demás proveedores en la causación del resultado lesivo[36].

También será causal de exoneración, que prueba la ausencia de negligencia de los proveedores, la culpa o exposición imprudente al riesgo por parte del consumidor. Debe tenerse presente que la ley establece que es deber del consumidor el "evitar los riesgos que puedan afectarles" (art. 3, letra d)[37].

Tratándose de los llamados "riesgos de desarrollo", que se descubren por un avance científico realizado con posterioridad a la introducción en el mercado de los bienes o servicios peligro-

---

[36] Una de las principales medidas de cuidado o diligencia será la de informar debidamente a los consumidores o usuarios para que su empleo se efectúe "con la mayor seguridad posible" (art. 45).

[37] En el derecho comparado existe una tendencia a concluir que la culpa del consumidor no debe analizarse en abstracto, de acuerdo con un individuo medio, puesto que ello desfavorece a quienes están bajo ese término medio, como los niños, los ancianos, los analfabetos y los menos educados. Se afirma que la culpa que excusa al fabricante debe analizarse en el caso concreto y de acuerdo con las condiciones personales de la víctima. Es común citar en apoyo de esta doctrina el caso norteamericano "Hubbard-Hall Chem. Co v. Silverman", en el cual los tribunales hicieron responder al fabricante de un insecticida por los daños causados a dos trabajadores del campo, de origen puertorriqueño que, no conociendo el inglés, no siguieron las advertencias que el producto contenía en esa lengua y resultaron afectados por no utilizarlo con ropa especial de protección. Cfr. VÁZQUEZ FERREYRA, R. y ROMERA, O., ob. cit., pp. 190-191.

sos, el proveedor no responderá si, al percatarse de dichos riesgos, cumple con las medidas de prevención fijadas en la misma ley, a saber, avisar oportunamente a la autoridad para que se adopten las medidas preventivas o correctivas que el caso amerite, e informar mediante advertencias e indicaciones a los consumidores o usuarios (art. 46). En el fondo, la ley exonera completamente al proveedor de los "riesgos de desarrollo", y sólo lo sanciona y lo hace responder por culpa de omisión cuando una vez descubiertos los riesgos y siendo conocidos ya por él, no adopta las medidas adecuadas para precaverlos[38].

En caso de que sea procedente la responsabilidad solidaria del art. 47, no señala la ley qué relaciones se aplican entre los diversos responsables. Considerando las reglas generales, puede señalarse que aquel de los imputados que se vea obligado a indemnizar podrá repetir en contra del o de los demás responsables. La repartición de la deuda será por iguales partes, y no en proporción a la culpabilidad, según el criterio afirmado por la doctrina para la solidaridad legal del art. 2317 CC[39].

b) Responsabilidad civil derivada de ilícito infraccional de la Ley Nº 19.496

La responsabilidad del proveedor puede resultar de la acreditación de que incurrió en alguna de las infracciones administrativas (no penales) sancionadas por la Ley Nº 19.496.

Por ejemplo, si el proveedor emite publicidad falsa sobre las cualidades de productos o servicios que afectan la salud o seguridad de la población o el medio ambiente (art. 24, inc. 2º); si no incorpora en los productos o en instructivos anexos las advertencias e indicaciones necesarias (art. 45); si habiéndose percatado de la existencia de peligros o riesgos no previstos oportunamente no los pone, sin demora, en conocimiento de la autoridad competente y no advierte a los consumidores (art. 46). Será menester comprobar junto con la culpabilidad del proveedor por la infracción legal, la existencia de un daño y, además,

---

38 Nos parece que se equivoca AIMONE, E., ob. cit., p. 104, cuando afirma, sobre la base del art. 46, que nuestra legislación hace responsable al proveedor de los daños de desarrollo.

39 ALESSANDRI, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno,* Librería Universitaria, Santiago, 1943, Nº 406, p. 491.

que el acto que constituye la infracción es la causa de la aparición de ese daño.

En tales casos se aplicará el criterio general que se ve manifestado en el art. 49: "El incumplimiento de las obligaciones contempladas en este párrafo sujetará al responsable a las sanciones contravencionales correspondientes y lo obligará a pago de las indemnizaciones por los daños y perjuicios que se ocasionen..."[40]. Aunque el precepto habla sólo de las obligaciones contempladas en el párrafo relativo a la seguridad de los productos y servicios, es obvio que lo mismo debe regir respecto de todas las infracciones tipificadas por esta ley, por aplicación de la norma general del art. 3, letra e[41].

c) Responsabilidad civil derivada
de un delito o cuasidelito penal

Habrá también acción de responsabilidad civil si se establece la responsabilidad penal del proveedor, a pesar de que exista relación contractual con el consumidor[42]. Podrá tratarse de un hecho doloso o de un hecho culposo, cuando estos sean castigados penalmente (por ejemplo, los delitos y cuasidelitos tipificados en los arts. 313 d, 315 y 317 del Código Penal[43]).

---

40 Según la interpretación tradicional (ALESSANDRI, A., *De la responsabilidad...* cit., Nº 125, p. 175), cuando existe infracción de ley o de reglamentos hay culpa por el solo hecho de que el agente haya ejecutado el acto prohibido o no haya realizado el ordenado por la ley o reglamento ("culpa contra la legalidad"). Pero debe precisarse que ello puede afirmarse siempre que la conducta, incluida la intencionalidad del agente, pueda ser subsumida en la descripción que hace la ley o el reglamento de la infracción respectiva. En el fondo, lo que la infracción legal o reglamentaria permite, no es prescindir del aspecto subjetivo del acto que genera responsabilidad, sino del análisis objetivo sobre si dicha conducta contraviene los deberes generales de cuidado y prudencia.

41 Durante la tramitación de la ley se eliminó la referencia a la obligación indemnizatoria que nacía de la infracción prevista en el actual art. 23 ("Lo dispuesto en el inciso anterior, se entenderá sin perjuicio de la correspondiente indemnización por los daños patrimoniales o extrapatrimoniales causados"). Se dio como razón para la eliminación, el que la norma estaba ya contenida en el precepto general del art. 3 (2º Informe Comisión Economía del Senado, sesión 28º de 10 de enero de 1996, anexo, Diario de Sesiones p. 3644).

42 Según la doctrina dominante, el cúmulo de responsabilidades es admitido, aunque por excepción, cuando el hecho se configura a la vez como incumplimiento contractual y como delito o cuasidelito penal. Así, ALESSANDRI, A., *De la responsabilidad...* cit., Nº 51, p. 91.

43 El Código Penal castiga al que fabricare o a sabiendas expendiere sustancias medicinales deterioradas o adulteradas de modo que sean peligrosas para la salud por su nocividad o por el menoscabo de sus propiedades curativas (art. 313 CP); al que

Surge aquí la posible cuestión de la aplicación de la norma general del art. 492 del Código Penal, si se acredita que el daño a la persona del consumidor o de un tercero usuario es el resultado de la concurrencia entre una infracción a la Ley Nº 19.496 y la mera negligencia del agente respecto del resultado dañoso. La disposición del Código Penal establece que se castigará "al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas". La solución no es clara por cuanto no basta que haya culpa e "infracción de reglamentos" (en este caso, la ley de protección al consumidor), sino que se exige que la conducta descuidada e infraccional haya sido la causa del hecho dañoso tipificado como delito contra las personas[44], y esto puede ser muy difícil de determinar tratándose de un daño producido por un producto de consumo masivo.

d) Responsabilidad civil extracontractual común

Cabe preguntarse si, habiendo un producto peligroso causado daño al consumidor, podría este, no pudiendo o no queriendo aplicar el régimen especial del art. 47 de la Ley Nº 19.496 o el que se deriva de la comisión de un hecho punible o infraccional por parte del proveedor, invocar el régimen común de la responsabilidad civil extracontractual diseñado por las normas de los arts. 2314 y siguientes del Código Civil.

---

envenare o infectare comestibles, aguas u otras bebidas destinadas al consumo público; al que a sabiendas las vendiere o distribuyere (art. 315, inc. 1º CP); al que efectuare otras adulteraciones en dichas sustancias destinadas al consumo público, de modo que sean peligrosas para la salud por su nocividad o por el menoscabo apreciable de sus propiedades alimenticias y al que a sabiendas las vendiere o distribuyere (art. 315, inc. 2º CP). Las conductas anteriores son castigadas también si se cometen por imprudencia temeraria o por mera negligencia o con infracción de los reglamentos respectivos (art. 317, inc. 2º). Puede verse también el art. 6, letra e) de la Ley Nº 12.927, que castiga a los que inciten, promuevan o fomenten, o de hecho, envenenen alimentos, aguas o fluidos destinados al uso o consumo públicos.

44 Por eso dice ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal,* Gibbs editor, Santiago, 1965, t. IV, p. 255, que la infracción puede ser dolosa, pero la negligencia debe referirse al resultado de daño para las personas. Agrega CURY, Enrique, *Derecho Penal.* Parte general, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1982, t. I, p. 292, que puede suceder que haya infracción de reglamentos, pero no culpa, "sea porque a las circunstancias previstas por el precepto se agregan otras que modifican la situación concreta, sea porque la lesión se produce a consecuencias de un curso causal inesperado que no es el que el legislador ha tenido en cuenta y que resulta, en general, imprevisible".

Pensamos que respecto de un producto peligroso cabría considerar especialmente la norma prevista en el art. 2329 del Código Civil, que, según la interpretación de Alessandri, establecería una presunción de culpa "cuando el daño proviene de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente"[45]. La fabricación de un producto peligroso que no ofrece la seguridad debida cabe dentro de un criterio como este.

Existe sin embargo un obstáculo: si se sigue la opinión dominante que niega que sea admisible el cúmulo de opción entre responsabilidad contractual y extracontractual habría que concluir que la existencia de contrato entre consumidor (demandante) y proveedor (demandado) impediría al primero accionar prescindiendo del contrato e invocando los arts. 2314 y siguientes CC. No sucedería lo mismo, a nuestro juicio, si quien demanda es un tercero distinto del adquirente o si se pretende hacer efectiva la responsabilidad de un fabricante o distribuidor que no fue parte del contrato final de consumo[46].

3. RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS INSEGUROS

Revisados los regímenes anteriores, queda por inquirir cuál es el sistema de responsabilidad que debe aplicarse a los productos por defectos que los hacen inseguros, es decir, que no son solamente inidóneos ni tampoco peligrosos por sí mismos, sino que presentan deficiencias en cuanto a la seguridad esperable para la salud y los bienes de las personas. Lamentablemente, la Ley Nº 19.496 ignora completamente este aspecto, que es por cierto el de mayor importancia para la protección de los consumidores. Una referencia general a la seguridad ordinaria aplicable a todos los productos y servicios se encontraba en el Proyec-

---

45 Cfr. ALESSANDRI, A., *De la responsabilidad...* cit., Nº 195, p. 292.

46 La doctrina tradicional que niega el cúmulo señala expresamente que ello no se aplica a los terceros que no forman parte de la relación contractual. Así, ABELIUCK, René, *Las obligaciones*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, t. II, Nº 935, pp. 767-768. En nuestra opinión, sin embargo, la idea de que por la sola presencia de un contrato se excluiría la posibilidad de recurrir a la vía extracontractual merece ser revisada, en atención a los nuevos desarrollos de la doctrina tanto nacional como comparada. Hay estudios recientes que defienden la admisibilidad del cúmulo: cfr. BORCIA LEHMANN, Rodrigo, "Algunas consideraciones sobre el principio de la responsabilidad", en AA.VV. *Instituciones Modernas de Derecho Civil*, ConoSur, Santiago, 1996, pp. 563-564.

to del Ejecutivo y en el aprobado por la Cámara de Diputados: "Los bienes y servicios que se ofrezcan en el mercado –disponían ambos textos– deberán estar exentos de riesgos para la salud o seguridad de los consumidores, salvo los que usual o reglamentariamente se admitan en condiciones normales y previsibles de utilización" (arts. 37 y 44, respectivamente). Pero la norma fue suprimida por el Senado.

¿Qué régimen de responsabilidad aplicaremos si un producto causa daños por ser inseguro? Una primera alternativa que debemos excluir es que se aplique a este supuesto el mismo régimen especial de culpa presunta y solidaridad que establece el art. 47 para los productos peligrosos. En efecto, el precepto trata de una responsabilidad solidaria que es siempre excepcional y no susceptible de extensión analógica (cfr. art. 1511, inc. final CC).

Aunque con mayor dificultad, también excluimos que deba aplicarse aquí la normativa relativa a los derechos opcionales, e indemnización de perjuicios, por productos no aptos o que incumplen las debidas especificaciones (art. 20). En favor de la respuesta afirmativa, podría arguirse que la falta de seguridad de un producto es también una forma de ineptitud o inidoneidad; idea que es refrendada por la letra a) del art. 20 (que se refiere a productos que no cumplen especificaciones contempladas en "normas de seguridad"). No obstante, el hecho de que se haga responsable en forma principal al expendedor o vendedor del producto, lo incidental y secundaria de la mención de la obligación de indemnizar y el carácter contractual de esta relación, nos lleva a afirmar que no pudo ser la intención del legislador el que el adquirente pudiera pretender del comerciante o vendedor la indemnización de los daños causados a la vida, a la salud o al patrimonio por un producto que se revela como inseguro. Tales daños son ordinariamente cuantiosos e imputables no al expendedor final sino al fabricante o importador. Lo contrario llevaría a introducir un factor de incertidumbre, imposible de prever y de asegurar por parte del comerciante. La fabricación, diseño, información en materia de seguridad no son ordinariamente supervisables o controlables por este[47].

[47] Cabe destacar que la Cámara de Diputados rechazó una indicación para hacer responsable directo al fabricante tratándose de vicios de fabricación que no hayan sido evidentes para el vendedor (indicación de los Diputados Dupré, Fantuzzi, Kuschel y Villouta, sesión 39ª, 12 de enero de 1993, Boletín pp. 3225-3226). La

De esta forma, la responsabilidad por los daños causados por productos inseguros debiera reconducirse a la responsabilidad civil surgida de un delito o cuasidelito civil, en conformidad a los arts. 2314 y siguientes del Código Civil (salvo que se considere la aplicación exclusiva de la responsabilidad contractual entre adquirente y proveedor); a la responsabilidad civil derivada de un hecho punible doloso o culposo (pueden tener aplicación aquí también los preceptos de los arts. 313 d, 315, 317 y 492 del Código Penal y el art. 6, letra e de la Ley Nº 12.927) y a la responsabilidad civil derivada de un ilícito contravencional, en especial los previstos en la Ley Nº 19.496. En concreto, debiera aplicarse la norma del art. 23, que sanciona al proveedor que, "actuando con negligencia", causa menoscabo en la venta de un bien o en la prestación de un servicio debido a fallas o deficiencias, entre otras, en la seguridad del respectivo bien o servicio[48].

Comisión de Economía de la Cámara rechazó por unanimidad la indicación (2º Informe, sesión 12ª, 7 de julio de 1993, Boletín p. 1265). Pero las actas revelan que no se pensó en los supuestos de daños por inseguridad.

En sede civil ALESSANDRI, A., *De la responsabilidad...* cit., Nº 41, p. 67, sostiene que la responsabilidad contractual por vicios redhibitorios incluye la indemnización de los daños sufridos por la persona del comprador por accidentes ocasionados por el vicio oculto de la cosa, como por ejemplo si se trata de una máquina que estalla por un defecto de construcción y hiere al comprador o a un tercero al que el comprador debe indemnizar. Pero téngase en cuenta que en tal caso la ley exige comprobar la mala fe o ignorancia inexcusable del vendedor.

48 Curiosamente la norma, por una parte, parece abierta incluyendo a todos los que caben en el concepto de "proveedor": según la misma ley, los que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización (art. 1º, Nº 2); pero luego restringe ella misma el legitimado pasivo al exigir que el daño se cause "en la venta de un bien o en la prestación de un servicio", con lo cual la norma sólo resulta aplicable al vendedor (o prestador de servicios). Por ejemplo, será imputable al vendedor si el defecto que provocó el daño se debe un deterioro causado por la mala conservación de un producto perecible.

La norma también plantea interrogantes en cuanto al legitimado activo de la acción civil: ¿es posible solicitar por esta vía los perjuicios de terceros que resultaron dañados por el producto o servicio inseguro, a pesar de no haber sido los adquirentes o contratantes? El art. 23, en efecto, habla de que comete infracción el que en la venta de un bien o prestación de un servicio causa menoscabo "al consumidor", con lo cual la tipificación de la infracción (de la cual puede resultar la responsabilidad civil derivada) parece restringida únicamente al contratante. Pero si nos vamos al art. 1º, que contiene la definición de consumidor, vemos que no sólo las personas que adquieran los bienes o servicios son consumidores, sino también los que los utilicen o disfruten "como destinatarios finales". De este modo, pensamos, quedarán comprendidos los terceros no adquirentes que lleguen a utilizar el producto o servicio "como destinatarios finales". Por ejemplo, si compro una torta de cumpleaños que resulta tóxica, mis invitados podrán demandar el daño sufrido (invocando la infracción del art. 23) porque para la ley tienen la calidad de consumidores.

La solución no es satisfactoria ya que se impone a la víctima la carga de acreditar que el proveedor ha actuado dolosa o culposamente, lo que en la práctica resulta especialmente difícil. Los intentos, realizados por la doctrina comparada, para invertir el peso de la prueba en favor del consumidor, aduciendo que el proveedor habría infringido una obligación contractual –o asimilable a ella– de ofrecer seguridad en la utilización del producto, no parecen admisibles en nuestro sistema jurídico, por mucho que la Ley Nº 19.496 establezca de manera general el derecho de los consumidores a obtener dicha seguridad (art. 3, letra d)[49].

4. RESPONSABILIDAD POR SERVICIOS DEFECTUOSOS O RIESGOSOS

Respecto de los servicios la ley prevé un régimen muy parecido al de los productos[50]. Existe, primeramente, una responsabili-

---

[49] Para invertir la carga de la prueba en esta materia, se podría invocar en nuestro sistema lo siguiente: cuando un producto ocasiona un daño por falta de la seguridad que cabía esperar de él, se comprueba un incumplimiento por parte del fabricante o importador de la obligación legal de otorgar seguridad en el consumo de bienes y servicios, obligación que se deduciría del derecho que establece al respecto el art. 3º, letra d). Si esto es así, puede sostenerse, siguiendo a ALESSANDRI, A., *De la responsabilidad...* cit., Nº 28, pp. 34 y ss., que al infringirse una obligación legal se aplica el régimen contractual de responsabilidad y por tanto la culpa puede ser presumida, siendo de cargo del deudor el acreditar su diligencia. Esta construcción, empero, no es del todo convincente por varios motivos: en primer lugar, porque la ley en el párrafo dedicado a las "obligaciones del proveedor" (párrafo 3º del Título II) no especifica esta obligación de otorgar seguridad; en segundo lugar, por cuanto no es unánimemente aceptado que el incumplimiento de obligaciones legales se rija por el sistema contractual, siendo atendible (y por nosotros compartida) la teoría que indica a la responsabilidad extracontractual como el derecho común aplicable a falta de regulación específica; finalmente, aun cuando se admitiera la aplicación de la responsabilidad contractual, habría que excluir la aplicación de una culpa presunta, sobre la base de que la obligación de seguridad debería ser calificada como una obligación de medio y no de resultado, y, como lo afirma tanto la doctrina nacional como extranjera, respecto de las obligaciones de actividad o de medio no rige la presunción de culpa. Esta última conclusión puede servir también para el caso de que se considere que, al menos tratándose de ciertos contratos, la obligación de seguridad se entiende pertenecerles en virtud de la ley o la costumbre: ALESSANDRI, A., *De la responsabilidad...* cit., Nº 41, pp. 67 afirma que habrá responsabilidad contractual toda vez que la obligación de seguridad sea aplicable al contrato por la ley, la voluntad de las partes, o la costumbre.

[50] En todo caso, debe tratarse de servicios que se originen en un acto de comercio. No se incluyen los servicios profesionales. La historia de la ley es muy clara al respecto. Inicialmente, el proyecto del Ejecutivo establecía que "las prestaciones de servicios sólo quedarán sujetas a las disposiciones de esta ley cuando las partes tengan el carácter de proveedor y consumidor, respectivamente" (art. 3, inc. final). En la Cámara de Diputados, para dejar en claro que no se incluían los servicios profesionales, se agregó que los servicios incluidos eran sólo los que provenían de

dad contractual (garantía legal) por el servicio defectuoso, que puede reclamarse en el plazo de diez días hábiles contados desde que hubiere terminado la prestación.

A diferencia de lo que sucede con los bienes, la ley aquí no acuerda expresamente un derecho opcional al usuario del servicio, sino que le otorga al juez la facultad de ordenar, o la repetición del servicio o la restitución del valor pagado: "si el tribunal estimare procedente el reclamo, dispondrá se preste nuevamente el servicio sin costo para el consumidor o, en su defecto, la devolución de lo pagado por este al consumidor" (art. 41 inc. 2º). En este sentido, el consumidor queda en peor condición que en el régimen civil común, bajo el cual puede pedir a su arbitrio o el cumplimiento del contrato (repetición del servicio) o la resolución (devolución de lo pagado) (cfr. art. 1489 CC).

La ley señala que, sin perjuicio de la facultad del juez de exigir la repetición del servicio o la devolución de lo pagado, "quedará subsistente la acción del consumidor para obtener la reparación de los perjuicios sufridos" (art. 41, inc. 2º). Tratándose de una responsabilidad contractual debe acreditarse el acto o contrato "con la documentación respectiva" (art. 41, inc. 2º). En este caso, el proveedor que actúa como intermediario responde frente al consumidor por el incumplimiento contractual, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el prestador de los servicios o terceros que resulten responsables (art. 43).

Al igual que tratándose de los productos, se presenta la cuestión de si la responsabilidad emanada de la garantía legal es de

---

actividades comprendidas en el art. 2, Nº 2 del D.L. 825, de 1974. El Senado suprimió esta referencia. En la Cámara de Diputados, al revisarse el proyecto aprobado por el Senado, volvieron a suscitarse dudas sobre los servicios profesionales. El Ministro de Economía, Sr. García, aclaró que la norma agregada por el Senado en el sentido de que esta ley no era aplicable a ciertas actividades, "no puede referirse a los servicios profesionales ni incluirlos en los términos que parece haber entendido el señor Diputado, porque estos, también en la doctrina comercial, no son esencialmente actos de comercio sino, por definición, actos civiles. En consecuencia, como tales, nunca podrían quedar comprendidos en esta normativa si el inciso primero del mismo artículo parte por decir que el ámbito es el de los actos de comercio. De modo que los servicios a que se refiere ese inciso no pueden ser sino los asociados a actos de comercio, como los que define el artículo 3º del código del ramo" (sesión 73ª, 14 de mayo de 1996, Boletín p. 18). La Comisión mixta finalmente se avino a suprimir por completo la referencia a los servicios, con lo que se reafirmó la tesis de que los servicios profesionales, incluso los prestados por empresas, no quedaban incluidos (Comisión mixta: C. de Diputados sesión 24ª, 7 de agosto de 1996, Boletín p. 62).

carácter objetivo, o sólo de culpa presunta. Sostenemos el mismo predicamento que hemos manifestado con anterioridad, esto es, que en cuanto a la nueva prestación del servicio o la devolución de lo pagado existirá una especie de responsabilidad objetiva; en cambio, en lo concerniente a la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento contractual, se aplicará la regla general del art. 1547 CC y se admitirá que el proveedor alegue y acredite que los daños proceden de caso fortuito o de un hecho que no es imputable a su dolo o culpa[51].

Si se trata de servicios declarados oficialmente como riesgosos se aplicará la responsabilidad por culpa presunta que el art. 47 establece para los productos peligrosos. En este caso, no procederá la solidaridad, salvo que se trate de varios prestadores de servicios que hayan obrado conjuntamente (art. 2317 CC).

Si no ha precedido declaración previa de ser riesgoso el servicio, para hacer efectiva la responsabilidad del prestador habrá que acreditar la negligencia, la que podrá coincidir con la infracción prevista en el art. 45, o sea, la de no haber adoptado las medidas que resulten necesarias para que la prestación se realice en adecuadas condiciones de seguridad u haber omitido informar al usuario y terceros afectados, las medidas preventivas que debían observarse. La misma ley, al establecer este tipo de responsabilidad de nítidos rasgos extracontractuales en el contexto de una relación contractual entre el consumidor-víctima y el prestador de servicios, parece aceptar sin problemas el cúmulo de responsabilidad (de opción).

Además de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual por culpa presunta del art. 47, el prestador de servicios responderá por los servicios que causen daño, de acuerdo con las reglas generales, es decir, cuando se acredite un

---

[51] En un caso que se ha tramitado recientemente (Juzgado de Policía Local de Vitacura, Mandiola, Patricia con Kodax Chilena S. A., rol 47.823-8, 1997) se discutió la responsabilidad que cabía a la empresa que un consumidor había contratado para que, con ciertas fotos, preparara un video familiar, en circunstancias de que la empresa había subcontratado este servicio, y el subcontratista había sido víctima de un asalto que determinó la pérdida de las fotografías que, según la demandante, eran únicas y tenían un gran valor afectivo. El caso no llegó a ser sentenciado, por haber llegado las partes a una conciliación. Pareciera que, de acuerdo con lo señalado en el texto principal, si la empresa intermediaria hubiera acreditado fehacientemente el caso fortuito no podría ser obligada a responder por los perjuicios morales, aunque sí a devolver el dinero que se le hubiere pagado por el servicio contratado.

mero delito o cuasidelito civil o una responsabilidad civil que surge de la comisión de un hecho punible penalmente o de un ilícito infraccional. En este último aspecto, debe tenerse presente que, según la ley de protección al consumidor, comete infracción a sus normas el proveedor que "en la prestación de un servicio" y "actuando con negligencia" causa menoscabo al consumidor (art. 23). Este régimen de responsabilidad civil subjetiva debe aplicarse también en caso de servicios defectuosos por inseguridad, ya que el mismo art. 23 hace expresa alusión a fallas o deficiencias en la "seguridad... del respectivo... servicio".

V. Legitimación activa y pasiva

Para identificar quiénes son considerados legitimados activos de la acción de responsabilidad, debemos distinguir los supuestos de responsabilidad contractual y de responsabilidad extracontractual. Si se trata de la indemnización de perjuicios aneja al derecho de opción del art. 20, siendo esta una responsabilidad contractual, la acción corresponde al consumidor que adquirió el producto defectuoso. Lo mismo debe señalarse respecto del derecho a reclamar por el servicio defectuoso de que habla el art. 41. En ambos casos, la ley incluso exige que se pruebe el vínculo contractual (arts. 21 y 41 *in fine*).

Tratándose, en cambio, de responsabilidad extracontractual, sea el especial previsto para los productos peligrosos y servicios riesgosos (art. 47) o el derivado de ilícitos contravencionales, no habiendo disposiciones especiales, debemos concluir que toda persona que haya sufrido daño tiene derecho a ser indemnizada, con independencia de que se trate del consumidor-adquirente o de un usuario no contratante (por ejemplo, un miembro de la familia del adquirente o un invitado que utiliza el producto o servicio). Además, y aunque en doctrina comparada se ha discutido[52], parece que igualmente podría demandar un tercero que no ha utilizado o consumido el bien o servicio, y sin embargo ha sido dañado por su mal funcionamiento (así, por ejemplo, el

[52] Cfr. PARRA LUCÁN, M. A., ob. cit., pp. 326-327, y VÁSQUEZ FERREYRA, R. y ROMERA, O., ob. cit., pp. 191-192. La doctrina y jurisprudencia norteamericanas hablan del *by-stander* para aludir a este tercero.

peatón atropellado por un vehículo al cual se le han cortado los frenos por un defecto de fabricación)[53].

Debe considerarse que la ley no previó el supuesto de que muchas personas resulten perjudicadas por un mismo producto o servicio, ni la posibilidad de que se concentraran en un solo proceso todas las demandas. A falta de norma especial podrá considerarse la aplicación del art. 18 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto se trataría de acciones que emanan directa e inmediatamente del mismo hecho (el defecto del producto). Por otra parte, si un proveedor es demandado por un producto que se supone defectuoso y que ha causado daños colectivos, podría invocar la norma del art. 21 del mismo Código para pedir que la demanda se ponga en conocimiento de los eventuales afectados para que decidan si adhieren o no a ella. El problema que se suscita es que el Código exige que se trate de "personas determinadas", y en el evento de daños por consumo masivo es muy difícil determinar *a priori* quiénes han sido todas las víctimas.

La Ley Nº 19.496 restringió la facultad de las organizaciones para la defensa de los derechos de los consumidores, en el sentido de que estas sólo podrán representar a sus miembros "y ejercer las acciones a que se refiere esta ley en defensa de aquellos consumidores que le otorguen el respectivo mandato" (art. 8, letra d).

El Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), por su parte, sólo puede denunciar infracciones y hacerse parte (si ya un particular ha iniciado el procedimiento) cuando se trate de "causas que comprometan los intereses generales de los consumidores" (art. 54). Si se trata de una causa que no compromete un interés general, el Servicio "podrá subrogarse en las acciones del demandante cuando este comparezca personalmente, y sólo para los efectos de demandar la aplicación de las multas..." (art. 54).

La norma del art. 54 adolece de una muy desafortunada redacción. La primera parte se refiere a una "subrogación" que es a todas luces improcedente. La subrogación únicamente podría

---

53 Este tercero no podría sí invocar la infracción tipificada en el art. 23 de la ley, ya que este exige que el dañado sea un consumidor, y aunque podemos extender ese concepto, en atención al art. 1º, al tercero usuario, no parece posible incluir también al tercero perjudicado que no ha utilizado o disfrutado el bien o servicio como destinatario final.

admitirse cuando el particular afectado no ejerciera su derecho, pero nunca cuando "comparece personalmente". La historia de la norma demuestra que se trató de un error que, aunque advertido en el curso de la tramitación, no fue corregido[54]. Lo que la ley pretende es impedir que el Servicio demande o denuncie por sí a los proveedores, salvo que se trate de causas que comprometan los intereses generales de los consumidores[55]. Luego, la norma debe ser entendida en el sentido de que el Servicio puede hacerse parte y demandar la aplicación de multas, por excepción, en dos casos: en los juicios incoados por particulares siempre que estos comparezcan personalmente y sin patrocinio de abogado[56], y en las causas que comprometan los intereses generales de los consumidores. En ambos casos, el único objetivo que puede pretender el Servicio es la aplicación de las sanciones infraccionales que procedan. Le está vedado el demandar, asumiendo la representación de uno o más consumidores, la reparación de los daños causados por un determinado producto o servicio.

En cuanto a la legitimación pasiva, debemos también distinguir. Si se trata de la responsabilidad contractual responde el

---

54 La norma de la subrogación proviene de una indicación del Senador Romero, sobre la cual la Comisión de Economía reformuló el procedimiento aplicable (1er Informe C. Economía Senado, sesión 45ª, 15 de marzo de 1995, anexo, Diario de Sesiones p. 4871). Más tarde, el Ejecutivo presentó una indicación para otorgar facultades al SERNAC para denunciar infracciones. El Director del SERNAC hizo ver "que lo que se pretende corregir con la indicación es el concepto de subrogación que no es apropiado técnicamente". La Comisión de Economía del Senado rechazó la indicación, por estimar que la norma debía mantener un alcance excepcional al permitir al SERNAC hacerse parte en las causas que comprometan los intereses generales de los consumidores (2º Informe Comisión Economía Senado sesión 28ª de 10 de enero de 1996, anexo p. 3670). Resulta inexplicable, sin embargo, que no se haya corregido el manifiesto error denunciado por el SERNAC en relación con la subrogación.

55 La revista *Consumo y Calidad de Vida* (junio de 1997), editada por el SERNAC, señala como ejemplos de este tipo de causas las que versan sobre publicidad engañosa, cláusulas abusivas en contratos de adhesión y problemas de seguridad de productos o servicios (p. 23). Discrepamos que pueda el SERNAC por sí ejercer la acción de nulidad parcial de los contratos de adhesión, ya que en estos casos no se trata de juicios infraccionales, sino de procesos únicamente civiles cuya legitimación activa corresponde exclusivamente al consumidor contratante afectado.

56 La revista *Consumo y Calidad de Vida* (junio de 1997), editada por el SERNAC, plantea una interpretación levemente diferente: "En las causas por hechos que afecten el interés particular de uno o más consumidores, el Servicio intervendrá si el demandante desea que lo represente, pero sólo para los efectos de demandar la aplicación de multas" (p. 23). Puede que esta haya sido la intención original, pero la ley es clara al otorgar una facultad al Servicio, que no queda supeditada a la voluntad del particular demandante.

vendedor o prestador de servicios. Sólo en cuanto a la reposición o reparación de un producto defectuoso es legitimado pasivo subsidiario el fabricante o importador (art. 21, inc. 2º).

Si se trata de responsabilidad extracontractual será legitimado pasivo el o los autores del daño. Si el delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, la responsabilidad será solidaria de acuerdo con lo prevenido en el art. 2317 CC. Tratándose de productos declarados como peligrosos, debe aplicarse la regla especial del art. 47 que dispone la responsabilidad solidaria del productor, importador y primer distribuidor.

Nada señala la ley sobre el problema que se ha sido muy frecuente en la experiencia extranjera, de la pluralidad de productores o fabricantes pero en que no es posible identificar cuál de todas las empresas productoras ha sido la que fabricó el producto que provocó el daño cuya reparación se demanda. Las Cortes norteamericanas dieron vida a la teoría del *market share*, por la cual las empresas deben responder en proporción a su participación en el mercado[57].

No hay normas especiales que determinen la legitimación pasiva de las personas jurídicas. El art. 1 Nº 2 señala expresamente que las personas jurídicas pueden ser consideradas legalmente como "proveedores" y, por lo tanto, serán obligadas y responsables como tales. Se aplicarán en consecuencia las normas generales que ha establecido la doctrina y la jurisprudencia para hacer efectiva la responsabilidad de las personas jurídicas, por su hecho propio (cuando la conducta es imputable a alguno de sus órganos) o por el hecho ajeno (por los dependientes de los cuales responde según los arts. 2320 y 2322 CC)[58].

---

[57] La Corte de California adoptó este criterio en el caso "Sindell *versus* Abbot Laboratories" (Cal. Repr. 132, 1980), en el cual varias mujeres que habían desarrollado tumores cancerosos demandaron a los laboratorios fabricantes de un medicamento que tomaron sus madres durante el embarazo y que según ellas habría sido la causa de los tumores. Se trataba de un caso en el que no podía determinarse qué productor había vendido a qué madre, pero sí quiénes eran los fabricantes en esa época y cuál era su participación en el mercado. Cfr. MOSSET ITURRASPE, J. y LORENZETTI, R., op. cit., pp. 340-341.

[58] Un preproyecto elaborado en el Ministerio de Economía (marzo de 1991) contenía una norma especial al respecto: "Los proveedores de bienes o servicios son civilmente responsables por los actos o hechos propios que atenten contra los derechos del consumidor, así como por los de sus dependientes y demás personas que presten servicios en el establecimiento de que se trate, aun cuando no tengan con el mismo una relación laboral, independientemente de la responsabilidad personal en que incurre el autor de la infracción" (art. 13). La norma no aparece, sin embargo, en el Proyecto que el Ejecutivo envió a la Cámara de Diputados (19 de agosto de 1991).

No obstante, para efectos procesales se ha dispuesto que la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administra por cuenta o en representación del proveedor, se presume que lo representa y que en tal carácter lo obliga (art. 51, inc. 2º)[59]. Esta norma se aplica tanto cuando el proveedor es persona natural como cuando es una persona jurídica.

Finalmente cabe advertir que, tanto para la legitimación activa como para la pasiva, deberá demostrarse que la relación en que se funda la demanda cae dentro del ámbito de aplicación de la Ley Nº 19.496, por lo cual deberá demostrarse que quien adquirió el producto o contrató la prestación del servicio dañoso es "consumidor", y quien lo fabricó, construyó o proporcionó es "proveedor", ambos en el sentido definido legalmente, en el artículo 1º de la ley (Nº 1 y 2). Además habrá que demostrar que el acto que permitió el consumo es mercantil para el proveedor y civil para el consumidor (art. 2, inc. 1º). La comercialidad del acto para el proveedor implicará una fuerte restricción para la aplicación del texto legal (inexistente en la ley anterior Nº 18.223), ya que existen numerosos tipos de proveedores que no realizan actos comerciales (por ejemplo, clínicas y hospitales, establecimientos de educación, profesionales liberales, etc.)[60].

---

[59] El art. 51 inc. 1ª se originó en una indicación presentada en la Cámara de Diputados, que decía expresamente que la presunción era de derecho. El Diputado Campos propuso que la presunción fuera simplemente legal ya que de lo contrario era "demasiado riguroso". Así se aprobó por la Comisión de Economía (2º Informe C. Economía C. de Diputados, sesión 12ª 7 de julio de 1993, Boletín p. 1259). La norma, en su aplicación práctica, puede revelarse muy poco efectiva, ya que la representación es establecida como una presunción simplemente legal, que fácilmente podrá ser desvirtuada por el demandado. En contraste, el Código del Trabajo, que establece una norma similar, se cuida de advertir que se trata de una presunción "de derecho" (art. 4).

[60] Por otra parte, el hecho de que la definición de proveedor incluya la exigencia de que se cobre "precio o tarifa" por el bien o servicio, puede llevar a sostener con fundamento que están excluidas del ámbito de la ley las instituciones bancarias en cuanto estas no cobran precios ni tarifas sino intereses. Así lo advertía ya LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, "Condiciones Generales de la Contratación y cláusulas abusivas", en *Cuadernos Jurídicos*, Facultad de Derecho U. Adolfo Ibáñez, Nº 4, abril de 1996, p. 22. La Ley Nº 19.528, de 4 de noviembre de 1997, al disponer en forma expresa que a los bancos, en lo relativo a las operaciones de crédito de dinero, se les aplican los arts. 17 y 37 letra c de la Ley de Protección al Consumidor (esto es, disposiciones relativas a los contratos de adhesión y a la obligación de informar pagos adicionales en créditos de consumo), parece confirmar esta interpretación, ya que de lo contrario hubiera sido innecesaria tal previsión, en todo caso restrictiva (cfr. nuevo inciso final del art. 6 de la Ley Nº 18.010, introducido por la la Ley Nº 19.528, art. 3 Nº 2 letra b).

VI. CONSIDERACIONES SOBRE EL TRIBUNAL COMPETENTE Y EL PROCEDIMIENTO

Según el art. 50 de la ley Nº 19.496, el Juez de Policía Local es competente para conocer "de las acciones a que dé lugar la aplicación de la presente ley". La competencia territorial la determina el lugar de celebración del contrato respectivo o, en su caso, donde se hubiere cometido la infracción o iniciado su ejecución (art. 50 inc. 1º).

De esta disposición puede desprenderse que existen dos tipos de procedimiento aplicables a estos asuntos: las acciones derivadas de la celebración del contrato de consumo (por ejemplo, los derechos opcionales de los arts. 19 y 20, las acciones de nulidad parcial de las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión contempladas en el art. 16, la acción de cumplimiento forzado del art. 35), y las que consistan o se deriven de infracciones cometidas en contra de las disposiciones de la ley[61].

Para las primeras, debe entenderse aplicable el procedimiento previsto en los arts. 51, 52 y 53, ya que ellos se refieren a la interposición de una demanda, que corresponde al ejercicio de una acción exclusivamente civil.

---

61 No compartimos la tesis que quiere ver en la Ley Nº 19.496 una disciplina legal exclusivamente infraccional, para en seguida concluir que todas las acciones derivadas de ella deben tramitarse conforme al procedimiento de la Ley Nº 18.287, por lo que las normas de los arts. 51 y siguientes de la ley quedarían absolutamente inoperantes. Si bien es cierto, se incluye una norma de clausura que sanciona las infracciones a lo dispuesto en esta ley que no tengan señalada una sanción específica (art. 24), ello no quiere decir que todo incumplimiento a lo dispuesto en ella debe ser considerado una infracción. Hay en la ley declaraciones de derechos y obligaciones genéricas que difícilmente pueden considerarse constitutivas de infracciones. Hay también acciones civiles que son articuladas de manera independiente a la responsabilidad contravencional, como las acciones de nulidad de cláusulas contractuales abusivas, las acciones de ejecución forzada de contratos y los derechos opcionales derivados de productos inidóneos. La historia de la ley confirma lo que sostenemos, ya que el Proyecto original y el Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados otorgaban competencia al Juez de Policía Local para conocer "de las contravenciones o infracciones y de las acciones contempladas en esta ley" (arts. 46 y 53, respectivamente). En el Senado se sustituyó el texto por una alusión general a "las acciones a que dé lugar la aplicación de la presente ley", pero es evidente que sólo se pretendió sintetizar la expresión y no cambiar su sentido.
Sin embargo, GONZÁLEZ SAAVEDRA, Miguel Luis, "Del título IV sobre procedimiento de la Ley Nº 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores", en *Gaceta Jurídica* 1997, 207, pp. 30-32, mantiene que el art. 50 no extiende la competencia ordinaria de los Juzgados de Policía Local, quienes sólo pueden conocer de infracciones y no de acciones de responsabilidad contractual.

En cambio, si se trata de una acción que pretende hacer valer la responsabilidad contravencional no debieran considerarse aplicables los arts. 51 y siguientes, sino el procedimiento infraccional contemplado en la Ley Nº 18.287, sobre procedimiento ante los Juzgados de Policía Local. En tal caso, corresponderá dar aplicación al art. 56 de la Ley Nº 19.496, que dispone que en lo no previsto en el título IV de la Ley de Protección al Consumidor se aplicarán las normas de la Ley Nº 18.287. Si se ejerce una acción civil de responsabilidad derivada de un ilícito infraccional, esta debiera tramitarse, no en conformidad con los arts. 51 y siguientes de la Ley Nº 19.496, sino de acuerdo con lo previsto en el art. 9, inc. 1º de la Ley Nº 18.287: "El juez será competente para conocer de la acción civil siempre que se interponga, oportunamente, dentro del procedimiento contravencional"[62].

En resumen, la responsabilidad por productos inidóneos (régimen de la garantía legal) debe hacerse valer ante el Juzgado de Policía Local del lugar donde se celebró el contrato. En tal caso, la acción que pretenda ejercer el derecho opcional y la indemnización de perjuicios aneja a él (arts. 19 y 20) se someterá al procedimiento diseñado en los arts. 51 y siguientes de la Ley Nº 19.496. Del mismo modo, la acción de responsabilidad solidaria prevista para los productos peligrosos en el art. 47, también se tramitará en conformidad al mismo procedimiento, ya que se tratará del ejercicio de una acción exclusivamente civil[63].

---

62 De no asumirse esta interpretación debería concluirse que el Juez de Policía Local frente a una denuncia infraccional y una acción civil de responsabilidad por el mismo hecho, debiera aplicar dos procedimientos: el de la Ley Nº 18.287 para acreditar la infracción, y el de los arts. 51 y siguientes de la Ley Nº 19.496 para la demanda civil, lo que constituiría una duplicidad de procedimientos absolutamente innecesaria, perturbadora y contraria a los principios formativos del proceso.
GONZÁLEZ SAAVEDRA, M. L., ob. cit., pp. 34 y ss., expone las dificultades que surgen de la falta de rigor de las normas procesales de la Ley Nº 19.496: "Es evidente –sostiene– que el artículo 51 de la Ley Nº 19.496 crea un conflicto de interpretación que no resuelve la misma ley, puesto que al señalar en el artículo 56 del cuerpo legal en comento 'en lo no previsto en este título' se aplica la Ley Nº 18.287, crea precisamente el conflicto cuando el asunto comienza de la forma normal: por denuncia o querella" (p. 35). Nos parece que la solución de esta antinomia es la que reseñamos en el texto principal.

63 En realidad, la historia de la ley demuestra que los artículos definitivos no fueron considerados desde un punto de vista técnico jurídico. El Proyecto del Ejecutivo establecía, con más rigor técnico, que el procedimiento sería el indicado en la Ley 18.287, con algunas modificaciones. En el Senado se alteró ese esquema: se consideró la indicación del Senador Romero que proponía establecer que "la demanda infraccional y de indemnización de perjuicios deberá presentarse por escrito...". La Comisión de Economía del Senado prefirió resumir la expresión y dispuso "la

A la inversa, si se ejerce la acción de responsabilidad civil derivada de un ilícito infraccional (alternativa aplicable a los productos inseguros), la competencia corresponderá al Juez de Policía Local del lugar donde se cometió la infracción o se inició su ejecución. El procedimiento a aplicar será el infraccional previsto en la Ley Nº 18.287, debiendo la demanda civil interponerse dentro de este procedimiento contravencional.

En todo caso, parece inapropiado el procedimiento simplificado que establece la Ley Nº 19.496, en sus arts. 51 a 56, como también el diseñado por la Ley Nº 18.287, cuando estamos frente a no sólo un incumplimiento de las disposiciones de la ley, sino a la consideración de si un producto daba o no la seguridad que cabía esperar de él, de si el daño causado a la vida, a la salud o a los bienes del consumidor o de otros usuarios tiene por causa el defecto del producto, y de cómo debe avaluarse la indemnización que, en estos casos, puede ser muy cuantiosa[64]. Por lo demás, no se ha contemplado para nada que ante productos de consumo masivo los daños pueden afectar a un gran número de personas, situadas en distintas partes del territorio nacional, de manera que el esquema de juicios individuales con cada uno de los posibles afectados se revela como algo no acorde con las necesidades de protección real de los consumidores.

Debe advertirse, sin embargo, que hay acciones de responsabilidad por productos defectuosos que caerán fuera de la órbita de competencia de los Juzgados de Policía Local. Así, por ejemplo, si se ejerce una acción de responsabilidad por un delito o cuasidelito civil, fundada en los arts. 2314 y siguientes del Códi-

---

demanda respectiva deberá presentarse por escrito" (1er Informe Comisión de Economía del Senado, sesión 45ª, 15 de marzo de 1995, anexo, Diario de Sesiones p. 4871). No se advirtió que un error de denominación ("demanda infraccional") era sustituido por un error de concepto.

Que la indemnización de perjuicios está dentro de la órbita de competencia del Juez de Policía Local lo corrobora la historia del establecimiento de la ley. El Proyecto del Ejecutivo, así como el aprobado por la Cámara de Diputados, contenía una disposición por la cual se exigía el patrocinio de abogado para "aquellos juicios en que se litigue sobre regulación de daños y perjuicios de cuantía superior a treinta unidades tributarias mensuales" (arts. 47, letra c y 54, letra c, respectivamente). Ello fue suprimido por el Senado.

64 Ya respecto de la anterior Ley Nº 18.223, se había sostenido lo inadecuado que resultaba otorgar el conocimiento de este tipo de materias al Juez de Policía Local. Cfr. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, "Cláusulas contractuales abusivas y derechos del consumidor", en AA.VV., *Instituciones Modernas de Derecho Civil,* ConoSur, Santiago, 1996, pp. 440.

go Civil, será competente el juez de letras con jurisdicción en lo civil. Del mismo modo, si se trata de hacer valer la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal, deberá interponerse la acción ante el juzgado de letras con jurisdicción en lo criminal y dentro del procedimiento previsto para el establecimiento del delito. Si se estima que, al haber un producto inseguro causado daño a la vida o a la integridad física de una persona, se ha incurrido en el cuasidelito previsto en el art. 492 del Código Penal, la competencia para conocer de la acción civil corresponderá también a los Jueces de Letras con jurisdicción en lo penal (art. 10 CPP).

Por último, debe dejarse constancia que hay algunas dudas sobre cuál es el tribunal competente y el procedimiento aplicable respecto de ciertas acciones que, aunque previstas en la Ley Nº 19.496, parecen exceder el ámbito de regulación de la ley. Por ejemplo, la acción de reembolso que corresponde al comerciante o distribuidor en contra de su proveedor, fabricante o importador, según el art. 22 de la Ley Nº 19.496, parece quedar fuera de las relaciones entre consumidor y proveedor que son las reguladas por esta ley (art. 2º). Lo mismo debiera concluirse respecto de la declaración judicial de la peligrosidad de un determinado producto o servicio, en conformidad con el art. 47. No correspondiendo la competencia a los Juzgados de Policía Local, la acción deberá ser conocida por los tribunales ordinarios con jurisdicción en lo civil, y su tramitación, a falta de procedimiento especial, se sujetará a las normas del juicio ordinario (art. 3 CPC).

VII. Sobre la extinción de la responsabilidad civil

La causales de extinción que parecen más relevantes son tres: la renuncia de la víctima, la transacción y la prescripción.

Comenzamos por la renuncia. Como sabemos, en el régimen común la responsabilidad contractual por vicios redhibitorios es susceptible de renuncia (art. 1859 CC), así como también la acción de responsabilidad extracontractual, siempre que no suponga una condonación anticipada del dolo o de la culpa lata.

Tratándose de las acciones de responsabilidad civil que contempla la misma Ley Nº 19.496 (la de los derechos opcionales de los arts. 19 y 20, y la derivada de productos peligrosos del art.

47) no parece proceder la renuncia anterior a los hechos que producen el daño. Sin embargo, es necesario conciliar dos normas que parecen regular el mismo supuesto: el art. 4, que establece expresamente la irrenunciabilidad anticipada de los derechos establecidos en favor de los consumidores, y el art. 16, letra e, que ordena la ineficacia de las cláusulas contractuales que "contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a este de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio". Una interpretación armónica de ambos preceptos debiera llevar a aplicar como norma especial la del art. 16, dejando como norma general la del art. 4. De esta forma, la renuncia que se hace en el mismo contrato de consumo, siendo este de adhesión, es excluida sólo cuando se traduce en una limitación absoluta de responsabilidad del proveedor[65]. Si se trata de una renuncia en un contrato que no es de adhesión o si ella se verifica con posterioridad al contrato aunque con anterioridad al surgimiento del daño, será considerada totalmente improcedente por aplicación del art. 4. La renuncia posterior al nacimiento de la responsabilidad es válida y eficaz, ya que la ley sólo veda la renuncia "anticipada"[66].

---

65 La expresión "absoluta" indica que se admiten limitaciones no "absolutas" como las referidas a los montos y la forma de pago de la indemnización, esto es, lo que Alessandri llama "cláusulas de responsabilidad atenuada" (*De la responsabilidad*... cit., Nº 560, p. 642), o que no se refieran a deficiencias que afecten la utililidad o finalidad esencial, sino a algunos aspectos más secundarios. Esto fue expresamente previsto durante la discusión del proyecto. Así, por ejemplo, el Senador Otero sostuvo respecto de la norma: "quedó claro que no es nula cualquier exención, pues puede haber limitaciones a la responsabilidad; y es lógico que a veces así ocurra en los contratos.- Pero ¿qué se señala? Cuando las limitaciones sean absolutas o totales y signifiquen que el consumidor queda inerme, en tal caso las cláusulas que las contienen dejan de tener valor legal" (sesión 38ª, 7 de marzo de 1996, Diario de Sesiones p. 4716). Esta posibilidad de incluir cláusulas de exoneración parcial constituye una excepción a la norma del art. 4 que prohíbe la renuncia anticipada. Así lo advirtió, durante la tramitación de la ley, el Senador Díez: "el artículo 4º no es tan absoluto como podría desprenderse de su sola lectura, porque la propia iniciativa señala una serie de circunstancias, especialmente en lo que dice relación a los contratos de adhesión, en que se reglamenta la renuncia. De manera que la afirmación de que no se puede renunciar tampoco es tan absoluta" (Senado, sesión 37ª, 6 de marzo de 1996, Diario de Sesiones p. 4647).

66 El precepto del art. 4 sobre la irrenunciabilidad de derechos fue uno de los puntos más debatidos durante la tramitación de la ley. En la Cámara de Diputados se alzan voces para aclarar que la irrenunciabilidad se refiere a los derechos aún no nacidos o devengados (sesión 19ª, 20 de julio de 1993, Boletín p. 1766). En el 1er Informe de la Comisión de Economía del Senado (sesión 45ª, 15 de marzo de 1995, anexo, Diario de Sesiones p. 4832) se aprueba una indicación del Ejecutivo para aclarar

Más dudosa es la situación de la responsabilidad civil originada por las infracciones tipificadas por la ley. Como su régimen es el de las reglas generales del Código Civil, parece procedente la exclusión de responsabilidad por renuncia anticipada siempre que no se refiera a dolo o culpa grave. La renuncia posterior al daño es admisible sin limitaciones (cfr. art. 28, inc. 2º CPP).

En cuanto a la transacción, podemos observar la norma del art. 50, inc. 2º que dispone que el documento en que conste el acuerdo que se logre entre proveedor y consumidor ante el Servicio Nacional del Consumidor tendrá el carácter de "transacción extrajudicial y extinguirá, una vez cumplidas sus estipulaciones, la acción del reclamante para perseguir la responsabilidad contravencional del proveedor"[67]. Debe suponerse que la referida transacción ha versado sobre las consecuencias civiles del ilícito contravencional, ya que entendemos no cabría transacción sobre la misma responsabilidad infraccional (cfr. analógicamente el art. 2449 CC). Pero si el acuerdo se ha referido a aspectos que no consisten en la indemnización de los perjuicios causados, como por ejemplo si se ha limitado a acordar la reposición o reparación del producto defectuoso, la acción civil para reclamar la reparación de los daños personales causados no se habrá extinguido. En tal caso, no pudiendo ya el particular perseguir por sí la responsabilidad infraccional (por el art. 50, inc. 2º), deberá demandar civilmente en juicio ordinario.

Por último, la prescripción es también causa de extinción de la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. En el caso, de la indemnización aneja a los derechos alternativos del art. 20, se aplica un plazo de caducidad (que va de siete días a tres meses). Respecto de la indemniza-

---

que los derechos son irrenunciables "anticipadamente". En el 2º Informe de la Comisión de Economía del Senado se aprueba la indicación del Senador Prat para suprimir el artículo. El Director del SERNAC replicó: "... que la lógica más elemental lleva a exigir la irrenunciabilidad anticipada, porque lo que se quiere es excluir la posibilidad de renuncia en el contrato; pero después de surgido el problema se podrá renunciar, puesto que la transacción, por esencia, es la concesión recíproca de las partes en la búsqueda de una solución" (sesión 28ª, de 10 de enero de 1996, anexo Diario de Sesiones pp. 3611-3612). Finalmente, se vuelve a proponer la norma en la Sala del Senado y la indicación es aprobada por 19 votos contra 10 (sesión 37ª, 6 de marzo de 1996, Diario de Sesiones pp. 4631 y ss.).

67 La norma incurre en la obviedad de calificar de extrajudicial el contrato de transacción. Además, asume un criterio inverso al aplicable a la responsabilidad civil emanada de un ilícito penal (cfr. art. 14 CPP).

ción por daño de productos peligrosos, el art. 47 no fija plazo de prescripción. De esta forma, debiera aplicarse el régimen común de la responsabilidad extracontractual, esto es, el plazo de cuatro años que establece el art. 2332 CC, a contar de la perpetración del acto lesivo (en este caso, la adquisición o utilización del bien que causó el daño).

Lo mismo debiera señalarse respecto de la responsabilidad civil derivada de las infracciones tipificadas por la ley. Pero se presenta un problema similar al de la transacción, cuando se contempla que la ley establece un plazo de prescripción especial para la responsabilidad contravencional, cual es el de seis meses desde que se haya incurrido en la respectiva infracción (art. 26). La sobrevivencia de la responsabilidad civil, una vez prescrita la responsabilidad infraccional que le sirve de sustento, debería afirmarse también en este punto, siguiendo los criterios que se establecen en relación con la responsabilidad civil que surge de un ilícito penal (art. 105, inc. 2º CP y 41 CPP)[68]. Pero en tal caso es dudoso que pueda plantearse la demanda civil ante el Juez de Policía Local, ya que este carecería de competencia al no poderse tipificar ya la infracción a la Ley Nº 19.496. Si así se estima, será competente el Juez de Letras con jurisdicción civil.

VIII. Evaluación provisional

Es poco todavía el tiempo transcurrido para juzgar todos los aciertos y los desaciertos de la nueva regulación. Pero podemos, a más un año de su entrada en vigencia, intentar lo que llamaremos

[68] Al referirse la ley a la prescripción de la responsabilidad contravencional parece claro que se excluye la responsabilidad civil derivada del ilícito infraccional. No obstante, en el pre-proyecto del Ministerio de Economía el plazo de prescripción de seis meses se aplicaba a todas "las acciones que persigan la responsabilidad por las contravenciones que se sancionan por la presente ley" (art. 26). El Proyecto del Ejecutivo varió la norma para disponer que la prescripción se aplicaba a "las acciones que persigan la responsabilidad contravencional" (art. 20), y con ello obviamente restringió el sentido de la disposición. Hay indicios de que el legislador quiso dejar la prescripción de la acción civil sometida a las normas comunes. Así lo dijo expresamente el Diputado Huenchumilla durante la discusión del Proyecto: "respecto de la prescripción, no conozco el proyecto en detalle,...; pero, en mi opinión, si este proyecto no contiene normas específicas sobre ella, habría que aplicar las normas generales que establece el título pertinente del Código Civil" (C. de Diputados sesión 19ª, 20 de julio de 1993, Boletín p. 1766).

una evaluación provisional, y que dejamos sujeta a una reflexión más detenida y, sobre todo, a los resultados del mejor mecanismo de "control de calidad" de las leyes: la aplicación jurisprudencial.

En materia de responsabilidad, debemos señalar que la nueva normativa ha avanzado si se toma como referencia el art. 8 de la Ley 18.223, que simplemente declaraba que las infracciones a la ley daban derecho a la indemnización de perjuicios.

Pero si se mira la experiencia internacional llama la atención lo poco que se la ha aprovechado para establecer un régimen claro, orgánico, coherente de responsabilidad por consumo masivo de productos y servicios. Han quedado sin dilucidar puntos tan básicos como si se hará distinción entre responsabilidad contractual o no contractual, si se aplica sólo a productos manufacturados o a cualquier bien, incluidas las materias primas y las energías, cuál es el factor de imputación (negligencia, inversión de la carga de la prueba, o riesgo objetivo), cuál es la legitimación activa (el consumidor o también los terceros víctimas), y la legitimación pasiva (el vendedor, productor o importador), qué sucede en caso de pluralidad de partes en el juicio, cómo se determina el daño moral, qué relaciones se reconocen entre el régimen especial del consumidor y el régimen general del derecho común. Se trata de materias que, al parecer, el legislador ni siquiera se planteó, por lo que la normativa obliga al intérprete a rastrearlas buscando indicios de respuesta en normas dispersas que inicialmente fueron dictadas con propósitos distintos.

En suma, la ley ha establecido una regulación detallada para la falta de idoneidad de los productos, que se superpone a la normativa sobre vicios redhibitorios, y una especial forma de responsabilidad por culpa presunta en caso de productos oficialmente considerados como peligrosos. Para los productos meramente inseguros que causan daño, se mantiene el sistema de responsabilidad civil extracontractual por culpa, con todos los problemas que este régimen representa para obtener una cumplida reparación de las víctimas. De allí que la solemne proclamación del art. 3º de la ley en cuanto a que los consumidores tienen derecho a "la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de esta ley", en muchos casos –si no en la mayoría– se quedará sólo en el papel.

Especiales dificultades pueden encontrar los tribunales, además, en la compaginación entre la ley y otras normativas que global o parcialmente se refieren a daños causados por produc-

tos o servicios: la Ley Nº 19.496 parece querer asumir un rol supletorio, al hacer prevalecer las normas "aplicables a las actividades... reguladas por leyes especiales" (art. 2, inc. 3º); lo que se reafirma en materia de seguridad de los productos y servicios (art. 44). Pero la cuestión en la práctica se torna complejísima, puesto que la misma Ley Nº 19.496 ha hecho, en ambas normas, la salvedad de que ella recibirá aplicación "en lo no previsto" por las leyes especiales; y por si identificar esto no fuera ya una tarea dura, el intérprete tendrá que vérselas además con la norma de la ley que enfáticamente declara que queda derogada "toda otra disposición legal contraria a lo preceptuado por la presente ley" (art. 2º transitorio [sic]). Respecto de una situación específica será arduo identificar exactamente la normativa a aplicar: ¿sólo la Ley 19.496 que deroga la disposición contraria a su tenor?; ¿la ley especial por prevalecer ante la normativa general de la Ley Nº 19.496?; o ¿en ciertos aspectos la ley especial y en otros –no previstos en ella– la Ley 19.496?[69]

El diseño de un régimen especial de responsabilidad por productos y servicios, con una regulación claramente identificable, y que logre conjugar armónicamente la protección de los consumidores y usuarios con el desarrollo expedito y creativo de la industria y del comercio, es algo que desgraciadamente debemos considerar pendiente aún en nuestra legislación.

---

[69] La frase del art. 2, inc. 3º, "salvo en las materias que estas últimas no prevean", tuvo una historia accidentada durante la tramitación de la ley. Fue introducida por la Comisión de Economía del Senado (2º Informe, anexo sesión 28ª, 10 de enero de 1996, Diario de Sesiones p. 3609). La Sala del Senado, sin embargo, la rechazó (Sesión 36ª 5 marzo de 1996, p. 4548). Finalmente, fue repuesta en Comisión Mixta (C. Diputados, sesión 24ª, 7 de agosto de 1996, p. 65). La principal opositora a la introducción de esta excepción fue la Senadora Olga Feliú, quien, tanto en Comisión como en Sala, hizo ver el peligro de introducir un factor de incertidumbre e indefinición de la normativa aplicable.

EL CÚMULO U OPCIÓN DE RESPONSABILIDADES EN LA NUEVA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

PEDRO ZELAYA ETCHEGARAY
Doctor en Derecho (U. de Navarra)
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

I. INTRODUCCIÓN

El cúmulo u opción de responsabilidades en nuestra actual Ley de Protección al Consumidor es un tema difícil de exponer con precisión y claridad, y ello, por diversas razones.

En primer término, porque la Ley Nº 19.496, publicada en el Diario Oficial el 7 de marzo de 1997[1], adolece de graves vacíos y de evidentes contradicciones, impropias de una ley que regula tan importante materia. En segundo lugar porque la LPC no estableció, en sentido estricto, un régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos –que viniera a unirse o a "convivir" con el régimen indemnizatorio de derecho común–, sino que se limitó a crear una especial forma de protección del consumidor afectado por vicios del producto adquirido o del servicio recibido, de naturaleza principalmente contractual e infraccional. Por último, por cuanto la responsabilidad contractual y la extracontractual de derecho común constituyen –en casi todos los Códigos civiles del mundo– mecanismos limitados y claramente insuficientes para hacer frente a los daños causados por los productos inseguros o defectuosos.

[1] En adelante, denominada indistintamente "Ley de Protección al Consumidor" o simplemente "LPC".

De esta forma, el problema del cúmulo u opción de responsabilidades en nuestra actual LPC se desdibuja y pierde bastante relevancia jurídica, limitándose a una disquisición casi puramente teórica y dogmática. Sin perjuicio de lo anterior, creemos interesante abordar esta cuestión, pues ello nos servirá para hacer un breve "recorrido" de la responsabilidad civil en la LPC, sacando algunas conclusiones al respecto.

Aunque nos adelantemos a señalar alguna de las conclusiones del presente trabajo, creemos importante destacar desde ya que nuestra LPC no modificó los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual establecidos en nuestro Código Civil de 1855, sino que se limitó a consagrar un régimen de reparación sui géneris –que coexistirá con aquellos–, en el cual predomina el aspecto infraccional y contractual. En este sentido nuestro legislador no estimó oportuno crear mecanismos indemnizatorios modernos y eficientes para hacer frente a los daños causados por productos inseguros o defectuosos y, en particular, para hacer frente a los perjuicios causados a la persona y bienes del consumidor y de terceros ajenos al contrato de consumo. De esta forma, nuestra LPC vino a establecer un especial régimen indemnizatorio o de garantía (de naturaleza contractual) frente a los vicios o daños experimentados en la cosa comprada o por los defectos que tuvo el servicio recibido.

II. Insuficiencias de los regímenes indemnizatorios comunes

1. Planteamiento general

Aunque se escapa un poco a los estrechos límites del presente trabajo, creemos necesario recordar brevemente los problemas e insuficiencias que, en todos los Códigos civiles decimonónicos, han experimentados los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual para hacer frente e intentar reparar íntegra y oportunamente los daños causados por productos defectuosos. Ello nos permitirá apreciar con mayor claridad que, incluso si se acepta la doctrina del cúmulo u opción de responsabilidades, la víctima de un producto inseguro o peligroso no tiene todavía en Chile una protección indemnizatoria del todo eficaz.

Los Códigos civiles del siglo pasado –entre los cuales destaca el nuestro– no contemplaron ni se refirieron expresamente a los problemas derivados de la producción masiva y circulación de bienes manufacturados en gran escala. En particular, nada señalaron respecto de la responsabilidad civil por los daños causados por dichos bienes a la persona que los adquiere o utiliza y/o a los terceros que son alcanzados por los defectos de dicho producto. Esto se explica toda vez que, en la época de la codificación, primaba una economía rudimentaria, doméstica, artesanal y agrícola, en la cual los posibles defectos o vicios que podía presentar la cosa comprada sólo podían causar perjuicios a las legítimas expectativas del comprador –defectos que impedían utilizar la cosa para el fin al que naturalmente estaba destinada– pero no eran capaces de afectar significativamente otros bienes de su patrimonio, su vida o integridad física, la de su familia o la de terceros.

Por ello, todo lo relativo a la responsabilidad civil por defectos o vicios en los bienes y productos que se transaban en ese rudimentario mercado fue regulado en los Códigos civiles del siglo pasado como efectos del incumplimiento de un contrato de compraventa (responsabilidad del vendedor por los vicios ocultos o redhibitorios) o del arrendamiento de servicio, sin que se haya visto necesario regular las consecuencias indemnizatorias (responsabilidad civil) de los daños causados por la cosa comprada o servicio prestado a la persona y/o bienes del comprador o de terceros.

En este sentido, los Códigos civiles del siglo pasado regularon la responsabilidad civil por vicios experimentados en la cosa comprada (vicios ocultos) pero no previeron la responsabilidad civil a raíz de los perjuicios causados por la cosa adquirida al propio comprador y/o a terceros ajenos al contrato de compraventa.

Sin embargo, en casi todos los países del mundo los sistemas de responsabilidad civil consagrados en los Códigos del siglo pasado (responsabilidad contractual y extracontractual) han ido quedando obsoletos frente a las nuevas formas de producción industrial o empresarial y se han ido mostrando insuficientes para solucionar con justicia, rapidez y eficacia, el problema de la reparación de los daños causados a las cosas y a las personas –sean o no consumidores– por los productos inseguros o defectuosos elaborados y comercializados a gran escala. Además, la aparición de la moderna empresa de capitales –que ha venido a sustituir paulatinamente al comerciante individual–, la división del trabajo al interior de la gran empresa contemporánea, la

subcontratación de especialidades, el suministro desde el exterior de partes o componentes del producto final, la innovación tecnológica en el control de calidad y en la supervigilancia de los procesos de producción, el uso de maquinaria cada vez más sofisticada para la fabricación y el control de calidad o seguridad de los productos, etc., constituyen algunos de los factores que han contribuido poderosamente a cambiar el esquema clásico para imputar responsabilidad civil al productor demandado[2].

Así, por ejemplo, ¿qué sucede si una señora compra una aspiradora en una tienda comercial y luego, en la tarde, mientras su hija de 16 años la utiliza por primera vez para limpiar su pieza, ella se electrocuta con daños cerebrales irreparables? O bien, ¿qué se puede hacer cuando –tras una sencilla operación de apendicitis– el paciente muere por un defecto desconocido en el calmante que se le suministró en la clínica donde se encontraba internado? ¿Cómo enfrentar y resolver los daños causados al hijo de un consumidor por la pérdida de su ojo derecho a raíz de la explosión de un botella de bebida que su papá le había comprado para celebrar su cumpleaños?[3].

Frente a estos ejemplos de productos o servicios defectuosos que causan daño a la vida o a la integridad física de un sujeto –sea o no consumidor–, la vía contractual y extracontractual se muestran insuficientes para otorgar una íntegra y oportuna indemnización a la víctima.

2. PROBLEMAS E INSUFICIENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La doctrina extranjera es casi unánime al señalar que los sistema de reparación de naturaleza contractual contemplados

---

[2] Para una buena explicación de las inadecuaciones e insuficiencias de la responsabilidad civil codificada frente a los daños por productos inseguros o defectuosos, ver DE TRAZEGNIES GRANDA, F., *La responsabilidad extracontractual,* Biblioteca "Para leer el Código Civil", Fondo Editorial, Vol. IV, tomo II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1988, pp. 277 y ss.; ALCOVER GARAU, G., *La responsabilidad civil del fabricante. Derecho comunitario y adaptación al derecho español,* Estudios de Derecho Mercantil, Editorial Civitas, Madrid, 1990, pp. 21-23; TUNC, A., La responsabilité civil, 2ª ed., Economica (Coll. Études juridiques comparatives dir. par A. Tunc), Paris, 1989, pp. 35 y ss; LAWSON, F. H. and MARKESINIS, B.S., *Tortious liability for unintentional harm in the common law and the civil law,* vol. I (text), Cambridge University Press, Cambridge, 1982, pp. 10 y ss.

[3] Otros ejemplos sacados de la jurisprudencia peruana surgida durante la vigencia del Código Civil de 1936 –similar al nuestro en esta materia– pueden consultarse en DE TRAZEGNIES GRANDA, F., ob. cit., vol. IV, t. II, pp. 288-295.

en los Códigos del siglo pasado se han vuelto hoy ineficaces para resolver muchos casos de daños causados por productos inseguros[4]. Y ello, entre otras, por las siguientes razones:

a) En primer lugar, porque la responsabilidad contractual está estructurada sólo para proteger los intereses patrimoniales libremente previstos y consentidos por las partes individuales al momento de celebrar el contrato, pero no está pensada directa y principalmente para proteger el derecho a la vida o a la integridad física de los contratantes y, menos, de terceros no contratantes o de bienes que no son objeto del contrato. En otras palabras –y respecto de los contratos de compraventa o de arrendamiento de servicios– la responsabilidad contractual está concebida fundamentalmente para reparar los daños, vicios o defectos experimentados *en la cosa comprada o en el servicio contratado*, pero no para reparar los daños causados *por la cosa comprada o por el servicio* prestado a la persona y bienes del adquirente o de terceros. Para corroborar esta aseveración basta estudiar y analizar la responsabilidad del vendedor por vicios redhibitorios en nuestro Código Civil.

b) Por otro lado, bajo los esquemas propios de la responsabilidad contractual, el único sujeto legitimado activamente para demandar la indemnización de perjuicios es el acreedor diligente (por ejemplo, el comprador de la cosa defectuosa) y sólo respecto de los daños directos y previstos causados por el incumplimiento culpable del deudor demandado. De esta forma, los terceros ajenos al contrato –y que jurídicamente no son parte del mismo– no podrán demandar por esta vía la indemnización de los daños causados con ocasión de incumplimiento o del cumplimiento defectuoso del contrato (por ejemplo, la hija electrocutada no puede

---

[4] PARRA LUCÁN, M. A., *La responsabilidad civil por productos defectuosos al amparo de las reglas generales de responsabilidad civil. Estudio jurisprudencial*, Col. Aranzadi Civil 2, Pamplona, 1995, p. 25, señala que aunque el resarcimiento de los daños causados por productos defectuosos se podría intentar obtener a través de la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual o del saneamiento de los vicios redhibitorios ex Código Civil, el progresivo incremento de los sistemas de producción en masa, el aumento del número de intermediarios entre el fabricante y el consumidor final, así como el incremento de los riesgos creados frente a terceros no consumidores, llevó pronto a preferir el sistema de la responsabilidad extracontractual por sobre y con preferencia al sistema contractual.

utilizar la vía contractual por cuanto no fue parte del contrato de compraventa celebrado por su madre). Estos terceros deben, necesariamente, acudir a la vía extracontractual.

c) Así mismo, en la responsabilidad contractual, aunque se presume la culpa del deudor moroso, este no responde de toda clase de culpa, sino que, por regla general, sólo responde de la culpa leve (grado de diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios), de forma tal que es muy posible que el vendedor no responda de simples errores o ligeras inadvertencias que ni siquiera constituyen culpa leve. Además, bajo este esquema, el deudor demandado podría hacer valer contra el demandante cláusulas limitativas o eximentes de responsabilidad civil pactadas con aquel.

d) Así también, y en relación con la legitimación pasiva, en la responsabilidad contractual el acreedor diligente sólo puede demandar al deudor moroso, es decir, a la otra parte del contrato, pero no podría extender su demanda hacia terceros que no fueron parte del mismo o que no se obligaron solidariamente para con él. La solidaridad pasiva es excepcional en materia contractual y requiere de texto expreso. De esta manera, en la vía contractual, el comprador lesionado no podría dirigir su demanda indemnizatoria contra el fabricante, importador o primer distribuidor del bien que causó el daño, porque estos no fueron parte del contrato de compraventa o contrato de consumo. De esta forma la vía contractual se agota en la relación entre el último vendedor y el consumidor lesionado.

e) Por último, y aunque todos los Códigos civiles del siglo XIX establecieron –en el título relativo a la compraventa– la responsabilidad civil del vendedor por los llamados vicios redhibitorios, este régimen es claramente insuficiente para hacer frente a los daños causados por productos inseguros o defectuosos pues sólo tiene por objeto –a través de la acción redhibitoria o de la llamada *quanti minoris*– intentar indemnizar la pérdida de utilidad o interés experimentada por el comprador por los vicios ocultos que tenía la cosa comprada y que la hicieron inútil para su uso natural, o que sólo sirviera imperfectamente. De esta forma, la acción rescisoria y la de rebaja de precio tienen un alcance indemnizatorio mínimo, salvo que exista mala fe en el

vendedor (cuando conocía o debía conocer los vicios ocultos y no los declaró al comprador), caso en el cual los Códigos permiten al comprador demandar también la respectiva indemnización de perjuicios[5].

3. PROBLEMAS E INSUFICIENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Por otro lado, la vía extracontractual –de acuerdo con la estructura de responsabilidad subjetiva consagrada en casi todos los Códigos civiles del siglo XIX– también se muestra insuficiente para reparar los daños causados por productos defectuosos. Al intentar demandar la indemnización de perjuicios por la vía aquiliana, la víctima se encontrará, al menos, con los siguientes tres graves problemas:

a) Por un lado, la víctima/demandante deberá, por regla general, probar la culpa personal en algún sujeto individual que participó en el proceso de elaboración o fabricación del producto defectuoso, cuestión que, en estos casos, es muy difícil o imposible de lograr ya que, o bien el accidente no se debió a culpa alguna (sino a un simple error o inadvertencia humana o a una lamentable falla en los mecanismos técnicos implementados por la administración de la empresa) o bien es imposible ubicar al individuo culpable dentro de la moderna organización productiva de la empresa de capitales, que produce bienes y servicios en gran escala y que, incluso, utiliza máquinas y contratistas o subcontratistas para obtener su producto final[6].

---

[5] Sin embargo esta acción indemnizatoria accesoria o incidental a las acciones principales (redhibitoria y *quanti minoris*) tiene una cobertura indemnizatoria mínima pues, según tendremos ocasión de explicar más adelante, no cubre daños extrínsecos al contrato. En relación con la acción indemnizatoria ex art. 1861 del Código Civil chileno, nuestra doctrina y jurisprudencia señalan que se trataría de una acción accesoria a las acciones principales (rescisoria o *quanti minoris*), de carácter contractual, y cuya extensión indemnizatoria estaría limitada a las reglas generales en materia contractual, es decir, sólo a la reparación del daño emergente y del lucro cesante. Cfr. GATICA PACHECO, S., *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*, Editorial Jurídica, Santiago, 1959, pp. 40 y 41.

[6] SOLE I FELIÚ, J., *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, dir. por F. Vicent Chuliá, Tirant lo Blanc, Valencia, 1997, p. 49 sostiene que, en materia de daños causados por productos defectuosos, la prueba de la culpa subjetiva e individual no resulta fácil de aportar. "En primer lugar, porque el perjudicado suele ser una persona ajena a la empresa,

b) En segundo lugar, en la vía extracontractual la víctima se encuentra con el problema de determinar cuál fue la causa precisa y determinante del daño.

En efecto, la moderna elaboración y distribución de bienes y servicios en gran escala es un proceso largo y complejo, donde participan múltiples personas, máquinas y bienes de distinta naturaleza y procedencia. De esta forma, los accidente se deben, muchas veces, a múltiples y variadas causas o factores, como lo son, por ejemplo: los errores en la fabricación de un producto específico; los defectos en el diseño de una serie o línea completa de un producto; los errores u omisiones en la vigilancia de alguna de las etapas del proceso productivo; la falencias en el control de calidad o en los ajustes finales del producto; los defectos de algún mecanismo computacional o mecánico de comprobación del grado o nivel de seguridad del producto, etc. Además, estas causas suelen concurrir simultánea o sucesivamente pero en muy corto espacio de tiempo. Así mismo, estos factores se fundamentan en la acción u omisión de múltiples y distintos sujetos y, conjuntamente, en la falla o desperfectos involuntarios y fortuitos de máquinas o cosas inanimadas puestas por el fabricante al servicio de la producción y que, en la práctica, suelen incluso no pertenecer a la organización empresarial del productor sino a distintos contratista y subcontratistas del fabricante.

De esta forma, cuando un producto defectuoso causa determinados daños es difícil, por no decir imposible, determinar con certeza cuál fue la causa directa y necesaria del daño, produciéndose con ello un vacío en la cadena normal de requisitos para que proceda la responsabilidad extracontractual. Sin causa no existe responsabilidad civil.

c) Por último, y considerando lo expuesto precedentemente en relación con la culpa y la causa del daño, el problema probatorio se acrecienta en materia de daños por productos

---

desconocedora normalmente del funcionamiento y de los complejos procesos de producción internos. Y en segundo lugar, por la insuficiencia de la culpa como criterio de imputación subjetiva en una sociedad progresivamente más industrializada y tecnificada, que convierte con frecuencia a terceros inocentes en víctimas de los daños, o que impide con exactitud conocer cuál ha sido, entre varias, la verdadera causa del accidente."

defectuosos ya que, por regla general, el afectado es un sujeto totalmente ajeno al producto e ignora completamente los detalles del proceso productivo; en cambio, la empresa tiene toda la información al respecto, la que puede manejar a su antojo, sin que el demandante tenga acceso o llegue a entender toda la información disponible.

III. Regímenes especiales de responsabilidad por productos defectuosos

Por las razones apuntadas en el acápite precedente, entre otras muchas, la mayoría de los países altamente desarrollados han establecido regímenes especiales de responsabilidad por productos defectuosos, que suelen superar las limitaciones propias de los sistemas clásicos de responsabilidad civil y, de esta forma, han intentado proteger cumplidamente al consumidor afectado o a los terceros alcanzados por los riesgos propios de todo producto inseguro o defectuoso.

Si se estudia y analiza el derecho comparado se constata que, en casi todos los países industrializados, se han dictado buenas y razonadas leyes de responsabilidad civil por productos defectuosos –y no simples leyes de "protección al consumidor"– y, por tanto, la acción indemnizatoria del afectado está sujeta a un régimen jurídico único, coherente, orgánico y eficaz. De esta forma, la víctima de un producto inseguro o defectuoso tiene plena claridad y certeza para fundar su demanda indemnizatoria en una normativa legal especial, clara y distinta, que se presenta como autónoma e independiente de los sistemas clásicos de responsabilidad civil consagrados en el Código Civil, sin perjuicio de poder recurrir siempre a los sistemas de responsabilidad establecidos en el Derecho Común[7].

---

[7] Un esquemático resumen de los principios rectores y características comunes de esta legislación especial –sobre todo en relación con la Directiva Comunitaria 85/374/CEE sobre responsabilidad civil por productos defectuosos–, puede verse en ALPA, G., *La actuación de la Directiva comunitaria sobre la responsabilidad del productor*, en Revista Jurídica de Catalunya, 1991, pp. 317-335; ASSUA GONZÁLEZ, C. I., *Responsabilidad civil*, II, en PUIG Y FERRIOL, LL., GETE ALONSO Y CALERA, M., GIL RODRÍGUEZ, J. y HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Manual de Derecho Civil*, II (Derecho de obligaciones, Responsabilidad civil, Teoría General del Contrato), Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 501 y ss.; CAVANILLAS MUGICA, S., *Responsabilidad*

Estas legislaciones especiales sobre responsabilidad civil por productos defectuosos –aunque contienen disposiciones no del todo similares– reconocen ciertas características comunes que se presentan en casi todos los ordenamientos jurídicos que la consagran. Entre estas características comunes destacan las siguientes:

a) Aunque estas leyes especiales no se pronuncian expresamente al respecto, la doctrina está conteste en señalar que sus disposiciones obedecen fundamentalmente a un sistema de responsabilidad extracontractual, que prescinde totalmente si entre el dañado/demandante y el fabricante/demandado existe algún vínculo contractual previo al daño[8]. De esta forma, el hecho o circunstancia que activa el mecanismo de reparación contemplado en estas leyes lo constituye la falta de seguridad de un producto determinado. De esta forma, la responsabilidad civil se impone por la lesión de un interés de indemnidad en el demandante[9].

b) La responsabilidad civil del productor suele ser objetiva o sin culpa, de manera que el demandado no puede exonerarse

---

civil y protección al consumidor, Facultad de Derecho, Serie Ensayo Nº 8, Palma de Mallorca, 1985, pp. 16 y ss.; ZÄCH, R., (editor), *US and ECC Product Liability. Issues and Trends*, Bern-Stuttgart, Paul Haupt, 1989. Tampoco han perdido vigencia las acertadas conclusiones y comentarios realizados a este respecto por ROJO, A., *La responsabilidad civil del fabricante*, Studia Albornotiana XIX, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974, pp. 48 y ss.

8 Según CAVANILLAS MUGICA, S., ob. cit., p. 19, nota 11, en el Derecho Comparado –e incluso antes de dictarse en el año 1985 la Directiva Comunitaria sobre responsabilidad civil por producto defectuosos– existía una clara tendencia a considerar que la responsabilidad civil del fabricante era extracontractual. En aquella época el problema dogmático/jurídico quedaba reducido en Francia al caso del fabricante que era, a su vez, vendedor. En otras palabras, la vía contractual venía exigida en el Derecho Francés de la época –con exclusión de la extracontractual– cuando el fabricante era, al mismo tiempo, vendedor y el dañado/víctima era el comprador. En cambio, en Italia estaba vigente, desde hacía mucho tiempo, la doctrina que admitía el cúmulo u opción, lo que permitía una total aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual. La doctrina italiana había insistido fervientemente en el carácter extracontractual de la responsabilidad civil del fabricante (cfr. CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 155 y ss.; ALPA, G., *Responsabilità dell' impresa e tutela del consumatore*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 66). Sin embargo hoy, en casi todos los países que integran la Unión Europea, nadie discute cuál es la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil de fabricante pues existe una normativa especial que consagra una responsabilidad particular más o menos objetiva. De esta forma el problema del cúmulo u opción en esta específica materia no tiene relevancia alguna, pues, incluso en Francia, se han dictado leyes especiales de responsabilidad civil por productos defectuosos que consagran un estatuto jurídico propio y autónomo del derecho común.

9 Cfr. GÓMEZ CALERO, J., *Responsabilidad civil. Productos defectuosos*, Dyckinson, Madrid, 1996, p. 38-46 y ALPA, G., *La actuación*... cit., pp. 317-335.

alegando haber empleado la máxima diligencia y cuidado en la elección o vigilancia de su personal o en la organización de su estructura productiva o de comercialización. El productor responde porque es empresario y todo empresario debe asumir los riesgos propios e inherente al haber introducido en el mercado productos inseguros que –en el mediano o largo plazo– causan daños estadísticamente inevitables[10].

c) Por otro lado, y por regla general, estas legislaciones especiales establecen una legitimación activa amplia, pues dan cabida a la reparación de los daños corporales y patrimoniales causados a la persona del consumidor, a bienes distintos del propio producto defectuoso y también a la persona y bienes de terceros. De esta forma, se puede pedir la indemnización de los

---

[10] Algunos tienden a considerar erróneamente que la responsabilidad objetiva o sin culpa es aquella en virtud de la cual, producido que sea el daño y probada la relación causal entre el hecho u omisión del demandado y el daño, este último debe responder necesaria y "automáticamente" frente a la víctima. Esta postura no es correcta pues la llamada responsabilidad objetiva no dice relación con la existencia de una responsabilidad puramente causal, material o *in re ipsa* (que opera automáticamente por el solo hecho del daño y de la relación causal con la propiedad del bien o cosa del demandado) sino solamente con la circunstancia de que el criterio para imputar el deber de reparar no se radica en la culpa subjetiva (personal y probada) del demandado sino otro distinto (por ejemplo, el riesgo creado; el riesgo/provecho; la garantía, la falta de servicio, etc.). De esta forma, todo sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa reconoce y debe reconocer un determinado criterio de imputación (llamado criterio de atribución del daño, para reservar la imputación del daño al sistema que se basa en el criterio de la culpa) y, con él, claras causales eximentes de responsabilidad. Por ello, cuando se dice que la responsabilidad por productos defectuosos, en muchos países, es un sistema de responsabilidad objetiva, quiere señalarse que el deber de reparar del empresario demandado no es la culpa subjetiva sino otro distinto, pero que necesariamente debe concurrir. Así, por ejemplo, SOLE I FELIÚ, J., ob. cit., p. 80 señala –en relación con la moderna Ley española sobre responsabilidad civil por productos defectuosos– que "a pesar de todo, existen en la LRP una serie de elementos que inducen a pensar que el régimen de responsabilidad objetiva en ella previsto no se configura como un modelo puro. Esta circunstancia ha conducido a un importante sector de la doctrina a calificar los regímenes establecidos en la Directiva y en la LRP como una responsabilidad 'objetiva atenuada', 'cuasi objetiva' o un régimen 'no absoluto' de responsabilidad objetiva. La primera y más importante de estas variables la constituye la regulación de los denominados 'riesgos del desarrollo', cuya producción (...) permite al fabricante exonerarse. Admitir que el fabricante puede exonerarse probando que en el momento de la puesta en circulación del producto, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía conocer la existencia del defecto, puede ser tanto como aceptar la inserción de elementos subjetivos próximos a la culpa en el sistema de responsabilidad establecido. El fabricante demuestra, en tales casos, que el defecto no era ni podía ser razonablemente conocido, y ello significa, en cierto modo, liberar de responsabilidad al fabricante que prueba su 'diligencia' en el momento de la puesta en circulación".

daños causados a la persona y bienes del propio consumidor y también de terceros ajenos a la relación de consumo[11].

d) Así también, estas leyes especiales establecen ciertos límites en cuanto al monto indemnizatorio (tope máximo de la indemnización reclamable por esta vía especial), más allá del cual la víctima debe acudir al régimen establecido en el Código Civil[12].

e) En relación con la legitimación pasiva, se establece una solidaridad pasiva legal entre los distintos actores de la cadena de producción y distribución (no sólo el último vendedor o expendedor final sino el fabricante, importador y distribuidores intermedios)[13].

f) Por último, en casi todas estas leyes especiales se dejan subsistentes, como sistemas subsidiarios, los regímenes de responsabilidad civil establecidos en el Código Civil, de tal forma que –al igual que en los casos de responsabilidad por accidentes del trabajo– la víctima puede acudir también al derecho común de la responsabilidad para exigir la reparación de aquellos daños no cubiertos por el régimen especial[14].

---

11 El art. 9 de la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos señala que: "A los efectos del artículo 1°, se entiende por 'daños': a) los daños causados por muerte o lesiones corporales; b) los daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa, que no sea el propio producto defectuoso, previa deducción de una franquicia de 500 ECUS, a condición de que tal cosa: i) sea de las que normalmente se destinan al uso o consumo privados, y ii) el perjudicado la haya utilizado principalmente para su uso o consumo privados. El presente artículo no obstará a las disposiciones nacionales relativas a los daños inmateriales".

12 El art. 16 de la Directiva 85/374/CEE dispone que: "cualquier Estado miembro podrá disponer que la responsabilidad global del productor por los daños que resulten de la muerte o lesiones corporales causados por artículos idénticos que presenten el mismo defecto, se limite a una cantidad que no podrá ser inferior a 70 millones de ECUS". Así lo dispone, por ejemplo, el art. 11 de la ley española de responsabilidad por productos defectuosos, estableciendo un límite máximo de 10.500 millones de pesetas.

13 El art. 3.3 de la Directiva 85/374/CEE señala que: "si el productor del producto no pudiere ser identificado, cada suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informara al perjudicado la identidad del productor o de la persona que suministró el producto dentro de un plazo razonable". Así mismo, el art. 5 de la Directiva 85/374/CEE dispone que "si en aplicación de la presente Directiva, dos o más personas fueran responsables del mismo daño, su responsabilidad será solidaria, sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno relativas al derecho a repetir". Así lo dispone, por ejemplo, el art. 7 de la ley española de responsabilidad por productos defectuosos.

14 Así, por ejemplo, el art. 15 de la ley española de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (Ley 22/1994, de 6 de julio, publicada en

Este último punto ofrece especial interés en relación con la materia objeto del presente trabajo. En efecto, nada excluye que un mismo supuesto de hecho pueda dar lugar a la aplicación de los preceptos de la ley especial sobre responsabilidad por productos defectuosos y, al mismo tiempo, permita a la víctima ejercitar las acciones indemnizatorias de derecho común.

IV. La Ley Nº 19.496 y su ámbito de aplicación

Para conocer cómo opera nuestra LPC en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos –y, particularmente, para estudiar su grado de "cobertura indemnizatoria"– es necesario, en primer término, explicar cómo está concebida y estructurada la reparación del consumidor afectado en su actual normativa.

Nuestra LPC, a través de diversos artículos más o menos aislados e inconexos entre sí, vino a establecer una mecánica de reparación muy peculiar que, en aras de la verdad, no aporta casi nada a la hora de resolver los daños social, económica y jurídicamente más relevantes.

Así, por ejemplo, ¿qué sucede si una barra de chocolate comprada por el papá tenía dos gramos de una sustancia altamente tóxica que causó la muerte de su hijo menor? ¿Qué se puede demandar si al vehículo recién comprado se le rompe la barra de la dirección –por un defecto en los materiales de esta–, causando un accidente con graves daños para el propietario/conductor y para sus acompañantes? Así también, ¿de qué sirve

---

B.O.E. Nº 161 el 7 de julio), siguiendo lo señalado por el art. 13 de la Directiva 85/374/CEE, sobre responsabilidad por productos defectuosos, establece que: *"las acciones reconocidas en esta ley no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual del fabricante, importador o de cualquier otra persona."* Es evidente que esta redacción legal origina un claro problema de concurrencia de responsabilidades, sobre todo cuando la cosa objeto del contrato de consumo tiene por finalidad la protección o seguridad de los intereses del comprador y los de su familia (v. gr. compra de un refrigerador que no logra congelar bien y, además, daña la comida; el casco o cinturón de seguridad que por defectos de diseño, provoca lesiones al motorista u ocupante del vehículo; sustancias contra el fuego que no son eficaces para apagarlo; el antibiótico que pretendía ser eficaz contra la infección sin serlo; el insecticida o herbicida que, por ser ineficaz, no sólo fracasó en su intento por combatir la plaga sino que dañó el cultivo, etc.). ¿Cuándo la responsabilidad por productos defectuosos ex ley especial excluye la aplicación de la responsabilidad civil ex Código Civil?

nuestra actual LPC a un agricultor que ve morir a todo su ganado como consecuencia de una grave intoxicación causada por los fardos recién comprados a una importante casa distribuidora de forraje, como consecuencia de que dichos fardos estaban impregnados de un poderoso herbicida?

Según tendremos ocasión de explicar, es posible sostener que nuestra LPC servirá de muy poco a la hora de intentar resolver estos casos y, por tanto, de obtener la íntegra y oportuna reparación de todos los daños causados a la persona y bienes del consumidor o a la persona y bienes de terceros por un producto defectuoso o simplemente inseguro, ya que el ámbito de cobertura de las normas relativas a la responsabilidad civil en nuestra LPC es muy limitado. Como ya lo señalábamos en la introducción, nuestra LPC no estableció un régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos propiamente tal –salvo lo que diremos respecto del art. 47 LPC– ni vino a solucionar los lamentables problemas y fuertes vacíos que ofrece nuestro actual Código Civil en relación con la indemnización de los daños causados por productos inseguros o peligrosos.

En efecto, en nuestra LPC se pueden distinguir tres grupos de normas relativas a la responsabilidad y, por tanto, tres formas o tres clases diversas de responsabilidad:

1. Por un lado, en el párrafo 5º del título II (titulado *"Responsabilidad por incumplimiento"*), están aquellas normas que establecen una simple responsabilidad infraccional o contravencional del proveedor[15], es decir, aquella que nace cuando el proveedor incurre en alguna de las conductas específicamente tipificadas en la LPC como ilícitos infraccionales, haciéndose acreedor de una sanción, la que debe ser impuesta por sentencia firme o ejecutoriada dictada por el juez de Policía Local competente[16].

---

15 El art. 1° número 2 LPC entrega un concepto de proveedor para los efectos de esta ley en los siguientes términos: "Proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre un precio o tarifa."

16 Así, por ejemplo, el art. 18 LPC sanciona con multa al proveedor que cobra un precio distinto al anunciado, exhibido, informado o publicitado; el art. 23 LPC sanciona con multas al proveedor que, con culpa, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del producto, etc.

Sin embargo cabe recordar que de todo ilícito contravencional puede surgir una acción civil contra el proveedor si la referida infracción causó, además, daños a la persona o bienes del consumidor o de un tercero. De esta forma, junto con la querella infraccional entablada ante el juez de Policía Local competente contra un determinado proveedor, la víctima podría ejercer una acción indemnizatoria civil que estaría sujeta a las reglas comunes del procedimiento infraccional ordinario contemplado en la Ley Nº 18.287, de 1984. En este caso surge la pregunta fundamental: ¿de qué clase de responsabilidad civil se trata? ¿Debe la víctima demandar la responsabilidad contractual o la extracontractual del proveedor infractor? ¿Cuál es el régimen jurídico aplicable a la acción indemnizatoria que se entable contra el proveedor? ¿Tendrá alguna importancia que el demandante sea el propio consumidor afectado?

Tal cual tendremos ocasión de explicarlo más adelante, estimamos que en este caso –aunque la acción civil la entable el comprador final contra el vendedor directo del producto defectuoso ex art. 20 LPC– el demandante podrá optar por el régimen de la responsabilidad extracontractual, ya que se produce aquí un claro supuesto en el cual la doctrina más moderna acepta la opción de elección.

2. Por otro lado, en el mismo párrafo 5º del Título II, están los arts. 19 y 20 LPC, que establecen especialísimas formas de reparación contractual, las que constituyen, a nuestro juicio, novedosas creaciones de la LPC, pero que tienen efectos indemnizatorios mínimos.

En términos generales se trata de mecanismos contractuales a través de los cuales el adquirente o comprador de un producto defectuoso (con vicios o defectos que lo hacen no idóneo o no apto para el fin propio) puede demandar al vendedor una de las siguientes cuatro cosas: a) la reposición o sustitución del bien; b) su reparación gratuita; c) la devolución del precio pagado por la cosa, o d) la bonificación o imputación de dicho precio a una compra futura[17].

---

[17] El art. 19 LPC señala que *"el consumidor tendrá derecho a la reposición del producto o, en su defecto, a optar por la bonificación de su valor en la compra de otro o por la devolución del precio que haya pagado en exceso, cuando la cantidad o el contenido neto de un producto sea inferior al indicado en el envase o empaque"*. Así

Esta normativa especial sólo persigue que el consumidor final no quede privado de su legítima expectativa de usar y gozar de un bien mueble o de un servicio respecto del cual ya pagó su justo precio, creyendo que era idóneo o apto para sus funciones propias o para aquellas que su publicidad señalaban.

Sin embargo, estas acciones no tienen por objeto repàrar los daños corporales, patrimoniales y morales efectivamente causados al consumidor o a terceros ajenos a la relación de consumo, pues se trata, en definitiva, de reparar los daños, defectos o vicios que tenía la cosa comprada, pero no los daños que dicha cosa pudo causar a la persona o bienes del comprador y/o de terceros.

3. Por último, están las escasas normas sobre responsabilidad civil propiamente tal. A este respecto, la LPC contempla dos disposiciones diferentes que consagran especiales acciones indemnizatorias o, mejor dicho, especiales formas de responsabilidad civil, a saber:

3.1. La acción indemnizatoria consagrada incidentalmente en el art. 20 LPC.

En efecto, el art. 20 inc. 1º (párrafo 5º del Título II de la LPC) señala incidentalmente que el ejercicio de los derechos antes indicados es "(...) *sin perjuicio de la indemnización por los daños ocasionados* (...)".

¿A qué daños se refiere este importante artículo de la LPC? ¿Qué clase de responsabilidad civil es la que puede ejercer el consumidor de conformidad con esta norma?

A nuestro juicio, la indemnización civil a que se refiere incidentalmente el art. 20 LPC posee un marcado carácter contractual, toda vez que los derechos y acciones que confiere al consumidor tienen por objeto hacer frente a los vicios o defectos que encierra o presenta la cosa comprada o el servicio recibido por el consumidor, pero no reparar los daños causados a su

---

también, el art. 20 señala, en resumidas cuentas, que cuando el producto no cumple con las especificaciones exigidas por la normativa vigente o carece de la idoneidad suficiente para su uso, el consumidor tiene tres derechos alternativos: 1) exigir del vendedor la reparación gratuita del bien; o, previa devolución o restitución del bien, pedirle al vendedor 2) la reposición de la cosa o 3) la devolución de la cantidad pagada como precio.

persona, a otros bienes del consumidor o a la persona y bienes de terceros que no son parte de la relación de consumo. En otras palabras, esta acción sólo procede cuando el comprador "ha sido defraudado" en sus legítimas expectativas contractuales, pues el bien adquirido presenta defectos que no lo hacen idóneo o apto para el uso natural.

Así, por ejemplo, si compro una máquina fotográfica o un computador personal en una importante tienda comercial y ella no funciona por un defecto en alguno de sus componentes internos, o bien no tiene todas las características ofrecidas en la publicidad del producto, podré ejercer los derechos alternativos a que se refiere la norma en comento y, conjuntamente, ejercer la acción indemnizatoria accesoria o incidentalmente mencionada en el art. 20 LPC. Sin embargo, ¿qué alcance indemnizatorio tiene esta acción incidental o accesoria?

En términos generales, la acción indemnizatoria accesoria establecida incidentalmente en el art. 20 LPC reconoce las siguientes características fundamentales:

a) Es una acción civil que sólo se puede dirigir contra el vendedor directo y se funda en la responsabilidad subjetiva del demandado. En otras palabras, el vendedor directo responde en base a la culpa subjetiva y, por ello, podrá siempre exonerarse probando que obró con la debida diligencia o que el daño se ha debido a caso fortuito o a culpa exclusiva de la víctima (consumidor).

b) Esta acción indemnizatoria es accesoria a las principales y se extingue conjuntamente con el plazo de caducidad señalado en el art. 21 LPC, es decir, caduca dentro del plazo de tres meses contados desde la fecha en que el consumidor afectado haya recibido el producto.

c) El vendedor obligado a efectuar la restitución o la devolución y a pagar la respectiva indemnización de perjuicios, puede pedir judicialmente el reembolso de lo pagado a la persona de quien adquirió el producto defectuoso o a su fabricante o importador, siempre que acredite dolo o culpa de su parte.

d) Esta acción indemnizatoria tiene dos importantes limitaciones: i) una en relación con el *quantum* indemnizatorio, y ii) otra, en relación con la legitimación activa y pasiva.

i) En relación con el contenido de la indemnización (*quantum* indemnizatorio), la acción indemnizatoria accesoria ex art. 20 LPC sólo cubriría los perjuicios materiales y morales causados al consumidor dentro de la estricta órbita de lo pactado y no podría hacerse extensiva a los daños ocasionados con total prescindencia del contrato (daños extrínsecos al contrato). De esta forma, sólo se deberían indemnizar los perjuicios que son una consecuencia directa y necesaria del incumplimiento o mora en el cumplimiento de las precisas y concretas obligaciones que emanan del contrato de consumo pero no aquellos que sólo son una consecuencias más o menos remota y accesoria de lo pactado.

Sin embargo, cabe preguntarse: ¿qué perjuicios morales podría reclamar el comprador de una máquina fotográfica defectuosa? Aunque "en pedir no hay engaño", quizá el comprador afectado podría demandar la reparación de los daños causados a su prestigio como fotógrafo profesional toda vez que, habiendo sido contratado para tomar fotografías en un matrimonio, salieron todas veladas y fue públicamente amonestado por el cliente ¿Será acogida esta pretensión? ¿Puede demandar la responsabilidad extracontractual del vendedor, no obstante existir un contrato de consumo entre ambos?

ii) Por otro lado, esta indemnización accesoria ex art. 20 LPC también es limitada en cuanto a su legitimación activa y pasiva.

En relación con la legitimación activa, esta acción indemnizatoria sólo la puede hacer valer el consumidor lesionado y no los terceros que no han contratado con el proveedor y que sí sufrieron lesiones por el producto o servicio defectuoso. Respecto de la legitimación pasiva, el art. 21 LPC sólo hace civilmente responsable –en forma directa– al comerciante o vendedor del producto y, por tanto, no se podría demandar esta responsabilidad civil –al menos en forma directa– al fabricante o importador. Por otro lado, no es nada claro que –en subsidio o ausencia del vendedor– esta indemnización accesoria pueda pedirse también del fabricante o del importador.

3.2. La acción indemnizatoria consagrada en el art. 47 LPC.

La regulación más clara sobre responsabilidad civil por productos defectuosos se encuentra en el art. 47 LPC que se refiere a los "productos naturalmente peligrosos", es decir, aquellos

bienes o servicios que por su misma naturaleza presentan riesgos para la integridad personal o patrimonial de los consumidores o usuarios.

El art. 47, ubicado en el párrafo 5º pero del Título III de la LPC, señala textualmente: *"declarada (...) la peligrosidad de un producto o servicio o su toxicidad en niveles considerados como nocivos para la salud o seguridad de las personas, los daños o perjuicios que de su consumo provengan serán de cargo, solidariamente, del productor, importador y primer distribuidor o del prestador de servicio, en su caso. Con todo, se eximirá de la responsabilidad contemplada en el inciso anterior quien provea los bienes o preste los servicios cumpliendo con las medidas de prevención legal o reglamentariamente establecidas y los demás cuidados y diligencias que exija la naturaleza de aquellos".*

¿Cuáles son las principales características de esta especial forma de responsabilidad civil?

a) En primer término, es claro que se trata de un régimen de responsabilidad extracontractual que cubre la indemnización de todos los daños materiales y morales causados tanto al consumidor como a terceros no contratantes.

b) Es una responsabilidad por culpa presunta, de forma tal que –aunque existió la intención en nuestros legisladores de establecer un régimen de responsabilidad legal objetiva– esta norma sólo consagró –al igual que nuestro Código Civil de 1855– el sistema clásico o tradicional de responsabilidad por culpa subjetiva. De esta manera el o los demandados podrán siempre exonerarse probando que no ha existido negligencia alguna de su parte (porque han cumplido todas las medidas de prevención establecidas legal o reglamentariamente y han dado cumplimiento a los demás cuidados o diligencias que exija la naturaleza de los productos o servicios); o probando que el daño se debió a un caso fortuito o a culpa exclusiva de la víctima, de acuerdo con las reglas generales.

c) Es una responsabilidad solidaria que afecta al productor o fabricante, al importador y al primer distribuidor o también al prestador del servicio. De esta forma quedaron excluidos –sin razón ni fundamento alguno– como legitimados pasivamente, el distribuidor secundario y el expendedor final o vendedor, quienes no están sujetos a esta clase de responsabilidad solidaria.

d) Por último, es una acción indemnizatoria que exige –como requisito previo o condición de admisibilidad– una especial declaración judicial o administrativa de peligrosidad, es decir, es necesario probar que se trataba de un producto peligroso[18].

En este sentido, los efectos indemnizatorios de esta disposición quedan muy limitados, toda vez que esta declaración judicial o administrativa previa es y será una condicionante muy decisiva. Además, y en relación con ella, surgen múltiples dudas sustantivas y procesales. Así, por ejemplo, cabe preguntarse: ¿cuándo debe otorgarse u obtenerse esta autorización: antes o durante el procedimiento indemnizatorio? ¿Quién debe solicitar la declaración de peligrosidad? ¿A qué procedimiento se sujeta su obtención? ¿Puede ser revocada con posterioridad? ¿Por quién? Todas estas preguntas quedan sin responder y arrojan un manto de incertidumbre sobre el sistema indemnizatorio creado por este artículo.

V. El cúmulo u opción de responsabilidades en la Ley Nº 19.496

1. Introducción

En términos generales, el llamado cúmulo u opción de responsabilidades se presenta toda vez que la infracción de una obligación preexistente entre las partes (incumplimiento del deudor que da origen a la responsabilidad contractual) constituye –al mismo tiempo– un delito o cuasidelito civil[19].

---

[18] Señala el art. 47 LPC que *"declarada judicialmente o determinada por la autoridad competente (...) la peligrosidad de un producto o servicio, o su toxicidad en niveles considerados como nocivos para la salud o seguridad de las personas (...)"*.

[19] Al mal denominado "cúmulo u opción de responsabilidad civil" se le suele denominar también –con mayor precisión– la "concurrencia de responsabilidades" o bien, la "concurrencia de la responsabilidad aquiliana con la contractual". De esta forma, unos mismos hechos, conductas o acciones del demandado pueden constituir, simultáneamente, el supuesto de hecho normativo común de ambas clases de responsabilidad civil, es decir, la misma conducta del demandado puede constituir al mismo tiempo una infracción de las obligaciones asumidas por un contrato y un delito o cuasidelito civil. En los casos de daños por productos defectuosos –cuando el demandante es el comprador directa y personalmente afectado por el defecto del producto adquirido y el demandado es el vendedor de la cosa que causa el daño– existe una clara dualidad de regímenes normativos (arts. 1547 y siguientes del Código Civil y

De esta forma, cuando entre demandante y demandado existe un vínculo jurídico obligacional previo al daño, cabe preguntarse si el primero puede prescindir de la normativa que regula la responsabilidad contractual y, de esta forma, entablar la demanda indemnizatoria basada en las normas de la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

En otras palabras y en términos generales, el problema del cúmulo u opción se puede sintetizar en una pregunta: ¿puede una parte del contrato (el acreedor) que ha sido víctima de un daño como consecuencia de la conducta dolosa o culpable de la otra parte (deudor), prescindir de la normativa contractual (responsabilidad contractual) y demandar la indemnización fundado en la responsabilidad extracontractual de la otra?

El problema del cúmulo u opción de responsabilidades en materia de productos defectuosos surge con mayor fuerza y claridad en todos aquellos países, como el nuestro, en los cuales no se han dictado leyes especiales que regulen esta especial forma de responsabilidad civil[20].

Por otro lado, la doctrina está conteste en señalar que no existirá un problema de cúmulo u opción en los siguientes cuatro casos:

a) Cuando el contratante diligente sólo desea obtener la satisfacción del interés contractual convenido y, por tanto, demanda el cumplimiento por naturaleza de la obligación (indemnización *in natura* o en especie) o el cumplimiento por equivalencia (indemnización compensatoria del daño emergente y del lucro cesante).

---

arts. 2314 y siguientes del mismo Código). En este sentido GARCÍA VALDECASAS, G., "El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español", en *Revista de Derecho Privado*, 1962, p. 833, sostiene que "existe responsabilidad extracontractual concurrente con la contractual cuando el hecho causante del daño es un acto ilícito (delito o cuasidelito), abstracción hecha de la obligación contractual, es decir, aunque esta no hubiera existido nunca".

20 En los ordenamientos que cuentan con leyes especiales de responsabilidad civil por productos defectuosos, es claro que no se produce con toda su fuerza y claridad el problema del cúmulo u opción por cuanto la propia ley ha creado un régimen especial que se agrega en forma preferente al régimen de derecho común. En otras palabras, en los países que cuentan con leyes especiales de responsabilidad civil por productos defectuosos, la víctima demandante acude y funda su acción reparatoria en un estatuto jurídico unitario, propio y autónomo, que no puede ser calificado de "contractual" ni de "extracontractual". En estos países, este régimen especial es de origen legal y contempla reglas propias en relación con la legitimación activa, pasiva, plazos de prescripción, naturaleza y especie de daños indemnizables, etc., aunque siempre deja a salvo el derecho de la víctima de acudir a los regímenes de derecho común contemplados en el Código Civil.

En estos casos, la opción extracontractual no será posible. Así por ejemplo, es claro que el comprador de una cosa mueble o raíz no puede demandar al vendedor por la vía extracontractual (ex arts. 2314 y ss. del Código Civil) el cumplimiento por equivalencia (indemnización compensatoria) de la obligación de entregar la cosa –y necesariamente debe hacerlo en la vía contractual– pues está intentando obtener lo que se mira como equivalente a la cosa o prestación objeto específico del contrato.

b) Cuando el incumplimiento contractual se traduce en una simple omisión del deudor demandado, pues en este caso el acreedor de la prestación sólo puede demandar por la vía contractual, el cumplimiento por naturaleza o por equivalencia de la prestación adeudada. En otras palabras, si el deudor omite realizar la prestación acordada, sólo cabe demandar la responsabilidad contractual por incumplimiento total de la prestación y no se podría obtener la indemnización compensatoria vía extracontractual.

c) Cuando se trata de casos de simple superposición o coexistencia de responsabilidades, también denominado cúmulo de daños. En este sentido cabe destacar que existen casos prácticos en los cuales un mismo hecho, conducta, actividad o acción del deudor demandado causa daño no sólo al bien jurídico objeto del contrato (o interés contractualmente protegido) sino también a otro u otros bienes jurídicos del demandante/acreedor no protegidos por el contrato (por los deberes de conducta impuestos por el contrato). Así por ejemplo, si el arrendatario deudor de la renta golpea y lesiona al arrendador cuando este concurre a cobrarle la deuda es claro que existen dos ilícitos distintos: el no pago de la renta, que da origen a la responsabilidad contractual por afectar al crédito que tiene el arrendador (acreedor de la renta), y las lesiones físicas experimentadas por este último, que dan origen a la responsabilidad extracontractual por afectar la vida o integridad física del demandante. En estos casos no surge el problema del cúmulo u opción ya que que una misma conducta da origen a dos ilícitos distintos –uno contractual y el otro extracontractual– y el demandante puede acumular en su demanda dos acciones distintas destinadas a reparar daños también distintos[21].

[21] No por el hecho de que dos personas estén unidas por un contrato, toda responsabilidad civil que pueda surgir entre ellas tiene naturaleza contractual. Para que surja

d) Cuando el incumplimiento contractual sólo se manifiesta en daños (vicios) en la cosa o servicio objeto del contrato –que la hacen inútil o menos útil para el fin tenido en cuenta al contratar– pero no causa perjuicios a la persona del comprador o a otros bienes distintos del que fuera objeto preciso del contrato.

---

la responsabilidad contractual es preciso que el daño provenga del preciso incumplimiento de alguna o algunas obligaciones derivadas precisamente del contrato; por el contrario, cualquier otra responsabilidad civil entre las mismas partes tendrá naturaleza extracontractual y coexistirá con la eventual responsabilidad contractual que exista entre las partes. Cfr. ABELIUK MANASEVICH, R., *Las obligaciones*, 2° edición, Ediar Editores, Santiago, 1993, p. 588. Otros casos del simple cúmulo de daños o coexistencia de responsabilidades serían, por ejemplo, si el comprador de un vehículo con saldo de precio insoluto (deudor del precio) atropella al vendedor del mismo pocos minutos después de la compra. En este ejemplo se genera una doble y concurrente responsabilidad civil: la contractual, producto del no pago del precio adeudado, y la extracontractual, producto de las lesiones a la vida e integridad física del demandante. Así también, si por dolo o culpa del arrendatario se incendia la propiedad objeto del contrato de arrendamiento y, simultáneamente, se incendia y destruye el inmueble contiguo, de propiedad del mismo arrendador pero que estaba arrendado a un tercero, se genera una doble pero autónoma responsabilidad civil: la contractual, respecto del inmueble arrendado, y la extracontractual, respecto del inmueble contiguo que no estaba arrendado. Distinto es el caso resuelto por la sentencia de la C. de Santiago de 27 de diciembre de 1996, en *Gaceta Jurídica* Nº 198, diciembre, 1996, pp. 55 y ss., en la cual un mismo hecho (protesto de cheque por disconformidad de firma, no obstante que la sociedad cuentacorrentista había comunicado al Banco demando el nombramiento de un mandatario especial para operar la cuenta) causó daños a dos sujetos (patrimonios) distintos: a) daño emergente y lucro cesante a la sociedad titular de la cuenta corriente bancaria, y b) daño moral al socio/representante de dicha sociedad respecto del cual la Tesorería (beneficiaria del cheque) inició acciones penales por no pago de impuestos adeudados (a cuya solución iban destinados esos cheques). Por ello, en una misma demanda se entablaron dos acciones diversas: a) la sociedad demandó al Banco por incumplimiento de contrato (responsabilidad contractual), y b) el socio/representante lo demandó por la comisión de un acto culpable que le causó daño moral (responsabilidad extracontractual). Los considerandos 1° y 2° del fallo que se pronuncia sobre el recurso de apelación señalan: "1°) Que es un punto aceptado por la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria que un mismo hecho no puede, respecto de la misma persona o víctima, dar lugar a la responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. Lo anterior no significa que el incumplimiento de un contrato, además de ocasionar un perjuicio al cocontratante (...) pueda también ocasionar daños a un tercero extraño a la relación contractual (...) 2°) Lo que en doctrina puede ser opinable es que la persona que sufre daños derivados de un incumplimiento del contrato del que es parte pueda elegir si demanda la indemnización de tales daños conforme a las normas de la responsabilidad contractual o si, por el contrario, puede desentenderse de la relación contractual existente y demandar conforme a las normas de la responsabilidad extracontractual. Esta opción, cuya procedencia puede ser opinable, no es la que se ha ejercido en autos. En el caso que nos ocupa, quien mantuvo y mantiene una relación contractual con el Banco ha demandado la indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de cuenta corriente, mientras que el señor Gonzalo Miranda Cuevas, tercero ajeno a la relación contractual, ha demandado la indemnización de los perjuicios que se le han causado, conforme a las normas de la responsabilidad extracontractual. Ambas peticiones no se contraponen y pueden, como se ha dicho, interponerse en forma simultánea y no en subsidio una de otra".

En conclusión, sólo existe concurrencia de responsabilidades cuando –haciendo abstracción del contrato o vínculo obligacional entre demandante y demandado– la única conducta causante del daño constituye, al mismo tiempo, un delito o cuasidelito civil, es decir, cuando el ilícito civil existe aunque el contrato no hubiere existido jamás. "En resumen –señala Cavanillas Mugica[22]– para que se produzca una concurrencia de responsabilidades será necesario que entre el causante del daño y la víctima medie una previa relación obligacional –requisito sine qua non para que pueda originarse la responsabilidad contractual– y, por otra parte, que, eliminada hipotéticamente la relación obligacional que une a los sujetos implicados, los solos hechos ocurridos sean suficientes para originar la responsabilidad extracontractual".

En razón de lo expuesto precedentemente, el problema del cúmulo u opción de responsabilidades en materia de daños causados por productos defectuosos sólo se produce si se dan los siguientes tres requisitos: a) que la víctima del daño sea el propio consumidor y no un tercero ajeno a la relación de consumo[23]; b) que el consumidor personalmente afectado intente demandar al vendedor directo de la cosa o prestador del servicio y no a terceros que han participado en la fabricación del producto o en la cadena de distribución o comercialización, pero que no fueron parte del contrato de consumo; y c) que el demandante desee obtener la reparación de todos los daños causados a su patrimonio, incluyendo los perjuicios a su vida, integridad física y a otros bienes que no fueron objeto del contrato de consumo.

Teniendo presente lo anterior cabe preguntarse: ¿puede el comprador personal y directamente afectado por el defecto prescindir del contrato de compraventa –y de la consiguiente res-

---

[22] CAVANILLAS MUGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1992, p. 6.

[23] Así por ejemplo, si la demanda tiene por objeto obtener la reparación de los daños (materiales o morales) sufridos por el hijo del comprador o adquirente, es claro que se debe invocar la responsabilidad extracontractual del demandado pues la víctima no era parte del contrato que dio origen a la entrega del bien defectuoso. Por otro lado, si el comprador personalmente afectado quiere demandar a cualquier otro sujeto que no sea el vendedor del producto defectuoso (por ejemplo, al fabricante, al importador o al mayorista), es claro que no se producirá el problema del cúmulo u opción sino que necesariamente deberá acudir a la normativa extracontractual (arts. 2314 y ss. del Código Civil) ya que no existe vínculo obligacional previo entre demandante y demandado.

ponsabilidad contractual– y demandar la responsabilidad extracontractual del vendedor?

2. SOLUCIÓN TRADICIONAL EN CHILE AL PROBLEMA DEL CÚMULO U OPCIÓN DE RESPONSABILIDADES

Nuestra doctrina tradicional ha negado las posibilidad del cúmulo u opción y ha sostenido que cuando la víctima demandante está unida al demandando por un vínculo jurídico previo y anterior al daño no puede –al interponer la demanda– optar o elegir por ejercer la acción de responsabilidad extracontractual o aquiliana (ex arts. 2314 y ss. CC), sino que debe necesariamente demandar la indemnización de perjuicios en el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual (ex arts. 1545 y ss. CC)[24].

En este sentido se ha seguido la tesis sustentada por Alessandri y defendida por los autores franceses de la época. Siguiendo la doctrina francesa de su época[25], Alessandri negó expresamente la

---

[24] En el mismo sentido se pronuncian ABELIUK MANASEVICH, R., ob. cit., p. 591 y FUEYO LANERI, F., *De las obligaciones*, t. 1, Editorial Universo, Santiago, 1958, p. 255.

[25] Tradicionalmente se negaba en Francia la posibilidad del cúmulo u opción y ello por diversas causas o motivos. La jurisprudencia francesa de la época negaba la opción extracontractual ejercitada por el contratante perjudicado –que intentaba salvar u obviar la estricta aplicación del régimen contractual– en materias tan importantes como el grado de culpa de la que responde el deudor, la eficacia de las cláusulas convencionales restrictivas o exoneratívas de responsabilidad civil, las cláusulas penales, las cláusulas compromisorias o de arbitraje pactado, el plazo de prescripción extintiva, la carga de la prueba de la culpa y la jurisdicción competente. Sin embargo, la aplicación de esta doctrina restrictiva no está hoy exenta en la práctica de excepciones ni de críticas. Según VINEY, G., ob. cit., pp. 265 y ss., las excepciones jurisprudenciales a la doctrina que niega la opción extracontractual son las siguientes: a) los daños causados dolosamente al otro contratante; b) los daños derivados de un crimen o simple delito perpetrado durante o con ocasión del cumplimiento de un contrato; c) los familiares de un pasajero fallecido en un accidente pueden reclamar al transportista con base en la responsabilidad contractual o, con renuncia de esta, con fundamento en las normas de la responsabilidad aquiliana; d) los daños indirectamente causados por un accidente (daños extrínsecos al contrato), etc. Además, la doctrina francesa más reciente observa que la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual va perdiendo importancia en materias tan importantes como el transporte internacional de personas y mercaderías, los accidentes de automóvil, los accidentes del trabajo, etc., ya que la legislación especial ha creado supuestos "neutros" que atienden más a la actividad desarrollada por el responsable que a la existencia o no entre él y la víctima de una relación contractual. Cfr. CAVANILLAS MUGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., ob. cit., pp. 64 y 65. Así sucedió, por ejemplo, en Francia con la reciente Ley Nº 98-389, de 19 de mayo de 1998, relativa a la responsabilidad por el hecho de productos defectuosos, la que modificó el *Code* francés y agregó 18 incisos al art. 1386 *Code*. El actual art. 1386.3 *Code* señala: *"Le producteur est responsable du domage causé*

posibilidad que tendría el acreedor de una obligación contractual, cuasicontractual o legal de elegir y acudir a la vía extracontractual (arts. 2314 y ss. CC) para reclamar la indemnización debida porque "la infracción de una obligación da origen únicamente a la responsabilidad contractual: el acreedor cuyo deudor viola su obligación no podría demandarle perjuicios por esta violación con arreglo a los arts. 2314 y siguientes del Código Civil"[26].

El referido autor –citando a la doctrina francesa de la época (los hermanos Mazeaud, Aubry et Rau y Lalou)– sólo autorizó el cúmulo u opción en dos casos muy particulares: a) cuando así lo han estipulado las partes, y b) cuando la inejecución de la obligación contractual constituye, a la vez, un delito o cuasidelito penal, como en el caso del cuasidelito de negligencia culpable en el ejercicio de una determinada profesión. En este sentido, la responsabilidad civil nacida del delito penal sería indistintamente contractual y extracontractual. El mismo Alessandri[27] señaló que, en estos casos de excepción, la víctima deberá optar por una de las dos clases de responsabilidad pues no puede demandar ambas conjuntamente. Podría demandarlas en un mismo proceso (acumulación de acciones) pero una en subsidio de la otra, puesto que son incompatibles entre sí, tanto porque se rigen por reglas diversas, cuanto porque si la víctima opta por la responsabilidad contractual se asila en el contrato y si opta por la responsabilidad extracontractual, prescinde completamente del mismo. Y –según el distinguido civilista– "no es jurídicamente aceptable que, al mismo tiempo que se invoca un

---

par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime." (el resaltado es nuestro). De esta forma, también hoy en Francia la responsabilidad civil por los daños causados por un producto defectuoso está regulada por un estatuto jurídico especial que prescinde –y considera jurídicamente irrelevante– el hecho de que las partes estén o no vinculadas por un contrato.

26 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., ob. cit., p. 84. Además, el destacado civilista, *ibidem*, señaló que "cuando las partes, o la ley supliendo o interpretando la voluntad de aquellas, han determinado la culpa de que responderá el deudor, lo han eximido de responsabilidad o han limitado esta en tal o cual forma, esa voluntad es ley (art. 1545). Admitir que el acreedor pueda prescindir del contrato y perseguir la responsabilidad del deudor fuera de sus términos, con arreglo a los arts. 2314 y siguientes del Código Civil, sería destruir la fuerza obligatoria de la convención y negar toda eficacia a las cláusulas de exención o de limitación de responsabilidad expresamente autorizadas por la ley (arts. 1547 inc. final y 1558, inc. final), pues podría darse el caso de que se responsabilice al deudor no obstante estar exento de responsabilidad o por haber omitido una diligencia o cuidado a que el contrato o la ley no lo obligaba".

27 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., ob. cit., p. 89.

contrato como fuente de la acción demandada, se haga abstracción de ese mismo contrato"[28].

3. EL CÚMULO U OPCIÓN EN NUESTRA ACTUAL LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Dada la actual redacción de nuestra LPC estimamos que la importancia jurídico/práctica del llamado cúmulo u opción en materia de responsabilidad por productos defectuosos dependerá en gran medida, de los siguientes dos factores: por un lado, de la interpretación que nuestros tribunales otorguen a la indemnización accesoria o incidental a que se refiere el art. 20 LPC[29] y, por otro, a la forma como sigan resolviendo los tribunales los problemas de cúmulo u opción planteados por los litigantes en otros casos tradicionalmente ubicados en las "zonas limítrofes o fronterizas" entre ambas clases de responsabilidad.

3.1. En relación con el primer aspecto cabe destacar que podrían existir dos interpretaciones respecto de la indemnización accesoria a que hace referencia el art. 20 LPC:

a) Por un lado, podría entenderse que ella tiene un carácter eminentemente contractual y, al igual que la indemnización por

---

[28] ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., ob. cit., p. 89. Sin embargo, no podemos silenciar que la jurisprudencia italiana –y a diferencia de la francesa– permitía en esa época –y lo sigue permitiendo ahora– la opción extracontractual en los siguientes términos: "La responsabilidad contractual y la extracontractual pueden concurrir cuando un mismo comportamiento –procedente del mismo autor y, por consiguiente, un único evento dañoso, en su génesis objetiva– resulta de por sí lesivo, no sólo de los específicos derechos que se derivan para el contratante de las cláusulas contractuales, sino también de los derechos absolutos que le corresponden a la persona perjudicada de no sufrir un daño en su honor, en su indemnidad personal y en la propiedad de que es titular". Así también ha señalado que "cuando un mismo hecho viole contemporáneamente los derechos derivados del contrato y el principio general del *neminem laedere*, hay concurso de la acción contractual con la extracontractual y, en defecto de una específica limitación por parte del perjudicado, la demanda de resarcimiento puede ser acogida bajo cualquiera de los dos perfiles", cit. por CAVANILLAS MUGICA, S., y TAPIA SUÁREZ, I., ob. cit., pp. 69 y 70. Sin embargo, la doctrina que admite en Italia la opción extracontractual reconoce también importantes limitaciones o excepciones. Tampoco podemos silenciar que en España y en Alemania también se admite el cúmulo u opción de la responsabilidad aquiliana, con sus propias limitaciones y excepciones.

[29] El art. 20 LPC señala: *"En los casos que a continuación se indican, sin perjuicio de la indemnización por los daños ocasionados, el consumidor podrá optar entre la reparación gratuita del bien o, previa retitución, su reposición o la devolución de la cantidad pagada".*

vicios redhibitorios cuando existe mala fe en el vendedor (art. 1861 CC)[30], el comprador directamente afectado no podría obtener la reparación de los daños causados a bienes jurídicos ajenos al contrato de compraventa o suministro (bienes jurídicos no tutelados directa y específicamente por el contrato).

Bajo esta interpretación, la acción indemnizatoria ex art. 20 LPC tendría un alcance indemnizatorio limitado, pues sólo tendría por objeto la reparación de los perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y, eventualmente, los los daños morales causados por el estricto incumplimiento contractual, pero no podría extenderse a reparar otra clase de daños y perjuicios causados al patrimonio del comprador y, menos, de terceros no contratantes. Además esta acción indemnizatoria accesoria se extinguiría conjuntamente con los derechos y acciones principales[31].

Bajo esta perspectiva el comprador no podría demandar ex arts. 20 y 21 LPC la reparación de los daños causados por la cosa defectuosa a bienes distintos de los que fueron objeto del contrato

---

30 A nuestro juicio, el art. 1861 CC regula una indemnización muy semejante a la establecida en el art. 20 LPC, pues se trata de una indemnización adicional a las acciones principales del comprador afectado. Si el vendedor conocía o debía conocer los vicios y no los declaró al comprador, estará obligado no sólo a la restitución de la cosa o a la rebaja del precio, sino también a la indemnización de los perjuicios ¿De qué perjuicios se trata? ¿Contractuales o extracontractuales? GATICA PACHECO, S., ob. cit., p. 40 y 41, señala, haciendo suya una jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, que "la acción tendente a impetrar la indemnización de perjuicios, que incumbe al comprador en caso de dolo o engaño del vendedor que no manifiesta el verdadero estado de la cosa no es paralela a la que tiene para pedir la rescisión de la venta o la rebaja del precio, de modo que pueda elegir entre una de las tres, sino que es accesoria a la de rescisión de la venta o la *quanti minoris* (...) los perjuicios son un accesorio, en el caso de los vicios redhibitorios, de las acciones principales, que no pueden substituir si estas se encuentran extinguidas por la prescripción, porque les faltaría el antecedente jurídico".

31 Existen varios motivos para sostener que esta especialísima responsabilidad civil accesoria ex art. 20 LPC no puede llegar nunca a cubrir la reparación de los daños causados a la vida, a la salud o a la integridad física del comprador, a saber: a) la referencia claramente incidental o secundaria que tiene esta especial clase de responsabilidad en el art. 20 LPC no puede llevar a extender en demasía su ámbito protector, el que debe quedar reducido a los daños materiales y morales causados directa e inmediatamente por el incumplimiento; b) el carácter claramente contractual de la relación de consumo entre demandante y demandado hace que toda reparación esté limitada a la estricta órbita de lo pactado, siendo excesivo sostener que un contrato de compraventa o de arrendamiento de servicios establece una obligación de seguridad o cuidado que protege la persona y bienes del comprador o usuario del servicio; y c) por último, tales daños son ordinariamente muy cuantiosos e imputables, no al vendedor o expendedor final, sino al fabricante o importador, introduciendo un factor de incertidumbre para el comerciante, imposible de prever y de asegurar.

(otros bienes del comprador) ni, menos, a la vida o a la integridad física del mismo. Sólo podría demandar, y siempre conjuntamente con el ejercicio de alguno de los derechos que le concede el art. 20 LPC, la indemnización de los perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y morales que sean una consecuencia directa y necesaria del incumplimiento contractual.

Para demandar la reparación de los daños causados a otros bienes del comprador –o a su vida e integridad física– este debería iniciar su demanda indemnizatoria a través de la vía extracontractual ex arts. 2314 y ss. CC en un juicio ordinario.

Por este motivo, bajo esta interpretación restrictiva, surgiría con todas sus fuerzas el problema del cúmulo u opción, pues los compradores afectados por el producto defectuoso intentarán hacer uso de la responsabilidad aquilina, ya que la indemnización accesoria ex art. 20 LPC tendría efectos indemnizatorios limitados.

Sin embargo, ¿podrá el comprador afectado demandar ex arts. 2314 y ss. la reparación de todos los daños (patrimoniales y morales) causados por la cosa entregada por el vendedor, si existe un vínculo contractual previo al daño?

La respuesta a esta interrogante dependerá de la jurisprudencia judicial que aplique e interprete esta norma en los casos concretos sujetos a su conocimiento y decisión. Sin embargo, si nuestros Tribunales siguen la tendencia del actual derecho comparado deberían llegar a la conclusión de que la sola existencia de un contrato de compraventa entre el comprador/demandante y el vendedor/demandado no obsta ni puede impedir que el primero acuda a las reglas de la responsabilidad aquiliana y demandar ex art. 2314 y ss. CC la indemnización de todos los daños debidos a dolo o culpa del vendedor o de sus dependientes[32].

---

[32] En el derecho comparado existe una clara tendencia en orden a aceptar el cúmulo u opción extracontractual en varios supuestos que se sitúan en la zona fronteriza o común entre ambas clases de responsabilidad (por ejemplo: a) daños causados al pasajero con ocasión del cumplimiento del contrato de transporte; b) daños causados al paciente con ocasión del cumplimiento de un contrato de asistencia sanitaria; c) daños causados al alumno en contratos de enseñanza o aprendizaje; d) daños causados al turista en los contratos de entretención y de guía alpina, etc.). Sin embargo debemos recordar que, en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos, ni siquiera se plantea hoy el problema del cúmulo y opción pues la mayoría de los países desarrollados, incluso Francia, cuentan hoy con una moderna ley de responsabilidad civil por productos que prescinde de las categorías tradicionales (se trata de una responsabilidad legal de carácter especial). Cfr. CAVANILLAS MUGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I., ob. cit. pp. 59 a 79.

b) Por otro lado, en una interpretación más extensiva, también cabría sostener que la acción indemnizatoria incidental o accesoria a que se refiere el art. 20 LPC tiene un carácter sui géneris, en el sentido que reconoce una cobertura indemnizatoria amplia, cubriendo la reparación de los daños patrimoniales y morales causados al propio comprador, incluyéndose los daños corporales y daños a la vida o integridad física del mismo, y también los perjuicios causados a otros bienes del comprador, aunque no fueron objeto del contrato.

De esta forma, la acción indemnizatoria ex art. 20 LPC tendría sus fundamentos en la propia LPC y reconocería una cobertura indemnizatoria muy amplia, pudiendo extenderse la reparación a los daños causados a intereses no tutelados directa e inmediatamente por el contrato. Bajo esta interpretación, creemos que el problema del cúmulo u opción perdería gran parte de su importancia práctica pues el consumidor afectado podría –a través de esta acción sui géneris– obtener la reparación de todos los daños causados a su patrimonio, aunque se trate de intereses no tutelados directamente por el contrato de consumo.

Sin embargo, bajo esta segunda interpretación cabría preguntarse: ¿qué normativa se aplica en subsidio de lo establecido en la LPC? En otras palabras, a falta de regulación específica en la LPC, ¿qué régimen jurídico se aplicaría a la acción indemnizatoria accesoria intentada por el consumidor afectado? Bajo esta segunda perspectiva –acción indemnizatoria amplia– creemos que se podría defender que se trata de una acción indemnizatoria de carácter extracontractual y que estaría regida, en lo no reglado por nuestra LPC, por la normativa de los arts. 2314 y ss. del Código Civil.

3.2. En relación con la postura que nuestros Tribunales adoptarán en relación con el cúmulo u opción en casos de daños por productos defectuosos, creemos que nuestra jurisprudencia judicial –al igual que en otros supuestos de concurrencia de responsabilidades[33]– aceptará que la víctima pueda demandar la res-

[33] Así por ejemplo, es interesante destacar que, en materia de accidentes del trabajo, existe una clara jurisprudencia que acepta el cúmulo u opción extracontractual por cuanto permite al trabajador lesionado demandar en sede laboral la responsabilidad aquiliana de su empleador, no obstante existir un contrato de trabajo entre ambos previo al daño. Esta jurisprudencia permite que el dependiente/víctima del accidente elija entre demandar en sede civil o laboral la responsabilidad contrac-

ponsabilidad extracontractual ex arts. 2314 y ss. CC del vendedor, aunque exista un contrato de compraventa o de servicios entre las partes.

---

tual de su empleador ex art 184 CT (clara responsabilidad contractual del empleador por incumplimiento de la obligación de seguridad impuesta por el contrato de trabajo) y demandar en sede civil la responsabilidad extracontractual del empleador culpable ex art. 69 letra b) Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales. Así, por ejemplo, la sentencia de la C.S. de 17 de marzo de 1997, en *R.D.J.* t. 94, Nº 1, secc. 3ª, 1997, p. 26, rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa del empleador condenado y confirmó la sentencia de la C. de Apelaciones. En este caso la víctima demandó en sede laboral la responsabilidad civil de su empleador directo ex art. 69 letra b) de la Ley Nº 16.744 y, conjuntamente, ex art. 184 del Código del Trabajo. También demandó la responsabilidad subsidiaria de la empresa que encargó la obra ex art. 64 del Código del Trabajo, en su calidad de dueña de la obra. En el considerando 3° de la sentencia confirmada se indicaba lo siguiente: *"La norma transcrita [art. 184 CT] introduce como obligación esencial del contrato de trabajo, en lo que atañe a las cargas del empleador, el deber de dar seguridad efectiva a sus trabajadores, en términos de impedir que se dañe su vida o su salud. Y, además, la existencia de esta norma hace que, en casos de accidentes del trabajo, surja una responsabilidad de origen contractual. Sin embargo, el hecho que exista una responsabilidad de tipo contractual no excluye la posibilidad de que el hecho u omisión del empleador causante de un accidente del trabajo pueda configurar, a la vez, un delito o cuasidelito civil que genera responsabilidad extracontractual, como ya dijimos"*. De esta interpretación jurisprudencial se desprende que la remisión que hace el art. 69 letra b) de la Ley de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales a la responsabilidad de "derecho común", constituye una remisión indistinta a las dos clases de responsabilidad reguladas en el Código Civil: la contractual y la extracontractual. En el mismo sentido puede verse C. de Santiago de 23 de septiembre de 1997, en *Gaceta Jurídica* Nº 207, septiembre, 1997, pp. 187 y ss.; C. de Santiago de 30 de septiembre de 1997, en *Gaceta* 207, septiembre, 1997, pp. 190 y ss. y C. de Santiago de 15 de julio de 1997, en *Gaceta Jurídica* Nº 205, julio, 1997, pp. 174 y ss. En materia de daños causados por culpa del empleador al dependiente que no son constitutivos de accidentes del trabajo, o viceversa, es interesante lo resuelto por la sentencia de C.S. de 30 de enero de 1997, en *Fallos del Mes* Nº 458, Nº 14, enero, 1997, pp. 2841 (Cdo. 5°) que señala: "Que el hecho de que entre las partes haya existido, además, un vínculo laboral regido por el Código del ramo resulta insuficiente para alterar la resolución anterior, tanto porque lo debatido no corresponde a las materias propias del derecho laboral (...) como porque el contrato de trabajo que le sirve de sustento a aquella relación (...) se limita a establecer el régimen de remuneraciones, sin abordar el contenido preciso de las funciones que se encomiendan al trabajador, las que quedan regidas por la Ley Orgánica de Codelco, la Ley de Bases y el derecho común". En esta materia ver también C. de de Concepción de 12 de diciembre de 1997, publicada con comentario de R. Domíguez Aguila, en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 25 Nº 2 (abril/junio), 1998, pp. 431 y ss. Por otro lado también puede verse jurisprudencia que acepta la opción extracontractual en materia de: a) responsabilidad civil del Banco o Institución Financiera por el protesto negligente de documentos mercantiles (cfr. C. de Santiago de 27 de diciembre de 1996, en *Gaceta Jurídica* Nº 198, diciembre, 1996, p. 57, en especial el Considerando 2° del fallo que resuelve el recurso de apelación y C. de Santiago de 23 de enero de 1997, en *Gaceta Jurídica* Nº 199, enero, 1997, pp. 49 y ss., especialmente el Considerando 3º); b) responsabilidad civil de las empresas de transporte terrestre por accidentes con daños personales para el pasajero durante la ejecución del contrato de transporte por tierra (Cfr. sentencia del 4° Juzgado de

VI. ALTERNATIVAS SUSTANTIVAS Y PROCESALES DEL PERJUDICADO

Sin embargo, y volviendo a nuestras preguntas iniciales: ¿qué sucede con el producto farmacéutico cuyo contenido real no correspondía con lo señalado en la etiqueta y rotulado, causando la muerte del paciente que con urgencia lo utilizó?; ¿qué puede hacer un papá cuando la máquina de cortar pasto que compró el día anterior corta la mano de su hija pequeña porque aquella no contaba con un sistema seguro de protección contra las aspas?; ¿sirve de algo nuestra actual LPC para demandar la indemnización de los perjuicios causados a la propiedad vecina producto de un incendio gatillado por una plancha que se recalentó en el planchero, mientras la empleada veía la teleserie de turno?

Para contestar estas preguntas –y a modo de resumen de nuestro planteamiento– se deben distinguir dos grandes supuestos:

1. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS A UN TERCERO TOTALMENTE AJENO A LA RELACIÓN DE CONSUMO

Cuando el personal y directamente afectado por el producto defectuoso es un tercero distinto del comprador o adquirente[34], este debe invocar en su demanda las reglas de la responsabilidad extracontractual contenidas en nuestro Código Civil y sólo prosperará si quedan acreditados en el proceso los tres elementos de toda responsabilidad aquiliana, a saber: el daño, el dolo o la culpa en el demandado (fabricante, importador, primer distribuidor, distribuidor secundario y en el vendedor final) y la relación causal entre lo primero y lo segundo. Ade-

---

Mayor Cuantía de Santiago de 16 de abril de 1945, en *R.D.J.*, t. XLV, secc. 1ª, pp. 116 a 120, con la advertencia que el pasajero perjudicado demandó a la empresa de transportes por su responsabilidad contractual y al chofer culpable por su responsabilidad extracontractual; sin embargo, en contra del cúmulo en materia de daños al pasajero ver C. de Santiago de fecha 18 de abril de 1950, en *R.D.J*, t. XLVII, secc. 1ª, pp. 127 y 128); c) responsabilidad civil de clínicas y hospitales por accidentes con daños personales al paciente durante la ejecución de un contrato de hospitalización y asistencia sanitaria (cfr. C. de Santiago de 28 de enero de 1993, en *Gaceta Jurídica* Nº 151, enero, 1993, pp. 54 y ss.).

34 Por ejemplo, si el papá comprador de la máquina defectuosa no demanda por sí los daños propios sino que –actuando en representación de su hija– demanda la reparación del daño patrimonial y moral causado a esta última por la máquina de cortar pasto defectuosa o bien, si el vecino quiere demandar la indemnización de los daños causados por el incendio iniciado por la plancha defectuosa adquirida por el consumidor.

más, si logra la declaración de peligrosidad ex art. 47 LPC, gozará de una presunción de culpa.

Desde un punto de vista procesal, el tercero lesionado por el producto –y que desea ejercer esta acción de responsabilidad extracontractual contra todos o contra alguno de los sujetos culpables–, lo puede hacer conjuntamente con la querella criminal (siendo competente el juez del Crimen respectivo), conjuntamente con la querella infraccional (siendo competente el respectivo juez de Policía Local)[35] o bien, en forma independiente y autónoma (siendo competente, el respectivo juez de Letras con jurisdicción en lo civil).

2. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS AL PROPIO CONSUMIDOR

En segundo término, si se quiere demandar la indemnización de los perjuicios causados al propio consumidor o adquirente del producto defectuoso[36] cabrían tres posibilidades desde un punto de vista estrictamente teórico:

a) En primer lugar, que la acción indemnizatoria la ejerza el propio consumidor afectado pero conjuntamente con alguno de los derechos opcionales que le otorga el art. 20 LPC.

Se trataría, por tanto, de exigir la reparación gratuita, la reposición del bien, la devolución de la cantidad pagada o la imputa-

---

35 Si el tercero perjudicado ejerce su acción indemnizatoria (responsabilidad civil) como derivada del ilícito contravencional, será competente el juez de Policía Local del lugar donde se hubiere cometido la infracción o iniciado su ejecución (art. 50.1º LPC). Además, esta acción indemnizatoria civil deberá tramitarse –no en conformidad con el procedimiento especial señalado en los arts. 51 y ss. LPC– sino de acuerdo con el procedimiento infraccional ordinario previsto en el art. 9.1º de la Ley sobre Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, el cual señala que *"el juez será competente para conocer de la acción civil siempre que se interponga, oportunamente, dentro del procedimiento contravencional"*. Esta situación deja abierta la grave dificultad de entregar el conocimiento de una demanda indemnizatoria generalmente compleja y de cuantía elevada, a un juez de Policía Local, que aprecia la prueba bajo las reglas de la sana crítica y tiene un procedimiento simplificado.

36 Se trata de casos en los cuales el comprador/consumidor es el sujeto personal y directamente afectado. Por ejemplo, si el padre de la niña afectada es el que desea demandar la reparación de los daños morales por él experimentados con ocasión del accidente; si el paciente hospitalizado quiere demandar la indemnización de los daños patrimoniales y morales causados por el medicamento adulterado o que no correspondía al señalado en la etiqueta o rotulación; o bien, el comprador final pretende demandar los daños experimentados por la grave enfermedad que le causó el chocolate defectuoso, etc.

ción del precio a compras futuras y, conjuntamente, la indemnización de todos los perjuicios patrimoniales y morales causados al consumidor/demandante ex art. 20 LPC.

Sin embargo, y como ya lo habíamos adelantado, nosotros pensamos que el consumidor afectado sólo podrá reclamar la indemnización de los perjuicios materiales y morales que son una consecuencia directa e inmediata del incumplimiento contractual o de los defectos del bien ("daños intrínsecos") pero no podrá demandar la reparación de los "daños extrínsecos" al contrato.

Ahora bien, ¿cuáles son los "daños intrínsecos" al contrato y cuáles se consideran "extrínsecos" al mismo y, por tanto, excluidos del ámbito protector del art. 20 LPC? ¿Podrá el consumidor personalmente afectado demandar por esta vía los daños que van más allá del mero incumplimiento o "frustración de la expectativas contractuales" que tenían sobre el bien comprado y que resultó ser inadecuado para satisfacer las necesidades para las cuales se contrató?

Creemos que el consumidor afectado no puede utilizar esta acción indemnizatoria incidental para lograr la reparación de los daños causados a su salud o integridad física y psíquica ni a otros bienes distintos de los que fueron objeto del contrato. Incluso, estimamos que existirá bastante dificultad para acceder siempre y en todo caso a la indemnización del daño moral ex art. 20 LPC. Así, por ejemplo, ¿podrá un profesor universitario demandar ex art. 20 LPC la devolución del precio de un computador y el daño causado a su prestigio y buen nombre por no haber podido presentar su ponencia en un congreso internacional debido a los defectos de su recién comprado *notebook?*

Por último, es necesario destacar que el consumidor/demandante podrá optar –aunque se pruebe que existe un contrato previo entre las partes– por acudir y fundar su demanda en las normas de la responsabilidad extracontractual pues, aunque afirmamos la naturaleza claramente contractual de los derechos alternativos y de la responsabilidad accesoria establecida en el art. 20 LPC, se debe admitir que ella presenta caracteres propios y singulares. En la acción indemnizatoria del art. 20 LPC hay una combinación entre la infracción de la ley y el incumplimiento contractual. Esta responsabilidad civil es especial pues surge directamente del incumplimiento o infracción de la ley, pero teniendo como presupuesto la existencia de una relación contractual. Por ello se debería permitir la opción de elección.

b) En segundo término, que la acción indemnizatoria civil la ejerza el propio consumidor afectado conjuntamente con la querella infraccional y en el mismo procedimiento contravencional[37].

En este sentido, el consumidor afectado podría entablar la querella infraccional contra cualquiera de los proveedores que haya incurrido en una infracción (vendedor directo, el fabricante, el importador y los distribuidores intermedios) y, al mismo tiempo, podrá entablar una demanda indemnizatoria en su contra, siempre que concurran los requisitos para ello. Por ello, esta acción indemnizatoria sólo podrá prosperar si el demandante/consumidor prueba que existió culpa o negligencia en el demandado y que ella afectó la calidad o seguridad del producto (probar que dicha negligencia en la calidad o seguridad del producto fue la causa directa del daño), cuestión muy difícil de lograr en casos de accidente por productos defectuosos.

¿Qué clase de responsabilidad civil se debe hacer valer contra el demandado en estos casos? ¿La contractual o la extracontractual?

Como se trata de casos donde claramente se demanda la indemnización de perjuicios derivada de un ilícito infraccional o penal, cabría –a nuestro juicio– el cúmulo u opción de responsabilidades en el sentido que el demandante podría elegir entre la vía contractual (arts. 1547 y ss.) y la vía extracontractual (arts. 2314 y ss.), dependiendo lo que más le convenga. En otras palabras, al emanar la acción civil de un ilícito contravencional, pensamos que se debería permitir la opción de elección y, por tanto, el consumidor/demandante podrá optar por iniciar una acción contractual o extracontractual.

---

37 Lo mismo cabe decir respecto de los excepcionalísimos casos donde cabría presentar una querella criminal e iniciar con ello el respectivo procedimiento penal ante el Tribunal del Crimen competente. Sin embargo, creemos que, en la práctica, la vía infraccional será mucho más utilizada por la víctimas que la vía penal por las dificultades que esta ofrece en relación con los requisitos constitucionales y legales para configurar la responsabilidad penal en Chile (por ejemplo, nunca se podrá iniciar contra sociedades o personas jurídicas que actúen como proveedores o prestadores del servicio). En cambio, siempre será más fácil el ejercicio conjunto de la querella infraccional y de la acción indemnizatoria civil pues el consumidor perjudicado podrá recurrir, por ejemplo, al art. 23 LPC, que sanciona con multa al proveedor que, con culpa, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia o seguridad del producto. Además, el art. 49 LPC (aunque ubicado en el párrafo 5º del Título III y relativo a los productos peligrosos) dispone que la responsabilidad infraccional obliga además, al responsable, *"al pago de las indemnizaciones por los daños y perjuicios que ocasione"*. Es decir, de todo ilícito contravencional puede surgir también una acción civil para perseguir la indemnización de los daños causados por hecho ilícito.

c) Por último, cabría la posibilidad que el consumidor afectado demande la indemnización de perjuicios a cualquiera de los proveedores en forma autónoma o independiente, de conformidad con las normas y procedimientos de derecho común.

Aquí se debe distinguir:

c.1) Si el consumidor afectado demanda directamente al último vendedor o al prestador del servicio con el cual contrató.

En este caso, al existir un vínculo obligacional previo al daño entre el demandante y demandado, surge con toda su fuerza el problema de cúmulo u opción de responsabilidad. ¿Qué clase de responsabilidad debo hacer valer contra el otro contratante? ¿En qué normativa fundamento la demanda indemnizatoria?

En principio, y de acuerdo a la doctrina tradicional imperante en Chile, si existe un vínculo jurídico/obligacional previo al daño entre demandante y demandado, el actor debe acudir a la normativa contractual y, por tanto, no podría hacer caso omiso del contrato y demandar la responsabilidad extracontractual. Además, es muy probable que, en la práctica, el demandado intente defender esta doctrina y exija que se apliquen las reglas de la responsabilidad contractual por cuanto son, en principio, más favorables para el deudor demandado ya que –como lo explicamos en un comienzo–, aunque se presuma su culpa, el proveedor demandado sólo responde de los daños directos y previstos; además, sólo responde de culpa leve y podría hacer aplicable alguna cláusula eximente o atenuante de responsabilidad civil. Así mismo, en el ámbito contractual es más fácil defender con éxito que el proveedor sólo responde de los daños que fueron causados dentro de la estricta órbita de lo pactado, excluyéndose la reparación de los daños causados a la vida o a la integridad física y psíquica del consumidor o a bienes de este que no fueron objeto del contrato.

Sin embargo, esta doctrina está hoy en desuso y la gran mayoría de los países, incluyéndose Francia, aceptan que –tratándose de la responsabilidad por servicios y productos defectuosos– la víctima tiene la más amplia libertad para elegir el estatuto jurídico aplicable a la acción indemnizatoria, de forma tal que puede elegir entre demandar la responsabilidad contractual o la extracontractual del vendedor o del prestador del servicio. Al elegir la vía extracontractual, el demandante obtiene

todas las ventajas de este régimen, a saber: puede demandar la indemnización de todos los daños directos, previstos e imprevistos, incluyéndose el daño moral, y podría gozar de la solidaridad establecida en el art. 2317CC.

Además, si el consumidor afectado logra la declaración de peligrosidad del bien ex art. 47 LPC, gozará de una presunción de culpa y de una solidaridad pasiva legal contra un buen número de proveedores.

c.2) Por otro lado, si el consumidor afectado demanda a cualquier otro proveedor distinto del vendedor o prestador de servicios con el cual contrató (por ejemplo, al fabricante, importador, primer distribuidor, distribuidores secundarios que no fueron parte del contrato final de consumo) se deben aplicar las reglas generales sobre la responsabilidad extracontractual contenidas en nuestro Código civil, aplicándose el estatuto jurídico contemplado en los arts. 2314 y ss. del CC.

En este sentido, el consumidor afectado se encontrará con las mismas dificultades que han llevado al legislador extranjero a dictar normas especiales sobre responsabilidad civil por productos defectuosos. Por ello, el demandante estará interesado en la declaración de peligrosidad ex art. 47 LPC para lograr la inversión de la carga de la prueba y la solidaridad entre los distintos proveedores.

VII. Conclusión

Para concluir, podemos señalar que nuestra LPC sólo consagró una especial forma de reparación de los vicios, defectos o daños experimentados en la cosa comprada o en el servicio prestado, es decir, sólo reguló la reparación por la pérdida de la utilidad o interés perseguido por el consumidor al celebrar el respectivo contrato.

Por ello debe quedar claro que esta normativa especial no estableció un sistema moderno y eficiente para obtener la indemnización de los daños causados por la cosa o por el servicio inseguro o defectuosos a la persona y bienes del consumidor o de terceros. En este sentido, la indemnización de tales perjuicios sólo se puede obtener mediante la responsabilidad civil derivada del hecho punible, del ilícito contravencional o del simple delito o cuasidelito civil.

En otras palabras, para obtener la reparación de los daños causados a la vida o integridad física del consumidor, a otros bienes del consumidor que no hayan sido objeto directo del contrato o de los terceros afectados por el producto o servicio inseguro o defectuoso, los perjudicados sólo tienen la facultad de acudir a los regímenes de responsabilidad civil consagrados en nuestro Código Civil, de forma tal que el demandante seguirá enfrentado a todas las limitaciones y deficiencias propias de los estatutos indemnizatorios del siglo pasado.

Además, el problema del cúmulo u opción sólo será jurídicamente relevante cuando sea el comprador o adquirente el que intente demandar al vendedor directo los daños experimentados en su persona o bienes por cuanto sólo en este caso existe un contrato (de compraventa o arrendamiento de servicios) previo entre ambos. En todos los demás casos, el consumidor demandante no tendrá inconveniente de entablar su acción basado en las normas de la responsabilidad extracontractual, ya que no existirá un vínculo obligacional previo entre demandante y demandado que limite su recurso a la normativa extracontractual.

Al parecer, nuestros legisladores no quisieron exponer directamente a los fabricantes y demás proveedores de bienes y servicios a la ira de los consumidores y prefirieron mantenerlos protegidos detrás del biombo de los principio generales y del derecho común.

PROTECCIÓN PENAL DEL CONSUMIDOR EN LA ARGENTINA Y EN LOS PAÍSES DEL MERCOSUR

OSCAR EDUARDO ROMERA
Profesor de Derecho Penal Económico
Facultad de Ciencias Empresariales
Universidad Austral (Argentina)

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad mostrar una panorámica general de la legislación argentina, referida a la protección penal del consumidor, sin entrar en consideraciones exhaustivas sobre tales disposiciones.

La importancia del tema que motiva estos comentarios radica, precisamente, en la evolución legislativa de nuestro país, que ha ido receptando la protección del consumidor, hasta desembocar en una legislación específica con la sanción de la Ley 24240 y en una expresa incorporación constitucional de los derechos de los consumidores, a partir de la reforma de 1994, en el nuevo artículo 42[1].

---

[1] Art. 42: "(derechos del consumidor y del usuario) -Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios. (servicios públicos). La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

Desde la óptica del derecho privado, la reciente impronta legislativa y constitucional importa un grado de evolución superador de las bases de la responsabilidad civil, que no obstante haber sido remozadas por la reforma al Código Civil de 1968[2], resultaron insuficientes para captar con profundidad los fenómenos que genera la llamada "sociedad de consumo" en la vertiginosa cadena de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios[3]. Es que los tradicionales moldes normativos no comprendían toda la problemática en torno a la relación de consumo, caracterizada desde la perspectiva contractual por la situación de debilidad de los consumidores frente a los oferentes de bienes y servicios y desde el bien jurídico tutelado, por la afectación de intereses colectivos o difusos que hacen trascender a cualquier enfoque puramente individualista.

Desde el punto de vista del Derecho Penal, la defensa del consumidor se enmarca dentro de una especialidad, denominada Derecho Penal Económico, entendiendo por tal "al conjunto de normas (penales) mediante las cuales el Estado procura regular dentro de un régimen fundado en la iniciativa privada, las consecuencias de la vida social económica"[4].

Esta última disciplina, en constante evolución, es la respuesta superadora que brinda el derecho penal; el que, sin renunciar a los principios liminares sobre los que se construyó[5], introduce nuevos enfoques acorde con los ritmos de los procesos económicos actuales, muy alejados ya de una economía agrícola y pastoril que encontraba suficiente tutela en los clásicos delitos contra la vida, la propiedad y la salud.

Pero a la par que contamos con una legislación propia de Defensa del Consumidor, perviven y se relacionan otras disposiciones desperdigadas en el Código Penal y en numerosas leyes especiales. Algunas de esas normas no pasan de la categoría de

---

2 Particularmente con el contenido de los arts. 954; 1071 bis; 1113 y 1198 del Código Civil.

3 Cf. STIGLITZ, R y STIGLITZ, G. "La ley de defensa del consumidor", en Revista Jurisprudencia Argentina, bol. del 15/12/93 p. 2 y ss.

4 BACIGALUPO, Enrique, *Cuestiones penales de las sociedades y aspectos legislativos del Derecho penal económico*, Bs. As. 1974, p. 59. Sobre el contenido de esta disciplina puede consultarse el enjundioso trabajo de DE LA RUA, Jorge sobre "Delitos económicos" en *Doctrina Penal* Nº 3, p. 11 .

5 Ley penal previa, tipicidad, prohibición de analogía, irretroactividad, ley penal más benigna, etc.

infracciones (como es el caso de la propia Ley de Defensa del Consumidor 24240). Otras, en cambio, revisten el carácter de delitos. Sin embargo, esta distinción no encierra mayor trascendencia ni excluye a las primeras de la órbita del derecho penal. Es que actualmente ya es doctrina común que la diferencia entre infracciones y delitos es meramente cuantitativa, por lo que le son aplicables también a aquellas, todos los principios fundantes y garantizadores del derecho penal[6].

II. La Protección del consumidor dentro del Derecho Penal Económico

No es una tarea sencilla abordar una definición del llamado Derecho Penal Económico. Quienes lo han intentado caen, por lo general, en definiciones de compromiso tan genéricas como abstractas. Prueba de ello es la recomendación Nº 4 del XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal celebrada en El Cairo en 1984, donde se señaló que "la expresión Derecho Penal Económico se emplea aquí para describir los delitos contra el orden económico"[7].

Resulta evidente que el concepto "orden económico" es lo suficientemente amplio e impreciso como para que no tenga un significado unívoco[8]. La dificultad estriba en una circunstancia palpable: "el condicionamiento del régimen legislativo penal económico a la estructura político-económica de cada Estado impide, como se advierte, una integral generalización"[9]. El rol del Estado en el ordenamiento económico de cada país arroja como resultado disposiciones penales de naturaleza económica tan disímiles como contradictorias.

Con todo, tal circunstancia no impide enfocar planteos que sí son comunes, cualquiera sean las características propias del sistema económico de cada país. Esto nos lleva a uno de los problemas iniciales de esta disciplina: su relación con el derecho

---

6 Cf. AFTALION, Enrique A. *Derecho Penal Administrativo.* Arayú, Bs. As. 1955 p. 46. Idem, SOLER, S. *Derecho Penal Argentino,* La Ley, Bs. As. 1945. T. I p. 244 y ss; RIGHI, Esteban, *Derecho penal económico comparado,* Revista de Derecho Reunidas, Madrid 1991, p. 358.

7 El texto completo de la Conferencia puede consultarse en TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito,* Ariel, Barcelona 1985.

8 TIEDEMANN, Klaus. *Op. cit.* p. 9.

9 DE LA RUA, Jorge. *Op. cit.* p. 11.

penal común. Es decir, el grado de autonomía que guarda con este último. El tema, como es obvio, reviste un particular interés, ya que de la conclusión que de ello se haga dependerá la subsistencia de los fundamentos mismos del derecho penal común frente al ámbito de la delincuencia económica.

Hoy, tal discusión, que en algún momento tuvo especial vigencia, ha quedado definitivamente superada y ya no se pone en duda que los principios del derecho penal liberal informan al Derecho Penal Económico. Ello no quita, sin embargo, que se reconozcan en el mismo una serie de particularidades, lo que no autoriza a deducir de ningún modo la existencia de principios diversos que puedan considerarse como características esenciales de un sistema normativo. Más bien esas singularidades se deben, en expresión de Righi, a que "las dificultades para aplicar algunas reglas de derecho penal clásico no son consecuencia de la lógica del sistema normativo penal económico, sino de su finalidad social"[10].

La nota de especificidad que permite extraer un común denominador a cualquier régimen penal económico, más allá de la estructura económica del país de que se trate, parte de la noción de bien jurídico tutelado, entendido como el interés social protegido por la norma. Ese bien jurídico es necesariamente supraindividual, ya que lo que se lesiona con la conducta prohibida es el orden público económico.

Esta nota distintiva es la que abre las puertas para diferenciar a la delincuencia económica de cualquier otro delito de la legislación común, por más dañino que sea: una cosa es la afectación de un interés colectivo con proyecciones sobre un número indeterminado de personas, y otra la lesión de un interés individual que es el núcleo del bien jurídico tutelado en los delitos clásicos de cualquier Código Penal. Es que como bien se ha señalado, en gran parte de estos macrodelitos la víctima tiene carácter anónimo e inconcretable[11].

Desde esta perspectiva, entonces, deben abordarse los delitos o infracciones que protegen directamente a los consumidores.

---

[10] RIGHI, Esteban. *Op. cit.* p. 311.

[11] CERVINI, Raúl. "La protección penal del consumidor y el desafío de la regionalización", en *A protecão do consumidor no Brasil e no Mercosul*, Livrería do Advogado Editora, Porto Alegre (Brasil) 1994, p. 178.

Las infracciones no pueden valorarse exclusiva ni inmediatamente como un atentado contra el patrimonio, la salud o la vida. Por sobre todas las cosas se afectan un interés supraindividual que se expresa como un bien colectivo y difuso en "la protección de la salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno" (art. 42 de la Constitución Nacional).

Junto a este elemento diferenciador (supraindividualidad) no pocas veces concurren otras características –aunque no hacen a la esencialidad de la delincuencia económica– tales como:

a) Dispersión: los delitos económicos no se encuentran, por lo general, en un capítulo particular del Código Penal, sino en una ley especial o en varias de ellas. Ejemplo de ello son las diferentes normas que directa o indirectamente protegen al consumidor, tema central de los capítulos siguientes.

b) Mutabilidad: las normas penales económicas se relacionan directamente con la situación económica de cada país. De allí que muchas de ellas asumen un carácter meramente coyuntural. Tal es el caso de la Ley 20680 de abastecimiento, hoy reducida a una mínima expresión.

c) Rigor: atendiendo a las repercusiones sociales de los ilícitos económicos, se amplía o diversifica el arsenal punitivo del sistema tradicional, respondiendo a exigencias de mayor incriminación y disuasión. Este es el sentido, por ejemplo, de penas como el decomiso, la clausura o la publicidad de la sanción, etc.

Ubicados dentro del ámbito del Derecho Penal Económico, los ilícitos contra las relaciones de consumo nos enfrentan a muchos de los núcleos problemáticos del derecho penal común que encuentran especial resonancia en la criminalidad económica. Así por ejemplo:

- El problema de la distinción conceptual entre infracciones y delitos y sus consecuencias a la hora de aplicar los principios liminares del derecho penal liberal.
- El uso de la delegación legislativa para llenar de contenido a los tipos o infracciones acuñados.
- La dificultad para identificar a los autores de los delitos o infracciones que se amparan, generalmente, en estructuras sociales y el no resuelto problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

- El problema del error de derecho asimilado al error de hecho, frente a la imposibilidad de conocer la dispersión normativa de este tipo de legislación.

Por lo demás, la importancia que ha cobrado la protección de los consumidores y la atención que le depara al tema el ordenamiento jurídico desde su vértice mismo –es decir la Constitución– hasta en su arsenal legislativo, disponiendo directa e indirectamente normas tuitivas de los mismos, ha llevado a algún autor a vislumbrar un Derecho Penal del Consumidor como una rama del Derecho Penal Económico que tiene por finalidad "el estudio de toda forma de protección penal a la relación de consumo, como bien jurídico inmaterial supraindividual y difuso"[12].

III. Clasificación

La protección penal del consumidor juega en un doble plano. Por un lado, cuando a los consumidores se los ve desde un punto de vista colectivo y abstracto. En este caso, su protección se articula a través de las disposiciones orientadas a preservar el orden económico. Es en este supuesto donde opera el llamado Derecho Penal Económico.

Por otro, contemplando el tema desde una relación concreta de consumo, donde en ese intercambio se lesiona un derecho subjetivo[13]. En esta esfera se encuentran las diferentes disposiciones del Código Penal, siendo su núcleo de protección un bien jurídico individual que no goza, por tanto, de las características propias de la delincuencia económica a la que nos hemos referido.

Siguiendo al profesor brasileño Antonio Herman V. Benjamin[14], en la protección penal del consumidor vamos a encontrar dos grupos distintos de infracciones o delitos, a saber: 1) normas de consumo impropio, que a su vez se divide en: a) accidentalmente de consumo y b) reflejamente de consumo; y 2) normas de consumo propio.

---

12 LIMA DA FONSECA, Antonio César. *Direito penal do consumidor*, Livrería do Advogado Editora, Porto Alegre (Brasil), 1996.

13 Cf. GONZALEZ RUS, Juan José. *Los intereses económicos de los consumidores - Protección penal.* Instituto Nacional del Consumo, Madrid 1986, p. 159.

14 Cf. BENJAMIN, Antonio Herman V. "O Direito penal do consumidor: capitulo do direito penal económico" en Revista *Direito do consumidor*, São Paulo s/f, p. 113.

1. NORMAS DE CONSUMO IMPROPIO

El primer grupo de normas –de consumo impropio– corresponde a aquellas disposiciones que no fueron modeladas bajo la luz de la protección del consumidor, tal como la entendemos modernamente. Ello así, en razón de que tanto los sujetos pasivos como activos de los delitos o infracciones no se concibieron identificando la cualidad de productor de bienes o servicios, o el título de consumidor. De todas maneras, como bien lo expresa el citado jurista brasileño, "durante mucho tiempo, esos crímenes de consumo impropio representaron la más fuerte, cuando no la única, respuesta del consumidor contra los abusos practicados por productores"[15].

Estas normas se dividen, a su vez, en accidentalmente de consumo y reflejamente de consumo. Las primeras abarcan diversos delitos del Código Penal, que guardan estrecha relación con los fines tuitivos de la defensa del consumidor. Son tipos clásicos que carecen del concepto de consumidor o productor de bienes o servicios. Solamente por accidente pueden llegar a amparar una relación de consumo, pero siempre en forma individual. Por tanto no son, propiamente hablando, genuinos delitos de consumo.

Es que en la época de formulación del derecho penal clásico, los fenómenos que hoy caracterizan a la sociedad de consumo –tales como la publicidad engañosa y abusiva, la utilización masificada de cláusulas contractuales abusivas, la circulación de millares de productos variados, fabricados sin la intervención y el control humano, etc.– no integraban la esfera de la preocupación del legislador o del jurista, por una razón muy simple: no existían[16].

Por su parte, las normas denominadas reflejamente de consumo aluden a que el consumidor también puede estar amparado de modo indirecto a través de infracciones o delitos que, en su esfera protectora, pueden llegar a atrapar –pero reflejamente– una relación de consumo, aunque tutelan prioritaria y preponderantemente a otros sujetos y objetos.

Se encuentran dispersas en diferentes leyes especiales. De estas normas, dos revisten particular interés: la de defensa de la

---

[15] Idem.
[16] Ibídem, p. 120.

competencia (22262) y la de lealtad comercial (22802). Es que la Ley 24240 de Defensa del Consumidor se conecta estrechamente con ellas. Así, el art. 3 de la misma dispone que "las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales, aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas, en particular las de defensa de la competencia y la de lealtad comercial"[17].

La mención especial a estas leyes que hace dicho texto, tiene una explicación. Es que estas tres normas constituyen modernamente uno de los diversos elementos con los que cuenta el Estado para orientar el funcionamiento de la economía. Por lo demás, si bien estas leyes apuntan a situaciones distintas, tienen un denominador común, que es la necesidad del normal funcionamiento de los mercados en condiciones de transparencia, competitividad, lealtad y calidad. En efecto, el interés del competidor es asegurar su posición en el mercado; el del consumidor, que no se desvirtúe su capacidad de elección; y el interés público se cifra en el mantenimiento de un orden concurrencial libre y no falseado[18].

2. NORMAS DE CONSUMO PROPIO

Por su parte, las normas denominadas propias en la clasificación de Benjamin se caracterizan por proteger al consumidor, no sólo desde el ángulo individual o como una consecuencia indirecta, sino en forma colectiva e indeterminada[19] y de una manera específica e inmediata, viendo a la relación de consumo como su objeto propio. Es decir, no se trata de un amparo accidental o reflejo (impropio), sino directamente querido y buscado.

En esta clasificación se encuentran las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor 24240, que tiene como finali-

---

[17] Las relaciones jurídicas que define la ley son aquellas realizadas por los consumidores, entendiéndose por tales a "las personas físicas o jurídicas que contraten a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) la adquisición o locación de cosas muebles; b) la prestación de servicios; c) la adquisición de bienes inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terrenos adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas" (art. 1 Ley 24240).

[18] Cf. MENDEZ, Aurelio, cit. por Concepción Molina Vázquez en *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, Montecorvo, Madrid 1993, p. 93 nota 56.

[19] Cf. SOLSONA, Enrique. "Protección penal del consumidor", en *Defensa de los Consumidores de productos y servicios* –VV.AA– La Roca, Bs. As. 1994, p. 245.

dad inmediata y específica salvaguardar los intereses de los consumidores. En el caso concreto, la ley no describe ni contempla –como la brasileña– delitos, sino sólo infracciones. De todos modos son propias porque ampararan exclusiva y directamente al consumidor, actuando siempre sobre la relación jurídica de consumo.

Precisamente en este último aspecto radica la distinción fundamental con las denominadas normas impropias. Su objeto material y sus sujetos pasivos y activos reposan directamente en el consumidor y en el productor de bienes o servicios. Son figuras que exigen una "certeza de identidad" de infractores, tutelados y objeto material.

IV. Normas impropias

1. Accidentalmente de consumo

Desde esta perspectiva, se encuentran relacionadas –aunque más no sea accidentalmente– con la protección al consumidor, independientemente de que los bienes jurídicos tutelados difieran, las siguientes figuras del Código Penal. A saber:

a) Delitos contra la salud pública

Enumerados en el Libro II, Tit. VII, Cap. III del C.P. ("Delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas"). En función del bien jurídico tutelado de los delitos contra la salud pública, señala Creus que "los atentados contra la salud se incluyen entre los delitos contra la seguridad común como creadoras de un peligro para una comunidad, es decir para la salud pública, entendiéndose por tal aquella de la que goza el público en general indeterminadamente. En otras palabras: es el estado sanitario de la población lo que se protege"[20].

De ellos, concretamente:

---

[20] CREUS, Carlos. *Derecho Penal* -parte especial, Astrea, Bs. As. 1996, t. 2 p. 67.

- art. 200 que reprime y sanciona al que "envenenare o adulterare, de un modo peligroso para la salud, ... sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas". Con relación a esta figura se ha dicho que "el objeto específico de la norma es el interés social de la incolumidad pública contra los hechos dolosos o culposos, que determinan la posibilidad de un peligro para la salud de las personas, ejecutado por aquellos que fabrican sustancias adulteradas con destino al comercio"[21].

- art. 201 que reprime y sanciona al que "vendiere, pusiere en venta, entregare o distribuyere medicamentos o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo".

- art. 203 en cuanto admite la forma culposa de comisión de los delitos antes enunciados.

Debe observarse que la ley de defensa del consumidor contiene disposiciones que guardan estrecha relación con tales delitos. Así, el art. 5 dispone que las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud.

b) Falsificación de sellos, timbres y marcas

De los enumerados en el Libro II, Título XII, Capítulo II (Delitos contra la Fe Pública), encontramos:

- art. 289 inc. 2 que reprime y sanciona al que "falsificare billetes de empresa, señas, marcas o contraseñas de fábricas o establecimientos particulares exigidos por la ley en cierta clases de trabajos o artículos".

- art. 289 inc. 3 que reprime y sanciona al que aplicare "... sellos, marcas o contraseñas de fábrica o establecimientos particulares exigidos por la ley en cierta clase de trabajos o artículos".

---

[21] Cámara Criminal, Sala 1º de Mendoza, *Revista Jurisprudencia Argentina* 1959-III-699.

Estas disposiciones están emparentadas en alguna medida con el art. 10 de la Ley de Defensa del Consumidor en cuanto regula los requisitos que debe reunir el llamado documento de venta. Debe aclararse que en ambos casos el Código Penal se refiere a los instrumentos en fábricas o establecimientos como medio de comprobación, individualización o garantía. No quedan comprendidos, por tanto, los hechos reprimidos en la ley especial de marcas y designaciones que trata exclusivamente de las marcas individualizadoras de fabricantes protegiendo la propiedad fabril[22].

c) Estafas y otras defraudaciones

De los delitos enumerados en Libro II, Título VI, Cap. IV. referentes a los "Delitos contra la Propiedad" encontramos relación con el art. 174 inc. 3 que reprime y sanciona como estafa en función del art. 172 del CP al que "defraudare usando pesas y medidas falsas". Nuevamente, esta disposición hace semejante con lo dispuesto en el art. 10, inc. a) de la Ley de Defensa del Consumidor que dispone como requisito en el contenido del documento de venta "la descripción y especificación de la cosa". Asimismo, debe considerarse al art. 173 inc. 1º que reprime al que defraudare a otro "en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de un contrato o un título obligatorio".

Por último, y en función de la protección del consumidor en su integridad psicofísica debe considerarse al inc. 4 del art. 174 en cuanto reprime "al empresario o constructor de una obra cualquiera o el vendedor de materiales de construcción que cometiere en la ejecución de la obra o en la entrega de los materiales, un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado".

d) Concurrencia desleal

En el art. 159 del Libro II, Titulo V, Cap. IV se encuentra descripto el delito de concurrencia desleal que reprime con pena de multa "al que por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal, tratare

---

[22] Cf. CREUS, Carlos, *op. cit.* p.397.

de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial".

Su finalidad no es otra de que la poner un límite o perímetro entre los sujetos que realizan una misma actividad comercial[23]. En este sentido se ha dicho que "la prevención establecida en el art. 159 del CP no tiende a la protección del comprador sino a la del vendedor que realiza una propaganda lícita para acrecentar su patrimonio, acreditar su nombre con su actividad física e intelectual y obtener la confianza de la clientela adquirida para su casa por su desvelo y honradez. En consecuencia, incurre en el delito previsto en la disposición citada el comerciante que sistemáticamente y en diversas oportunidades desprestigia los productos de otro comercio o razón social, aconsejando a los clientes que no lo adquieran por su mala calidad"[24].

Esta figura, como puede observarse, es un caso típico de protección accidental al consumidor. En efecto, no cabe duda que indirectamente el consumidor se beneficia en su libertad de elegir y queda a resguardo de cualquier medio ilícito de publicidad.

2. REFLEJAMENTE DE CONSUMO

a) Ley de Defensa de la Competencia

Esta Ley –22262– adoptó un sistema dual y complementario de infracciones y delitos que se apoya y estructura en la conducta genérica del art. 1º. Dispone el mismo que "...están prohibidos y serán sancionados ... los actos o conductas relacionados con la producción de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general".

De esta manera, toda conducta que contravenga a dicho artículo constituirá siempre una infracción. Si, además, concurre alguna de las modalidades que de manera taxativa se enumeran en el art. 41, nos encontramos ante un delito penal. Es decir, "habrá delito penal, si además de infringirse el art. 1, concurren alguna de las

[23] SPOLANSKY, Norberto. E. *El delito de competencia desleal y el mercado competitivo.* Ad Hoc, Bs. As. 1997, p. 15.

[24] Cámara Criminal Capital Federal. Fallos 4-133,

conductas del art. 41. Cuando esta circunstancia no se da, estamos siempre dentro de una infracción"[25]. En otras palabras, como bien lo señala HENDLER[26], "para afirmar que un hecho encuadra en el art. 41 hace falta que también quepa encuadrarlo en el art. 1º. Pero, por supuesto, la inversa no es válida".

La fórmula final del texto del art. 1º transcrito ("de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general") ha sido descalificada como presupuesto tipificante, por tratarse de una expresión vaga y genérica en pugna con el principio de legalidad del derecho penal, de raigambre constitucional[27].

El mentado art. 41 describe una serie de delitos, cuya vinculación con los derechos de los consumidores es ostensible, y que se traducen en una serie de conductas concertadas, tendentes a incidir en los precios, ventas, calidad, producción, distribución, comercialización, etc., de bienes y servicios[28].

---

25 RACCIATTI (h), Hernán - ROMERA, Oscar E. - ROMANO, Alberto A. "La ley de defensa de la competencia y su eventual marco de operatividad", *Revista Jurisprudencia Argentina*, ejemplar del 1-12-93 p. 2.

26 "Comentario a la ley de Defensa de la Competencia", en *Doctrina Penal* Nº 4 p. 313. En el mismo sentido LITVACK, Alejandro A. "La obligación de vender y la ley de defensa de la competencia" Revista *La Ley* del 30-7-92 p. 3.

27 Cf. ROMERA, Oscar E. "El interés económico general en la ley de defensa de la competencia. Un problema no resuelto". *Revista Jurisprudencia Argentina*, 1994-III-71.

28 Art. 41- Serán reprimidos con las sanciones previstas en el art. 42 los siguientes actos o conductas, siempre que encuadren en el art. 1º:
a) fijar, determinar o hacer variar, directa o indirectamente, mediante acciones concertadas, los precios en un mercado;
b) limitar o controlar, mediante acciones concertadas el desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción, distribución o comercialización de los mismos;
c) establecer, mediante acciones concertadas, las condiciones de venta y comercialización, cantidades mínimas, descuentos y otros aspectos de la venta y comercialización;
d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones u operaciones suplementarias que, por su naturaleza y con arreglo a los usos comerciales, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
e) celebrar acuerdos o emprender acciones concertadas, distribuyendo o aceptando, entre competidores, zonas, mercados, clientelas o fuentes de aprovechamiento;
f) impedir u obstaculizar, mediante acuerdos o acciones concertadas, el acceso al mercado de uno o más competidores;
g) negarse, como parte de una acción concertada y sin razones fundadas en los usos comerciales, a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuadas en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate;
h) imponer, mediante acciones concertadas, condiciones discriminatorias de compra o venta de bienes o servicios, sin razones fundadas en usos comerciales;
i) destruir, como parte de una acción concertada, productos en cualquier grado de elaboración o producción, o los medios destinados a extraerlos, producirlos o transportarlos;
j) abandonar cosechas, cultivos, plantaciones o productos agrícolas o ganaderos, o detener u obstaculizar el funcionamiento de establecimientos industriales o la exploración o explotación de yacimientos mineros, como parte de una acción concertada".

La relación entre las leyes tuitivas de la competencia y de los consumidores ha sido resaltada por la doctrina y la jurisprudencia. Así se ha dicho que "la sanción de prácticas restrictivas de la competencia tiene por objeto la atención inmediata del competidor. El consumidor, sin embargo, resulta también protegido por la prohibición de pactos y acuerdos que, en perjuicio de los demás competidores, refuerzan la posición de un comerciante en el mercado y disminuyen, por consiguiente, la garantía de sus intereses de generar consecuencias perjudiciales que interesa evitar: elevación injustificada de precios, empeoramiento de la calidad de los productos y servicios, limitación de la libertad de elección del consumidor, deterioro de su situación frente a las empresas, etc."[29].

En el mismo sentido, y en particular referencia a la Ley 22262, la Cámara Federal de Bahía Blanca señaló que "la ley de defensa de la competencia está orientada a proteger el interés económico general ... dicha expresión integra el concepto de bien común, es decir, aquello que por sí mismo se considera adecuado para proteger a la población, ya que toda ella es consumidora"[30].

No han faltado incluso algunos autores que sostienen en general, que las leyes de defensa de la competencia surgieron no para proteger al mercado, sino al destinatario último de la actividad económica, esto es, el consumidor[31]. Esta opinión que no compartimos revela, sin embargo, la estrecha vinculación de esta legislación con los consumidores, destinatarios finales en la cadena circular de bienes y servicios.

---

k) comunicar a empresas competidoras, como parte de una acción concertada, los precios u otras condiciones de compra, venta o comercialización bajo las cuales deberán actuar dichas empresas".

29 GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Op. cit.* p. 171.

30 In re "Asociación Sureña de empresas de pompas fúnebres de la Pcia.. de Bs. As.", 8-3-85, Revista *El Derecho* t. 116 p. 148. Sobre la relación de esta ley con la tutela de los consumidores, vide VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. y ROMERA, Oscar Eduardo *Protección y defensa del consumidor*, Depalma, Bs. As. 1994, comentario al art. 3 de la Ley 24240. De los mismos autores "Criterios interpretativos de la ley 24240 de defensa del consumidor" Revista *La Ley* del 16 de junio de 1994 p. 1

31 Cf. CRACOGNA, Dante. "El mito del mercado y las consecuencias antisociales de su pretendida defensa en la aplicación de la Ley 22.262", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 1983 p. 158. Idem, GUTIERREZ, Pedro. "Aproximación al estudio de la legislación sobre monopolios y la defensa de la competencia", en Revista *Jurisprudencia Argentina* 1987-III-837.

b) Ley de Lealtad Comercial

La Ley de Lealtad Comercial 22802 reúne en un solo cuerpo las normas referentes a la identificación de mercaderías y a la publicidad de bienes muebles, inmuebles y servicios, con la finalidad de "proteger al consumidor a la vez que facilita al comerciante el conocimiento de la legislación a que debe adecuarse"[32].

El capítulo VI, "De las infracciones, sanciones y recursos", contiene las ilicitudes y sanciones. Concretamente, el art. 18 reprime en forma genérica al "que infringiere las disposiciones de la presente ley, las normas reglamentarias y resoluciones que en su consecuencia se dicten". De tal manera que "en primer lugar, remite a las disposiciones de ella misma que contienen los cinco capítulos precedentes, donde se enumeran deberes y prohibiciones dirigidos a los que hace responsables de su cumplimiento y facultades de las autoridades de aplicación. De estos deberes y facultades deberemos de deducir los ilícitos"[33].

Es precisamente en lo referente a la publicidad, donde esta ley adquiere una especial relevancia en función del público consumidor. Así, su art. 9 considera ilícita y por tanto prohíbe cualquier tipo de propaganda que induzca a error[34]. Dentro del género "publicidad ilícita", la doctrina ha distinguido diferentes supuestos[35]:

- Publicidad engañosa: es aquella que tanto por acción como por omisión –falta de información suficiente– induce o puede inducir a error al consumidor. Queda incluida en esta categoría la publicidad subliminal, que es aquella propaganda que por la forma en que está concebida, no llega a ser percibida por la conciencia[36].

---

32 Exposición de motivos que precedió al texto de la Ley 22802.

33 NAVARRO, Guillermo R. *Delitos de deslealtad en el comercio y la industria*, Pensamiento Jurídico Editora, Bs. As. s/f, p. 101.

34 Art. 9: "Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios"-

35 Sobre el particular remitimos a RACCIATTI, Hernán (h) y ROMANO, Alberto A. "La empresa y la publicidad en sus productos y servicios" en *Responsabilidad civil de la empresa*, Panamericana, Santa Fe 1996, p. 119. Idem, KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. "Publicidad y consumidores" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1994, T. V p. 88.

36 Cf. RACCIATTI, Hernán (h) y ROMANO, Alberto A. *op. cit.*

- Publicidad desleal: es desleal todo mensaje publicitario que vulnere la fidelidad debida tanto a los competidores como consumidores[37].

- Publicidad abusiva: es aquella que afecta la dignidad o cualquier otro derecho esencial de la persona humana[38].

Tema controvertido resulta el de la licitud de la publicidad comparativa que basa su mensaje en la comparación explícita de un producto o servicio con el de otro competidor. Si bien algunos precedentes judiciales mostraron una tendencia adversa[39], la opinión actual se inclina francamente a admitir su licitud[40].

La relación de esta ley con la defensa del consumidor no solamente fue manifestada por la misma exposición de motivos que acompañó al texto, sino también por la jurisprudencia[41].

Así, por ejemplo, se señaló que anunciar la venta "a precio de fábrica" por quien no es fabricante, es inexactitud grave y maliciosa, apta para suscitar error, engaño o confusión en el público[42]. O bien que cuando la propaganda alude a elementos opcionales de un automotor que no son tales porque resultan insustituibles, con lo que no hay opción sobre el precio, se lleva al consumidor a error, engaño o confusión sobre la técnica de comercialización al formularse la oferta a un precio menor al real[43]. También se ha dicho que "el fin que se persigue con la Ley 22802 es evitar que los consumidores, mediante publicidad que se encuentra en infracción, sean inducidos a la adquisición de mercadería o a la contratación de servicios, protegiéndose de este modo el derecho de aquellos a una información adecuada y veraz, en la relación de consumo"[44].

---

37 Idem.

38 Idem.

39 Así los famosos casos "Rolex c/ Orient" (Revista *La Ley* t. 147 p. 231) y "Navarro Correas" (Revista *La Ley* 1991-C-531).

40 Cf. RACCIATTI, Hernán (h) y ROMANO, Alberto. *Op. cit.*

41 Esta íntima relación se refuerza con la disposición del art. 3º de la ley de Defensa del Consumidor, según ya hemos visto. Un estudio más particularizado sobre la relación de las normas sobre lealtad comercial y los derechos de los consumidores en: ANDORNO, Luis O. "Control de publicidad y la comercialización en el ámbito de la defensa del consumidor y del usuario". Revista *Jurisprudencia Argentina* 1994-III-805.

42 Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala III, Revista *Jurisprudencia Argentina* 1964-II-615.

43 Idem, Sala II, Revista *La Ley* 1979-D-591.

44 Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala B, Revista *Jurisprudencia Argentina*, ejemplar del 1º de abril de 1998, p. 41.

c) Ley de Abastecimiento

Esta ley rige, según reza su art. 1, respecto a "la compraventa, permuta y locación de cosas muebles, obras y servicios –sus materias primas directas o indirectas y sus insumos– lo mismo que a las prestaciones –cualquiera fuere su naturaleza, contrato o relación jurídica que las hubiere originado– que se destinen a la sanidad, alimentación, vestimenta, higiene, vivienda, deporte, cultura, transporte, calefacción, refrigeración, esparcimiento, así como cualquier otro bien mueble o servicio que satisfaga –directa o indirectamente– necesidades comunes o corrientes de la población. El ámbito de esta ley comprende todos los procesos económicos relativos a dichos bienes, prestaciones y servicios y toda otra etapa de la actividad económica vinculada directamente o indirectamente a los mismos".

En el art. 4 se delinean en distintos incisos las infracciones a la ley, que comprende diversas conductas, tales como elevación artificial o injustificada de precios, acaparamiento de mercadería, destrucción de mercadería, etc.[45] Como puede apreciarse de su

[45] "art. 4.- Serán reprimidos con las sanciones que se establecen en el art. 5, y en su caso 6, quienes:
a) elevaren artificial o injustificadamente los precios en forma que no respondan proporcionalmente a los aumentos de los costos, u obtuvieran ganancias abusivas;
b) revaluaren existencias, salvo autorización expresa del organismo de aplicación;
c) acaparen materias primas o productos, o formaren existencias superiores a las necesarias, sean actos de naturaleza monopólica o no, para responder a los planes habituales de producción y/o demanda;
d) intermediaren o permitieren intermediar innecesariamente o crearen artificialmente etapas en la distribución o comercialización;
e) destruyeren mercaderías o bienes; o impidieren la prestación de servicios o realizaren cualquier otro acto, sea de naturaleza monopólica o no, que tienda a hacer escasear su producción, venta o transporte;
f) negaren o restringieren injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios, o redujeren sin causa la producción habitual o no la incrementaren, habiendo sido intimado a tal efecto con tres días hábiles de anticipación, en caso de tener capacidad productiva, para responder a la demanda;
g) desviaren el abastecimiento normal y habitual de una zona a otra sin causa justificada;
h) no tuvieren para su venta -según el ramo comercial respectivo- mercadería con precios máximos, precios congelados o márgenes de utilidad fijados y al no poseerlas no vendan a dichos precios mercaderías similares de mayor calidad o precio, salvo los eximentes justificativos que se establezcan por vía reglamentaria, teniendo en cuenta ramo, habitualidad, modalidad, situación de mercado y demás circunstancias propias de cada caso;
i) no entregaren factura o comprobante de venta, en la forma y condiciones que establezcan las disposiciones reglamentarias;
j) violaren cualesquiera de las disposiciones que se adopten en ejercicio de las atribuciones que se confieren por los arts. 2 y 3 de esta ley".

texto, muchas de estas conductas se superponen con las disposiciones de la Ley de Defensa de la Competencia 22262, creando un verdadero galimatías jurídico.

Debe advertirse, así mismo, que la concepción de esta ley responde a un propósito de intervención directa del Estado en las relaciones económicas, que la torna incompatible con la ley de defensa de la competencia, lealtad comercial y defensa del consumidor[46]. De allí que, como lo señalan Cabanellas[47] y Malamud Gotti[48], resulta contradictorio con el ordenamiento jurídico y al revés de estos mecanismos de control, la subsistencia de la Ley 20680.

Cabe decir, no obstante, que la aplicación de esta última ha sido notoriamente mitigada por el llamado decreto de desregulación económica 2284/91, que en su art. 4 suspendió el ejercicio de las facultades que dicha ley otorga, a excepción de las contenidas en el art. 2 inc. c).

d) Ley de Marcas y Designaciones

Si bien esta ley tampoco tiene como finalidad directa la protección de los consumidores, ya que está pensada desde la óptica del empresario, supone igualmente una tutela indirecta de los mismos, al pretender asegurar el derecho a la clientela[49]. El Capítulo III de la Ley 22362 contiene en su art. 31 los diferentes delitos por infracción a la ley que reprime la falsificación, usurpación, comercialización indebida, etc., de marcas y designaciones.[50]

Como lo ha señalado Garrigues, las instituciones de derecho industrial tienden a diferenciar los productos de una empresa de

---

46 Cf. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto y ROMERA, Oscar Eduardo. *Op. cit.* nota 30.

47 Cf. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia* Heliasta, Bs. As. 1984, p. 55.

48 Cf. *Derecho penal de la competencia* Hamurabi, Bs. As. 1984, p. 43.

49 Cf. GONZALEZ RUS, Juan José. *Op. cit.* p. 183. Idem, BUSLON ZACCAGNINO, Jorge W. "Las marcas y la defensa del consumidor" en *Derecho del consumidor* –VV.AA.– FCU, Montevideo 1988, p. 77.

50 Art. 31.- "Será reprimido con prisión de un mes a dos años ...:
a) El que falsifique o emita fraudulentamente una marca registrada o una designación;
b) El que use una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente emitida o perteneciente a un tercero sin su autorización;
c) El que ponga en venta o venda una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin su autorización;
d) El que ponga en venta, venda o de otra manera comercialice productos o servicios con marca registrada falsificada o fraudulentamente imitada...".

las otras, orientándose a la protección de la clientela, su contenido vendría dado por la suma de los derechos de esta y a ella sería a la que habría de proteger[51].

Es que la marca para el consumidor sirve de garantía sobre el origen de los productos que consume o servicios que recibe[52]. Por eso la Corte Suprema de Justicia de la Nación en más de una oportunidad ha señalado que la finalidad de la legislación marcaria, consiste en la protección de las buenas prácticas comerciales y la defensa de la buena fe del público consumidor[53].

Un interesante caso se planteó en la Sala 3ª de la Cámara Civil y Comercial Federal de la Capital Federal, en relación al registro de una marca de cerveza que guardaba similitud con otra de procedencia alemana de reconocida fama. En el caso, advirtió el tribunal sobre la posibilidad de confundir al consumidor respecto del origen del producto[54].

e) Ley de residuos peligrosos

El derecho ambiental tiene como objeto propio e inmediato la protección de este. Pero no cabe duda de que el medio ambiente también tiene influencia decisiva sobre la salud, ya que incide sobre el abastecimiento de alimentos y sobre los reservorios y mecanismos de transmisión de muchas enfermedades[55]. Siendo la protección de la salud de los consumidores, uno de los pivotes sobre los que se estructura la Ley de Defensa del Consumidor 24240[56], se advierte con facilidad que indirectamente la protección penal del medio ambiente ampara a los consumidores.

En esta materia rige la Ley 24051 que se circunscribe al régimen legal de los residuos peligrosos. Su ámbito de aplicación se encuentra descrito en el primer artículo. La ley se aplicará, dice, a la generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de los residuos peligrosos, siempre que estos

---

51 Citado por GONZALEZ RUS, Juan José; Idem.

52 Cf. LEDESMA, Julio. *Derecho penal industrial*, Despalma, Bs. As. 1987, p. 2.

53 FALLOS 163:5; 253:267; 259:282; 259:249.

54 Fallo del 6-11-92 en Revista *Jurisprudencia Argentina*, ejemplar del 25 de enero de 1995, p. 28.

55 Cf. LIBSTER, Mauricio, *Delitos Ecológicos*, Despalma 1993, p. 17.

56 Cf. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto y ROMERA, Oscar Eduardo. "Los principios informantes de la ley de defensa del consumidor". en Revista *Derecho del Consumidor*. Juris, Rosario 1994, p. 104.

hayan sido generados o se encuentren por cualquier motivo en lugares sometidos a la jurisdicción nacional, y también a aquellos que aun ubicados en territorio de una provincia, estuvieran destinados al transporte fuera de ella. Igualmente, a los que se encuentren dentro de una provincia, pero que la autoridad de aplicación considere que puedan afectar al medio ambiente más allá de la frontera de la misma. Por último, "cuando las medidas higiénicas o de seguridad que a su respecto fuera conveniente disponer, tuvieran una repercusión económica tal que tornare aconsejable uniformarlas en todo el territorio de la nación, a fin de garantizar la efectiva competencia de las empresas que debieran soportar la carga de dichas medidas".

La ley estructura un sistema dual de infracciones y delitos. En el primer caso, solamente hace una enunciación genérica refiriéndose a "todas las infracciones a la presente ley, sus reglamentos y normas complementarias". Con oportunidad de analizar la Ley de Defensa del Consumidor que sigue igual técnica legislativa, señalaremos las deficiencias legales que encierra dicha fórmula.

En cuanto a los delitos, los mismos están descritos en el Capítulo IX. A saber:

- El art. 55 reprime, con las mismas penas del art. 200 del Código Penal, al que utilizando los residuos peligrosos, "envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general".
- El art. 56 admite la forma culposa en la comisión del delito descrito en el art. 55 (imprudencia, negligencia o impericia en el propio arte o profesión o inobservancia de los reglamentos u ordenanzas).

La figura del art. 55, si bien guarda una aparente sinonimia con la del art. 200 del Código Penal, por un lado la restringe a la manipulación de residuos peligrosos y no otro elemento aunque sea tóxico. Por otro, la amplía notablemente, al no circunscribir el objeto del delito al agua potable o a sustancias alimentarias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas; sino a un universo más amplio, como lo es el agua (potable o no), el suelo y la atmósfera.

En cuanto al párrafo final de la fórmula del art. 55 ("ambiente en general"), al estar descrito en una fórmula vaga y abierta, ha

suscitado dudas sobre su constitucionalidad por tratarse de un tipo penal genérico[57].

f) Ley de Seguridad Nacional.

La Ley de Seguridad Nacional 20840, derogada casi en su totalidad por la Ley 23077, mantuvo como figura residual la contenida en el art. 6[58], conocida con el nombre de subversión económica, contemplando en artículos siguientes figuras culposas y disposiciones determinadas para algunos sujetos cuando se tratare de administradores, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de una persona jurídica.

El mentado artículo dispone pena de prisión y multa para aquellas conductas que maliciosamente o con ánimo de lucro pongan en riesgo el normal desenvolvimiento de un establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicio, elevando las penas para determinados supuestos, tales como la quiebra del establecimiento o que se cause un perjuicio a la economía nacional.

Debe decirse que tiene estado parlamentario un proyecto que promueve su derogación. En general, la crítica que se le hace es la amplitud de su figura, y la superposición con otras disposiciones tanto de la legislación común como especial.

g) Otras leyes

Hay también otras leyes que contienen una protección refleja del consumidor, pero con la característica de no amparar situa-

---

57 Cf. ALBANO, Osvaldo O. "Inconstitucionalidad del tipo penal genérico, en la aplicación de la ley de residuos peligrosos" Revista *Jurisprudencia Argentina*, ejemplar del 12-10-94 p. 9.

58 Art. 6: "Será reprimido con prisión de 2 a 6 años y multa de $ 75.000 a $ 5.000.000, si no resultare un delito más severamente penado, el que, con ánimo de lucro o maliciosamente, con riesgo para el normal desenvolvimiento de un establecimiento comercial, industrial, agropecuario, minero o destinado a la prestación de servicios, enajenare indebidamente, destruyere, dañare, hiciese desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuyere el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital, o comprometiere injustificadamente su patrimonio.

Las penas señaladas se agravarán en un tercio:

a) si el hecho afectare el normal suministro o abastecimiento de bienes o servicios de uso común.

b) Si condujere al cierre, liquidación o quiebra del establecimiento o explotación.

Las penas se elevarán en la mitad:

a) Si el hecho causare perjuicio a la economía nacional;

b) Si pusiese en peligro la seguridad del Estado."

ciones generales como las anteriores, sino que se refieren a relaciones económicas específicas de una rama de producción o servicio.

Sólo nos limitaremos a mencionar las más importantes, tales como la ley de vino (14878), de azúcar (19597), el Código alimentario nacional (18284) las leyes de comercialización y acopio de semillas (20247), de entidades financieras (21526), de sociedades que realizan operaciones de capitalización y ahorro (23515), las que regulan a las AFJP (24241), la de fideicomiso (24441), etc.

V. Normas propias

Las disposiciones que refieren a los aspectos puramente penal-económico están contenidas a lo largo del Capítulo XII de la Ley 24240 de Defensa del Consumidor. De ellas, ocupará nuestra atención la parte pertinente del art. 45 referido a las infracciones a la ley en general y a los sujetos pasivos y activos de la infracción. Pasaremos luego a analizar lo que denominamos infracciones específicas a la ley (arts. 46 y 48), para finalizar con el régimen de sanciones (arts. 47 y 49) y la prescripción (art. 50).

1. Las infracciones

a) Enunciación genérica

El art. 45 de la ley en mención dispone que la autoridad de aplicación iniciará las actuaciones administrativas a "las infracciones a la presente ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten".

Como se advierte, el texto habla de infracciones; pero, al igual que las leyes de residuos peligrosos 24051 y lealtad comercial 22802, no cataloga un listado preciso de las mismas, sino que impone sin mayores precisiones o con descripciones abiertas, prohibiciones y deberes u obligaciones sin ninguna sistematización coherente, a excepción de las descritas en los arts. 46 y 48 que analizaremos luego.

Esta técnica legislativa es criticable. En la actualidad, según hemos señalado, ya se ha admitido pacíficamente que la diferencia entre

delito e infracción es meramente cuantitativa[59], superándose las viejas concepciones basadas en ideas iusnaturalistas. De ello se sigue que, frente a las infracciones, rige en plenitud el principio *nulla crimen sine lege* que reclama, entre otras cosas, la enunciación clara de la acción, como principio necesario de toda la actividad punitiva.

Refiriéndose precisamente a esta técnica de legislar, Righi objeta que "encierra una fuerte impugnación al Derecho Penal, pues flexibilizan el principio de legalidad, al no describir en forma exhaustiva la conducta prohibida"[60].

Obsérvese, en este sentido, la diferencia entre esta ley y la técnica seguida, por ejemplo, en materia de infracciones aduaneras donde en el art. 894 del Código Aduanero se prevé expresamente que "la calificación de un hecho como infracción aduanera requiere que, previamente a su realización, se encuentre previsto como tal en las disposiciones de este Código", las que cataloga luego a partir del capítulo VI, del Título II de la Sección XII.

La Ley de Defensa del Consumidor, por el contrario, obliga a escudriñar entre sus disposiciones, cuáles de ellas son las que establecen una prohibición o un deber u obligación cuyo desconocimiento, omisión o violación implique una verdadera infracción y haga al sujeto pasible de las penas previstas en el art. 47.[61]

En este sentido y hurgando entre sus disposiciones, constituirían infracciones la violación a los deberes impuestos a lo largo de los capítulos II a IX inclusive del título I[62], referentes a:

- información al consumidor y protección de la salud (arts. 4 a 6).
- condiciones de la oferta y venta de bienes y servicios (arts. 7 a 10).
- cosas muebles no consumibles (arts. 11 a 16).
- prestación de servicios (arts. 19 a 21 y 24).

---

59 Ver nota 5. Incluso autores que desde el derecho administrativo afirman lo contrario, sostienen igualmente que las normas generales del Derecho Penal son aplicables a la responsabilidad y a las penas administrativas, en cuanto pueden reconducirse a principios generales (vide LORENZO, Susana. *Sanciones administrativas.* Julio César Faira Editor, Montevideo 1996, p. 104).

60 RIGHI, Esteban, *op. cit.* p. 289.

61 Sobre esta mecánica legislativa puede consultarse RUBIANES, Carlos en *Tratado de Derecho Penal Especial* dirigido por Enrique R. Aftalión, La Ley, Bs. As. 1969, T. I p. 193/94.

62 Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo, comentando este artículo de la ley señalan como deberes que podrían ser violados: 1) el deber de informar, 2) el de seguridad, 3) el de no poner en riesgo la salud, el de emitir una oferta precisa e informada, 4) el de dar garantías por los productos y servicios, 5) el de no incluir cláusulas abusivas (cfr. *Defensa del Consumidor*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1994, p. 372).

- prestación de servicios públicos domiciliarios (arts. 25 a 31).
- venta domiciliaria, por correspondencias y otras modalidades (arts. 32 a 35).

También revisten el carácter de infracción las únicas expresamente previstas como tales en los arts. 46 (incumplimiento de acuerdos conciliatorios) y 48 (denuncias maliciosas), de cuyo tratamiento nos ocuparemos más adelante.

No creemos, por el contrario, que tengan el carácter de infracciones las normas de los arts. 17 y 18 referentes a las reparaciones no satisfactorias y a los vicios redhibitorios que, en todo caso, prevén mecanismos de reparación distintos a las sanciones que enumera el art. 47[63].

Por otra parte, los arts. 22 y 23, referentes a la confección del presupuesto para la reparación de un servicio y a las deficiencias que pudiera haber en la prestación de un servicio, dada la redacción abierta e imprecisa, resultan de dudosa constitucionalidad. Adviértase que los conflictos que se plantean en esas normas son controversias más propias de cuestiones de incumplimiento contractual, que de violación a disposiciones de tipo penal-administrativo.

Otro escollo constitucional serio, referido a esta temática, es que las infracciones no sólo las extiende a la contravención de la ley, sino también a "sus normas reglamentarias y resoluciones". En nuestro sistema jurídico resulta imposible que las infracciones no tengan otra fuente que la ley, de allí que la remisión a otra categoría de normas como fuente creadoras de infracciones, exceden las facultades de delegación legislativa que siempre debe de mantenerse dentro de los límites constitucionales[64]. Así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Mouviel" del 17 de mayo de 1957[65].

En este sentido, "los que resultan más objetables –dice nuevamente Righi– son los tipos abiertos, pues es mayor la indefinición

---

[63] Las penas previstas son las de apercibimiento, multa, decomiso, clausura, suspensión del registro de proveedores del Estado y pérdida de concesiones o privilegios impositivos o crediticios (Cf. ROMERA, Oscar Eduardo. "Las sanciones por infracción a la ley de Defensa del Consumidor", Revista *Jurisprudencia Argentina*, 1994-I-841).

[64] BIANCHI, Alberto. *La Delegación legislativa*. Abaco, Bs. As. 1990, p. 307

[65] FALLOS 237:636. En igual sentido, Cámara Federal de Rosario, Revista *La Ley* t. 52 p. 853.

de lo que se prohíbe, desde que el legislador únicamente formula un enunciado general que sólo será precisado ex post cuando el precepto sea complementado por el órgano jurisdiccional"[66]. Por su parte, el XII Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal de El Cairo, del año 1984, alertó sobre el peligro de imprecisión y falta de claridad que puede conllevar el exceso de delegación del Poder Legislativo en la Administración.

De allí que, en relación al artículo en comentario, entre las conclusiones de la Comisión Nº 5 del II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor y I Encuentro Nacional de Defensa del Consumidor y Usuario, celebradas en Rosario en mayo de 1994, "se recomienda procurar el respeto a los Principios del Derecho Penal con relación a las infracciones previstas por la ley"[67].

b) Sujetos

El núcleo de la Ley de Defensa del Consumidor gira en torno a lo que se denomina "relación de consumo". Es decir que no ampara toda prestación de bienes y servicios, sino que se limita a aquella que se da entre determinadas personas. En los términos de esta relación tenemos entonces a los sujetos pasivos, es decir consumidores y usuarios, a los que la ley tutela; y a los sujetos activos –proveedores de bienes y servicios– a los que obliga a cumplirla[68]. Si no se da esa relación de consumo o alguno de los términos de la relación no reúne los requisitos exigidos por la ley para ser catalogado como sujeto activo o pasivo, falta la cualidad indispensable para que entre dentro de su esfera de aplicación.

b.1) Sujetos pasivos

Los sujetos pasivos que la ley tutela están definidos en el art. 1º de la Ley 24240. Dicho texto considera consumidores o usuarios a las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar.

---

66 *Op. cit.* p. 289.

67 Para los textos completos de las conclusiones del Congreso, ver el apéndice de nuestra obra *Protección y defensa del Consumidor* citada en nota 30.

68 Cf. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. y ROMERA, Oscar E. "Los principios informantes de la ley de defensa del consumidor" en Revista *Derecho del Consumidor*, Juris, Rosario 1994, Nº 4, p. 95.

La ley no sólo incluye entre los consumidores y usuarios a las personas físicas, sino también a las jurídicas, siendo que generalmente a esta categoría no se la tiene en cuenta como sujeto tutelable, en razón de que no es considerada débil económica y jurídicamente hablando, como a las personas de existencia real.

Ahora bien, para que esta amplia categoría de sujetos sean recipiendarios de la tutela de la ley, se exige:

- que la contratación de bienes o servicios sea a título oneroso.
- que tenga un destino final.

A *contrario sensu* se excluyen las relaciones de consumo a título gratuito y a quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos a un proceso de producción, transformación, comercialización o prestación de terceros. En virtud de lo señalado y a modo de ejemplo, no resulta aplicable la ley a las operaciones comerciales celebradas entre una terminal fabricante de automotores y los fabricantes de autopartes. Se sobreentiende que en tales condiciones no se está frente a un verdadero consumidor, o al menos frente a un consumidor desamparado. En la cadena de fabricación, distribución y comercialización, quienes forman parte de la misma, por lo general cuentan con suficiente fuerza económico-jurídica como para no necesitar de una protección específica más allá de la que acuerda la legislación común y los pactos entre ellos celebrados[69].

b.2) Sujetos activos

En cuanto a los sujetos que pueden incurrir en infracción a las disposiciones de la ley, hay que remitirse a lo normado en el art. 2 en cuanto dispone que "quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada" en las condiciones y modo allí indicados.

La responsabilidad de las personas físicas resulta evidente. En relación a las personas jurídicas, el tema nos lleva decididamen-

[69] Idem.

te a una cuestión doctrinal no resuelta como lo es la de imputar responsabilidad, en este caso infraccional, a estos sujetos de derecho. En la doctrina nacional han sostenido una postura adversa bajo el principio *societas delinquere non potest* autores como Jiménez de Asúa, Soler, Gómez y otros muchos[70]. Por el contrario, se pronunciaron por la tesis positiva Cossio, Cueto Rua, Aftalion, Chichizola y otros[71].

Mas allá de toda discrepancia, lo cierto es que la legislación penal económica se ha orientado a favor de la responsabilidad infraccional y penal de las personas jurídicas (cfr. arts. 56 y 57 de la Ley 11683; art. 42, 2 Ley 22262; arts. 887 y 903 del Código Aduanero, entre otras). Por lo demás, ha tenido acogida favorable en la jurisprudencia[72].

En relación al tema de la responsabilidad de las personas jurídicas como centro de imputación, resulta interesante el hecho de que se incluya también a las de derecho público. Revisten este carácter, según el art. 33 del Código Civil, a) El Estado Nacional, las Provincias y los Municipios; b) Los entes autárquicos; y c) La Iglesia Católica. Lo importante para quedar bajo la órbita obligacional de la ley es que en forma profesional u ocasional "produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicio a consumidores o usuarios" (art. 2) a "título oneroso" (art. 1).

La norma en comentario guarda relación con la tendencia que ya se puso de manifiesto en la Ley de Lealtad Comercial 22802 en cuyo art. 28 dispone que las entidades estatales que desarrollen actividades comerciales, cualquiera sea la fórmula jurídica que adopten, "no gozarán de inmunidad alguna en materia de responsabilidad por infracciones a la presente ley".

De ello se sigue que las personas jurídicas de derecho público, al ser sujetos de imputación son pasibles, por tanto, de las penas previstas en el art. 47. En el caso de la pena de multa, dada su naturaleza netamente pecuniaria, la norma implica un apartamiento a la regla general establecida en la Ley 19.983 referente a las reclamaciones de este tipo entre organismos del Estado.

---

[70] BONZON RAFART, Juan C. *Responsabilidad penal e infraccional de las personas jurídicas*, Depalma, Bs. As. 1993. p. 5.

[71] Idem, p. 14.

[72] Ibídem, p. 24.

Por excepción, podrían ser sujetos también de infracción y pasibles de pena, los consumidores y usuarios del art. 1 y las asociaciones de consumidores del art. 55 en los casos de violación al art. 48 (denuncias maliciosas).

2. INFRACCIONES ESPECIFICAS

a) Incumplimiento de los acuerdos conciliatorios

Esta disposición, contenida en el art. 46, junto con la de denuncia maliciosa del art. 48, son los dos únicos enunciados claros respecto de lo que constituye una infracción a la presente ley, lo cual es una excepción al reparo general que en materia de infracciones ya se hiciera al comentar el art. 45.

Es infracción a la ley el incumplimiento de los acuerdos conciliatorios que puedan haber tenido lugar:

a.1) Dentro de las actuaciones administrativas

En orden al procedimiento administrativo para el juzgamiento de una infracción, el art. 45 de la Ley 24240 establece una etapa conciliatoria previa e infranqueable que debe intentarse antes de continuar con el curso del sumario. También hay otras disposiciones de la ley que ante un conflicto en la relación de consumo, promueven la conciliación entre las partes. En consonancia con ello, el art. 46 dispone que "el incumplimiento de los acuerdos conciliatorios se considerará violación a esta ley. En tal caso, el infractor será pasible de las penas establecidas en la presente, sin perjuicio del cumplimiento imperativo de las obligaciones que las partes hubieren acordado".

Esta técnica legislativa, la de la conciliación, es propia de leyes con contenido penal económico, y responde a la idea de procurar la composición del conflicto por vías diferentes a la de la sanción. En cierta medida, la norma consagra un principio de oportunidad, que tiende a descomprimir el mecanismo de represión en una etapa previa del procedimiento, donde se prefiere prescindir de la sanción que llega al final de este último, la que muchas veces se muestra insuficiente y tardía para evitar el daño que se quería impedir. Importa también una suerte de informalismo procesal que evita discusiones y litigios. Con espíritu similar, en la Ley de Defensa de la Competencia (22262) se estable en el art. 24 que "el

presunto responsable (de la infracción) podrá ofrecer un compromiso referido al cese inmediato o gradual de los hechos investigados o la modificación de aspectos relacionados con ellos". Asimismo, el art. 26 prevé distintas sanciones y medidas en caso de que el compromiso no fuere cumplido.

a.2) Fuera de las actuaciones administrativas o extrajudicialmente

En coherencia con la disposición del art. 45 antes comentada, la ley prevé fuera de la instancia administrativa y judicial otras posibilidades conciliatorias con las mismas miras de evitar el conflicto. Así, el art. 55 inc. d) autoriza a las asociaciones de consumidores a promover soluciones amigables entre los consumidores y los responsables del reclamo; la del art. 58, segundo párrafo, legitima a las mismas entidades a promover "todas las acciones necesarias para acercar a las partes"; la del tercer párrafo del mismo artículo que establece que formalizado el reclamo, la entidad que nuclea a los consumidores "invitará a las partes a las reuniones que considere oportunas, con el objetivo de intentar una solución al conflicto planteado a través de un acuerdo satisfactorio".

Los sujetos activos de la infracción son los obligados al cumplimiento de la ley; esto es "personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que en forma profesional, aun ocasionalmente, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios" (art. 2). La aclaración, aunque parezca obvia, tiene su sentido, toda vez que el texto en comentario pareciera indicar con la frase "obligaciones que las partes hubieran acordado" que también otros sujetos –como los del art. 1 y las asociaciones de consumidores del art. 52– asumen compromisos recíprocos en la instancia conciliatoria. Sin embargo, armonizando el artículo en el contexto de toda la ley, y especialmente con el artículo antes citado, solamente pueden ofrecer un compromiso u obligarse en un acuerdo, quienes son objeto de un sumario administrativo, sea por denuncia o de oficio, por infracción a las diferentes obligaciones y deberes que emergen de la ley; o quienes hayan sido convocados en términos conciliatorios para dar una satisfacción; y estos no son otros que los sujetos del art. 2.

a.3) Consecuencias

La consecuencia del incumplimiento de los acuerdos conciliatorios es doble: Por un lado, el infractor se hace pasible de las

sanciones que prevé el art. 47. Por otro, se le podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones a que se hubiera comprometido.

La vía para hacer exigir ese cumplimiento es la acción judicial contemplada en el art. 52. Si el incumplimiento cae bajo el ámbito de la jurisdicción nacional o de la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, se demandará por trámite sumarísimo

b) La denuncia maliciosa o falsa

Dice el art. 48 de LDC que "quienes presenten denuncias maliciosas o sin justa causa ante la autoridad de aplicación, serán sancionadas según lo previsto en los incs. a) y b) del artículo anterior, sin perjuicio de las que pudieran corresponder por aplicación de las normas civiles y penales"[73]. Este artículo, junto con el 46, constituyen las dos únicas infracciones claramente catalogadas por la Ley 24240, cuya transgresión contiene la amenaza de una sanción[74].

En la norma, se considera infractor a quienes presenten denuncias maliciosas o sin justa causa ante la autoridad de aplicación. El texto en comentario es defectuoso y difícilmente se traducirá, en los hechos, en alguna consecuencia.

En efecto, el elemento intencional de una denuncia no tiene ninguna trascendencia jurídica –*cogitationis poenam nemo patitur*–. Lo que cuenta es su idoneidad como acto desencadenante de la actividad punitiva[75]. Si ella estuvo movida por la malicia, si la causa que la determinó no fue justa, en la medida que cumplió su efecto, es válida.

Es que los términos "malicia" o "sin justa causa" apuntan más a elementos intencionales de un sujeto que, por despreciables que fueran, no son captados por el derecho[76]. La denuncia

---

73 Tales incisos prevén las penas de apercibimiento y multa. Sobre las sanciones a la ley de Defensa del Consumidor puede consultarse VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. y ROMERA, Oscar Eduardo. *Op. cit.* nota 30.

74 El tema de las infracciones a la ley de Defensa del Consumidor lo hemos tratado en la obra citada en la nota anterior, al comentar el art. 45 de ese texto. Puede verse, asimismo, ROMERA, Oscar Eduardo en "La protección penal del consumidor en la legislación argentina", *Revista Derecho y Empresa* (Publicación del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Austral –Rosario–), Nº 3, p. 133.

75 Cf. CLARIA OLMEDO, Jorge A. "La denuncia en la función represiva penal" en *El Proceso Penal*, Depalma. Bs. As. 1994, p. 44 y ss.

76 Ver, por ejemplo, la acepción de la voz "malicia" en el Diccionario de la Real Academia Española.

puede ser realizada con odio, venganza, malicia, traición, sin causa o deslealtad, pero si el hecho denunciado con objetividad, externamente, existe, la denuncia –cualquiera sea el móvil que la impulsó– cumplió acabadamente con su finalidad.

Seguramente el legislador quiso punir la falsa denuncia de un hecho, pero no lo expresó así. Como la analogía no es válida como método de interpretación en leyes de esta naturaleza, la disposición se vuelve inútil. Cabe recordar que el derecho represivo "no tolera por la naturaleza de los objetos que trata, ningún tipo de integración por analogía tendente a completar los elementos esenciales de las figuras creadas por la ley"[77].

De allí que la Comisión Nº 5 del "II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor y I Encuentro Nacional de Defensa del Consumidor y Usuario", celebrado en Rosario en mayo de 1994, haya recomendado en sus conclusiones "modificar la redacción del art. 48 de la 24240 para que se torne operativa reemplazando el término maliciosa"[78].

El problema se plantea cuando la denuncia es falsa y se tenía conocimiento de esa falsedad. Pero, insistimos, al no plasmarse ese requisito típico en la redacción del texto, queda vedada toda posibilidad de interpretación extensiva, porque importaría aplicar analogía.

Ello no quita, de todos modos, que frente a una denuncia falsa se genere una responsabilidad por daños y perjuicios. Esta última no es a título de sanción como entrevé el texto, sino de reparación conforme a la aplicación de las normas de la legislación civil (art. 1109 del Código Civil).

Inocuo resulta también la remisión a normas penales. En primer lugar porque, como se dijo, las intenciones de una denuncia no acarrean ninguna consecuencia jurídica. En segundo lugar porque, de comprobarse su falsedad, no encuadraría en la figura de falsa denuncia del art. 245 del Código Penal. Es que esta disposición del Código punitivo reprime "al que denunciare falsamente un delito ante la autoridad". Estando en materia infraccional, nunca se configuraría esta conducta que supone siempre que se denuncie falsamente un delito y no otra cosa[79].

---

[77] Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 305:2174 "Cambios Norte S.A." 5-XII-83. En el mismo sentido, "Giganto y Castro c/ ANA" del 21-XII-82.

[78] Las conclusiones completas de ese congreso se encuentran publicadas en la *Revista Derecho del Consumidor*, Juris, Rosario 1994, Nº 5.

[79] Cf. Cámara Criminal La Plata, Revista *La Ley* t. 58 p. 348.

Por último, cabe decir que los sujetos de la infracción difieren de los contenidos en el art. 2 de la 24240[80]. Aquí los infractores siempre serán personas físicas, independientemente de que hayan actuado por sí o como representantes de alguna persona jurídica, tanto pública como privada. Todo ello sin perjuicio, para el caso de que actúen por personas jurídicas, de la responsabilidad resarcitoria que emerge de lo dispuesto en el art. 1113 del Código Civil.

Asimismo, también son pasibles de transgredir este artículo, los consumidores y usuarios definidos en el art. 1 y las asociaciones de consumidores del art. 55, ambos de la Ley 24240, lo que sería la única infracción que se extiende a otros sujetos distintos a los del art. 2, ya que la denuncia puede provenir de quien invocare un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores (art. 45, primer párrafo, *in fine*)[81].

3. SANCIONES

El artículo 47 contempla las sanciones de las que son pasibles los infractores a la ley. Estas, a discreción de la autoridad de aplicación, podrán usarse en forma individual (independiente, dice el texto) o conjuntamente. Sin embargo, esta última posibilidad no es automática, sino que resultará de las circunstancias del caso. Es decir de las pautas –objetivas y subjetivas– que se establecen en el art. 49 al que luego nos referiremos.

Aunque el artículo engloba a todas las sanciones con posibilidad de aplicarlas en forma conjunta, resulta claro que ello no sucede con la de apercibimiento, que es incompatible con cualquier otra sanción por su propia naturaleza, según se verá.

a) Apercibimiento

Es la infracción de naturaleza disciplinaria más tenue de las que existen. Consiste esencialmente en una advertencia por parte de la autoridad para que una persona haga o se abstenga de hacer alguna cosa, bajo apercibimiento de una sanción mayor. El

---

[80] El art. 2 de la Ley de Defensa del Consumidor define a las personas obligadas al cumplimiento de la ley, incluyendo también a las personas jurídicas, tanto privadas como públicas.

[81] Cf. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A y ROMERA, Oscar E. *op. cit.* nota 30.

uso del apercibimiento será siempre en caso de infracciones de poca entidad en relación a las circunstancias del caso. Como advertencia que es, resulta contradictorio y se desnaturalizaría como tal, si se la aplicara conjuntamente con otras. De allí que esta constituye la única excepción a la regla general estipulada por el artículo en comentario, que autoriza la aplicación conjunta de las distintas sanciones que contempla.

El apercibimiento, como sanción en general, puede ser público o privado y en forma escrita o simplemente verbal. En la norma, al ser resultado de un sumario administrativo en el cual recayó una resolución condenatoria (art. 45), la sanción es escrita. Así mismo, es pública a tenor de lo dispuesto en el último párrafo del art. 47 en cuanto dispone que las sanciones aplicadas serán publicadas en el diario de mayor circulación de la jurisdicción donde se cometió la infracción.

b) Multa

Es una pena que consiste en el pago de una suma de dinero. Como tal ha tenido un gran desenvolvimiento y se ha mostrado eficaz como sustitución de otras menos impactantes, como el decomiso o la clausura de un local. La redacción del inc. b) del art. 47 no es clara en su contenido, ya que dispone "multa de $ 500 a $ 500.000, hasta alcanzar el triple de la ganancia o beneficio ilegal obtenido por la infracción".

La oscuridad del texto nos lleva a interrogarnos cómo debe interpretarse el mismo. En otras palabras, se trata de establecer si la pena va desde los $ 500 hasta el triple de la ganancia o beneficio ilegal obtenido por la infracción, que nunca podrá ser superior a $ 500.000. O si, por el contrario, esa valla puede superarse hasta cifras que puedan resultar siderales.

Nos inclinamos por esta última interpretación, la que es conteste con el criterio que sobre el mismo tema adopta la Ley de Defensa de la Competencia (22262) en su art. 42 § 1, inc. b y § 2 inc. a) que dice que "podrá elevarse hasta el doble del beneficio ilícitamente obtenido". Analizando esta disposición que arroja luz sobre la que comentamos, Cabanellas[82] nos dice que si hay un concepto que "puede plantear dificultades para su aplicación,

[82] CABANELLAS (h), Guillermo. *Op. cit.* p. 786.

es el del beneficio ilícitamente obtenido, el cual puede jugar para aumentar las multas previstas en este artículo más allá del límite cuantitativo normal ... Teóricamente tal beneficio consiste en la diferencia entre el efectivamente obtenido como consecuencia de la conducta sancionada y el que hubiese resultado en caso de no haber tenido lugar los hechos ... en la práctica, la determinación de estos dos niveles puede resultar compleja", de allí que concluye su razonamiento diciendo "sólo en casos en que resulta manifiesto que las utilidades ilícitas llevarían a niveles de multa superiores a los máximos cuantitativos ... será conveniente recurrir al cálculo de tales utilidades". Similar técnica legislativa ha empleado la ley española para la defensa de los consumidores y usuarios (art. 36 inc. 1).

Este criterio, no obstante, ha sido cuestionado en el derecho comparado. Es que si bien es cierto que dejar el beneficio ilícito al autor o su empresa, sería una inusitada forma de incitar a cometer delitos económicos sin un verdadero riesgo; no menos resulta que –según hemos observado– calcular el monto de la ganancia ilícita, a la par que es dificultoso, puede también conducir a una iniquidad.

En este sentido Tiedemann observa que "los precios posibles y las ganancias adicionales, casi no pueden ser establecidos con la certeza que exige el procedimiento penal, cuando los mercados han experimentado una tendencia negativa, cuando ha habido muchos delitos en un mismo sector económico, cuando el delito ha hecho crecer la cantidad de productos o servicios vendidos, etc.". De allí que aconseje el autor en cita, introducir la posibilidad legal de una apreciación estimativa sobre la cuantía del beneficio ilícito[83].

Esa pauta –la estimación del monto– es la que se sigue en Alemania en el ámbito de las infracciones a la defensa de la competencia de los mercados. Por su parte, la Unión Europea adopta un sistema distinto que consiste en una ficción: la ganancia ilícita o todo el monto de la multa es fijada en un porcentaje (v.gr. 10% en Francia en el ámbito de la Defensa de la Competencia) sobre la cantidad de negocios de la empresa en el ejercicio o año anterior a la comisión del delito[84].

---

[83] *Op. cit.* p. 168.
[84] Idem.

Sea el sistema adoptado por el legislador argentino, como las alternativas que se señalan en el derecho comparado, el tema del enriquecimiento ilícito como pauta de la sanción de multa nos lleva o liga a otro problema no menor que el señalado: la colisión con el principio de individualidad de la pena. Este tiene por objeto permitir que la misma guarde ciertos márgenes de flexibilidad adaptándose a las circunstancias del sujeto concreto que debe soportarla[85].

Sobre esa base, dicho principio reclama que se tenga en cuenta la situación económica de la empresa al momento de la condena. Nuevamente es Tiedemann quien observa que "al público puede parecerle injusto que la multa sea disminuida por esta causa. Pero una retribución pura, sin atender a la situación actual de la persona sancionada, lesionaría los principios fundamentales del derecho penal contemporáneo, aun cuando el sujeto castigado sea una persona jurídica. El hecho de que las consecuencias de la multa deben ser tenidas en consideración al determinar su cuantía, está prácticamente reconocido por la opinión internacional"[86].

De todas maneras, las pautas de graduación de penas contempladas en el art. 49 de la Ley 24240, permiten aplicar esta sanción de una manera prudente y equitativa, conciliando los principios fundamentales que hemos señalado.

c) Decomiso de mercaderías o productos objetos de la infracción

Es la pena que consiste en el perdimiento de una cosa, objeto del ilícito. En el ordenamiento administrativo se relaciona con la pérdida de mercaderías que se encuentran en condiciones poco aptas para el consumo o en aquellas cuyos propietarios la han introducido al país sin cumplir con los requisitos impuestos por las leyes aduaneras.

La ley no sólo extiende el decomiso a la mercadería en sí, sino también a productos objeto de la infracción, como pueden ser los materiales a usar para la reparación, prestación de servicio mediante, que no reúnan las condiciones estipuladas en el art. 20 que dispone

---

[85] SOLER, S. *Op. cit.* t. II p. 469

[86] *Op.* y *loc. cit.*

que "en los contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea la reparación, mantenimiento, acondicionamiento, limpieza o cualquier otro similar, se entiende implícita la obligación a cargo del prestador del servicio de emplear materiales o productos nuevos o adecuados a la cosa de que se trate, salvo pacto escrito en contrario".

El texto no prevé el destino de la mercadería o instrumentos decomisados, como por ejemplo sí lo hace el Código Aduanero. Creemos, no obstante, que deberán aplicarse las disposiciones del Código Procesal Penal de la Nación (recuérdese que el control judicial de las sanciones es de naturaleza federal, como surge del art. 45), en cuyo art. 522 dispone que "Cuando la sentencia importe decomiso de algún objeto, el tribunal deberá dar el destino que corresponda según su naturaleza". Comentando esta norma procesal, se destacó que "permite que el Tribunal, con amplias facultades, pueda ordenar el destino de los objetos decomisados atendiendo a la naturaleza de ellos, sin ninguna otra restricción, permitiendo así el cumplimiento de lo dispuesto por el art. 23 del CP y una ductilidad resolutoria conforme a las circunstancias específicas de cada causa"[87].

d) Clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta 30 días

Este tipo de sanción reconoce sus antecedentes en otras leyes de naturaleza penal-económica. Así por ejemplo, la Ley de Abastecimiento 20680, la Ley Impositiva 11683 y modificatorias, etc. En cuanto a su naturaleza, en el caso de la clausura, importa una privación tanto del uso del lugar o establecimiento, como del lucro que se obtiene por la explotación. En cuanto a su eficacia sancionatoria, esta pena ha sido objetada por disfuncional, ya que crea problemas laborales derivados de la privación de las fuentes de trabajo[88].

En materia impositiva, su aplicación ha tenido un gran desarrollo. La doctrina la ha cuestionado por irrazonable y desproporcionada. No obstante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Mickey SA" la consideró constitucional[89].

---

87 LEVENE (h), CASANOVAS, LEVENE (n), HORTEL, *Código Procesal Penal de la Nación anotado y concordado.* Depalma, Bs. As. 1992 p. 464.

88 BACIGALUPO, E. cit. por RIGHI, E. *op. cit.* p. 338.

89 CERVIO, G. J., SALVATIERRA, L. y ZACCHINO, P. "La clausura en el procedimiento tributario". Revista *Juris.* t. 91 p. 1057.

Como se aprecia, la norma contempla dos situaciones claras y distintas: una cosa es clausurar un establecimiento y otra suspender un servicio. El establecimiento puede ser de cualquiera de los que intervienen en la cadena de producción y comercialización descrita en el art. 2; es decir, aquellos sujetos que en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios.

La cópula "o" pareciera indicar que se trata de una pena alternativa: clausura "o" suspensión. La observación no es baladí. En efecto, la prestación de servicios generalmente se encuentra también aneja a un establecimiento (v.gr. el servicio de correo, o el telefónico). También es muy común que en una empresa converjan las dos actividades (producción, importación, distribución o comercialización de cosas y prestación de un servicio).

Pensamos que la sanción es opcional y excluyente una de otra. El criterio de aplicación será el que más se adecue a las circunstancias de los hechos que se sancionan. Si se tratare de un servicio, la eficacia punitiva será generalmente la suspensión. Por el contrario, en los demás casos la clausura se evidencia como la más acorde. En un caso como en otro, el plazo no podrá ser mayor de 30 días. La expresión "de hasta" deja traslucir un techo, quedando a criterio del organismo de aplicación y en atención a las pautas del art. 49, fijar el plazo que considere adecuado a las circunstancias.

e) Suspensión

Con un criterio gradual, también se prevé la suspensión de hasta por cinco años del Registro de Proveedores que posibilitan contratar con el Estado. Al estar la palabra Estado en singular sin otra especificación, debe entenderse que se refiere únicamente al Nacional. Por lo demás, estando en el ámbito administrativo, una ley nacional no puede imponer sanciones que afecten el ámbito de competencia de las provincias.

f) Pérdida

Por último, se prevé la pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare. Los mismos se establecen a través de leyes, decretos o resolucio-

nes administrativas; así, por ejemplo, regímenes de promoción industrial, exenciones o disminución de carga impositiva, etc.

g) Publicidad

Dispone finalmente que, en todos los casos, se ordenará la publicación de la sanción a costa del infractor, en el diario de mayor circulación de la jurisdicción donde se cometió la infracción. El sentido de la disposición es claro, porque una infracción a la ley, más allá del daño individual que pueda causar a un consumidor o usuario, afecta también a un interés colectivo o difuso que interesa a toda la comunidad como tal y que merece ser conocido. Por lo demás, está en consonancia con otras disposiciones de la ley, sobre todo con la del art. 61 de "formación del consumidor"[90].

La disposición nos merece una observación. Es que la norma, sin quererlo, crea un monopolio legal, al establecer que la sanción se deberá publicar en el diario de mayor circulación, lo que indirectamente implica disponer que normalmente siempre será el mismo medio. Lo más atinado hubiera sido decir "en uno de los diarios de mayor circulación", dejando en el uso discrecional de la autoridad de aplicación la decisión de ordenar en cuál de ellos, teniendo en cuenta criterios de equidad y asegurando una efectiva difusión de la sanción. Se evita así la posibilidad de la creación de un privilegio absurdo: lo importante es asegurar la difusión de la sanción y no un negocio pingüe para el medio gráfico.

4. APLICACIÓN Y GRADUACIÓN DE LAS PENAS

El art. 49 de la Ley 24240 prevé un sistema de aplicación y graduación de las sanciones enumeradas a las que nos hemos referido. Dicho texto deja a criterio de la autoridad de aplicación

---

[90] Art. 61- "La formación del consumidor debe tender a:
a) Hacerle conocer, comprender y adquirir habilidades para ayudarlo a evaluar las alternativas y emplear sus recursos en forma eficiente;
b) Facilitar la comprensión y utilización de información sobre temas inherentes al consumidor;
c) Orientarlo a prevenir los riesgos que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de servicios;
d) Impulsarlo para que desempeñe un papel activo que regule, oriente y transforme el mercado a través de sus decisiones".

la tarea de fijar la pena en función del caso concreto, con sus circunstancias agravantes y atenuantes. Pero estas últimas no tienen un valor por sí mismas, sino que deben graduarse de conformidad con las diversas pautas que se enumeran. El sistema guarda relación con el normado por los arts. 40 y 41 del Código Penal.

De entre las circunstancias previstas, se distinguen las que podrían llamarse objetivas, esto es las que apuntan a la exteriorización de la infracción y sus consecuencias dañosas; de las subjetivas que atienden, fundamentalmente, a las cualidades personales del sujeto infractor.

a) Circunstancias objetivas

Dentro de las objetivas se tendrá en cuenta:

a.1) El perjuicio resultante de la infracción para el consumidor

Este perjuicio debe ser palpable sin necesidad de un cálculo matemático o una estimación precisa que sería materia de otro reclamo judicial de naturaleza civil. Se entiende, por otra parte, que se trata del daño desde una perspectiva netamente individual como lesión a un derecho subjetivo.

a.2) La cuantía del beneficio obtenido

Ya hemos tenido oportunidad de comentar la dificultad matemática de este rubro en referencia a la pena de multa del art. 47 inc. b) de la Ley 24240. Teóricamente tal beneficio consiste en la diferencia entre el efectivamente obtenido como consecuencia de la conducta sancionada y el que hubiese resultado en caso de no haber tenido lugar los hechos, lo que en la práctica la determinación de estos dos niveles puede resultar compleja.

a.3) La posición en el mercado del infractor

La precisión de este concepto nos remite vía regla de interpretación del art. 3, a las definiciones contenidas en el art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (22262). Dicho texto dice "... a) que una persona goza de una posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la

única oferente o demandante dentro del mercado nacional o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial; b) que dos o mas personas gozan de posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros, en todo el mercado nacional o en una parte de él".

a.4) La gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización

Consecuente con la admisión de intereses colectivos o difusos y con el espíritu general que anima a la ley, se tendrán en cuenta a la hora de graduación de la sanción los efectos sociales de la infracción, como son los riesgos y perjuicios a los consumidores en general. Cuanto más esté generalizada la comercialización del producto o servicio, mayores serán las consecuencias y más gravedad sancionatoria revestirá la infracción.

b) Circunstancias subjetivas

Como pautas subjetivas, a su vez se contempla

b.1) La intencionalidad de la infracción

Es decir, el elemento subjetivo del accionar. Si bien por su propia naturaleza las infracciones a la ley son meramente formales, bastando la mera relación de contradicción entre la obligación impuesta y su incumplimiento, a la hora de aplicar las sanciones, la existencia de dolo o culpa servirá como circunstancia agravante o atenuante.

b.2) Reincidencia

Su influencia para la adopción de la sanción a aplicar es siempre agravante. El mismo art. 49 de la Ley 24240 en su párrafo final conceptúa al reincidente como aquel que habiendo sido condenado por una infracción a la ley, incurra en otra de similar naturaleza dentro del término de 3 años. La palabra "similar naturaleza" es equívoca, ya que la ley no establece distintas "naturalezas" de infracciones. Por lo que no puede tener otra interpretación que la de incurrir de vuelta en infracción a la misma ley dentro del período estipulado.

c) Otras circunstancias

Sin perjuicio de lo expuesto, la ley remata el criterio de aplicación de las sanciones bajo la fórmula "demás circunstancias relevantes del hecho", lo que subraya el criterio gradualista a la hora de imponer sanción.

5. PRESCRIPCIÓN

El artículo 50 dispone un plazo de prescripción único para las acciones judiciales como para las sanciones. La redacción amplia y poco explicativa del texto puede dar lugar a confusiones que justifican algunas aclaraciones.

Sobre el término de prescripción el texto no ofrece inconvenientes, señalándolo en tres años. Sí, en cambio, merece un detenimiento el tema de la interrupción del curso de la prescripción. Al respecto, la ley señala dos causales: a) la comisión de nuevas infracciones, en un símil con lo dispuesto en el antepenúltimo párrafo del art. 67 del Código Penal; y b) el inicio de las actuaciones administrativas y judiciales. Aquí la ley sí se diferencia de la legislación penal que habla en el mismo artículo y párrafo citado de "secuela del juicio". Esta terminología tan controvertida en la doctrina ha sido interpretada como todo acto impulsivo que lleve adelante el juicio; que lo haga avanzar respecto de su estado anterior[91]. En el texto en comentario, en cambio, la causal interruptiva se limita al inicio del sumario o de las actuaciones judiciales; esto es, al primer impulso. La solución es correcta y recoge la acendrada tendencia jurisprudencial de no considerar efecto interruptivo a los actos que tienen lugar en un sumario administrativo[92].

VI. LA PROTECCIÓN PENAL DEL CONSUMIDOR EN LOS PAÍSES DEL MERCOSUR

1. MARCO NORMATIVO DEL MERCOSUR

El tratado de Asunción para la constitución de un mercado común establece en su art. 1º que el mismo implica la libre

---

[91] Sobre el particular puede verse "Secuela del juicio. Actos interruptivos de la acción penal", de Arturo Campo y Jorge Alberto Scarpino, en Revista *Jurisprudencia Argentina*, ejemplar del 23 de marzo de 1994 Nº 5873 p. 21.

[92] Procuración del Tesoro, "Dictámenes" t. 130 p. 281.

circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países que lo integran. Para tal fin promueve la eliminación de barreras aduaneras y de restricciones no arancelarias y la fijación de un arancel común. Así mismo se establece la adopción de una política comercial común con respecto a terceros Estados o agrupaciones de Estados. También contempla la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales de los Estados partes (comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, de capitales, servicios, etc.). Como mercado común que comprende la libre circulación de bienes y servicios, se distingue de otras modalidades existentes de integración (zonas de libre comercio, unión aduanera, unión económica e integración económica)[93].

Si bien dentro del marco global del tratado de Asunción y de protocolos complementarios se creó una comisión de defensa del consumidor, se dispuso que antes de ser aprobado un reglamento común, cada Estado parte aplicará su legislación de defensa del consumidor y reglamentos técnicos pertinentes a los productos y servicios comercializados en su territorio[94].

Dada esta circunstancia, entonces, se deduce que el consumidor internacional que es aquel que –en contraposición al consumidor nacional– "aparece generalmente cuando el proveedor está domiciliado en un Estado y el consumidor en otro y este adquiere un bien o usa un servicio o una información que traspasa las fronteras"[95], no está especialmente protegido por un sistema que considere su especial situación.

Cabe concluir, por tanto, que los problemas que se plantean entre los consumidores internacionales se rigen por las normas de jurisdicción internacional, sin que el hecho de la especial relación entre los integrantes del mercado común implique una diferencia sustancial respecto de los demás Estados que no lo integran. De allí que hablar de protección penal del consumidor en el Mercosur es una simple reconducción al derecho interno de cada país, cuyo análisis, en el estado actual de la integración, no tiene más valor que el de un derecho comparado.

---

93 Cf. SACCONE, Mario A. y RESCIA DE DE LA HORRA, Clara. "Mercosur y tributación", Revista *Derecho y Empresa*, 1994, Nº 1-2, p. 161.

94 Grupo Mercado Común, Resolución 124/94.

95 PERUGINI, Alicia M. "Aspectos jurídico-económicos de la jurisdicción internacional en el ámbito del consumidor" en *Del Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1996.

2. BRASIL

Brasil es sin duda un país pionero en el ámbito latinoamericano en relación a la protección de la defensa del consumidor. Además de contar con diversas normas de consumo impropia (v.gr. algunas disposiciones del Código Penal y distintas leyes especiales), dispone de un vasto complejo normativo contenido en el Código de Defensa del Consumidor, sancionado por Ley Federal Nº 8078 del 11 de septiembre de 1990.

Tal cuerpo legal trae como novedad singular la inclusión de delitos propios de la relación de consumo, aglutinados en el Título II. Esta opción legislativa se diferencia de la regulada por nuestra Ley 24240 o en la de España o más recientemente la de Chile.

Como caracterización general, tales figuras delictivas adolecen de una falta de técnica notable: ausencia de sistematización, de precisión y definición de los bienes jurídicos. La descripción de los tipos se vincula más que a los defectos en la elaboración de los productos o su nocividad, a la violación del derecho a la información, sea a través de la reticencia de esta, o por formas de publicidad *non sanctas* (engañosa, abusiva, ilegal, subliminal, etc.).

Ya hemos dicho que el régimen del Mercosur para la defensa del consumidor consiste básicamente en la aplicación de la legislación nacional de cada país. La importancia económica de Brasil y Argentina en el esquema comunitario, por un lado, y el hecho de que sean estos dos países los únicos que cuentan con legislación específica de defensa del consumidor, impone un análisis comparativo de ambos ordenamientos.

Desde este punto de vista, si bien Brasil consagra un sistema de protección más amplio que el argentino, coinciden en los aspectos más relevantes[96] en cuanto que:

- consagran la responsabilidad civil objetiva por productos[97].
- son similares los estándar de información exigidos por ambas leyes
- repudian la publicidad ilícita en sus diversas fórmulas[98].
- otorgan fuerza vinculante a los contenidos de los anuncios publicitarios.

---

96 STIGLITZ, Gabriel. "El derecho del consumidor en argentina y el Mercosur", en Revista *Derecho del Consumidor*, Juris, Rosario 1995, Nº 6 p.3.

97 En Argentina, la responsabilidad objetiva surge del art. 1113 del Código Civil.

98 En Argentina, según se ha visto, el régimen de publicidad se regula a través de la Ley de Lealtad Comercial (22802).

Con todo, es en materia penal donde ambas legislaciones presentan asimetrías. Ello así porque el esquema brasileño contiene un título, según se ha visto, donde se catalogan y reprimen delitos. Es decir, ha optado por crear un sistema propio de represión del consumidor, al margen de las figuras clásicas del Código Penal o las que puedan estar contenidas en algunas leyes especiales.

No obstante ello, ambas legislaciones coinciden también en contemplar infracciones de naturaleza administrativa a la ley, independientemente de la acción penal o civil. Respecto de esto último, también es similar la criticable técnica legislativa seguida, ya que emplea fórmulas genéricas sin especificar un catálogo específico de infracciones con los consiguientes problemas que ello acarrea; sobre todo si tenemos en consideración que la diferencia con los delitos es meramente cuantitativa y le son aplicable a aquellas todos los principios garantizadores del derecho penal.

3. URUGUAY

Uruguay no tiene normas de carácter específico sobre protección penal del consumidor en general, no obstante lo cual pueden señalarse diversas disposiciones que se relacionan con la misma[99].

Las normas del Código Penal giran en torno a figuras clásicas. Así, por ejemplo, se encuentran algunas formas larvadas de protección a los usuarios de ciertos servicios públicos domiciliarios en tipos agravados de incendio y estragos (art. 298, 3º). Igualmente sucede en materia de transporte a través de los delitos ferroviarios (arts. 210-217), de protección de correspondencia (arts. 296 a 298) y los infaltables delitos contra la salud pública.

Es, sin embargo, en la legislación especial donde se hallan los esbozos de una protección sistemática al consumidor. Allí se encuentran, entre otras, la Ley 14095 que reprime a los delitos de agio y usura; ciertas leyes que protegen a los habitantes de maniobras especulativas en los precios y artículos de primera necesidad (10940; 11015). En relación a la incriminación de cier-

[99] Sobre el particular, puede consultarse a LANGON CUÑARRO, Miguel. "Normas penales de protección al consumo", p. 79 en VV.AA. *Aspectos jurídicos de la defensa del consumidor.* Cuadernos Nº 17 –segunda serie–, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo 1991.

tas formas de propagada hay normas de vieja data contenidas en el art. 20 de la Ley 11015.

Existen también normas de protección a la propiedad incorporal. Así la ley de marcas (9956), patentes (10089), propiedad literaria y artística (9739 y 15913), la de reproducción ilícita de videos y fonogramas (15289). Hay también determinados contratos comerciales con protección especial tales como las leyes de prenda agraria, industrial y de automotores (5649, 8292 y 12367), la de *leasing* (16032), etc.

4. PARAGUAY

Paraguay, con su nuevo texto constitucional del año 1992, ha establecido una base suficiente para el desarrollo de una legislación específica de defensa del consumidor. Así, sus arts. 28, 72 y 27 establecen criterios de defensa del consumidor, tales como el derecho a la protección, la necesidad del Estado de velar por la salud a través del control de determinados productos y el mandato de legislar sobre publicidad para la protección del consumidor, el niño y el analfabeto.

No obstante lo dicho, la regulación específica vinculada con este aspecto aún está pendiente. Hubo un proyecto de ley del año 1992 sobre "protección al consumidor y usuario de servicios y lealtad comercial" que alcanzó a ser sancionado, pero fue vetado por el Poder Ejecutivo. Existe, así mismo, un anteproyecto de largo aliento elaborado por la Universidad Católica de Asunción, que más bien constituye un marco referencial sobre los principios que informan a la protección del consumidor[100].

VII. CONCLUSIÓN

Este rápido recorrido por las distintas normas que, directa o indirectamente protegen penalmente al consumidor, circunscribe el tema al análisis específico de una parcela del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el número y extensión de las cuestiones afectadas por la protección de los consumidores, hacen que el tema

---

[100] Cf. BECKER, Gustavo. "Mercado Común y la protección del consumidor", en *A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, Livraría do Advogado Editora, Porto Alegre 1994, p. 124.

deba ser abordado desde otras ramas del saber jurídico, desechando toda visión que se limite a comportamientos estancos.

El Derecho Penal del Consumidor sólo es un instrumento que debe combinarse con otros institutos (v.gr. el de mínima intervención, tutela de intereses difusos, mediación y arbitraje, etc.), convirtiéndose en una herramienta útil como *ultima ratio* cuando ya han fracasado todos los medios alternativos de composición de conflictos[101].

BIBLIOGRAFÍA

AFTALION, Enrique A. *Derecho Penal Administrativo*, Arayú, Bs. As. 1955.

ALBANO, Osvaldo O. "Incostitucionalidad del tipo penal genérico, en la aplicación de la ley de residuos peligrosos", *Boletín J.A.* del 12-10-94 p. 9.

ANDORNO, Luis O. "Control de publicidad y la comercialización en el ámbito de la defensa del consumidor y del usuario", *Boletín J.A.* 1994-III-805.

BACIGALUPO, Enrique. *Cuestiones penales de las sociedades y aspectos legislativos del Derecho Penal Económico*, Bs. As. 1974.

BECKER, Gustavo. "Mercado Común y la protección del consumidor, en *A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, Livraría do Advogado Editora, Porto Alegre 1994, p. 124.

BENJAMIN, Antonio Herman V.'O Direito penal do consumidor: capitulo do direito penal económico", en Revista *"Direito do consumidor"*, São Paulo s/f, p. 113.

BIANCHI, Alberto. *La Delegación legislativa.* Abaco, Bs. As. 1990.

BONZON RAFART, Juan C. *Responsabilidad penal e infraccional de las personas jurídicas*, Depalma, Bs. As. 1993.

CABANELLAS, Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Heliasta, Bs. As. 1884.

CERVINI, Raúl. "La protección penal del consumidor y el desafío de la regionalización". En *A protecão do consumidor no Brasil e no Mercosul*, Livraría do Advogado, Porto Alegre 1994, p. 178.

[101] Debe recordarse, según lo hemos señalado, que hoy es pacífica la opinión de que la diferencia entre delito e infracción es meramente cuantitativa. De allí que a las segundas, también le son aplicable todos los principios que informan al Derecho Penal –v.gr. tipicidad, prohibición de analogía, etc.– (ver autores citados en nota 6).

CERVIO, G. J., SALVATIERRA, L. y ZACCHINO, P. "La clausura en el procedimiento tributario". JURIS, T. 91 p. 1057.

CLARIA OLMEDO, Jorge A. *El Proceso Penal*, Depalma. Bs. As. 1994.

CRACOGNA, Dante. "El mito del mercado y las consecuencias antisociales de su pretendida defensa en la aplicación de la Ley 22.262", RDCO-1983-158.

CREUS, Carlos. *Derecho Penal –parte especial*, Astrea, Bs.As. 1996.

DE LA RUA, Jorge. "Delitos económicos" en *Doctrina Penal* Nº 3, p. 11.

GONZALEZ RUS, Juan José. "Los intereses económicos de los consumidores –Protección penal", Inst. Nac. del Consumo, Madrid 1986.

GUTIERREZ, Pedro. "Aproximación al estudio de la legislación sobre monopolios y la defensa de la competencia", *Jurisprudencia Argentina* 1987-III-837.

HENDLER, Edmundo. "Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia", DOCTRINA PENAL Nº 4 p. 313.

KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. "Publicidad y consumidores" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1994, T. V p. 88.

LANGON CUÑARRO, Miguel. "Normas penales de protección al consumo", p. 79, en *Aspectos jurídicos de la defensa del consumidor*. Cuadernos Nº 17 –segunda serie–, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo 1991.

LEDESMA, Julio. *Derecho penal industrial*, Depalma, Bs. As. 1987.

LEVENE (h), CASANOVAS, LEVENE (n), HORTEL, *Código Procesal Penal de la Nación anotado y concordado*. Depalma, Bs. As. 1992.

LIBSTER, Mauricio, *Delitos Ecológicos*, Depalma 1993.

LIMA DA FONSECA, Antonio Cezar. *Direito penal do consumidor*. Livraría do advogado editoria. Porto Alegre 1996.

LITVACK, Alejandro A. "La obligación de vender y la ley de defensa de la competencia" *LL* del 30-7-92 p. 3.

LORENZO, Susana. *Sanciones administrativas*. Julio César Faira Editor, Montevideo 1996.

MALAMUD GOTTI, Jaime E. *Derecho Penal de la Competencia*, Hamurabi, Bs. As. 1984.

MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo. *Defensa del Consumidor*. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1994.

MOLINA VAZQUEZ, Concepción. *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, Montecorso, Madrid 1993.

NAVARRO, Guillermo R. *Delitos de deslealtad en el comercio y la industria*, Pensamiento Jurídico Editora, Bs. As. s/f.

PERUGINI, Alicia M. "Aspectos jurídico-económicos de la jurisdicción internacional en el ámbito del consumidor" en *Del Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1996.

RACCIATTI, Hernán (h) y ROMANO, Alberto A. "La empresa y la publicidad en sus productos y servicios" en *Responsabilidad civil de la empresa*, Panamericana, Santa Fe 1996, p. 119.

RACCIATTI (h), Hernán - ROMERA, Oscar E. - ROMANO, Alberto A. "La ley de defensa de la competencia y su eventual marco de operatividad", *J.A.* Bol. del 1-12-93.

RIGHI, Esteban, "Derecho penal económico comparado", *Revista de Derecho Reunidas*, Madrid 1991.

ROMERA, Oscar E. "El interés económico general en la Ley de Defensa de la Competencia. Un problema no resuelto", *J.A.* 1994-III-71.

- "Las sanciones por infracción a la Ley de Defensa del Consumidor", *J.A.* 1994-I-841.

- "La protección penal del consumidor en la legislación argentina", *Derecho y Empresa* (Publicación del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Austral -Rosario-), Nº 3, p. 133.

RUBIANES, Carlos, en *Tratado de Derecho Penal Especial* dirigido por Enrique R. Aftalión, *La Ley*, Bs. As. 1969, T. I ps. 193/94.

SACCONE, Mario A. y RESCIA de DE LA HORRA, Clara. "Mercosur y tributación", Revista *Derecho y Empresa*, 1994, Nº 1-2, p. 161.

SOLER, S. *Derecho Penal Argentino*, La Ley, Bs. As. 1945.

SOLSONA, Enrique. "Protección penal del consumidor" en *Defensa de los Consumidores de productos y servicios* -VV.AA- La Roca, Bs. As. 1994, p. 245.

SPOLANSKY, Norberto E. *El delito de competencia desleal y el mercado competitivo*. Ad Hoc, Bs. As. 1997.

STIGLITZ, Gabriel. "El derecho del consumidor en argentina y el Mercosur" en *Derecho del Consumidor*, Juris, Rosario 1995, Nº 6 p. 3.

STIGLITZ, R. y STIGLITZ, G. "La ley de defensa del consumidor", *J.A.* Bol. del 15/12/93 p. 2 y ss.

TIEDEMANN, Klaus. *Poder Económico y delito*, Ariel, Barcelona 1985.

VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. y ROMERA, Oscar Eduardo *Protección y defensa del consumidor*, Depalma, Bs. As. 1994.

- "Criterios interpretativos de la ley 24240 de Defensa del Consumidor" en L.L. del 16 de junio de 1994 p. 1 y ss.
- "Los principios informantes de la Ley de Defensa del Consumidor". en *Derecho del Consumidor*, Juris, Rosario 1994, Nº 4 p. 104.

SANCIONES CONTRAVENCIONALES Y RESPONSABILIDAD PENAL EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

JORGE BOFILL GENZSCH
Profesor de Derecho Penal
Universidad de los Andes

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

1. Todos los que hemos pasado por la carrera de Derecho nos hemos encontrado, al estudiar el Derecho Penal, con la necesidad de encontrar un concepto de la responsabilidad penal que nos permita distinguir cuándo una norma sancionatoria tiene, precisamente, carácter penal. Ello obedece a que, según sabemos, desde el punto de vista de los bienes o derechos que afectan, las penas criminales –es decir, la consecuencia de la responsabilidad penal– son, presuntamente, las más graves que el ordenamiento jurídico conoce.

Se suele decir también que dicha gravosidad hace necesario el cumplimiento de una serie de garantías previas que permitan al infractor de la ley penal conocer anticipadamente la norma imperativa o prohibitiva que, de ser contravenida, permitirá al órgano estatal encargado de su aplicación –es decir, el juez– imponer como consecuencia la sanción penal. No hay, así, pena criminal si no ha existido la posibilidad de reprochar al autor su actuación. Ese reproche no concurre cuando dicho autor no ha podido conocer la norma infringida en forma previa y en términos adecuados.

2. Adicionalmente, en forma previa a la imposición de la sanción el autor-infractor ha debido tener la posibilidad de

defenderse adecuadamente –esto es, bajo ciertas condiciones– de la acusación que en tal sentido se le dirige. Nos referimos, obviamente, a la garantía del procedimiento racional y justo.

3. Así es como el ejercicio del poder punitivo o sancionatorio del Estado está sometido a una serie de límites cuando se lo quiere hacer realidad. Esos límites se resumen en la vieja fórmula acuñada por Feuerbach y complementada por Maurach: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta*. Y, todo ello, en el marco de un proceso judicial con todas las garantías, partiendo, por supuesto, por la de la imparcialidad del órgano encargado de aplicar la ley.

4. Dado, sin embargo, que existen numerosas disposiciones legales que prevén igual número de sanciones que, ya *prima facie*, no cumplen con esas condiciones y garantías, por ejemplo porque pueden ser impuestas por otros entes estatales –tales como autoridades administrativas pertenecientes al Poder Ejecutivo–, la doctrina, pero también la jurisprudencia, han debido, tradicionalmente, estudiar el tipo o clase de relación que existe entre una y otra clase de disposiciones legales que prevén sanciones, o sea castigos por la infracción normativa.

Es así como se acostumbra distinguir entre la responsabilidad penal que da lugar a la imposición de penas criminales, por un lado, y la responsabilidad administrativa que, a su vez, abre las puertas a las sanciones gubernativas y disciplinarias que, siendo penas, no son reputadas como tales para los efectos penales, según manda el art. 20 del Código Penal.

5. Sin afán de entrar a un tema de suyo complejo y en el cual ni siquiera existe unidad de pareceres entre los propios especialistas, cabe recordar que la posible confusión o falta de rasgos distintivos proviene de una circunstancia histórica que, no sólo en este ámbito, marca nuestra realidad jurídica hasta el día de hoy: en el Estado monárquico, caracterizado por la concentración del poder en una sola mano, las normas tienen por objeto la reafirmación de ese poder; y la persecución y sanción de las infracciones cumplen idéntica finalidad.

El cuadro cambia sustancialmente desde el punto de vista del ciudadano cuando se impone la idea de organización republicana, caracterizada por la separación de poderes. El Derecho Penal libe-

ral o moderno cobra sentido a partir del advenimiento de lo que hoy conocemos como el Estado de Derecho Democrático o Estado Constitucional. Empero, debido a que, por distintas razones, el Ejecutivo conserva una gran cantidad de atribuciones sancionatorias, se impone la necesidad de la distinción antes anunciada, a objeto de determinar cuándo han de regir sin restricciones las mencionadas garantías y cuándo, por tratarse, presuntamente, de injerencias menos graves en los derechos de las personas y fundadas en la necesidad de dotar al Ejecutivo de ciertos instrumentos eficaces en la aplicación de la ley, podemos relajar la exigencia o prescindir al menos parcialmente de tales garantías.

6. El Código Penal chileno, surgido en la segunda mitad del siglo XIX, da cuenta de una realidad histórica como la recién descrita. En efecto, nuestro Código distingue, dentro de la categoría general de delitos, hechos punibles de distinta gravedad que se denominan, en orden decreciente, crímenes, simples delitos y faltas. Y al mismo tiempo reconoce, en el ya aludido artículo 20, la existencia de sanciones no penales, pero que, en pocas palabras, se les parecen bastante a aquellas que recaen en los autores de tales "delitos".

7. La tendencia del Derecho Penal moderno demuestra, a su vez, por una parte, que la inflación penal –la "huida al Derecho Penal", como se le ha venido en llamar– termina por desacreditar a este instrumento presuntamente de *ultima ratio*, haciendo necesaria una reordenación del mismo; y, por la otra y desde el punto de vista de las penas y por otras razones, la necesidad de imponer un catálogo más variado pero, por sobre todo, que tienda a prescindir de las penas privativas de libertad de corta duración.

Es en este marco –simplificado al extremo, por cierto– que los códigos más modernos intentan prescindir de lo que nosotros conocemos como "faltas", dejándolas fuera del Código Penal y creando una categoría diferente que, en términos muy generales, podemos designar como "contravenciones". Estas se constituyen, entonces, como algo diferente de los "delitos" pero también de lo que denominamos "infracciones administrativas" en el sentido antes anotado. Desde el punto de vista de la reacción, el rasgo principal de estas contravenciones es la improcedencia de la aplicación de penas privativas de libertad, siendo el modo más característico la multa, que, al menos

cualitativamente, no es lo mismo que la pena pecuniaria que se prevé para los delitos. Por cierto que un sistema consecuente presupone, entre otras cosas, que la cuantía de esta sea superior a la de aquella, a objeto de reconocer en la consecuencia la diferente magnitud del ilícito en uno y otro caso. Eso no es, sin embargo, tarea fácil.

II. La responsabilidad contravencional en la Ley 19.496

1. Esta "introducción", bastante larga, pero no por ello menos necesaria para situarnos adecuadamente al entrar al estudio de la responsabilidad contravencional de nuestra Ley 19.496, nos permitirá constatar que la tendencia del más moderno Derecho Comparado no ha sido seguida, al menos hasta ahora, por el legislador nacional. En efecto, las infracciones que dan lugar a la responsabilidad contravencional de la Ley 19.496 conviven con las faltas del Libro III del Código Penal. Y dentro de estas, los números 15, 16 y 17 del artículo 495 del Código Penal regulan aspectos parciales de la conducta de los comerciantes que también quedan comprendidas en la Ley 19.496.

2. Aun cuando, a diferencia de sus antecesoras (el Decreto Ley 280 y la Ley 18.223), la Ley 19.496 no contiene propiamente tipos penales, ciertamente no constituye un preciosismo teórico preguntarse acerca de la vigencia, en este ámbito, del principio de legalidad, de la prohibición de aplicación retroactiva *in malam partem*, del principio de tipicidad o de la exigencia de determinación en la tipificación y, en general, de todas aquellas instituciones que conocemos como la "Parte General" no ya del Derecho Penal, sino del Código del ramo, ubicadas casi todas ellas en su Libro I.

En el caso de las faltas, ellas se encuentran reguladas en el Código Penal y les son aplicables –con algunas excepciones, por cierto– las exigencias, límites, garantías y reglas generales recién aludidas.

Igual cosa ocurre, por ejemplo, en la Ley sobre Ilícitos Administrativos alemana (OWiG), que es un verdadero "Código Penal Contravencional paralelo", cuyo Libro I contiene una Parte General análoga, pero no igual, a la del Código Penal.

El tema no es trivial. La Ley Nº 19.496 nada dice acerca de todas las categorías mencionadas. Y de otras: por ejemplo,

¿quiénes pueden ser sancionados por cometer estas infracciones?, ¿sólo los "autores" o también los "cómplices"?, ¿qué ocurre con el *iter criminis* o etapas de desarrollo de la infracción?

3. La pregunta cobra aún mayor relevancia si se tiene a la vista el sistema de sanciones de la Ley Nº 19.496 *versus* el Código Penal y, no obstante la dispersión normativa y la falta de un criterio sistemático, aun el de ciertas leyes especiales. En efecto, luego de la dictación de la Ley Nº 19.450, modificada por la Nº 19.501, las faltas del Código Penal ya no merecen penas de prisión, sino exclusivamente penas pecuniarias de multa y, en su caso, comiso. Y al efecto la citada Ley 19.450 modificó las escalas de multas del Código Penal, estableciendo en su artículo 1º que estas pueden ascender, en una escala progresiva, a sumas que oscilan entre media y cincuenta unidades tributarias mensuales. Tratándose de las faltas, las multas llegan a un límite superior de 4 U.T.M., según enseña el artículo 494 del Código Penal.

Frente a ello, las sanciones de la Ley 19.496 no resisten parangón: ellas alcanzan, en algunos casos, a 300 U.T.M., una suma considerable si se la compara, incluso, con las penas de hechos punibles tales como los así llamados delitos marcarios o contra la propiedad industrial, los que, por citar un solo caso, en el artículo 28 de la Ley Nº 19.039 prevén multas de entre 100 y 500 U.T.M.

Es cierto que esta falta de criterio sistemático no es característico sólo de la Ley 19.496. Ella, probablemente, no hace sino añadir mayor confusión al ya poco claro juego entre la responsabilidad penal –debiendo distinguirse dentro de ella entre el Código Penal y las leyes especiales– y la responsabilidad administrativa. Sin embargo, no creemos que esa confusión preexistente pueda ni deba servir de consuelo o justificación; no es posible olvidar que en estas materias están en juego los derechos de las personas, garantizados por nuestra Carta Fundamental. Y, por lo demás, alguna vez hay que comenzar por ordenar la casa.

4. Así, pues, echamos en falta, antes que nada, consideraciones mínimas en la Ley 19.496 acerca del estatuto jurídico aplicable a la responsabilidad contravencional que ella consagra. Esta será una tarea de la que deberá hacerse cargo la jurisprudencia y resultará especialmente compleja si se tiene a la vista el hecho que la competencia para el conocimiento de las denuncias y demandas correspondientes recae sobre los Juzgados de Policía Local.

Con todo, es evidente que, por abreviado que aparezca el procedimiento regulado en la Ley 19.496, este debe cumplir las condiciones necesarias que permitan calificarlo de racional y justo de acuerdo a la norma del artículo 19 Nº 3 inciso quinto de la Constitución. Del mismo modo, el sistema de responsabilidad consagrado en la ley es de orden subjetivo, esto es, resulta necesario que la infracción respectiva resulte atribuible al imputado, quien por lo general es el "proveedor" definido en el artículo 1º inciso segundo Nº 2 de la ley. No es claro, por el contrario, si el proveedor debe haber actuado con dolo, o basta la culpa: si aplicamos los parámetros civiles, basta la concurrencia de cualquiera de ellas, si los penales, se requiere por lo general dolo y sólo sería sancionable el caso de culpa cuando la ley lo establezca expresamente, como ocurre por ejemplo con el art. 10 de la ley alemana, en términos análogos a los del Código Penal chileno.

¿Qué función cumplen, en este contexto, el artículo 23 inciso primero de la Ley 19.496 –que prevé expresamente un caso de culpa o negligencia– y el 28, según el cual se puede inducir a error "a sabiendas o debiendo saberlo"? ¿Son estos casos especiales que nos permiten, *contrario sensu*, concluir que en todos los demás casos se requiere dolo, es decir, una actuación consciente del autor de la infracción? Tal parece que sí.

Quisiéramos creer que tras al menos algunas de las normas de la ley se esconden criterios que nos permiten ordenar o sistematizar las infracciones que ella consagra –algunas con muy deficiente técnica legislativa, por cierto. Sin embargo, la característica de la ley es precisamente lo contrario a un "tratamiento ... orgánico, coherente y riguroso", como correctamente se ha encargado de ponerlo de manifiesto el profesor Corral en este mismo volumen. Para comprobarlo, echemos un vistazo a algunas disposiciones de la ley.

III. Problemas de la delimitación de los ámbitos de responsabilidad

1. Sin perjuicio de las normas relativas a la responsabilidad civil que se puede derivar del incumplimiento de las obligaciones que la ley impone a los proveedores y otros sujetos destinatarios de sus preceptos, la Ley 19.496 establece diversas infracciones que acarrean la sanción que ella misma establece, sea en la misma disposición en que se describe la infracción, sea en

una de carácter general y residual, según veremos en seguida. En otros términos, la Ley 19.496 consagra en este sentido una superposición de sanciones, típica del derecho sancionatorio y en especial del Derecho Penal.

2. Lamentablemente, sin embargo, la Ley 19.496 no es en absoluto clara cuando se trata de delimitar ambos ámbitos, esto es, el civil y el contravencional. En efecto, existe un grupo de normas que, según acabamos de decir, describen una infracción y señalan, en el estilo de un tipo penal, la sanción respectiva. Es el caso de los artículos 9º, 15 inciso tercero, 23 inciso segundo, 24 inciso segundo, 25 incisos primero y segundo, 29, 45 inciso tercero y 5º de la Ley 18.223. Con la salvedad de los dos primeros, que establecen sanciones distintas a la multa, los restantes consagran penas variables de multa que alcanzan hasta 300 U.T.M., sin perjuicio de la posibilidad de la reincidencia. Y si bien en estos casos la sanción es clara, no ocurre siempre así con la conducta sancionada. Cito, por todos, el artículo 24 inciso segundo. Obviamente, "la publicidad falsa que incida en las cualidades de los productos que afecten la salud o seguridad de la población o el medio ambiente" no es un concepto inteligible, toda vez que la categoría de las "cualidades de los productos que afecten la salud o seguridad de la población o el medio ambiente" no tiene ningún sentido. ¿Qué es lo que "afecta" la salud, la seguridad de la población o el medio ambiente? Es más, ¿qué es la seguridad de la población? o ¿qué se quiere decir con afectar el medio ambiente? Los únicos extremos claros en el artículo 24 inciso segundo son los de "publicidad falsa" y los "elementos indicados en el artículo 28", pero, ¿qué es la publicidad falsa en relación a las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante? ¿Cómo concurre el artículo 24 inciso segundo con el 28 en lo relativo a la letra f)? Son muchas preguntas, pero ellas surgen de la lectura de la ley. El problema con este tipo de normas es que pretenden abarcar todo, o mucho, y terminan no abarcando nada.

Amén de lo anterior, el sistema de la ley –si es que hay tal– es incomprensible. Revísense, por ejemplo, los artículos 23 y 24. ¿Qué tiene que ver con qué en estos dos artículos? El inciso primero del artículo 23 describe una infracción de los proveedores cometida en relación a las características del bien o servicio. El inciso segundo sanciona a los organizadores de espectáculos

públicos que vendan o pongan a la venta una cantidad excesiva de boletos de entrada. Y el artículo 24 contiene, en el inciso primero, una sanción residual para las infracciones que no tengan señalada otra consecuencia; en el inciso segundo, la infracción relativa a publicidad falsa recién aludida y que, verdaderamente, es ininteligible; el inciso tercero, una sanción por reincidencia: ¿relativa a la infracción del inciso segundo, a la regla general sancionatoria del inciso primero, o a todas las infracciones de la ley?; el inciso cuarto, una instrucción al tribunal, relativa a los factores a tomar en cuenta en la imposición de sanciones; las interrogantes formuladas a propósito del inciso tercero pueden plantearse perfectamente, también, en este último caso.

3. Un segundo grupo está constituido por aquellas disposiciones que describen infracciones, calificando de tal el incumplimiento de ciertos preceptos, sin indicar cuál es la pena aplicable. En tales casos cabe recurrir, en principio, a la sanción residual del artículo 24 inciso primero. Así ocurre con los artículos 18, 23 inciso primero, 28 y 39 y en ellos la integración es bastante sencilla. No así, en cambio, en los artículos 40 inciso segundo y 49: ¿qué es "la sanción que proceda" y qué "la sanción contravencional correspondiente"? Suponemos que la del artículo 24 inciso primero.

4. Finalmente, la mayor duda –y aquí sí que estamos demasiado cerca del límite de lo constitucionalmente admisible, si no más allá– surge con respecto a una gran cantidad de otros artículos que establecen obligaciones para el proveedor. Ejemplos son los artículos 12, 13, 14, 31, 32, 33, 35, 36 y 37. ¿Cabe, en caso de incumplimiento a lo allí regulado en cada caso, imponer la sanción del artículo 24 inciso primero? Es cierto que algunos de estos casos parecen más sencillos de resolver, como por ejemplo el artículo 13; no acontece lo mismo, en cambio, con el artículo 12, que consagra una obligación genérica de "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". ¿Cuál es el criterio para determinar cuándo se comete una infracción "a lo dispuesto en esta ley" que merezca la sanción residual del artículo 24 inciso primero? Dura tarea para los jueces encargados de aplicar la ley.

5. En fin, no podemos pretender, en el marco de esta apretada síntesis, agotar el tema. Las preguntas que plantea la ley son muchas, quizás demasiadas. Su técnica legislativa es deficiente, muy deficiente y ella es difícil de incorporar dentro del marco normativo preexistente, en especial porque, a diferencia de otros cuerpos legales, se regulan sin una distinción nítida dos ámbitos de responsabilidad distintos, como lo son la civil y la contravencional. Súmese a ello que el Código Penal contiene ciertos tipos penales relativos a materias también mencionadas en esta ley. Así, v. gr., en términos genéricos el artículo 467 ("defraudar a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que se entregan en virtud de un título obligatorio") y el artículo 469 Nº 1 ("los plateros y joyeros que cometen defraudación alterando en su calidad, ley o peso los objetos relativos a su arte o comercio ..."). Estos dos preceptos deberán ser tenidos en consideración cuando se trate de interpretar el sentido y alcance del artículo 23 inciso primero y del artículo 20 letras d) y g). Como ya he dicho, la tarea que la jurisprudencia tiene por delante no es fácil. No pretendo que las ideas tan brevemente expuestas en esta oportunidad sirvan para responder preguntas o para aclarar dudas. Sí, que al menos permitan delimitar el ámbito de aquellos temas que merecen especial preocupación en un área tan relevante para las relaciones cotidianas.

ASPECTOS PROCESALES DE LAS ACCIONES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL
Profesor Derecho Procesal
Universidad de los Andes

I. ANTECEDENTES GENERALES: VÍAS DE PROTECCIÓN

La protección jurídica de los consumidores es un fenómeno innegable en la realidad legislativa de los últimos decenios en varios países. Se trata de una tendencia relacionada con un fenómeno más amplio, conocido como "movimiento internacional de acceso a la justicia de los intereses colectivos", dentro del cual se han desarrollado novedosos mecanismos procesales para resguardar los denominados intereses supraindividuales, difusos o colectivos, cuyas manifestaciones más evidentes se presentan en el ámbito de la defensa de los derechos de los consumidores y del medio ambiente[1].

La defensa de los consumidores apunta a reconocer el rol que estos tienen en la economía de mercado, amparándolos ante problemas tales como: la publicidad engañosa, la responsabilidad por productos defectuosos o la imposición de cláusulas abusivas en contratos de adhesión.

Las leyes de protección al consumidor, en el fondo, constituyen un camino alternativo a la técnica de la legislación intervencionista en materia económica, la que con distinto énfasis intentaba cautelar los derechos de los consumidores (Comisariatos de

[1] Cfr. Ley Nº 19.300, sobre Bases Generales de Medio Ambiente, y sus reglamentos.

precios, fijación de precios mínimos, etc.). En cambio, bajo esta modalidad se entrega al propio particular la posibilidad de defender sus derechos e intereses, lo que resulta coherente con un sistema de mercado o social de mercado. Como lo ha manifestado la Comisión Resolutiva: "La política social de mercado, aplicada realmente, es la que protege al consumidor, pues ella permite que exista la necesaria competencia entre los agentes económicos y mejoren, por tanto, los precios y la calidad de la atención que se presta al consumidor, en beneficio de este"[2].

La protección jurisdiccional de los consumidores puede obtenerse tanto por vías directas o indirectas. En nuestro ordenamiento, una vez implementado el sistema de mercado, la primera ley que se ocupó de establecer un mecanismo especial para el resguardo de los derechos de los consumidores fue la Ley Nº 18.223, de 1983. Con posterioridad se promulgó la Ley Nº 19.496, sobre la protección de los derechos del consumidor, en adelante LPC.

Desde otra perspectiva, otro instrumento de protección de los derechos de los consumidores, aunque de un modo indirecto, es el proceso previsto en el Decreto Ley Nº 211, de 1973. Allí se consagran una serie de mecanismos administrativos y jurisdiccionales, encaminados a garantizar el ejercicio de la libre competencia. Tal como lo ha precisado la Corte Suprema, "la finalidad de la legislación antimonopólica, contenida en el Decreto Ley Nº 211 de 1973, no es sólo cautelar el interés de los consumidores, sino también salvaguardar la libertad de todos los sujetos que participan en la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes, prestadores de servicios o consumidores, para beneficiar, de este modo, a toda la colectividad, pues el interés de esta es que se produzcan más y mejores bienes y servicios a precios más reducidos, lo que asegura, entre otras circunstancias, la libertad de todos los participantes en la actividad económica para dar o requerir servicios, dentro de un esquema de libre competencia" (Comisión Resolutiva, Res. Nº 171, Citroën Chile)[3].

---

[2] CR, Resolución Nº 349, de 20 de noviembre de 1990.

[3] CS. 25 de marzo de 1986. *RDJ* t. LXXXIII, secc. 6ª, p. 26. En similares términos, se ha estimado que "la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el Decreto Ley Nº 211, de 1973, no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel...". (CS. 19 de abril de 1993, *RDJ* t. XC, secc. 6ª, p. 53. Telefónica de España S.A. recursos de queja, de protección y de inaplicabilidad).

Como se advertía, la defensa de los derechos de los consumidores en el DL Nº 211 de 1973 es indirecta, ya que los particulares no se encuentran legitimados para deducir sus pretensiones ante los órganos jurisdiccionales, solicitando amparo jurídico frente a acciones u omisiones que siendo contrarias a la libre competencia afecten sus prerrogativas. En efecto, el régimen de legitimación consagrado en ese cuerpo normativo sólo permite que las acciones de protección de la libre competencia se ejerzan a requerimiento del Fiscal Nacional Económico, nunca a instancia de los particulares, y sólo para conseguir la defensa de la libre competencia[4]. Consecuente con lo anterior, en esa instancia jurisdiccional no se pueden plantear discusiones particulares que afecten a un consumidor, ya que el objetivo final del DL Nº 211 de 1973 es la protección de la libre competencia, y no de los consumidores en forma singular[5].

Sin embargo, en ciertas ocasiones, a través de causas ventiladas para la defensa de la libre competencia, se ha terminado por garantizar los derechos de los consumidores. Así, por ejemplo, se ha sancionado la subida del precio de un bien de uso masivo como la bencina[6]; la facturación errónea de servicios no imputables al usuario[7]; la utilización de un sistema de control de llamadas telefónicas que garantice la información, comprobación por parte de los usuarios[8]; el cobro de una tarifa sin el conocimiento por parte del usuario[9]; el cobro de una tarifa no autorizada por la autoridad[10]; la imposición unilateral del árbitro que debe conocer de los litigios[11], etc.

---

4 Art. 17 letra a), DL Nº 211, de 1973.

5 En este sentido han existido varios pronunciamientos de la CR: "Los organismos antimonopólicos extienden su competencia a todas aquellas situaciones de carácter fáctico y jurídico que entraben o puedan entrabar la libre competencia en las actividades económicas, estando impedidos de actuar más allá de ese campo". (Comisión Resolutiva, 1º de agosto de 1995, recurso de reclamación interpuesto contra el Dictamen Nº 936/294, de 1995, emitido por esa misma Comisión).

6 CS. 23 de julio de 1986, *RDJ* t. LXXXIII, secc. 6ª, p. 73. CR, Res. Nº 221.

7 CS. 23 de abril de 1987, *RDJ* t. LXXXIV, secc. 6ª, p. 39. CR, Res. Nº 241.

8 CS. 28 de mayo de 1987, *RDJ* t. LXXXIV, 1987, secc 6ª, p. 54.

9 CR, Res. Nº 364, de 7 de enero de 1992, sobre las tarifas de larga distancia que cobraba C.T.C.

10 CS. 3 de marzo de 1992, *RDJ* t. LXXXIX, secc. 6ª, p. 64. Se sancionó a la C.T.C. por el cobro en las llamadas al nivel 103 de Informaciones. (Comisión Resolutiva, Resolución Nº 356, de 23 de abril de 1991).

11 Cfr. Comisión Preventiva Central, en su Dictamen Nº 895/131, de 20 de enero de 1994, en *RDJ* t. XCI, secc 6ª, p. 39 (Se ordenó la supresión de una cláusula contractual de adhesión, relativa al arbitraje).

También existe un sistema de protección administrativa de los consumidores, desarrollado principalmente en la legislación especial, mediante el cual se reconoce a los particulares la facultad de reclamar por actos o prestaciones que hayan vulnerado sus derechos, como ocurre por ejemplo en materia de Isapres, cuando se establece dentro de la competencia de la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional la siguiente: "resolver, a través del Superintendente, quien actuará en calidad de árbitro arbitrador, sin ulterior recurso, las controversias que surjan entre las Instituciones de Salud Previsional y sus cotizantes o beneficiarios, sin perjuicio de que el afiliado pueda optar por recurrir a la justicia ordinaria"[12].

En este trabajo nos limitaremos a examinar algunas cuestiones que surgen del texto de la LPC.

II. Bases jurídicas para la protección de los consumidores

La protección jurídica de los denominados intereses difusos o colectivos ha suscitado discusiones teóricas y prácticas de enorme interés, en un grado tal que por esta vía se ha introducido un cuestionamiento a los tradicionales instrumentos de defensa de los derechos subjetivos.

El tema de los derechos supraindividuales o colectivos viene a incorporar una nueva realidad jurídica, cuyo objetivo es conceder amparo a situaciones en las que la titularidad del derecho o del interés corresponde a varios sujetos conjuntamente[13]. En efecto, en el derecho moderno, junto a la concepción individualista del derecho subjetivo[14], se han agregado otras categorías a las que en mayor o menor grado se les ha estimado dignas de protección[15].

---

12 Art. 3.º Nºs 5, Ley Nº 18.933.

13 En el ámbito sustantivo la problemática de la protección del consumidor no es menos interesante, y apunta a cuestiones tan esenciales como la naturaleza jurídica de la responsabilidad (contractual, extracontractual, legal; subjetiva, objetiva). En el análisis de este tema, cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, "Ley de Protección al Consumidor y Responsabilidad Civil por Productos y Servicios Defectuosos", en este mismo volumen.

14 Sobre el tema, en general, entre tantos, cfr. VATTIER FUENZALIDA, Carlos "Observaciones críticas en el tema de derecho subjetivo", en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, Nº 2, 1981, pp. 339 ss.

15 Una síntesis del problema, cfr. DI MAJO, Adolfo, *La Tutela Civile dei Diritti*, Milán: Giuffrè, 2ª ed. 1993, pp. 32-39.

Sin embargo, conviene advertir que las manifestaciones legislativas y las doctrinales sobre qué configura un interés difuso o colectivo están lejos de ser pacíficas, controvirtiéndose desde las posibles denominaciones hasta su propia existencia o autonomía.

Un sector de la doctrina, partiendo del supuesto que existen situaciones en las que las actividades socioeconómicas pueden afectar los intereses de una colectividad, y dentro de esta a un grupo más o menos numeroso de personas, se ha preocupado, sobre todo en las últimas décadas, de desarrollar mecanismos procesales que enfrenten el problema de las actuaciones antijurídicas de carácter pluriofensivo[16].

Como se anticipaba, la aceptación de la autonomía de los intereses supraindividuales o colectivos produce una fuerte tensión en los conceptos procesales tradicionales de acción, de legitimación, de parte, de capacidad y de personalidad jurídica, los que deben ser adaptados a esta nueva realidad, demostrando de paso el carácter instrumental que tienen las instituciones procesales para la tutela del derecho material. Con el desarrollo de la protección de los intereses colectivos o difusos se empiezan a esbozar otras figuras procesales, tales como "la legitimación por categoría" o las "acciones colectivas".

Para lo que aquí interesa, todo lo antes expresado ha justificado un tratamiento de los problemas del derecho del consumo fuera de los moldes tradicionales, cuestión que por lo demás es una consecuencia de las dificultades que otras ramas del derecho han sufrido en el presente siglo frente al fenómeno de la masificación. Ante la evidencia que gran parte de las relaciones jurídicas y comerciales modernas son impersonales y masivas, el derecho procesal ha debido atender a esa realidad, para satisfacer las necesidades de justicia. Es un hecho no controvertido que entre la economía del siglo pasado y la actual existen diferencias cuantitativas, las que obviamente inciden en las respuestas jurisdiccionales.

---

16 Sobre el tema, con un amplio panorama de derecho comparado, cfr. SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de grupos*, Madrid: Dykinson, 1995, especialmente pp. 187 ss.; BUJOSA VADELL, Lorenzo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona: J.M. Bosch, 1995, pp. 132 ss. En nuestro país, aunque con anterioridad a la Ley Nº 19.496, cfr. AA.VV. "Temas de Derecho del Consumidor", en *Cuadernos de Análisis Jurídico* Nº 33, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1997 (Editor: Carlos Pizarro Wilson).

Por cierto, conviene advertir que esta novísima tendencia en ningún caso pretende la supresión de los derechos individuales de los consumidores, para caer en un colectivismo asfixiante que prive a las personas de sus prerrogativas individuales, sino que por el contrario, este movimiento apunta a solucionar las dificultades que surgen en la tutela de grupos de personas, cuyo número imposibilita la respuesta jurisdiccional adecuada a través de los instrumentos clásicos.

De igual forma, no debe sobredimensionarse la protección jurisdiccional de los consumidores, debiendo precisarse que de ninguna forma se trata de conferir a los tribunales la facultad de regulación económica, sino más bien la de proteger a las personas frente a conductas abusivas[17].

III. La insuficiencia de los instrumentos tradicionales

Con el movimiento codificador del siglo XIX, fundamentalmente con la organización jurídica que Napoleón logro desarrollar, las bases para la tutela jurisdiccional de los derechos, recogidas en los códigos de procedimiento civil, quedaron informadas por el liberalismo individualista[18]. Al momento de producirse las primeras codificaciones procesales en Europa, durante el S. XIX, el tema de la protección de los grupos o de los intereses difusos o colectivos era completamente desconocido, hecho que explica por qué los distintos Códigos ni siquiera se plantearon el problema, salvo en lo que pudiera servir la figura del litisconsorcio o proceso con pluralidad de partes, pero cuya ineficacia se hace evidente cuando se trata de la protección de un conjunto numeroso de personas unidas por intereses homogéneos[19]. El Código de Procedimiento Civil chileno, en cuanto

---

17 En este sentido, la Comisión Resolutiva ha establecido que "no corresponde a los organismos encargados de velar por la libre competencia regular los mercados, sino sólo para alcanzar la debida transparencia con que deben actuar los agentes económicos, para que, en beneficio de los consumidores, prevalezcan los más eficientes". (Res. Nº 349, 20 de noviembre de 1990).

18 El Código de Procedimiento Civil francés de 1806 ejercería notoria influencia en los otros de su especie que le seguirían, salvo el austríaco de 1898, que es de corte más inquisitivo.

19 Aunque el Título III del Código de Procedimiento Civil admita la acumulación subjetiva-objetiva de acciones, tal sistema no pasa de una reunión de varios sujetos, unidos sólo por el procedimiento; ni siquiera actuando a través de la figura del procurador

fue inspirado por esos modelos, siguió prácticamente igual suerte, omitiendo toda referencia al tema.

La realidad de las sociedades de consumo, especialmente en los países más desarrollados, ha demostrado la necesidad de dotar a la protección de los consumidores de un sistema procesal distinto del que se utiliza en los casos de lesión de un derecho individual. Esta tendencia se entiende por varias razones.

En primer lugar, por la insuficiencia o imposibilidad práctica que presenta el proceso civil clásico para dar respuesta adecuada a juicios que involucren a un enorme grupo de personas, como puede ocurrir con los consumidores. Grafiquemos esta idea con algunas situaciones prácticas: ¿Qué pasaría si quinientas dueñas de casa deciden demandar conjuntamente a un proveedor de detergentes, basadas en que el producto no es apto para el fin que señalaba su publicidad?[20]; ¿qué pasaría si decenas de usuarios acordaran demandar de consuno, al descubrir que el programa computacional adquirido no cumple con las cualidades ofrecidas en la campaña publicitaria promocional, resultando un producto de calidad inferior al indicado en el empaque?[21].

Frente a ese tipo de situaciones se hace patente que la ejecución de los actos procesales, tanto los del juez como los de las partes, tendrán enormes problemas para llevarse a cabo.

En rigor, el proceso civil tradicional no está pensado para afrontar las dificultades antes enunciadas a modo puramente ejemplar, y que podríamos calificar como un problema de "malthusianismo procesal". Incluso más, la aplicación de los principios del debido proceso imponen la realización de todos los actos procesales que oportunamente soliciten las partes para la defensa de sus derechos, ello para no provocarles un estado de indefensión.

Conviene advertir que en nuestro proceso civil es perfectamente posible configurar una relación procesal con una pluralidad de sujetos, activa o pasivamente, con tal que se cumplan las exigencias causales del artículo 18 del C.P.C. A modo de referencia, un caso emblemático en nuestra jurisprudencia fue el iniciado por 287 taxistas contra el Fisco de Chile, solicitando la

---

común cambia la situación, puesto que esta institución lo único que logra es unificar la representación de las partes, las que siguen soportando individualmente la carga procesal de acreditar el hecho constitutivo de su respectiva acción o excepción.

20. Art. 20 letra c) LPC.

21 Art. 19 LPC.

restitución de las sumas indebidamente pagadas por los actores en una importación de autos de igual marca y bajo el mismo régimen jurídico. En dicho proceso la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia de 26 de enero de 1989, admitió la excepción dilatoria deducida por el Fisco, declarando improcedente dicha acumulación de acciones, ya que a su juicio "no se han deducido por los actores las mismas acciones o acciones que emanan directa o inmediatamente de un mismo hecho". En cambio, la Corte Suprema, en sentencia de 13 de abril de 1993, dejó sin efecto la referida decisión, resolviendo que todas las acciones emanaban de un mismo hecho, atendido que las causas de pedir estaban constituidas en todos los casos singularizados en la demanda, por el gravamen que infringiría el artículo 8º de la Ley Nº 12.041, y lo que se pide, en este caso un pago no debido, es el mismo, más allá de las diferencias accidentales de lugar, fecha y monto de los pagos erróneamente efectuados y de la cantidad reclamada por cada uno de ellos[22].

La doctrina contenida en el fallo aludido podría servir de base para el desarrollo de futuras demandas, en la que varios consumidores ejerzan conjuntamente sus acciones, de conformidad al artículo 18 del C.P.C. Dicho precepto, por lo demás, se ubica dentro de las normas comunes a todo procedimiento. Sin embargo, surge la duda acerca de si ese instrumento es el más idóneo para dar una respuesta adecuada a casos que involucren a decenas o centenas de consumidores[23].

En segundo lugar, la necesidad de dotar de un régimen procesal especial a los problemas de derecho del consumo ha nacido del hecho que muchos de los incumplimientos que sufren los usuarios, por su poca cuantía, quedan sin sanción al desistir el afectado de interponer alguna reclamación, actitud pasiva que beneficia a las empresas, especialmente en el área de los servicios.

Sin embargo, es pertinente indagar qué ocurriría si todos los consumidores que se encuentren en una situación homogénea

---

22 CS. 13 de abril de 1993, *RDJ* t. XC, secc. 1ª, pp. 40-43.

23 Frente a incumplimientos que provengan de actos de consumo masivos, más allá de los elementos accidentales relativos a la fecha, al lugar y cantidad del producto o servicio, resulta lógico que se pueda configurar un proceso con pluralidad de sujetos, siempre que las acciones tengan elementos de conexión que lo justifiquen. Al encontrarse los consumidores en situaciones idénticas, no es deseable que se dicten resoluciones contradictorias, ya que ello compromete la garantía de igualdad ante la ley, al dar los tribunales un tratamiento diverso a las mismas situaciones.

frente a un incumplimiento, pudieran realizar un acto de tutela jurisdiccional conjunto. En tal caso la suma individual de los perjuicios podría elevarse a cifras millonarias. Pensemos, por ejemplo, en las cuentas de luz, agua, teléfono o de otros servicios de uso masivo, de cuya suma global se pueden alcanzar cifras nada despreciables.

IV. Mecanismos para el tratamiento de los consumidores como grupo

En un plano más concreto, algunas de las medidas que se han desarrollado para la protección jurídica de los consumidores cuando estos actúan como un grupo, se resumen básicamente en lo siguiente:

1. Reconocimiento de capacidad procesal

En primer lugar se ha reconocido a los consumidores una verdadera capacidad procesal, para que actuando a través de asociaciones con personalidad jurídica puedan solicitar la protección de sus derechos, más allá de la reclamación individual que pueda formular cada consumidor. Esta medida se ha visto complementada con el reconocimiento de una legitimación extraordinaria[24], para que las asociaciones de defensa de los derechos de los consumidores deduzcan a nombre del grupo las acciones de protección, sin necesidad de autorización previa del consumidor. La sola afiliación a la entidad hace presumir que estas pueden accionar en su nombre.

En el derecho comparado la defensa colectiva de los consumidores ha recibido una especial atención en el derecho norteamericano, donde previa declaración de imposibilidad para que opere un litisconsorcio, cuando se trata de un juicio que involucrará a un grupo más o menos numerosos de personas, se habilita el ejercicio de las denominadas "acciones de clases". Las acciones de clase o *class actions* constituyen un medio para

[24] Sobre el tema, cfr. CORDON MORENO, Faustino, "Sobre la legitimación en el derecho procesal", en *Revista Chilena de Derecho*, Univ. Católica, Vol. 25 Nº 2, pp. 357-385.

obtener tutela jurisdiccional "basado en el poder procesal reconocido a un individuo para actuar en nombre propio y de otras personas similarmente situadas que constituyen una clase"[25].

En nuestra LPC no existe ningún mecanismo para la actuación de los consumidores como grupo, ya que prácticamente todo el sistema allí desarrollado descansa sobre la base de una reclamación individual y, por ende, su modelo de proceso responde a una relación jurídica más o menos acotada de sujetos. No se pone la LPC en la hipótesis de lo que podría significar un proceso con centenas y hasta miles de usuarios reclamando contra un mismo proveedor o prestador de servicios.

Lo anterior no deja de ser paradójico, ya que es perfectamente factible que se puedan presentar situaciones en las cuales por un mismo acto se estén vulnerado los derechos de un grupo de consumidores, como podría ocurrir con el cobro de lo no debido en la tarifa de un determinado servicio[26]; con el defecto de fabricación un producto producido en serie; etc.

Resultaría lógico que en estos casos se pudiera reclamar en nombre del grupo de consumidores afectados, ya que es evidente que ante este tipo de incumplimientos se necesita una misma solución. Pensemos, por ejemplo, en la declaración de ineficacia de una cláusula abusiva impuesta en un contrato de adhesión: si tal estipulación perjudica a un consumidor, no se ve razón para que dicho pacto no sea excluido de los contratos de otros usuarios o consumidores. Ahora, lo que allí sucede es que en virtud del efecto relativo de la sentencia judicial (art. 3º inc 2º CC.), los efectos del fallo benefician sólo a los consumidores que fueron parte en ese proceso, no obstante que el mismo contrato abusivo pueda estar suscrito por decenas o centenas de usuarios.

---

[25] SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de grupos*, ob. cit. p. 271. "Esta institución ha obtenido proyección legislativa, tanto en las normas procesales federales *(Federals Rules of Civil Procedure)* como en la normativa de los estados federados, alcanzando una gran importancia dentro del sistema procesal estadounidense. Esta institución pretende servir de solución a litigios complejos y con pluralidad de partes, superando una visión individualista de los perjuicios". (Ib. cit. ant.).

[26] Así, por ejemplo, en sentencia dictada por el Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, con fecha 11 de agosto de 1986, se sancionó en virtud de la anterior LPC a la CTC por el cobro indebido de llamadas telefónicas, aplicándole sólo una multa, no obstante que el fallo discurría sobre el sistema general de cobro, que por cierto se aplicaba a todos los usuarios. (Cfr. *RDJ* t. LXXXIII, secc. 5ª, p. 125).

La anterior conclusión no cambia con la fisonomía que se reconoce en la LPC a las organizaciones para la defensa de los derechos de los consumidores (arts. 5 y ss.), ya que a estas no se les reconoce legitimación procesal para que puedan demandar por un grupo de consumidores. Conforme al artículo 8º letra d) de la LPC, este tipo de organizaciones sólo pueden representar a sus miembros y ejercer las acciones a que se refiere esa ley en defensa de aquellos consumidores que le otorguen "el respectivo mandato". Al exigir que el consumidor le otorgue un mandato, la calidad de parte la tendrá el respectivo consumidor y no la asociación de protección, quien adquirirá sólo la condición de mandataria. Esto significa, por ejemplo, que se podría pedir la absolución de posiciones de los mandatarios personalmente; que cada uno de ellos deberá acreditar su propio daño en el proceso; que en la demanda se debe individualizar a cada mandante, etc.

La única situación de excepción, relativa a la protección de los consumidores considerados como un grupo, se establece en el artículo 54 de la LPC, al facultar al Servicio Nacional del Consumidor para denunciar las infracciones al tribunal competente y hacerse parte en aquellas causas que comprometan los intereses generales de los consumidores. En esta hipótesis, la ley no precisa el alcance que concede esta facultad, surgiendo la duda de si estamos frente a una verdadera "acción de clase", que se puede deducir por el Sernac a nombre de todos los consumidores. En doctrina, considerando elementos históricos de la tramitación del proyecto de ley se ha calificado a esta situación como una acción de interés difuso[27].

Por su parte, en nuestro ordenamiento tampoco el recurso de protección se ha configurado como un instrumento para tutelar los derechos de los consumidores considerados como un grupo, ello por haberse consolidado en la jurisprudencia la idea que la legitimación de esa acción constitucional es siempre individual. De esa forma se han rechazado sistemáticamente recursos de protección interpuestos en beneficio de grupos indeterminados de sujetos, como podría ocurrir con los consumidores. Desde sus primeros tiempos, nuestros Tribunales de Justicia establecieron que el recurso de protección no implica una acción popular,

---

[27] Cfr. PFEFFER URQUIAGA, Francisco, "Tutela jurisdiccional de los derechos del consumidor", en *Gaceta Jurídica* Nº 205, 1997, Santiago: Ediar ConoSur, pp. 22-23.

sino que está prevista para restablecer el imperio del derecho en situaciones de sujetos individuales debidamente singularizados[28]. En general, sólo se han acogido recursos de protección que benefician a consumidores debidamente singularizados, en tanto se les lesione o menoscabe alguna garantía constitucional, y teniendo tales sentencias efectos relativos[29].

De un modo explícito, por carencia de legitimación, se han rechazado recursos de protección que involucraban derechos de los consumidores como grupo, como ocurrió, por ejemplo, con uno que invocaba como fundamento la salud de los consumidores[30].

En forma excepcional, en algunos fallos de recursos de protección al tutelar el derecho del recurrente se ha terminado por beneficiar a los consumidores como grupo. Así por ejemplo, se ordenó la instalación de un transformador eléctrico en un determinado sector, beneficiando a toda una población[31]; se dejó sin efecto el alza de una tarifa escolar de

---

28 Ni siquiera en la tutela medioambiental se ha abierto una brecha en el recurso de protección para proteger el interés supraindividual allí claramente comprometido, tal como lo demuestra la restrictiva jurisprudencia, que ha impuesto un exigente criterio sobre la legitimación activa. (Cfr. BERTELSEN REPETTO, Raúl, "El recurso de protección y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Examen de quince años de jurisprudencia", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol 25 Nº 1, 1998, pp. 139-174).

29 A modo de referencia, se han fallado a favor de consumidores los siguientes temas: la impugnación de cuentas de consumos de servicios utilizados para el cálculo de tarifas eléctricas. Se acogió el recurso y se dispuso calcular la tarifa de invierno conforme a un determinado promedio mensual (C. Ap. de Santiago, 26 de agosto de 1983, *RDJ* t. LXXX, secc. 1ª, p. 140 ss); se ordenó a la CTC dejar sin efecto la solicitud del arrendador de suspensión del servicio telefónico, restituyendo el servicio indicado (C. Ap. de Arica, 23 de abril de 1986, *RDJ* t. LXXXIII, secc. 5ª, p. 106); se declaró arbitraria e ilegal la decisión unilateral de una Isapre de poner termino al contrato de salud (Con las referencias que indica, cfr. C. Ap. de Rancagua, 11 de abril de 1995, *RDJ* t. XCII, secc. 5ª, p. 141).

30 C. Ap. de Santiago, 22 de marzo de 1985, *RDJ* t. LXXXII, secc. 5ª, p. 61 (Confirmado por la CS. 8.4.1985). "En cuanto la acción de protección se dirija al resguardo de 'la salud del consumidor en general', resulta inadmisible, tanto porque el derecho a la protección de la salud no es susceptible del amparo referido, cuanto porque los comparecientes no están legitimados para actuar por hipotéticos afectados".

31 C. Ap. de Santiago, 22 de octubre de 1987, *RDJ* t. LXXXIV, secc. 5ª, p. 258. (Chacón con Compañía Chilena de Distribución Eléctrica). Se ordenó a la recurrida, en el menor tiempo posible, a reemplazar un transformador técnicamente insuficiente en un determinado sector de la población, ya que su mantención "implica establecer una diferencia arbitraria con relación a un determinado sector que igual que los otros paga el suministro correspondiente". / "La interrupción frecuente del suministro de energía eléctrica por parte del concesionario encargado del servicio en una población determinada y la carencia de ella tanto para el alumbrado público como para la satisfacción de necesidades diarias de sus habitantes, afectan directamente y

locomoción colectiva, beneficiando a todos los que tenían derecho a tal prerrogativa[32].

2. LA TUTELA PREVENTIVA QUE BENEFICIE AL GRUPO

Otra medida para la defensa de los consumidores, en cuanto involucra a un verdadero grupo de personas, se presenta en el desarrollo de las denominadas acciones de cesación[33], las que se encaminan a lograr que no se siga realizando una determinada actividad. Se trata, en el fondo, de verdaderas obligaciones de no hacer, impuestas jurisdiccionalmente.

La existencia de las acciones de cesación nace de considerar que en muchas de las conductas lesivas a los consumidores se producen situaciones de peligro que justifican la intervención jurisdiccional, para evitar que ese riesgo se traduzca en un daño efectivo.

Nuestra LPC reconoce sólo dos manifestaciones de la acción de cesación, a saber:

a) En el artículo 31 de la LPC, cuando se trata de una denuncia por publicidad falsa, se faculta al tribunal competente, de oficio o a petición de parte, para suspender las emisiones publicitarias cuando la gravedad de los hechos y los antecedentes acompañados lo justifiquen.

b) En el artículo 49 inc 2º de la LPC, a propósito de la seguridad de los productos y servicios, se permite al juez disponer el retiro del mercado de los bienes respectivos, siempre que conste en el proceso, por informes técnicos, que se trata de

---

ponen en peligro la vida y la integridad física y psíquica de ellos y especialmente a los suscriptores, a quienes a cambio del pago del servicio corresponde la obligación correlativa de que a él le sea proporcionado por la empresa distribuidora". (Nota: el recurso se interpuso por el derecho individual del recurrente, pero se acogió en beneficio de todos).

32 C. de Ap. de Valdivia, 26 de mayo de 1993, *RDJ* t. XC, secc. 5ª, p. 209. (Confirmado por la CS. 1.7.1993). Se acogió un recurso de protección interpuesto por un estudiante –don Luis Bustos Sepúlveda– contra el alza del pasaje escolar de locomoción colectiva. Se entendió vulnerado su derecho de propiedad, declarando por lo mismo ilegal el acuerdo adoptado por la recurrida y se le ordenó dejar sin efecto el alza de tarifa escolar y de seguir cobrando un valor que no exceda del porcentaje máximo terminado por la autoridad de transporte del precio de un pasaje adulto".

33 Sobre este tipo de tutela, cfr. MUERZA ESPARZA, Julio, *Aspectos Procesales de las Acciones de Cesación y Prohibición de Daños en el Ambito del Derecho Industrial y de la Competencia*, Barcelona: Cedecs, 1997, pp. 13-55.

productos peligrosos para la salud o la seguridad de las personas, u ordenar el decomiso de los mismos si sus características riesgosas o peligrosas no son subsanables.

Aparte de las hipótesis indicadas, no existe en la LPC otra posibilidad para que un consumidor pueda requerir a los órganos jurisdiccionales la suspensión o el cese de una determinada actividad.

V. Régimen general para el ejercicio de las acciones civiles

En la LPC se reconocen a los consumidores las siguientes acciones: a) acciones para hacer efectiva la responsabilidad contravencional, cuyo régimen general se establece en el artículo 23 LPC; y, b) acciones civiles para obtener de parte de los proveedores algunas indemnizaciones, abstenciones, restituciones y reparaciones previstas en la Ley.

La distinción entre las acciones civiles y contravencionales está en el tipo de tutela jurídica que se concede con una u otra. Con la aplicación de una multa se sanciona penalmente al infractor[34]. En cambio, con las acciones civiles se persigue de los órganos jurisdiccionales obtener una concreta protección judicial a favor del demandante. Sólo a través de una sentencia que admita una acción civil el proveedor puede ser conminado a realizar alguna prestación (incluso una abstención) en beneficio del consumidor; en cambio, con las acciones para perseguir la responsabilidad contravencional el consumidor no obtiene ningún provecho patrimonial, ya que la aplicación de una multa va en beneficio fiscal (art. 61 LPC)[35].

Pues bien, considerando que el verdadero interés para el consumidor está en el ejercicio de las acciones civiles, veamos algunos de los problemas procesales que presenta su ejercicio en la Ley Nº 19.496.

---

[34] En general, sobre la multa, ROLDAN, Horacio, *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, Madrid: Akal, 1982.

[35] El interés fiscal en este tema es tan manifiesto, que la misma LPC permite que el Servicio Nacional del Consumidor (Sernac) pueda "subrogarse en las acciones del demandante cuando este comparezca personalmente, y sólo para los efectos de demandar la aplicación de las multas" (...).

Como primera reflexión es útil advertir que el sistema implementado por la LPC, para que los consumidores puedan deducir sus pretensiones civiles, no obedece en ningún caso a un método claro, presentando como factor común el excesivo rigor formal. En efecto, desde el punto de vista técnico, la pauta seguida por el legislador adolece de graves deficiencias, especialmente en materia de fijación de la competencia de los juzgados de policía local, para conocer de los conflictos relativos a los derechos del consumidor. Concretamente, el artículo 50 de la LPC establece una genérica cláusula en materia de competencia, en los siguientes términos: "será competente para conocer de las acciones a que dé lugar la aplicación de la presente ley el juez de policía local de la comuna en que se hubiese celebrado el contrato respectivo o, en su caso, se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución".

A nuestro entender, lo lógico hubiera sido, como ocurre con los tribunales especiales, que la ley señalara taxativamente las materias de competencia, ya que una atribución tan imprecisa promueve dudas sobre la efectividad de su amplitud, sobre todo si se consideran las otras exigencias que la misma LPC impone para deducir las acciones. Efectivamente, de conformidad al Título I de la LPC, denominado como "Ambito de aplicación y definiciones básicas", para el ejercicio de una acción civil los consumidores deben observar las siguientes condiciones: 1º) la legitimación en el ejercicio de la acción; 2º) que la acción tenga como título justificador un acto de comercio, el que debe tener tal calidad a lo menos para el proveedor (art. 2º inc. 1º LPC); y, 3º) que la respectiva acción esté reconocida en la ley.

Veamos en detalle esta cuestión.

1º) LA LEGITIMACIÓN EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

Aunque la legitimación es una condición ineludible en la interposición de cualquier acción, en la LPC se reforzó con mayor énfasis esta exigencia, convirtiéndola, a nuestro juicio, en un elemento difícil de sortear.

En general, la LPC reconoce legitimación a los sujetos que tienen la calidad jurídica de "destinatario final del bien o servicio" y la de "proveedor habitual de bienes o servicios"; ambos conceptos son definidos en el artículo 1º números 1 y 2.

La dificultad para poder cumplir con la legitimación activa proviene de la disociación que puede existir entre la categoría de

consumidor jurídico (que es el legitimado por la ley) con la de consumidor material del bien o servicio, quedando este último privado de toda protección, a lo menos por la vía de la LPC. En efecto, existe un buen número de personas que no estarán legitimadas de conformidad a dicha ley para reclamar ante situaciones que impliquen una infracción a los derechos de los consumidores, ya que no obstante ser destinatarias finales de bienes o servicios lo reciben a título gratuito (v. gr. los novios, el festejado en un cumpleaños, etc.); en igual condición se encuentran los intermediarios de bienes o servicios, que por su propia actividad no pueden ser reputados como destinatarios finales.

En su aspecto pasivo, la legitimación exige, además de la calidad de proveedor, la habitualidad en el desarrollo de las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o prestaciones de servicios, debiendo además cobrar por ellos precio o tarifa. Si no concurren tales elementos no se estará frente a un sujeto legitimado pasivamente, para afrontar la responsabilidad que se podría hacer efectiva a través de las acciones prevista es la LPC.

A nuestro entender, el reforzamiento que hace la LPC en materia de legitimación es mayor que la impuesta por el derecho común para el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil. Bajo el régimen de derecho común, normalmente no se define de un modo tan restrictivo a los sujetos activos o pasivos que se encuentran habilitados para configurar correctamente la relación procesal, sino que se recurre a categorías más generales, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (v. gr. 2314, 2315 y 1316 CC)[36].

2º) QUE LA ACCIÓN TENGA COMO TÍTULO JUSTIFICADOR UN ACTO DE COMERCIO, EL QUE DEBE TENER TAL CALIDAD A LO MENOS PARA EL PROVEEDOR (ART. 2º INC. 1º LPC)

También condiciona la aplicación del régimen de responsabilidad civil previsto en la LPC, la naturaleza del acto que debe servir de título o causa de pedir de la acción, el que debe ser perento-

[36] Sobre el tema, cfr. DIEZ SCHWERTER, José Luis, *El daño extracontractual*, Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 1997.

riamente un "acto de comercio", ello de conformidad a la enumeración del artículo 3.º del Código de Comercio. Esto significa que no obstante estar frente a un hecho ilícito, si el acto ejecutado no reúne la calidad de acto de comercio, el tribunal no podrá aplicar la LPC, por faltar una condición de admisibilidad de la acción; y

3º) QUE LA RESPECTIVA ACCIÓN ESTÉ RECONOCIDA EN LA LEY

Esta tercera exigencia se desprende del artículo 3º letra e) de la LPC, dentro de los derechos y deberes del consumidor. En dicho precepto se reconoce como derecho y deber del consumidor el siguiente: "la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de lo dispuesto en esta ley, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley franquea".

La condición jurídica impuesta en la parte final del precepto transcrito, esto es, la de accionar de acuerdo a los medios que franquea la ley, establece un verdadero nominalismo en el ejercicio de las acciones, que colisiona con la genérica enumeración de derechos que la misma ley pretende reconocer a los consumidores. En nuestra opinión, resulta incoherente desarrollar un amplio listado de prerrogativas para los consumidores, si a la hora de accionar se les fuerza a utilizar una suerte de catálogo, al que deberán ajustarse rígidamente para reclamar por sus derechos[37].

En otras palabras, al establecer la LPC que los consumidores tienen el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley les franquea está imponiendo un verdadero *numerus clausus* para que se puedan ejercitar acciones, salvo que por el principio de especialidad no sea aplicable la LPC, conforme a lo dispuesto en el artículo 2º inc. final de la LPC[38].

---

[37] De alguna forma, por su excesiva rigidez, el mecanismo de la LPC se asemeja al antiguo derecho romano, específicamente al sistema de la *legis actiones*. Considerando lo anterior, es oportuno recordar las palabras de Gaius, en las *Institutas*, sobre lo ocurrido con estas acciones, cuando dice: "30.- pero todas estas *legis actiones* se volvieron odiosas en forma paulatina, pues a causa de la precisión exagerada de los antiguos que en ese entonces crearon estos derechos, llegó esto a tal punto que el menor error hacía perder la litis. Fue así que por la ley *Aebutia* y las dos *Iulias* fueron abolidas estas *legis actiones* permitiendo que litigáramos por palabras redactadas, es decir por formulas". (GAIUS, *Institutas*, IV Nª 30, tr. Alfredo di Pietro, la Plata: Ed. Librería Jurídica, 1967, p. 295).

[38] El art. 2º inc final LPC dispone: "las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, importación, construcción, distribución y comercializa-

De un modo concreto, se visualizan en la LPC algunas situaciones en las cuales no se confiere expresamente acción por el legislador, tal como ocurre en los siguientes casos:

- La nulidad de cláusulas contenidas en los contratos de adhesión, que infringen las prohibiciones del artículo 16 LPC;
- La discriminación arbitraria que puede sufrir un consumidor (art. 3º letra c) LPC). Esta situación que sólo da derecho a obtener la condena infraccional, pero no se contempla expresamente una acción en la ley para que el Tribunal de Policía Local repare el daño moral que le pudo causar a la víctima tal discriminación[39].
- El daño moral que pueda sufrir un usuario o consumidor cuando los sistemas de seguridad y vigilancia de un establecimiento comercial lo afecten en su dignidad y derechos (art. 15 LPC). Por ejemplo, se imputa en un supermercado al consumidor el hurto de un chocolate, y luego se descubre que fue un error. Esta situación en la LPC sólo tiene como sanción la condena infraccional, pero nada se dice sobre la acción por daño moral.
- Los casos de suspensión, paralización o negativa injustificada a la prestación de un servicio previamente contratado y por el cual se hubiese pagado un derecho de conexión, de instalación, de incorporación o de mantención (art. 25 LPC). También en esta hipótesis sólo se reconoce la posibilidad de solicitar una condena infraccional. Nada se dice sobre la acción de perjuicios que esta situación puede justificar.

Pues bien, qué ocurrirá cuando el consumidor deduzca su pretensión ante el juez de policía local solicitando la tutela indemnizatoria o reparatoria en las situaciones, que conforme a la perentoria exigencia del artículo 3º letra f) de la LPC no son "accionables", al no franquear la ley el medio adecuado.

---

ción de bienes o de prestación de servicios regulados por leyes especiales, salvo en las que estas últimas no prevean".

39 Bajo la anterior LPC se sancionó como contrario a los derechos de un consumidor la negativa a prestar un servicio, discriminando por razones raciales. (CS. 7 de septiembre de 1993, *RDJ* t. XC, secc. 1ª, p. 96. "Constituye discriminación racial impedir la entrada de una persona a un Centro de Salud, aduciendo que por sus costumbres alimenticias ella tiene mal olor, lo que perturba al resto de la clientela. Esto resulta una actuación injusta y atentatoria a la dignidad humana e infringe el artículo 3º de la Ley 18.223").

Por cierto, la respuesta al problema anterior no es fácil, admitiendo desde una óptica procesal dos posibles soluciones:

a) Que el juez rechace la demanda por incompetencia en razón de la materia, al no encontrarse por ley facultado para conocer de ese asunto (art. 108 COT);
b) Que el juez rechace la demanda por no estar prevista en la LPC la respectiva acción.

La distinción anterior no es ociosa en materia procesal y puede acarrear graves consecuencias. En efecto, si el rechazo de las acciones es por un problema de competencia del juez, la declaración que haga en tal sentido no inhibirá para que el consumidor pueda intentar ante el juez civil nuevamente esa acción, ya que la desestimación de una acción por la carencia de un presupuesto procesal –como es la competencia– no produce cosa juzgada sustancial, por no haberse resuelto sobre el fondo de la acción.

En cambio, si la acción deducida es rechazada por el juez de policía local por consideraciones de fondo, relativas a la falta de derecho, (v. gr. que no era un acto protegido en la ley) podría llevar a impedir que se ejercite nuevamente esa acción ante el tribunal civil, al haber operado la cosa juzgada, pudiendo oponerse en el juicio posterior la respectiva excepción (art. 177 CP.P.C), salvo que exista un concurso de acciones que habilite al actor para deducir otra pretensión ante el juez civil. Ahora, si no se trataba de un concurso de acciones, sino de leyes, la decisión del juez de policía local extinguió la posibilidad de discutir nuevamente sobre el tema por haber operado la cosa juzgada[40].

Como solución práctica, estimamos que ante situaciones dudosas, esto es, si conforme al texto de la LPC aparece que una determinada situación no tiene reconocida una acción en la LPC, lo mejor será intentar sólo la acción para perseguir la responsabilidad infraccional o contravencional, y una vez obtenida tal condena, demandar ante la justicia ordinaria haciendo valer como efecto positivo o prejudicial la condena infraccional. En efecto, el juez de letras tiene en nuestro derecho competencia residual en materia civil, de conformidad al artículo 45 del COT,

[40] Sobre los concursos de leyes y de acciones, infra. VI.

y ello permite sortear las dificultades que promueve el engorroso mecanismo de competencia de los jueces de policía local, para conocer de las acciones de protección de los derechos de los consumidores.

El planteamiento anterior se ve reforzado por la norma del artículo 9º de la Ley Nº 18.287, al disponer que, "si no se hubiese deducido demanda civil o esta fuere extemporánea o si habiéndose presentado no hubiera sido notificada dentro del plazo, podrá interponerse ante el juez ordinario que corresponda, después que se encuentre ejecutoriada la sentencia que condena al infractor, suspendiéndose la prescripción de la acción civil de indemnización durante el tiempo de sustanciación del proceso infraccional. Esta demanda se tramitará de acuerdo a las reglas del juicio sumario...". Dicho mandato es plenamente aplicable al procedimiento de la LPC, en virtud de la remisión que hace el art. 56 de la LPC.

Por otra parte, existe una ventaja práctica evidente para no demandar ante los Juzgados de Policía Local ejerciendo acciones civiles, sobre todo cuando se trata de un asunto de una cuantía considerable, básicamente por lo siguiente: a) si se obtiene una condena infraccional la disputa posterior ante el juez civil se limitará prácticamente a regular los montos de los daños, ya que la existencia del acto lesivo para el consumidor le vienen dado por la condena infraccional[41]; b) en el juicio sumario es más amplia la posibilidad de rendir prueba, existiendo término ordinario, extraordinario[42] y especial; en cambio el procedimiento previsto en el artículo 51 de la LPC es de tipo sumarísimo; y, c) el régimen para impugnar las resoluciones dictadas por la justi-

---

41 En este punto no se puede perder de vista el artículo 29 de la Ley Nº 18.287, cuando dispone que: "Regirá respecto de los procesos o contravenciones lo dispuesto en los artículos 174 a 180, inclusive, del Código de Procedimiento Civil, en cuanto le fueren aplicables". "Sin embargo, la sentencia condenatoria no surtirá efectos respecto del tercero civilmente responsable que no hubiese tomado conocimiento de la denuncia o querella seguida ante el juez de policía local por notificación efectuada en conformidad con el artículo 8º, antes de la dictación de la sentencia".

42 Sobre los problemas que genera la aplicación del procedimiento, cfr. GONZALEZ SAAVEDRA, Miguel Luis, "Del Título IV sobre procedimiento de la Ley Nº 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores", en *Gaceta Jurídica* Nº 207, 1997, Santiago: Ediar ConoSur, pp. 30-37; PFEFFER URQUIAGA, Francisco, "Tutela jurisdiccional de los derechos del consumidor", art. cit. p. 26; CORRAL TALCIANI, Hernán, "Ley de Protección al Consumidor y Responsabilidad Civil por Productos y Servicios Defectuosos" en este mismo volumen.

cia ordinaria es más amplio que en la judicatura de Policía Local, que por ejemplo no admite el recurso de casación[43].

VI. Breves referencias al concurso de leyes y de acciones

El excesivo rigor formal de la LPC, en relación a las acciones que pueden deducir los consumidores para amparar sus derechos traerá una serie de problemas que justifican hacer una breve alusión al tema de los concursos de leyes o al del concurso de acciones. En efecto, muchas de las situaciones en las cuales el legislador ha pretendido crear derechos para los consumidores podrían entenderse reguladas por la legislación común, y podría ocurrir que se intente discutir nuevamente sobre una determinada materia que ya ha sido juzgada, problema que deberá resolverse atendiendo a si tal pretensión se encuentra o no dentro de un concurso.

El concurso de leyes se presenta cuando un mismo hecho es subsumible en varios preceptos legales, en los que uno excluye necesariamente a los demás. Como lo explica Gómez Orbaneja, "hablamos de concurso de leyes cuando entre dos normas, cuyo supuesto abstracto queda satisfecho por un mismo acaecer concreto, existe una relación tal que una de ellas excluye la aplicación simultánea de la otra. El hecho se acomoda a las condiciones que en cada uno de los preceptos vienen descritos como causa de su respectivo efecto, pero la finalidad o la conexión recíproca de las disposiciones determina la consecuencia de que sólo una de ellas pueda ser utilizada para valorar jurídicamente ese hecho"[44].

Para la doctrina mayoritaria, en el concurso de normas no existe técnicamente una pluralidad de acciones, sino que se trata de una única acción amparada por distintas fundamentaciones jurídicas; por ejemplo, en nuestro caso podría tratarse de un incumplimiento regulado en Título II del párrafo 6º de la LPC (Responsabilidad por incumplimiento), o bien en el Código Civil o en el de Comercio, a propósito de las obligaciones del contrato de compraventa (dentro de las obligaciones del vendedor).

---

[43] Art. 38 Ley Nº 18.287.

[44] GOMEZ ORBANEJA, Emilio, "Concurso de leyes y concurso de acciones en Derecho civil", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, octubre 1946, Nº 355, p. 712.

La circunstancia de que no exista una pluralidad de acciones en el llamado concurso de normas significa que dicha acción, al haber sido fallada en cuanto al fondo por un juez se extinguió por el efecto de cosa juzgada.

Desde otro punto de vista, la calificación jurídica diversa de unos mismos hechos no altera que el conflicto jurídico materia objeto del proceso tenga un carácter singular, lo que explica que no obstante existir concurso de leyes la pretensión del actor sólo sea una. La estructura de este tipo de concurso de leyes –dice Berzosa[45]– no va más allá de un acaecimiento que puede ser valorado bajo distintos puntos de vista jurídico o normas legales, pluralidad de normas que no obstan que sea una sola la pretensión.

En síntesis: el concurso de leyes o de normas presupone unidad de acción, esto es, no puede en ningún caso hablarse de pluralidad de acciones allí donde no hay diversidad[46]. Por lo mismo, esto impediría que el mismo hecho que sirvió de base a la anterior acción pueda ser fallado nuevamente por otro tribunal, aunque se le presente invocando una nueva argumentación jurídica.

En cambio, la solución es distinta si estamos frente a un concurso de acciones y no de leyes. El concurso de acciones se produce cuando el ordenamiento jurídico, para unos mismos hechos propone un mismo efecto o resultado que se puede obtener por dos vías: concurso propio; o bien cuando para esos mismos hechos y mediante una única vía, ofrece dos resultados o efectos que se excluyen: concurso impropio[47].

Con las palabras de Chiovenda[48]: el concurso [de acciones] es la relación que media entre varias acciones que, aun siendo diversas, pueden ser satisfechas sólo una sola vez para todas. No

---

45 Cfr. BERZOSA, María Victoria, *Demanda, Causa Petendia y Objeto del Proceso,* Córdoba: El Almendro, 1984, p. 56-58.

46 Cfr. TAPIA FERNANDEZ, Isabel (con CAVANILLAS), *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal,* Madrid: Ramón Areces, 1992, p. 202. En igual sentido, cfr. RAMOS MENDEZ, Francisco, *Derecho Procesal Civil,* I, Barcelona: J.M Bosch, 1992, p. 447; VON TUHR, Andreas, *Derecho Civil,* tr. Tito Ravá, Buenos Aires: Depalma, 1946, vol. I, 1, p. 342, establece que: "la pretensión es única cuando el mismo *factum* jurídico se rige por varias disposiciones legales, de las que una es especial y excluye a la otra o se completa con ella".

47 TAPIA FERNANDEZ, Isabel (con CAVANILLAS), *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual,* ob. cit. p. 186.

48 Cfr. CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil,* tr. de la 3ª ed. italiana José Casais y Santaló, Madrid: Reus, 1922, T. II, p. 731-732.

obstante que desde el punto de vista del derecho material las distintas acciones pueden ser satisfechas de una sola vez, ello no obsta a la diversidad de las acciones[49].

En el concurso de acciones es posible distinguir entre un concurso simple o un concurso alternativo o electivo. Veamos a grandes rasgos cuál es la diferencia entre estos. El concurso simple (o de pretensiones) se produce cuando dos o más derechos concurren en un mismo sujeto teniendo por objeto una prestación que satisface un mismo fin económico[50]. En el concurso simple las diversas pretensiones tienen por objeto la misma prestación, existiendo una relación entre ellas de concurrencia, en el sentido que la satisfacción de una tiene por efecto la de la otra[51]. En un concurso simple de acciones se trata de un único interés protegido mediante una pluralidad de acciones que tienden a lograr el mismo contenido, por ejemplo: el derecho a indemnizar un daño, donde puede concurrir como fundamento la responsabilidad contractual y extracontractual[52]; o la obligación de reparar el daño conforme a la LPC o de conformidad a la normativa de la compraventa del Código Civil o del Código de Comercio (arts. 130 al 160 CCM.).

En todas la hipótesis de concurso simple, los derechos concurrentes son autónomos tanto en su existencia como en su extinción, con la particularidad que extinguida una por su cumplimiento (satisfacción) provoca la extinción de la otra. Por decirlo de otra forma, en el concurso simple las relaciones jurídicas que lo originan son diferentes y también lo son las acciones que jurisdiccionalmente se pueden afirmar en torno a él, acciones que, además, pueden hacerse valer autónomamente mediante una acumulación de acciones. Como lo puntualiza la doctrina, "las pretensiones concurrentes son totalmente autónomas en cuanto atañe a su ejercicio. Toca al titular elegir la que ejercerá

---

49 Así, CHIOVENDA, José, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tr. del italiano Emilio Gómez Orbaneja, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954, I, p. 379.

50 En general, mayores antecedentes cfr. MENCHINI, Sergio, *I limiti oggettivi del guidicato civile*, Milán: Giuffrè, 1987, pp. 340-353, con abundante bibliografía sobre el tema; TARZIA, Giuseppe, "Appunti sulle domande alternative", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1964, T. XIX, p. 262, abarcando el tema del concurso de normas y de acciones.

51 Cfr. VON TUHR, Andreas, *Derecho Civil*, ob. cit., vol., I, 1, pp. 348-349.

52 Mayores antecedentes sobre estos ejemplos de concurso simple, cfr. MENCHINI, Sergio, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, ob. cit., pp. 343-344.

entre las diversas pretensiones que le corresponden. Y esto no se verifica (...) indicando las normas cuya aplicación el actor pretende, sino señalando los hechos de los cuales sostiene que ha surgido su pretensión"[53].

Por otra parte, en esta materia también existe el conocido como concurso alternativo o electivo. Este, a diferencia del anterior, presupone la existencia de una diversidad de derechos de diverso contenido que son atribuidos alternativamente al sujeto. Se trata de derechos que se originan de un mismo acaecimiento histórico, para la protección de un mismo bien jurídico y tienden a satisfacer un único interés económico[54].

Ahora, en lo que nos interesa destacar, en el concurso alternativo o electivo de derechos la doctrina mayoritaria defiende la existencia de una pluralidad de derechos y de acciones, siendo sus manifestaciones más clásicas, entre otras, las que se dan en el doble derecho de acción que puede tener un contratante para solicitar la resolución del contrato o bien su cumplimiento forzado (art. 1489 CC.); el derecho a obtener la resolución del contrato o el pago del precio (art. 1875 CC.); el derecho a solicitar la reducción del precio por evicción, o bien a solicitar se le repare la evicción (art. 1861 CC.)[55]. Así, si se reconoció algún derecho a un consumidor respecto de acciones que se encontraban en relación de concurso alternativo se debe entender extinguida la posibilidad de reclamar el otro derecho, ya que operó el pago.

VII. CONCLUSIONES

Nuestra Ley de Protección al Consumidor tiene como defecto la ausencia de mecanismos procesales para discutir los problemas de los consumidores con relevancia colectiva. Tal carencia contribuye, a nuestro juicio, a aumentar la crisis de la administración de justicia, ya que aumenta innecesariamente el número

---

53 VON TUHR, Andreas, *Derecho Civil*, ob. cit., vol., I, 1, p. 349.

54 Sobre este concurso alternativo, mayores datos cfr. MENCHINI, Sergio, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, ob. cit., pp. 351-357.

55 En el tema de las acciones de la compraventa, para mayores antecedentes cfr. CONSOLO, Claudio, "Il concorso di azioni nella patologia della vendita", en *Rivista di Diritto Civile*, 1989, pp. 765 ss.

de juicios que con un tratamiento procesal más idóneo podrían facilitar la labor de los jueces.

Por otra parte, ante la falta de sistema, coherencia y claridad en cuanto al régimen de responsabilidad civil que se presenta en la ley, en la práctica lo mejor será intentar la condena infraccional y luego dirigir la acción civil respectiva ante el juez civil competente, sobre todo en asuntos cuya cuantía justifique la utilización de un procedimiento que dé más posibilidades de discusión y prueba de los derechos. Resulta un tanto contradictorio que acciones indemnizatorias, que tradicionalmente han sido materia de juicios de lato conocimiento en nuestro derecho, se puedan deducir hoy día en un juicio sumarísimo, como el que prevé la Ley Nº 19.496.